

N° Rôle:127858
Réf. No. 976/2010
du 8 décembre 2010
à 10h00

Audience publique extraordinaire des référés du mercredi, 8 décembre 2010, tenue par Nous Brigitte KONZ, Vice-Présidente au Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, assistée du greffier Claudine SCHÜMPERLI.

DANS LA CAUSE

E N T R E

- 1) X.), et son épouse,
- 2) Y.), épouse X.), demeurant ensemble à (...), F-(...);

élisant domicile en l'étude de Maître Fernand ENTRINGER, avocat, assisté de Maître Benoît ENTRINGER, avocat, les deux demeurant à Luxembourg, et assisté de Maître Maxence LAUGIER, avocat au Barreau de Lille, demeurant à F-59000 Lille, 15 Place Richebé,

parties demandresses comparant par Maître Benoît ENTRINGER, avocat, demeurant à Luxembourg, assisté de Maître Maxence LAUGIER, avocat, demeurant à Lille (France), en remplacement de Maître Fernand ENTRINGER susdit,

E T

la société anonyme LANDSBANKI LUXEMBOURG SA, en dissolution et liquidation judiciaire, établie et ayant son siège social à L-2611 Luxembourg, 85-91, route de Thionville, enregistrée au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B 78804, représentée par son liquidateur, Maître Yvette Hamilius, actuellement en fonctions, demeurant 2, rue du Nord, L-2229 Luxembourg;

partie défenderesse comparant par Maître Philippe DUPONT, avocat, demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique extraordinaire des référés du lundi après-midi, 29 novembre 2010, Maître Benoît ENTRINGER, assisté de Maître Maxence LAUGIER donnèrent lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposèrent leurs moyens.

Maître Philippe DUPONT répliqua.

Le juge des référés prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire des référés de ce jour l'

O R D O N N A N C E

qui suit:

Par exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE du 23 février 2010, les parties demanderesse les époux X.) / Y.) ont fait comparaître la société anonyme LANDSBANKI Luxembourg S.A. en liquidation ci-après la société LANDSBANKI, devant le juge des référés aux fins de voir constater que la procédure du remboursement du prêt hypothécaire entamée suite aux mises en demeure de la société LANDSBANKI serait à suspendre tout comme l'exigibilité immédiate du prêt dans l'attente de l'issue d'une plainte pénale, ou de l'instance au fond sur la validité de l'opération de crédit liant les parties.

La demande est basée sur l'article 933 du NCPC.

Les moyens des parties demanderesse:

Les parties demanderesse invoquent à la base de leur demande, les prêts hypothécaires conclus avec la société LANDSBANKI, pour faire suspendre par le juge des référés, la procédure du remboursement des prêts hypothécaires, entamée suite aux mises en demeure de la société LANDSBANKI, tout comme l'exigibilité immédiate du prêt, dans l'attente de l'issue d'une plainte pénale, ou de l'instance au fond sur la validité de l'opération de crédit liant les parties.

Les époux X.) / Y.) exposent dans l'exploit d'assignation avoir reçu, d'un courtier de placement une notice d'information relative à un crédit hypothécaire remboursable en capital in fine et concluent ce qui suit à l'appui de leur demande :

« Ce crédit était proposé par la filiale luxembourgeoise de la banque islandaise LANDSBANKI. (pièce n°1)

Cette notice explicitait les principaux points de fonctionnement de ce crédit :

Mise en place d'une ligne de crédit hypothécaire de 1er rang et sans concours, avec un capital remboursable in fine et dont le montant pouvait être égal à 100% de la valeur expertisée du bien immobilier.

- Mise à disposition de l'emprunteur de 25% à 35 % bruts du montant de la ligne de crédit.

Le solde du crédit, soit 65% à 75%, est investi sur proposition et conseils exclusifs de la banque dans le cadre d'un portefeuille et/ ou contrat d'assurance-vie

Les coûts de l'opération étaient alors les suivants: Commission d'engagement de la banque de 1,5% de la ligne de crédit mise à disposition de l'emprunteur, Honoraires et frais

d'hypothèque, Frais d'expertise, Honoraires de recherche de financement payable à IFE France de 1% hors taxes du montant de la ligne de crédit, Paiement des intérêts : Taux Euribor ou Libor + 1,75%.

Il était encore soumis aux clients un exemple de simulation financière théorique et non contractuelle pour un crédit de 1.758.000 millions d'Euros puis une autre pour un crédit de 1.000.000.- €. Dans les deux cas, le solde dégagé était positif pour l'emprunteur.

C'est ainsi, devant un placement présenté comme sans risque et alors même qu'ils n'avaient aucun besoin de financement, que Madame Y.) a contracté le 5 décembre 2005 auprès de la banque luxembourgeoise LANDSBANKI un crédit hypothécaire remboursable sur 20 ans in fine, pour des fins personnelles, pour un montant de 1.000.000 € (pièces n° 4 et 5).

Ce montant correspond exactement à l'évaluation reconnue par la banque LANDSBANKI pour l'appartement des époux X.) / Y.), sis (...) à (...), et affecté en garantie hypothécaire selon acte authentique des 6 et 10 janvier 2006 (pièce n° 5).

En application du contrat, Madame Y.) pouvait tirer une somme inférieure à 25% du montant nominal du prêt. Le reste du montant prêté était immédiatement et directement investi par la banque LANDSBANKI dans le porte-feuille d'actions et d'obligations géré directement par la LANDSBANKI....

.....Quelques mois après le 1^{er} prêt, les époux X.) / Y.) ont souhaité réitérer l'opération, en commun.

*Après réception d'un projet de prêt, rédigé en anglais (pièce 6), les époux X.) / Y.) ont consenti en garantie d'un prêt pour un montant de 748.000 €, une affectation hypothécaire, par acte authentique espagnol en date du 19 juillet 2006 (pièce 7) sur leur maison, sise (...), 3, E-(...)
(Espagne).*

En exécution de ce contrat, la somme de 748.000 € a été débloquée le 24 juillet 2006 (pièce 18). Le prêt devait se terminer le 19 juillet 2026 (pièce 7).

1.2. Les garanties prises par la LANDSBANKI

- S'agissant du premier prêt le contrat du 5 décembre 2005 précise dans son article 9:

"La garantie du Prêt sera constituée:

d'un acte constitutif d'hypothèque sur le bien immobilier

d'un contrat de gage en date du 5 décembre 2005

C'est ainsi que le contrat de prêt était conçu pour s'accompagner d'un contrat de gage portant sur "tous biens portés au crédit du gageur auprès du créancier gagiste et de tout autre mandataire de la garantie ou du droit de garde nommé par le créancier gagiste ainsi que tous autres biens pouvant être déposés à tout instant par le gageur auprès du créancier gagiste ou de tout autre mandataire de la garantie ou du droit de garde nommé par le créancier gagiste et jugés acceptables par ce dernier

-S'agissant du second prêt, le projet de loan agreement ayant justifiés l'acte authentique du 19 juillet 2006 mentionne également un gage : a pledge agreement dated 29 July 2005 (voir pièce 6). Cet acte n'existe pas, les époux X.) / Y.) n'ont jamais consenti une telle garantie qui n'est d'ailleurs nullement mentionnée dans l'acte du 19 juillet 2006

La banque a cru devoir fusionner les comptes nr 3082415 et 30613029)

[...]"

1.3. La liquidation judiciaire de la LANDSBANKI

Après un jugement de sursis de paiement en date du 8 octobre 2008, et sur la demande du ministère public, c'est un jugement du 12 décembre 2008 qui a ouvert la liquidation judiciaire de la LANDSBANKI LUXEMBOURG SA.

Il est à noter que la cessation des paiements a été fixée au 8 avril 2008.

Cette faillite intervient très peu de temps après la passation des crédits souscrits par les demandeurs. Elle a occasionné le plus souvent une dévaluation spectaculaire du portefeuille d'obligations.

A la suite de la liquidation de cette banque, ils font l'objet d'une poursuite du liquidateur dans les conditions dénoncées plus loin, au motif que la faiblesse des garanties rendrait immédiatement exigible le remboursement intégral du prêt.

1.4. Les mises en demeure de rembourser immédiatement le prêt hypothécaire.

Alors que les prêts dont s'agit sont récents et prévus pour 20 ans, le liquidateur de la banque parvient à en exiger le remboursement intégral immédiat.

Par courrier, rédigé en anglais, du 30 novembre 2009 (pièce n° 16), reçu le 7 décembre 2009, le liquidateur met en demeure Madame Y.) de payer le montant total du prêt, sous 10 jours, soit la somme de 1.648.855 € au motif de l'insuffisance du ratio de couverture, "bien connu" de l'emprunteur.

Le courrier adressé à Madame Y.) fait état d'un prêt de 748.000.- € passé le 5 décembre 2005, puis confirmé en la forme authentique le 30 novembre 2006. Il poursuit que serait donc due la somme de 1.648.855, 13.- € et que les garanties s'élèvent à 1.238.726.- € !

Mentionnons tout de suite que la confusion des deux prêts est totale.

A défaut, il est menacé de réaliser les garanties, sur le fondement de l'article 9.3 du prêt.

.....

La déchéance du terme ainsi opposée par la banque est motivée par un ratio de couverture insuffisant, en ce qu'il s'établirait à 75% alors que le prêt requiert un taux maintenu supérieur à 90%.»

Les époux X.) / Y.) soulignent encore que le montage stipulait des rémunérations substantielles tant au profit de la banque et que la gestion des fonds investis et des titres acquis n'aurait jamais été bénéficiaire, alors que la banque avait fait miroiter à ses clients que la gestion de leur portefeuille allait engendrer un rendement supérieur à l'intérêt de la dette.

L'exécution des gages n'aurait pas été conforme aux stipulations contractuelles et notamment la clause 9.3 litigieuse. La mise en demeure n'aurait pas été faite par lettre recommandée mais par lettre simple.

Par ailleurs le premier prêt aurait été souscrit par Madame Y.) seule et le deuxième prêt par les deux époux et pour un autre immeuble. Le décompte aurait été irrégulièrement dressé pour les deux prêts et la mise en demeure aurait été irrégulièrement adressée à Madame Y.) seule, pour le surplus le décompte reprendrait des dates de valorisations différentes pour chaque ligne et notamment toujours celle la plus favorable à la société LANDSBANKI.

La gestion des portefeuilles a également conduit à un résultat désastreux, la perte essuyée par les époux X.) / Y.) aurait été substantielle. Les époux X.) / Y.) font grief à la banque d'avoir investi dans des titres radicalement incompatibles avec la stratégie d'investissement du client, le compte prêt et les comptes comportant des obligations islandaises émises par des banques islandaises, qui auraient connu des difficultés financières importantes par la suite.

Les époux X.) / Y.) contestent le calcul proposé par le liquidateur pour le ratio de couverture des sûretés et déclarent que suivant leur interprétation du mode de calcul du ratio, la couverture du prêt aurait été garantie au moment de la mise en demeure et les conditions pour demander l'échéance immédiate des prêts et par la suite la réalisation des gages n'auraient pas

été remplies en l'espèce et que les agissements précités du liquidateur constitueraient pour ces raisons une voie de fait respectivement un trouble illicite.

Les moyens du liquidateur de la société LANDSBANKI:

Le mandataire de la société LANDSBANKI en liquidation conteste la qualité à agir de Monsieur X.) alors que les deux prêts auraient été souscrits par Madame Y.). Les époux auraient contracté un contrat de séparation de biens et les immeubles appartiendraient à Madame Y.).

Par ailleurs la mise en demeure aurait été adressée par lettre recommandée et viserait les deux prêts.

Le mandataire de la société LANDSBANKI en liquidation, soutient que Madame Y.) est propriétaire d'un immeuble à Paris et en Espagne qui ne lui rapporteraient aucun revenu.

Toutes les négociations relatives au crédit auraient eu lieu avec Madame Y.) respectivement les époux X.) / Y.), assistés d'un notaire. Ceux-ci auraient été parfaitement informés sur les risques inhérents à la structure à effet de levier dans laquelle que Madame Y.) s'est engagé, tel que cela se dégage des contrats de prêts et notamment des avis de risque.

Le mandataire de la société LANDSBANKI en liquidation soutient que les investissements opérées par la banque dans le cadre de son pouvoir de gestion des avoirs de Madame Y.) respectivement des époux X.) / Y.) étaient dans la logique parfaite du « equity release » et faisaient beaucoup de sens au vu des circonstances connues par le personnel de la banque à l'époque. D'après lui seule la crise financière généralisée entraînant la chute des marchés immobiliers et la dépréciation de l'EUR par rapport à de nombreuses devises, a eu pour double effet d'augmenter la dette et de diminuer la valeur des titres.

La banque estime que le montant de la dette résulte à suffisance des pièces produites aux débats, notamment des contrats de prêt et des extraits de compte.

Quant à la détermination du ratio de couverture de gagerie, la banque affirme que tant les documents versés font ressortir un ratio de couverture de gagerie insuffisant. Le ratio de couverture de gagerie étant édicté dans l'intérêt exclusif de la banque qui peut librement l'appliquer, ne serait pas contraire à la législation sur la protection des consommateurs. De même le TEG ne serait pas à qualifier d'usuraire.

Se basant sur les dispositions de l'article 20(4) de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière, le liquidateur fait plaider que toute demande visant à bloquer une procédure d'exécution d'un gage par voie de référé serait irrecevable, le juge des référés n'ayant pas pouvoir pour ordonner une telle mesure.

Quant à la demande en interdiction ou en suspension de la réalisation des gages, le mandataire de la société LANDSBANKI en liquidation donne à considérer que les gages ayant dès lors déjà été exécutés, le juge des référés ne saurait, sans préjuger le fond, annuler la réalisation de ces gages. La société LANDSBANKI conteste que la condition de l'urgence requise par l'article 933 du nouveau code de procédure civile soit donnée en l'espèce. De même

l'existence du différend allégué par les époux X.) / Y.) serait dépourvue de tout caractère sérieux. L'existence d'un dommage imminent est contestée tout comme la voie de fait.

Quant à la demande en interdiction ou en suspension des effets de mise en demeure ou la suspension de l'exigibilité immédiate du prêt seraient à considérer comme mesures définitives et non provisoires, de sorte que le juge des référés serait sans pouvoir pour en connaître. A titre subsidiaire pour le cas où le juge y ferait droit ces mesures auraient des conséquences désastreuses et seraient impraticables.

Pour le surplus il fait encore valoir que les demandes tendant à remettre en cause les contrats de prêt ou de gage à l'encontre de la société LANDSBANKI seraient à déclarer irrecevables dans la mesure où les demandeurs ne pourraient agir que par voie de déclaration de créance.

Il sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000.- euros en application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile et conteste la demande adverse en allocation d'une telle indemnité.

Les Faits:

Il résulte des contrats signés entre parties et versés par le mandataire de la société LANDSBANKI que Madame Y.) a contracté le 5 décembre 2005 auprès de la banque luxembourgeoise LANDSBANKI un crédit hypothécaire remboursable sur 20 ans in fine, pour des fins personnelles, pour un montant de 1.000.000 €. Ce montant correspond exactement à l'évaluation reconnue par la banque LANDSBANKI pour l'appartement de Mme Y.), sis aux nr 2,4,8 et (...) à (...), et affecté en garantie hypothécaire selon acte authentique signé le 6 et le 10 janvier 2006. Il y a lieu de relever que l'acte du 6 respectivement du 10 janvier 2006, contenant affectation hypothécaire, a été signé par Madame Y.) ainsi que par les intervenants Monsieur X.), en tant que conjoint marié sous le régime de la séparation de biens, et par A.), en tant que caution hypothécaire.

En application du contrat, Madame Y.) pouvait tirer une somme inférieure à 25% du montant nominal du prêt. Le reste du montant prêté était immédiatement et directement investi par la banque LANDSBANKI dans le porte-feuille d'actions et d'obligations géré directement par la LANDSBANKI....

Madame Y.) a contracté encore le 5 décembre 2005 auprès de la banque luxembourgeoise LANDSBANKI un crédit hypothécaire remboursable sur 20 ans in fine, pour des fins personnelles, pour un montant de 748.000 €. Ce montant correspond exactement à l'évaluation reconnue par la banque LANDSBANKI pour une propriété à savoir la finca no 4142 de Mme Y.), sise à E-(...) (Gerona) en Espagne, et affectée en garantie hypothécaire selon acte authentique du 19 juillet 2006.

Il y a lieu de relever qu'un acte notarié relatif à une garantie hypothécaire a été signé en Espagne par Madame Y.) et la société LANDSBANKI, auquel interviennent encore A.) et PLAZAS ABOGADOS S.L.

En application du contrat, Madame Y.) pouvait tirer une somme inférieure à 25% du montant nominal du prêt. Le reste du montant prêté était immédiatement et directement investi par la

banque LANDSBANKI dans le porte-feuille d'actions et d'obligations géré directement par la LANDSBANKI.

Les parties époux X.) / Y.) versent dans leur farde de pièces, en ce qui concerne le deuxième prêt, un document non signé établi aux noms des deux époux pour un montant de 748.000 €.

Pour l'appréciation des arguments invoqués de part et d'autre le tribunal se réfère aux contrats écrits signés versés par la société LANDSBANKI.

La banque a assorti les prêts d'un certain nombre de garanties, dont notamment des hypothèques sur les biens immobiliers sis à Paris et en Espagne et les gages des avoirs, ainsi qu'un gage général sur tous les avoirs auprès de la banque. Actuellement le liquidateur a demandé la réalisation des contrats de gage.

La qualité à agir de X.)

La qualité pour agir est le pouvoir en vertu duquel une personne exerce une action en justice ou se défend contre une telle action pour faire reconnaître l'existence du droit méconnu ou contesté (Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, T 1, no. 262) Elle constitue pour le sujet de droit l'aptitude à saisir la justice dans une situation concrète donnée.

La qualité n'est donc pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit (Cour 23.10.1990, P.28, p. 70).

Quiconque forme une action en justice doit justifier d'un intérêt, c'est-à-dire que la demande soit susceptible de modifier et d'améliorer la condition juridique présente. L'intérêt doit donc s'apprécier en fonction des résultats éventuels de la demande.

Par ailleurs la qualité pour agir est examinée au moment où l'action est engagée (Cour 15.5.2002 no. Rôle 24393)

L'intérêt est fonction de l'utilité que le demandeur escompte de son initiative devant les tribunaux. L'existence effective du droit invoqué par le demandeur à l'encontre des défendeurs n'est pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond, en d'autres termes, de son bien-fondé ; le demandeur a un intérêt à agir dès lors que le succès de ses prétentions est susceptible de lui procurer des avantages matériels ou moraux.

Or le bien-fondé du droit invoqué ne se vérifie pas lors de l'appréciation de la recevabilité de la demande (Cour 20.3.2002 no. Rôle 25592).

Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt personnel à agir en justice et donc qualité pour ce faire.

Il résulte que pour le prêt relatif au montant de 1.000.000 € l'évaluation a été faite par la banque LANDSBANKI pour l'appartement de Mme Y.), sis 2,4,8 et (...) à (...), qui constitue le domicile conjugal, et qui a été affecté en garantie hypothécaire, selon acte authentique des 6 et 10 janvier 2006, signé par Madame Y.), ainsi que par les intervenants Monsieur X.), en tant

que conjoint marié sous le régime de la séparation de biens et par A.) en tant que caution hypothécaire.

L'époux n'intervient pas dans les documents signés pour le deuxième prêt, mais la société LANDSBANKI a demandé, par la mise en demeure envoyée à la seule Madame Y.), l'exécution des prêts et des garanties accordées pour le montant total des deux prêts par fusion des deux créances, de sorte que les intérêts de l'époux sont affectés pour le moins, en ce qui concerne la réalisation du gage relatif au domicile conjugal, auquel s'appliquera notamment l'article 215 du Code civil français et pour lequel il a signé l'acte notarié en sa qualité d'intervenant. Il s'en suit qu'il a suffisamment justifié son intérêt personnel à agir en justice et a donc qualité pour ce faire.

Le moyen de la société LANDSBANKI quant à la qualité à agir de l'époux n'est donc pas fondé.

La recevabilité des demandes

A La demande basée sur l'article 933 alinéa 1^{er} du NCPC

Il paraît important de souligner que l'ordonnance du juge des référés est exécutoire par provision, elle n'a pas autorité de chose jugée au principal mais seulement au provisoire.

Partant, les mesures ordonnées par le juge des référés ont toujours un caractère provisoire, elles ne peuvent être irréversibles, ce qui serait incompatible avec la nature du référé.

Il s'en suit que le juge des référés n'est pas appelé à juger le fond du droit et il ne peut pas « dire et juger »

Equivaut à une contestation sérieuse le fait de trancher une question de fond pour justifier la mesure sollicitée.

Le juge des référés saisi d'une demande sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} respectivement 933 du nouveau code de procédure civile n'a pas à trancher de difficulté relative à l'application ou à l'interprétation du contrat liant les parties mais doit simplement vérifier si les conditions pour l'institution d'une mesure conservatoire sont remplies.

Admettre le contraire reviendrait en fait et en droit à instaurer pour l'institution en référé de simples mesures conservatoires des pouvoirs appartenant au juge du fond.

La loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière :

Avant d'examiner les bases légales invoquées par les requérants, il convient d'examiner le moyen de LANDSBANKI tendant à soutenir qu'en tout état de cause toute demande visant à bloquer une procédure d'exécution d'un gage par voie de référé serait irrecevable au vu des dispositions de la directive 2002/47/CE du 6 juin 2002 sur les garanties financières et de l'article 20(4) de la loi du 5 août 2005 sur les garanties financières.

Or s'il est vrai que le prédit article 20(4) déclare inapplicables aux contrats de garantie financière un certain nombre de dispositions énumérées limitativement et dont notamment le

droit des procédures collectives, le texte ne déclare pas inapplicables aux contrats de garantie financière les règles issues du droit commun des contrats, ainsi que de la législation relative à la protection du consommateur.

Il découle cependant des considérants (17) de la prédite directive qui précise que la directive « *concilie cependant ces objectifs avec la protection du constituant de la garantie et des tiers en confirmant expressément la possibilité pour les Etats membres de conserver ou d'introduire dans leur législation nationale un contrôle a posteriori que les tribunaux peuvent exercer en ce qui concerne la réalisation ou l'évaluation de la garantie financière et le calcul des obligations financières couvertes. Ce contrôle devrait permettre aux autorités judiciaires de vérifier que la réalisation ou l'évaluation a été effectuée dans des conditions commerciales normales.* »

A ce propos, la Directive Collatéral confirme dans son considérant 17 la possibilité pour les Etats membres de conserver ou d'introduire dans leur législation nationale un contrôle *a posteriori* en ce qui concerne la réalisation ou l'évaluation de la garantie financière et le calcul des obligations financières couvertes. Or, un tel contrôle *a posteriori*, dans le cadre d'une action en responsabilité, reste parfaitement réalisable sans l'intervention du juge des référés au stade actuel de la procédure.

Mais il convient aussi et surtout d'examiner l'opportunité de la mesure par rapport à son caractère conservatoire et notamment par rapport à l'article 20 (4) de la loi du 16 août 2005 sur les garanties financières qui dispose qu' « à l'exception des dispositions de la loi du 8 décembre 2000 sur le surendettement, les dispositions du Livre III, Titre XVII du Code Civil, du Livre 1er Titre VIII et du Livre III du Code de commerce ainsi que les dispositions nationales ou étrangères régissant les mesures d'assainissement, les procédures de liquidation, les autres situations de concours et les saisies ou autres mesures visées au point b) de l'article 19 ne sont pas applicables aux contrats de garantie financière et aux contrats de compensation et ne font pas obstacle à l'exécution de ces contrats et à l'exécution par les parties de leurs obligations notamment de retransfert ou de rétrocession ».

Lors du dépôt de la loi, le Gouvernement a clairement marqué son intention de donner à cet article le caractère d'une loi de police et le texte a l'ambition de mettre les contrats de prises de garantie financière à l'abri d'une possible remise en cause et d'offrir ainsi aux organismes prêteurs un cadre dans lequel ils peuvent opérer en toute sécurité (voir l'exposé des motifs TP 5251 p. 20 sous article 20).

Certes, l'article en question n'interdit pas au juge des référés de prendre des mesures urgentes. Mais ce juge ne saurait toutefois prendre, comme en l'espèce, des mesures qui auraient pour conséquence de paralyser une partie des procédures de liquidation et qui rendraient inopérantes les dispositions aux termes desquelles l'exécution des contrats de garantie financière et l'exécution des obligations contractées par les parties en vertu de ces contrats se poursuit, nonobstant d'ailleurs toutes sortes de mesures coercitives prévues à l'article 19 (b) de la même loi.

Or, si l'exécution des contrats de garantie financière ne saurait être interrompue, a fortiori ne saurait-elle être remise en cause en référé par des mesures qui affectent les opérations déjà enregistrées.

Il s'ensuit que l'ordonnance de première instance est à réformer et que les mesures demandées sont irrecevables sur base de l'article 932, alinéa 1er du Nouveau Code de Procédure civile. (l'arrêt de la Cour d'Appel du 3 novembre 2010 nr du rôle 35824 LANDSBANKI / G.)

Ce moyen de la société LANDSBANKI en liquidation est dès lors à admettre en l'espèce.

La voie de fait ou le trouble illicite

Aux termes de l'article 933 alinéa 1er du nouveau code de procédure civile, le juge des référés peut toujours prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

Le dommage imminent de l'article 933 alinéa 1er du nouveau code de procédure civile est la voie de fait dont les circonstances font admettre qu'elle est sur le point de se produire incessamment et qu'il faut prévenir par des mesures appropriées.

Le trouble manifestement illicite est la voie de fait qui s'est déjà produite et qu'il s'agit de faire cesser, en général, par une mesure de remise en état.

La commission d'une voie de fait est constituée par des actes matériels qui préjudicient aux droits, aux biens ou aux prétentions d'autrui par l'usurpation matérielle des droits que leur auteur n'a pas. Le trouble dont la cessation est réclamée **doit être manifestement illicite**, c'est à dire, constituer une violation flagrante et illégale du droit d'une partie, à condition que ce droit soit certain et évident (cf. Cour d'appel 16 janvier 1989, no du rôle 10792).

Le trouble manifestement illicite concerne l'hypothèse d'une voie de fait déjà réalisée à laquelle il est demandé au juge des référés de mettre fin du moins provisoirement. La constatation du trouble manifestement illicite suppose l'existence d'un acte qui ne s'inscrit à l'évidence pas dans le cadre des droits légitimes de son auteur. L'exigence d'un trouble manifestement illicite implique que le comportement du défendeur est contraire à la morale, à la loi, au règlement ou à la convention. Si tel n'est pas le cas le trouble sera peut-être illicite, mais il ne le sera pas manifestement et il ne suffira dès lors pas à justifier le prononcé d'une mesure de remise en état.

Il y a lieu de relever que l'une des conditions pour qu'il y ait voie de fait au sens de l'article 933 alinéa 1^{er} précité est l'existence d'une attaque, d'une entreprise délibérée, par laquelle l'auteur porte atteinte aux droits d'autrui pour s'arroger un droit qu'il sait ne pas avoir ou pour se procurer un droit qu'il croit avoir mais qu'en réalité il n'a pas.

Il y a cependant lieu de rappeler que dans le cadre du référé-sauvegarde, le juge des référés doit se déclarer incompétent pour statuer sur une contestation touchant au principal. (Cour, 5 décembre 1995, n°s 17858 et 18739 du rôle ; Luxembourg (réf.), 9 septembre 1988, n° 1078/88).

Le juge des référés est toujours compétent pour faire cesser une voie de fait, c'est-à-dire un acte illégal portant préjudice à autrui.

Il appartient dès lors les époux **X.) / Y.)** qui invoquent une mise en œuvre illicite et abusive de l'exigibilité du prêt et de la réalisation des gages ,de justifier que la mise en oeuvre de ces

contrats est manifestement illicite, une simple contestation quant à la régularité formelle de la mise en œuvre de ces contrats étant insuffisante pour justifier une mesure aussi incisive que celle de la suspension des effets de la mise en demeure ou de l'exigibilité immédiate du prêt, dans l'attente de l'issue de plainte pénale, ou dans l'attente de l'issue de l'instance au fond sur la validité de l'opération de crédit liant les parties,

1) En ce qui concerne la violation des relations contractuelles entre les parties demanderesse et la société LANDSBANKI par la procédure mise en œuvre par le liquidateur

En l'occurrence, les époux X.) / Y.) soutiennent que la partie défenderesse aurait commis des violations de ses obligations contractuelles notamment en décidant l'exigibilité immédiate des prêts et en réalisant les gages.

L'interprétation des termes des contrats pour déterminer les obligations respectives de part et d'autre et la validité et l'interprétation régulière de la clause 9.3, notamment l'appréciation du calcul de la couverture du ratio et par la suite de la régularité de la réalisation du gage sont des questions qui relèvent de la compétence du juge du fond.

La question se pose en l'occurrence, à l'occasion de la demande basée sur les contrats signés entre parties, qui ne sont pas résiliés et dont les obligations réciproques sont contestées de part et d'autre, quels sont les pouvoirs d'interprétations ou d'application de tels actes par le juge des référés.

Si le juge des référés peut appliquer un contrat dont les termes sont clairs, il ne saurait interpréter une convention dont le contenu et l'interprétation des clauses sont contestée entre les parties, sous peine de porter préjudice au fond.

Il doit en être de même pour l'application des mesures sollicitées sur base de l'article 933 alinéa 1 par les époux X.) / Y.).

Il résulte des développements du liquidateur de la société LANDSBANKI, qu'il conteste toute faute dans la gestion du prêt et des investissements faits au nom des époux, sinon toute violation de ses obligations contractuelles ou autres à l'égard de ces parties.

Les époux X.) / Y.) contestent le mode de calcul du ratio de couverture et soutiennent que le taux de couverture était garanti au moment la dénonciation du prêt et la réalisation des gages auraient été illicites.

En l'espèce, les parties sont notamment contraires quant à l'interprétation de l'article 9.3 du contrat et quant au mode de calcul du ratio de couverture.

L'article 9.3 dudit contrat dispose ce qui suit :

.....

"Si le ratio de couverture de gagerie se monte à 90% du montant du prêt, tel que calculé par le prêteur, suivant la procédure de calcul, le prêteur aura la possibilité, sans aucune notification écrite préalable, mais pas l'obligation de:

réclamer le remboursement immédiat du prêt,

exiger de l'emprunteur qu'il rétablisse un ratio de couverture de gagerie de plus de 100%; ou,

liquider la garantie et en utiliser le produit pour rembourser le prêt, y compris les intérêts accumulés et les frais correspondants, après avoir adressé à l'emprunteur une injonction de payer sous trois (3) jours bancaires par lettre recommandée."

La régularité de l'exigibilité immédiate des prêts respectivement de la réalisation des gages est dès lors à apprécier par rapport aux clauses des contrats de prêt et de gage signés entre parties.

Il y a lieu de relever que l'envoi de la mise en demeure critiquée par époux X.) / Y.) a été faite par lettre recommandée à Madame Y.), de sorte que la prétendue violation des contrats signés entre parties pour ce motif est à déclarer non fondée.

Les parties demanderesses sollicitent les mesures réclamées en raison de la prétendue violation par la société LANDSBANKI des termes de cet article 9.3.

Il y a lieu de relever qu'il découle de cet article accepté par la signature de Madame Y.), que la société LANDSBANKI représentée par son liquidateur avait le choix facultatif de plusieurs moyens au moment de constater que le ratio de couverture de gagerie n'était plus suffisant et garanti à calculer par le prêteur et qu'elle a d'abord fait le choix de réclamer le remboursement immédiat des dettes contractées par Madame Y.) et ensuite en raison de l'inexécution du remboursement immédiat et intégral des prêts par Madame Y.), le liquidateur a réalisé les gages tel que prévu dans les documents signés entre parties.

Il n'y a donc pas violation apparente de la part du liquidateur de cette clause.

Au vu du prédit article 9.3 du contrat, le liquidateur de la société LANDSBANKI est en droit de faire appel à des garanties additionnelles du moment que suite à une fluctuation de la valeur des titres sur le marché boursier, la valeur du portefeuille nanti ainsi que le montant remis en espèces ne couvrent plus entièrement le prêt accordée. Dès lors, faute par Madame Y.) d'établir que la valeur actuelle des actifs donnés en gage était suffisante pour garantir le ratio de couverture et le prêt, le prédit article 9.3 autorise le liquidateur de la société LANDSBANKI à réaliser les titres donnés en nantissement.

A cet effet il convient de rappeler qu'il est admis que le juge des référés peut appliquer un contrat dont les termes sont clairs et qui ne nécessite aucune interprétation. Sans pouvoir dire le fond du droit, le juge des référés se contente d'une apparence de droit et examine si les droits revendiqués par une partie sont sérieusement contestables ou non.

Si l'interprétation de cette clause et la mise en mouvement de la procédure conséquente ainsi que de la réalisation des gages, par rapport au mode de calcul du ratio de couverture par le prêteur peuvent donner lieu à des interprétation différentes, selon les modes de calcul divergents proposés par les époux X.) / Y.) et par le liquidateur de la société LANDSBANKI, cette appréciation y compris quant à la validité de cette clause et son exécution en bonne foi, revient au juge du fond, qui en cas de faute ou de violation constatée, pourra le cas échéant rectifier le tir et allouer dommages-intérêts aux demandeurs.

Il s'en suit que les violations alléguées répondant aux critères précités ne peuvent être analysées et retenues, pour autant que ce pouvoir appartiendrait au juge des référés.

En l'espèce, l'examen superficiel et rapide des pièces versées en cause ne permet pas de relever des violations contractuelles par la société LANDSBANKI tant dans la gestion des prêts que dans la réalisation des gages constituant une voie de fait ni un trouble manifestement illicite.

Pour ce faire, le juge des référés devrait procéder à un examen non sommaire de la demande en fait et en droit, alors cependant que le juge des référés est le juge de l'évident et de l'incontestable; en effet, en présence des arguments contradictoires développées par les parties en cause, il n'est pas sûr dans quel sens trancherait le juge du fond s'il venait à être saisi des contestations de part et d'autre.

Il en est ainsi des arguments de les époux X.) / Y.) relevant de la nullité de l'article 9.3 et que la clause d'exigibilité aurait été invoquée à tort et de mauvaise foi pour les motifs exposés dans l'exploit d'assignation.

Une analyse sommaire des pièces par le juge des référés permet ainsi de retenir que l'exigibilité des sommes redues au titre des contrats de prêt échus et non remboursés est dès lors intervenue dans des conditions apparentes de régularité.

Il ressort en effet de l'article 9.3 que la société LANDSBANKI qu'en cas l'existence d'un cas de manquement, le bénéficiaire des gages peut s'approprier et réaliser les gages sans autre notification ni information préalables.

En l'espèce, cette procédure fut respectée.

Cette réalisation des gages est conforme à la convention des parties et aux dispositions de la loi du 5 août 2005 sur les contrats de garantie financière.

Il ressort des développements qui précèdent que la réalisation des gages sur les avoirs de les époux X.) / Y.) fut faite dans des conditions de régularité apparentes.

Il en suit qu'en s'appropriant les avoirs, le liquidateur représentant le créancier gagiste a agi conformément aux stipulations contractuelles et en concordance avec la loi.

Il en suit que l'attitude de la société LANDSBANKI représentée par son liquidateur n'est pas constitutive d'une voie de fait ni d'un trouble manifestement illicite, de sorte que la demande est irrecevable pour autant qu'elle est basée sur l'article 933, alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

Par ailleurs si le montage litigieux et les garanties financières données peuvent faire l'objet d'un contrôle a posteriori, de sorte que si la Banque en liquidation a engagé sa responsabilité, et qu'il y a lieu à indemnisation, il n'y a pourtant pas lieu de remettre en cause, en référé, la réalisation des garanties financières en édictant des mesures dites de suspension d'effet. (cf arrêt de la Cour d'Appel 3 novembre 2010 nr du rôle 35824 LANDSBANKI / G.).

Il en est de même dans la présente espèce.

2) En ce qui concerne les contestations relatives au trouble et l'illicéité du trouble

Pour le surplus si le juge des référés ne peut préjuger le fond, il peut fonder sa décision sur une situation de fait ou de droit qui n'est pas ou ne peut pas être sérieusement contestée. La demande est irrecevable lorsque la contestation porte soit sur l'existence même du trouble allégué, soit sur le prétendu caractère manifestement illicite de ce trouble (Cour 26 janvier 1993, no du rôle 14772).

La partie défenderesse conteste l'existence même du trouble allégué sinon l'illicéité du trouble invoqué, contestation qui est néanmoins de la seule compétence des juges du fond.

La demande est partant encore irrecevable sur base de l'article 933 alinéa 1er du nouveau code de procédure civile pour ce motif.

3) Les autres mesures réclamées

Les époux X.) / Y.) demandent encore d'enjoindre à la société LANDSBANKI suivant les termes de leurs conclusions *Voir enjoindre la partie défenderesse de produire l'historique et les relevés de comptes nr 3082415 et 3061302.*

La demande additionnelle en injonction de verser les pièces requise est irrecevable pour les mêmes motifs.

B) La demande basée sur l'article 933 alinéa 2 du NCPC

Les époux X.) / Y.) demandent la condamnation par provision du liquidateur **es qualité** de la société LANDSBANKI à des dommages-intérêts pour un montant de 5000.- €.

La contestation sérieuse fait obstacle au pouvoir du juge des référés.

La demande en allocation de dommages et intérêts nécessitant une appréciation au fond du litige, le juge des référés est incompétent pour connaître de cette demande.

Il s'ensuit que la demande est à déclarer irrecevable en tant que basée sur l'article 933, alinéa 2 du nouveau code de procédure civile.

Les parties X.) / Y.) succombant dans leurs demandes, elles sont à débouter de leurs demandes en octroi d'une indemnité de procédure.

La société LANDSBANKI ne justifiant pas de l'iniquité requise par l'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, il y a lieu de rejeter sa demande afférente sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS :

Nous Brigitte KONZ, Vice-Présidente au tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement;

recevons la demande en la pure forme;

Nous déclarons compétent pour en connaître;

déclarons non fondé le moyen tiré du défaut de la qualité à agir de **X.**);

déclarons irrecevable la demande sur base de l'article 933 du Nouveau Code de Procédure Civile ;

rejetons les demandes basés sur l'article 240 du NCPC ;

condamnonnons les parties demanderesses aux frais et dépens de l'instance;