

Arrêt N° 84/18 IV-COM

Audience publique du quatre juillet deux mille dix-huit

Numéro 43991 du rôle

Composition

Marianne HARLES, première conseillère-président;
Elisabeth WEYRICH, conseillère;
Yola SCHMIT, conseillère;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

1) A.), épouse B.), sans état connu, et,

2) B.), sans état connu, les deux demeurant à F-(...),

appelants aux termes d'un acte de l'huissier de justice Yves Tapella d'Esch-sur-Alzette du 30 août 2016,

comparant par Maître Franck Greff, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

1) la société anonyme LANDSBANKI LUXEMBOURG, en liquidation judiciaire, établie et ayant son siège social à L-2229 Luxembourg, 2, rue du Nord, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 78.804, représentée par son liquidateur judiciaire, Maître Yvette HAMILIUS,

2) Maître Yvette HAMILIUS, avocat la Cour, prise en sa qualité de liquidateur de la société anonyme LANDSBANKI LUXEMBOURG, déclarée en état de liquidation en date du 12 décembre 2008,

intimées aux fins du prédit acte Tapella,

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

LA COUR D'APPEL

Par acte d'huissier de justice du 23 février 2016, Maître Yvette HAMILIUS, agissant en sa qualité de liquidateur de la société LANDSBANKI LUXEMBOURG et la société LANDSBANKI LUXEMBOURG (ci-après la BANQUE) ont fait donner assignation à **B.)** et à son épouse **A.)**, (ci-après les époux **A.)-B.)**) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de les entendre condamner solidairement, sinon in solidum, à payer à la BANQUE la somme de 431.380,84 € avec les intérêts conventionnels à partir du 1^{er} janvier 2016 jusqu'à solde ainsi qu'une indemnité de procédure de 5.000 €.

Les demanderesses ont exposé que les époux **A.)-B.)** avaient souscrit le 6 juillet 2007 auprès de la BANQUE un contrat de prêt dénommé « Equity Release » à hauteur de la somme totale de 490.000 € et que de cette somme, seulement 122.500 € avaient été libérés en liquide, le reste ayant été investi dans une police d'assurance souscrite auprès de la société Lex Life and Pension.

En contrepartie, les époux **A.)-B.)** auraient consenti à la BANQUE en garantie de ce prêt un gage ayant porté sur le portefeuille-titres de même qu'une hypothèque sur un bien immobilier leur appartenant situé à (...), (...).

La BANQUE a soutenu que suivant l'article 18.1.1. du contrat de prêt, elle aurait été en droit de réclamer le remboursement immédiat du prêt au cas où l'emprunteur manquerait à payer une somme redu en vertu du prêt. Cette situation se serait présentée en l'espèce en septembre 2010, étant donné que le montant de 72.197,64 € correspondant aux intérêts n'aurait pas été payé.

Les défendeurs auraient été mis en demeure le 20 septembre 2010 de régler les intérêts et il leur aurait été indiqué qu'à défaut de paiement dans un délai de 15 jours, le remboursement de l'intégralité du prêt serait dû. En l'absence de paiement, le liquidateur aurait réalisé le gage pour la somme de 378.574,43 €, et au 31 décembre 2015, la dette des époux **A.)-B.)** envers la BANQUE se serait élevée à 431.380,84 €.

Par jugement réputé contradictoire à l'égard des époux **A.)-B.)** du 22 juin 2016, le tribunal a dit fondée la demande pour la somme réclamée de 431.380,84 € et condamné les défendeurs solidairement au paiement de cette somme avec les intérêts conventionnels à partir du 1^{er} janvier 2016 jusqu'à solde, dit non fondée la demande de la BANQUE et du liquidateur en allocation d'une indemnité de procédure et condamné les défendeurs aux frais et dépens de l'instance.

Par acte d'huissier de justice du 30 août 2016, les époux **A.)-B.)** ont régulièrement relevé appel de ce jugement qui leur a été signifié en France le 11 juillet 2016.

Les appelants soulèvent principalement l'incompétence des juridictions luxembourgeoises pour connaître de la demande du liquidateur et de la BANQUE en application des articles 15 et 16 du règlement communautaire n° 44/ 2001 du Conseil du 22 décembre 2000. Ils concluent subsidiairement, à voir déclarer irrecevable la demande de la BANQUE pour défaut de qualité, sinon d'intérêt à agir dans le chef de l'intimée, sinon pour violation du principe dit de l'estoppel.

Ils concluent plus subsidiairement à voir prononcer la surséance à statuer en attendant l'issue d'une procédure pénale pendante en France et en dernier ordre de subsidiarité à voir déclarer nuls et de nul effet les contrats de prêt et de gage du 6 juillet 2007, sinon à voir déclarer nulle et de nul effet la clause inscrite à l'article 9.3. du contrat de prêt précités.

Ils demandent en tout état de cause à être déchargés de toutes les condamnations prononcées à leur encontre.

Le liquidateur et la BANQUE concluent à la confirmation du jugement entrepris.

I. Quant au moyen tiré de l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises

Les époux **A.)-B.)** soulèvent l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises au motif qu'ils sont à qualifier de consommateurs et qu'ils sont des résidents français, de sorte que l'action aurait dû être introduite devant le juge français en application de « l'article 16 » du règlement Bruxelles I.

Les intimées font valoir que les appelants seraient forclos à invoquer le moyen pour ne pas l'avoir soulevé in limine litis en première instance. Cette argumentation est d'ores et déjà à rejeter, étant donné que les époux **A.)-B.)** n'avaient pas comparu devant la juridiction de première instance.

La BANQUE et le liquidateur font ensuite plaider que les dispositions protectrices relatives aux consommateurs ne seraient pas applicables aux contrats de prêt « Equity Release » et que les conditions d'application inscrites à l'article 15 c) du règlement Bruxelles I ne seraient pas données en l'espèce.

Le règlement Bruxelles I a été remplacé par le règlement UE 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et

l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (ci-après le règlement Bruxelles I bis) applicable à toute action judiciaire intentée après le 10 janvier 2015.

L'action de la BANQUE et du liquidateur datant du 19 février 2016, le moyen tiré de l'incompétence territoriale est à apprécier par rapport au règlement Bruxelles I bis, en vigueur à ce moment.

Les dispositions ayant trait à la compétence juridictionnelle internationale relatives aux contrats conclus par les consommateurs sont insérées dans la section 4 du règlement Bruxelles I bis et font l'objet des articles 17 à 19 dudit règlement.

Aux termes de l'article 17.1, « *en matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section(...)* ».

Les parties admettent que les appelants sont à considérer comme consommateurs au regard de l'article 17-1. du règlement.

L'article 18- 2. du règlement prévoit « *que l'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les juridictions de l'Etat membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur* ».

Suivant l'article 17-1 c) du règlement Bruxelles I bis, un consommateur peut se prévaloir des dispositions protectrices lorsque le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'Etat membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet Etat membre ou vers plusieurs Etats, dont cet Etat membre, et que le contrat rentre dans ces activités.

La BANQUE conteste avoir dirigé ses activités professionnelles vers la France, pays de résidence des époux **A.)-B.)**.

Il ne résulte d'aucun élément probant du dossier que la BANQUE ait effectivement exercé son activité commerciale ou professionnelle en France voire qu'elle ait dirigé ses activités vers ce pays.

Il en résulte que les parties appelantes ne peuvent pas se prévaloir des dispositions protectrices inscrites aux articles 17 à 19 du règlement Bruxelles I bis pour voir mettre en échec les clauses attributives de juridiction au profit des juridictions luxembourgeoises contenues dans les contrats de prêt et de gage.

Les fors de compétence particuliers réservés aux contrats conclus avec des consommateurs n'étant pas applicables en l'espèce, la compétence juridictionnelle est à déterminer selon les articles 4 et 5

du règlement Bruxelles I bis. Il est cependant loisible aux parties d'exclure les règles de compétence prévues par le règlement et de désigner la juridiction exclusivement compétente pour connaître des différends pouvant surgir à l'occasion du rapport de droit déterminé qui les lie. La validité d'une telle attribution de compétence conventionnelle est prévue à l'article 25 du règlement Bruxelles I bis qui dispose que « *si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties (...)* ».

La validité des clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats de prêt et de gage n'est pas remise en cause par les appelants.

Le moyen tiré de l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises est dès lors à rejeter.

II. Quant aux moyen tiré du défaut d'intérêt et de qualité à agir dans le chef du liquidateur et de la BANQUE

A. Quant à l'existence d'une saisie pénale

Aux termes de leur acte d'appel, les époux **A.)-B.)** concluent à l'irrecevabilité de la demande du liquidateur et de la BANQUE pour défaut d'intérêt et de qualité à agir dans leur chef, étant donné que par ordonnance de saisie pénale d'un juge d'instruction français du 31 mars 2014, la créance appartenant à la société LANDSBANKI sur les époux **A.)-B.)** sur base du contrat de prêt du 6 juillet 2007 a fait l'objet d'une saisie pénale. La Banque ne serait en conséquence plus titulaire du droit qu'elle invoque.

Le liquidateur et la BANQUE concluent au rejet des moyens tirés du défaut de qualité et d'intérêt à agir. Ils font valoir que la saisie pénale de la créance aurait uniquement pour objet de faire échec à toute voie d'exécution.

Aux termes de l'ordonnance du 31 mars 2014 du juge d'instruction près le tribunal de grande instance de Paris, la saisie de la créance de la société LANDSBANKI a été prononcée en vue « *d'éviter que la banque ne mette à exécution sa créance le temps de la procédure pénale* ». Il y est encore dit « *que la saisie a pour but de garantir l'exécution de la peine complémentaire de confiscation selon les conditions définies à l'article 131-21 du Code pénal* » et « *qu'il y a lieu de suspendre toute procédure civile d'exécution relative à cette créance* ».

Il résulte des termes de ladite ordonnance qu'elle vise à empêcher toute mesure d'exécution à opérer par la BANQUE envers les époux **A.)-B.)** pendant la durée de la procédure pénale ouverte en France.

La saisie pénale ne saurait cependant priver la BANQUE de son droit de voir reconnaître l'existence de sa créance par un juge civil, partant de se voir délivrer un titre attestant son droit de créance. L'ordonnance de saisie pénale du 31 mars 2014 n'est pas susceptible d'influencer la décision au civil, dès lors qu'elle a pour seul objet de faire échec à toute voie d'exécution (Cour d'appel, 12 février 2014, n° 37502 ; Cour d'appel, 20 janvier 2016 n° 37088 ; Cour de Cassation, 16 février 2017, n° 20/2017).

Le moyen tiré du défaut d'intérêt et de qualité à agir dans le chef des parties intimées en raison de la saisie pénale est dès lors à rejeter.

B. Quant à la prétendue cession de la créance de la BANQUE à la société LBI ehf

Les époux **A.)-B.)** concluent à voir déclarer irrecevable l'action de la BANQUE et du liquidateur pour défaut d'intérêt et de qualité à agir dans leur chef, arguant que la créance invoquée par la BANQUE à l'appui de sa demande aurait fait l'objet d'une cession « au profit d'un fonds ».

Affirmant que l'accès au dossier de la liquidation leur a été refusé, les appelants concluent aux termes de leurs écritures à voir ordonner en application de l'article 288 du NCPC la production forcée d'un prétendu accord passé le 29 juin 2012 entre la Banque Centrale du Luxembourg et les sociétés Landsbanki Islande et LANDSBANKI LUXEMBOURG sous peine d'une astreinte de 1.000 € par jour de retard à compter de l'arrêt à intervenir, sinon à compter de la signification de l'arrêt, sinon dans un délai de 15 jours après la signification, chaque fois sans limite. Les appelants font valoir à l'appui de cette demande que « la pièce dont la production est demandée a un intérêt évident dans le cadre du litige entre les parties, notamment en ce qui concerne la qualité à agir des parties intimées ». Ils argumentent que ledit accord a été mentionné dans un document dit « *LBI Creditors Report 2012* » qui indique que « *specifically, LBI received ownership and control of (i) the majority of LI Lux's loan portfolio* ». Les appelants en déduisent que l'ensemble des contrats de prêts conclus par la société LANDSBANKI LUXEMBOURG avec des emprunteurs et les créances y attachées ont été cédées à la société Landsbanki Islande.

Les intimées, se prévalant du caractère confidentiel du document du 29 juin 2012, dans la mesure où il renseigne le nom de parties étrangères au présent litige, s'opposent à la demande en production forcée du prétendu accord. Cette convention relèverait du secret bancaire.

Les intimées renvoient en outre à un courrier adressé le 24 octobre 2017 par la société Landsbanki Islande au juge commissaire de la liquidation pour prouver qu'aucun prêt « Equity Release » n'a été transféré à cette banque.

Aux termes de ce courrier, dont le contenu n'est pas remis en cause par les parties appelantes, le CEO de la société LBI ehf. a fait valoir que « *we hereby formally confirm to you that no equity release loan has been assigned by the liquidator of Landsbanki (Luxembourg) to LBI ehf and that all such loans are still held by the liquidation* » (pièce n° 31 des intimées).

La demande en communication forcée du prétendu accord est dès lors à rejeter, la cession alléguée par les appelants étant contredite par les pièces du dossier.

Eu égard aux développements qui précèdent, le reproche d'absence de transparence adressé par les appelants au liquidateur est à rejeter.

C. Quant à l'existence d'un titre

Pour conclure à l'irrecevabilité de la demande de la BANQUE pour défaut de qualité et d'intérêt à agir, les appelants font encore valoir que dans la mesure où les intimées disposeraient déjà d'un titre - sans préciser lequel -, chercher à obtenir un second titre serait sans intérêt.

Les parties intimées font valoir à bon droit que le fait de disposer d'actes notariés contenant des inscriptions hypothécaires au profit de la BANQUE ne saurait entraîner un défaut d'intérêt à agir dans le chef de celle-ci en obtention d'un titre judiciaire.

En effet, l'acte notarié, bien que constituant un titre exécutoire, ne revêt pas les attributs d'un jugement et aucune disposition légale ne fait obstacle à ce qu'un créancier dispose de deux titres exécutoires pour la même créance. (Cass. française, 1^{ère} civ., 26 avril 2017, n° 16-11959 du rôle ; Cass.comm., 18 janvier 2017, n° 15-17719).

Le moyen est à rejeter.

D. Quant à l'estoppel

Les appelants se prévalent de la théorie dite de l'estoppel arguant que devant les juridictions françaises, afin d'obtenir une saisie immobilière sur l'immeuble hypothéqué, les intimées auraient soutenu, du moins implicitement, disposer d'un titre, sinon de ne pas en avoir

besoin. Dans la mesure où l'argumentation développée devant les juridictions françaises serait totalement contraire à celle développée devant les tribunaux luxembourgeois où les intimés demandent à se voir attribuer un titre, les époux **A.)-B.)** concluent à l'irrecevabilité de la demande des parties intimées en application du principe dit de « l'estoppel ».

Les intimées concluent au rejet du moyen d'irrecevabilité. Elles font valoir que devant les juridictions françaises, où l'affaire d'exécution est tenue en suspens, les appelants auraient invoqué le défaut d'existence d'un titre exécutoire. La BANQUE serait dès lors parfaitement en droit de se procurer un tel titre devant les juridictions luxembourgeoises.

La fin de non-recevoir tirée du principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui sanctionne l'attitude procédurale consistant pour une partie, au cours d'une même instance, à adopter des positions contraires ou incompatibles entre elles dans des conditions qui induisent en erreur son adversaire sur ses intentions (Cass. 2^{ème} civ., 15 mars 2018, n° 17-21.991, commenté dans Lexisnexis, Revue Procédures n°5, mai 2018, comm.138).

D'une part, il convient de constater qu'en l'espèce, la contradiction reprochée aux intimées a trait à deux instances différentes. D'autre part, la procédure de saisie immobilière pendante en France n'est pas versée aux débats. Dès lors les parties appelantes n'ont pas établi que la BANQUE aurait adopté des positions contraires, voire incompatibles au sein d'une même instance, de sorte que la fin de non-recevoir basée sur le principe de « l'estoppel » est à rejeter.

III. Quant à la surséance à statuer

Les appelants font état d'un risque de contradiction entre la décision civile luxembourgeoise et la décision pénale à intervenir en France contre la BANQUE et demandent à voir prononcer la surséance à statuer par application de la règle « *le criminel tient le civil en l'état* ».

Pour justifier cette demande, ils renvoient à plusieurs décisions luxembourgeoises qui ont sursis à statuer en attendant la décision à intervenir au pénal.

Les jurisprudences invoquées par les époux **A.)-B.)** ne sont cependant pas transposables au cas d'espèce, étant donné que dans ces affaires, la surséance à statuer a été prononcée en raison d'une instruction pénale en cours au Luxembourg. En l'espèce, la procédure pénale est pendante en France. Or il est de principe que l'article 3 du Code d'instruction criminelle ne s'applique qu'en cas de saisine d'une juridiction pénale nationale (Cour de Cassation 21 avril 2016, n° 40/16, Cour d'appel, 21 janvier 2015, n° 38554 du rôle ; Cour d'appel,

20 décembre 2017, n° 176/17). Il ne saurait partant trouver application en l'espèce.

Il convient d'ajouter que par jugement du tribunal de grande instance de Paris du 28 août 2017, un acquittement général a été prononcé à l'encontre des prévenus poursuivis pour escroquerie. Les constitutions de parties civiles, y compris celle des époux **A.)-B.)** ont été déclarées irrecevables, sinon non-fondées. Si certes le Ministère Public a relevé appel de cette décision, il faut néanmoins considérer qu'à l'heure actuelle, aucune infraction pénale n'est établie et aucun risque d'incidence d'une telle condamnation sur l'affaire civile n'est à craindre.

IV. Quant au moyen tiré de la prescription

Les époux **A.)-B.)** font ensuite valoir que l'action de la BANQUE et du liquidateur serait prescrite en application de l'article L218- 2 du code de la consommation français.

Cet article, issu de l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 pour remplacer l'article L137-2 du même code ayant la même teneur, dispose que « *l'action des professionnels, pour les biens ou les services qu'ils fournissent aux consommateurs, se prescrit par deux ans* ».

Les délais pour agir dépendent en matière contractuelle de la loi applicable à l'obligation litigieuse. Le domaine de la loi ainsi désignée est général et inclut tant la détermination du délai de prescription et de son point de départ que le caractère prescriptible ou imprescriptible du droit en cause, les modalités de computation du délai et le régime du délai de prescription (Dalloz, Rép. de droit international, Action en justice, Laurence Usunier, juin 2014, actualisation 2017, n°76-94).

Avant de se prononcer sur le bien-fondé du moyen de prescription, il convient de déterminer la loi applicable aux contrats de prêt et de gage conclus en date du 6 juillet 2007.

La détermination de la loi applicable doit être opérée au regard des dispositions de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Cette convention a certes 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*»), mais le prédit règlement prévoit qu'il ne « *s'applique [qu'] aux contrats conclus après le 17 décembre 2009* ».

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.

En l'espèce, les parties ont prévu à l'article 21 "*droit applicable et juridiction compétente*" et plus particulièrement à l'article 21.1 du contrat de prêt que ce contrat ainsi que tous les droits et obligations en découlant seront régis et interprétés conformément aux lois du Grand-Duché de Luxembourg.

L'article 21.2 du « *Account Opening Request & General Terms and Conditions* » de la BANQUE signé par les appelants le 6 juillet 2007 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 n° 26 des intimés).

Les parties ont dès lors expressément choisi la loi luxembourgeoise comme étant applicable au contrat de prêt et devant régir leurs relations contractuelles. Ceci n'est d'ailleurs pas remis en cause par les époux **A.)-B.)**.

Les appelants ont invoqué la qualité de consommateurs pour voir faire échec aux clauses de détermination de la loi applicable contenues dans les contrats qu'ils ont signé.

En vertu de l'article 5-1 de la Convention de Rome, les règles de conflits de loi applicables 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.

Le sort des services financiers non affectés à la fourniture d'objets mobiliers corporels ou d'autres services n'est pas réglé de manière explicite. Il est cependant accepté que ces services financiers constituent des services en eux-mêmes et tombent dans le champ d'application de l'article 5-1 de la Convention de Rome (Le droit bancaire et financier européen, P.-E. Partsch, Ed. Larcier, n° 1398 et suivants).

L'application de l'article 5 de la Convention n'est dès lors pas limitée aux seuls crédits à la consommation, mais est étendu aux contrats relatifs à des prestations de services et aux contrats destinés aux financements de ces services, conclus par des consommateurs.

Le contrat de prêt et les services financiers fournis par la BANQUE entrent dès lors dans le champ d'application de l'article 5-1 de la Convention de Rome.

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 si la conclusion du contrat a été précédée dans le pays de résidence du consommateur d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ou bien si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays.

Selon l'article 5-4 b), dans le cas d'un contrat de prestation de services, l'article 5 ne s'applique pas, « *lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle* ». Par contre, l'article 5-2 est susceptible de s'appliquer dès qu'une partie, même non substantielle des services doit être fournie dans le pays de résidence du consommateur (P.-E.Partsch, Le droit bancaire et financier européen, ouverture d'un compte titre, opérations en bourse, n° 1403).

Il se dégage des pièces soumises à la Cour que le compte bancaire ouvert dans les livres de la BANQUE au nom des époux **A.)-B.)** a été ouvert auprès de LANDSBANKI LUXEMBOURG, établie au Luxembourg, que les opérations d'investissement ont été réalisées au Luxembourg et que les fonds des appelants ont été investis dans une police d'assurances au Luxembourg auprès de la société Lex Life and Pension (pièce n° 1 des intimées).

Les services dus aux époux **A.)-B.)** ont donc tous été fournis exclusivement au Luxembourg. 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.

Les relations contractuelles entre parties étant soumis à la loi luxembourgeoise, le moyen déduit de l'article L218-1 du Code de la consommation français est à rejeter.

V. Quant à la demande des époux **A.)-B.)** en annulation des contrats de prêt et de gage pour contrariété à l'ordre public, cause illicite, sinon pour erreur sur la substance,

Les époux **A.)-B.)** argumentent que les fonds qu'ils ont investis dans le portefeuille-titres, correspondant à 75% des sommes empruntées, auraient été utilisés par la BANQUE pour acquérir des titres qui se seraient révélés comme constituer des placements

désastreux et surtout frauduleux. En effet, à partir de l'année 2008, la société Landsbanki aurait commencé à vendre les titres des emprunteurs pour acheter en échange des titres obligataires émis par les banques islandaises. Il se serait par la suite avéré que ces achats auraient été réalisés de manière organisée, afin de permettre au groupe bancaire Landsbanki de se refinancer et d'échapper à la faillite.

Les appelants invoquent la nullité des contrats pour erreur, sinon pour contrariété à l'ordre public, sinon pour cause illicite.

Pour conclure à l'annulation de l'ensemble des contrats pour erreur sur la substance, les appelants reprochent à la BANQUE d'avoir manqué en tant que dispensateur de crédit à son obligation d'information pour ne les avoir éclairés ni sur la nature, ni sur la portée, ni sur les risques liés à « l'opération ». Aussi est-il reproché à la BANQUE de ne pas avoir fourni aux époux **A.)-B.)** une information adaptée en fonction de leur situation financière et de ne pas avoir évalué leurs connaissances et expériences par rapport à l'opération envisagée et les risques que ces opérations comportaient. La BANQUE ne les aurait pas non plus éclairés sur l'opportunité de réaliser l'opération, ni sur « la conversion en monnaies étrangères de la dette, d'ailleurs non prévue dans le contrat ». L'objectif présenté par la BANQUE que les investissements feraient générer des revenus suffisamment élevés pour permettre l'autofinancement des prêts se serait avéré comme ayant été mensonger. Soutenant en outre qu'ils ne seraient pas à qualifier de clients avertis, mais de clients profanes, à défaut de connaissance, d'expérience particulières en matière d'investissements, les appelants reprochent encore à la BANQUE de ne pas les avoir mis en garde contre les risques encourus relatifs aux potentielles conversions en USD/ CAD/ GBP, ni contre la variation des taux de change. Aucune « couverture de change » visant à protéger l'emprunteur contre le risque de variation des devises étrangères par rapport à l'euro n'aurait été mis en place.

Les époux **A.)-B.)** demandent encore à voir déclarer nulle la clause 9.3. relative au calcul et la mise en œuvre du ratio de couverture contenue dans le contrats de prêt comme étant une clause potestative.

Les intimées concluent à voir déclarer irrecevable la demande en nullité des contrats, de même que la demande tendant à voir déclarer nulle la clause inscrite à l'article 9.3. des contrats, en application des articles 1304 du Code civil et 452 du Code de commerce.

L'article 1304 prévoit que dans tous les cas où l'action en nullité d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans.

Pour la demande en nullité pour cause illicite, sinon contrariété à l'ordre public, le délai quinquennal prévu à l'article 1304 du Code civil commence à courir à compter de la conclusion du contrat (voir en ce sens Cass. 1^{ère} civ, 21 janvier 1992, n° 90-18121). Les contrats ayant été conclus le 6 juillet 2007, le délai de cinq ans est venu à échéance le 6 juillet 2012.

L'alinéa 2 de cet article dispose que dans le cas d'erreur ou de dol, ce temps ne court que du jour où ils ont été découverts.

Les appelants n'ont pas indiqué à quel moment ils ont découvert les circonstances constitutives de l'erreur.

La Cour retient que ce moment se situe en 2008, année au cours de laquelle les appelants soutiennent avoir découvert que « LANDSBANKI a procédé de manière insidieuse à une vente progressive d'une grande partie des titres bon père de famille des défendeurs pour acheter en échange des titres obligataires émis par les banques islandaises ».

Les appelants ont formulé la demande en nullité des contrats de prêt et de gage pour la première fois dans leur acte d'appel du 30 août 2016, partant plus de cinq années après qu'ils eurent découvert les faits gisant à leur base.

La prescription n'empêche pas complètement les personnes qui sont titulaires de l'action d'invoquer la nullité après l'expiration du délai. Selon une règle traditionnelle, la prescription ne bloque la possibilité d'invoquer la nullité par voie d'action, mais elle n'empêche pas de la soulever par voie d'exception en réponse à une demande d'exécution du contrat par l'autre partie. Il importe toutefois de noter que la jurisprudence actuelle de la Cour de Cassation française donne une portée très limitée à la règle en ne la faisant jouer que dans les cas où l'acte n'a encore reçu aucun commencement d'exécution (Cass.com. 13 mai 2014, n° 12-28013 et 12-28654). Si le contrat a été partiellement exécuté et qu'il ne l'est plus par la suite, la partie ayant partiellement exécuté ne peut s'opposer à la demande en exécution du contrat en invoquant l'exception de nullité (s'agissant d'un prêt : Cass.1^{ère} civ., 1^{er} décembre 1998, n° 96-17.761, Cass. 1^{ère} civ. 24 avril 2013, n° 11-27.082 ; Cass. 1^{ère} civ., 15 janvier 2015, n°13-25512, 13-513 JCL civil, art. 2219 à 2223, Fasc. Unique- Prescription extinctive- dispositions générales ; n° 32 et suiv. ; P. Ancel : Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois, Larcier 2015, n° 435).

Il est acquis en l'espèce que le contrat de prêt a été exécuté puisque les époux **A.)-B.)** se sont fait remettre une partie des sommes prêtées en liquide et que les montants restants ont été investis dans une police d'assurance.

Les appelants ne sont par conséquent plus en droit d'invoquer la nullité des contrats par voie d'exception.

La demande en nullité des contrats est dès lors à rejeter.

Dès lors que l'article 1304 du Code civil ne vise que les actions en nullité des conventions, la demande en nullité pour autant qu'elle concerne la seule clause insérée à l'article 9.3. des contrats de prêt est recevable.

Cet article prévoit que « *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.

Aux termes de l'article 1170 du Code civil, 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.

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, Cour d'appel, 31 janvier 2018, n° 37085 du rôle).

Il s'ensuit que moyen tiré de l'existence d'une clause potestative est à rejeter.

VI. Quant à la demande en paiement de la BANQUE

La BANQUE conclut à la confirmation du jugement de première instance en ce que le tribunal a condamné les époux **A.)-B.)** au paiement de la somme de 431.380,84 € avec les intérêts conventionnels à partir du 1^{er} janvier 2016 jusqu'à solde.

Les appelants contestent le décompte de la BANQUE. Ils lui reprochent ne pas expliquer les références aux monnaies étrangères CAD/USD/GBP et de ne pas avoir tenu compte des dividendes produits par les montants investis. La BANQUE n'aurait pas non plus « rapporté la preuve des investissements réalisés ». Il est également fait grief à la BANQUE de ne jamais avoir émis de relevés de compte. La BANQUE n'aurait par conséquent pas rapporté la preuve du quantum de sa créance.

Par voie de conséquence, les époux **A.)-B.)** concluent en ordre principal à être déchargés des condamnations prononcées à leur encontre. En ordre subsidiaire, ils concluent à voir instituer une expertise, afin « *de déterminer si le ratio de gage était ou non respecté à la date de dénonciation du contrat de prêt, ainsi que le préjudice éventuel y afférent* ». L'expert devrait également se prononcer sur la régularité de chaque opération effectuée, en tenant compte d'une moyenne des taux de change s'agissant de l'ensemble des conversions effectuées.

Les intimées renvoient aux extraits bancaires ainsi qu'aux « *valuation reports* » envoyés aux époux **A.)-B.)** pour conclure qu'ils auraient été informés aussi bien de l'évolution de leur portefeuille-titres que de l'état de leur dette à l'égard de la BANQUE. Toutes les opérations bancaires auraient été enregistrées sur les extraits de compte, contre lesquels il n'y aurait pas eu de protestations dans le délai prévu à l'article 16.2 des conditions générales de la BANQUE.

Les réclamations des époux **A.)-B.)**, formulées pour la première fois en instance d'appel seraient en conséquence à rejeter comme tardives. L'absence de contestations endéans les délais impartis à compter de la réception des extraits de compte vaudrait ratification des opérations y renseignées.

Les intimées concluent encore au rejet de la demande en institution d'une expertise.

Affirmant que les emprunteurs n'avaient plus réglé les intérêts dus depuis août 2009, le liquidateur de la BANQUE a par application de l'article 18.1.2 du contrat de prêt, mis ceux-ci en demeure, par courrier du 20 septembre 2010, de payer la somme de 72.197,64 € au titre d'intérêts. Aucun paiement n'étant intervenu, la BANQUE a, en application de l'article 18.1. de la convention de prêt, réalisé ses droits sur les valeurs données en gage. Par courrier du 29 décembre 2010, les emprunteurs ont été informés que suite à la réalisation du gage,

leur dette était diminuée de la somme de 378.574,43 € et qu'elle se chiffrait au montant de 328.101,71 € (pièces n° 4 et 5 des intimés).

Suivant le décompte versé par les intimées, la dette des époux **A.)-B.)** se chiffrait au 31 décembre 2015 à 431.380,84 €.

Il résulte du “*account opening request*” du 6 juillet 2007 que les époux **A.)-B.)** avaient coché la case “*send correspondance to the above address* », soit celle du domicile des appelants situé en France.

L'article 16.2 des conditions générales, annexées au document précité, invoquées par la BANQUE est du contenu suivant:

« The client is responsible for checking all communications and account statements sent to him by the Bank. If within thirty days of the dispatch of the documents and account statements the Client make no written objection, the facts recorded therein, barring palpable errors, are considered to be correct. The onus of proof lies to the Client in every case ».

L'article 16.4 dispose que « *if the client does not receive documents, account statements or other communications relating to a particular transaction within the normal postal delivery periods, he must notify the Bank immediately* ».

Aux termes de l'article 16.5 des conditions générales “ *complaints about the execution or non-execution of an order and objections to account and deposit book statement must be made in writing not later than within thirty days following the receipt of the relevant statement. If the Client does not receive a statement, he must make his complaint at the time he should have expected to receive the statement, or at the time he could have collected it when the bank retains his correspondence in accordance with his instructions. Failure to make objections in due time will be considered as an approval by the Client. Express or implicate approvals of the account statements operate as approvals of all articles included in such statements, including any reservations made by the Bank*” (pièce n° 32 des intimés).

Il résulte des articles 16.2-16.5 des conditions générales de la BANQUE, applicables aux relations entre parties, que pour le cas où le client ne reçoit pas les documents relatifs aux opérations réalisées, voire relatifs à celles qui n'ont pas été exécutées, il est tenu de s'adresser à la BANQUE. Les appelants n'ont pas soutenu qu'ils se seraient adressés à la BANQUE en vue d'obtenir des pièces et informations que celle-ci aurait refusé de leur fournir.

Force est également de relever qu'il résulte des pièces soumises à la Cour que les époux **A.)-B.)** avaient en date des 20 septembre et 9 décembre 2010, 20 décembre 2012 et 9 octobre 2013 réceptionné des « *valuation reports* » faisant état de la situation de leur compte

ouvert dans les livres de la BANQUE (pièces n° 4 et 5 et n° 28 des intimés).

C'est dès lors à juste titre que les parties intimées font plaider que les contestations formulées par les époux **A.)-B.)** pour la première fois en instance d'appel par rapport aux sommes indiquées dans les relevés précités et à l'évolution de leur compte sont à rejeter comme tardives.

Concernant le décompte versé par les parties intimées, les appelants ne formulent aucune contestation précise ni par rapport aux investissements réalisés renseignés dans les « *valuation reports* » et le décompte du 31 décembre 2015, ni par rapport aux intérêts mis en compte. Le reproche fait à la BANQUE de ne pas avoir tenu compte des prétendus dividendes n'est plus à prendre en compte, à défaut pour les appelants d'avoir contesté les « *valuation reports* » qui lui leur avaient été communiqués. S'y ajoute que les appelants restent en défaut de préciser quels dividendes par rapport à quels produits financiers ne leur auraient pas été versés.

Les appelants ne justifient pas non plus en quoi les taux de conversion €/ CHD indiqués dans le décompte du 31 décembre 2015 seraient incorrects. Les critiques émises à cet égard sont trop vagues de sorte qu'elles sont à écarter pour défaut de précision.

Dès lors qu'il n'appartient pas à la Cour de suppléer à la carence des parties dans l'administration de la preuve, la demande en institution d'une expertise est également à rejeter.

Le jugement de première instance est dès à confirmer en ce que le tribunal a dit fondée la demande de la BANQUE.

L'appel n'est pas fondé.

PAR CES MOTIFS

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

reçoit l'appel,

le dit non fondé,

confirme le jugement entrepris,

condamne **A.)**, épouse **B.)** et **B.)** aux frais et dépens de l'instance.