

Arrêt N° 60/16 IV-COM

Arrêt commercial

Audience publique du treize avril deux mille seize

Numéro 40928 du rôle.

Composition :

*Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, conseillère
Elisabeth WEYRICH, conseillère*

Eric VILVENS, greffier assumé

E n t r e :

*la société anonyme **BGL BNP PARIBAS**, établie et ayant son siège social à L-2951 Luxembourg, 50, avenue John F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 6481,*

***appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Roland Funk de Luxembourg du 27 janvier 2014,*

comparant par Maître Annick Wurth, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

***1) Madame A.),** employée de banque, demeurant à L-(...), (...),*

***intimée** aux fins du prêt exploit Funk,*

***2) Monsieur B.),** trader, demeurant à (...) (GB), (...),*

***intimé** aux fins du prêt exploit Funk,*

***sub 1) et 2)** comparant par Maître Max Mailliet, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.*

LA COUR D'APPEL :

La société anonyme BGL BNP PARIBAS (anciennement Fortis Banque Luxembourg) (en abrégé la BANQUE) a accordé aux époux **A.)** et **B.)** deux crédits en vue de l'acquisition de deux immeubles et terrains situés à (...). Ces ouvertures de crédit ont porté sur une durée de 20 ans au taux débiteur fixe de 5,09% par an. Il a été convenu sous la rubrique « remboursements anticipés » que *« durant la période de fixité du taux, vous pouvez opérer des remboursements anticipés partiels ou totaux uniquement avec l'accord de la banque qui se réserve le droit de vous calculer une indemnité basée sur les frais de refinancement de la banque »*. L'emprunt fut formalisé par un acte notarié d'ouverture de crédit hypothécaire Seckler du 12 octobre 2006.

Les époux **B.) - A.)** ont vendu en 2012 leur immeuble et remboursé anticipativement les emprunts. Au titre de l'indemnité basée sur les frais de refinancement de la BANQUE dus en raison du remboursement anticipatif, la BANQUE a mis en compte à charge des emprunteurs un montant de 53.746,38 €, ce montant se dégageant, selon le calcul des époux **B.) - A.)**, de la différence entre les montants réclamés par la BANQUE au 15 février 2012 et les soldes débiteurs des emprunts bancaires arrêtés au 31 décembre 2011. Les époux **B.) - A.)**, bien que contestant ce montant, l'ont cependant payé pour ne pas retarder la vente des immeubles hypothéqués en faveur de la BANQUE.

Par acte d'huissier de justice du 9 avril 2013, les époux **B.) - A.)** ont assigné la BANQUE devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, principalement, pour voir déclarer nulles les stipulations contractuelles relatives aux pénalités dues en cas de remboursement anticipatif des crédits et partant pour voir condamner la BANQUE à leur rembourser la somme de 53.746,38 € avec les intérêts légaux à courir à partir du 17 février 2012, date du paiement, sinon à partir de la demande en justice, jusqu'à solde.

Ils ont conclu en ordre subsidiaire à voir condamner la BANQUE à la réparation du dommage qu'elle leur a causé du fait de ses agissements fautifs, évalué à 53.746,38 €, à augmenter des intérêts légaux à compter de la demande en justice jusqu'à solde. Ils ont réclamé à titre plus subsidiaire la réduction des pénalités mises en compte par la BANQUE. Ils ont enfin demandé à se voir allouer une indemnité de procédure de 3.000 €.

Les demandeurs ont basé leur demande principalement sur l'action en répétition de l'indu étant donné que le paiement du montant de 53.746,38 € serait intervenu en l'absence de toute dette lui servant de fondement.

Les dispositions des ouvertures de crédit relatives à l'indemnité pour remboursement anticipatif seraient à annuler au motif que la BANQUE ne leur aurait fourni la moindre précision quant au calcul de cette indemnité. Ils ont fait valoir que conformément à l'article 1150 du Code civil, seul le dommage prévisible lors de la conclusion du contrat pourrait donner lieu à indemnisation et que le préjudice devrait être certain et non hypothétique ou éventuel.

Les demandeurs ont encore invoqué le déséquilibre contractuel entre parties dans la mesure où la BANQUE aurait été conventionnellement en droit de dénoncer le contrat de prêt moyennant un préavis d'un mois, tandis que ce droit de dénonciation serait pour l'emprunteur soumis à l'obligation de payer une indemnité de rupture pour remboursement anticipatif du prêt.

Les demandeurs ont à titre subsidiaire reproché à la BANQUE un manquement à son obligation de conseil et de renseignement dans la mesure où ils n'ont jamais été informés des coûts potentiellement élevés d'un remboursement anticipé.

Ils ont fait valoir à titre plus subsidiaire que l'indemnité réclamée qui, selon eux constitue une clause pénale, serait manifestement excessive et disproportionnée par rapport aux indemnités demandées par d'autres banques en pareilles circonstances et ont partant conclu à sa réduction.

La partie défenderesse a conclu au rejet de la demande dans la mesure où la mise en compte d'une indemnité était contractuellement prévue et que les demandeurs avaient librement choisi de s'engager sur une durée de 20 ans, de sorte que le paiement de l'indemnité n'aurait pas été fait indûment.

La BANQUE a admis en première instance ne pas avoir soumis aux emprunteurs, au moment de la souscription des crédits, une formule leur ayant permis de calculer le montant de l'indemnité de refinancement en cas de remboursement anticipé. Elle a fait valoir que cela aurait été impossible étant donné que cette indemnité dépendrait de la durée restante de la période à courir à taux fixe, du taux initial du prêt et du taux swap de marché auquel la BANQUE peut réinvestir sur la durée restante le capital remboursé anticipativement, compte tenu des conditions du marché. Il

n'existerait pas de formule de calcul, le préjudice variant de jour en jour.

La BANQUE a offert de prouver à titre subsidiaire par expertise les frais de refinancement qu'elle a mis à la charge des emprunteurs conformément à la clause contractuelle.

Quant aux dommages et intérêts réclamés pour la prétendue non-observation de l'obligation d'information et de conseil, la défenderesse a soutenu que cette demande serait irrecevable car basée sur la responsabilité contractuelle, tout en étant de nature délictuelle. Elle a contesté toute faute dans son chef et fait valoir que les demandeurs ont souscrit l'ouverture de crédit en connaissance de cause.

Quant à la demande en réduction de l'indemnité basée sur l'article 1152 alinéa 2 du Code civil relatif aux clauses pénales, la BANQUE a contesté que la clause litigieuse soit à qualifier de clause pénale.

Elle a finalement réclamé une indemnité de procédure de 3.000 €.

Par jugement du 15 novembre 2013, le tribunal a dit la demande fondée, dit que l'article 4.2. de l'acte d'ouverture de crédit hypothécaire n° 58919 du 12 octobre 2006 et les dispositions reprises sous l'intitulé « remboursements anticipés » des ouvertures de crédit sont abusifs, les a déclarés nuls et non écrits, condamné la BANQUE à payer aux demandeurs la somme réclamée de 53.746,38 €, augmentée des intérêts au taux légal à partir du 9 avril 2013 jusqu'à solde et à leur payer une indemnité de procédure de 1.000 €. Il a rejeté la demande de la BANQUE en allocation d'une indemnité de procédure et l'a condamnée aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, la juridiction du premier degré a déclaré nulle par application de l'article L.211- 2 du Code de la consommation, l'article 4.2 de l'acte d'ouverture de crédit hypothécaire selon lequel *« la Banque ou la partie créditée ont à tout moment le droit de dénoncer le présent crédit moyennant préavis de trente jours donné par lettre recommandée à la poste. La dénonciation du crédit aura pour effet de faire cesser l'utilisation du crédit et de rendre exigibles toutes les sommes dues par la partie créditée à la Banque »*.

Il a retenu que si cette disposition est la continuation de l'article 4.1. qui prévoit que, sauf stipulation contraire fixée par correspondance, le crédit est consenti pour une durée indéterminée, la BANQUE avait le droit de résilier le contrat de prêt avant son terme moyennant préavis d'un mois sans indication de motif et sans

devoir payer une quelconque indemnité. Il a rejeté le moyen de la BANQUE qui soutenait que cette disposition ne visait pas l'hypothèse d'une inexécution fautive par le cocontractant, celle-ci étant spécialement prévue par l'article 5 de l'acte d'ouverture de crédit.

Il a expliqué son raisonnement en les termes suivants :

Ainsi, dans l'hypothèse d'une augmentation des taux d'intérêts par rapport au taux fixe contractuellement prévu, la résiliation anticipée par la Banque causerait un dommage aux clients sans cependant que la Banque soit contractuellement contrainte de payer une indemnité.

Si, au contraire, le consommateur résilie le contrat avant son terme avec remboursement du solde restant dû, la Banque a le droit de lui réclamer, en plus, une indemnité basée sur les frais de refinancement.

Il en a conclu que ces dispositions créent un déséquilibre juridique des droits et obligations en cas de dénonciation anticipée du contrat de crédit en défaveur du consommateur et qu'elles étaient dès lors à qualifier d'abusives, partant réputées nulles et non écrites.

Au regard du fait que le paiement de l'indemnité avait été réclamé aux demandeurs sur base de la clause contractuelle réservant à la BANQUE le droit de réclamer une indemnité basée sur les frais de refinancement et que cette clause était réputée nulle et non écrite, le tribunal a fait droit à la demande en paiement en application des articles 1235 et 1376 du Code civil au motif que le paiement n'était pas dû.

Il a ajouté au montant de 53.746,38 € les intérêts légaux à courir à partir de la demande en justice et non pas à partir du jour du paiement au motif que les conditions de l'article 1378 du Code civil n'étaient pas remplies.

Par acte d'huissier de justice du 27 janvier 2014, la BANQUE a régulièrement relevé appel du jugement qui ne lui a pas été signifié. Elle conclut, par réformation, à voir dire principalement que la clause litigieuse (article 4.2 durée) de l'acte d'ouverture de crédit notarié du 12 octobre 2006 n'est pas applicable au contrat de prêt signé entre parties et subsidiairement que les articles 211- 2 et suivants du Code de la consommation ne sont pas applicables. Elle conclut dès lors à voir dire la demande en paiement non fondée, se voir décharger de la condamnation prononcée sur l'article 240 NCPC et les intimés

s'entendre condamner à lui payer une indemnité de procédure de 2.500 € et à supporter les frais et dépens des deux instances. Elle offre de prouver par expertise le préjudice qu'elle a subi.

Les parties intimées concluent à la confirmation du jugement au rejet de l'offre de preuve par expertise et réclament une indemnité de procédure de 5.000 € tout en contestant celle réclamée par la BANQUE.

La BANQUE soutient en ordre principal que c'est à tort que le tribunal a annulé l'article 4.2. de l'acte d'ouverture de crédit du 12 octobre 2006 et les dispositions reprises sous « remboursements anticipés » dans les lettres d'ouverture de crédit des 21 et 31 août 2006. Elle expose que ledit article 4 ne s'appliquerait qu'en cas de contrat de prêt conclu à durée indéterminée, mais non pas, tel qu'en l'espèce, à durée déterminée (20 ans). Elle renvoie encore à l'article 6 des conditions générales de crédit qui règle les conditions dans lesquelles la BANQUE peut résilier un contrat de prêt à durée déterminée.

Elle fait valoir en ordre subsidiaire que l'ancien article 1135-1 du Code civil, repris dans le Code de la consommation, n'est pas applicable en l'espèce, étant donné que les emprunteurs auraient pu négocier les modalités de l'emprunt et n'auraient pas simplement adhéré à un contrat standardisé contenant des clauses pré imprimées.

Pour le cas où il y aurait lieu, par réformation du jugement, au maintien de la clause litigieuse, la BANQUE fait valoir que le dommage était prévisible au regard de l'article 1150 du Code civil, qu'elle n'a pas manqué à ses obligations de conseil et d'information dès lors que les clients, de profession trader et employée de banque, auraient signé les documents en connaissance de cause et que l'indemnité de refinancement n'est pas à analyser en clause pénale sujette à modération. Elle offre de prouver le dommage subi par voie d'expertise et soutient même que le dommage qu'elle a réellement subi est plus important que celui dont elle a réclamé réparation à ses anciens clients.

Les intimés concluent en ordre principal à la confirmation du jugement pour autant que le tribunal a déclaré nul l'article 4.2. de l'acte d'ouverture de crédit.

Ils concluent en ordre subsidiaire à l'application de l'article 1150 du Code civil (prévisibilité du dommage) et à l'inexistence d'un dommage réparable dans le chef de la BANQUE, cette dernière

restant toujours en défaut d'expliquer la méthode utilisée pour calculer son préjudice, ce dernier n'ayant dès lors pas été « *prévisible* » pour les intimés. Ils font encore valoir que la BANQUE a établi un décompte du dommage prétendument subi, non pas au moment de la dénonciation du prêt (alors pourtant que c'est à ce moment qu'elle a mis à charge des clients une indemnité de paiement anticipé), mais ex post. Ils relèvent que le montant ainsi calculé ne correspond pas à celui mis à leur charge. Ils s'opposent à l'expertise proposée, dès lors que la BANQUE resterait en défaut de prouver son préjudice, la mesure d'instruction sollicitée n'ayant pas pour mission de suppléer la carence du demandeur dans l'administration de la preuve. Ils arguent enfin du caractère purement hypothétique du dommage que la BANQUE soutient avoir subi, étant donné qu'elle resterait en défaut d'établir avoir dû se refinancer et de chiffrer le coût de ce refinancement.

Ils concluent en ordre plus subsidiaire à la responsabilité de la BANQUE en ce qu'elle a, en sa qualité de dispensateur de crédit, manqué à ses obligations d'information et de conseil et omis d'indiquer le montant auquel les emprunteurs s'exposaient en cas de paiement anticipatif.

Ils demandent finalement à la Cour en dernier ordre de subsidiarité de faire application de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil et de ramener l'indemnité à de plus justes proportions.

Discussion

Les parties s'accordent pour dire que les époux **B.) - A.)** ont souscrit deux emprunts auprès de la BANQUE, l'un portant sur 170.000 € et l'autre sur 250.000 €. Il ressort des extraits bancaires du 31 décembre 2011 que les époux avaient ouvert auprès de la BANQUE deux comptes portant la mention « prêt immobilier » dont le solde débiteur se chiffrait l'un à 209.716,08 € et l'autre à 142.020,11 €.

Il ressort pourtant de l'ouverture de crédit du 31 août 2006 portant sur le montant de 250.000 € qu'elle a remplacé et annulé celle du 21 août 2006 ayant porté sur 170.000 €. L'acte notarié d'ouverture de crédit du 12 octobre 2006 porte quant à lui sur la somme de 704.000 €, utilisable en compte courant à hauteur de 640.000 €, le reste ne pouvant être utilisé par la partie créditée qu'avec le consentement écrit préalable de la BANQUE. Cette ouverture de crédit a été garantie par une inscription hypothécaire sur une maison d'habitation avec labours sise à (...), et une maison d'habitation avec place sise à (...), pour un montant total de 1.048.960 €.

Malgré ces incohérences, la Cour tiendra uniquement compte, au regard de la position concordante des parties, de ce qu'elles étaient liées par les deux ouvertures de crédit ayant porté sur 170.000 € et 250.000 €.

L'acte notarié d'ouverture de crédit et d'affectation hypothécaire prévoit en son article 4.1. que le crédit est consenti pour une durée indéterminée, sauf stipulation contraire fixée par correspondance. Il ressort des ouvertures de crédit signées par les parties que l'emprunt était consenti pour une durée déterminée de vingt ans. Il n'était dès lors pas à durée indéterminée.

Il en découle que l'intégralité de l'article 4 intitulé « durée » de l'acte notarié du 12 octobre 2006 n'est pas applicable en l'espèce, dont notamment l'article 4.2. qui prévoit que la BANQUE et la partie créditée ont le droit de dénoncer le contrat à tout moment moyennant un préavis de trente jours.

L'article 5 de l'acte notarié traitant de la « dénonciation » avec effet immédiat est par contre applicable à tout emprunt, qu'il soit à durée déterminée ou indéterminée. Les cas de dénonciation immédiate y sont limitativement énumérés.

L'article 3 du contrat hypothécaire traite des « taux d'intérêts et commissions ».

Il y est notamment retenu que le taux d'intérêt a été fixé dans la correspondance échangée entre parties et que la BANQUE pourra à toute époque modifier le taux d'intérêt pendant la durée du crédit en fonction des variations des taux d'intérêts sur le marché, excepté cependant dans le cas où les intérêts ont été stipulés fixes pour une période déterminée.

Selon les ouvertures de crédit, le taux était fixe, de 5,09 % par an et non révisable durant toute la période de vingt ans. Il y est encore retenu sous l'intitulé « remboursements anticipés » que « durant la période de fixité du taux, l'emprunteur peut opérer des remboursements anticipés partiels ou totaux uniquement avec l'accord de la banque qui se réserve le droit de lui calculer une indemnité basée sur les frais de refinancement de la banque ».

L'alinéa « remboursements anticipés » n'est pas, conformément à ce qui a été retenu ci-dessus, à lire en relation avec l'article 4.2. du

contrat notarié qui ne s'applique qu'au prêt à durée indéterminée, mais non au prêt à durée déterminée.

L'affirmation selon laquelle la BANQUE pourrait dénoncer discrétionnairement un crédit à durée déterminée à taux fixe, notamment si les taux du marché devaient augmenter par rapport au taux fixe initialement stipulé, sans devoir payer une indemnité quelconque à l'emprunteur, mais que ce dernier ne pourrait en faire autant qu'à la condition de verser une indemnité à la BANQUE pour remboursement anticipatif, créant ainsi un déséquilibre manifeste en faveur de la BANQUE est inexacte, dès lors que la faculté que la BANQUE s'est réservée pour réclamer une telle indemnité est circonscrite à la seule hypothèse où l'emprunteur rembourse l'emprunt à taux fixe et à durée déterminée de manière anticipative, l'indemnité étant dans ce cas destinée à couvrir les frais de refinancement de la BANQUE. Cette dernière n'est pas en droit de dénoncer discrétionnairement avec un préavis de trente jours un crédit à taux fixe portant sur une durée déterminée.

C'est partant à bon droit que l'appelante conclut à l'inapplicabilité de l'article 4.2. du contrat de crédit hypothécaire à l'espèce, de sorte qu'il est oiseux d'en examiner la validité. Il en découle que la clause des ouvertures de crédit par laquelle la BANQUE s'est réservée le droit, en cas de remboursement total ou partiel des fonds empruntés, de calculer à l'emprunteur une indemnité basée sur les frais de refinancement de la banque n'est pas à annuler au regard du moyen avancé par les intimés.

Le jugement est à réformer sur ce point.

Les intimés concluent encore à la confirmation du jugement en ce que le tribunal a condamné la BANQUE à leur rembourser la somme de 53.746,38 € et invoquent à titre subsidiaire l'article 1150 du Code civil aux termes duquel le débiteur n'est tenu que des dommages qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat. Ils soutiennent que faute par la BANQUE de leur avoir communiqué le dommage prévisible, la méthode de calcul d'un tel dommage et les données utilisées pour ce calcul, le dommage aurait été « imprévisible au moment de la conclusion du contrat ». Ils en concluent que le dommage n'était pas certain, qu'il n'est d'ailleurs toujours pas établi, de sorte que la BANQUE serait tenue à restitution. Ils concluent au rejet de l'offre de preuve par expertise de la BANQUE tendant à voir fixer le dommage qu'elle a subi en relation avec les frais de refinancement.

La BANQUE admet ne pas avoir fourni d'information précise aux emprunteurs lors de la conclusion du contrat, au motif qu'elle aurait été dans l'impossibilité de connaître anticipativement au moment de la conclusion du contrat les taux d'intérêts du marché en vigueur au moment du remboursement anticipatif du prêt qui portait sur une durée de vingt ans. Elle soutient que les emprunteurs avaient admis le principe même du dommage qui doit seul être prévisible pour le débiteur contractuel, mais non pas son étendue.

Le fondement de l'article 1150 du code civil se trouve dans la prévision des parties lors de la conclusion du contrat. Le débiteur ne doit pas être tenu au-delà du dommage qu'il a pu prévoir de causer à son cocontractant en cas d'inexécution de ses obligations.

Pour autant qu'il s'agit de la prévisibilité du dommage et de sa cause, il convient de relever que les emprunteurs ont signé les ouvertures de crédit qui font expressément mention de la faculté que s'est réservée la BANQUE de réclamer une indemnité en cas de remboursement anticipatif du crédit par l'emprunteur, l'indemnité étant censée réparer le dommage subi par la BANQUE aux fins de se refinancer.

Les intimés font cependant valoir que le contrat ne spécifierait pas la quotité du dommage, ni son mode de calcul, de sorte qu'il n'aurait pas été prévisible au moment de la conclusion du contrat.

La nature et la consistance du dommage allégué par la BANQUE ressort de la lettre du 8 mars 2012 qu'elle a adressée aux époux **B.) - A.)**.

Ces derniers ne contestent pas les éléments y exposés devant servir de base à l'évaluation du dommage de sorte que la Cour les tient pour acquis en cause.

Aux termes de cette lettre, le dommage subi du fait du remboursement anticipatif du crédit consiste « en une pénalité, hors marge commerciale calculée par la BANQUE, qui représente la différence entre la valeur actuelle des cash-flows futurs que la banque aurait perçue sur base des conditions initiales(hors marge commerciale) du prêt, et la valeur actuelle des cash-flows futurs(hors marge commerciale) du prêt actualisée avec la courbe des taux de marché d'aujourd'hui. A la date du calcul de la pénalité, les cash flows futurs (hors marge commerciale) utilisés sont calculés sur base du capital restant dû et du profil initial du prêt ».

Il est tout d'abord faux de prétendre, tel que le font les intimés, qu'ils auraient dû, dès la conclusion du contrat, être informés du montant prévisible de l'indemnité à payer, étant donné qu'abstraction faite de l'impossibilité de la fixer en début du contrat en raison de la fluctuation des taux d'intérêt sur une période de vingt années, celle-ci n'est due qu'en cas de remboursement anticipatif du prêt, situation qui a certes été envisagée dès le début du contrat, mais qui, dans le cours normal des choses, ne devait pas nécessairement avoir lieu. Le fait même que le dommage envisagé devait découler de l'obligation pour la BANQUE de se refinancer indiquait aux emprunteurs que l'indemnité était circonscrite à cet unique cas de figure.

C'est au moment où les emprunteurs ont envisagé de rembourser anticipativement l'emprunt et où la BANQUE a manifesté son accord que se posait la question du montant de l'indemnité à payer. C'est partant à ce moment que les emprunteurs devaient connaître le montant de l'indemnité à payer aux fins de décider s'ils allaient ou non procéder au remboursement anticipatif du prêt.

Cette indemnité était connue des emprunteurs au moment où ils ont décidé de procéder au remboursement anticipatif des fonds empruntés, étant donné que la BANQUE leur avait fait parvenir les soldes des deux ouvertures de crédit, la différence des soldes entre le 31 décembre 2011 et le 15 février 2012 étant constituée, et les parties s'accordent sur ce point, par cette indemnité.

Les emprunteurs connaissaient partant le montant de l'indemnité d'ores et déjà mise en compte par la BANQUE, de sorte que leurs développements tenant au caractère non prévisible et évaluable du dommage tiré de l'article 1150 du Code civil sont à rejeter.

La Cour ajoute à titre superfétatoire qu'il ne ressort pas des éléments du dossier que les emprunteurs qui ont vendu leur bien immobilier hypothéqué se soient adressés à la BANQUE avant le 10 février 2012, date d'un courrier dans lequel ils l'informent avoir procédé à ladite vente et devoir procéder au remboursement anticipatif du prêt en raison des hypothèques grevant le bien vendu, la vente de l'immeuble ne pouvant porter que sur le bien libre d'hypothèque. Les intimés auraient partant dû s'enquérir du montant de l'indemnité prévisible à payer, non pas à un moment où ils avaient déjà vendu leur immeuble, mais au moment où ils envisageaient de le faire, puisque cette vente entraînait pour eux l'obligation de purger les hypothèques, ce qui présupposait l'accord de la BANQUE à en donner mainlevée, ce qui présupposait nécessairement l'apurement

total des dettes contractées moyennant un remboursement anticipatif.

Est ensuite à rejeter pour les mêmes motifs le moyen des intimés qui a trait à l'obligation d'information et de conseil que la BANQUE aurait violée en sa qualité de dispensateur de crédit en les ayant laissés en début de contrat dans l'ignorance du montant de l'indemnité à payer en cas de remboursement anticipatif du prêt.

L'indemnité de refinancement n'est pas, tel que l'allèguent les intimés, une clause pénale soumise au pouvoir modérateur du juge. Elle ne constitue pas une somme réparatrice forfaitaire sur laquelle les parties se seraient accordées au moment de la conclusion du contrat de prêt, mais doit être équivalente au dommage effectivement subi par la BANQUE qui s'est vue dans l'obligation de se refinancer.

C'est à la BANQUE qu'il incombe d'établir le dommage allégué qui est contesté par les intimés.

Ces derniers font valoir que la BANQUE n'aurait établi ni avoir dû se refinancer, ni les conditions du marché auxquelles elle a dû le faire. Ils concluent au rejet de l'offre de preuve par expertise formulée par la BANQUE, dès lors qu'elle n'aurait jamais été et ne serait toujours pas en mesure de justifier du montant mis en compte.

La Cour ne suit pas les intimés en ce qu'ils contestent la certitude du dommage accru à la BANQUE, et en ce qu'ils demandent que la BANQUE verse les pièces qui établissent que le montant remboursé a effectivement été réinvesti auxdites conditions du marché.

Cette preuve ne saurait être rapportée par la BANQUE, étant donné qu'au vu de leur fongibilité, elle ne saurait retracer l'utilisation finale des fonds reçus anticipativement.

La prévisibilité et la certitude du dommage de la BANQUE résident dans la différence entre le rendement qu'elle aurait contractuellement touché jusqu'à la fin du contrat et celui qu'elle aurait pu toucher au moment du remboursement anticipatif en le réinvestissant aux conditions du marché. Il convient de faire abstraction de tout autre mode d'investissement des fonds remboursés que la BANQUE aurait pu choisir, étant donné qu'il avait été stipulé entre parties que le dommage découlerait des opérations dues au refinancement de la BANQUE, partant au réinvestissement des fonds remboursés anticipativement dans un produit équivalent à celui ayant lié les parties.

La BANQUE a mis en compte à titre de solde du prêt LU (...) la somme de 163.581,24 € et à titre de solde du prêt LU (...) celle de 241.899,93 €. (voir la lettre adressée le 15 février 2012 par la BANQUE au notaire instrumentaire)

Les soldes respectifs arrêtés au 31 décembre 2011 se chiffraient à 142.020,11 € et 209.716,68 €. La différence, abstraction faite des intérêts débiteurs conventionnels courus jusqu'au 15 février 2012 auxquels la BANQUE a droit en toute occurrence, constitue l'indemnité de remboursement anticipatif réclamée par la BANQUE.

L'accroissement du solde de l'emprunt LU (...) entre le 1er janvier et le 15 février 2012 s'est chiffré à 21.561,13 € et celui de l'emprunt LU (...) à 32.183,25 €, soit un total de 53.744,38 €, et non pas 53.746,38 € tel que réclamé par les intimés et tel qu'accordé par le tribunal.

Sachant que le taux d'intérêt était de 5,09 % l'an et qu'il a couru sur 46 jours sur un total de 360 jours (voir les conditions arrêtées dans les ouvertures de crédit), les intérêts conventionnels courus jusqu'au 15 février 2012 s'élevaient à (923,68 + 1.363,97) 2.287,65 €.

L'indemnité réclamée par la BANQUE du chef du remboursement anticipatif se chiffrait partant à (53.744,38 - 2.287,65) 51.456,73 €. Dès lors que les appelants n'ont pas contesté et ne seraient pas en droit de contester la mise en compte d'intérêts conventionnels courus jusqu'au 15 février 2012, la demande en restitution ne peut porter que sur la somme de 51.456,73 €.

La BANQUE offre de prouver le dommage subi par expertise. Elle verse un document intitulé « calcul du préjudice subi par la banque » (pièce 7) non daté et non identifié quant à son auteur.

Il convient de tenir compte dudit document qui a certes été dressé unilatéralement, mais a été librement discuté entre parties. Il a été dressé ex post, étant donné qu'il fait mention de l'assignation judiciaire lancée par les époux **B.) - A.)** contre la BANQUE. Selon toute vraisemblance, et à défaut d'explications fournies par l'appelante, il a été établi par un service interne de la BANQUE.

Ce document retient que le dommage accru à la BANQUE se chiffrait pour l'emprunt 8501 5000 à 33.740 €, mais que la BANQUE a accordé une « remise exceptionnelle » de 10.644 €, de sorte à ne plus réclamer qu'une indemnité de rupture de 22.826 €. Toujours selon ce document, le dommage accru à la BANQUE se chiffrait pour

l'emprunt 8593 4000 à 49.976 €, mais vu que la BANQUE a accordé une « remise exceptionnelle » de 15.965 €, elle n'a réclamé qu'une indemnité de rupture de 34.011 €. Le total de l'indemnité se chiffrait partant à 56.837 €.

La différence entre la somme de 53.744,38 € payée par les époux **B.) - A.)** et celle de 56.837 € s'expliquerait, selon l'auteur du document, par une prise en compte différente par la salle des marchés de la BANQUE des pénalités dont l'évaluation se serait faite sur base du capital restant dû au 15 février 2012. Ces explications lapidaires ne permettent pas à la Cour d'en vérifier l'exactitude.

L'auteur du rapport retient qu'au 15 février 2012, la BANQUE aurait pu placer le capital remboursé sur 15 ans à un taux annuel de 2,475 %, tandis que si le crédit avait continué à courir jusqu'à son terme (soit encore 14,7 ans), la BANQUE aurait continué à profiter du taux conventionnel annuel de 5,09 %.

Il convient de noter que la BANQUE n'a pas versé de pièces concomitantes à l'époque des faits relatives notamment au taux swap en vigueur le 15 février 2012 sur une durée de 15 ans.

La Cour a en outre l'impression que les calculs fournis ex post ont été établis en vue de justifier du montant mis en compte par la BANQUE, étant donné qu'il y est fait état d'une « remise exceptionnelle » accordée par la BANQUE aux emprunteurs de quelque 7,7 à 7,8 % du capital restant dû. Cette remise semble avoir eu pour but de ramener les sommes calculées au regard des conditions du marché qui ont prévalu au 15 février 2012 aux montants réclamés aux emprunteurs pour le remboursement anticipé du prêt.

Le montant que l'auteur chiffre à 56.837 € est par ailleurs à apprécier avec circonspection, étant donné qu'il ne semble pas tenir compte des intérêts conventionnels courus jusqu'au 15 février 2012 qui reviennent de droit à la BANQUE et qui doivent partant être retranchés du montant global mis en compte.

Le quantum du dommage de la BANQUE n'étant pas d'ores et déjà établi, il y a lieu de procéder par voie d'expertise.

Les autres volets sont réservés.

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,

dit valable la clause stipulée entre parties par laquelle la société anonyme BGL BNP PARIBAS s'est réservée le droit, en cas de remboursement total ou partiel des fonds empruntés, de calculer à l'emprunteur une indemnité basée sur les frais de refinancement de la banque,

avant tout autre progrès en cause,

nomme expert Guy Seyler, demeurant à L-7308 Heisdorf, 25, rue Jean de Beck

avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon, dans un rapport détaillé et motivé,

*déterminer si et dans quelle mesure la société anonyme BGL BNP PARIBAS a subi un dommage financier lié au remboursement anticipatif des emprunts souscrits par les époux **B.) et A.)** du chef du refinancement, en tenant compte des usages bancaires et des conditions du marché en vigueur au 15 février 2012,*

ordonne à la société anonyme BGL BNP PARIBAS de consigner au plus tard le 10 mai 2016 la somme de 1.500 € à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert à la Caisse des Consignations et d'en justifier au greffe de la Cour sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du nouveau code de procédure civile;

charge Monsieur le président de chambre Roger LINDEN du contrôle de cette mesure d'instruction;

dit que si les honoraires de l'expert devaient dépasser le montant de la provision versée, ils devront en avvertir ledit magistrat et ne continuer leurs opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire;

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe de la Cour d'appel le 15 octobre 2016 au plus tard;

réserve les droits des parties et les dépens.