

N° 136 / 2019
du 31.10.2019.
Numéro CAS-2018-00099 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg
du jeudi, trente et un octobre deux mille dix-neuf.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Romain LUDOVIC, conseiller à la Cour de cassation,
Carlo HEYARD, conseiller à la Cour de cassation,
Michel REIFFERS, conseiller à la Cour de cassation,
Nathalie HILGERT, conseiller à la Cour d'appel,
Serge WAGNER, premier avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

1) A), demeurant à (...),

2) la société civile immobilière SOC1), établie et ayant son siège social à (...),
représentée par son représentant légal, inscrite au registre de commerce et des
sociétés de Nice sous le numéro (...),

demandeurs en cassation,

comparant par Maître Moustapha NOUASSI, avocat à la Cour, en l'étude duquel
domicile est élu,

et:

1) la société anonyme SOC2), en liquidation judiciaire, dont le siège social est situé
à (...), inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),
représentée par son liquidateur judiciaire, Maître B), avocat à la Cour,

2) Maître B), avocat à la Cour, prise en sa qualité de liquidateur de la société
anonyme SOC2), demeurant à (...),

défenderesses en cassation,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, inscrite à la liste
V du tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle
domicile est élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître Philippe
DUPONT, avocat à la Cour.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 95/18, rendu le 11 juillet 2018 sous le numéro 43995 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 8 octobre 2018 par A) et la société civile immobilière SOC1) (ci-après « *la société SOC1* ») à la société anonyme SOC2), en liquidation judiciaire (ci-après « *la société SOC2* »), et à Maître B), prise en sa qualité de liquidateur de cette société, déposé le 9 octobre 2018 au greffe de la Cour ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 3 décembre 2018 par la société SOC2) et Maître B), ès qualités, à A) et à la société SOC1), déposé le 4 décembre 2018 au greffe de la Cour ;

Sur le rapport du conseiller Carlo HEYARD et les conclusions du procureur général d'Etat adjoint John PETRY ;

Sur les faits :

Selon l'arrêt attaqué, A) avait conclu un contrat de prêt avec la société SOC2). Les parts sociales de la société SOC1) avaient été nanties en garantie du prêt. Saisi par Maître B), ès qualités, et par la société SOC2) d'une demande en remboursement du prêt dirigée contre A) et d'une demande en déclaration de jugement commun dirigée contre la société SOC1), le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait déclaré la demande dirigée contre A) fondée et avait déclaré le jugement commun à la société SOC1). Sur appel de A) et de la société SOC1), la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris.

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :

Les défenderesses en cassation soulèvent l'irrecevabilité du pourvoi au motif que le mémoire en cassation omettrait d'indiquer les dispositions attaquées de l'arrêt, ni les moyens ni les conclusions du mémoire ne permettant d'identifier celles-ci.

L'article 10, alinéa 1, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation impose au demandeur en cassation de préciser « *les dispositions attaquées de l'arrêt ou du jugement (...) La désignation des dispositions attaquées [étant] considérée comme faite à suffisance de droit lorsqu'elle résulte nécessairement de l'exposé des moyens ou des conclusions.* ».

Il résulte du dispositif du mémoire en cassation et de l'exposé des moyens que la cassation de l'arrêt attaqué est demandée en ce qu'il a confirmé la décision de première instance ayant déclaré la demande en remboursement du prêt fondée.

Les demandeurs en cassation ont donc précisé à suffisance les dispositions attaquées de l'arrêt entrepris.

Le premier moyen d'irrecevabilité du pourvoi n'est donc pas fondé.

Les défenderesses en cassation soulèvent encore l'irrecevabilité du pourvoi au motif que les demandeurs en cassation feraient, dans le mémoire, référence à des pièces qui n'auraient pas été déposées avec celui-ci.

Aux termes de l'article 10, alinéa 4, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation « *Le mémoire indiquera, s'il y a lieu, les pièces déposées à l'appui du pourvoi. Les pièces non indiquées dans le mémoire ou produites après l'expiration des délais déterminés ci-avant seront écartées du débat .»*.

L'omission de déposer les pièces discutées dans le mémoire avec celui-ci ne constitue pas une cause d'irrecevabilité du pourvoi.

Le second moyen d'irrecevabilité du pourvoi n'est donc pas non plus fondé.

Sur les premier et deuxième moyens de cassation réunis :

le premier, « *Procédure contraire à l'article 6-1 Convention Européenne des droits de l'Homme*

Les refus des juges du fond d'ordonner la communication d'éléments comptables et d'instituer les mesures d'instruction nécessaires ont empêché la demanderesse en cassation de pouvoir préparer utilement sa défense.

D'autant plus que ces mêmes juges du fond ont reproché à la demanderesse en cassation la non production de preuve qu'ils ont eux-mêmes rendu impossible puisque ces documents étaient fallacieusement retenus par les défenderesses en cassation.

Ceci est une violation manifeste et grave des droits de la défense garantis par notre Constitution et l'article 6-1 Convention Européenne des droits de l'Homme.

En conséquence, l'arrêt attaqué encourt la cassation. »

et

le deuxième, « *Procédure contraire à l'article 6-1 Convention Européenne des droits de l'Homme*

Les juges du fond ont motivé leur décision sur une pièce très contestable et contestée dite courrier << officiel >> de Soc3), ayant des accointances avec une des parties défenderesse en cassation, est une violation manifeste et grave des droits de la défense garantis par notre Constitution et l'article 6-1 de la Convention Européenne des droits de l'Homme.

En conséquence, l'arrêt attaqué encourt la cassation. »

Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, un moyen ou un élément de moyen ne doit, sous peine d'irrecevabilité, mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture.

Chacun des deux moyens articule, d'une part, la violation de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, d'autre part, une disposition, non autrement précisée, de la Constitution, partant deux cas d'ouverture distincts.

Il en suit que les moyens sont irrecevables.

Sur le troisième moyen de cassation :

« Procédure contraire notamment à l'article 6-1 de la Convention Européenne des droits de l'Homme respectivement au Règlement (CE) 44/2001

Le pénal tenant le civil en l'état, c'est à tort que les juges du fond qu'il n'y avait pas lieu de sursoir à statuer.

Au motif de suivre une jurisprudence aujourd'hui dépassée, selon laquelle : << la poursuite d'une infraction devant une juridiction étrangère ne suspend pas l'exercice au Luxembourg des actions civiles nées de cette infraction, étant donné que cette règle ne reçoit application qu'au cas où l'action pénale est engagée devant une juridiction indigène >>.

Quoiqu'il en soit, cette discrimination concernant des poursuites faites dans un autre Etat-Membre, la France, est une violation caractérisée du Droit Communautaire Européen subsidiairement cela est une violation manifeste et grave des droits de la défense garantis par notre Constitution plus subsidiairement une violation gravissime de l'article 6-1 Convention Européenne des droits de l'Homme plus subsidiairement encore une violation inacceptable du Règlement (CE) 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000. ».

L'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation dispose que chaque moyen ou chaque branche doit préciser, sous peine d'irrecevabilité, le cas d'ouverture invoqué, la partie critiquée de la décision et ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué.

Le moyen, pris en ses premier, deuxième et quatrième ordres de subsidiarité, en omettant d'indiquer les dispositions légales violées, manque de la précision requise.

Le moyen, pris en son troisième ordre de subsidiarité, manque à son tour de la précision requise en ce qu'il n'indique pas en quoi la décision encourt le reproche allégué.

Il en suit que le moyen est irrecevable.

Sur le quatrième moyen de cassation :

« Irrecevabilité de la procédure initiale constituant un abus de droit contraire à l'article 6-1 du Code civil

Les juges du fond ont rejeté à tort le moyen du défaut d'intérêt à agir et ont ainsi à tort validé l'abus de droit caractérisé des défenderesses en cassation qui disposaient déjà d'un titre exécutoire, en cherchant un second titre sans intérêt.

En plus d'encombrer les prétoires, ceci un abus de droit caractérisé.

Au demeurant, les juges du fond ont motivé leur décision, en se basant sur une jurisprudence étrangère contraire à l'article 6-1 de notre Code civil.

En conséquence, l'arrêt attaqué encourt la cassation. ».

Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen ou chaque branche doit préciser, sous peine d'irrecevabilité, en quoi la décision attaquée encourt le reproche allégué.

Le moyen ne renseigne ni en quoi le rejet, par la Cour d'appel, de l'exception d'irrecevabilité soulevée par les demandeurs en cassation aurait validé un abus de droit et constituerait une violation de la disposition visée, ni en quoi la jurisprudence étrangère citée par la Cour d'appel serait contraire à l'article 6-1 du Code civil.

Il en suit que le moyen est irrecevable.

Sur le cinquième moyen de cassation :

« Action prescrite en application de l'article L 218-2 du Code de consommation français

C'est à tort que les juges du fond ont retenu que la loi applicable au litige est la loi luxembourgeoise en prétendant que les demanderesses en cassation ne l'auraient pas remis en cause en se basant sur l'article 5-2 de Convention de Rome

Tout en retenant que les << appelants ont invoqué la qualité de consommateurs pour voir faire échec aux clauses de détermination de la loi applicable contenues dans les contrats qu'ils ont signés >>.

En effet, 5-2 de Convention de Rome dispose que : << le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent la loi du pays où il a sa résidence habituelle :

- si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays, d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat >>.

Et il est précisé dans l'article 5-3 : « Nonobstant les dispositions de l'article 4...ces contrats sont régis par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 ... ».

C'est à tort que la règle protectrice de l'article 5-2 de la Convention de Rome a été écartée par les juges du fond en se basant sur les dispositions de l'article 5-4 de la Convention de Rome.

En conséquence, l'arrêt attaqué encourt la cassation. ».

L'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation dispose que chaque moyen ou chaque branche doit préciser, sous peine d'irrecevabilité le cas d'ouverture invoqué, la partie critiquée de la décision et ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué.

Le moyen constitue un amalgame de considérations de droit non autrement structuré qui ne répond pas aux conditions de clarté et de précision requises par la disposition précitée, étant donné que, tel qu'il est formulé, il ne permet pas à la Cour d'en déterminer le sens et la portée.

Il en suit que le moyen est irrecevable.

Sur le sixième moyen de cassation :

« Quant à la nullité du contrat

C'est à tort que les juges du fond retiennent arbitrairement la date de 2008 comme celle où les parties demandresses à cassation auraient découvert les circonstances constitutives de l'erreur et n'ont pas déclaré la nullité des contrats et la clause 9.3 des contrats, en application des articles 1304 du Code civil et 452 du Code de commerce.

L'alinéa 2 de l'article 1304 du Code civil dispose que dans le cas de l'erreur ou de dol, ce temps ne court que du jour où ils ont été découverts.

Les juges du fond ont confondu l'information selon laquelle (SOC2) « a procédé de manière insidieuse à une vente progressive d'une grande partie des titres ... » des parties demandresses en cassation, ce qui est un problème de mauvaise exécution contractuelle avec la découverte des circonstances constitutives de l'erreur ayant vicié le consentement à contracter.

En conséquence, l'arrêt attaqué encourt la cassation. ».

Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, un moyen ou un élément de moyen ne doit, sous peine d'irrecevabilité, mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture.

Le moyen articule, d'une part, la violation de l'article 1304, alinéa 2, du Code civil qui dispose que dans le cas d'erreur ou de dol, le délai de prescription de l'action en nullité ne court qu'à partir du jour où l'erreur ou le dol ont été découverts et, d'autre part, la violation de l'article 452 du Code de commerce qui dispose qu'à partir du jugement déclaratif de la faillite, toute action mobilière ou immobilière, toute voie d'exécution sur les meubles ou les immeubles ne pourra être suivie, intentée ou exercée que contre le curateur de la faillite, partant deux cas d'ouverture distincts.

Il en suit que le moyen est irrecevable.

Sur le septième moyen de cassation :

« Quant à la clause potestative

C'est à tort que les juges du fond ont rejeté le moyen tiré de l'existence d'une clause potestative

La potestativité consiste à faire dépendre l'exécution d'un contrat d'un événement qu'il est au pouvoir d'une des parties de provoquer ou d'empêcher.

Il convient toutefois de distinguer entre des conditions purement potestatives et simplement potestatives.

Les conditions simplement potestatives sont des conditions qui dépendent à la fois de l'action d'un contractant et d'un événement extérieur. La réalisation d'un acte peut en effet découler d'un événement extérieur. A ce titre une condition simplement potestative n'est pas nulle.

En revanche, les conditions purement potestatives dépendent de la seule décision d'une des parties et soumettent l'exécution d'une obligation à l'unique bon vouloir d'une partie.

A ce titre elle est nulle et susceptible d'entraîner la nullité du contrat

Examinons donc le contrat Equity Release de la partie défenderesse en cassation SOC2) (voir document 1).

Contrat de prêt

9.3 Si le Ratio de Couverture de Garantie se monte à 90% du montant du Prêt, tel que calculé par le Prêteur le cas échéant, suivant la Procédure de Calcul, le Prêteur aura la possibilité, sans aucune notification écrite préalable, mais pas l'obligation de :

(a) réclamer le remboursement immédiat du Prêt ;

(b) exiger de l'Emprunteur qu'il rétablisse un Ratio de Couverture de Garantie de plus de 100% ;

ou

(c) liquider les Biens Nantis 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 ouvrés par lettre recommandée.

10.1 Le Prêteur sera, à son entière discrétion, habilité à augmenter la Marge le cas échéant. Le Prêteur informera l'Emprunteur par écrit, un (1) mois à l'avance, de toute augmentation de Marge.

Aucune de ces dispositions ne sembleraient ainsi potestatives.

Il convient de se reporter à la définition 1.5, a dessein séparée du corps du contrat, et notamment de son article 10, qui stipule :

<< L'expression ''Procédure de Calcul'' désignera la procédure permettant de calculer le Ratio de Couverture de Gagerie. Le Prêteur fixe la procédure applicable audit calcul, le cas échéant à son entière discrétion. Du fait des risques du marché relatifs aux Biens Nantis, le Prêteur pourra appliquer à ce calcul une valeur différente de celle du marché. La valeur applicable étant fixée par le Prêteur, le cas échéant à son entière discrétion. >>

Ainsi si l'article 10.1 confère au prêteur la liberté d'augmenter la marge (= le ratio de couverture) pour tenir compte des risques du marché, la définition 1.5 lui permet de fixer la valeur des titres en portefeuille et de leur attribuer une valeur différente de leur valeur réelle, puisque la seule valeur réelle est celle du marché.

La potestativité est ici totale puisque :

- 1) le prêteur pourra à son entière discrétion augmenter la marge,*
- 2) le prêteur pourra appliquer au calcul de la marge une valeur de son choix différente de la valeur réelle des titres.*

L'élément extérieur et objectif, cher au Code civil, n'existe donc pas et seule existe la volonté d'un seul des contractants. Or lorsque la réalisation de la condition dépend de la seule volonté d'un seul des contractants, la condition est dite purement potestative. Du reste, l'ancien article 1170 du Code civil disposait que << La condition potestative est celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher >>, ce qui est ici le cas car la partie défenderesse en cassation SOC2) a le droit :

- 1) d'augmenter la marge (le ratio de couverture)*
- 2) d'appliquer à cette marge la valeur qu'elle veut ;*

Autrement dit, elle peut à tout moment et discrétionnairement, liquider les biens nantis et mettre son client en défaut.

Non seulement la partie défenderesse en cassation SOC2) peut :

- (1) d'une part augmenter la marge, et*

(2) *d'autre part donner aux titres la valeur de son choix, << à son entière discrétion >>, mais elle peut en outre*

(3) *<< fixer la procédure applicable audit calcul (calcul du ratio de couverture) à son entière discrétion >>. (Contrat de prêt article 1.5)*

Ainsi l'arbitraire ne concerne pas seulement deux éléments mais trois et il rend le contrat parfaitement illisible, mais la potestativité est indubitable.

En conséquence, l'arrêt attaqué encourt la cassation. ».

L'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation dispose que, sous peine d'irrecevabilité, le moyen doit préciser le cas d'ouverture invoqué.

Le moyen n'indique pas le texte de loi qui aurait été violé.

Il en suit qu'à défaut de précision du cas d'ouverture invoqué, le moyen est irrecevable.

Sur les demandes en allocation d'une indemnité de procédure :

Les demandeurs en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, leurs demandes en allocation d'une indemnité de procédure sont à rejeter.

Il serait inéquitable de laisser à charge de la société SOC2), défenderesse en cassation, l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient de condamner chacune des parties demanderesses en cassation à lui payer une indemnité de procédure de 1.500 euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

rejette les demandes en allocation d'une indemnité de procédure des parties demanderesses en cassation ;

condamne chacune des parties demanderesses en cassation à payer à la société anonyme SOC2), en liquidation judiciaire, une indemnité de procédure de 1.500 euros ;

condamne les parties demanderesses en cassation aux dépens de l'instance en cassation.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Jean-Claude WIWINIUS, en présence de Monsieur Serge WAGNER, premier avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.