

Arrêt commercial N° 79/16 IV-COM

Arrêt commercial

Audience publique du vingt-sept avril deux mille seize

Numéro 37351 du rôle

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;
Marianne HARLES, conseillère;
Jean ENGELS, conseiller ;
Eric VILVENS, greffier assumé.

E n t r e :

1) **A.**), retraité,

2) **B.**), employée,

les deux agissant tant en leur nom personnel qu'en leur qualité d'ayants droit de feu Madame **C.**), décédée le 15 janvier 2011,

les deux demeurant à F- (...), (...), (...),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy Engel du 17 février 2011,

sub 1) et 2), comparant par Maître Luc Schanen, avocat, demeurant à Luxembourg ;

e t :

la société anonyme LANDSBANKI LUXEMBOURG, en liquidation judiciaire, établie et ayant son siège social à L-1222 Luxembourg, 2-4, rue Beck, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 78.804, déclarée en état de liquidation en date du 12 décembre 2008, représentée par son liquidateur, Maître Yvette Hamilius, avocat I, demeurant à Luxembourg,

intimée aux fins du susdit exploit Engel,

comparant par Maître Yvette Hamilius, avocat, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

La Cour d'appel statue au rescisoire suite à l'arrêt rendu le 5 juin 2014 par la Cour de cassation qui a cassé et annulé l'arrêt rendu le 6 novembre 2013 par la Cour d'appel qui avait déclaré nul l'acte d'appel du 17 février 2011 des époux A.) - B.) dirigé contre le jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 1er décembre 2010.

Suite au rejet le 15 février 2010 de la déclaration de créance formulée le 10 avril 2009 dans le cadre de la procédure de dissolution et de liquidation de l'établissement de crédit LANDSBANKI LUXEMBOURG S.A (ci-après la société LANDSBANKI ou la BANQUE), **A.)** et son épouse **B.)** (ci-après les époux **A.) - B.)**) ont, suivant acte d'huissier de justice du 22 mars 2010, assigné la société LANDSBANKI , représentée par son liquidateur judiciaire devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour voir admettre leur créance au passif de la BANQUE pour un montant de 1.515.962,93 €. Ils ont encore réclamé une indemnité de procédure de 2.000 €.

Ils ont exposé à l'appui de la demande s'être vu proposer par la BANQUE un montage « *equity release* » qui a consisté à mettre en garantie un bien immobilier pour obtenir des liquidités dont un certain pourcentage est utilisable librement, tandis que le reste est obligatoirement investi dans des parts de fonds d'investissement créés par l'institution financière; avoir conclu le 19 septembre 2007 avec la BANQUE un contrat de prêt pour un montant total de 1.150.000 € et avoir, en garantie du prêt, mis en gage le portefeuille-titres et l'assurance-vie et accordé une hypothèque sur leur bien immobilier situé en France.

La déclaration de créance en vue de l'admission au passif chirographaire pour le montant de 1.515.962,93 € se décomposait comme suit : compte courant : 65.213,58 € ; dépôt à terme : 258.763,77€ ; portefeuille-titres (obligations) 585.636,79€ (valeur 30 septembre 2008) ; dommages-intérêts pour la perte de valeurs des obligations Landsbanki & Kaupthing (66,66%) 606.348,79 €.

La BANQUE a conclu à titre reconventionnel à la condamnation solidaire des époux **A.) - B.)** à lui payer la somme de 1.232.349,66 €, représentant le solde du prêt contracté par les déclarants.

Par jugement du 24 novembre 2010, le tribunal a déclaré les demandes principale et reconventionnelle recevables, rejeté la déclaration de créance des époux **A.) - B.)** du passif de la liquidation, dit fondée la demande reconventionnelle et condamné les époux **A.) - B.)** solidairement à payer à la société LANDSBANKI la somme de 1.232.349,66 €, avec les intérêts conventionnels sur le montant principal de 1.212.504,52 € à dater du 28 septembre 2010 jusqu'à

solde et rejeté la demande de la liquidatrice en obtention d'une indemnité de procédure.

Pour statuer ainsi, le tribunal, après avoir dit non fondée l'exception tirée du libellé obscur de l'assignation introductive d'instance et rejeté la demande en surséance à statuer formulée par les demandeurs qui soutenaient, mais n'établissaient pas avoir introduit une procédure civile en nullité des contrats de prêt et de gage devant une juridiction française, a retenu qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte des développements des demandeurs contenus dans une note de plaidoiries versée aux débats qui visait à obtenir l'annulation de plusieurs contrats, à permettre la compensation et à obtenir des dommages-intérêts, ces demandes tendant en réalité à obtenir la condamnation de la BANQUE à une somme d'argent.

La demande des époux **A.) - B.)** en allocation de dommages-intérêts basée sur l'acquisition des titres Kaupthing et Landsbanki a été rejetée, au motif que les clients avaient, par le silence gardé à la réception des extraits de compte y relatifs et par application de l'article 16.2. des conditions générales de la BANQUE marqué leur accord et approuvé l'inscription en débit de leur compte.

La juridiction du premier degré a enfin constaté que le contrat de prêt avait été dénoncé par le liquidateur le 10 décembre 2009 au motif que le ratio de couverture n'était plus respecté et qu'au 28 septembre 2010, la dette des emprunteurs se chiffrait à 1.232.349,66 €, de sorte que la demande reconventionnelle de la BANQUE a été déclarée fondée pour ce montant.

De ce jugement, qui leur a été signifié le 30 décembre 2010, les époux **A.) - B.)** ont régulièrement relevé appel par acte d'huissier de justice du 17 février 2011.

Ils concluent à titre principal à voir prononcer la surséance à statuer en attendant l'issue, d'une part, des procès civils pendants devant les tribunaux français relatifs à la nullité des différents contrats conclus et, d'autre part, l'issue des procédures à intervenir suite au dépôt de nouvelles déclarations de créance à faire par les appelants.

Les époux **A.) - B.)** demandent à titre subsidiaire à voir admettre leur créance au passif de la liquidation de la BANQUE.

La fin de non-recevoir tirée du libellé obscur de l'acte d'appel

L'intimée argue de nullité l'acte d'appel pour ne pas contenir un objet et un exposé sommaire des moyens exigés par les articles 585 et 154 du NCPC.

LA BANQUE dit éprouver des difficultés à préparer sa défense, étant donné que les appelants n'ont formulé que très ponctuellement et lapidairement des reproches précis à l'encontre des développements contenus au jugement dont appel, de sorte qu'elle aurait du mal à déterminer le fondement juridique des différents faits et moyens contenus dans la demande et qu'elle risquerait de se méprendre sur l'objet de l'appel.

Les appelants concluent au rejet de l'exception de nullité en ce qu'ils disent préciser dans des conclusions postérieures à l'acte d'appel les moyens invoqués à l'appui de leur recours.

Aux fins de circonscrire le débat relatif à la portée de l'appel et aux moyens qui le sous-tendent, il convient de retracer l'historique des demandes des actuels appelants.

Dans l'assignation du 22 mars 2010 qui a introduit l'instance des débats sur les contestations de la créance alléguée, les demandeurs ont exposé être les créanciers de la BANQUE à hauteur de 1.515.962,93 € € dont ils ont revendiqué par déclaration du 10 avril 2009 le montant à titre de créance à admettre au passif de la liquidation. Ils ont soutenu que ces avoirs, même gagés, seraient restés leur propriété et qu'après l'ouverture de la procédure de liquidation, l'intimée aurait effectué de nombreuses opérations sur ces actifs sans les en avoir tenus informés et que la perte de valeur des titres serait due à une mauvaise gestion et de nombreuses fautes et malversations de la part de la BANQUE. Ils ont contesté être les débiteurs de la société intimée et ont fait valoir que le montage financier qui leur avait été proposé par la BANQUE s'est révélé être un véritable désastre financier ayant laissé apparaître de nombreuses fautes et irrégularités commises par la BANQUE, cette dernière n'ayant pas non plus rempli ses devoirs d'information et de conseil à leur égard.

Il ressort de la motivation du jugement dont appel que les demandeurs ont lors de l'audience des plaidoiries encore conclu à la surséance de l'affaire à prononcer par le tribunal saisi en attendant l'issue d'une action civile intentée en France contre la BANQUE tendant à voir déclarer la nullité des contrats conclus entre parties. Ils ont encore exposé les moyens à l'appui d'une demande en dommages - intérêts contre la BANQUE et en nullité des contrats ayant lié les parties.

Les moyens développés par les demandeurs ont été toisés par la juridiction du premier degré de la façon suivante :

Elle a rejeté la demande en surséance en attendant le sort à réserver à une procédure pendante en France faute par les demandeurs d'établir avoir saisi une juridiction française.

Elle a retenu que la combinaison des demandes en annulation des contrats signés, en compensation et en obtention de dommages-intérêts tendrait à obtenir une somme d'argent de la BANQUE, mais que cette action se heurtait aux dispositions de l'article 452 du Code de commerce. Le tribunal a ajouté que la demande en nullité des contrats n'était pas contenue dans la déclaration de créance et que les demandeurs étaient forclos à présenter une nouvelle déclaration. Il en serait de même de la demande en responsabilité contractuelle dirigée contre la BANQUE, non contenue dans la déclaration de créance.

Quant au montant faisant l'objet de la déclaration de créance, le tribunal a dit que les avoirs étaient gagés en faveur de la BANQUE, qui, en cours de liquidation, avait régulièrement dénoncé le contrat de prêt et réalisé le gage. Il a déclaré recevable et fondée la demande reconventionnelle de la BANQUE en condamnation des demandeurs à lui payer du chef du solde du prêt, après réalisation des titres gagés en faveur de l'emprunteur, la somme de 1.232.504,52 €.

Ceci dit, convient-il de rappeler qu'il appartient à la partie appelante de spécifier les griefs qu'elle adresse à la juridiction qui n'a pas accueilli une partie ou la totalité de ses prétentions. Ces précisions doivent se retrouver dans l'acte d'appel et non pas, tel que le font valoir les appelants, dans leurs écritures subséquentes.

C'est encore à raison que l'intimée dit que les appelants ne sauraient, dans la motivation de l'acte d'appel, se référer aux moyens qu'ils disent déjà avoir développés en première instance, un tel renvoi ne rencontrant pas les exigences légales.

L'objet de l'appel est d'abord de voir réformer le jugement en ce que le tribunal n'a pas fait droit à la demande en surséance. Cette demande se retrouve aussi bien au dispositif de l'acte d'appel que dans la motivation sous le point 2 d) traitant de la nullité des contrats soulevée devant les juridictions françaises. La fin de non-recevoir n'est partant pas fondée de ce chef.

Le second objet de l'appel, subsidiaire par rapport au premier, est encore énoncé clairement dans l'acte d'appel en ce que les appelants concluent à la réformation du jugement et demandent à voir admettre leur créance au passif de la liquidation.

C'est dans le cadre de ce volet que les appelants font état, d'une part, de la nullité des contrats à prononcer par le tribunal saisi et, d'autre part, de la responsabilité contractuelle de la BANQUE.

Il convient d'emblée de constater que ni une éventuelle nullité des contrats, ni une éventuelle responsabilité de la BANQUE ne sauraient avoir pour conséquence de voir admettre la créance des appelants au passif de la liquidation à hauteur de la somme de 1.515.962,93 €.

En effet, en revendiquant les montants de 65.213,58 € (compte courant), 258.763,77 € (dépôt à terme), 585.636,79 € (portefeuille-titres avec valeur 30 septembre 2008) de même que des dommages-intérêts de 606.348,79 € du chef de la perte de valeur des obligations Landsbanki & Kaupthing (66,66%) à titre de créance à faire valoir, les appelants admettent implicitement - certes à titre subsidiaire - la validité des contrats conclus entre parties, de telle sorte que la demande en nullité des contrats ne saurait à l'évidence avoir pour conséquence l'octroi de la somme réclamée.

Les appelants en sont par ailleurs conscients en ce qu'ils soutiennent qu'en cas d'annulation du(es) contrat(s), les parties seraient remises dans leur pristin état, que le montant réclamé dans la déclaration de créance ne serait pas dû et qu'ils devraient dans ce cas restituer le montant de 287.000 € correspondant à la somme en espèces qui leur a été remise par la BANQUE à la signature du contrat de prêt.

En appel, les époux **A.) - B.)** soulèvent la nullité des contrats et déclarent « maintenir leurs moyens de nullité des contrats et des conséquences en découlant sur base des moyens invoqués dans l'acte introductif d'instance ».

Il convient cependant de constater, ainsi que le fait valoir à juste titre la BANQUE et indépendamment du fait qu'ils ne sauraient simplement renvoyer aux écritures de première instance, que les appelants n'ont présenté aucun moyen de nullité dans l'acte introductif d'instance. Il ressort certes de la motivation du jugement appelé (page 4, 6^{ème} alinéa) que le mandataire des appelants a, en cours de première instance, exposé « ses moyens de nullité du contrat respectivement du montage financier dans son intégralité », mais ces moyens non contenus dans le jugement sur lesquels le tribunal n'a par ailleurs pas pris position, n'ont pas été portés par l'acte d'appel à la connaissance de la Cour.

Le moyen tenant au libellé obscur de ce volet de l'acte d'appel est fondé, dans la mesure où les appelants demandent à la Cour de déclarer nuls les contrats signés, sans avoir exposé les arguments de fait et de droit qui devraient la conduire à examiner ce ou ces moyens de nullité en connaissance de cause et permettre à l'intimée de prendre utilement position par rapport auxdits moyens.

Quant à la demande en responsabilité dirigée contre la BANQUE, combinée à celle en allocation de dommages-intérêts, elle ne saurait, tout comme la demande en nullité des contrats, aboutir à l'octroi de la somme revendiquée du chef de l'exécution du(es) contrat(s) du moins jusqu'au 30 septembre 2008.

En première instance, les demandeurs avaient fait valoir que la BANQUE aurait violé son obligation de conseil et d'information en ne les ayant pas informés de la complexité du montage financier et de son caractère spéculatif. Ils avaient encore argué du caractère abusif de certaines clauses, notamment de celle relative au ratio de couverture des titres gagés. Ils avaient encore fait valoir que la BANQUE aurait exécuté avant et durant les procédures collectives des opérations avec les actifs leur appartenant sans les en tenir informés et sans avoir au préalable obtenu leur accord.

En appel, les époux **A.) - B.)** exposent que « la BANQUE respectivement le liquidateur ont commis une inexécution fautive du contrat aussi bien avant la procédure de sursis de paiement, respectivement de mise en liquidation, respectivement postérieurement au jugement de mise en liquidation ». L'acte d'appel fait état par la suite d'irrégularités commises « depuis la procédure de sursis en paiement et de mise en liquidation, en ce que LANDSBANKI interdisait toute opération et toute intervention des appelants sur leurs avoirs qui se trouvaient en dépôt auprès de la banque et qu'en contre - partie, la banque mettait en compte des intérêts exorbitants » pour en conclure que « le décompte des intérêts est contesté, les intérêts réclamés n'étant pas dus, LANDSBANKI n'ayant pas exécuté le contrat de son côté ». Ils lui reprochent encore d'avoir acquis des titres dont ils ne voulaient pas avant la procédure de sursis et de liquidation de la BANQUE.

La demande est partant circonscrite à la période ayant couvert l'entièreté des relations d'affaires entre parties, à savoir celles antérieure et postérieure à la mise en sursis et en liquidation de la BANQUE. Les faits à la base de la demande sont énoncés sommairement, mais de manière suffisante.

En cours de procédure d'appel, les appelants rechercheront encore la responsabilité de la BANQUE pour violation de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier, moyen déjà formulé dans l'assignation introductive d'instance, mais non repris dans l'acte d'appel.

Le tribunal du premier degré a rejeté la demande en responsabilité dirigée contre la BANQUE, hormis le volet portant sur la somme de 606.348,79 €, pour ne pas avoir été contenue dans la déclaration de créance et pour se heurter à l'article 452 du Code de commerce. Les appelants ne prennent pas position par rapport aux développements consacrés par le tribunal à cette problématique. Par le fait pour les

appelants de ne pas non plus reprendre dans l'acte d'appel le reproche adressé en première instance à la BANQUE de ne pas avoir rempli à leur égard ses devoirs d'information et de conseil et de ne pas critiquer de ce chef le tribunal, il y aurait lieu d'en conclure que les époux **A.) - B.)** n'ont pas entrepris ce volet du jugement réduisant d'autant l'effet dévolutif de l'appel. S'agissant cependant d'un moyen d'ordre privé non soulevé par l'intimée, il convient de déclarer recevables les développements consacrés par les appelants à ce volet de la demande.

La Cour retient dans ces conditions que le volet de l'appel tendant à voir engager la responsabilité de la BANQUE pour des agissements qu'elle aurait commis avant l'ouverture de la procédure de liquidation est déféré à la Cour, en ce qui concerne tant l'acquisition des titres dont les clients prétendent ne pas avoir voulu et pour la perte de valeur desquels ils ont formulé une demande en indemnisation spécifique portant sur 606.348,79 €, que la demande en responsabilité de la BANQUE basée sur la violation de l'obligation d'information et de conseil à l'égard de ses clients. Les moyens des appelants relatifs aux faits qui ont eu lieu durant la procédure de la liquidation judiciaire seront examinés dans le cadre de la demande reconventionnelle de la BANQUE.

Quant à la nullité du jugement du 1^{er} décembre 2010 :

Dans leurs conclusions du 17 décembre 2012, les appelants disent maintenir le moyen de nullité du jugement qu'ils n'ont cependant ni soulevé ni précisé que ce soit dans l'acte d'appel ou dans d'autres conclusions prises en instance d'appel, de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'y attarder.

La demande en surséance

Cette demande présentée en première instance en raison d'un litige civil pendant devant une juridiction française ayant pour objet de voir prononcer la nullité des contrats ayant lié les parties a été rejetée par le tribunal au motif que les demandeurs sont restés en défaut de justifier de la saisine d'une telle juridiction.

Les appelants maintiennent cette demande en appel (point 2 d) de l'acte d'appel), mais restent en défaut, tout comme en première instance, de verser une pièce attestant de la saisine d'une juridiction civile française.

La demande en surséance est à rejeter.

Aux termes de leurs dernières conclusions, les appelants demandent à la Cour de surseoir à statuer, principalement, en attendant l'issue de l'instruction pénale ouverte auprès du TGI de Paris pour escroquerie à charge de plusieurs anciens gestionnaires

de la BANQUE et contre la BANQUE elle-même et, subsidiairement, en attendant le résultat de l'information judiciaire ouverte au Grand - Duché de Luxembourg du chef de blanchiment contre la liquidatrice. Ils invoquent tant l'article 3 du Code d'instruction criminelle que le règlement CE 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

La demande en surséance en raison d'une instruction pénale ouverte en France contre la société LANDSBANKI est à rejeter, étant donné que l'article 3 du Code d'instruction criminelle ne s'applique qu'en cas de saisine d'une juridiction pénale nationale d'une telle instruction. (pour la même solution retenue par les tribunaux français : Jurisclasseur, procédure civile, fasc. 556, n° 35).

Les appelants invoquent encore le règlement CE 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale et notamment l'article 27 traitant de la litispendance internationale pour, dans le souci d'éviter des contrariétés de jugement découlant des procédures engagées au Luxembourg et en France, demander à la Cour de surseoir à statuer en attendant le sort de la même instruction pénale du chef d'escroquerie poursuivie en France contre des responsables de la BANQUE.

Ce règlement est applicable en l'espèce, étant donné que celui qui l'a remplacé, à savoir le règlement UE 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, n'a été déclaré applicable qu'à toute action judiciaire intentée après le 10 janvier 2015.

Le règlement 44/2001 exclut de son champ d'application les faillites, concordats et autres procédures analogues.

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

Encore faut-il, pour que soit applicable l'exclusion susdite, que la demande dont est saisie la juridiction dérive « directement de la faillite et s'insère étroitement dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens ou de règlement judiciaire ». (même arrêt ; voir encore Cour de Cassation française, Chambre commerciale, 5 mai

2004, Bull. civ. 2004, IV, n° 82, p. 86 ; Rev. crit. DIP 2005, p. 104, note D. Bureau)

Tel n'est pas le cas en l'espèce, étant donné que le litige entre parties porte sur l'exécution sinon la mauvaise exécution d'un contrat de prêt et sa dénonciation, de sorte que son existence n'est pas dépendante d'une procédure de liquidation des biens ou de règlement judiciaire.

Ce règlement ne s'applique qu'en matière civile et commerciale.

Selon ordonnance de saisie prise au plus tôt le 9 septembre 2012 (*note de la Cour* : la copie versée ne permet pas de déterminer la date exacte, mais l'ordonnance se réfère à un réquisitoire du Parquet du 9 septembre 2012, de sorte qu'elle est concomitante ou postérieure à cette date), le juge d'instruction en charge de l'information judiciaire ouverte contre la société LANDSBANKI du chef notamment d'escroquerie (article 313-3 du Code pénal français) a ordonné la saisie pénale de la créance appartenant à la société LANDSBANKI sur les époux **A.) - B.)** selon contrat de prêt du 30 août 2007. Selon la motivation de ladite ordonnance, « la saisie a pour but de garantir l'exécution de la peine complémentaire de confiscation et peut porter sur tout droit incorporel, soit en l'espèce la créance de la BANQUE contre les époux **A.) - B.)**, ce droit constituant l'objet même de l'infraction reprochée à la BANQUE ».

Une plainte avec constitution civile déposée auprès d'une juridiction d'instruction relève du champ d'application du règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dans la mesure où elle a pour objet l'indemnisation pécuniaire du préjudice allégué par le plaignant. (CJUE 22 octobre 2015, C-523/14, Aertssen-VSB)

L'exception de litispendance peut être invoquée alors même que la juridiction pénale répressive statuant au fond n'est pas encore saisie, l'existence d'une instruction pénale judiciaire non encore clôturée étant suffisante (voir l'arrêt ci-dessus : réponse à la deuxième question). Il ne ressort pas des conclusions des parties quel est l'état d'avancement de la procédure, même s'il semble que l'instruction judiciaire ait été clôturée, le renvoi des prévenus n'ayant pas encore été ordonné devant une juridiction répressive française au moment des dernières conclusions des intimées du 9 avril 2015.

Aux termes de l'article 27 du règlement, lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'Etats membres différents, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie.

La date de dépôt de la plainte avec constitution de partie civile vaut saisine de la juridiction française. (voir arrêt ci-dessus, réponse à la troisième question). Cette date ne ressort pas des pièces versées.

L'objet de la constitution de partie civile est la réparation du préjudice né de l'infraction subi par la victime. Les époux **A.) - B.)** n'ont pas précisé en quoi consiste le préjudice qu'ils soutiennent avoir subi du chef notamment de l'escroquerie qu'ils reprochent à la BANQUE d'avoir commise à leur détriment. Il convient par contre de relever que la déclaration de créance qu'ils ont déposée devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a consisté à réclamer non pas la nullité sinon la résolution du contrat, mais son exécution, étant donné que les montants réclamés consistaient en la valeur du portefeuille - titres, valeur arrêtée au 29 août 2008, en liquidités et en la perte de valeur pour un montant total de 1.515.962,93 €.

Ce n'est que dans le cadre des débats oraux ayant porté sur la contestation de leur déclaration de créance que les époux **A.) - B.)** ont, selon la motivation du jugement dont appel, exposé des moyens tendant à la nullité des contrats (de prêt, de gage, d'inscription hypothécaire).

La Cour renvoie à l'acte d'appel des époux **A.) - B.)** du 17 février 2011, de même qu'aux développements qu'elle a consacrés dans cet arrêt à l'exception *obscuri libelli* concernant le point spécifique relatif à la nullité des contrats, moyen qui a été déclaré irrecevable en raison de son libellé obscur.

Il en découle que la Cour n'est pas valablement saisie du moyen des appelants tendant à la nullité des contrats les ayant liés à la BANQUE.

Il ne saurait dans ces conditions être question, abstraction faite de toute autre règle découlant du droit de la faillite, de litispendance entre l'instance pendante en France, cette dernière ayant pour objet de voir la juridiction saisie se prononcer sur l'infraction d'escroquerie commise notamment au préjudice des époux **A.) - B.)** et sur la demande en indemnisation de ces derniers à présenter dans le cadre de leur demande civile annexe qui s'est greffée sur l'action publique et la demande dont est actuellement saisie la Cour, les appelants n'ayant pas valablement saisi cette dernière de moyens tendant à la nullité des contrats signés entre parties.

L'exception de litispendance internationale invoquée par les appelants est partant à écarter.

Quant à la demande en surséance basée sur l'arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel du 10 juillet 2014 :

Cet arrêt fait obligation aux instances judiciaires luxembourgeoises d'instruire à charge de la liquidatrice du chef de blanchiment.

Le moyen de l'intimée qui soutient que faute par les parties appelantes de s'être constituées parties civiles dans la procédure pénale initiée au Luxembourg est à écarter.

L'article 3 du Code d'instruction criminelle prévoit que l'action civile est suspendue tant que les juges saisis de l'affaire pénale ne se sont pas prononcés définitivement. Pour que le principe découlant de cette disposition s'applique, il faut qu'il existe un lien unissant l'action civile à l'action publique. Les conditions d'application de l'article 3 du code d'instruction criminelle n'exigent pas que ce lien consiste dans une identité de parties, de cause et d'objet, mais il suffit que la décision à intervenir sur l'action publique soit susceptible d'influer sur celle qui sera rendue par la juridiction civile. Le juge civil qui a le contrôle de cette incidence, doit tenir compte de toutes les issues possibles de l'action publique et surseoir à statuer toutes les fois qu'il existe un simple risque de contradiction entre les deux décisions à venir à propos des mêmes faits.

L'instruction du chef de blanchiment est ouverte au Luxembourg contre la liquidatrice prise en son nom personnel, mais non pas contre la société LANDSBANKI, raison pour laquelle cette dernière soutient qu'il n'y a pas lieu de surseoir à statuer. Elle expose que la responsabilité personnelle du liquidateur prévue à l'article 149 de la loi sur les sociétés commerciales (LSC) du 10 août 1915, une fois établie, ne donnerait lieu qu'à des dommages-intérêts en faveur des appelants à régler par la liquidatrice, la société ne pouvant y être condamnée.

L'article 149 LSC dispose que le liquidateur est responsable tant envers les tiers qu'envers la société de l'exécution de son mandat et des fautes commises dans sa gestion.

Il n'y a pas lieu à surséance, étant donné que les faits de blanchiment, même s'ils devaient s'avérer établis à l'égard de la liquidatrice, résulteraient d'opérations qui seraient postérieures à la mise en liquidation de la société, mais non pas d'opérations antérieures susceptibles de donner lieu à des créances ayant existé au moment du prononcé de celle-ci. Etant donné que la responsabilité personnelle de la liquidatrice serait susceptible d'être engagée si l'infraction de blanchiment était retenue à sa charge, la créance que les appelants pourraient faire valoir contre elle, de nature délictuelle, ne concernerait pas la société LANDSBANKI.

La demande en surséance des appelants est dès lors à rejeter.

La demande en responsabilité dirigée contre la BANQUE

La Cour a retenu ci-dessus que les époux **A.) - B.)** recherchent la responsabilité de la BANQUE pour des agissements commis avant l'ouverture de la procédure de liquidation, basée tant sur la violation de l'obligation d'information et de conseil à leur égard que sur l'acquisition de titres dont ils prétendent ne pas avoir voulu et pour la perte de la valeur desquels ils ont formulé une demande en indemnisation spécifique portant sur 606.348,79 €.

Il est rappelé que les appelants n'ont à aucun endroit de leurs développements quantifié le préjudice qu'ils disent avoir subi du fait de la violation supposée de l'obligation de conseil et d'information à leur détriment, puisqu'ils revendiquent des montants dont ils étaient à un moment crédateurs à l'égard de la BANQUE, ces montants ne pouvant à l'évidence constituer le préjudice subi du fait des violations de la BANQUE.

Il est dans ces conditions superflu pour la Cour de rechercher si la BANQUE s'est conformée ou non à l'égard de ses clients aux obligations qui lui étaient imposées par la loi du 5 avril 1993, sinon par celle modificative du 13 juillet 2007 entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2007, étant donné que même à supposer établie une telle violation, les appelants resteraient en défaut de quantifier le préjudice se trouvant en relation causale, bien plus d'établir les opérations qui l'ont causé.

Le reproche ne serait de toute façon pas fondé. La Cour renvoie à ce titre à la motivation exhaustive du jugement dont appel qu'elle s'approprie.

Reste le volet concernant l'acquisition de titres pour la perte de la valeur desquels les époux **A.) - B.)** réclament à la BANQUE un dédommagement à hauteur de 606.348,79 €, demande formulée dans la déclaration de créance et partant analysée par le tribunal du premier degré.

Le tribunal a rejeté cette demande. Il a retenu que les parties ont été d'accord pour dire que les actifs des clients faisaient l'objet d'une gestion assistée et non d'une gestion discrétionnaire par la BANQUE. La juridiction du premier degré, après avoir constaté que les demandeurs n'avaient pas protesté endéans le délai conventionnel prévu à l'article 16.2. des conditions générales de la BANQUE contre les extraits de compte des 4 juin et 3 juillet 2008 relatifs à l'acquisition des titres Landsbanki, en a conclu que le silence gardé à la réception des extraits de compte établissait la conformité des opérations effectuées par la BANQUE aux instructions des clients qui devaient être considérés comme avoir marqué leur accord avec les énonciations des extraits de compte portant sur l'inscription des obligations litigieuses à leur actif et

comme avoir approuvé l'inscription en débit de leur compte. Ils les a déclarés forclos à contester l'acquisition des titres Landsbanki.

Cependant si, à défaut d'établir que les investissements ont été faits sans instructions, leur approbation implicite par les clients empêche ces derniers de reprocher à la BANQUE d'avoir agi sans mandat et de les avoir induits en erreur, cette approbation tacite ne les prive cependant pas du droit à réparation résultant de la mauvaise exécution d'une opération, celle-ci eut - elle donné lieu à une écriture passée en compte, ni de celui de contester l'opportunité d'une opération. (G.Ravarani, La responsabilité civile, troisième édition, point 568)

Eu égard à l'approbation implicite déduite de l'attitude passive des clients, il n'est pas relevant de savoir si la BANQUE a agi de sa propre initiative, tel qu'affirmé par les appelants, ou si ces derniers ont donné instruction à la BANQUE d'investir les fonds dans les titres litigieux, tel que cette dernière le fait valoir. Les appelants ne sauraient pas non plus lui reprocher, tel qu'il ressort des documents d'ouverture établis le 18 juillet 2007, de ne pas avoir suivi la stratégie d'investissement qui consistait à placer pour une période de douze mois les fonds dans un compte de dépôt à terme, dès lors que l'acquisition des obligations s'est faite avant la fin de ladite échéance.

Dans leurs conclusions du 3 décembre 2012, les appelants ont plus spécifiquement reproché à la BANQUE de ne pas avoir suffisamment diversifié le portefeuille et de ne pas avoir veillé à une répartition géographique du portefeuille obligataire. Le reproche est à replacer plus généralement dans celui fait à la BANQUE de ne pas avoir mis les clients en garde contre une concentration exagérée dans un nombre limité d'émetteurs.

Il ressort des pièces versées (pièces 12 et 15 de l'intimée) qu'au 30 septembre 2008, les actifs inscrits sous le nom des appelants se chiffraient à 34.126,24 € (compte courant), 258.763,77 € (dépôt à terme) et 585.636 € (obligations), soit un actif de 878.526,80 €. Les dettes se chiffraient à 1.271.327,36 €, soit un solde débiteur de 392.800,56 €.

Les obligations représentaient partant au 30 septembre 2008 deux tiers de la valeur des fonds investis. Elles ont été achetées les 6 juin 2008 (Lanisl Float 10/10) pour 275.593,03 € et le 7 juillet 2008 (Lanisl Float 12/09) pour 324.158,28 € et représentaient à ce moment 70 % des fonds investis. C'est cette double acquisition qui est critiquée par les appelants en ce qu'ils soutiennent qu'elle leur a causé préjudice et que la BANQUE ne les a pas mis en garde contre une telle concentration.

Il ressort des documents d'ouverture signés par les clients qu'ils avaient opté pour un investissement à bas risque, ayant exprimé leur

volonté de ne pas subir de perte supérieure à 5%. Ils avaient en plus souhaité que les avoirs soient investis dans des obligations et des devises (pièce 2 de l'intimée, profil de risque). Il y est encore indiqué que la gestion n'était pas discrétionnaire, la Cour rappelant que le tribunal a retenu que les parties étaient d'accord pour dire qu'elles étaient liées par un mandat de gestion assistée. Les clients n'étaient pas à considérer comme des clients avertis, le simple fait, tel que le fait valoir l'intimée, qu'ils ont été mis en contact avec la BANQUE par un intermédiaire dont il n'est pas contesté qu'il touchait une commission de la part de la BANQUE n'en ayant pas fait des clients avertis.

Dans la gestion assistée, le client bénéficie des conseils en investissements dispensés par la banque, mais gère lui-même son portefeuille. Il est lié à sa banque par un contrat de dépôt - convention de compte de titres - ainsi que par les conseils en investissements qui lui sont prodigués par celle-ci et un mandat de transmission d'ordres. (G.Ravarani, point 590)

Lorsqu'elle dispense des conseils au client, la banque est tenue à une obligation de moyens. Elle ne garantit ni la sécurité du placement, ni la solvabilité de la société émettrice. L'opération conseillée comporte toujours un risque de perte que le client ne doit pas normalement ignorer.

Il appartient dès lors au client d'établir que le conseil dispensé par la banque était fautif, ce en tenant compte de la situation de fait telle qu'elle se présentait au moment où il a été dispensé.

Il y a d'abord lieu de retenir que l'investissement dans des obligations correspondait au profil des clients.

Les obligations étaient cependant toutes émises par un seul émetteur, à savoir Landsbanki Islande, société-mère de la BANQUE.

L'obligation de diversification géographique découle de l'obligation pour la BANQUE de veiller, dans l'intérêt de son client, à ce que celui-ci n'investisse pas exclusivement sinon majoritairement dans des titres d'émetteurs relevant soit d'un secteur déterminé, soit d'une région/continent déterminés. Elle permet ainsi d'éviter une concentration des risques, ces derniers étant limités en cas de diversification suffisante. Cette obligation découle d'un principe communément admis en matière de gestion de portefeuille (Philippe Bourin, La gestion de portefeuille, ALJB, pages 213 ss)

Cette concentration était manifeste en ce que les investissements se sont faits dans des obligations d'un seul émetteur, au surplus lié à la BANQUE. Les obligations acquises en juin et juillet 2008 qui étaient les seules à constituer le portefeuille-titres représentaient à ce moment 70% des fonds investis, et au 30 septembre 2008

quelque deux tiers des fonds investis, le reste étant resté placé sur un compte à terme dont les investisseurs se sont vu rembourser le solde le 12 novembre 2008.

L'investissement a été fait dans des obligations qui sont par nature à ranger parmi les instruments financiers sûrs, conservateurs, à rendement modéré, mais certain.

La valeur du portefeuille a cependant considérablement diminué depuis l'acquisition desdits instruments jusqu'au jour de la réalisation du gage. Même s'il est exact que la crise financière internationale a contribué à ladite perte de valeur, le fait que les titres provenaient d'un seul émetteur a considérablement accentué ladite perte.

La Cour retient partant que la BANQUE a commis une faute grave en n'ayant pas rendus attentifs les clients aux risques liés à l'acquisition de titres provenant d'un seul émetteur.

Le dommage causé du fait de ce manquement ne se confond pas avec le montant nominal de l'investissement réalisé sur base du conseil fautif, mais consiste en la perte d'une chance du client d'investir ses capitaux dans un autre placement ou de renoncer à celui déjà réalisé (cf. Droit des marchés financiers Thierry BONNEAU éd. Economica no 400).

La réparation de la perte d'une chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée (Civ 1ere 16 juillet 1998, Bull.civ.I no 260).

Elle ne peut présenter un caractère forfaitaire et doit consister en une fraction du préjudice.

En l'espèce, eu égard à la forte probabilité que les époux **A.) - B.)** ne se seraient pas engagés s'ils avaient été correctement informés, la perte de chance est évaluée à 75 % de la perte nette liée aux investissements litigieux. Elle consiste dans la différence entre le montant investi dans ces titres, à savoir la somme de 599.751,31 € dont il convient de déduire les dividendes de 8.389,82 € touchés en juillet et septembre 2008, soit 591.361,49 € et la valeur de ces titres au jour de la réalisation du portefeuille, laquelle était d'après le décompte de l'intimée de 231.995,97 € (pièce 15), soit un montant de $[0,75 \times 359.365,52]$ 269.524,14 €.

Ce montant est à déduire de la dette des appelants à l'égard de la BANQUE, les conditions d'une compensation judiciaire étant établies.

En ce qui concerne les fautes que les appelants lui reprochent d'avoir commises après l'ouverture de la liquidation, la Cour les

analyse dans le cadre de la demande reconventionnelle de la BANQUE.

La demande reconventionnelle de la BANQUE

L'objet de la demande reconventionnelle de la BANQUE réitérée en appel tend à la condamnation des appelants à lui payer la somme de 1.232.349,66 € correspondant au solde redû en vertu du contrat de prêt de 1.150.000 €, après imputation du produit de la vente des titres, assise du gage, réalisée par les organes de la liquidation de la BANQUE.

Comme moyens de défense, les époux **A.) - B.)** arguent de nullité pour être potestative la clause qui a permis à la BANQUE de réaliser les titres donnés en gage.

Ils contestent, en outre, la mise en compte d'intérêts de retard conventionnels en relation avec la dénonciation dudit prêt.

Les appelants exposent qu'il ressortirait du contrat de prêt et des conditions générales qui s'y rattachent, qu'aucune procédure de calcul n'a été définie entre les parties quant au ratio de couverture. Ils renvoient à l'article 1.5 du contrat de prêt et soutiennent que la procédure de calcul du ratio de couverture est laissée à l'entière discrétion de la BANQUE. Ils renvoient de même aux stipulations contenues dans le contrat de gage.

L'article 1.5. du contrat de prêt est de la teneur suivante :

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 ».

et le contrat de gage stipule que

« le créancier gagiste pourra évaluer au jour le jour et à sa seule discrétion le taux de couverture de garantie au moyen de l'application de la procédure de calcul pouvant être définie à tout moment ».

Il convient en outre de se référer à l'article 9.3 du contrat de prêt qui 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. »*

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 luxembourgeois et français).

Le liquidateur de la BANQUE a, par courrier du 10 décembre 2009 et au motif que le ratio de couverture était tombé à 68%, enjoint aux époux A.) - B.), par application de l'article 9.3. (a) du contrat de prêt, de rembourser immédiatement l'encours du prêt qui se chiffrait à 1.338.377,89 €. Les clients n'y ayant pas donné suite, la BANQUE a, en application de l'article 9.3 (c) de la convention de prêt, réalisé les valeurs données en gage. (*note de la Cour* : Par lettre du 29 avril 2010 (pièce 11 de l'intimée), la BANQUE a informé les appelants de la réalisation du gage et leur a indiqué le solde du prêt entre temps dénoncé arrêté au 1^{er} avril 2010, mais la date de la réalisation du gage n'y est pas mentionnée).

La décision de la BANQUE de réclamer le remboursement immédiat du prêt fait suite à la dépréciation des titres composant le portefeuille avec pour conséquence que le ratio de couverture fixé conventionnellement à 90 % (article 9.3. première phrase) n'était plus atteint, de sorte que la réalisation des valeurs gagées par le créancier gagiste, suite au défaut des débiteurs de donner suite au courrier du 10 décembre 2009, dépendait de plusieurs conditions extérieures au créancier gagiste sur lesquelles il n'avait pas d'emprise.

S'il est vrai que la fixation de la valeur crédit des titres se trouvant dans le portefeuille, c'est-à-dire celle que la BANQUE leur attribue - qui ne sera toujours qu'un pourcentage plus ou moins élevé de la valeur 100 - relève du pouvoir discrétionnaire du prêteur - créancier gagiste, sa fixation ne rend 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 est partant à écarter.

En ce qui concerne la mise en compte indue d'intérêts de retard, les époux **A.) - B.)** reprochent à la BANQUE, une fois mise en liquidation, de les avoir empêchés d'avoir accès aux titres du portefeuille durant la liquidation, d'avoir laissé périliter la valeur des titres et mis en compte des intérêts débiteurs exorbitants indus.

Ils ne développent cependant pas autrement, ni n'établissent les fautes de la BANQUE qui devraient conduire à accueillir leur demande qui est partant à rejeter.

Il convient de confirmer le jugement dont appel en ce que les appelants ont été condamnés à payer à la BANQUE la somme de la somme de 1.212.504,52 € € avec les intérêts conventionnels sur le montant principal de à partir du 28 septembre 2010.

Après compensation judiciaire, la créance de la BANQUE se chiffre à 962.825,52 €.

L'appel est partiellement fondé.

Les indemnités de procédure

Les demandes des parties en allocation d'une indemnité de procédure sont à rejeter étant donné qu'il n'est pas inéquitable que les parties doivent supporter les frais, non compris dans les dépens, qu'elles ont dû exposer pour se défendre en 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,

dit l'appel recevable, sauf en ce qui concerne son volet relatif aux moyens de nullité des contrats,

dit l'appel partiellement fondé,

réformant :

dit la déclaration de créance de **A.)** et **B.)** fondée à hauteur de 269.524,14 €,

confirme la créance de la société anonyme LANDSBANKI LUXEMBOURG à l'égard de **A.)** et **B.)** telle que fixée au jugement déferé,

après compensation judiciaire,

condamne **A.)** et **B.)** solidairement à payer à la société LANDSBANKI LUXEMBOURG S.A., en liquidation la somme de 942.980,38 €, avec les intérêts conventionnels tel que fixés au jugement dont appel,

déboute les parties de leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure,

fait masse des frais et dépens des deux instances et les impose pour trois quarts solidairement à charge de **A.)** et **B.)** et pour un quart à charge de la société anonyme LANDSBANKI LUXEMBOURG, avec distraction au profit des avocats concluants.