

Texte pseudonymisé

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

Jugement civil no. 2023TALCH17/00168 (XVIIe chambre)

Audience publique du mercredi, vingt-huit juin deux mille vingt-trois.

Numéro 167896 du rôle

Composition:

Carole ERR, vice-président,
Julie MICHAELIS, premier juge,
Françoise FALTZ, juge,
Angela DE OLIVIERA MARTINS, greffier.

E n t r e

la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA, établie et ayant son siège social à P-ADRESSE1.), immatriculée au Registre de commerce de Lisbonne sous le n° NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, ayant été établie par sa succursale au Grand-Duché de Luxembourg, ayant eu son siège à L-ADRESSE2.) et ayant été immatriculée au Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B NUMERO2.),

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Nadine TAPELLA d'Esch-sur-Alzette du 10 février 2015,

partie défenderesse sur reconvention,

comparaissant par Maître Anne-Laure JABIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

- 1) la société civile immobilière SOCIETE2.) SCI, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), représentée par son gérant actuellement en fonctions,

immatriculée au Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° E NUMERO3.),

2) PERSONNE1.) (commerçant), demeurant à L-ADRESSE4.),

3) la société anonyme SOCIETE3.) SA, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE5.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée au Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B NUMERO4.),

parties défenderesses aux fins du prêt exploit TAPELLA,

parties demanderesses par reconvention,

comparaissant par la société à responsabilité limitée KRIEPS - PUCURICA Avocat SARL, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE6.), immatriculée au Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO5.), inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Admir PUCURICA, avocat, demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l

Vu l'ordonnance de clôture du 28 mars 2023.

Entendu le rapport fait conformément à l'article 226 du Nouveau Code de procédure civile.

Entendu la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA par l'organe de Maître Anne-Laure JABIN, avocat constitué.

Entendu la société civile immobilière SOCIETE2.) SCI, PERSONNE1.) et la société anonyme SOCIETE3.) SA par l'organe de Maître Alexandre GRIGNON, avocat, en remplacement de Maître Admir PUCURICA, avocat représentant la société à responsabilité limitée KRIEPS - PUCURICA Avocat SARL, société constituée.

L'affaire a été prise en délibéré à l'audience du 17 mai 2023.

Exposé du litige :

Par **exploit** d'huissier de justice du **10 février 2015**, la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA (ci-après la société SOCIETE1.) a fait donner assignation à la société civile immobilière SOCIETE2.) SCI, à PERSONNE1.) et à la société anonyme SOCIETE3.) SA (ci-après la société SOCIETE3.)) pour, sous le bénéfice de l'exécution provisoire et sur base notamment des articles 8, 9 et 11 de l'acte notarié du 31 décembre 2007, de l'article 8 des conditions particulières de crédit, ainsi que d'un acte de cautionnement et d'une cession sur rémunérations :

- dire la dénonciation du crédit hypothécaire faite le 4 novembre 2013 régulière et valable,
- condamner solidairement, sinon *in solidum* la société SOCIETE2.), pris en sa qualité de débiteur principal, le gérant unique de cette dernière PERSONNE1.), en sa qualité de caution solidaire et indivisible, et la société SOCIETE3.), en sa qualité de débiteur pur et simple (au motif qu'en tant qu'employeur d'PERSONNE1.), elle n'a pas effectué de retenues sur salaire), au paiement du montant de 607.619,64 EUR (valeur au 5 février 2015) à titre du solde restant dû dudit crédit, avec les intérêts conventionnels « SOCIETE4.) 6 mois » augmenté de 1,25% (soit à la date du 5 février 2015 le taux de 1,327%) majoré de 2% par an à titre d'intérêts de retard, sinon avec les intérêts au taux légal, à partir de la demande en justice et jusqu'à solde, et ordonner la capitalisation desdits intérêts,
- les condamner solidairement, sinon *in solidum* au paiement d'une indemnité de 3.500 EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et aux dépens de l'instance.

Par **jugement** prononcé le **28 juin 2016**, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, huitième chambre, a dit qu'il n'y a pas lieu de surseoir à statuer et que les demandes tendant à la communication d'une plainte pénale et au rejet des débats d'un avenant du 1^{er} juin 2011 sont devenues sans objet.

Par **jugement** prononcé le **11 décembre 2018**, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, huitième chambre, a dit que l'article 9, sub 3. de l'acte notarié intitulé « ouverture de crédit » passé le 31 décembre 2007 par-devant Maître Jean-Paul HENCKS, notaire de résidence à Luxembourg, revêt le caractère d'une condition purement potestative et a invité les parties à prendre position quant aux conséquences juridiques du caractère purement potestatif de cette clause sur la validité du contrat d'ouverture de crédit conclu entre la société SOCIETE1.) et la société SOCIETE2.).

Suivant le dernier état de ses conclusions, **la société SOCIETE1.)** demande au tribunal de constater que les parties assignées sont d'accord à lui restituer le montant du prêt hypothécaire, de dire que cette restitution doit s'accompagner des intérêts conventionnels, sinon des intérêts au taux légal, de dire que le cautionnement n'est pas atteint par une éventuelle nullité et que la dénonciation du 4 novembre 2013 est régulière et fondée, partant de condamner solidairement la société SOCIETE2.) et PERSONNE1.) à lui payer la somme de 322.541,69 EUR, valeur au 13 décembre 2022.

La demanderesse fait valoir que l'acte notarié d'ouverture de crédit n'est pas nul et que la clause litigieuse qualifiée de potentiellement potestative par le tribunal, ce

qu'elle conteste, dégénère uniquement en acte sous seing privé par application de l'article 1318 du Code civil.

Ainsi, elle expose en substance que conformément aux conditions générales de la banque, les « conditions particulières de crédit » constituent le principal, que l'acte intitulé « ouverture de crédit » n'est qu'un acte accessoire du contrat de prêt (qui est matérialisé par les conditions particulières de crédit) pour lequel la forme notariée était requise afin de procéder à l'inscription de l'hypothèque et que le « cautionnement » ne constitue également qu'un accessoire, pour en conclure que l'engagement du crédit n'est pas remis en cause. Elle souligne que l'acte notarié est seulement relatif à l'hypothèque. Elle soutient que par application des articles 1318 et 1319 du Code civil, ainsi que de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat, l'acte notarié d'ouverture de crédit ne peut pas être annulé et que la clause litigieuse vaut comme écriture privée. Elle affirme que l'article 9.3 du contrat notarié hypothécaire est une clause de style imposée par tous les notaires qui lui cause préjudice et qu'il ne s'agit pas d'une déclaration d'une des parties. Elle soutient encore que la clause litigieuse vise seulement les hypothèses dans lesquelles la banque peut prématurément mettre fin au contrat de prêt mais qu'elle est sans relevance pour la formation du contrat de prêt, que le litige ne concerne pas la validité d'un acte notarié mais la mise en œuvre d'une clause de dénonciation dudit acte notarié.

Elle soutient que l'application de la clause litigieuse était justifiée au motif que la société SOCIETE2.) a violé ses obligations contractuelles. Elle souligne que malgré la dénonciation du prêt intervenue, la société SOCIETE2.) n'a pas remboursé l'intégralité du prêt.

Elle soutient encore que la dénonciation était fondée sur le problème de l'absence de locataire, respectivement de paiement des mensualités, ce qui équivaut à une violation des obligations contractuelles et n'a rien à voir avec l'article 9.3 de l'acte notarié. Elle soutient encore que la société SOCIETE2.) lui avait fourni des renseignements inexacts sur la valeur réelle du bien immobilier.

Elle conclut à l'application du taux d'intérêt conventionnel au motif que son paiement est fixé par les conditions particulières de crédit qui sont à qualifier de convention de prêt et qui ne sont pas affectées par la clause litigieuse. Elle fait encore valoir que la société SOCIETE2.) acquiesce à l'application du taux conventionnel au motif que depuis la signature des conditions particulières, elle paie ses mensualités avec le taux d'intérêt conventionnel et qu'elle n'a jamais contesté le moindre extrait de compte.

Elle précise avoir fait rayer sa succursale du Registre de commerce et des sociétés de Luxembourg le 11 mai 2020.

A ce stade de la procédure, la **société SOCIETE2.)**, **PERSONNE1.)** et la **société SOCIETE3.)** demandent au tribunal de prononcer la nullité du contrat de crédit du 31 décembre 2007, des conditions particulières de crédit, de l'acte de cautionnement et de la cession sur rémunération du 31 décembre 2007 sur base des articles 1170 et 1174 du Code civil.

Les parties défenderesses demandent partant au tribunal d'ordonner les restitutions réciproques et la compensation entre le montant de 935.000 EUR et le montant évalué sous toutes réserves au 1^{er} mars 2022 à 823.615,20 EUR correspondant à ce qui a été payé à cette date par la société SOCIETE2.).

Elles concluent à la nullité des intérêts conventionnels stipulés dans les conditions particulières et demandent au tribunal de dire que les intérêts conventionnels évalués au 1^{er} mars 2022 à 172.126,68 doivent également faire l'objet d'une restitution.

Elles estiment que tout au plus le taux d'intérêt légal sur le montant principal peut être réclamé à partir de l'assignation en justice.

En ordre subsidiaire, elles demandent au tribunal de dire que les intérêts conventionnels ne sont plus applicables à partir de la dénonciation du prêt intervenue le 4 novembre 2013.

Pour autant que de besoin, elles demandent la nomination d'un expert pour se prononcer sur les montants remboursés à ce jour en capital et en intérêts, ainsi que de calculer les intérêts légaux dus.

Les parties SOCIETE2.), PERSONNE1.) et SOCIETE3.) font valoir que le contrat notarié intitulé « ouverture de crédit » du 31 décembre 2007 est à qualifier de contrat principal conformément à ce qui résulte des écritures en justice précédentes de la banque, que le contrat de crédit hypothécaire est un contrat unique dont la sûreté réelle consentie est indissociable de l'octroi de fonds par la banque et qu'aucune division n'est possible.

Elles soutiennent que la nullité découlant de l'article 1174 du Code civil est une nullité absolue, que cette nullité entraîne la déchéance du droit aux intérêts conventionnels et donne lieu à des restitutions réciproques. Elles font valoir que la qualification de clause potestative a été retenue par jugement de sorte qu'il n'y a pas lieu d'y revenir et que le juge est tenu de constater la nullité du contrat sans pouvoir sanctionner le débiteur en ordonnant seulement la suppression de la condition au motif que ce n'est pas son comportement qui est en cause mais la sincérité de son engagement. Elles estiment que la nullité du contrat principal « ouverture de crédit » entraîne nécessairement la nullité des actes accessoires au contrat principal. Elles soutiennent que les contrats accessoires sont indivisibles et concomitants au contrat principal et n'ont aucune raison d'être sans ce dernier.

Les parties défenderesses font valoir que la procédure de l'inscription en faux dont question à l'article 1319 du Code civil sanctionne uniquement l'authenticité des mentions accomplies par le notaire lui-même et que cette hypothèse n'est pas concernée par le présent cas d'espèce. Elles contestent que la loi sur le notariat soit applicable.

Les parties défenderesses soutiennent encore que le prêt a été dénoncé sur base de l'article 9.3 du contrat de prêt.

Elles contestent avoir sollicité un crédit pour un bien immobilier ayant une valeur réelle inférieure.

Pour autant que le contrat de prêt ne devait pas être nul pour avoir été conclu sous condition potestative, les parties défenderesses font valoir qu'il est nul au motif qu'il a été résilié de manière fautive par la banque lors de sa dénonciation abusive du 4 novembre 2013.

Elles contestent que des intérêts conventionnels puissent être réclamés par la banque au motif que la nullité du contrat emporte son anéantissement rétroactif.

Elles contestent également les décomptes fournis par la banque et soulignent l'existence de contradictions dans ses conclusions au sujet du montant qui lui serait encore dû.

Motifs de la décision :

Le prêt est un contrat réel, c'est-à-dire un contrat qui se forme par la remise de la chose. La cause de l'obligation de l'emprunteur réside dans la mise à sa disposition des fonds nécessaires à l'acquisition qu'il avait effectuée. Le prêt à intérêt fait naître à l'encontre de l'emprunteur l'obligation de restituer la chose prêtée et de payer les intérêts (François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil – Les obligations, Dalloz, Paris, 1999, p. 140, p. 323 & s.).

L'acte notarié intitulé « ouverture de crédit » conclu le 31 décembre 2007 entre la société SOCIETE1.) et d'une part la société SOCIETE2.), en qualité de débiteur principal et de « partie créditée », et d'autre part PERSONNE1.), en qualité de caution solidaire et indivisible, stipule : « La banque consent par les présentes à la partie créditée, qui accepte, une ouverture de crédit en compte courant pour avances sous n'importe quelles formes faites ou à faire, à concurrence d'une somme en principal de (...) 935.000,00 € (...) » (article 1 de l'acte notarié).

Il résulte de l'intitulé et de la stipulation même de cet acte authentique du 31 décembre 2007 que la société SOCIETE1.) s'est engagée « par » ce même contrat à prêter la somme de 935.000 EUR à la société SOCIETE2.)S.

L'obligation est un lien de droit entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles, le créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, une prestation (ou une abstention). Ainsi, une personne ayant emprunté une somme d'argent devient débitrice du prêteur envers lequel elle s'est engagée à restituer la somme et qui occupe, à son égard, la position du créancier (Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, p. 1).

L'obligation principale d'un contrat de crédit à intérêt est la remise par le prêteur de la somme prêtée à l'emprunteur, à charge pour ce dernier de la restituer, le cas échéant augmentée des intérêts, dans le terme contractuellement convenu, soit en l'occurrence jusqu'au 31 décembre 2022 (jugement du 11 décembre 2018, p. 7).

Cette obligation principale de l'emprunteur résulte de l'acte notarié.

L'acte notarié stipule encore : « ARTICLE TROIS : Pour garantir à la banque la stricte exécution des présentes et le remboursement total de ce qui est ou sera dû (...), la

partie créditée et/ou la caution déclare par les présentes, en s'engageant solidairement et indivisiblement, affecter et hypothéquer spécialement au profit de la banque, qui accepte (...) Dans un immeuble en copropriété en construction sis à ADRESSE7.) (...) En propriété privative et exclusive (...) En copropriété et indivision forcée (...) Sur le(s)quel(s) immeuble(s) la banque est autorisée à prendre toutes inscriptions aux frais de la partie créditée (...) ARTICLE 4 : (...) la banque et la partie créditée déclarent que les conditions d'intérêts, de commission et de frais de banque sont fixées entre parties par accord sous seing privé (...) ARTICLE SEIZE : L'ensemble des obligations découlant de la présente pour la partie créditée et la ou les caution(s) ont un caractère solidaire entre elles, et un caractère indivisible entre les héritiers de chacune d'elles prise séparément (...) ARTICLE DIX-HUIT : L'ouverture de crédit est encore régie par les conditions générales de la banque que la partie créditée et la caution déclarent connaître et approuver sans restriction (...) ».

L'« ouverture de crédit » prévoit donc également des garanties de paiement tout en renvoyant à des actes sous seing privé pour le règlement de détails.

Ainsi, les intérêts pour lesquels l'acte authentique d'ouverture de crédit renvoie à un acte sous seing privé sont constitutifs d'un accessoire à l'obligation principale.

L'hypothèque consentie, l'engagement de la caution et la solidarité stipulée sont des sûretés destinées à garantir l'exécution de l'obligation principale.

Les conditions générales des contrats se définissent comme des clauses abstraites, applicables à l'ensemble des contrats individuels ultérieurement conclus, rédigées par avance et imposées par un contractant à son partenaire (Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, p. 190).

Les conditions générales auxquelles l'acte intitulé « ouverture de crédit » renvoie contiennent des obligations accessoires à l'obligation principale découlant du prêt. Ces obligations accessoires sont contenues dans le document intitulé « conditions générales de banque ».

L'acte sous seing privé intitulé « conditions particulières de crédit » daté également du 31 décembre 2007 contient, conformément à son intitulé, les conditions régissant le crédit octroyé par l'acte intitulé « ouverture de crédit », dont notamment la durée du remboursement, les mensualités de remboursement et le taux d'intérêt applicable aux mensualités. Elles règlent le détail de l'obligation principale de prêter et de rembourser.

Par l'acte sous seing privé intitulé « acte de cautionnement » daté du 31 décembre 2007, PERSONNE1.) s'est engagé en qualité de caution afin de garantir le remboursement de la somme due par la société SOCIETE2.)'S à la société SOCIETE1.), respectivement l'exécution de l'obligation principale par le débiteur principal.

L'acte sous seing privé intitulé « cession de rémunérations » signé le 31 décembre 2007 par PERSONNE1.) est également destiné à garantir l'exécution de l'obligation principale de remboursement contractée par la société SOCIETE2.).

Si la société SOCIETE1.) soutient à ce stade de la procédure que l'acte notarié ne constitue pas le contrat de crédit principal et n'est qu'un accessoire portant sur l'hypothèque, elle ne verse aucune convention sous seing privé par laquelle elle aurait consenti un prêt ou de preuve relative à la remise des fonds sur base d'un document antérieur au contrat solennel. Par ailleurs, elle soutient dans son acte introductif d'instance que : « Par acte notarié du 31 décembre 2007 (...) la Banque a consenti une ouverture de crédit à la société SOCIETE2.) SCI, représentée par son gérant unique Monsieur PERSONNE1.), pour un montant en principal de 935.000 EUR aux fins de l'achat d'un local commercial dans une ENSEIGNE1.), sise à ADRESSE8.) (...) Les conditions particulières de crédit liées à ce contrat, conclues le 31 décembre 2007, indiquaient que la durée du prêt était fixée pour la période du 31 décembre 2007 au 31 décembre 2022, que les intérêts débiteurs au taux conventionnel SOCIETE4.) 6 mois, augmenté de 1,25% soit de 5,60 % (à l'époque en vigueur) seraient d'application, qu'une commission bancaire de 1.500 EUR serait à payer. Les mensualités étaient alors fixées à un montant de 7.689,44 EUR, la première étant à payer pour le 31 janvier 2008 (...) » (assignation du 10 février 2015, p. 2).

Conformément à l'intitulé de ces documents, le prêt a été accordé par l'acte authentique « ouverture de crédit » du 31 décembre 2007 et les conditions de son remboursement sont notamment réglées par l'acte sous seing privé « conditions particulières de crédit » du 31 décembre 2007.

Le prêt naît de la remise de la chose (Philippe Malaurie, Laurent Aynès & Pierre-Yves Gautier, Les Contrats spéciaux civils et commerciaux, Cujas, Paris, 1999, p. 547).

Il résulte de ce qui précède que la banque s'est engagée à prêter la somme 935.000 EUR par l'acte intitulé « ouverture de crédit », qui contient donc l'obligation principale du contrat de prêt et sur base duquel les fonds ont été remis.

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 4 novembre 2013, la société SOCIETE1.) a dénoncé le contrat de prêt hypothécaire du 31 décembre 2007 avec effet immédiat en faisant explicitement référence à « l'article 9.3 de l'ouverture de crédit hypothécaire passé pardevant Maître Jean-Paul HENCKS, notaire de résidence à Luxembourg, en date du 31 décembre 2007 ».

Cet article stipule notamment : « Dans les cas suivants, la banque pourra faire cesser le crédit de plein droit et exiger le remboursement immédiat des sommes dues sans autre sommation ni avertissement préalables quelle que soit la durée du crédit : (...) 3. en cas de diminution, dont l'appréciation appartient à la seule banque, de la valeur des garanties généralement quelconques fournies à la banque, notamment celle des immeubles hypothéqués (...) ».

Dans son exploit introductif d'instance, la société SOCIETE1.) soutient : « La Banque a fondé cette dénonciation du crédit sur base de l'article 9.3 de l'acte notarié portant ouverture du crédit hypothécaire du 31 décembre 2007 retenant que (...) » (assignation du 10 février 2015, p. 3).

Dès lors, contrairement à ce qu'avance la banque à ce stade de la procédure, la dénonciation du contrat de crédit a été faite par application de l'article 9, sub 3. de l'acte authentique intitulé « ouverture de crédit » et la banque s'est basée sur cette

stipulation pour exiger le remboursement immédiat et avant le terme contractuellement prévu du crédit.

La banque conteste que cette stipulation contractuelle contienne une condition potestative.

L'article 1351 du Code civil pose le principe de l'autorité de la chose jugée en ces termes : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même; que la demande soit fondée sur la même cause; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. »

Il est nécessaire que les décisions judiciaires soient considérées comme l'expression de la vérité en dehors même du cas où il s'agirait de renouveler le même procès. Dans une autre instance engagée avec la personne contre laquelle la sentence a été prononcée, on invoque le jugement pour obtenir d'un tribunal tel ordre nouveau qui est la conséquence du droit affirmé, du fait constaté par ce jugement ; il ne faut pas que le juge puisse écarter la sentence invoquée, se livrer à un nouvel examen de la question résolue et prononcer une décision en contradiction avec la décision précédente. Le législateur a organisé les tribunaux et la procédure de manière à assurer aux plaideurs une justice aussi exacte que possible ; dans ces conditions il s'est cru autorisé à attribuer à la sentence un effet qui dépasse les limites du procès dans lequel il a été rendu. Cette portée donnée au jugement a l'avantage de prévenir les difficultés qui pourraient résulter de la contrariété des décisions judiciaires. D'ailleurs, la nécessité de prouver de nouveau les faits déjà démontrés serait une source de frais et de lenteurs ; et les preuves peuvent avec le temps peu à peu disparaître. Telles sont les considérations qui ont fait établir la présomption de vérité attachée aux jugements. C'est de là que vient la maxime : la chose jugée, c'est-à-dire ce qui a été décidée par le juge, est présumée la vérité : *res judicata pro veritate habetur* (P. Lacoste, De la chose jugée en matière civile, criminelle, disciplinaire et administrative, Recueil Sirey, Paris, 1914, n° 3 & 4).

L'autorité de la chose jugée dont question à l'article 1351 précité du Code civil empêche que ce qui a été jugé antérieurement puisse à nouveau être soumis à l'appréciation du tribunal. Toute décision de justice est revêtue de l'autorité de la chose jugée par le seul effet de son prononcé.

Le moyen tiré de la chose jugée est d'ordre public quand, au cours de la même instance, il est statué sur les suites d'une précédente décision passée en force de chose jugée (Cass. fr. civ. 2^e, 28 avril 1986 : Bull. civ. II, n° 67).

Tel est le cas en l'espèce puisque deux décisions judiciaires ont déjà été rendues dans cette affaire introduite par exploit d'huissier de justice du 10 février 2015, soit le jugement du 28 juin 2016 et celui du 11 décembre 2018.

Le dispositif du jugement du 11 décembre 2018 est notamment conçu comme suit : « dit que l'article 9, sub 3. de l'acte notarié d'ouverture de crédit passé le 31 décembre 2007 par-devant Maître Jean-Paul HENCKS, notaire de résidence à Luxembourg, revêt le caractère d'une condition purement potestative ».

Suivant la motivation de ce jugement, le tribunal a retenu ce qui suit :

« En l'espèce, force est de constater que la clause de résiliation prévue à l'article 9, sub 3. de l'acte notarié du 31 décembre 2007 offre au prêteur, la société SOCIETE1.), et à elle seule, la possibilité, purement discrétionnaire, de mettre fin au contrat, sans préavis et en l'absence de tout comportement fautif de l'emprunteur.

En effet, il résulte des termes de la clause litigieuse que la société SOCIETE1.) a la faculté de mettre fin au crédit si elle estime que la valeur des garanties lui fournies a diminué. Cette appréciation subjective et discrétionnaire du prêteur ne peut être ni contrôlée, ni contestée, de sorte que l'emprunteur reste à la merci de la volonté de son débiteur.

Comme la clause litigieuse réserve à la seule banque l'appréciation de la diminution de la valeur des garanties fournies, en précisant que cette appréciation « appartient à la seule banque », le maintien de l'ouverture de crédit jusqu'au terme convenu entre parties dépend de la seule volonté de la société SOCIETE1.), et non de circonstances objectives qui seraient susceptibles de contrôle juridictionnel.

Le tribunal en déduit que cette clause présente un caractère purement potestatif » (jugement du 11 décembre 2018, p. 9).

Les débats portant sur la qualification de cette clause ne peuvent dès lors pas de nouveau être soumis à l'appréciation du tribunal.

L'article 1174 du Code civil dispose : « Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ».

Contrairement à ce qu'affirme la banque, l'article 9, sub 3. de l'acte notarié d'ouverture de crédit n'est pas une clause de style qui lui a été imposée par le notaire puisque l'article 14 de ses propres « conditions générales de banque » contient une stipulation similaire.

Les articles 1318 et 1319 du Code civil invoquées par la société SOCIETE1.) ne sont pas d'application car l'inscription en faux n'est nécessaire que pour attaquer des constatations faites par le notaire rédacteur. La clause litigieuse ne contient pas de telles constatations personnelles.

De même, les dispositions de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat ne sont pas d'application dans le présent cas d'espèce et n'empêchent pas le tribunal de faire application de la sanction prévue par l'article 1174 du Code civil.

La prohibition de l'article 1174 du Code civil est justifiée, d'une part, par le souci que « l'aléa affectant l'existence de l'obligation ne saurait consister dans la seule volonté du débiteur », donc que l'obligation doit avoir « la consistante minimale permettant à l'autre de fonder une prévision, permettant au créancier [...] de prétendre à une 'espérance légitime' ». Elle se fonde, d'autre part, sur la considération qu'« il ne serait pas admissible que le débiteur tienne son cocontractant à sa merci lorsque le débiteur est en mesure de décider seul de la venue au monde ou de l'anéantissement de son obligation par le biais d'une condition potestative ». La première finalité vise à protéger la réalité du consentement tandis que la seconde entend protéger le créancier contre l'arbitraire du débiteur. La prohibition a un effet radical, puisqu'elle entraîne la nullité, non de la condition, mais de l'obligation elle-même contractée sous cette condition et,

pour autant que cette obligation constitue à son tour la cause de celle de son cocontractant, celle du contrat dans son ensemble (conclusions du parquet général du 18 mars 2019, p. 12, dans l'affaire de cassation inscrite au n° CAS 2018-00069 du registre).

Ainsi, l'obligation de l'emprunteur de rendre la somme prêtée affectée d'une condition suspensive purement potestative est nulle. Cette nullité, qui prive de cause la remise de la somme prêtée, entraîne la nullité du contrat de prêt lui-même (Cour de cassation belge, 22 avril 2013, Pas. belge, n° 247, page 907 ; Revue critique de jurisprudence belge, 2016, page 547, note Denis Philippe : *ibid.*)

La condition purement potestative (ce qui correspond à la qualification retenue par jugement précédent pour la clause litigieuse du cas d'espèce) emporte, contrairement à la condition simplement potestative, la nullité de l'obligation en vertu de l'article 1174 du Code civil. C'est bien l'obligation qui est nulle, en raison de l'absence d'un réel engagement, et non pas seulement la condition potestative, qui laisserait subsister l'obligation (Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, p. 1019 & s. ; dans le même sens : Olivier Poelmans, Droit des obligations au Luxembourg - Principes généraux et examen de jurisprudence, Larcier, Bruxelles, 2013, p. 394).

Le Code civil exclut qu'une obligation puisse être contractée sous une condition potestative pour le débiteur. Une telle condition contredit l'idée même d'engagement. Aussi est-ce bien l'obligation elle-même, et non la seule condition, que le code annule en son article 1174. La Cour de cassation française a sur ce point une jurisprudence particulièrement nette : « l'article 1174 du Code civil dispose, non pas que la condition potestative stipulée au profit du débiteur est nulle, mais que toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige » (Cass. com., 9 déc. 1980 : Bull. civ. 1980, IV, n° 421 ; D. 1981, inf. rap. p. 441, obs. Audit ; RTD civ. 1981, p. 851, obs. Chabas ; RTD com. 1981, p. 830, obs. Hémard in : JurisClasseur Civil Code (archives antérieures au 1er octobre 2016) - Encyclopédies - Art. 1168 à 1174 - Jean-Jacques Taisne, Fasc. unique : Contrats et obligations – Obligations conditionnelles – Caractères de la condition, n° 26).

Partant, l'acte notarié intitulé « ouverture de crédit » du 31 décembre 2007 affecté d'une condition purement potestative est nul.

L'indivisibilité est la qualité de ce qui ne peut être divisé. Elle sert d'instrument de mesure de l'étendue de la nullité en particulier lorsque plusieurs conventions sont liées entre elles par un lien tel que l'annulation de l'une doit entraîner l'inefficacité de l'autre. Il se peut qu'un même acte instrumentaire soit le support de plusieurs opérations juridiques. Si les différentes parties de la convention complexe ou les différentes conventions, même matériellement distinctes, constituaient dans l'esprit des parties un ensemble indivisible, c'est l'ensemble qui doit être anéanti (Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, p. 1057, p. 383 & s.).

L'acte authentique intitulé « ouverture de crédit » du 31 décembre 2007 constitue le support des actes sous seing privé conclus le même jour. L'« ouverture de crédit », les « conditions particulières de crédit », l'« acte de cautionnement » et la « cession de rémunérations » constituent un ensemble indivisible de sorte que la nullité de l'acte

principal intitulé « ouverture de crédit » entraîne également la disparition de ses actes accessoires.

Lorsque la nullité est prononcée, l'acte est privé d'effets pour l'avenir. Mais la nullité remet aussi en cause les effets que l'acte a déjà produits. L'acte nul est anéanti rétroactivement. Il est censé n'avoir jamais existé. Une condition de validité faisant défaut *ab initio*, par hypothèse, c'est aussi *ab initio* que l'acte est privé d'effets. Il se peut cependant que, en fait, l'acte ait déjà été partiellement ou totalement exécuté. La rétroactivité de la nullité postule alors que les choses soient remises en l'état où elles se trouvaient au moment de la formation de l'acte. Il y a donc lieu à restitution des prestations déjà effectuées (Terré, Simler, Lequette, *op. cit.*, p. 387).

En l'occurrence, les obligations découlant de l'ensemble indivisible des actes annulés ont déjà été partiellement exécutés.

Il y a donc lieu de remettre les parties en leur pristin état et d'ordonner les restitutions réciproques.

Partant, la société SOCIETE1.) a droit au remboursement du capital prêté de 935.000 EUR.

Le contrat de crédit étant anéanti, elle ne peut pas prétendre aux intérêts au taux conventionnel, ni aux frais conventionnels.

Elle peut cependant prétendre aux intérêts au taux légal sur le capital à partir de la demande en justice valant mise en demeure de payer, ce qui n'est pas contesté par les assignés.

La société SOCIETE2.)'S pour sa part a droit au remboursement des mensualités qu'elle a payées, capital, intérêts et frais confondus.

Etant donné que les parties ne sont pas d'accord sur le montant qui a à ce jour été remboursé à la société SOCIETE1.) et que la compensation des créances réciproques est demandée, il n'y a à ce stade pas encore lieu de prononcer de condamnation au paiement mais de nommer pour expert PERSONNE2.) tel que proposé par les parties assignées avec la mission détaillée au dispositif du présent jugement.

Puisque le contrat principal d'ouverture de crédit et ses contrats accessoires sont nuls, PERSONNE1.) et la société SOCIETE3.) sont à mettre hors de cause.

L'article 17 de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers dispose notamment : « Tout jugement rendu sur une semblable demande [tendant à faire prononcer la résolution, la rescision ou l'annulation d'un acte transcrit] sera également mentionné à la suite de l'inscription ordonnée par le paragraphe précédent et ce dans le mois de sa date ».

Il convient dès lors d'ordonner que mention soit faite du présent jugement au registre tenu par le conservateur des hypothèques.

La demanderesse ne justifiant pas qu'il y ait urgence ou péril en la demeure ou pour quelle autre raison l'exécution provisoire du présent jugement s'imposerait aux termes de l'article 244 du Nouveau Code de procédure civile, il n'y a pas lieu de l'ordonner.

En attendant le résultat de la mesure d'instruction ordonnée, le surplus est à réserver.

Par ces motifs

le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dix-septième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement et à la suite des jugements prononcés les 28 juin 2016 et 11 décembre 2018 par la huitième chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg,

dit que l'acte notarié n° NUMERO6.) intitulé « ouverture de crédit » du 31 décembre 2007 est nul,

dit que les actes sous seing privé accessoires à ce contrat avec lequel ils constituent un ensemble indivisible et intitulés « conditions particulières de crédit », « acte de cautionnement » et « cession de rémunérations » datés du 31 décembre 2007 sont également nuls,

remet les parties dans l'état qui était le leur avant la conclusion de l'acte notarié intitulé « ouverture de crédit » du 31 décembre 2007 et des actes accessoires datés du même jour et ordonne les restitutions réciproques,

dit que la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA a droit au remboursement du capital prêté de 935.000 EUR, augmenté des intérêts au taux légal à partir de la demande en justice, et que la société civile immobilière SOCIETE2.) SCI a droit au remboursement de ce qu'elle lui a payé en exécution du contrat de crédit hypothécaire et de ses actes accessoires,

avant tout autre progrès en cause, ordonne une expertise et nomme expert :

PERSONNE2.), demeurant à L-ADRESSE9.) avec la mission de :

« concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit, détaillé et motivé :

chiffrer le montant qui a été remboursé en capital, intérêts et frais à la société anonyme de droit portugais SOCIETE1.) SA en exécution de l'acte notarié intitulé « ouverture de crédit » du 31 décembre 2007 et de ses contrats accessoires,

chiffrer le montant correspondant aux taux de l'intérêt légal sur le capital prêté de 935.000 EUR à compter de la demande en justice du 10 février 2015,

évaluer la somme revenant à chaque partie après compensation des créances réciproques »,

dit que dans l'accomplissement de sa mission, l'expert est autorisé à s'entourer de tous renseignements utiles et même à entendre de tierces personnes,

fixe la provision à valoir sur les honoraires et frais de l'expert à la somme de 1.500 EUR,

ordonne à la société civile immobilière SOCIETE2.) SCI de payer ou de consigner auprès de la caisse des consignations au plus tard pour le 20 juillet 2023, sous peine de poursuite de l'instance conformément aux dispositions de l'article 468 du Nouveau Code de procédure civile, cette somme de 1.500 EUR à titre de provision à faire valoir sur la rémunération de l'expert,

charge le juge Julie MICHAELIS du contrôle de cette mesure d'instruction,

dit que l'expert devra, en toute circonstance, informer ce magistrat de l'état d'avancement de ses opérations et des difficultés qu'il pourrait rencontrer,

dit que si les honoraires de l'expert devaient dépasser le montant de la provision versée, il devra avertir ledit magistrat et ne continuer ses opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire,

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe du tribunal le 20 octobre 2023 au plus tard, après paiement ou consignation de la provision et, le cas échéant, de la provision complémentaire,

dit que, le cas échéant, l'expert demandera au juge commis un report de la date de dépôt en indiquant sommairement les motifs qui empêchent le dépôt dans le délai prévu,

dit qu'en cas de refus, d'empêchement ou de retard de l'expert, il sera procédé à son remplacement par ordonnance du juge chargé du contrôle de la mesure d'instruction,

dit qu'en cas d'empêchement du juge chargé du contrôle, il sera procédé à son remplacement par ordonnance du président de chambre,

met PERSONNE1.) et la société anonyme SOCIETE3.) SA hors de cause,

dit qu'il n'y a pas lieu à exécution provisoire du présent jugement,

ordonne la transcription du présent jugement au bureau des hypothèques compétent dans le mois de sa date,

réserve le surplus.