Jugement commercial XV No /2015

Audience publique du mercredi, onze février deux mille quinze.

Numéro 147 464 du rôle

Composition:

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente ;
Jacqueline KINTZELÉ, juge ;
Steve KOENIG, juge ;
Sandra MANGEN, greffière.

E n t r e :

la société en commandite par actions de droit allemand **HAUCK & AUFHÄUSER PRIVATBANKIERS KGAA**, immatriculée auprès du Registre de commerce et des sociétés de Francfort sous le n°HRB 20065, établie et ayant son siège social à D-60311 Frankfurt am Main, Kaiserstrasse, 24, représentée par ses gérants et associés commandités, ayant repris en date du 24 septembre 2013 l'instance originairement introduite par la société anonyme de droit luxembourgeois **HAUCK & AUFHÄUSER Banquiers Luxembourg S.A.**,

ayant initialement élu domicile en l'étude de Maître Albert MORO, avocat, demeurant à Luxembourg,

demanderesses, défenderesses sur reconvention aux termes de l'exploit de l'Huissier de Justice suppléant Cathérine NILLES, en remplacement de l'Huissier de Justice Martin LISÉ, demeurant à Luxembourg, en date du 27 juin 2012,

comparant actuellement par la société en commandite simple CLIFFORD CHANCE, établie à L-1330 Luxembourg, 10, boulevard G.D. Charlotte, représentée à l'audience par Maître Claude EISCHEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société de droit allemand **SOC.1.) GmbH**, immatriculée auprès de l'Amtsgericht Köln sous le n°HRB **(...)**, établie et ayant son siège social à D-**(...)**, représentée par son gérant, actuellement en fonctions,

défenderesse, demanderesse sur reconvention aux fins du prédit exploit Cathérine NILLES,

comparant par Maître Sandra MAROTEL, avocate, en remplacement de Maître Marianne GOEBEL, les deux demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l :

Ouï la partie demanderesse par l'organe de son mandataire Maître Claude EISCHEN, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse par l'organe de son mandataire Maître Sandra MAROTEL, avocate, en remplacement de Maître Marianne GOEBEL, avocate constituée, les deux demeurant à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 22 octobre 2014.

Madame la Vice-présidente Karin GUILLAUME entendue en son rapport à l'audience du 7 janvier 2015.

Par exploit de l'huissier de justice Martine Lisé du 27 juin 2012, la société anonyme de droit luxembourgeois HAUCK & AUFHÄUSER Banquiers Luxembourg S.A. a assigné la société de droit allemand **SOC.1.)** GMBH (**SOC.1.)**) devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg siégeant en matière commerciale selon la procédure civile pour s'entendre condamner à lui payer le montant de 487.743,53 EUR majoré des intérêts légaux à dater du 21 mai 2012, sinon de la demande en justice jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 5000 EUR.

Il est constant en cause que par acte sous seing privé du 30.12.2010, la Banque a signé avec **SOC.1.)** un contrat intitulé « Lombardkredit. Rahmenvertrag » au terme duquel la Banque mettait à disposition de la **SOC.1.)** GmbH une ligne de crédit utilisable par cette dernière au fur et à mesure de ses besoins de financement et a signé le même jour une « Verpfändungserklärung » aux termes de laquelle **SOC.1.)** a gagé en faveur de la Banque tous ses avoirs auprès de la Banque afin de garantir le remboursement de sa dette.

Par courrier du 26 août 2011, la banque a informé **SOC.1.)** que les crédits octroyés ne remplissaient plus les exigences de ratio prévues au contrat de prêt et a émis un appel de couverture alors que le solde du compte était débiteur de 983.526,26 EUR et que la couverture n'était assurée que pour 11.889,00 EUR.

N'ayant pas eu de réaction à ce courrier, la Banque résilia par courrier du 1er septembre le contrat de prêt, et procéda à la compensation des avoirs du portefeuille de **SOC.1.)** avec le montant redu.

Actuellement la demanderesse réclame un montant de 487.743,53 EUR avec les intérêts au taux légal à dater du 21 mai 2012 jusqu'à solde.

Il échet de relever que par acte de reprise d'instance valablement notifié à Maître Marianne GOEBEL en date du 24 septembre 2009, la société en commandite par actions de droit allemand HAUCK & AUFHÄUSER PRIVATBANKIERS KGAA ayant absorbé par fusion sa filiale luxembourgeoise la HAUCK & AUFHÄUSER BANQUIERS Luxembourg S.A. a repris d'instance.

La défenderesse soulève en premier l'incompétence territoriale des juridictions luxembourgeoises en soulevant la nullité de la clause attributive de juridiction invoquée par la demanderesse (clause figurant à la page 2 du contrat de crédit Lombard) qu'elle estime potestative.

Elle invoque dans ce contexte une jurisprudence de la Cour de Cassation française. (Cass.1ère civile 26 septembre 2012).

Quant au fond, elle soulève la nullité du contrat pour violation de la loi du 16 juillet 1987, sinon pour potestativité du contrat de crédit lombard.

En ordre subsidiaire elle estime que la Banque aurait engagé sa responsabilité pour ne pas avoir agi dans l'intérêt du client alors que la marge de sécurité était déjà bien entamée lorsque la mise en demeure d'apporter de nouvelles garanties a été adressée à la société **SOC.1.)** GmbH.

Elle reproche encore à la Banque d'avoir agi de façon à créer elle-même les pertes en clôturant les comptes au plus mauvais moment.

Enfin dans ses dernières conclusions, elle reproche à la Banque d'avoir abusivement résilié le contrat de crédit.

Elle réclame de ce chef reconventionnellement un montant de 175.000 EUR ainsi qu'une indemnité de procédure de 5000 EUR.

Par des conclusions en réplique, la demanderesse invite le tribunal à saisir la CJUE sur base de l'article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, pour que cette dernière se prononce sur la validité de la clause attributive de juridiction contestée par la défenderesse.

Dans ses conclusions notifiées le 25 février 2014, elle prend position sur les différents moyens soulevés par la défenderesse, conclut à voir dire la demande reconventionnelle non fondée, et demande la capitalisation des intérêts redus sur le principal réclamé de 487.743,53 EUR arrêté au 21 mai 2012.

Elle augmente par ailleurs le montant réclamé sur base de l'article 240 du NCPC à 10.000 EUR.

Il y a lieu de statuer sur le mérite des demandes.

1) Quant à la compétence du présent tribunal pour connaître de la demande :

La demanderesse justifie la compétence du présent tribunal en invoquant en ordre principal la clause attributive de juridiction contenue à la page deux du crédit Lombard, dont la teneur est la suivante :

« Dieser Lombardkredit–Rahmenvertrag wird in zwei Originalen erstellt und unterliegt dem Recht des Großherzogtums Luxemburg. Ausschließlicher Gerichtsstand für Klagen gegen die Bank ist der Bezirk, Großherzogtum Luxemburg. Der Bank steht es frei, auch vor anderen örtlich oder sachlich zuständigen Gerichten zu klagen. Erfüllungsort ist Luxemburg. »

La première partie de cette clause, commune aux deux parties, prévoit la compétence des tribunaux luxembourgeois, tandis que sa seconde partie confère à la seule banque le droit d'introduire une action devant toute juridiction compétente en plus de la juridiction luxembourgeoise.

La défenderesse fait plaider que cette formulation conférerait un caractère potestatif à la clause et se prévaut d'une décision de la Cour de Cassation française du 16 septembre 2012 pour en déduire la nullité de cette clause.

La décision de la Cour de Cassation française du 26 septembre 2012 invoquée par Société **SOC.1.)** GMBH a suscité de nombreuses critiques doctrinales. En particulier l'utilisation de la notion de potestativité en présence d'une clause de juridiction qui ne crée pas vraiment de rapport d'obligation entre un débiteur et un créancier a été contestée par ces auteurs (cf. l'article de P. Ancel, G. Cuniberti, JTL.2013, no 25, p.8), l'article 1174 du Code civil, conçu pour régir une modalité d'une obligation civile, n'étant pas vraiment taillé pour gouverner une clause dont l'effet et l'objet sont avant tout d'ordre juridictionnel.

Mais cette jurisprudence a également été critiquée au regard du droit des conflits de juridictions, les auteurs retenant que les clauses de juridiction stipulées « *en faveur* » d'une seule partie étaient expressément admises par la Convention de Bruxelles et laissaient à la partie favorisée le droit de saisir tout autre tribunal compétent en vertu de la Convention (article 17.5) et que rien n'indiquait que le Règlement Bruxelles I ait voulu interdire les clauses dissociatives qui avantagent l'une des parties. Au contraire, retiennent ces auteurs, la licéité de ces clauses se trouve admise de manière implicite dans son article 23 qui énonce : « *cette compétence (*conférée par la clause*) est exclusive, sauf convention contraire des parties* ».

« *Les parties peuvent donc moduler l'effet juridictionnel de la clause et notamment le rendre impératif pour l'une d'elles et facultatif pour l'autre. Cette lecture est confortée par la place faite à l'autonomie des parties par le Règlement Bruxelles I. En effet, en dehors des contrats conclus avec « des parties faibles » protégé par le Règlement, l'autonomie des parties doit être respectée sous réserve des fors de compétence exclusifs prévus dans le règlement* » (cf. l'article paru dans la revue Banque & Droit no 148, mars-avril 2013, « réflexions sur les clauses de juridiction asymétriques » de M.E Ancel, L. Marion et L. Wynaendts).

Dans le présent cas, la clause ne permet pas à la banque de saisir n'importe quelle juridiction de son choix, mais seulement toute autre juridiction compétente.

L'expression renvoie donc clairement aux règles de compétence de droit commun et plus particulièrement au règlement Bruxelles I. Les deux fondements de l'article 23 du Règlement Bruxelles I, à savoir le respect de l'autonomie des parties et la sécurité juridique, sont dès lors respectés.

Au vu de ces considérations, la clause invoquée par la demanderesse est à déclarer valable au regard du règlement CE no 44/ 2001 de sorte qu'il n'y a pas lieu de saisir la CJUE d'une question préjudicielle à ce propos.

Il est encore significatif de constater qu'en l'espèce la défenderesse soulève la nullité de la clause, alors qu'elle a pourtant été assignée au lieu de compétence exclusif prévu par le contrat et non devant un autre tribunal.

Il convient de relever pour être complet, que même en faisant abstraction de ladite clause attributive de juridiction, la compétence du présent tribunal pour connaître du litige serait donnée au regard de l'article 5 dudit règlement disposant qu'en matière contractuelle une personne domiciliée sur le territoire d'un Etat membre peut être

attraite dans un autre Etat membre devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande doit être exécutée.

Or en matière de vente de marchandise et de fourniture de service, c'est l'obligation caractéristique du contrat et non l'obligation litigieuse qui détermine la compétence, étant donné que l'article 5-1 b) du Règlement Bruxelles 1 prévoit de se référer dans une telle hypothèse, au lieu où les services ont été ou auraient dû être fournis.

En l'espèce le crédit octroyé par la demanderesse a été utilisé par la défenderesse par le débit de son compte tenu au Luxembourg par la Banque.

En application du droit commun, à savoir en l'espèce, le Règlement Bruxelles 1, le juge luxembourgeois est donc également compétent pour connaître du litige né à la suite du service fourni par la Banque.

2) Quant au bien- fondé de la demande principale.

La défenderesse soulève en premier lieu la nullité du contrat pour violation de la loi du 16 juillet 1987 concernant le colportage, la vente ambulante, l'étalage de marchandise et la sollicitation de commandes, affirmant qu'en l'espèce il serait établi par l'attestation de M. **X.)**, gérant de portefeuille de la défenderesse que la banque aurait fait du « porte-à porte » pour vendre ses services.

C'est cependant à juste titre que la demanderesse objecte que l'octroi de crédit ne tombe pas sous la définition du colportage consistant suivant l'article 1er de la loi dans « la vente ou l'offre de marchandises, de titres et de valeurs mobilières, faite de porte en porte ».

Il n'y a dès lors pas lieu de s'attarder plus amplement sur ce moyen,

La défenderesse fait encore plaider que le contrat serait nul pour être potestatif alors que la partie demanderesse resterait en défaut de produire l'annexe au contrat de crédit Lombard par laquelle auraient été définies les marges applicables et les modalités de calcul de celles-ci, laquelle ne lui aurait jamais été communiquée de sorte que les ratio dont la banque excipe resteraient indéterminés.

Comme le relève à juste titre la partie demanderesse, le contrat de prêt spécifie clairement en page 2 sous la rubrique « Beleihungsgrundsätze » :

„Die Vermögenswerte werden zu den in der Anlage angegebenen Beleihungsgrundsätzen der Bank beliehen."

Le terme „Anlage" est repris à la dernière page du contrat à côté des signatures des parties. Il échet partant de retenir que l'annexe versée en pièce 21 par la Banque a bien été communiquée à la défenderesse, alors que cette dernière, dont l'attention a spécifiquement été attirée sur ce document par le contrat de prêt, n'aurait pas manqué de la réclamer si tel n'avait pas été le cas.

En signant le contrat, la défenderesse a marqué son accord avec l'ensemble des stipulations contractuelles et annexes du contrat.

Les développements du requérant quant au caractère discrétionnaire sinon potestatif de la clause relative aux marges de sécurité et de son caractère illégal au regard du droit luxembourgeois ne sont pas pertinents, alors qu'il est de jurisprudence

constante que les clauses relatives à l'«appel de marge» respectivement à la fixation des marges de sécurité ne peuvent être qualifiées de potestatives. En effet, lorsque la condition est au pouvoir du créancier, l'engagement est valable (cf. Jurisclasseur Civil code, art.1168 à 1174, n°50 et ss.). En l'espèce, le débiteur de l'obligation de remboursement du prêt est bien le défendeur, la Banque ayant par ailleurs satisfait à son obligation de mise à disposition du crédit. (TAL, 24 avril 2013, n° 129.872 du rôle).

C'est donc en vain que la défenderesse se fonde sur la prohibition de la « potestativité » pour demander la nullité du contrat de prêt.

Au vu des éléments qui précèdent, force est de constater que la demande en remboursement du prêt formulée par la demanderesse est fondée et que la défenderesse est redevable du montant réclamé de 487.743,53 EUR, lequel n'est pas autrement contesté, avec les intérêts légaux à dater du 21 mai 2012.

La demanderesse conclut encore à la capitalisation des intérêts dus par la défenderesse depuis le 21 mai 2012, d'abord au jour de la signification de l'assignation et ensuite d'année en année à la date anniversaire de la signification conformément à l'article 1154 du Code Civil et cela tant que la dette n'aura pas été intégralement payée.

En application de l'article 1154 du Code civil, trois conditions cumulatives sont nécessaires pour que la capitalisation des intérêts puisse légalement être opérée :

Les intérêts doivent être échus, ils doivent être dus au moins pour une année entière et nécessitent une sommation judiciaire ou une convention spéciale. Ainsi la sommation judiciaire peut être remplacée par tout acte équivalent, tel par exemple, le dépôt de conclusions au greffe, à la condition toutefois que ces conclusions attirent spécialement l'attention du débiteur sur la capitalisation des intérêts.

En l'espèce il ne ressort d'aucun élément du dossier, ni de l'assignation introductive que la capitalisation des intérêts ait été demandée avant les conclusions du demandeur du 25 février 2014.

Elle ne peut dès lors être accordée pour la première fois qu'à cette date sur les intérêts légaux échus depuis le 21 mai 2012.

3) Quant à la demande reconventionnelle formulée en ordre subsidiaire par la société de droit allemand **SOC.1.)** GMBH :

La défenderesse fait plaider que la Banque aurait engagé sa responsabilité en n'exécutant pas de bonne foi le contrat.

Elle se réfère dans ce contexte à tant à l'article 1134 du Code civil qu'à l'article 37-3 de la loi de 1993 sur le secteur financier.

Elle reproche à la Banque à la fois de ne pas l'avoir mise en demeure plus tôt d'apporter de nouvelles garanties alors que la marge de sécurité aurait déjà été entamée bien avant, et de s'être montrée inflexible en refusant d'accorder des délais additionnels choisissant le plus mauvais moment » pour clôturer les positions du client, de façon à créer elle-même les pertes et à mettre le compte en débit.

C'est à juste titre que la demanderesse soulève le caractère contradictoire de cette argumentation.

En ce qui concerne l'argument suivant lequel la Banque aurait dû envoyer au client des mises en demeures plus tôt, alors que la marge de couverture était déjà insuffisante depuis le début de l'année 2011, il échet de rappeler que suivant la jurisprudence luxembourgeoise, la couverture des engagements pris par le client est stipulée dans l'intérêt de la banque et non du client. Celui-ci ne peut donc ni se prévaloir des marges de sécurité fixées, ni engager la responsabilité de la banque au cas où elle renonce à appliquer le taux de couverture stipulé (cf. entre autres : Cour 26 avril 2006, n°23.821 du rôle.)

A supposer même, comme le soutient la défenderesse que le problème du découvert aurait existé bien avant août 2011, il ne saurait dès lors être fait grief à la Banque, en l'absence d'une obligation légale relative aux marges de couverture et en l'absence d'un contrat de gestion discrétionnaire et finalement en raison de la qualité d'investisseur averti du sieur **X.)** chargé par les requérants de la gestion de leurs avoirs, d'avoir continué à exécuter des ordres à un moment où la contre-valeur prêtable de leur compte était devenue négative.(cf. dans le même sens Cour d'appel 11 juillet 2001 no 23821 du rôle).

Enfin quant au reproche que la banque de s'être montrée inflexible et d'avoir clôturé les positions au plus mauvais moment, il échet de constater que la banque a envoyé le 26 août 2011 sa demande de sûretés supplémentaires et que la relation contractuelle a été résiliée par elle le 1er septembre 2011, soit six jour après la mise en demeure de fournir des sûretés supplémentaires.

La banque a dès lors respecté les dispositions du contrat et en particulier la clause « Nachschusspflicht » qui prévoyait un délai de 2 jours pour permettre au client d'apporter des garanties supplémentaires.

Dans ce contexte c'est à bon droit que la demanderesse relève qu'en matière de spéculation à crédit sur les marchés boursiers et qui plus est en matière de spéculation avec des produits dérivés tels que des *put* ou des *calls*, une semaine est un laps de temps très long.

Aucun abus ne peut dès lors être reproché à la Banque du fait de cette rupture.

Il n'est pas non plus exact de soutenir que la Banque aurait clôturé les positions au pire moment, puisqu'il résulte de la pièce 23 versée par la Banque que le DAX a continué à chuter après la résiliation du prêt et que ce n'est que deux mois après qu'il est remonté au -dessus de 6,141,94.

C'est encore en vain que la demanderesse soutient qu'une exécution loyale et de bonne foi du contrat aurait impliqué que la Banque informe à l'avance son client du changement de sa politique concernant les « Beleihungsquoten » ou qu'elle lui donne un délai d'adaptation.

La jurisprudence a en effet déjà eu l'occasion de reconnaître la validité d'une clause permettant au banquier de modifier la pondération des risques en fonction d'éléments qui lui sont extérieurs retenant expressément qu'une telle clause ne contient aucune condition potestative. (cf Cour d'appel 16 février 2005, no 28265 du rôle).

En l'espèce la Banque n'a fait que refléter sur le compte de la défenderesse les appels à sécurité (margin calls) qui étaient appliqués à la Banque par **SOC.2.)** , bourse mondiale d'options et de futures alors que l'achat des titres et la vente des call et puts effectués par monsieur **X.)** au nom de la défenderesse étaient liés à ce marché.

En tout dernier lieu il échet encore de rejeter l'argument de la défenderesse suivant lequel la banque aurait violé à l'égard du client les règles de **SOC.2.)** AG suivant lesquelles le client devrait être informé au jour le jour des pertes subies, alors que les règles exposées dans les « Clearing-Bedingungen » der **SOC.2.)** AG auxquelles se réfère la défenderesse concernent uniquement les relations contractuelles entre **SOC.2.)** AG et les membres du système clearing qui effectuent des opérations sur le marché Eurex.

La demande reconventionnelle de la société **SOC.1.)** GMBH est dès lors à rejeter comme non fondée sur toutes ses bases.

Eu égard à la grande légèreté avec laquelle aurait agi la partie adverse, la Banque réclame une indemnité de procédure de 10.000 EUR invoquant dans ce contexte le barème d'indemnité de procédure élaboré par le législateur belge.

La demande en allocation d'une indemnité de procédure est à déclarer fondée en son principe compte tenu de la mauvaise foi de la partie adverse. Au vu des tarifs habituellement alloués par les juridictions luxembourgeoises le tribunal évalue à 2000 euros les frais exposés non compris dans les dépens.

PAR CES MOTIFS :

Le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième section, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement Madame la Vice-Présidente entendue en son rapport,

dit qu'il n'y a pas lieu de saisir la CJCE d'une question préjudicielle,

se **déclare** compétent pour connaître de la demande,

dit les demandes principales et reconventionnelles recevables,

dit la demande principale fondée pour le montant de 487.743,53 EUR avec les intérêts légaux à dater du 21 mai 2012,

dit la demande reconventionnelle non fondée,

condamne la société de droit allemand **SOC.1.)** GmbH à payer à la société en commandite par actions de droit allemand HAUCK & AUFHÄUSER PRIVATBANKIERS KGAA la somme de 487.743,53 EUR avec les intérêts légaux à dater du 21 mai 2012 jusqu'à solde.

dit que les intérêts redus à partir du 21 mai 2012 seront capitalisés pour la première fois le 24 février 2014, puis d'année en année à cette date jusqu'au complet paiement,

condamne la société de droit allemand **SOC.1.)** GmbH à payer à la société de droit allemand HAUCK & AUFHÄUSER PRIVATBANKIERS KGAA une indemnité de procédure de 2000 EUR

condamne la société de droit allemand **SOC.1.)** GmbH aux frais et dépens de la procédure à l'exclusion des frais supplémentaires engendrés par la procédure civile qui, doivent rester à charge de la demanderesse.