

**Arrêt N° 75/16 IV-COM**

Audience publique du vingt-sept avril deux mille seize

Numéro 37921 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.),** professionnel du tourisme, demeurant à F-(...), (...),
- 2) **B.),** infirmière, demeurant à F-(...), (...),

**appelants** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre Biel de Luxembourg du 20 juillet 2011,

comparant par Maître Luc Schanen, avocat à la Cour; demeurant à Luxembourg

**e t :**

**la société anonyme LANDSBANKI Luxembourg en liquidation,** établie 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, demeurant à L-2229 Luxembourg, 2, rue du Nord,

**intimée** aux fins du prédit exploit Biel,

comparant par Maître Yvette Hamilius, avocat à la Cour,

**LA COUR D'APPEL :**

Suivant acte d'huissier de justice du 9 mai 2008, la société anonyme LANDSBANKI LUXEMBOURG (ci-après la BANQUE) avait fait donner assignation à **A.)** et à son épouse **B.)** (ci-après les époux **A.) - B.)**) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, aux fins de les entendre condamner solidairement, sinon in solidum, à lui payer la somme de 713.833,39 €, outre les intérêts de retard au taux Libor +4,25% (1,25% + 3%) à partir du 1<sup>er</sup> mars 2008 jusqu'à solde, à titre de solde débiteur d'une ouverture de crédit dénoncée le 19 décembre 2007.

Les époux **A.) - B.)** avaient sollicité, à titre reconventionnel, l'allocation d'un montant de 900.000 € à titre de dommages et intérêts pour « inexécution contractuelle fautive » imputable à la société requérante et demandé au tribunal, principalement, de constater qu'aucun contrat de prêt n'avait pu se former valablement entre parties dans la mesure où la remise des fonds n'avait été effectuée qu'à concurrence de 30% du montant prévu au contrat. Ils avaient conclu en ordre subsidiaire à voir déclarer le contrat de prêt nul et de nul effet, pour cause illicite et violation de la loi modifiée du 25 août 1983 relative à la protection juridique des consommateurs.

Afin de justifier le bien-fondé de sa demande, la BANQUE s'était prévalu des articles 21.3.1 du contrat de prêt et 14.2 de ses conditions générales et avait invoqué une clause de présomption d'envoi, respectivement de réception de la lettre de dénonciation du contrat de prêt, clause qui aurait mis à la charge des époux **A.) - B.)** la preuve de la non-réception de l'écrit. Les défendeurs avaient demandé à voir déclarer nulles ces clauses, en soutenant qu'elles seraient à qualifier d'abusives par application de l'article 2 de la loi modifiée du 25 août 1983 précitée.

La société LANDSBANKI a été déclarée en liquidation judiciaire par un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 12 décembre 2008.

Par jugement contradictoire du 15 février 2011, le tribunal a reçu les demandes principale et reconventionnelle et les a déclarées non fondées.

Pour statuer ainsi, il a constaté que la clause 14.3 de l' « *Account Opening Request & General Terms and Conditions* » du 10 juin 2004 est rédigée dans l'intérêt exclusif de la BANQUE tandis que l'article 22.3 du contrat de prêt ( *Loan Agreement* ) du 21 juin 2004 qui constitue une stipulation spéciale, destinée à s'appliquer au contrat

de prêt litigieux, prévoit clairement qu'une notification n'est censée être effectuée qu'après « *actual delivery to the addressee* ». Face aux contestations des époux **A.) - B.)** quant à la réception du courrier de dénonciation du 19 décembre 2007 et faute par la BANQUE d'avoir établi la notification aux défendeurs d'une dénonciation par lettre recommandée, le tribunal a rejeté la demande principale en l'absence de preuve de l'exigibilité du prêt.

Quant à la demande reconventionnelle des époux **A.) - B.)**, constatant que la BANQUE a été mise en liquidation suivant décision du tribunal de commerce du 12 décembre 2008, le tribunal a rejeté le moyen d'irrecevabilité soulevé par la BANQUE tiré de l'article 452 du Code de commerce, motif pris que les époux **A.) - B.)** ont formulé leur demande par voie de conclusions en date du 17 novembre 2008.

Pour rejeter cette demande, le tribunal a constaté qu'à aucun moment de la procédure, les demandeurs sur reconvention n'ont détaillé, ni justifié leur demande, ni exposé en quoi la vente forcée de leur portefeuille-titres leur aurait causé un préjudice.

Suivant acte d'huissier de justice du 20 juillet 2011, les époux **A.) - B.)** ont régulièrement relevé appel de ce jugement qui leur a été signifié les 23 et 24 juin 2011.

A l'appui de leur appel, ils exposent avoir souscrit à un montage financier appelé « *Equity Release* », consistant pour l'emprunteur à mettre en garantie un bien immobilier pour obtenir des liquidités utilisables librement. Dans le cadre de cette opération, l'emprunteur du produit « *Equity Release* » ne perçoit qu'un certain pourcentage de la somme empruntée et est contraint d'investir le différentiel dans des parts de fonds d'investissement, étant précisé que le remboursement du prêt est censé intervenir, pour tout ou partie, au moyen des revenus procurés par les sommes investies.

Les appelants font valoir avoir conclu le 21 juin 2004 une « facilité de crédit » d'un montant de 1.430.000 €, augmentée suivant avenant du 15 novembre 2006 à 1.655.000 €, remboursable sur une période de 10 ans, dont seulement 30% auraient été libérés, les 70% restants de la somme globale ayant été utilisés pour effectuer des investissements. En contrepartie et afin de garantir le remboursement du prêt, les emprunteurs ont consenti une hypothèque sur deux immeubles leur appartenant situés en France ainsi qu'un gage sur leurs actifs déposés auprès de la BANQUE. Le contrat de gage fut également signé le 21 juin 2004.

L'ouverture de crédit a été dénoncée par la BANQUE le 19 décembre 2007 sur base des articles 9.3 et 20.2 du contrat de prêt.

Suivant le dernier état de leurs conclusions, les époux **A.) - B.)** concluent en ordre principal, par réformation, à la surséance à statuer en attendant l'issue des procédures pénales en cours en France et au Luxembourg.

Ils concluent en ordre subsidiaire, par réformation, à voir constater l'inexistence du contrat de prêt, voire l'absence de formation de ce contrat, sinon à voir déclarer nul ce contrat de prêt pour cause illicite, sinon pour contenir une clause abusive.

Ils demandent en ordre plus subsidiaire à voir dire que la BANQUE a engagé sa responsabilité contractuelle pour violation de ses obligations d'information, de conseil et de mise en garde tant avant la conclusion du contrat qu'au cours des relations contractuelles.

Ils réclament en tout état de cause, par réformation, la condamnation de la BANQUE à leur payer la somme de 900.000 € à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'ils disent avoir subi du fait des agissements de la BANQUE ainsi qu'une indemnité de procédure de 1.500 €.

La BANQUE interjette appel incident et conclut par réformation à voir déclarer fondée sa demande principale et, suivant le dernier état de ses conclusions, à voir condamner les époux **A.) - B.)** solidairement, sinon in solidum, sinon chacun pour sa part, à lui payer le montant de 2.316.178,04 €, à augmenter des intérêts conventionnels à partir du 1<sup>er</sup> mai 2012. Elle demande en ordre subsidiaire à voir confirmer la réalisation du gage et sollicite le paiement de la somme de 1.424.818,27 €.

Elle réclame une indemnité de procédure de 2.000 €.

I) L'appel principal :

Le moyen d'irrecevabilité opposé par l'intimée tiré du défaut d'intérêt pour agir dans le chef des époux **A.) - B.)** est à rejeter étant donné qu'ils ont intérêt à voir déclarer inexistant, respectivement nul le contrat de prêt du 21 juin 2004 dont se prévaut la BANQUE pour réclamer la condamnation des appelants au paiement du remboursement de ce prêt.

A) la surséance à statuer :

Les appelants requièrent une surséance à statuer en attendant l'issue de procédures pénales pendantes en France et au Luxembourg.

L'intimée conclut à l'irrecevabilité de la demande tendant à prononcer une surséance à statuer, comme étant une demande nouvelle prohibée en appel, en application de l'article 592 du NCPC.

Ce moyen n'est pas fondé dès lors que la demande tendant à voir ordonner un sursis à statuer n'est pas soumise à la prohibition des demandes nouvelles en instance d'appel édictée par l'article 592 du NCPC. (Cour d'appel, 6 mai 2015, n° de rôle 37042).

a) la procédure pénale pendante en France :

Les appelants requièrent une surséance à statuer en attendant l'issue d'une procédure pénale pendante en France.

Ils font valoir que leur demande tendant à voir prononcer une surséance à statuer ne serait pas basée sur l'adage « *le criminel tient le civil en état* » mais formulé « *en considération des conséquences que la procédure pénale actuellement pendante en France peut avoir au Luxembourg* ».

Ils versent la copie d'une plainte pénale simple adressée le 4 décembre 2012 par leur avocat français au Parquet près le TGI de Versailles du chef d'escroquerie, d'abus de confiance, d'exercice illégal en France de la profession de banquier et de tromperie contre la BANQUE et son liquidateur (pièce n° 1 de la farde de Maître Schanen).

L'intimée fait valoir à juste titre que cette plainte pénale n'a pas mis en mouvement l'action publique étant donné que les appelants ne se sont pas constitués partie civile. (Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, volume II, par Roger Thiry, n°173 et suiv.)

Ils se prévalent en outre d'une plainte avec constitution de partie civile du 5 novembre 2013 à l'appui de leur demande en surséance.

Ils invoquent les dispositions 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 (Règlement Bruxelles I), et en particulier les articles 33 et 38 dudit règlement pour soutenir que les décisions à intervenir en France devraient être reconnues de plein droit au Luxembourg.

Ils soutiennent encore aux termes de leurs écritures du 2 février 2015 que le Procureur de la République française a requis le renvoi de la société LANDSBANKI ainsi que de certains de ses anciens gestionnaires et dirigeants devant un tribunal correctionnel du chef d'escroquerie dans le cadre des contrats dits « *Equity Release* ».

L'intimée s'oppose à toute surséance à statuer au motif que l'affaire pénale pendante en France ne serait pas susceptible d'exercer une influence sur la solution du présent litige. Elle renvoie aux jurisprudences belges, françaises et luxembourgeoises pour soutenir que la surséance à statuer sur base de l'article 3 du Code d'instruction criminelle ne se concevrait que si l'action pénale est engagée devant une juridiction indigène. Elle ajoute encore que tant le règlement 44/2001 que l'adage « le criminel tient le civil en l'état » seraient inapplicables en matière de faillite.

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 pour une application par la Cour de Cassation française, arrêt de la

chambre commerciale du 5 mai 2004 , Bull. civ. 2004, IV, n° 82, p. 86 ; Rev. crit. DIP 2005, p. 104, note D. Bureau)

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. ( Cour d'appel, 16 mars 2016, n° 41043 du rôle).

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

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. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé qu'une action visant à obtenir la réparation du préjudice résultant de violations alléguées du droit de la concurrence de l'Union relève de la notion de matière civile et commerciale (V. CJUE 22 oct. 2015, aff. C-523/14 ; Dalloz actualité, 12 nov. 2015, champ d'application matériel du règlement Bruxelles I, obs. F. Mélin ).

La Cour note que les époux **A.) - B.)** restent en défaut de préciser si et entre les mains de quel juge d'instruction ou près de quel tribunal leur plainte avec constitution de partie civile a été déposée.

Il ne résulte d'aucune pièce probante du dossier qu'ils se soient constitués parties civiles contre la BANQUE dans l'affaire pénale actuellement pendante en France devant un tribunal correctionnel.

Force est également de constater qu'aucune décision d'une juridiction répressive française passée en force de chose jugée, ayant statué sur le bien-fondé d'une action civile introduite par les époux **A.) - B.)** contre la BANQUE n'est versée aux débats.

Finalement et même s'il est acquis en cause que la BANQUE, ainsi que certains de ses anciens gestionnaires et dirigeants sont renvoyés devant un tribunal correctionnel français du chef d'escroquerie, l'adage « *le criminel tient le civil en l'état* » inscrit à l'article 3 du Code d'instruction criminelle invoqué par les appelants ne reçoit application qu'au cas où l'action pénale est engagée devant une juridiction indigène. ( Lux. 24 avril 1991, P. 28, 173 ; Cour d'appel, 4 décembre 2013, n° 37499 du rôle ; 12 février 2014, n°

37502 du rôle, 21 janvier 2015, n° 38554 du rôle ; Jcl procédure pénale, Fasc.20 Action publique et action civile, Action civile exercée devant la juridiction civile, Le criminel tient le civil en l'état, n° 17).

La demande en sursis à statuer en raison d'une procédure pénale pendante en France est par conséquent à rejeter.

b) La procédure pénale pendante au Luxembourg :

Les appelants renvoient à l'instruction pénale poursuivie au Luxembourg du chef de blanchiment contre la liquidatrice de la BANQUE, suite à l'arrêt de la chambre du conseil de la Cour d'appel du 10 juillet 2014. Pour justifier la demande en surséance, ils soutiennent aux termes de leurs conclusions du 17 novembre 2014 que si un acte de blanchiment devait être retenu dans le chef de la liquidatrice, « *ceux qui auront tenté d'exécuter les contrats litigieux à déclarer nuls pour avoir été conclus sur un fond d'escroquerie, ainsi que ceux qui exécuteront ou apporteront leur aide ou soutiendront une tentative d'exécution de ces contrats, (...) risqueraient de se rendre complice d'un acte de blanchiment* ».

Pour s'opposer à la surséance à statuer, l'intimée fait valoir que l'arrêt précité n'ordonne l'ouverture d'une instruction qu'à l'égard de la seule liquidatrice de la BANQUE, qui n'est pas partie en cause dans le présent litige. Aucune instruction pénale n'est ouverte au Luxembourg concernant une prétendue escroquerie commise par la BANQUE dans le cadre de la commercialisation du produit « *Equity Release* ». Elle ajoute encore que les appelants ne figurent pas comme parties civiles dans la procédure pénale luxembourgeoise.

La règle « *le criminel tient le civil en l'état* » s'applique lorsqu'une action publique, qui est de nature à influencer sur la décision civile, est en cours devant une juridiction répressive.

L'application de la règle exige que l'action publique ait été mise en mouvement, soit avant, soit après que l'action civile a été intentée et que les deux actions se trouvent pendantes. La règle d'ordre public selon laquelle l'action civile qui n'est pas poursuivie en même temps devant le même juge que l'action publique est suspendue tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique, est justifiée par le fait que le jugement pénal a, en règle, autorité de chose jugée à l'égard de l'action civile intentée séparément en ce qui concerne les points communs à l'action publique et à l'action civile ( Cass. belge, 3<sup>ème</sup> chambre, 19 mars 2001, Pas.2001, n° 144 ; Cass. belge 1<sup>ère</sup> chambre, 3 avril 2009, Pas.2009, n° 240).

L'obligation faite au juge civil de surseoir à statuer ne s'impose que s'il existe un risque de contradiction entre les décisions du juge pénal et du juge civil. Elle n'est pas soumise à la condition que la partie qui soulève l'exception de surséance rapporte la preuve que les infractions qu'elle invoque et qui sont susceptibles d'avoir une influence sur l'action civile sont établies ou vraisemblables (Cass. belge, 1<sup>ère</sup> chambre 6 décembre 2012, JLMB, 2014/2 p.69). Dès lors que la solution de l'action publique est susceptible d'influencer la solution de l'action civile, le juge civil doit surseoir à statuer. A contrario, si la décision à rendre ultérieurement par le juge répressif n'est susceptible ni de contredire la décision du juge civil, ni d'exercer une influence sur la solution du litige dont celui-ci est saisi, il n'y a pas lieu à surseoir (Manuel de procédure pénale, Franchimont, Jacobs, éd. Larcier 2012, Chap. 4 L'exercice de l'action civile : §4, L'exercice de l'action civile devant la juridiction civile : le criminel tient le civil en état p.215 ).

Il n'est pas non plus requis que l'action publique soit dirigée contre la même personne ou des personnes différentes. (Manuel de procédure pénale, Franchimont, Jacobs, éd. Larcier 2012, Chap. 4 L'exercice de l'action civile : §4, L'exercice de l'action civile devant la juridiction civile : le criminel tient le civil en état p.216).

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

Aussi le moyen de la BANQUE tiré de ce que les appelants ne figurent pas parmi les parties civiles mentionnées dans l'arrêt de la Cour d'appel du 10 juillet 2014 est à rejeter.

Il appartient au juge civil de rechercher si le sort de l'instance pénale en cours est susceptible d'influer sur celui de l'instance dont il est saisi (Précis d'instruction criminelle en droit luxembourgeois, volume II, par Roger Thiry, n° 175).

L'instruction du chef de blanchiment est ouverte au Luxembourg contre la liquidatrice prise en son nom personnel, mais non pas contre la BANQUE. L'intimée soutient à juste titre que la chambre du Conseil de la Cour d'appel a par arrêt du 10 juillet 2014 dit que le juge d'instruction près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg est territorialement incompétent sur le plan international pour instruire du chef de faits qualifiés d'escroquerie en relation avec la

commercialisation du produit « *Equity Release* ». ( pièce n° 31 de Maître Hamilius).

Il n'y a pas lieu à surséance, dès lors 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. Dès lors 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 BANQUE.

L'affirmation des appelants qu'en cas de condamnation de la liquidatrice pour des actes de blanchiment, d'autres personnes « risqueraient » d'être poursuivies du chef de complicité de blanchiment n'est qu'une affirmation purement hypothétique qui n'est justifiée par aucune pièce probante du dossier.

Il n'appartient pas davantage au juge civil de se prononcer au sujet d'une action publique en mouvement, d'en apprécier la recevabilité ou le bien-fondé.

Le sort de l'action pénale ouverte au Luxembourg contre la liquidatrice du chef de blanchiment n'est dès lors pas susceptible d'avoir une incidence sur les demandes dirigées par les appelants contre la société LANDSBANKI. (Cour d'appel, 13 janvier 2016, n° 37356 du rôle).

La demande en surséance à statuer en raison d'une affaire pénale pendante en France est partant également à rejeter.

#### B) la demande en inexistance / nullité du contrat de prêt :

Les appelants invoquent l'absence de formation sinon l'inexistence du contrat de prêt et deux moyens de nullité dudit contrat tirés de la cause illicite et de l'existence d'une clause abusive.

Ils font valoir que le contrat de prêt du 21 juin 2004 serait régi par la loi française en application de l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

#### 1) loi applicable à la relation contractuelle entre parties :

La BANQUE conteste tant l'applicabilité de l'article 5 de la Convention de Rome que la qualité de consommateurs des époux **A.) - B.)** au sens de cet article et conclut à l'applicabilité du seul droit luxembourgeois résultant du choix des parties.

Il y a lieu de préciser que la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles a été remplacée par le Règlement (CE) 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« *Règlement Rome I* »). Ce dernier, dont l'objet est identique à la Convention de Rome, dispose en effet qu'il « *remplace [celle-ci] entre les Etats membres* », qui en l'occurrence sont le Luxembourg et la France.

Il reste cependant étranger au présent litige puisqu'il dispose qu'il ne « *s'applique [qu'] aux contrats conclus après le 17 décembre 2009* ». En revanche, les contrats conclus sous l'empire de la Convention de Rome restent soumis à celle-ci.

L'article 3 de la loi du 27 mars 1986, introduisant en droit national la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, prévoit comme principe la liberté de choix des parties contractantes, ce choix devant être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause.

Les parties ont prévu à l'article 23.1 du « *Loan Agreement* » du 21 juin 2004 que « *this Loan Agreement as well as any rights and obligations deriving from shall be governed by and construed in accordance with the laws of the Grand-Duchy of Luxembourg* ». (pièce 2 de Maître Hamilius).

Il convient d'ajouter que l'article 21.2 du « *Account Opening Request & General Terms and Conditions* » de la BANQUE signé par les appelants le 10 juin 2004 prévoit que « *unless otherwise stipulated, the laws of the Grand-Duchy of Luxembourg shall govern all relations between the bank and the Clients, both nationals and non - nationals* ». (pièce 1 de Maître Hamilius).

Il s'ensuit que les parties ont expressément choisi la loi luxembourgeoise comme étant applicable au contrat de prêt et devant régir leurs relations contractuelles.

Les règles générales de la Convention de Rome du 19 juin 1980 connaissent des limites spécifiques à propos d'un contrat conclu

dans certaines conditions par un consommateur. En vertu de l'article 5, §1<sup>er</sup>, les règles de conflits de loi spécifiques aux contrats conclus par des consommateurs s'appliquent :

- aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services au consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ;

- aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture. Il ressort de cette dernière précision que les crédits de consommation sont visés par les règles de conflit protectrices des consommateurs.

Aux termes de l'article 5 § 2 de la Convention de Rome, nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle.

Les appelants se prévalent de l'application de la loi française, loi de leur résidence habituelle, sans autres précisions et sans invoquer des dispositions impératives du droit français qui devraient s'appliquer.

Il en résulte que la règle protectrice de l'article 5 § 2 de la Convention de Rome n'est pas applicable en l'occurrence.

Dans ces conditions, la législation luxembourgeoise est applicable selon le choix des parties au contrat de prêt litigieux.

2) le moyen tiré de l'absence de formation sinon de l'inexistence du contrat de prêt :

Les époux **A.) - B.)** font valoir que le contrat de prêt ne s'est pas formé, étant donné que la remise des fonds ne s'est faite qu'à hauteur de 30%, les 70% restants ayant été investis dans des instruments financiers. Le contrat de prêt étant un contrat réel, il supposerait pour sa formation non seulement l'échange des consentements, mais encore la remise de la chose objet de l'obligation.

Le contrat de prêt signé entre les parties le 21 juin 2004 dispose sub 2.1. que « *the lender is prepared to make available to the borrower an uncommitted credit facility in the total amount of EUR 1.430.000 (...)* » *« the sums made available by the lender to the*

*borrower under the loan agreement shall be used by the borrower to make investments in the policy » (article 2.2.).*

Il ressort des conclusions des parties que suivant avenant du 15 novembre 2006, la somme prêtée a été portée à 1.655.000 €, dont 30% a été mise à la disposition des appelants, le reste devant être investi dans des produits financiers. Les pièces en possession de la Cour permettent de retenir que le reste a été utilisé pour acquérir des titres placés dans un compte dépôt - titres ouvert au nom des époux **A.) - B.)** dans les livres de la BANQUE, ces titres ayant été gagés au profit de celle-ci. La BANQUE s'était en outre vu accorder une hypothèque sur deux biens immobiliers des emprunteurs situés en France.

Le moyen est partant à rejeter, dès lors que les fonds ont été remis aux appelants qui contractuellement s'étaient engagés à investir une partie dans des titres.

3) le moyen tiré de la cause illicite du contrat de prêt :

C'est à tort que les parties appelantes concluent à l'application de la loi française, étant donné que le contrat de prêt est régi par la loi luxembourgeoise selon le choix des parties. A noter par ailleurs que la disposition légale invoquée, à savoir l'article 1131 du Code civil, est de teneur identique en France et au Luxembourg.

Les appelants exposent que le contrat de prêt serait nul pour cause illicite aux motifs « *que le contrat de prêt a été conclu en considération même par la partie intimée de la conjoncture et de la situation financière désastreuse à laquelle faisait face cette dernière, ce dans l'unique intention pour la partie intimée d'utiliser le produit financier vendu aux époux **A.) - B.)** en vue de faire face aux difficultés financières du groupe LANDSBANKI* ».

Ils concluent encore à la nullité du contrat pour cause illicite dans la mesure où seulement une fraction de la somme prêtée leur aurait été remise, mais qu'ils auraient été contraints de rembourser l'intégralité de la somme stipulée dès la prétendue chute du ratio de couverture.

L'article 1131 du Code civil luxembourgeois dispose que, « *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet* ». Selon l'article 1133 dudit code, « *la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ».

Abstraction faite de sa pertinence, l'affirmation des appelants que le contrat de prêt aurait été conclu dans le seul but de faire face aux difficultés financières de la BANQUE ne trouve aucun appui parmi les pièces soumises à la Cour et reste par conséquent à l'état de pure allégation.

Leur argumentation que le contrat de prêt serait à annuler pour cause illicite étant donné que seulement une fraction de la somme prêtée leur aurait été remise, mais qu'ils auraient été contraints de rembourser l'intégralité de la somme prêtée est à rejeter, dès lors que la somme prêtée a été intégralement mise à disposition des parties appelantes. Les stipulations conventionnelles acceptées par les appelants se caractérisent par le risque supporté par l'investisseur quant à l'évolution des valeurs qui devait servir de garantie de remboursement au prêteur. Les dispositions du contrat concernant le risque lié à l'obligation pour l'emprunteur de devoir rembourser le prêt et, en cas de défaut, de voir réaliser les garanties consenties à la BANQUE ne sont pas susceptibles de rendre le contrat nul pour cause illicite, les appelants restant en tout état de cause en défaut d'invoquer une disposition légale d'ordre public violée par le « montage financier » litigieux. (Cour d'appel, 22 avril 2015, n° 37362).

#### 4) le moyen de nullité du contrat de prêt tiré de l'existence d'une clause potestative

Les appelants font valoir que l'article 9-3 du contrat de prêt serait potestatif, en raison des modalités de calcul du ratio de couverture qui relèverait de l'arbitraire de la BANQUE.

Même à admettre l'annulation de cette clause en raison de son caractère potestatif, cette annulation ne saurait entraîner la nullité de l'intégralité du contrat, étant donné que la clause litigieuse n'est pas déterminante.

Il s'ensuit que le moyen de nullité du contrat de prêt tiré de l'existence d'une clause potestative est à rejeter.

Le moyen tiré de prétendu caractère potestatif de la clause inscrite à l'article 9-3 du contrat de prêt sera analysé dans les développements consacrés à l'appel incident de la BANQUE.

5) le moyen de nullité tiré de l'existence d'une clause abusive :

Les appelants font encore valoir que l'article 9.3 du contrat de prêt serait abusif en application de l'article 1<sup>er</sup> de la loi modifiée du 25 août 1983 sur la protection des consommateurs (*note de la Cour : la loi du 8 avril 2011 a porté introduction d'un Code de la Consommation et la loi modifiée sur la protection des consommateurs a été abrogée par une loi du 2 avril 2014*) dans la mesure où aucune procédure de calcul n'y serait définie. Une clause attribuant à une banque la faculté de dénoncer un contrat de prêt sur base d'une prétendue chute du ratio de couverture dont le calcul serait effectué selon une méthode interne à l'institution financière et qui fait dépendre la résolution du contrat de prêt de la valeur d'un portefeuille-titres, serait à qualifier de clause abusive. Les appelants reprochent en particulier à la BANQUE de réclamer le remboursement de 100% de la valeur nominale dont faisait l'objet le contrat de prêt bien que seulement 30% leur auraient été remis.

La notion de « clause abusive » est définie à l'article 3 de la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs comme étant une clause contractuelle n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle 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. (Droit bancaire et financier européen par P.- E. Partsch, éd. Larcier 2009, n° 1390 et suiv.) L'article 4, § 1<sup>er</sup> 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. (n° 1394). La directive 93/13/ CEE 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.

Il importe de rappeler que la somme prêtée a été intégralement mise à disposition des époux **A.) - B.)**. La Cour renvoie à ce sujet aux développements faits plus hauts.

La détérioration de la situation financière du client au point de compromettre sa capacité à rembourser ses dettes à l'égard de la banque est un motif grave justifiant la résolution du contrat de prêt et le remboursement intégral de la dette.

Dans ces conditions, l'article 9.3. du contrat de prêt ne constitue pas une clause abusive.

Le moyen est à rejeter.

C) la demande en responsabilité précontractuelle, voire contractuelle de la société LANDSBANKI :

Les époux **A.) - B.)** font valoir qu'ils n'auraient aucune connaissance en matière de placements financiers et que leurs revenus seraient modestes. Ils reprochent à la BANQUE d'avoir violé son obligation précontractuelle d'information, de conseil et de mise en garde à leur égard pour les avoir « obligés » à souscrire le produit « *Equity Release* » pour un montant largement supérieur à leurs besoins réels de financement, et à consentir des garanties dépassant les sommes dont ils ont été réellement bénéficiaires. Ils insistent pour dire que Monsieur **A.) - B.)** est actif dans le domaine du tourisme et que son épouse travaille dans le domaine de la santé, de sorte qu'ils seraient à qualifier d'investisseurs non avertis. Ils se prévalent de l'article 37(4) de la loi relative au secteur financier pour reprocher à la BANQUE de ne pas les avoir orientés au moment de la conclusion du contrat vers un choix correspondant aussi bien à leur profil qu'à leurs moyens financiers. Le devoir de conseil d'une banque consisterait à recommander au client le service et les instruments financiers « *qui lui conviennent* ». Tant au moment de la conclusion du contrat qu'en cours d'exécution de celui-ci, la BANQUE, en sa qualité de gestionnaire du portefeuille de ses clients aurait dû les mettre en garde contre les risques inhérents « *à certaines stratégies* » et rester « *vigilante dans l'intérêt du client* ». Or en l'occurrence, la BANQUE, gestionnaire de leur portefeuille-titres ne se serait pas souciée de la bonne gestion des titres ayant fait l'objet du gage et ne les aurait à aucun moment mis en garde contre les risques liés aux stratégies et aux différents investissements.

Ce comportement de la BANQUE serait constitutif d'une faute contractuelle grave justifiant l'allocation de dommages-intérêts à leur profit. Ils concluent à voir évaluer le préjudice subi à 900.000 € et, par réformation, à voir condamner la BANQUE au paiement de cette somme.

L'intimée conclut à l'irrecevabilité de la demande arguant que certains des moyens invoqués à l'appui de la demande tendant à voir engager sa responsabilité contractuelle ne l'ont pas été en première instance, de sorte qu'ils seraient à considérer comme des demandes nouvelles, partant irrecevables au vœu de l'article 592 du NCPC. L'intimée fait encore valoir que toute mise en cause de la responsabilité de la BANQUE au titre de l'octroi du prêt ou de son obligation d'information se heurterait encore au principe de la suspension des poursuites individuelles de l'article 452 du Code de commerce, dans la mesure où cette demande, de nature patrimoniale n'aurait été introduite pour la première fois qu'en instance d'appel, soit postérieurement à la mise en liquidation de la banque par jugement du 12 décembre 2008.

Ces moyens d'irrecevabilité sont à écarter, étant donné que l'objet de la demande tendant à voir engager la responsabilité contractuelle de la BANQUE reste identique à celui présenté en première instance, seuls les moyens présentés à son appui ayant changé.

Les reproches formulés à l'égard de la BANQUE sont partant à examiner au regard des différentes qualités en lesquelles elle est intervenue et par rapport aux règles en vigueur à l'époque de l'entrée en relation des parties jusqu'à la dénonciation de l'ensemble des contrats le 19 décembre 2007.

La Cour note que les reproches adressés à la BANQUE se rapportent à la violation par celle-ci à son obligation de mise en garde, de conseil et d'information au moment de la souscription du montage litigieux.

Quant à l'obligation d'information à charge d'un établissement de crédit, la directive 2004/39/CE concernant les marchés d'instruments financiers (ci-après la directive MiFID) et la directive 2006/73/CE portant mesures d'exécution de la directive MiFID imposent aux entreprises d'investissements et aux établissements de crédit plusieurs obligations en matière d'information du client. Ces informations sont de différents types et doivent être transmises à différents stades de la relation avec le client. Leur portée varie selon la qualité du destinataire, autrement dit en fonction de la catégorie dont relève le client et la nature du service fourni. Ces deux directives ont été transposées en droit luxembourgeois par la loi du 13 juillet 2007, relative aux marchés d'instruments financiers, laquelle a modifié la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier. La transposition est complétée par le règlement grand-ducal du 13 juillet 2007 relatif aux exigences organisationnelles et aux règles de

conduite dans le secteur financier. La loi et le règlement transposant la MiFID sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2007.

Il convient de rappeler qu'en l'occurrence le document d'ouverture de compte date du 10 juin 2004 et le contrat de prêt signé avec la BANQUE date du 21 juin 2004.

Le comportement de ladite banque au moment de l'entrée en relation avec les époux **A.) - B.)**, de la conclusion du contrat de prêt et de la souscription au produit « *Equity Release* » est dès lors à examiner au regard de la loi du 5 avril 1993.

Les appelants font valoir que le produit « *Equity Release* », un montage financier comportant une partie prêt et une partie investissement était un « crédit excessif » par rapport à leur situation patrimoniale de 2004. Soutenant que **A.)** est actif dans le domaine du tourisme alors que son épouse est infirmière, que leurs revenus au moment de la souscription du produit « *Equity Release* » n'auraient été que modestes, les appelants reprochent à la BANQUE d'avoir manqué à ses obligations de mise en garde et de conseil pour ne pas avoir proposé aux appelants un produit correspondant à leur profil.

Le manquement reproché à la BANQUE tiré de la violation de son devoir de mise en garde lors de la souscription au produit « *Equity Release* » en raison des risques liés à celui-ci doit s'apprécier par rapport à la qualité des emprunteurs. Il convient à cet effet de déterminer si les époux **A.) - B.)** sont à qualifier d'emprunteurs non avertis ou d'emprunteurs avertis et il incombe à l'établissement de crédit d'établir le caractère d'averti ou de non averti de son client (Cass. com. 11 décembre 2007, JurisData n° 2007-041922), l'établissement de crédit devant dès qu'il reçoit un client le classer dans l'une des deux catégories.

La distinction consacrée entre averti et non averti ne recoupe pas celle opposant les consommateurs aux professionnels. Il n'existe même aucune présomption d'emprunteur averti concernant les professionnels.

L'averti est celui qui dispose des compétences nécessaires pour apprécier le contenu, la portée et les risques liés aux concours consentis ( Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 nov. 2012, n° 11-26477 ).

Les appelants font plaider à juste titre que plusieurs critères sont utilisés pour distinguer les deux catégories d'emprunteurs : il est tenu compte des capacités de l'emprunteur à mesurer le risque pris, de ses capacités intellectuelles, de son expérience dans le secteur considéré et de son habitude des affaires. Le critère professionnel est également pris en compte. (JCL Banque-crédit-Bourse, Fasc.151, Responsabilité du banquier, service de crédit, n° 6 et suiv.).

L'intimée se prévaut du document « *Know your client* » pour soutenir que les époux **A.) - B.)** sont à qualifier d'investisseurs avertis (pièce 8 de Maître Hamilius).

Afin de déterminer la qualité d'averti ou de non-averti de l'emprunteur, le premier critère à prendre en considération est celui de la complexité du montage souscrit.

Concernant les caractéristiques du produit « Equity Release », il importe de relever que la souscription de ce prêt remboursable in fine ne rendait pas particulièrement complexe le produit. Dans le cadre de cette opération, l'emprunteur ne perçoit qu'un pourcentage de la somme empruntée et est obligé d'investir le différentiel dans l'achat de titres ; il est censé rembourser alors tout ou partie du capital avec les revenus des sommes investies dans les fonds d'investissement.

Le second critère à prendre en compte est celui de l'expérience de l'emprunteur investisseur pour le type de crédit auquel il a souscrit. Lorsque le prêt est associé à un placement financier, le risque est que le placement financier ne procure pas la rentabilité espérée et qu'il entraîne même des pertes si la conjoncture boursière est défavorable. (Revue de droit bancaire et financier, n° 6, novembre 2015, étude 24, par Dominique Legeais, La protection de l'emprunteur ayant souscrit un prêt associé à un montage financier).

Ce qui importe, c'est que l'emprunteur et/ou investisseur soit clairement averti du risque qu'il prend en s'engageant. Il peut alors souscrire au montage en connaissance de cause.

Suivant le document « Know your client » du 20 avril 2004, les époux **A.) - B.)** disposent d'un revenu annuel d'environ 46.000 €. L'ensemble des actifs mobiliers, immobiliers et professionnels sont chiffrés à 1.372.000 €. Ils sont propriétaires de deux biens immobiliers sis en France. Ils précisent aux termes de leur acte d'appel qu'en septembre 2006, leur patrimoine immobilier a été

évalué à 1.655.000 €. Le rapport d'expertise n'est pas versé aux débats.

Le contrat de prêt a porté initialement sur la somme de 1.430.000 € qui fut augmentée en date du 15 novembre 2006 de 225.000 € pour être portée à 1.655.000 €.

Le document « Know your client » fait état, en ce qui concerne **A.)**, d'une expérience de 17 ans en tant que « *money broker international markets* ». Aucune information n'est fournie concernant la profession, respectivement l'expérience de son épouse au moment de la souscription au produit litigieux.

Compte tenu de son expérience dans le domaine financier pendant une période de dix-sept ans, **A.)** est à considérer comme un emprunteur et un investisseur averti. Concernant son épouse, il importe de préciser que la jurisprudence retient comme averti le conjoint qui est assisté par l'autre conjoint, dès lors que ce dernier est considéré comme lui-même averti. (Cass. com.3 mai 2006, n° 02-11211)

A l'égard de ces clients avertis, une banque n'est susceptible d'engager sa responsabilité au titre du devoir de vérification des capacités financières des clients et de mise en garde sur les risques d'endettement que dans des circonstances exceptionnelles, où elle aurait eu, lors de l'octroi du crédit, des informations que les clients eux-mêmes ne possédaient pas. (voir en ce sens concernant un prêt immobilier remboursable in fine et garanti par le nantissement d'un contrat d'assurance-vie, Cour d'appel de Toulouse, chambre 2, section 1, 22 février 2012, n° JurisData : 2012-002922). Les époux **A.) - B.)** n'ont cependant jamais prétendu que la BANQUE aurait détenu de telles informations.

La Cour se rallie en outre à l'argumentation de la BANQUE pour retenir que toutes les informations nécessaires quant au produit « *Equity Release* », aux conditions du prêt, aux modes de paiement ainsi qu'aux risques associés aux investissements avaient été fournis aux époux **A.) - B.)**.

Il se dégage ensuite de « *l'account opening request & General terms and conditions* » (pièce 1 de l'intimée) que les époux **A.) - B.)** ont précisé, quant au type d'investissement recherché, qu'ils recherchent des placements dans des « *obligations, fonds, et actions* ». Ces investissements sont plus sûrs que ceux en actions et la

volatilité de ces titres est moindre que celle attachée aux titres de capital, une obligation n'étant pas un titre spéculatif.

C'est encore à bon droit que l'intimée renvoie à l'article 12 du contrat de prêt qui dispose que :

« **12: INVESTMENT RISK AND LIABILITY**

*12.1 "The Borrower acknowledges that he has been informed and that he expressly understands that leveraged investments and/or foreign exchange transactions are investments of highly speculative character, which involve considerable risks for the Borrower and due to which the Borrower may incur losses. Losses may even exceed the Borrower's equity pledge for the purpose of the investment. If the Borrower's losses exceed the equity pledge by the Borrower, the Lender remains fully entitled to recover the entire outstanding amount owed by the Borrower".*

*12.2 "Investment decisions with respect to the funds made available under the Loan Agreement are to be made solely by the Borrower and the Borrower agrees to bear full responsibility for the outcome of such investments. The Borrower further acknowledges that the Lender is responsible neither for commercial arrangements made with respect to such investments nor for the losses incurred by the Borrower due to such investments" (piece n°6 de l'intimée).*

La Cour renvoie en outre au document "risk warning" signé par les parties appelantes ( *note de la Cour: leur signature est précédée de la mention "read and appoved"*) du 21 juin 2004 qui établit qu'ils ont été informés quant aux risques liés aux investissements et qui prévoit que « *the Investor hereby acknowledges that the Bank has sought to understand the Investor's specific investment objectives and has conveyed to the Investor all material information relevant to his understanding of the functioning of the Leverage investments and the risks involved in the entering in such agreement.*

*The Investor hereby furthermore acknowledges that the Bank has expressly made it aware of the fact that leverage involves risk and that the investment strategies can involve potential high risk.*

*The Investor acknowledges that he understands that, by using the leverage effect, even small changes in the market may lead to considerable gains or losses and that, in some situations, his entire investment may be lost.*

*The Investor understands that the most important factors affecting the exchange rate of a currency are the inflation rate of the country of the relevant currency, the difference between domestic interest rates and foreign interest rates, the expectations in the market with respect to the developments in economic activity and the political situation. Additionally, internal political crises may weaken the exchange rate of the domestic currency.*

*By signing this risk warning, the Investor confirms that it accepts the risks inherent to an investment through the leverage». ( pièce n° 3 de Maître Hamilius).*

Au regard des développements qui précèdent, la Cour retient qu'en souscrivant au montage financier litigieux, les appelants qui sont à considérer comme emprunteurs et investisseurs avertis, avaient parfaitement conscience qu'une grande partie du prêt qui leur a été accordé était investie dans des instruments financiers, susceptibles de varier à la hausse ou à la baisse. Au regard de l'expérience de **A.)** en tant que « *money broker on international markets* », pendant une période de dix-sept ans, les appelants ne pouvaient ignorer que l'investissement d'une grande partie de la somme prêtée dans des titres n'offrait pas de taux de rémunération garanti et pouvait même perdre de sa valeur. L'existence de ce risque est mentionnée dans les articles 12.1 et 12.2 du contrat de prêt du 21 juin 2004.

La responsabilité de la BANQUE ne saurait en conséquence être engagée pour manquement à son obligation de mise en garde au moment de la souscription du produit « *Equity Release* ».

Concernant la phase postérieure à la conclusion du dit contrat, la Cour note qu'il ne résulte d'aucune pièce probante du dossier que les appelants aient conclu avec la société LANDSBANKI un contrat de gestion discrétionnaire, voire de gestion assistée, le rôle de l'intimée devant se limiter à l'exécution des ordres lui donnés par les clients.

Force est ensuite de constater qu'aucune critique précise n'est formulée par les appelants à l'égard de la BANQUE concernant les investissements effectués, respectivement la composition du portefeuille-titres des appelants qui se limitent à faire valoir que « *la banque ne s'est nullement souciée de la bonne gestion des titres faisant l'objet du gage* » et « *qu'elle n'a donc pas clairement veillé à la bonne orientation des choix d'investissement* ». Ils n'ont jamais

soutenu en quoi la composition de leur portefeuille-titres aurait été inadéquate au regard de leur profil d'investissement.

Pour en terminer avec ce volet du litige, la Cour ajoute encore que bien que la loi du 13 juillet 2007 ayant modifié celle du 5 avril 1993 et transposé la directive MiFID soit entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 2007, les appelants restent en défaut d'établir quelles règles de conduite spécifiques auraient été violées par l'intimée après l'entrée en vigueur de cette loi et surtout en rapport avec quelle opération boursière précise.

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que la demande des époux **A.) - B.)** tendant à voir condamner la BANQUE au paiement de dommages-intérêts n'est pas fondée.

Le jugement de première instance est dès lors à confirmer de ce chef, quoique pour d'autres motifs.

## II) Quant à l'appel incident

La BANQUE conclut par réformation de la décision entreprise, suivant le dernier état de ses conclusions, principalement à la condamnation solidaire, sinon in solidum des époux **A.) - B.)** au paiement de 2.316.178,04 €, avec les intérêts au taux conventionnel à partir du 1<sup>er</sup> mai 2012 jusqu'à solde. Elle réclame à titre subsidiaire, en tenant compte de la réalisation du gage, la somme de 1.424.818,27 € avec les intérêts au taux conventionnel à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2012 jusqu'à solde.

Elle aurait été en droit de dénoncer le prêt consenti aux époux **A.) - B.)** le 19 décembre 2007, étant donné que le ratio de couverture était tombé à 72,32 %. La résiliation du contrat de prêt aurait été d'autant plus justifiée que les époux **A.) - B.)** auraient systématiquement dépassé la limite de leur carte de crédit fixée à 5.000 € par mois. La BANQUE se prévaut des relevés bancaires adressés aux époux **A.) - B.)** susceptibles d'établir qu'au courant de la première moitié de l'année 2007, les appelants auraient retiré 42.596,50 € de leur compte ( pièce n° 6 de Maître Hamilius). Dans ces circonstances, la BANQUE n'aurait finalement eu d'autre choix, le 30 août 2007, que de demander à la société **SOC1.)** de bloquer la carte de crédit de **A.)** avec effet immédiat.

La BANQUE indique encore que compte tenu de la décision du tribunal de ne pas prendre en considération le courrier de dénonciation du 19 décembre 2007, elle a, par lettre recommandée

du 10 mai 2012, procédé à une nouvelle dénonciation du contrat de prêt, la dette des époux **A.) - B.)** se chiffrait au 30 avril 2012 à 2.316.178,04 €. La valeur de leur portefeuille-titres se chiffrait à cette date à 899.200,19 €. ( pièce n° 16 de Maître Hamilius).

Les époux **A.) - B.)** arguent du caractère potestatif de la clause relative au calcul du ratio de couverture dans la mesure où les modalités de calcul dudit ratio de couverture relèveraient de l'arbitraire de la société LANDSBANKI. Le calcul serait par conséquent déterminé par le seul prêteur et à son entière discrétion.

Ils font encore valoir que la BANQUE serait restée en défaut d'avoir rapporté la preuve de la diminution de la valeur des biens grevés en-dessous du seuil minimal de 90% au moment de la dénonciation du contrat de prêt.

Aux termes de leurs conclusions du 19 février 2013 ils soutiennent « *que le rapport d'expertise dans l'affaire **SOC2.)** / Landsbanki avait bien démontré que la chute des valeurs boursières alléguée par celle-ci n'avait pas lieu en réalité* ».

Le prêt consenti aux époux **A.) - B.)** le 21 juin 2004 a été dénoncé au motif que « *the proportion between your assets and your liabilities does not comply with the minimum ratio of 100%, as calculated in accordance with our internal calculation procedure currently in force. The calculated ratio is today standing at 72,32 %* ».

Il est vrai que le courrier de dénonciation du 19 décembre 2007 mentionne en outre « *furthermore, you have for several times exceeded the limit of your credit card, which the Bank has decided to block to avoid future abuse* ». ( pièce n° 4 de Maître Hamilius).

L'usage abusif de la carte de crédit par **A.)** ne saurait toutefois être invoqué à l'appui de la résolution du contrat de prêt du 21 juin 2004 dès lors qu'aux termes du courrier du 19 décembre 2007, la dénonciation est basée sur l'article 9.3 a) du « *loan agreement* » aux termes duquel la BANQUE peut réclamer le paiement immédiat du crédit consenti au cas où le « *security coverage* » défini à l'article 9.1. du même contrat, composé de l'hypothèque sur les biens immobiliers et d'un gage sur son portefeuille-titres tombe à 90%. Suivant le « *credit card statement* » de **A.)** du 5 octobre 2007, ce compte n'affichait plus qu'un solde débiteur de 209 €. ( pièce n° 7 de Maître Hamilius). Le courrier de dénonciation du prêt du 10 mai 2012 ne fait plus état du dépassement de la limite de la carte de crédit.

Les développements des parties concernant le dépassement de la carte de crédit ne sont dès lors pas pertinents.

Le liquidateur de la BANQUE a, par courrier du 19 novembre 2007 (pièce 4 de Maître Hamilius) et aux motifs que le ratio de couverture était tombé à 72,32 %, et que les clients avaient à différentes reprises dépassé la limite autorisée de leur carte de crédit, enjoint aux époux **A.) - B.)**, par application de l'article 9.3 a) du contrat de prêt, de rembourser immédiatement le prêt dont le solde s'élevait à 616.539 €. Les clients n'y ayant pas donné suite, la BANQUE a, en application de l'article 9.3. c) de la convention de prêt, exercé les droits qu'elle détenait sur les avoirs donnés en gage. Le courrier de dénonciation du 10 mai 2012 se réfère également à l'article 9.3 du contrat de prêt.

Aux termes de l'article 9.3 du contrat de prêt (pièce 2 de Maître Hamilius), « *if the Security Coverage Ratio fails to 90 % of the Loan, as calculated by the lender from time to time in accordance with the calculation Procedure, the Lender shall have the option, without any prior notice, but not any obligation to :*

- a) claim immediate repayment of the Loan;*
- b) require the Borrower to re-establish a Security Coverage Ratio in excess of 100%;*
- c) liquidate the Collateral and use the proceeds to repay the Loan, including accrued interest hereon and fees related hereto, after having given the Borrower a summons of three(3) Banking Days by registered mail.*

L'article 1.3. du contrat de prêt est de la teneur suivante :

*« Calculation procedure » means the procedure for calculating the Security Coverage ratio. The Lender sets the applicable procedure for such calculation from time to time, at its sole discretion. Due to the market risk related to the Collateral the Lender may apply a value to such calculation different from market value. The applicable value being set by the Lender from time to time, at its sole discretion”.*

L'article 1.13 prévoit que “*Security Coverage Ratio*” means the proportion expressed as a percentage between the value of the Collateral (calculated according to the Calculation Procedure) and the Loan”.

Aux termes de l'article 1170 du Code civil, la condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un évènement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher.

L'article 1174 du même code dispose que toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige.

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 ( Cour d'appel, 22 avril 2015, n° 37362 du rôle).

Le moyen est à rejeter.

Les appelants font état d'une offre transactionnelle de la BANQUE du 31 janvier 2012, aux termes de laquelle le montant leur réclamé ne se chiffrait qu'à 826.022,27 €.

Les développements des époux **A.) - B.)** quant à cette offre transactionnelle qui leur a été faite par la liquidatrice le 31 janvier 2012 sont à écarter, étant donné que cette offre, limitée dans le temps et qui leur aurait permis de s'affranchir de leurs obligations contractuelles à l'égard de la BANQUE en ne remboursant que 826.022,27 € (intérêts conventionnels de retard inclus), n'a pas été acceptée par ces derniers.

Suivant un décompte actualisé au 31 août 2012, après la réalisation du gage, la dette des époux **A.) - B.)** s'élevait à 1.424.818,27 €. ( pièce n° 18 de Maître Hamilius).

Force est de constater que les époux **A.) - B.)** se limitent à faire état d'un jugement rendu par le tribunal d'arrondissement dans une affaire opposant un certain **SOC2.)** à la société LANDSBANKI sans en tirer aucune conclusion juridique. Ils ne formulent aucune critique concrète ni à l'égard de l'évaluation de leur portefeuille-titres faite par la BANQUE au moment de la dénonciation du contrat de prêt par courrier du 10 mai 2012, ni à l'égard du décompte y annexé, ayant

chiffré leur dette à 2.316.178,04 € et la valeur de leur portefeuille-titres à 899.200,19 €. Aucune critique précise n'est pas non plus émise à l'égard du décompte actualisé au 31 août 2012 ayant chiffré leur dette à 1.424.818,27 € après la réalisation du gage.

Ils ne s'opposent pas non plus à la mise en compte d'intérêts conventionnels venant s'ajouter au montant réclamé en principal.

L'appel incident est partant partiellement fondé.

Il y a dès lors lieu, par réformation du jugement entrepris, de condamner les époux **A.) - B.)** solidairement à payer à la BANQUE le montant de 1.424.818,27 € avec les intérêts conventionnels à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2012 jusqu'à solde.

Au vu du sort réservé à leur appel, la demande des époux **A.) - B.)** en obtention d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Celle de la société LANDSBANKI est à rejeter au motif que cette partie n'a pas établi l'iniquité requise par l'article 240 du NCPC.

### **PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel principal non fondé,

dit l'appel incident partiellement fondé,

**réformant :**

dit partiellement fondée la demande de la société anonyme LANDSBANKI LUXEMBOURG,

condamne **A.) et B.)** solidairement à payer à la société anonyme LANDSBANKI LUXEMBOURG, le montant de 1.424.818,27 € avec les intérêts conventionnels à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2012 jusqu'à solde,

**confirme** le jugement entrepris pour le surplus,

dit non fondées les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne **A.)** et **B.)** solidairement aux frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Yvette Hamilius, sur ses affirmations de droit.