

Arrêt N° 85/18 IV-COM

Audience publique du quatre juillet deux mille dix-huit

Numéro 43993 du rôle

Composition

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

E n t r e

la société civile SAUDADE, établie et ayant son siège social à F-83120 Sainte-Maxime, 7, boulevard Jean-Moulin, représentée par son représentant légal en exercice, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Saint-Tropez sous le numéro D 45.110.099

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Nadine Tapella d'Esch-sur-Alzette du 12 juillet 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 13 novembre 2015, Maître Yvette HAMILIUS, agissant en sa qualité de liquidateur de la société LANDSBANKI LUXEMBOURG et la société anonyme LANDSBANKI LUXEMBOURG (ci-après la BANQUE) ont fait donner assignation à la société civile SAUDADE, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, aux fins de l'entendre condamner à payer à la BANQUE la somme de 4.716.180,08 € avec les intérêts conventionnels à partir du 30 septembre 2015 jusqu'à solde ainsi qu'une indemnité de procédure de 5.000 €.

Les demandeurs ont exposé que la société SAUDADE a souscrit les 5 juin et 11 août 2003 ainsi que les 14 juin 2006 et 10 avril 2007 auprès de la BANQUE des contrats de prêt dénommés « Equity Release » à hauteur de la somme totale de 5.000.000 € et que de cette somme, 755.800 € avaient été libérés en liquide, le reste ayant été investi dans un portefeuille-titres.

En contrepartie, la société SAUDADE a consenti à la BANQUE en garantie de ce prêt un gage ayant porté sur le portefeuille-titres de même qu'une hypothèque sur deux biens immobiliers lui appartenant situés à Sainte Maxime.

La BANQUE a soutenu que suivant l'article 9.3. des contrats de prêt, elle serait en droit de réclamer le remboursement immédiat des prêts au cas où la valeur des biens donnés en garantie par la cliente deviendrait égale ou inférieure à 90 % des sommes totales dues. Cette situation se serait présentée en l'espèce, étant donné qu'en novembre 2009 le ratio de couverture aurait chuté à 75%.

La société défenderesse aurait été mise en demeure le 9 novembre 2009 de rembourser le solde restant dû du prêt dans un délai de 10 jours, le liquidateur aurait réalisé le gage pour la somme de 837.423,87 €, et au 30 septembre 2015, la dette se serait élevée à 4.716.180,08 €.

Par jugement rendu par défaut à l'égard de la société SAUDADE le 4 mai 2016, le tribunal a dit fondée la demande pour la somme réclamée de 4.716.180,08 € et condamné la société défenderesse au paiement de cette somme avec les intérêts conventionnels à partir du 30 septembre 2015 jusqu'à solde, dit non fondée la demande de la BANQUE et du liquidateur au paiement d'une indemnité de procédure et condamné la société SAUDADE aux frais et dépens de l'instance.

Par acte d'huissier de justice du 12 juillet 2016, la société SAUDADE a régulièrement relevé appel de ce jugement.

L'appelante conclut, principalement à l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises pour connaître de la demande de la BANQUE et du liquidateur en application des articles 15 et 16 du règlement communautaire n° 44/ 2001 du Conseil du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, (ci-après le règlement Bruxelles I). Elle conclut subsidiairement à voir déclarer irrecevable la demande de la BANQUE relative à l'exécution du contrat de prêt pour défaut de qualité, sinon d'intérêt à agir dans le chef des intimées, sinon à voir prononcer une surséance à statuer en attendant l'issue de la procédure civile actuellement pendante en France devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence entre les mêmes parties, et à surseoir à statuer en attendant l'issue de la procédure pénale pendante en France contre la société LANDSBANKI LUXEMBOURG.

Elle conclut plus subsidiairement à voir déclarer nuls et de nul effet les contrats de prêts des 5 juin et 11 août 2003, 14 juin 2006 et 10 avril 2007 et les contrats de gage y relatifs, sinon à voir déclarer nulle et de nul effet la clause inscrite à l'article 9.3. des contrats de prêts précités.

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

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

A. en raison de la qualité de consommateur de la société SAUDADE

La société SAUDADE soulève l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises au motif qu'elle serait à qualifier de consommateur, et qu'elle est un résident français, de sorte que l'action aurait dû être introduite devant le juge naturel, à savoir le juge français, ce en application de l'article 16 du règlement Bruxelles I.

Les intimées font valoir que l'appelante serait 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 la société SAUDADE n'a pas comparu devant la juridiction de première instance.

La BANQUE et le liquidateur font ensuite plaider que la société SAUDADE ne serait pas un consommateur et que le moyen d'incompétence ne saurait partant valoir. Ils précisent que le consommateur au sens du règlement UE 1215/2012 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) serait nécessairement une personne physique, condition qui ne serait pas donnée en l'occurrence. Les

dispositions protectrices invoquées ne s'appliqueraient dès lors pas à la société SAUDADE.

Le règlement Bruxelles I a été remplacé par le règlement Bruxelles I bis applicable à toute action judiciaire intentée après le 10 janvier 2015.

L'action de la BANQUE et du liquidateur date du 13 novembre 2015, de sorte que le moyen tiré de l'incompétence territoriale est à apprécier par rapport au règlement Bruxelles I bis, en vigueur à ce moment.

Les contrats de prêt et de gage conclus par les appelants avec la BANQUE contiennent chacun une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux luxembourgeois.

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(...)* ».

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* ».

La notion de consommateur fait l'objet d'une interprétation stricte par la Cour de Justice des Communautés européennes. Celle-ci a jugé que « *seuls les contrats conclus aux fins de satisfaire aux seuls besoins de consommation privée d'un individu relèvent des dispositions protectrices du consommateur en tant que partie réputée économiquement plus faible* » (CJCE, Benincasa, 3 juillet 1997, C-269/95).

Il importe encore de citer un arrêt rendu par la CJCE le 22 novembre 2001 dans le domaine de la directive du 5 avril 1993 sur les clauses abusives dans lequel elle a précisé que le consommateur est une personne physique (Aff.C-541/99 et C-542/99, D.2002. somm. 2929, obs. Pizzio et Franc ; Dalloz, Rép. de droit international, Compétence européenne, reconnaissance et exécution : matières civile et commerciale – Danièle Alexandre – janvier 2015 (actualisation : févr. 2018, n° 121).

Il convient finalement de citer l'article 6 du règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur

la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après le règlement Rome I) selon lequel le consommateur est « *une personne physique* ».

Au regard de ces considérations, la société civile SAUDADE ne peut se voir reconnaître la qualité de consommateur.

Il s'ensuit que le moyen tiré de l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises en raison de la qualité de consommateur de la société SAUDADE est à rejeter.

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 formelle des clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats de prêt et de gage n'étant pas remise en cause par l'appelante, le moyen tiré de l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises est dès lors à rejeter.

B. Quant à la litispendance internationale et à la connexité

La société SAUDADE conclut à l'incompétence des tribunaux luxembourgeois pour connaître de la demande de la BANQUE et du liquidateur au motif qu'il y aurait litispendance.

L'appelante demande encore à ce que la Cour d'appel se dessaisisse au profit de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, en application de l'article 28 du règlement Bruxelles I, en raison de la connexité entre les affaires pendantes en France et au Luxembourg.

Elle fait état d'une procédure actuellement pendante devant la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans la cause opposant la société SAUDADE et son gérant d'une part en tant qu'appelants à la BANQUE en tant que partie intimée. L'action introduite par assignation du 23 décembre 2011 devant le tribunal de grande instance de Draguignan viserait principalement à voir annuler les contrats de prêts. L'appelante

fait valoir qu'il y aurait identité de parties, d'objet et de cause entre la demande dont a été saisie la juridiction française et la juridiction luxembourgeoise.

Les intimés concluent au rejet du moyen, arguant que les conditions d'une litispendance internationale feraient défaut en l'occurrence dans la mesure où l'action en France aurait pour objet l'annulation des contrats de prêts tandis que l'action au Luxembourg tendrait à voir condamner la société SAUDADE au paiement des sommes prêtées.

S'agissant du champ d'application temporel des articles 29 et suivants, il suppose uniquement que l'action pendante devant la juridiction saisie en second lieu ait été intentée après l'entrée en vigueur du règlement, même si l'action pendante devant le juge premier saisi a été intentée à une date antérieure à l'entrée en vigueur du règlement (JCI International, Fasc.584-170 Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale- compétence articles 29 à 34 du règlement (UE) n° 1215/2012, éd. numérique 7 octobre 2015).

En l'occurrence, l'action de la BANQUE et du liquidateur a été introduite le 13 novembre 2015, soit après l'entrée en vigueur du règlement Bruxelles I bis.

Les moyens tirés de l'exception de litispendance et de connexité sont dès lors à apprécier au regard des articles 29 et suivants dudit règlement.

La litispendance européenne est caractérisée par la saisie simultanée de deux juridictions d'Etats membres différents. Les instances pendantes devant les deux juridictions parallèlement saisies doivent en outre porter toutes deux sur le fond de l'affaire et celle-ci doit par ailleurs être toujours pendante devant les deux juridictions parallèlement saisies (Jcl International, Fasc.584-170 Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale - compétence articles 29 à 34 du règlement (UE) n° 1215/2012, éd. numérique 7 octobre 2015, n° 12 ; Cass.1^{ère} civ, 12 décembre 2006, n°04-15.099 : JurisData n°2006-036435 ; Jcl Droit international, fasc. 581-43 : Compétence des Tribunaux français à l'égard des litiges internationaux, Litispendance et connexité internationale par André Huet, édition numérique 9 octobre 2011, n° 3 et suivants ; Rép. pr. civ. Dalloz : Compétence internationale : matière civile et commerciale par Hélène Gaudemet-Tallon, n° 222).

Il a en outre été jugé par la Cour de cassation française, qu'il n'y avait plus de litispendance internationale lorsque la décision a été rendue à l'étranger (Cass.1^{ère} civ., 30 septembre 2009, n° 08-18.769, D.2009.2433 ; Rev. crit. DIP 2010. 133, 4^{ème} espèce). Cette solution a été réaffirmée par la Cour de Cassation française dans un arrêt du

16 décembre 2009 (Cass 1^{ère} civ., 16 décembre 2009, n° 08-20.305, Rev. crit.DIP 2010.164).

De même, a-t-il été décidé qu'il n'y a plus de litispendance, si au jour où le tribunal { français } statue sur l'exception de litispendance, l'instance étrangère est déjà éteinte par un jugement définitif (Cass.1^{ère} civ., 19 septembre 2007, p.2477).

Tel est le cas en l'espèce.

Il résulte en effet des renseignements fournis que l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 8 février 2018 a confirmé le jugement de première instance rendu par le tribunal de Draguignan du 3 septembre 2015 et qu'actuellement, plus aucune instance n'est pendante au fond devant une juridiction française de sorte qu'il n'y a plus de litispendance internationale.

Le moyen tiré de l'exception de connexité est à rejeter pour les mêmes motifs.

La compétence des tribunaux luxembourgeois est donnée par application des clauses attributives de juridiction prévues aux contrats conclus entre les appelants et la société LANDSBANKI.

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

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

La société SAUDADE conclut à voir déclarer irrecevable l'action des intimés 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 ».

L'appelante reproche ensuite au liquidateur de la BANQUE de manquer de transparence et insiste sur la nécessité de faire nommer un co-liquidateur. Elle invoque encore un courrier adressé en première instance par le mandataire des époux **A.**), au magistrat de la mise en état dans un dossier opposant ses clients à la BANQUE aux termes duquel il a demandé « en application du principe du contradictoire, sinon du procès équitable suivant les règles de la Convention Européenne des Droits de l'Homme » à pouvoir consulter le dossier de la liquidation de la société Landsbanki. Cette demande, qui avait été transmise au liquidateur de la BANQUE, n'a pas connu de suites. L'accès au dossier de la liquidation lui ayant été refusé, l'appelante conclut d'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 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, à chaque fois sans limite. L'appelante fait 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 ». L'appelante argumente que ledit accord a été mentionné dans un document dit « *LBI Creditors Report 2012* » et qui indique que « *specifically, LBI received ownership and control of (i) the majority of LI Lux's loan portfolio* ». L'appelante en déduit 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 litige, s'opposent à la demande en production forcée du prétendu accord. Cette convention relèverait du secret bancaire.

Elles renvoient en outre à un courrier adressé le 24 octobre 2017 par la société Landsbanki Islande au juge commissaire Gilles Herrmann, pour conclure 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 la société SAUDADE, 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 cession de créance alléguée par l'appelante laisse d'être établie, de sorte que la demande en communication forcée du prétendu accord est dès lors à rejeter comme étant sans objet.

B. 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 dans leur chef, l'appelante fait encore valoir que dans la mesure où les intimés disposeraient déjà d'un titre - sans préciser lequel -, chercher à obtenir un second titre serait sans intérêt.

Les parties intimées font valoir à juste titre 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 autre titre exécutoire.

En effet, l'acte notarié, lui conférant une hypothèque sur le bien immobilier de la société SAUDADE, 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.

III. Quant à la surséance à statuer

A. en raison d'une procédure civile pendante en France

C'est à bon droit que les parties intimées concluent au rejet de cette demande, étant donné qu'actuellement plus aucune juridiction française n'est saisie d'une demande civile en relation avec les contrats conclus par la société SAUDADE avec la BANQUE.

B. en raison d'une procédure pénale pendante en France

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

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

Les jurisprudences invoquées par la société SAUDADE ne sont cependant pas transposables au cas d'espèce, étant donné que la surséance à statuer a été prononcée en raison d'une instruction pénale en cours au Luxembourg contre le liquidateur.

Les intimées concluent à juste titre au rejet de la demande en surséance en raison d'une procédure pénale pendante en France contre la BANQUE, étant donné 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 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 de la société SAUDADE 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.

La demande tendant à voir prononcer la surséance à statuer est dès lors à rejeter.

IV. Quant au moyen tiré de la prescription

La société SAUDADE fait ensuite valoir que l'action de la BANQUE et du liquidateur serait prescrite en application de l'article L 218-2 du code de la consommation français.

La Cour renvoie aux développements faits plus haut dans le cadre du rejet du moyen tiré de l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises, pour rappeler que la société SAUDADE n'est pas à qualifier de consommateur.

Le moyen tiré de la prescription est en conséquence également à rejeter.

V. Quant à la demande de la société SAUDADE en annulation des contrats de prêts et de gage pour contrariété à l'ordre public, cause illicite, sinon pour erreur sur la substance,

Les parties admettent que la relation contractuelle qui les lie est régie par la loi luxembourgeoise.

La société SAUDADE expose que les fonds qu'elle a investis dans un portefeuille-titres, correspondant à 75% des sommes empruntées, auraient été utilisées par la BANQUE pour acquérir des titres qui auraient se seraient avérés être 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.

Pour conclure à l'annulation de l'ensemble des contrats, l'appelante reproche à la BANQUE d'avoir manqué en tant que dispensateur de crédit à son obligation d'information pour ne pas l'avoir éclairé 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 lui avoir fourni une information adaptée en fonction de sa situation financière, et de ne pas avoir évalué les connaissances et les expériences de l'appelante par rapport à l'opération envisagée et les risques que ces opérations peuvent comporter. La BANQUE ne l'aurait pas non plus éclairé ni 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

généraliser des revenus suffisamment élevés pour permettre le placement des intérêts au crédit et rembourser le principal et par conséquent l'autofinancement des prêts se serait avérée comme ayant été mensongère. Soutenant en outre qu'elle ne serait pas à qualifier de cliente avertie, mais de client profane, à défaut de connaissance, d'expérience particulière en matière d'investissements, l'appelante reproche encore à la BANQUE de ne pas l'avoir mise en garde ni quant aux risques encourus relatifs aux potentielles conversions en USD/ CAD/ GBP, ni sur 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 mise en place.

La société SAUDADE demande encore à voir déclarer nulle la clause 9.3. relative au calcul et la mise en œuvre du ratio de couverture contenue dans les 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 Cet article 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 à partir de la conclusion des contrats (voir en ce sens Cass. 1^{ère} civ, 21 janvier 1992, n° 90-18121).

L'alinéa 2 de cet article dispose cependant 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 d'erreur ou de dol.

La Cour retient que ce moment est à situer 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 ».

L'appelante ont formulé la demande en nullité du contrat de prêt pour la première fois dans son acte d'appel du 12 juillet 2016, partant plus de cinq années après avoir découvert les faits gisant à sa 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

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 ; JCL civil, art. 2219 à 2223, Fasc. Unique-Prescription extinctive- dispositions générales ; n° 32 et suivants ; P. Ancel : Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois, Larcier 2015, n° 435).

Il est acquis en cause que les contrats de prêts ont été exécutés puisque la société SAUDADE s'est fait remettre une partie des sommes prêtées en liquide et que les montants restants ont été investis dans des produits financiers.

L'appelante n'est 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.

Le liquidateur de la BANQUE a par courrier du 9 novembre 2009 et au motif que le ratio de couverture était tombé à 75 %, enjoint à la société SAUDADE par application de l'article 9.3. des contrats de prêt, de rembourser immédiatement le prêt dont le solde s'élevait à 4.513.487 €. A défaut de remboursement, la BANQUE a, en application de l'article 9.3.(c) de la convention de prêt, réalisé ses droits sur les valeurs données en gage. Le liquidateur a, par courrier du 4 janvier 2011 informé l'appelante que suite à la réalisation du gage, sa dette s'est trouvée diminuée de la somme de 837.423,87 € et qu'elle se chiffre au montant de 3.744.857,59 € (pièces n° 10 et 11 des intimées).

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 la société SAUDADE au paiement de la somme de 4.716.180,08 € avec les intérêts conventionnels à partir du 30 septembre 2015 jusqu'à solde.

L'appelante conteste le décompte de la BANQUE. Elle lui reproche de 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 la créance alléguée.

Elle conclut en ordre principal à être déchargée des condamnations prononcées à son encontre et conclut, en ordre subsidiaire, 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 à la société SAUDADE pour conclure qu'elle aurait été informée aussi bien de l'évolution de son portefeuille-titres que de l'état de sa 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 jamais eu de protestations dans le délai prévu à l'article 16.2 des conditions générales de la BANQUE.

Les réclamations des époux **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.

L'article 16.2 des conditions générales, invoqué 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 intimées).

Il résulte du “*account opening request*” du 25 mai 2003 que la société SAUDADE avait coché la case “ *hold at the bank in accordance to the Hold Mail Agreement entered into by the Company*”.

Ce faisant, l'appelante a en conséquence chargé la BANQUE de garder à sa disposition à la banque l'ensemble du courrier en rapport avec les opérations de banque.

La convention de poste restante est une facilité librement choisie par le client qui doit supporter les conséquences d'une négligence de sa part concernant l'inspection régulière des relevés de compte.

Il appartenait donc à la société SAUDADE de prendre inspection de ses extraits de compte au siège de la BANQUE où elle les a fait retenir et elle ne peut tirer argument d'un non envoi de ces extraits de compte. Il ne résulte en outre d'aucun élément probant du dossier qu'un représentant de la société SAUDADE se soit présenté au siège de la BANQUE pour prendre inspection des extraits de compte et que cette inspection aurait été refusée à la cliente.

S'y ajoute qu'il résulte des pièces soumises à la Cour que la société SAUDADE avait en date du 19 avril 2013 réceptionné un extrait de compte arrêté au 31 mars 2013 relatif à sa dette auprès de la société LANDSBANKI qui n'a suscité aucune réaction de sa part (pièce n° 34 des intimées).

C'est dès lors à juste titre que les parties intimées font plaider que les contestations formulées par la société SAUDADE pour la première fois en instance d'appel par rapport aux sommes indiquées dans les relevés précités, et à l'évolution de son compte sont à rejeter comme tardives.

Concernant le décompte versé en cause par les parties intimées, l'appelante ne formule aucune contestation précise ni par rapport aux investissements réalisés renseignés dans les « *valuation reports* » et le décompte du 30 septembre 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 l'appelante d'avoir contesté les « *valuation reports* » qui lui avaient été communiqués. S'y ajoute que l'appelante reste en défaut de préciser quels dividendes par rapport à quels produits financiers ne lui auraient pas été versés.

L'appelante ne justifie pas non plus ni en quoi les taux de conversion €/ CHD indiqués dans le décompte du 30 septembre 2015 seraient incorrects. Les critiques émises à cet égard sont trop vagues de sorte qu'elles sont à écarter pour défaut de précision.

Au regard de l'ensemble de ces considérations, la demande en institution d'une expertise est également à rejeter.

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 la société civile SAUDADE aux frais et dépens de l'instance.