

Audience publique du trois avril deux mille quatorze

Numéro 37192 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Danielle SCHWEITZER, conseiller,
Marie MACKEL, conseiller
Jean ENGELS, avocat général,
Josiane STEMPEL, greffier.

E n t r e :

1) TM.) , demeurant à (...),

2) la société de droit panaméen AG.)

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 4 mars 2011,

comparant par Maître Pierre METZLER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) la société anonyme LB.), représentée par son liquidateur nommé par jugement du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 12 décembre 2008, à savoir Maître HA.) , avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2) Maître HA.) , prise en sa qualité de liquidateur de la société anonyme LB.) Luxembourg S.A., préqualifiée,

intimées aux fins du susdit exploit HOFFMANN,

comparant par Maître HA.) , avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

LA COUR D'APPEL :

Par acte d'huissier de justice du 14 juillet 2009, TM.) et la société de droit panaméen AG.) . (ci-après la société AG.)) ont fait donner assignation à la société anonyme LB.), en liquidation, (ci-après la société LB.)) et à Maître HA.) , en sa qualité de liquidateur de la société LB.) , à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale.

Les demandeurs ont exposé qu'au cours de l'année 2007, des employés de la société LB.) ont proposé à TM.) un produit financier structuré par la société LB.) et dénommé LB.) Liberty Equity Release. Ce produit consistait en l'octroi d'un prêt de 2.235.000,- € à TM.) , dont 600.000,- € devaient servir à rembourser un prêt immobilier existant et à réaliser des travaux sur la propriété de TM.) sise à Saint-Paul-en-Forêt en France. 1.635.000,- € étaient investis sur un compte ouvert auprès de la société LB.) au nom d'un véhicule d'investissement, la société AG.) . Le rendement de ce portefeuille d'instruments financiers à acquérir à l'aide du prêt devait suffire pour rembourser le capital et les intérêts du prêt contracté.

Pour garantir le prêt, une hypothèque sur la résidence française de TM.) et un gage sur les instruments financiers acquis à l'aide du prêt ont été accordés à la banque.

Le compte bancaire ouvert au nom de la société AG.) était géré et débité directement par la société LB.) , investissant 71% en obligations et 29% en cash.

Les demandeurs ont déclaré qu'à partir du mois de mai 2008, la société LB.) a procédé « de manière insidieuse » à une vente progressive d'une grande partie des titres « de bon père de famille » pour acheter en échange des titres obligataires émis par les banques islandaises, investissant ainsi 757.985,66 € dans des titres de banques islandaises, dont 461.090,26 € dans des obligations émises par la société LB.) ISLANDS hf, société-mère de LB.) . Qualifiant ces achats d' « insidieux et intempestifs », les demandeurs ont fait valoir que le produit LB.) Liberty Equity Release a été utilisé de mauvaise foi par le groupe bancaire LB.) pour faire face à ses difficultés financières et essayer de se refinancer.

Les demandeurs ont fait relever que suite à l'insolvabilité de la société-mère islandaise, la société LB.) s'est vu appliquer la procédure de sursis de paiement par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 8 octobre 2008 et fut déclarée en liquidation par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 12 décembre 2008. En raison de l'insolvabilité et de la baisse des notations de toutes les grandes banques islandaises, le portefeuille acquis à l'aide du prêt a perdu une très grande partie de sa valeur. Les liquidateurs de la société LB.) espèrent, sur base de la perte de valeur du portefeuille, rendre le prêt immédiatement exigible et, en cas de non-remboursement, réaliser les sûretés (hypothèque, gage) et s'attendent à ce que TM.) dépose une déclaration de créance avec un espoir bien mince de récupérer quelque denier que ce soit.

Selon les demandeurs, le système mis en place par la société LB.) était conçu de telle façon que les revenus générés par la société AG.) devaient être versés à TM.) afin de lui permettre de rembourser le prêt ; les pertes subies par la société AG.) sont ainsi à assimiler directement à des pertes subies par TM.) .

Les demandeurs ont précisé comme suit les pertes subies par la société AG.) , sinon par TM.) :

968.408,02 € à titre de perte relative aux obligations islandaises,
2.808.419,05 € à titre de perte relative aux opérations sur devises,
517.894,- € à titre de perte relative aux dépôts en espèces,
1.566.460,16 € à titre de perte relative aux revenus futurs des obligations,
472.607,75 € à titre de perte relative aux revenus futurs des dépôts d'espèces,
238.222,88 € à titre de frais de mise en place du produit LB.) Liberty Equity Release,
soit un montant total de 6.571.711,86 €.

Les demandeurs ont soutenu que ce préjudice n'aurait jamais été subi si la société LB.) n'avait pas proposé ledit produit à TM.) et si la société LB.) avait exécuté ses obligations de bonne foi.

Ils ont demandé principalement, de dire qu'aucun contrat de prêt ne s'est formé entre TM.) et la société LB.) et qu'il n'y a aucune obligation de remboursement,
subsidièrement, de dire que le prêt conclu entre TM.) et la société LB.) est nul et de nul effet, sinon voir l'annuler, et voir dire que la société LB.) est indigne d'obtenir la restitution des sommes prêtées, sinon dire que la société LB.) se voit restituer le seul portefeuille de titres acquis à l'aide du prêt et non pas les sommes prêtées,
plus subsidièrement, de dire qu'une compensation légale, sinon conventionnelle, s'est opérée entre la créance de remboursement de la société LB.) et la créance de la société AG.) , sinon de TM.) ,
plus subsidièrement de prononcer la compensation judiciaire.

Les demandeurs ont demandé acte de ce que le préjudice qu'ils ont subi se chiffre à la somme de 6.571.711,86 €, qu'ils évaluent dès lors leur créance à l'égard de la société LB.) audit montant et ils ont demandé de dire qu'ils sont fondés à réclamer par voie de déclaration de créance le solde après compensation.

En tout état de cause, les demandeurs ont encore entendu voir dire que le contrat de gage conclu entre parties le 20 novembre 2007 est irréalisable et qu'il est nul et de nul effet.

Ils ont sollicité la condamnation de la société LB.) au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000,- € et l'exécution provisoire du jugement à intervenir nonobstant toute voie de recours et sans caution.

Les parties défenderesses ont soulevé l'irrecevabilité de l'action, d'abord au motif que TM.) étant un créancier chirographaire à l'égard de la banque, ne peut agir que par voie de déclaration de créance. En ordre subsidiaire, elles ont conclu au débouté de la demande.

Par jugement du 13 janvier 2011, le tribunal a déclaré la demande irrecevable, rejeté la demande formulée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile par TM.) et la société AG.) , et condamné ceux-ci à payer à la société LB.) et au liquidateur de la société une indemnité de procédure de 1.000 €.

Le tribunal a motivé sa décision comme suit :

Il n'est pas contesté que (...) le tribunal d'arrondissement a, de manière expresse, rendu applicables par le (...) jugement [du 12 décembre 2008 ayant prononcé la dissolution et la mise en liquidation de la société LB.)] les articles 452, 453 et 454 du code de commerce à la liquidation de la société LB.) .

Il est admis en doctrine et en jurisprudence que ces articles du code de commerce fondent le principe de la suspension des poursuites individuelles en matière de faillite et qu'il en découle que « les créanciers chirographaires et ceux jouissant d'un privilège général ne sont pas recevables, durant la faillite, à assigner le failli ni même le curateur pour demander leur condamnation, mais ne peuvent agir que par la voie de la déclaration de créance ou de l'action en admission pour faire reconnaître leur créance » (...)

Cette interdiction des poursuites individuelles, en tant que corollaire du principe de l'égalité des créanciers et de l'institution d'une procédure de déclaration (d'ailleurs expressément prévue par l'article 61-5 de la prédite loi du 5 avril 1993) et de vérification de créance, s'applique uniquement aux actions introduites par les créanciers dans le cadre d'une procédure collective, telle que celle ouverte à l'égard de la société LB.) et non pas aux actions menées par les débiteurs de l'entreprise qui fait l'objet d'une telle procédure – aucune procédure spéciale de « contestation de dette » n'étant prévue.

Le tribunal constate cependant que TM.) agit en double qualité : il est d'une part débiteur de la société LB.) aux termes d'un contrat de prêt et d'un contrat de gage, et d'autre part il fait état, ensemble et de façon indistincte avec la société AG.) , d'une créance qu'il détiendrait à l'encontre de la banque en liquidation.

L'action principale tend à faire constater par le tribunal l'inexistence, respectivement le caractère irréalisable, sinon la nullité des contrats de prêt et de gage conclus entre TM.) et la société LB.) , et à faire dire, le cas échéant, que TM.) n'est pas obligé de rembourser les sommes perçues parce que la banque est « indigne ».

Dans la mesure où ces volets de la demande procèdent de la qualité de débiteur de TM.) , ils ne tombent pas, per se, sous le coup de l'interdiction des poursuites individuelles applicable dans le cadre de la liquidation de la société LB.) .

Toutefois, le tribunal constate (...) que ce volet de la demande s'analyse en une action déclaratoire qui a pour seul but de faire déclarer judiciairement l'existence ou l'inexistence d'une situation juridique, la régularité ou l'irrégularité d'un acte.

Or, en vertu du principe fondamental que le contrôle judiciaire doit s'exercer « a posteriori » un plaideur ne peut pas se garantir à l'avance par une décision de justice de la régularité d'un acte ou de la légitimité d'une situation.

(...)

Dans la mesure où les demandeurs, qui ne se voient actuellement confrontés à aucune demande concrète de la part de leur créancier, la société LB.) , ne justifient pas quelle serait l'utilité concrète, déterminée et actuelle de la déclaration d'inexistence, respectivement du caractère irréalisable, sinon de la nullité des contrats de prêt et de gage sollicitée de la part du tribunal, et qu'ils ne démontrent pas en quoi l'exercice de leur droit de défense (au moyen des arguments d'inexistence et de nullité exposés) dans le cadre d'une future demande ou action en paiement formulée par le liquidateur de la société LB.) serait menacé ou paralysé, il y a lieu de dire irrecevable l'action principale tendant à faire constater par le tribunal l'inexistence, respectivement le caractère irréalisable, sinon la nullité des contrats de prêt et de gage litigieux.

A titre subsidiaire, TM.) et la société AG.) demandent à voir constater, sinon ordonner la compensation (légale, conventionnelle ou judiciaire) entre la créance en remboursement du prêt de la société LB.) et leur créance envers cette société du chef du préjudice subi.

Une telle demande en compensation équivaut toutefois à une demande en paiement adressée contre la société LB.) , qui doit être déclarée

irrecevable en application du principe de l'interdiction des poursuites individuelles exposé plus haut.

(...)

Pour être complet, le tribunal retient finalement que prise dans son intégralité et dans sa finalité, la demande formulée par TM.) et la société AG.) ne constitue pas une simple demande formulée par un débiteur dans le cadre d'une procédure à laquelle s'appliquent les articles 452 et suivants du Code de commerce, mais que la demande tend à procurer un avantage aux demandeurs pris en leur qualité de créancier, et qu'à ce titre elle constitue une action patrimoniale exercée par un créancier de la banque en liquidation.

Or, une telle action introduite postérieurement au jugement de liquidation par un créancier chirographaire dont la créance est née avant l'ouverture de la procédure est irrecevable. »

Par acte d'huissier du 4 mars 2011, TM.) et la société AG.) ont régulièrement relevé appel du jugement rendu par le tribunal le 13 janvier 2011 et qui leur avait été signifié le 26 janvier 2011.

Ils demandent de réformer la décision entreprise, de déclarer leurs demandes recevables et de renvoyer les parties en continuation des débats devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, sinon d'évoquer le litige.

Les intimées concluent à l'irrecevabilité, sinon au débouté de la demande.

Par conclusions notifiées le 22 mai 2012, les appelants ont demandé de surseoir à statuer jusqu'à ce que les juridictions pénales françaises rendent un jugement définitif dans le cadre de l'instruction pénale en cours et notamment sur la prévention d'escroquerie et d'abus de confiance.

Par conclusions notifiées le 10 janvier 2013, les appelants ont invoqué l'article 3 du code d'instruction criminelle et réitéré cette demande et sinon, ont demandé de surseoir à statuer jusqu'à ce que les juridictions luxembourgeoises aient rendu un jugement définitif dans le cadre de l'instruction pénale en cours.

Les intimées concluent à l'irrecevabilité de cette demande pour être nouvelle, sinon à son rejet.

En premier lieu, il y a lieu d'examiner la recevabilité de la demande faisant l'objet de l'appel.

Concernant la décision entreprise, les intimées déclarent qu'elles ne partagent pas le point de vue des juges de première instance selon

lequel TM.) agit en qualité de débiteur aux termes des contrats de prêt et de gage et qu'à cet égard le principe de l'interdiction des poursuites individuelles ne s'appliquerait pas. Elles font valoir que la demande en nullité du contrat de prêt et du contrat de gage constitue une action patrimoniale et tombe dans le champ d'application de l'article 452 du code de commerce, que les demandes conduisent à une diminution de l'actif de la société LB.) et sont de ce fait arrêtées par le principe de la suspension des poursuites individuelles.

En ce qui concerne leurs demandes en nullité du contrat de prêt et du contrat de gage, les appelants font valoir que cette action ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 452 du code de commerce. Un débiteur ne devrait pas procéder à une déclaration de créance.

Les intimées font valoir que la nullité et l'exonération de procéder aux restitutions laisse subsister dans le chef des appelants une créance sur les avoirs bancaires déposés auprès de la société LB.) .

Les appelants répondent que la nullité et l'exonération de procéder aux restitutions ne laisserait pas subsister de créances ; que la finalité n'est pas de devenir créancier, mais de ne plus avoir aucun lien avec la société LB.) et de remettre les choses en pristin état ; que les effets d'une nullité sans restitution ne sont pas de rendre un débiteur créancier, mais de remettre les parties dans l'état où elles étaient avant le contrat, sans qu'il n'y ait plus ni débiteur, ni créancier.

Aux termes de l'article 452, alinéa premier du code de commerce : « A partir du même jugement (jugement déclaratif de la faillite), 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'article 452 du code de commerce a été rendu applicable par le jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, du 12 décembre 2008 ayant prononcé la dissolution et la mise en liquidation de la société LB.) .

Le principe posé par l'article 452 du code de commerce signifie que le créancier ne peut plus faire valoir ses droits à l'égard de la masse qu'en mettant en cause le curateur, que la suspension des actions est liée à celle des voies d'exécution, que l'obligation de déclarer les créances est le corollaire de l'interdiction des actions individuelles.

L'action que suspend l'article 452 du code de commerce est l'action qui tend à une exécution individuelle durant la faillite, et en l'espèce durant la liquidation de la société LB.) .

Cela implique que le créancier n'est pas recevable, durant la liquidation, à assigner la société en liquidation, ni le liquidateur en paiement. Il ne peut agir que par la voie de la déclaration de créance. (cf. Les Nouvelles,

Droit commercial, 3^e éd., t. IV, Les concordats et la faillite, A.CLOQUET, nos 1404-1420).

Par les demandes tendant à voir constater l'inexistence, sinon à voir prononcer la nullité du contrat de prêt et du contrat de gage, TM.) et la société AG.) entendent voir dire qu'aucune obligation de remboursement ne leur incombe.

Dans la mesure où la demande ne tend pas à la reconnaissance d'une créance au profit des appelants, mais tend à faire cesser leur situation de débiteurs à l'égard de LB.) , elle ne tombe pas dans le champ d'application de l'article 452 du code de commerce.

Cette demande ne constitue pas une poursuite individuelle dont la suspension est imposée par l'article 452 du code de commerce.

A cet égard, la procédure de la déclaration de créance n'était pas à suivre.

Les appelants font plaider qu'une action en nullité n'est pas une action déclaratoire et subsidiairement, même qualifiée d'action déclaratoire, elle serait recevable.

Les intimées se réfèrent sur ce point à la motivation du jugement entrepris.

Le moyen des appelants selon lequel l'interprétation donnée par les juges de première instance quant à l'admissibilité des premiers chefs de la demande viole les articles 1117 et 1304 du code civil n'est pas à accueillir. En effet, l'article 1117 du code civil précise les causes de nullité du contrat et prescrit le recours à une action en nullité pour les faire valoir ; l'article 1304 du code civil règle la prescription de l'action en nullité. Les deux dispositions légales visées ne portent donc pas sur la procédure à suivre.

Le problème qui se pose concerne les règles de procédure en général.

L'action déclaratoire est celle qui a pour but de faire déclarer judiciairement l'existence ou l'inexistence d'une situation juridique, la régularité ou l'irrégularité d'un acte qui ne font l'objet d'aucune contestation. La pure action déclaratoire, c'est-à-dire celle qui aurait pour finalité de demander une simple consultation aux juges et qui serait totalement détachée de la notion d'intérêt n'est pas admise.

En l'espèce, la demande de TM.) et de la société AG.) tend à faire constater l'inexistence, sinon la nullité du contrat de prêt, donc l'inexistence d'un lien juridique, sinon l'irrégularité d'une convention, ce à un moment où une revendication afférente n'était pas faite.

Pareille action est recevable sans référence à un litige existant s'il y a dans le chef du demandeur un intérêt certain, né et actuel. « L'intérêt à agir peut dans ce cas être valablement constitué par la nécessité sérieuse de lever un doute sur une situation patrimoniale ou extrapatrimoniale déterminante pour le demandeur. »(cf. JCl. Procédure civile, Action en justice, fasc. 126-2, n° 50 s.)

Au moment de l'introduction de la procédure de première instance, une demande en paiement des soldes débiteurs des comptes courants n'avait pas été présentée par le liquidateur de la société LB.) contre les appelants, le contrat de prêt n'était pas dénoncé et le remboursement de l'intégralité du prêt n'avait pas été demandé.

Par un courrier du 3 décembre 2008, la société LB.) a insisté au rétablissement par TM.) du security coverage ratio de 90 % de la valeur de la dette.

Par la suite TM.) a reçu d'autres demandes en paiement. Le 9 juin 2010, TM.) s'est vu adresser de la part d'un avocat français une mise en demeure de payer un arriéré de 125.609,41 € du chef de soldes débiteurs de ses comptes courants sous trois jours ouvrés à compter de la réception de cet envoi recommandé avec avis de réception et s'est vu avertir qu'à défaut de payer ce solde, la société LB.) se verrait en droit d'exiger le remboursement de l'intégralité du prêt en principal et intérêts. Le 23 novembre 2011, la société LB.) , après s'être référée à des courriers des 9 novembre 2010, 1^{er} février 2011, a réclamé à TM.) le paiement de 211.488,40 € afin de régulariser la situation et l'a informé qu'à défaut de paiement, la déchéance du prêt sera acquise, qu'il devra rembourser l'intégralité des sommes prêtées et que les garanties seront mises en jeu. Le 24 juillet 2012, TM.) fut informé de ce que la société LB.) avait exercé les droits qu'elle détenait sur ses avoirs dans les livres de la banque et le paiement du solde lui fut réclamé. Au cours de la présente instance, les intimées ont formulé une demande reconventionnelle en paiement contre TM.) .

Ces revendications sont toutes postérieures à l'assignation du 14 juillet 2009.

Il y a, toutefois, lieu de constater que TM.) , face aux obligations qu'il savait avoir contractées à sa charge par le contrat de prêt, mettait en doute l'existence, sinon la validité du contrat de prêt et du contrat de gage.

Exposé au risque d'une demande en justice en paiement des montants réclamés par la société LB.) et au risque de la réalisation des sûretés, en particulier l'hypothèque grevant sa propriété immobilière en France, TM.) avait un intérêt né et sérieux à mettre fin à cet état d'insécurité juridique sans attendre l'introduction d'une demande en paiement à son égard et par rapport à laquelle il aurait à ce moment-là seulement pu

présenter ses moyens de défense. Son action a une utilité concrète et déterminée.

Le jugement de première instance est donc à réformer en ce qu'il a déclaré que l'action de TM.) et de la société AG.) tendant à voir constater l'inexistence, sinon le caractère irréalisable, sinon la nullité des contrats de prêt et de gage était irrecevable en tant qu'action déclaratoire, ce uniquement dans la mesure où ces demandes tendent à voir constater l'absence d'une créance dans le chef de LB.) .

Pour autant que les demandes susvisées aboutissent à une créance en faveur des appelants, la décision à intervenir quant aux chefs subsidiaires des demandes qui seront examinées ci-après s'applique.

Plus subsidiairement, TM.) et de la société AG.) demandent de voir dire qu'une compensation légale, sinon conventionnelle s'est opérée entre la créance de la société AG.) , sinon de TM.) envers la société LB.) et la créance de restitution de cette dernière envers la société AG.) , sinon TM.) , sinon à voir prononcer la compensation judiciaire entre les créances respectives et qu'ils seront, le cas échéant, fondés à réclamer, par voie de déclaration de créance, le solde créditeur dont la société LB.) serait débitrice envers la société AG.) , sinon envers TM.) après compensation et dans l'assignation ils ont demandé acte de ce qu'ils évaluent le préjudice qu'ils ont subi du fait du produit LB.) Liberty Equity Release à 6.571.711,86 €.

Les appelants font valoir que la demande en compensation est subsidiaire et qu'à ce titre elle ne pouvait faire l'objet d'une déclaration de créance. Ils auraient été dans l'impossibilité d'agir par voie de déclaration de créance étant donné qu'ils agissaient principalement en nullité des contrats avec absence de restitution dans le chef de LB.) .

La demande en compensation serait recevable même après la mise en liquidation de LB.) .

Les intimées répondent que la demande en compensation constitue une demande patrimoniale soumise au principe de l'interdiction des poursuites individuelles, et à ce titre irrecevable, et qu'elle est une demande en paiement à faire valoir par le biais d'une déclaration de créance. Elles se réfèrent à la motivation du jugement de première instance et font valoir que toutes les actions patrimoniales introduites postérieurement au jugement de liquidation sont irrecevables, qu'en égard à l'irrecevabilité de leur action, les appelants n'avaient pas d'autre possibilité que de se soumettre aux dispositions de la procédure de déclaration et de vérification des créances telles qu'instaurées par le jugement de liquidation du 12 décembre 2008, et qu'à présent ils sont forclos d'en déposer une, que leur demande est donc à rejeter.

Ce serait encore à bon droit que les juges de première instance ont dit que la demande visant la compensation était une demande en paiement à faire valoir par une déclaration de créance.

Le créancier chirographaire ne pourrait plus agir individuellement pour se procurer un titre exécutoire et il ne pourrait plus faire usage du titre qu'il aurait acquis.

Les appelants demandent à être admis à réclamer le solde en leur faveur par voie de déclaration de créance. Leurs développements aux termes desquels la suspension des actions vise les voies d'exécution, qu'il est admis que le créancier pourra se procurer un titre et même faire reconnaître pendant la faillite ses droits pleins, c'est-à-dire sans réduction découlant de la loi des faillites, mais que le jugement rendu dans ces conditions ne serait pas opposable à la masse, ne sont dès lors pas pertinents.

Il est rappelé que le créancier n'est pas recevable, durant la liquidation, à assigner la société en liquidation, ni le liquidateur en paiement, qu'il ne peut agir que par la voie de la déclaration de créance.

Aux fins d'obtenir la compensation, les appelants invoquent l'exécution fautive du contrat de prêt et dans les conclusions d'appel ils évaluent leur perte due à la faute de LB.) à la somme de 1.566.460,16 €.

Or, aux fins de faire valoir leur revendication, les appelants auraient dû présenter une déclaration de créance avant le 14 mai 2010, délai fixé par le jugement du tribunal du 24 février 2010 et, en cas de contestation de cette créance, après renvoi par le juge-commissaire au tribunal des contestations relatives à la créance non admise au passif, faire valoir leurs moyens et leur position, y compris la question de la subsidiarité de cette demande par rapport à la demande tendant à voir constater l'inexistence, sinon la nullité du contrat de prêt.

A défaut de présentation d'une déclaration de créance dans le délai qui avait été fixé par le jugement de mise en liquidation de la société LB.) , puis prorogé, et sans devoir examiner autrement les moyens des appelants, le jugement de première instance est à confirmer en ce qu'il a déclaré la demande irrecevable quant au chef portant sur le préjudice invoqué par TM.) et la société AG.) et la compensation de créances.

Après une révocation de l'ordonnance de clôture et la réouverture des débats prononcée par ordonnance du conseiller de la mise en état du 28 septembre 2012, les intimées ont, par conclusions notifiées le 19 novembre 2012, présenté une demande reconventionnelle tendant à obtenir la condamnation des appelants solidairement, sinon in solidum, à payer à la société LB.) en liquidation la somme de 2.193.420,67 € avec les intérêts conventionnels à partir du 16 novembre 2012 jusqu'à solde.

Les appelants concluent au rejet de cette demande au motif qu'ils ont accepté, sous toutes réserves, une réouverture des débats pour l'introduction d'un appel incident et non pour l'introduction d'une demande reconventionnelle totalement nouvelle en degré d'appel qu'ils critiquent de demande irrecevable pour être nouvelle en instance d'appel, subsidiairement pour ne pas présenter un lien de rattachement suffisant avec l'appel principal, limité à la recevabilité de la demande et ne permettant aucune compensation entre les demandes, plus subsidiairement pour être obscure quant aux personnes coobligées à la prétendue dette et aux montants demandés.

Les intimées concluent à la recevabilité de leur demande, faisant valoir qu'une demande reconventionnelle est recevable en instance d'appel si elle a un lien étroit ou un lien simplement suffisant avec la demande principale.

La notion de lien suffisant se réfère à l'article 53 du nouveau code de procédure civile qui dispose que : « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois, l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant. »

Aux termes de l'article 592, alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile : « Il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de compensation, ou que la demande nouvelle soit la défense à l'action principale. Pourront aussi les parties demander des intérêts, arrérages, loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première instance, et les dommages et intérêts pour le préjudice souffert depuis ledit jugement. »»

La loi du 11 août 1996 ayant introduit les principes directeurs du procès, parmi lesquels figure l'article 53 du nouveau code de procédure civile, n'a pas abrogé l'article 592 du nouveau code de procédure civile.

Cet article est une disposition spécifique pour l'instance d'appel. Elle pose d'abord le principe de l'interdiction des demandes nouvelles en appel. Ce n'est que par exception qu'une demande reconventionnelle nouvelle est admise.

La disposition spéciale, relative à l'instance d'appel, prime la règle générale inscrite à l'article 53 du nouveau code de procédure civile.

Les exceptions au principe de l'interdiction d'une demande reconventionnelle nouvelle en instance d'appel sont à interpréter restrictivement.

A défaut de condamnation au paiement à intervenir dans le cadre de la demande principale, la demande reconventionnelle ne tend pas à la compensation.

Portant sur une revendication propre, elle ne sert pas non plus de défense à la demande principale.

La demande reconventionnelle est donc à déclarer irrecevable.

Dans l'acte d'appel, TM.) et la société AG.) ont demandé de dire les demandes recevables, de renvoyer les parties en prosécution de cause devant le tribunal, sinon d'évoquer. Dans un corps de conclusions notifié le 23 janvier 2012, ils demandent à nouveau de déclarer la demande en nullité recevable et de renvoyer la présente action devant les juges de première instance en prosécution de cause.

Les intimées ne s'opposent pas à la demande de renvoi en première instance.

L'affaire est renvoyée en continuation devant le tribunal pour examen du surplus de la demande et de l'incidence des affaires pénales sur les demandes au civil.

Eu égard à la décision à intervenir, l'examen du surplus des développements s'avère superfétatoire.

Les appelants critiquent le jugement entrepris en ce qu'il les a condamnés au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 € et chacun d'eux conclut à l'octroi d'une indemnité de procédure de 5.000 €.

Eu égard à la décision à intervenir, le jugement entrepris est à réformer en ce qu'il a alloué une indemnité de procédure aux défenderesses, l'iniquité laissant d'être établie. Pour le même motif, la demande de TM.) et de la société AG.) présentée en instance d'appel sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile est à rejeter.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état, le représentant du Ministère Public entendu en ses conclusions,

reçoit l'appel,

le dit partiellement fondé,

réformant :

dit que l'action de TM.) et de la société de droit panaméen AG.) . tendant à voir constater l'inexistence, sinon le caractère irréalizable, sinon la nullité des contrats de prêt et de gage est recevable en tant qu'action déclaratoire, ce uniquement dans la mesure où ces demandes tendent à voir constater l'absence d'une créance dans le chef de la société anonyme LB.) ,

dit la demande de la société anonyme LB.) et de Maître HA.) en sa qualité de liquidateur de la société anonyme LB.) LUXEMBOURG en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance non fondée à ce stade de la procédure,

décharge, pour autant que de besoin, TM.) et la société de droit panaméen AG.) . de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure prononcée à leur charge par le jugement du 13 janvier 2011,

déclare la demande reconventionnelle de la société anonyme LB.) et de Maître HA.) en sa qualité de liquidateur de la société anonyme LB.) irrecevable,

renvoie l'affaire en continuation devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, autrement composé,

dit la demande de TM.) et de la société de droit panaméen AG.) . présentée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile en instance d'appel non fondée,

en déboute,

met les frais de première instance échus au stade actuel de la procédure et les frais de l'instance d'appel pour moitié à TM.) et à la société de droit panaméen AG.) . et pour moitié à la société anonyme LB.) et à Maître HA.) en sa qualité de liquidateur de la société anonyme LB.) , et en ordonne la distraction au profit de Maître Pierre METZLER et de Maître HA.) , avocats constitués qui la demandent, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Josiane STEMPEL.