

**Avertissement:** Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

## **Arrêt N° 158/21 IV-COM**

Audience publique du vingt-et-un décembre deux mille vingt-et-un

Numéros 43989 du rôle

Composition :

Marie-Laure MEYER, président de chambre ;  
Carole BESCH, conseiller;  
Nathalie HILGERT, conseiller;  
Eric VILVENS, greffier.

### **E n t r e**

**PERSONNE1.)**, restaurateur, demeurant à F-ADRESSE1.),

**appelant** aux termes d'un acte de l'huissier de justice Nadine Tapella d'Esch-sur-Alzette du 12 juillet 2016,

comparant par Maître Moustapha Nouassi, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**e t**

**1) la société anonyme SOCIETE1.) LUXEMBOURG**, en liquidation judiciaire, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son liquidateur judiciaire, Maître Yvette HAMILIUS,

**2) Maître Yvette HAMILIUS**, avocat la Cour, demeurant professionnellement à L-2229 Luxembourg, 2, rue du Nord, prise en sa qualité de liquidateur de la société anonyme SOCIETE1.) LUXEMBOURG, déclarée en état de liquidation en date du 12 décembre 2008,

**1) – 2) intimées** aux fins du prédit acte Tapella,

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

## LA COUR D'APPEL

Vu l'arrêt n°88/18 IV-COM du 4 juillet 2018.

### Faits et rétroactes

Par acte d'huissier de justice du 15 octobre 2015, Maître Yvette HAMILIUS, agissant en sa qualité de liquidateur de la société SOCIETE1.) Luxembourg et la société SOCIETE1.) Luxembourg ( ci-après la BANQUE) ont fait donner assignation à PERSONNE1.) 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 1.798.934,98 euros avec les intérêts conventionnels à partir du 30 septembre 2015 jusqu'à solde ainsi qu'une indemnité de procédure de 5.000 euros.

Les demanderesses ont exposé que PERSONNE1.) avait le 13 juillet 2005 souscrit auprès de la BANQUE un contrat de prêt dénommé « (...) » à hauteur de la somme totale de 1.810.000 euros et que de cette somme, seulement 436.000 euros avaient été libérés en liquide, le reste ayant été investi dans une police d'assurance souscrite auprès de la société SOCIETE2.).

En contrepartie, PERSONNE1.) aurait consenti à la BANQUE en garantie de ce prêt, un gage ayant porté sur son portefeuille-titres de même qu'une hypothèque sur un bien immobilier lui appartenant situé en France à LIEU1.)

La BANQUE a soutenu que suivant l'article 9.3. du contrat, elle serait en droit de réclamer le remboursement immédiat du prêt au cas où la valeur des biens donnés en garantie par le client deviendrait égale ou inférieure à 90 % des sommes totales dues. Cette hypothèse serait donnée en l'espèce, étant donné qu'en novembre 2009 le ratio de couverture aurait chuté à 83,4%.

Le défendeur aurait été mis en demeure le 10 décembre 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 781.687,14 euros, et au 30 septembre 2015, la dette se serait élevée à 1.798.934,98 euros.

Par jugement réputé contradictoire à l'égard de PERSONNE1.) du 4 mai 2016, le tribunal a dit fondée la demande pour la somme réclamée de 1.798.934,98 euros et condamné le défendeur au paiement de cette somme avec les intérêts conventionnels à partir du

30 septembre 2015 jusqu'à solde. Il a dit non fondée la demande des demanderesse au paiement d'une indemnité de procédure et a condamné le défendeur aux frais et dépens de l'instance.

Par acte d'huissier de justice du 12 juillet 2016, PERSONNE1.) a régulièrement relevé appel de ce jugement qui lui a été signifié le 8 juin 2016.

L'appelant conclut, principalement à l'incompétence des juridictions luxembourgeoises pour connaître de la demande de la BANQUE en application des articles 15 et 16 du règlement communautaire n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, sinon pour litispendance et connexité en raison d'une procédure civile pendante en France. Il conclut subsidiairement à voir prononcer une surséance à statuer en attendant l'issue de la procédure civile actuellement pendante en France, ainsi que l'issue de la procédure pénale pendante en France contre la BANQUE.

Il conclut plus subsidiairement à voir déclarer nuls et de nul effet les contrats de prêt et de gage du 13 juillet 2005, sinon à voir déclarer nul et de nul effet la clause inscrite à l'article 9.3. du contrat précité.

Il demande en tout état de cause à être déchargé de toutes les condamnations prononcées à son encontre.

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

Par arrêt du 4 juillet 2018, la Cour a retenu en ce qui concerne sa compétence territoriale que l'action de la BANQUE et du liquidateur étaient à apprécier par rapport au 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) et que les parties avaient admis que l'appelant était à considérer comme consommateur au regard de l'article 17-1 dudit règlement. La Cour a en outre retenu qu'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, de sorte que l'appelant ne pouvait 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 luxembourgeoise contenues dans les contrats de prêt et de gage, dont la validité n'avait pas été remise en cause par l'appelant. La Cour a dès lors rejeté le moyen tiré de l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises basé sur la qualité de consommateur de PERSONNE1.).

En ce qui concerne le moyen relatif à la litispendance et à la connexité, la Cour a constaté qu'il y avait litispendance avec l'action civile introduite en France et a dès lors sursis à statuer en attendant

que l'affaire pendante devant la Cour d'Appel de Grenoble soit définitivement vidée.

L'arrêt de la Cour d'Appel de Grenoble a été rendu le 13 octobre 2020 confirmant le jugement du Tribunal de grande instance de Vienne du 14 décembre 2017 en toutes ses dispositions.

Suite à cet arrêt, PERSONNE1.) fait valoir qu'il maintient les moyens soulevés dans ses précédents écrits, exceptés ceux concernant l'incompétence des juridictions luxembourgeoises et la demande de surséance à statuer par rapport au procès civil pendant en France. Il maintient toutefois sa demande de surséance à statuer en raison de l'affaire pénale qui se trouve en cassation.

Les parties intimées maintiennent leurs arguments déjà développés avant l'arrêt et concluent à la confirmation du jugement. Elles sollicitent en outre une indemnité de procédure de 10.000 euros pour l'instance d'appel sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile

## **Appréciation**

### **1. Compétence des juridictions luxembourgeoises**

Dans ses conclusions notifiées 8 juillet 2021, PERSONNE1.) fait valoir sous le chapitre « Compétence des juridictions luxembourgeoises » que la clause 22 du contrat de prêt est abusive pour le priver en tant que consommateur de la protection qui lui est due tant en ce qui concerne la compétence territoriale que la loi applicable. Il ajoute en ce qui concerne la clause attributive de compétence, qu'il souhaite néanmoins que l'affaire en cours soit jugée par les juridictions luxembourgeoises.

Par arrêt du 4 juillet 2008, la Cour a déjà retenu sa compétence territoriale pour connaître de la demande. Il n'y a dès lors plus lieu d'y revenir, ce point ayant déjà été toisé par la Cour. En ce qui concerne la loi applicable, ce moyen sera analysé ci-après dans le cadre du moyen relatif à la prescription de la demande des parties intimées.

### **2. L'intérêt et la qualité à agir des parties intimées**

Dans son acte d'appel, PERSONNE1.) soulève l'irrecevabilité des demandes des parties intimées pour défaut d'intérêt à agir et de qualité à agir.

#### **2.1 quant à la saisie pénale**

Il soutient en premier lieu que la BANQUE n'est depuis le 18 septembre 2014 plus titulaire du droit qu'elle invoque étant donné que la créance dont elle se prévaut se trouve actuellement entre les mains du juge d'instruction français. Il estime que la BANQUE n'a pas non plus intérêt à agir étant donné qu'une condamnation au remboursement du prêt n'est pas de nature à modifier la situation de

la BANQUE étant donné que la créance a été saisie et qu'elle est totalement inexécutable. Il n'y aurait pas seulement mise en suspens de l'exécution du titre mais encore de la possession du titre, suite à la saisie pénale. La saisie aurait été opérée en septembre 2014 et aurait été signifiée aux parties en septembre 2014, donc bien avant l'assignation du 15 octobre 2015 de sorte que les parties intimées n'avaient ni intérêt ni qualité à agir au jour de l'assignation en justice.

C'est à juste titre que les parties intimées font valoir qu'une ordonnance de saisie pénale, d'ailleurs levée entretemps suite à l'issue de l'affaire pénale au fond, est sans incidence sur la présente procédure.

En effet, une saisie pénale de la créance vise à empêcher toute mesure d'exécution à opérer par le créancier, mais ne saurait priver le créancier de son droit de se voir reconnaître l'existence de cette créance par un juge civil, partant de se voir livrer un titre attestant son droit de créance. Seule l'exécution du titre est mise en suspens par l'ordonnance de saisie en attendant l'issue de l'affaire pénale (cf. Cour 20/01/2016, n°37088 du rôle).

L'existence de la saisie opérée avant la demande en justice lancée par les parties intimées n'a partant aucune incidence sur leur qualité à agir. Le moyen n'est dès lors pas fondé.

## 2.2 quant à la cession de créance

Dans ses conclusions subséquentes, PERSONNE1.) soulève encore le défaut d'intérêt et la qualité à agir des intimées au motif que la créance invoquée par la BANQUE à l'appui de sa demande a fait l'objet d'une cession « au profit d'un fond ».

Il estime qu'il n'y a pas lieu de se fier aux affirmations des intimées et qu'il appartient au liquidateur de justifier de son intérêt et de sa qualité à agir. Affirmant que l'accès au dossier de la liquidation lui a été refusé, l'appelant conclut à voir ordonner, sur base de l'article 288 du Nouveau Code de procédure civile, la production forcée de l'accord du 29 juin 2012 passé entre la SOCIETE3.) et les sociétés SOCIETE1.) Islande (ci-après SOCIETE1.)I) et la BANQUE et d'assortir cette demande d'une astreinte de 1.000 euros par jour à compter de l'arrêt à intervenir, sinon à compter de la signification de l'arrêt, sinon à compter d'un délai de 15 jours après la signification, à chaque fois sans limite.

Il fait valoir que la communication de cette pièce a un intérêt évident dans le cadre du litige entre parties, étant donné que la BANQUE a déclaré, sans aucune réserve qu'à la suite de cet accord : « SOCIETE1.)I received full ownership and control of (i) the majority of SOCIETE1.) Lux's loan portfolio ». Il en déduit que l'ensemble des contrats de prêts conclus par la BANQUE avec les

emprunteurs et les créances y attachées ont été cédés à SOCIETE1.)l.

Les parties intimées contestent que la créance ait été cédée à un fonds et affirment que la BANQUE est toujours *titulaire du prêt* et reste le seul et unique créancier hypothécaire en relation avec le prêt impayé.

Elles s'opposent à la demande en communication forcée de la convention et font valoir que le « report to SOCIETE1.)l's creditors » de 2012 ne constitue ni une preuve, ni un commencement de preuve par écrit par rapport aux allégations. Elles ajoutent qu'il appartient au débiteur cédé de prouver qu'en conformité de l'article 1690 du Code civil, SOCIETE1.)l lui aurait notifié la prétendue cession de créance.

A titre subsidiaire, elles s'opposent à la communication de la convention du 29 juin 2012 pour être confidentielle et soumise au secret bancaire. Elles ajoutent que le 24 octobre 2017, SOCIETE1.)l a adressé un courrier au juge-commissaire pour confirmer qu'aucun prêt « (...) » ne lui a été transféré.

PERSONNE1.) soulevant une défense à l'encontre de la demande en paiement, il lui appartient de démontrer les éléments qui font apparaître sa défense comme justifiée, partant concrètement que les parties intimées ne seraient plus titulaires de la créance invoquée à l'appui de leur action. Il lui appartient de rapporter cette preuve positivement, sans qu'il ne lui suffise de soutenir l'existence d'un doute à cet égard (cf. Cour, 9<sup>e</sup> chambre, 15 juillet 2021, n°CAL-2018-00865 du rôle).

En l'espèce, son moyen est basé sur le document intitulé « report to SOCIETE1.)l's Creditor 2012 », duquel il résulte que «Specifically, SOCIETE1.)l received full ownership and control of (i) the majority of SOCIETE1.) Lux's loan portfolio ».

Cette pièce n'est cependant pas suffisamment précise pour établir que les contrats conclus par l'appelant font partie de la majorité des contrats y énoncés. Elle est en outre contredite par le courrier du 24 octobre 2017, adressé par SOCIETE1.)l au juge-commissaire, selon lequel « we herewith formally confirm to you that no (...) loan has been assigned by the liquidator of SOCIETE1.) (Luxembourg) SA to SOCIETE1.)l ehf and that all such loans are still held by the liquidation ».

Au vu de cette pièce, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande en communication de l'accord du 29 juin 2012.

Dans la mesure où il résulte des contrats de prêt et de gage qu'ils ont été conclus avec la BANQUE, le moyen tiré du défaut de qualité à agir est à rejeter pour être non fondé.

### 2.3 Quant à l'existence d'un titre

PERSONNE1.) fait en outre valoir que les parties intimées disposent déjà d'un titre (sans cependant préciser lequel) de sorte qu'elles ne sauraient être autorisées à en obtenir un second.

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 leur chef en obtention d'un autre titre exécutoire.

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, 1ère civ., 26 avril 2017, n° 16-11959 du rôle; Cass.com, 18 janvier 2017, n° 15-17719).

Le moyen est à rejeter comme non fondé.

### 2.4 Quant aux reproches à l'adresse du liquidateur

PERSONNE1.) allègue ensuite ne pas comprendre que Maître Yvette HAMILIUS soit actuellement le seul liquidateur de la BANQUE. Il « reproche » au liquidateur d'avoir connaissance de l'ensemble des décisions et plus généralement de posséder toutes les informations relatives à la liquidation de la BANQUE et estime qu'il devrait travailler en toute transparence avec comme objectif d'atteindre le but du procès équitable.

En invoquant le principe du contradictoire, sinon du procès équitable, sinon le principe de l'égalité des armes suivant les règles issues de la Convention européenne des droits de l'homme, il estime que son procès n'atteindrait pas cet objectif, notamment parce que le juge commissaire de la liquidation SOCIETE1.), pour les mêmes motifs que ceux invoqués par le liquidateur, n'aurait pas fait droit à sa demande de pouvoir prendre connaissance du dossier de la liquidation. Il n'aurait ainsi pas pu faire de vérifications, notamment quant à la cession de créances au profit d'un tiers.

Ces développements ne sont cependant pas de nature à établir le bien-fondé de ses moyens tirés du défaut de qualité et du défaut d'intérêt à agir des parties intimées qu'il lui appartient de prouver.

Il s'y ajoute qu'au vu des développements ci-avant concernant le courrier du 24 octobre 2017 de SOCIETE1.)I au juge-commissaire, le reproche d'absence de transparence est à rejeter.

### 3. La prescription de la demande des parties intimées

PERSONNE1.) invoque la protection liée à sa qualité de consommateur et estime que la clause 22 du contrat de prêt le prive de la protection assurée par la loi de son pays de résidence et doit par conséquent être déclarée abusive. Il en déduit que les dispositions protectrices de la loi française, loi du pays de sa résidence, et notamment l'article L.137-2 du Code de la consommation deviennent applicables. Il cite en outre un arrêt de la CJCE du 4 juin 2009 (affaire C-243/08) et estime qu'une clause sur le droit applicable préalablement rédigée par un professionnel et n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle pourra être considérée comme abusive si elle place le consommateur dans une situation de déséquilibre significatif, suivant la notion établie à l'article 3 de la Directive 93/13/CEE. Or, en l'espèce, l'article 22 le priverait de la protection assurée par la loi de son pays de résidence, étant donné que la loi du 25 août 1983 sur la protection juridique du consommateur écarte les consommateurs non domiciliés au Luxembourg.

Les parties intimées font valoir que la Cour d'appel dans son arrêt du 4 juillet 2018 a écarté la qualité de consommateur de l'appelant, de sorte qu'il y aurait autorité de chose jugée sur ce point. Elles se réfèrent à une décision récente dans une affaire similaire pour dire que la Cour avait écarté la qualité de consommateur du plaignant sur base de l'article 5.2 de la convention du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles et retenu que l'article L.137-2 du Code de consommation ne s'appliquait pas.

Elles vont valoir que les parties ont expressément choisi dans l'article 21.2 des « General terms and conditions » la loi luxembourgeoise comme étant applicable au contrat de prêt et devant régir leur relation contractuelle. Elles contestent que la clause 22 du contrat de prêt serait à considérer comme clause abusive et renvoient à cet égard à la motivation de l'arrêt « SOCIETE1.)/ V.) » du 31 janvier 2018.

Pour autant que l'appelant puisse être considéré comme consommateur, elles estiment sur base d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris du 9 décembre 2016 que l'article L.137-2 du Code de consommation français ne constitue pas une loi de police au sens de l'article 7§2 de la Convention de Rome et ne saurait s'appliquer au contrat signé et exécuté au Luxembourg.

De prime abord, il y a lieu de rappeler qu'en ce qui concerne la qualité de consommateur de PERSONNE1.), la Cour a dans son arrêt du 4 juillet 2018 retenu dans le cadre de l'appréciation de sa compétence territoriale que « les parties admettent que l'appelant est à considérer comme consommateur au regard de l'article 17-1 du règlement Bruxelles I bis (« en matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré

comme étranger à son activité professionnelle [...] »), de sorte que les parties intimées ne sauraient plus y revenir.

Avant de se prononcer sur le bien-fondé du moyen tiré de la prescription au regard de l'article L.137-2 du Code français de la consommation, il convient de s'interroger sur la loi applicable aux contrats de prêt et de gage conclus le 13 juillet 2005 par PERSONNE1.) avec la BANQUE.

Au vu de la date de la conclusion des contrats, il y a lieu de faire application de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (ci-après la Convention de Rome) en vigueur à cette date.

L'article 3 de la loi du 27 mars 1986, introduisant en droit national la Convention de Rome, 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 litigantes ont prévu à l'article 22 « law and Jurisdiction » et plus particulièrement à l'article 22.1 du contrat de prêt que le contrat ainsi que tous les droits et obligations nés dudit contrat de prêt seront régis et interprétés conformément aux lois du Grand-Duché de Luxembourg . Une disposition similaire figure dans le contrat de gage sous l'article 8.1.

L'article 21.2 du « Account Opening Request & General Terms and Conditions » de la BANQUE signé par l'appelant le 27 juillet 2005 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 parties intimées).

Les parties ont donc expressément choisi la loi luxembourgeoise comme étant applicable au contrat de prêt et au contrat de gage et devant régir leurs relations contractuelles, ce qui n'est d'ailleurs pas remis en cause par PERSONNE1.).

En ce qui concerne la protection liée à la qualité de consommateur, les règles générales de la Convention de Rome connaissent des limites spécifiques à propos d'un contrat conclu dans certaines conditions avec un consommateur. En vertu de l'article 5 paragraphe 1 de la Convention, les règles de conflits de lois 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 ainsi qu'aux contrats destinés au financement d'une telle fourniture.

L'application de l'article 5 de la Convention de Rome n'est dès lors pas limitée aux seuls crédits à la consommation, mais est étendue aux contrats relatifs à des prestations de services et aux contrats destinés aux financements de ces services, conclus par des consommateurs. Il convient d'ajouter qu'en matière de services financiers, la notion de consommateur peut s'appliquer indifféremment à un emprunteur, à un épargnant ou à un investisseur. De même, le montant des transactions effectuées importe peu (Le droit bancaire et financier européen, P.-E.Partsch, n° 1414).

Le contrat de prêt et les services financiers fournis par SOCIETE1.) à PERSONNE1.) entrent dès lors dans le champ d'application de l'article 5 paragraphe 1 de la Convention de Rome.

Aux termes de l'article 5 paragraphe 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. La règle spécifique de l'article 5 paragraphe 2 de la Convention de Rome connaît des limites et ne s'appliquera que 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.

Dans le cas d'un contrat de prestation de services, il faut au surplus, selon l'article 5 paragraphe 4 de la Convention de Rome, que les services ne soient pas fournis au consommateur exclusivement dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle. Cela est souvent le cas pour les services bancaires et financiers. Par contre, l'article 5 paragraphe 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 (Le droit bancaire et financier européen, précité, n° 1403).

Il se dégage des pièces soumises à la Cour que le compte bancaire ouvert dans les livres de la BANQUE au nom de PERSONNE1.) l'a été auprès de la BANQUE, établie au Luxembourg, que les opérations d'investissement ont été réalisées au Luxembourg et que les fonds de l'appelant ont été investis dans une police d'assurance au Luxembourg auprès de la société SOCIETE2.).

Les services dus à PERSONNE1.) ont tous été fournis exclusivement au Luxembourg.

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

En ce qui concerne son moyen relatif à la qualification de loi de police des dispositions du Code de consommation français (il cite à cet égard à côté de l'article L-137-2, notamment les articles L312-1 et suivants, les articles L313-2, l'article L.121.1, L.121-6 et suivants et L.121-18, l'article L.212-1 et suivants, l'article L.313-4 et L-313-5), il y a lieu de relever d'une part que l'application de l'article 7 paragraphe 1 de la Convention de Rome est écartée en vertu de la réserve du Luxembourg conformément à l'article 22 de la Convention (cf. à ce sujet l'article 1<sup>er</sup> alinéa 2 de la loi d'approbation du 27 mars 1986).

D'autre part, en ce qui concerne l'article 7 paragraphe 2 de la Convention de Rome, c'est à juste titre que les parties intimées renvoient à un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 9 décembre 2019. Cet arrêt a retenu que l'article L.137-2 du Code de consommation, destiné à assurer la protection du consommateur, ne peut être considéré comme une loi dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable et de constituer une loi de police au sens de l'article 7 paragraphe 2 de la Convention de Rome.

De même, il y a lieu de citer l'arrêt de la Cour d'appel de Metz du 23 juin 2015 (1<sup>re</sup> ch., n°15/00275) qui a retenu que « la loi de police est définie comme étant une disposition impérative dans le respect jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale et économique au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans le champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement, ce qui ne peut être considéré comme étant le cas des dispositions du code français de la consommation qui, quand bien même elles sont d'ordre public, ne peuvent s'analyser comme constituant une loi de police ».

Il s'ensuit que les diverses dispositions citées par l'appelant du Code français de la consommation ne s'appliquent pas au présent litige, lequel est soumis au droit luxembourgeois.

PERSONNE1.) estime qu'en vertu de sa qualité de consommateur, l'article 22 du contrat de prêt devait être qualifié de clause abusive. Il ajoute à cet égard qu'en vertu de la Directive 93/13/CE, article point b) sont interdites les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux des consommateurs. Il estime que ses droits sont bien protégés par la loi française, de sorte qu'il conclut que le Code français de la consommation devrait s'appliquer. Si l'on accepterait sur base de l'article 22.1 du contrat de prêt, l'application des lois du Luxembourg, il y aurait une différence de traitement, étant donné que la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur ne s'applique qu'aux consommateurs privés domiciliés au Luxembourg.

Selon l'article 3 de la Directive 93/13/CE, une clause « est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». Le critère principal est donc celui de l'existence d'un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations contractuels, dont l'appréciation relève des juges nationaux.

En l'espèce, la clause litigieuse soumet le contrat à la loi luxembourgeoise. Il faut dès lors apprécier si ce choix de loi applicable a créé au détriment du consommateur un déséquilibre significatif.

Il convient en premier lieu d'examiner quelle loi aurait été applicable en l'absence de cette clause.

Aux termes de l'article 4 de la Convention de Rome dans la mesure où la loi applicable au contrat n'a pas été choisie conformément aux dispositions de l'article 3, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits [...] Sous réserve du paragraphe 5, il est présumé que le contrat de prêt présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique, a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle.

Ce qui est caractéristique dans le contrat synallagmatique, ce n'est pas le paiement, mais la prestation pour laquelle le paiement est effectué.

A défaut de choix, la loi applicable est celle du prêteur (Encyclopédie Dalloz, Convention de Rome; Obligations contractuelles, page 7 n° 54).

En l'espèce, tant la BANQUE auprès de laquelle le compte bancaire a été ouvert et qui a fait réaliser les opérations d'investissement que la société SOCIETE2.), auprès de laquelle les fonds de l'appelant ont été investis dans une police d'assurance ont toutes leur siège à Luxembourg. La BANQUE qui a fourni la prestation caractéristique, résidant au Luxembourg, la loi luxembourgeoise est applicable au présent litige.

Dans ces circonstances, la Cour estime que l'article 22 du contrat de prêt n'est qu'une consécration du résultat du conflit de lois et ne constitue pas une clause abusive au sens des dispositions relevant de la protection du consommateur.

Il s'ensuit que le moyen de la prescription tiré de l'article L.137-2 est dès lors à rejeter comme non fondé.

#### **4. La surséance à statuer au regard de l'affaire pénale en cours en France**

PERSONNE1.) estime qu'il y a un risque de contradiction entre la décision civile luxembourgeoise et la décision pénale à intervenir en France, de sorte qu'il y a lieu de suspendre la présente procédure en application du principe que le criminel tient le civil en état. Dans ses conclusions finales du 8 juillet 2021, il ajoute que cette demande est maintenue « pour des raisons évidentes, nonobstant le caractère non suspensif du recours, vu que la décision est prévue entre octobre et décembre 2021 ».

Les parties intimées font valoir que la Cour d'appel de Paris a dans son arrêt rendu le 31 janvier 2020, confirmé la relaxe de la BANQUE et des autres inculpés, prononcée en 1<sup>er</sup> instance, de sorte qu'elles considèrent que la demande d'ordonner un sursis à statuer est devenue sans objet, un éventuel pourvoi en cassation n'étant pas suspensif.

Les intimés concluent 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).

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 PERSONNE1.), ont été déclarées irrecevables, sinon non fondées. Par arrêt du 31 janvier 2020, la Cour d'appel de Paris a confirmé la relaxe et a débouté les demandes des parties civiles, de sorte qu'indépendamment du recours en cassation, 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 une surséance à statuer est dès lors à rejeter.

#### **5. La nullité des contrats de prêt et de gage du 13 juillet 2005 :**

PERSONNE1.) conclut à la nullité des contrats de prêt et de gage « pour contrariété à l'ordre public sinon erreur sur la substance sinon cause illicite ».

Dans des conclusions subséquentes, il sollicite l'annulation du contrat de prêt pour violation par la BANQUE de ses obligations d'information et de mise en garde. Il considère que les mêmes obligations pesaient sur le liquidateur qui a opéré les conversions. Il demande dans ce contexte la nullité du contrat pour augmentation fictive de la créance alléguée en soutenant que les conversions ont eu systématiquement pour conséquence d'augmenter fictivement la créance alléguée par les intimées. Les fautes commises par la Banque devraient être sanctionnées par la nullité du contrat.

Dans ses conclusions « finales » du 8 juillet 2021, il conclut encore à la nullité du contrat pour constituer une publicité et une pratique commerciale trompeuse et déloyale, ainsi qu'à la nullité du contrat pour cause de dol ou d'erreur.

Les parties intimées estiment que l'exception de nullité se heurte à l'article 452 du Code de commerce. Elles font valoir que toute demande visant à décharger le débiteur du remboursement de sa dette à l'encontre de la BANQUE, sur base de quelque moyen que ce soit, est une action patrimoniale prohibée par l'article 452 du Code de commerce.

Elles concluent en outre à la prescription de la demande en nullité des contrats en application de l'article 1304 du Code civil en expliquant que le contrat de prêt a été signé en 2005 et que le défendeur a conclu pour la première fois dans la présente procédure à la nullité du contrat dans son acte d'appel du 12 juillet 2016, soit 11 ans après la signature du contrat de prêt et plus de 5 ans depuis la découverte des vices du consentements tels qu'indiqués dans l'assignation devant le TGI de Vienne du 2 mars 2011.

- L'article 452 du Code de commerce

L'article 452 du Code de commerce dispose « qu'à partir du jugement, toute action mobilière ou immobilière, toute voie d'exécution sur les meubles ou sur les immeubles, ne pourra être suivie, intentée ou exercée que contre les curateurs de la faillite ».

L'action que suspend l'article 452 est l'action qui tend à une « exécution » individuelle durant la faillite. Le créancier n'est pas recevable, durant la faillite, à assigner le failli ni même le curateur, en « paiement ». Il ne peut qu'agir par la voie de la déclaration de créance ou de l'action en admission pour faire reconnaître sa créance (Novelles, tome IV, droit commercial, les concordats et la faillite, no 1417 et références jurisprudentielles citées ; Cass. 13 novembre 1997, Bl./ Banque B.) en liquidation, Pas. 30, p. 265).

La suspension des poursuites individuelles est le corollaire de la procédure obligatoire de vérification des créances. Les curateurs et liquidateurs centralisent pour le compte commun les poursuites qui appartenaient antérieurement aux multiples créanciers. Cette procédure de centralisation est inhérente à une liquidation collective.

Elle vise toutes les actions mobilières et immobilières intéressant la masse de la faillite, donc également les actions en nullité pour autant qu'elles sont susceptibles d'affecter la masse de la faillite ou de la liquidation, ne serait-ce que par la diminution de l'actif (Cour d'appel, 15 janvier 2014, P. 36, p.703).

Le jugement du 12 décembre 2008 ayant prononcé la liquidation de la BANQUE a expressément rendu applicable à la liquidation l'article 452 du Code de commerce.

Dans l'arrêt M.)-A.) / SOCIETE1.) du 3 avril 2014, la Cour d'appel a admis la recevabilité de l'action en nullité des contrats conclus avec la banque, et ce même en l'absence de déclaration de créance. La Cour d'appel a noté que le client de la banque s'est limité à solliciter la nullité des contrats conclus avec la banque, à voir dire qu'aucune obligation de remboursement ne lui incombe et a expressément renoncé à faire valoir une créance à l'égard de la Banque. La Cour a en conséquence retenu que son action ne constituait pas une poursuite individuelle dont la suspension était imposée par l'article 452 du Code de commerce, mais tendait uniquement à faire cesser sa situation de débiteur à l'encontre de la banque.

Tel est le cas en l'espèce. En effet, PERSONNE1.) sollicite la nullité de l'ensemble des contrats souscrits pour vices de consentement, contrariété à l'ordre public, cause illicite et pour violation et stipulation de clauses déterminantes nulles et pour manquement de la BANQUE à ses obligations contractuelles et il demande la décharge de toutes les condamnations prononcées à son encontre par le jugement entrepris, sans formuler la moindre demande en paiement au sens de l'article 452 du Code de commerce.

Les demandes en nullité ne constituent dès lors pas une poursuite individuelle dont la suspension est imposée par l'article 452 du Code de commerce.

- La prescription des demandes en nullité

Il résulte de l'acte d'appel et des conclusions que PERSONNE1.) demande la nullité des contrats pour cause de

- Contrariété à l'ordre public, erreur sur la substance, sinon cause illicite (cf. acte d'appel)
- Manquements par la BANQUE à ses obligations, dont les manquements dans le cadre de la conversion de la dette en francs suisses et puis en euros, les manquements à son obligation d'information, de conseil et de mise en garde (cf. conclusions de l'appelant notifiées le 6 novembre 2017)
- Publicité et pratique commerciale trompeuse et déloyale au sens de l'article L.122-2 du Code luxembourgeois de la consommation (cf. conclusions de l'appelante du 8 juillet 2021)
- Nullité pour dol, sinon erreur (cf. conclusions de l'appelant du 8 juillet 2021)
- Nullité du contrat de prêt en raison du caractère abusif des clauses 1.5 « procédure de Calcul », 6. « Prix », 8 « Intérêts et frais de non-paiement » et 10 « Augmentation du prix » (cf. conclusions de l'appelant du 15 septembre 2021).

Il sollicite en outre la nullité de l'article 9.3 pour cause de constituer une clause potestative.

Il estime sur base de l'article 2224 du Code civil que cette exception est recevable. Il réplique en outre au moyen tiré de la prescription

prévue par l'article 1304 du Code civil soulevé par les parties intimées que même si on admettait que l'exception de nullité ne pouvait pas être invoquée en ce qui concerne les vices de consentement affectés d'une nullité relative, elle pourrait toujours être invoquée en ce qui concerne la clause 9.3 du contrat de prêt dont la nullité relève d'une nullité absolue soumise à la prescription de l'article 2262 du Code civil.

Aux termes de l'article 1304 du Code civil, dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans.

Bien que le texte ne le dise pas expressément, c'est à juste titre que PERSONNE1.) fait valoir que ce texte ne vise que les actions en nullité relative (P. Ancel, Contrats et Obligations conventionnelles en droit luxembourgeois, Ed Larcier, n°433)

La nullité relative concerne les cas où la règle méconnue protégeait un intérêt particulier : la nullité est alors « relative à un contractant », celui qui était protégé par la règle méconnue. Cela concerne notamment les cas suivants : vices de consentements, lésion ou déséquilibre du contrat, défaut de cause d'une obligation.

La nullité absolue concerne en revanche les cas où la règle méconnue intéresse l'ordre public. La nullité absolue concerne la plupart des règles qui ont trait non point aux parties, mais au contrat lui-même, comme par exemple le défaut ou l'illicéité de la cause de l'opération contractuelle (cf. A. Bénabent, Droit civil, les obligations, 9<sup>e</sup> édition, n°149 et suivants).

Au regard des principes énoncés ci-devant, les demandes en nullité pour contrariété à l'ordre public et pour cause illicite constituent des nullités absolues, qui échappent à la prescription quinquennale édictée par l'article 1304 du Code civil.

Cependant, c'est à juste titre que les parties intimées font valoir que l'appelant n'a pas expliqué en quoi il y aurait eu contrariété à l'ordre public respectivement en quoi résiderait la cause illicite du contrat.

Ces demandes non autrement étayées sont à déclarer non fondées, étant donné qu'il n'appartient pas au juge de suppléer la carence des parties au litige et de rechercher lui-même les moyens juridiques qui auraient pu se trouver à la base de leurs conclusions.

En ce qui concerne les manquements aux obligations par la BANQUE, il y a lieu de relever que les prétendues violations d'obligation précontractuelle ou contractuelle d'information ou de mise en garde ne constituent pas des causes de nullité du contrat, mais ne peuvent engager que la responsabilité pré-contractuelle ou contractuelle de la BANQUE et donner, le cas échéant lieu à des dommages et intérêts. Or, l'appelant conclut à la nullité du contrat sans réclamer de dommages et intérêts sur base d'une responsabilité

contractuelle. La demande en nullité pour cause de manquements aux obligations de la BANQUE n'est dès lors pas fondée.

PERSONNE1.) demande ensuite la nullité des contrats au motif que le contrat de prêt constitue une publicité et une pratique commerciale trompeuse et déloyale. Il demande en outre la nullité du contrat en raison du caractère abusif de certaines clauses.

En cas de lésion ou déséquilibre du contrat, il est admis que seul le contractant lésé ou victime d'une clause abusive peut demander la nullité puisque la règle d'ordre public méconnue est instaurée au profit d'une seule partie. Ainsi, seul le consommateur peut invoquer la nullité d'un contrat non conforme aux normes qui le protègent (cf. A. Bénabent, op.cit).

Ce principe est également rappelé en ce qui concerne les pratiques commerciales déloyales à l'article L.122-8 alinéa 1 du Code de la consommation qui prévoit que : « Toute clause ou toute combinaison de clauses d'un contrat, conclue en violation du présent titre, est réputée nulle et non écrite. Cette nullité ne peut toutefois être invoquée que par le consommateur. »

Il faut dès lors retenir que la nullité du contrat invoquée tant sur base des articles L.121 et suivants du Code de la consommation concernant les pratiques commerciales déloyales que sur base d'un déséquilibre du contrat en défaveur du consommateur constitue une nullité relative, soumise à la prescription quinquennale édictée par l'article 1304 du Code civil.

Il en est de même en ce qui concerne la nullité du contrat en raison du dol, respectivement de l'erreur.

L'article 1304 précité 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 du contrat (voir en ce sens Cass. 1<sup>ère</sup> 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.

Saisi dans le cadre d'une demande en nullité de la clause d'intérêts conventionnels eu égard à l'article L.132-1 du Code français de la consommation, la Cour d'appel de Douai (8<sup>e</sup> chambre, 1<sup>ère</sup> section, 23 septembre 2021 – n°19/022340) a retenu que « l'action en nullité de la stipulation d'intérêts se prescrit par cinq ans, en application de l'article 1304 du code civil. En cas d'octroi d'un crédit à un consommateur ou non-professionnel, le point de départ de la prescription de l'action en nullité ou en déchéance du droits aux intérêts conventionnels en raison d'une erreur affectant le taux effectif global ou les mentions de l'offre de prêt ne court qu'à compter du jour où l'emprunteur a connu ou aurait dû connaître cette erreur ; il se situe donc à la date de la convention lorsque l'examen de sa teneur permet

de constater l'erreur, ou à défaut, à la date à laquelle l'emprunteur normalement avisé et prudent a été en mesure de la déceler.

En l'espèce, l'appelant n'a pas indiqué à quel moment il a découvert les circonstances constitutives des nullités qu'il demande à voir constater.

La Cour retient néanmoins qu'au plus tard, le 10 décembre 2009, date du courrier du liquidateur, l'appelant a été informé, extraits de banque et décompte à l'appui, de la dénonciation du prêt, de la réalisation du gage en cas de non-paiement, des conversions monétaires et des dettes finales telles qu'elles lui étaient réclamées, de sorte qu'il y a lieu de fixer la date du point de départ de la prescription à cette date tant en ce qui concerne le moyen relatif à la violation des dispositions du Code de la consommation qu'en ce qui concerne les vices du consentement.

L'appelant fait valoir que le délai de prescription a été interrompu par son action intentée en France.

Il est constant en cause que par acte d'huissier du 2 mars 2011 (PERSONNE1.) a assigné les parties intimées devant le tribunal de grande instance de Vienne en nullité du prêt, de la convention de gage et de l'hypothèque pour cause de dol, violation des dispositions du Code de la consommation, l'absence de mise en garde et pour erreur sur les qualités substantielles. Par jugement du 14 décembre 2017, le TGI a déclaré ces demandes irrecevables. Cette décision a été confirmée par la Cour d'Appel de Grenoble du 13 octobre 2020.

Si aux termes de l'article 2246 du Code civil, la citation en justice, donnée même devant un juge incompétent, interrompt la prescription, les parties intimées invoquent à juste titre l'article 2247 du Code civil, suivant lequel, l'interruption est regardée comme non avenue si la demande est rejetée.

La demande en nullité ayant été déclarée irrecevable par les juridictions françaises, l'interruption du délai de prescription est à considérer comme non avenue en l'espèce.

Il résulte des éléments du dossier que les demandes en nullité des contrats de prêts et de gage ont été formulées pour la première fois dans l'acte d'appel du 12 juillet 2016, soit plus de cinq années après la découverte des faits gisant à leur base.

Il est admis que si la prescription éteint l'action en justice, elle n'éteint pas l'exception corrélatrice. Ainsi la jurisprudence considère-t-elle que les exceptions ne sont pas affectées par la prescription (cf. Jurisclasseur civil article 2219 à 2223, fasc. unique prescription extinctive- dispositions générales n°31).

Cependant, si le contrat a reçu un commencement d'exécution par celui qui invoque la nullité relative, la défense au fond n'existe plus passé le délai de la prescription (Jurispr. Gén., t. 33, V.° Obligations,

n° 2940, qui précise bien que l'exception a la même durée que l'action lorsque l'acte a été exécuté, cité dans Jurisclasseur, op. cit n°34 et ss).

Il est acquis en cause que le contrat de prêt a été exécuté puisque PERSONNE1.) s'est fait remettre une partie des sommes prêtées en liquide et que les montants restants ont été investis dans des produits financiers.

L'appelant n'est par conséquent plus en droit d'invoquer la nullité des contrats par voie d'exception.

Si l'appelant semble demander également à voir dire certaines autres clauses réputées non écrites, il résulte cependant du dispositif de ses conclusions qu'il se contente de demander la nullité du contrat, de sorte que la Cour n'est saisie que de cette demande.

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

- La demande en nullité de l'article 9.3 du contrat de prêt

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. du contrat de prêt est recevable.

Cet article prévoit que « if the Security Coverage Ratio falls 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 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.

Le liquidateur de la BANQUE a par courrier du 10 décembre 2009 et au motif que le ratio de couverture avait chuté à 83,40 %, par application de l'article 9.3. du contrat de prêt, mis en demeure PERSONNE1.) de rembourser la somme de 1.897.871,50 euros. 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 22 février 2011 informé PERSONNE1.) que la dette a été diminuée de 781.687,14 euros et qu'elle se chiffre au montant de 1.409.377,84 euros (pièces 4 et 5 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 le moyen tiré de l'existence d'une clause potestative est à rejeter.

L'appelant soutient en outre que l'article 9.3 du contrat de prêt constitue une clause abusive au regard de l'article 1er de la loi modifiée du 25 août 1983 sur la protection des consommateurs. Selon lui, cet article permet au prêteur de mettre fin au contrat sans notification préalable ni obligation d'informer immédiatement l'emprunteur, ce qui est repris clairement comme clause abusive dans l'annexe de la Directive 93/13/CE. La déchéance du terme du prêt serait susceptible d'être invoquée à raison de l'insuffisance de la valeur des placements, due par définition à la faute de la BANQUE qui aurait procédé aux mauvais investissements. Cette stratégie de prêter à des clients en les obligeant à investir par son seul intermédiaire mettrait en évidence le déséquilibre caractéristique de la clause abusive.

Il convient de préciser que la loi du 8 avril 2011 a porté introduction en droit luxembourgeois d'un Code de la consommation et que la loi modifiée du 25 août 1983 sur la protection des consommateurs a été abrogée par une loi du 2 avril 2014. Les dispositions invoquées par les appelants sont actuellement inscrites à l'article 211-2 du Code de la consommation.

Afin d'interpréter la notion de « clause abusive », il convient de se reporter à l'article 3 de la Directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Cette clause y est définie comme correspondant à une clause contractuelle qui n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qui 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. L'article 4, § 1er de la Directive 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. La Directive 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. Une raison valable pourrait être la détérioration de la situation financière du client au point de compromettre sa capacité à rembourser ses dettes ( P.- E. Partsch : Droit bancaire et financier européen, précité, n° 1390 et s.)

Au vu de ces principes, l'article 9.3. du contrat de prêt ne constitue pas une clause abusive (cf. Cour, 20 janvier 2016, n°37088 du rôle).

- Le moyen tiré de l'article 496 du Code pénal

Dans ses conclusions notifiées le 28 novembre 2017, PERSONNE1.) estime que par leurs actions, les parties intimées ont tendu un piège et que les conditions de l'article 496 du Code pénal seraient réunies. Il estime que si la faute pénale ne devait pas être retenue alors la Cour devra constater la faute morale.

La Cour constate que ce moyen n'est pas repris dans le dispositif des conclusions, de sorte qu'elle n'en tiendra pas compte.

## **6. La demande en paiement**

A titre préliminaire, PERSONNE1.) invoque l'offre transactionnelle du 27 janvier 2012 et se demande comment les parties intimées peuvent réclamer dans le présent dossier un montant reprenant la totalité du prêt litigieux y compris la partie qui n'a jamais été mise à disposition de l'appelant, alors que les parties intimées en termes transactionnels y renoncent systématiquement.

Les parties intimées font valoir que les offres transactionnelles ont été adressées à tous les emprunteurs au courant de l'année 2012. Elles étaient stipulées valables pour la durée de 4 mois. Elles font valoir que les conditions des transactions ne sont plus les mêmes qu'en 2012 et que les négociations d'une transaction présupposent un climat de confiance et ne sauraient être menées au cas où l'emprunteur est mu dans un but de chicanerie et/ou tentative voire poursuit des procédures abusives et vexatoires manifestes. En outre elles ajoutent qu'une transaction ne saurait aboutir qu'en cas de concessions réciproques.

La Cour relève que l'appelant mentionne l'existence d'une offre transactionnelle sans en tirer une quelconque conséquence en droit

sur la demande en paiement des intimées, de sorte que la Cour n'est pas saisie d'un moyen tendant à la réformation du jugement.

PERSONNE1.) conteste le décompte présenté par les parties intimées notamment pour les raisons suivantes :

- aucune pièce intelligible pour des personnes non averties, consommateur de surcroît n'est versée, de sorte qu'un contrôle du décompte est impossible,
- aucune explication sur la date de conversion du 4 février 2011 n'est donnée,
- aucune explication sur la variation des taux de change au vu de la conversion du prêt, et
- absence de mention des dividendes dans le décompte.

PERSONNE1.) relève en outre que les parties intimées n'ont pas établi que les relevés de compte ont été émis régulièrement. Selon lui, il leur appartient de rapporter la preuve de l'envoi régulier des relevés et à supposer que de tels relevés aient été envoyés, il faudrait encore qu'ils soient intelligibles pour le profane.

Au vu de ses contestations, PERSONNE1.) demande qu'une mesure d'instruction soit ordonnée en vue de déterminer si le ratio de gage était ou non respecté à la date de la dénonciation du contrat de prêt, ainsi que le préjudice éventuel y afférent et de vérifier le décompte :

- en vérifiant chaque opération (régularité, opportunité,...) effectuée,
- en tenant compte d'une moyenne des taux de change s'agissant de la conversion du contrat effectuée,
- en gommant la différence de parité.

C'est à juste titre que les parties intimées se prévalent de l'article 16.2 des conditions générales pour conclure à la tardiveté des contestations émises par l'appelant.

L'article 16.2 des conditions générales de la BANQUE, régulièrement signées et acceptées par PERSONNE1.), stipulent en effet que « 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 makes no written objection, the facts recorded therein, barring palpable errors, are considered to be correct. The onus of proof lies on the Client in every case ».

Cette stipulation contractuelle établit une présomption qu'à défaut de contestation endéans le délai de 30 jours, les relevés de compte et autres documents envoyés par la BANQUE à son contractant sont censés être corrects et refléter la réalité. Cette présomption est simple, en ce que la preuve contraire est possible, mais la charge de la preuve repose sur PERSONNE1.).

Par courrier du 10 décembre 2009, Maître Yvette HAMILUS, ès qualités, a informé PERSONNE1.) que le taux de couverture de ses engagements par les sûretés consenties était tombé en dessous du seuil limite de 90%, soit à 83,40%, le sommant de rembourser le solde dû de 1.897.871.50 euros.

Par courrier du 22 février 2011, Maître Yvette HAMILUS, ès qualités, a informé PERSONNE1.) que suite à la réalisation des garanties consenties, le solde à rembourser s'élevait à 1.409.377,84 euros, le mettant en demeure de rembourser cette somme.

Par courrier du 27 janvier 2012, Maître Yvette HAMILUS, ès qualités, a soumis à PERSONNE1.) une offre de règlement transactionnel, accompagnée d'un décompte et d'extraits de compte.

Il résulte en outre des pièces que des extraits bancaires et « Valuation reports » ont été transmis à PERSONNE1.) par courrier recommandé ensemble avec le courrier du 10 juillet 2013, réceptionné le 12 juillet 2013 dans lequel PERSONNE1.) est informé que le montant de 1.611.669,53 euros reste impayé.

PERSONNE1.) ne démontre ni même n'affirme avoir contesté ou protesté contre ces communications endéans le délai contractuel de 30 jours. Ses contestations produites au cours de l'instance d'appel sont tardives pour tenir en échec la présomption découlant de la stipulation contractuelle précitée. Si les extraits de comptes étaient incompréhensibles pour lui, tel qu'il le prétend, il lui aurait également incombé de demander des explications endéans le délai contractuel, ce qui n'a cependant pas été le cas.

La charge de la preuve de l'inexactitude du montant réclamé pèse dès lors sur PERSONNE1.). Or, l'appelant ne fait état d'aucun élément objectif susceptible de mettre en doute l'affirmation de créance résultant des documents émis par la BANQUE. L'appelant n'est pas admis à voir instituer une mesure d'instruction par expertise pour soutenir sa position, dès lors que la mesure d'instruction par expertise ne peut être destinée à pallier aux carences d'une partie dans l'administration de la preuve.

Il résulte de ce qui précède que l'appel de PERSONNE1.) doit être rejeté.

La demande telle qu'introduite en première instance est dès lors fondée et justifiée, de sorte qu'il y a lieu de confirmer le jugement.

### **Les indemnités de procédure**

Les parties intimées sollicitent une indemnité de procédure de 10.000 euros pour l'instance d'appel.

Au vu de l'issue du litige, il est inéquitable de laisser à leur charge l'intégralité des frais non compris dans les dépens de sorte que leur demande est fondée pour le montant de 5.000 euros.

### **PAR CES MOTIFS**

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en application de l'article 2 de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale,

vidant l'arrêt n°88/18 IV-COM du 4 juillet 2018,

dit non fondé l'appel de PERSONNE1.)

**confirme** le jugement n°587/2016 du 4 mai 2016,

condamne PERSONNE1.) à payer à Maître Yvette HAMILIUS, agissant en sa qualité de liquidateur de la société anonyme SOCIETE1.) Luxembourg et à la société anonyme SOCIETE1.) Luxembourg, en liquidation, une indemnité de procédure de 5.000 euros,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance d'appel.