

Arrêt civil.

Audience publique du dix-neuf décembre deux mille sept.

Numéro 29874 du rôle.

Composition:

*Léa MOUSEL, président de chambre;
Françoise MANGEOT, conseiller;
Gilbert HOFFMANN, conseiller, et
Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

E n t r e :

*1) X.), gérant de société, demeurant à (...),
2) Y.), gérant de société, demeurant à (...),
appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Guy Engel
de Luxembourg en date du 10 décembre 2004,
comparant par Maître Lex Thielen, avocat à Luxembourg,
e t :*

***ING LUXEMBOURG société anonyme**, anciennement Crédit Européen
société anonyme, établie et ayant son siège social à Luxembourg, 52,
route d'Esch,
intimée aux fins du susdit exploit Guy Engel,
comparant par Maître Alex Schmitt, avocat à Luxembourg.*

LA COUR D'APPEL:

X.) et Y.) ont, par exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 24 février 2003, fait donner assignation à la société anonyme ING LUXEMBOURG S.A. (ci-après ING) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour l'entendre condamner à leur rembourser les sommes perdues d'un montant de 58.304.- € et à leur régler une indemnité de procédure de 3.000.-€ en vertu de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

X.) et Y.) entendaient engager la responsabilité contractuelle de la banque, leur mandataire, à l'occasion d'opérations boursières s'étant avérées déficitaires.

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par jugement contradictoire du 9 novembre 2004, débouté X.) et Y.) de toutes leurs demandes, rejeté la demande de ING basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile et condamné X.) et Y.) in solidum aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Alex SCHMITT.

Le tribunal a d'abord retenu que les parties étaient, en ce qui concerne les opérations de bourse, liées par un contrat de mandat simple, de sorte que la banque était obligée de suivre les instructions de ses clients lors de l'achat et de la vente de titres ; qu'en vertu de la « Décharge TTTT » conclue entre parties la banque était autorisée à prouver la réalité des ordres passés par ses propres écritures ; qu'une telle convention n'est pas nulle puisqu'elle tient compte à la fois des intérêts du client de se dispenser de tout formalisme pour donner ses ordres et de l'intérêt de la banque de ne pas prouver les ordres par un élément autre que ses propres signatures ; que les clients n'étaient d'ailleurs obligés ni de signer une telle convention, ni de communiquer par les moyens y prévus dans le cadre du fonctionnement de leur compte. La juridiction du premier degré en a déduit que les ordres signés et non signés prouvaient toutes les instructions données et effectuées de sorte que les mandants restaient en défaut de prouver de ce chef une violation par ING de ses obligations.

Le tribunal a, encore, admis que le banquier assume en principe une obligation de conseil et d'information envers son client dans les opérations de placement, acquisition ou ventes décidées par ce dernier ; que cette obligation de moyens doit être appréciée selon les principes généraux par comparaison avec la conduite du professionnel normalement diligent et prudent placé dans les mêmes conditions intrinsèques et donc au vu du niveau de connaissances et des demandes de renseignement du client ; que la charge de la preuve du non respect par la banque de ses obligations incombe au client et qu'une telle preuve n'a pas été rapportée en l'espèce. Il a notamment relevé à cet égard qu'il résultait « *de l'historique des relations contractuelles que, depuis l'ouverture du compte, les demandeurs ont investi en bourse... qu'ils restent en défaut d'indiquer à propos de quelles opérations la banque les aurait mal conseillés, se contentant de se présenter comme des profanes du marché des valeurs mobilières qui auraient été amenés par la banque à se transformer d'investisseurs conservateurs en spéculateurs avec comme conséquence la diminution conséquente de leur portefeuille....* » et « *Ils*

n'affirment par ailleurs point avoir demandé des renseignements de la part de la banque sur les opérations qu'ils se proposaient de réaliser et il résulte au contraire des attestations des témoins T.1.) et T.2.) que ce sont les demandeurs qui, affirmant disposer de suffisamment d'autres fonds, ont recherché un rendement supérieur par des investisseurs en bourse, malgré mises en garde qui leur étaient adressées à ce propos ».

La juridiction du premier degré a, encore relevé qu'il découlait de la fiche courrier versée en cause « *qu'après le premier retrait de courrier du 14 juin 2001, un seul ordre d'achat de titres pour un montant légèrement supérieur à 2.000.-€ fut donné* » et que la première réclamation datait du mois de juin 2002. « *Or, lorsque la banque ne fait qu'exécuter les instructions du client, le silence gardé à la réception des extraits établit la conformité des opérations effectuées par la banque aux instructions du client, la jurisprudence transposant à l'exécution des ordres de bourse, le droit commun du mandat de l'article 1998 du code civil (cour d'appel 9.2.1999 n° 15.240 du rôle et cour d'appel 2.7.1997 n° 18.242 du rôle)* ».

X.) et Y.) ont, par exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 4 décembre 2004, régulièrement relevé appel de cette décision.

Ils concluent à la réformation du jugement de première instance et sollicitent en ordre principal l'admission de leur demande en remboursement du susdit montant de 58.304.-€, l'annulation de la « Décharge TTTT », sinon des clauses 5 et 6 de cette décharge, ainsi que le rejet des témoignages des employés d'ING, sinon de T.2.) et T.1.). Les appelants requièrent en ordre subsidiaire l'institution d'une expertise ayant pour objet de « *concilier les parties si faire se peut, à défaut déterminer la liste de toutes les opérations passées par la Banque sur le compte des requérants, déterminer la liste des opérations pour lesquelles les requérants n'ont pas donné leur consentement, établir le montant du préjudice subi par les requérants du fait de ces opérations* ».

Ils demandent enfin l'allocation d'indemnités de procédure d'un import de 1.500.-€ pour la première instance et de 500.-€ pour l'instance d'appel.

La société intimée conclut à la confirmation de la décision entreprise et au rejet de l'appel.

Elle requiert de son côté une indemnité de procédure de 1.000.-€.

Résumé des faits

Les faits suivants sont incontestés.

X.) et Y.) ont signé auprès du CREDIT EUROPEEN, agence 32000 :

- le 17 novembre 2000 un document intitulé « *Demande d'Entrée en Relation Ouverture de Compte/s pour Personnes Physiques* » ; il y était indiqué que le numéro client était 332-158 et que le compte visé était le compte chiffré HL 320/8693 ;

- les Conditions Générales de la Banque ;

- un document dénommé « *Fiche Courrier des Comptes Chiffrés* » comportant un spécimen de leurs signatures respectives et prévoyant que les titulaires du compte chiffré HL 320/8693 autorisent la Banque à « *délivrer tous extraits, relevés et avis relatifs à ce code ou toute autre correspondance leur adressée auprès de l'agence 32000 à la/aux personne(s) dont la signature est conforme au spécimen figurant ci-dessous* » ;

- un document qualifié « *Décharge TTTT* » et énonçant « *Nous demandons d'exécuter, sans préjudice des dispositions de vos " Conditions Générales "actuellement en vigueur, auxquelles nous avons adhéré, par le débit de notre (nos) compte(s) mentionnés ci-dessus, tous ordres que nous vous transmettrons par : téléphone, télécopie ou tout autre moyen de communication, aux conditions suivantes : nous déclarons connaître et accepter tous les risques liés à l'utilisation de ces moyens de communication, assumer en toutes circonstances l'entière responsabilité de toute conséquence dommageable qui pourrait résulter de l'acceptation et de l'exécution par votre Banque, des ordres ainsi donnés, notamment quant aux erreurs, omissions ou retards survenus lors de l'exécution de tels ordres. Nous renonçons dès lors à élever quelque contestation que ce soit de manière que votre Banque ne subisse de préjudice de l'exécution de ces ordres.*

La Banque a la faculté, sans y être cependant obligée en aucune manière, d'exiger du donneur d'ordre tous renseignements propres à confirmer son identité. La Banque est autorisée à refuser l'exécution d'ordres donnés par ces moyens de communication si elle a des doutes quant à leur auteur ou leur authenticité ou pour tout autre motif dont elle n'aura pas à justifier. La Banque n'encourt aucune responsabilité en pareilles circonstances.

Nous acceptons et considérons comme valable l'exécution de ces ordres par votre Banque.

Les écritures de votre Banque prouvent à elles seules que de tels ordres ont été donnés tels qu'ils ont été exécutés.

Pour autant que de besoin et par dérogation à l'article 1341 du code civil, la Banque sera admise à apporter la preuve de tels ordres par toute voie de droit, et notamment par témoignage ».

Les 20 novembre et 21 décembre 2000, les montants de respectivement 2.000.000.- francs et 1.000.000.- francs furent versés sur le compte courant n° 16-332-158 par un titulaire du compte HL 320/8693.

La réalisation par les appelants d'opérations boursières au moyen des fonds versés sur le compte litigieux fut décidée avec la banque.

La banque devait, de l'intention des deux parties, se charger de l'exécution des ordres boursiers à recevoir de ses clients. Il n'était pas prévu que la gestion d'un portefeuille privé, dite gestion discrétionnaire, lui soit confiée.

Les ordres expressément signés par l'un des titulaires du compte comporte, immédiatement au-dessus de la signature, la mention suivante : *« Je déclare avoir reçu ou ne pas avoir souhaité recevoir les informations nécessaires afin d'évaluer le risque encouru dans le cadre des opérations pouvant être effectuées avec les valeurs ci-dessus référencées. De ce fait, je dégage la Banque de toute responsabilité quant aux conséquences liées à la réalisation de mon offre »*. La signature du client est, sur les ordres d'achat et de vente d'actions, immédiatement précédée de l'indication *« (convention TTTT existante) »*. Le courrier afférent audit compte fut retiré à l'agence de Dudelage les 14 juin 2001 et 4 juin 2002 par un titulaire et les réclamations des appelants datent de cette dernière époque.

Prétentions actuelles des parties

Les appelants avancent que le susdit compte avait été ouvert pour garantir la prise en leasing d'une voiture auprès d'une filiale du CREDIT EUROPEEN et que les sommes déposées n'étaient pas destinées à la spéculation, mais devaient être gérées de manière très sûre afin de préserver la garantie prévue par la filiale concernée. Après plusieurs semaines de fonctionnement du compte, les appelants se seraient laissé convaincre par les employés de la banque d'investir dans des opérations boursières du type achat d'obligation, décrites par la banque comme ne présentant pas de risques. X.) et Y.) insistent à ce sujet sur le fait que la Banque ne saurait au moyen de la consignation d'un entretien avec le client signée uniquement par son employé, donc un document unilatéral, prouver leur volonté de procéder immédiatement à des transactions sur titres. Ils font encore exposer que les employés de la banque auraient engagé leurs fonds sur des marchés hautement spéculatifs et même procédé à des opérations sans disposer de leur consentement. Il en serait résulté une perte de 58.304 € (17.064.-€ récupérés sur les 75.368.- € déposés). Informés en juin 2002 des pertes subies par le nouveau directeur de l'agence, ils auraient demandé communication de toutes les opérations passées, constaté que des ordres d'achats/ventes avaient été réalisés sans leur consentement et ne leur auraient pas été remis ensemble avec les courriers.

Ils reprochent à la banque d'avoir failli à ses obligations contractuelles en effectuant d'une part des opérations boursières spéculatives sans leur consentement. Elle ne se serait d'autre part pas acquittée de son

obligation d'information et de conseil en ce qui concerne les risques par eux encourus.

La banque ne démontrerait pas, vu que les preuves auxquelles elle se référerait seraient à rejeter, son exécution correcte des susdites obligations.

Les appelants demandent, en effet, d'abord, à voir écarter des débats les attestations testimoniales produites par la banque. Ils se prévalent de la violation du principe de l'égalité des armes, de la fausseté desdites attestations ou du moins d'une suspicion quant à leur véracité.

Ils concluent, en outre, à la nullité de la susdite « Décharge TTTT », et en ordre subsidiaire, de ses alinéas 5 et 6 par application des articles 1 et 2-8° de la loi du 25 août 1983 sur la protection juridique du consommateur.

X.) et Y.) soulignent qu'il in-comberait à la banque de prouver qu'elle disposait de leur consentement préalable pour les 11 ordres d'achat et les 11 ordres de vente réalisés entre le 20 novembre 2000 et le 14 mai 2002 par eux contestés. Tel ne serait, néanmoins, pas le cas, dans la mesure où elle ne pourrait utiliser ni la « Décharge TTTT » ni ses attestations testimoniales. Alléguant que la banque ne leur aurait pas remis un dossier complet lorsqu'ils sont revenus retirer leur courrier, ils ajoutent qu'aucune conclusion concernant la réalité desdits ordres de bourse ne saurait être déduite de ces retraits de courrier.

Les parties étant, si les appelants devaient prospérer dans leurs prétentions tendant à l'annulation de la « Décharge TTTT », liées, comme prévu, par un mandat simple, la banque aurait commis une faute en agissant sans le consentement préalable des clients. Elle n'aurait pas davantage satisfait à l'obligation d'information et de conseil lui incombant, alors qu'elle eût, face à des clients novices, dû les informer « *des risques inhérents aux marchés financiers très risqués sur lesquels elle leur conseillait d'investir* » (cf. acte d'appel). Pareille preuve ne résulterait cependant d'aucune pièce du dossier.

Si la « Décharge TTTT » ne devait pas être annulée, les relations entre parties seraient à qualifier de contrat de gestion discrétionnaire. La banque aurait, dans ce cas, contrevenu à l'article 37 (1), tiret 1, de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier et à la circulaire CSSF 2000/15 en ses points IV, 1.1., 1.2. concernant l'obligation d'agir, dans l'exercice de son activité loyalement et équitablement au mieux des intérêts de ses clients et de l'intégrité du marché, en ce qu'elle n'aurait jamais informé les clients des pertes énormes qu'ils subissaient. Ne sachant même pas que la banque spéculait à outrance avec leurs fonds, les clients n'auraient pas pu mettre un terme au déficit.

La banque aurait, en outre, contrevenu à l'article 37 (1), tiret 2, de cette loi et à la circulaire CSSF 2000/15 en ses points IV, 2.2., 2.3. concernant l'obligation d'agir avec la compétence, le soin et la diligence qui s'imposent, au mieux des intérêts de ses clients et de l'intégrité du marché.

ING aurait, enfin, quelque fût la qualification retenue, d'une part enfreint l'article 37 (1), tiret 5, de cette loi et la circulaire CSSF 2000/15 en ses points IV, 5.1., 5.3, 5.8, 5.9, 5.10, 5.11 concernant l'obligation de communiquer d'une manière appropriée les informations utiles dans le cadre des négociations avec les clients, alors qu'elle n'aurait jamais fourni le détail des opérations passées et l'évolution catastrophique que subissait le compte ainsi que violé les règles élémentaires du mandat tirées des articles 1991 et suivants du code civil.

La banque, qui conclut à la confirmation de la décision de première instance, fait de son côté valoir que la susdite ouverture de compte s'inscrirait dans un cadre contractuel plus étendu. Le montant de 3.000.000.- francs que les clients, associés en affaires et exploitant la discothèque **DISCO.**), s'engageaient à déposer sur le compte litigieux devait, en effet, garantir la prise en leasing d'une voiture de marque FERRARI, modèle MODENA, prix d'acquisition de 4.239,065.- francs.

Suivant consignation de l'entretien mené avec les clients lors de l'ouverture du compte, ces derniers avaient manifesté l'intention de procéder à des transactions sur titres par ce compte. Ils auraient, en effet, exprimé clairement le souhait de ne pas immobiliser leurs fonds sur un dépôt à terme. Ils recherchaient une rémunération supérieure et auraient ainsi décidé de placer leurs fonds en bourse (cf. consignation et attestations testimoniales de **T.1.**) et **T.2.**)).

Les appelants auraient, d'ailleurs, dès le 20 novembre 2000, donné des ordres de bourse portant sur l'achat d'actions de sociétés dans le secteur des nouvelles technologies, telles que NOKIA, LYCOS, TERRA NETWORKS, WORLDCOM et de parts de SICAV BBL INVEST NEW TECH. Les investissements dans la « new economy » effectués par les clients seraient très représentatifs des stratégies d'investissement de l'époque et confirmeraient leur intention de rechercher des rendements élevés.

La banque conteste avoir convaincu les clients d'investir en bourse les fonds déposés. L'initiative émanerait des appelants. Elle souligne encore qu'elle n'a pas été chargée d'investir les avoirs déposés au nom et pour le compte des clients, de les gérer en bon père de famille. Aucun contrat de gestion discrétionnaire n'aurait été conclu et la banque se

serait limitée à exécuter les instructions expresses des clients. Les instructions afférentes aux opérations de bourse à réaliser auraient été données non seulement par téléphone, mais encore par écrit, l'un des titulaires du compte ayant lors de divers passages à l'agence signé des ordres de cette nature. Les extraits de compte ainsi que la copie des ordres d'achat et de vente auraient été tenus à la disposition des clients à l'agence de Dudelage conformément à la convention. Le courrier aurait été enlevé par les clients les 14 juin 2001 et 4 juin 2002. X.) aurait lors d'un passage à l'agence en juin 2002 pour la première fois formulé des objections et émis des contestations. Il aurait à cette même occasion proféré des menaces visant l'intégrité physique de l'employé de la banque et les biens.

La partie intimée fait spécialement observer que la majorité des ordres de vente et d'achat en bourse ont été signés par X.) ou Y.) (16 ordres passés entre le 22 novembre 2000 et le 6 décembre 2000, un ordre du 21 novembre 2001 et deux ordres du 13 mars 2002); que la première réclamation des clients date de juin 2002 et est postérieure d'un an et demi à l'exécution de la majorité des ordres de bourse, que l'absence de réclamation en temps utile (cf. article 42.8 des conditions générales et déclaration d'acceptation spéciale signée par les clients) fait preuve de l'accord des clients aux différentes opérations et équivaut du moins à une ratification des opérations. Faute d'avoir réclamé en temps utile, les clients seraient forclos à contester la réalité de ces opérations. La banque relève aux mêmes fins qu'elle ne saurait pâtir des négligences des clients en matière de retrait de courrier.

Selon la partie intimée, il résulterait, en outre, des faits ci-dessus énoncés que les clients auraient été régulièrement informés de la composition de leur portefeuille et de l'évolution de celui-ci. Cette circonstance se trouverait, pour le surplus, confirmée par les attestations testimoniales par elle produites en cause: il en découlerait, en effet, que les clients auraient été informés tant par téléphone que lors de leurs passages à l'agence et qu'ils auraient même à plusieurs reprises, par l'utilisation du matériel informatique du personnel de l'agence de Dudelage, consulté les cours des titres sur le programme REUTERS – des copies des cours leur auraient d'ailleurs été imprimées –.

S'agissant de la prétendue non-observation de l'article 37 de la loi sur le secteur financier, elle ajoute que ces règles prudentielles et de déontologie ne peuvent servir de fondement à une action en responsabilité intentée par un client mécontent contre la banque. Elles auraient, en outre, été observées, voire seraient inapplicables dans la mesure où elles concerneraient un contrat de gestion discrétionnaire.

La banque insiste sur le bien-fondé de ses prétentions et conclut à l'admission, à raison, par les juges du premier degré des attestations testimoniales par elle communiquées en cause. La violation alléguée de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ne serait pas donnée en l'espèce. Les déclarations testimoniales visées ne seraient ensuite ni fausses ni sujettes à caution. Les parties appelantes auraient, d'ailleurs, été en mesure de procéder à une contre-preuve. ING conclut, néanmoins, de son côté au rejet de l'attestation testimoniale invoquée par les appelants.

Elle se prévaut, en outre, de la validité de la « Décharge TTTT » pour étayer ses affirmations quant à la réalité des ordres de bourse litigieux. Elle souligne être, en tout état de cause, vu le caractère commercial des opérations visées, en droit de prouver ses allégations par tous moyens et formule, pour autant que de besoin, une offre de preuve par voie d'enquête à ce sujet.

La banque, qui conteste toute faute dans son chef et prétend avoir agi seulement sur instructions des clients et sans avoir violé son obligation de conseil, soutient enfin que, même si elle avait commis l'une des fautes avancées par les clients, cette faute serait sans relation causale avec la baisse de valeur des titres détenus par les appelants.

Observations préliminaires

Les appelants contestent d'abord avoir donné à la banque l'ordre pour l'intégralité des opérations de bourse réalisées, tandis que la partie intimée affirme avoir exécuté tous les ordres de bourse reçus, conformément à la convention entre parties, et les établir par ses écritures comme prévu dans la susdite « Décharge TTTT ». Or, X.) et Y.) lui dénie ce droit en se prévalant de la nullité intégrale sinon partielle de cet acte. Il convient donc, pour des raisons de logique juridique, de commencer par l'examen des moyens ayant trait à la validité de la « Décharge TTTT », avant de s'étendre sur la recevabilité ou la régularité d'autres moyens de preuve et la prétendue violation par la banque de son obligation d'information et de conseil.

Il est, en outre, opportun, alors que la question intéresse plusieurs problèmes en cause et entraîne des développements utiles dans le cadre de l'examen ci-après des moyens soulevés par les parties, de commencer par déterminer la nature des opérations litigieuses.

La banque se prévaut du caractère commercial des opérations de bourse visées en renvoyant à leur répétition, leur fréquence et leur importance. Elle fait développer qu'il ne serait pas exigé que le spéculateur ait fait de l'activité boursière son activité professionnelle/habituelle ou qu'il soit expert en la matière pour que les actes soient con-

sidérés comme commerciaux. Même des personnes privées pourraient être considérées comme ayant conclu des actes de commerce si les circonstances ci-dessus sont données. Elle donne à considérer qu'en l'espèce X.) et Y.) auraient en 18 mois, à peine, passé près de trente ordres de bourse, que le montant total investi en bourse s'élèverait à 3.000.000.- francs et que les opérations impliqueraient à chaque fois des sommes élevées. Il s'agirait donc d'actes de commerce.

Les appelants soutiennent être « *des personnes privées sans connaissance particulière de la bourse* ». Ils auraient agi « *exclusivement à titre privé en dehors de leur activité professionnelle concernant l'ouverture* » du compte. Pareille conclusion ne saurait être déduite du seul fait « *qu'ils tiennent un commerce de café-boîte de nuit* ». Ils rappellent que les fonds déposés étaient destinés à garantir la prise en leasing d'une Ferrari auprès d'une autre filiale et soulignent « *qu'on imagine mal qu'ils puissent, sans l'accord même de la banque, jouer en bourse ces fonds, et par là même risquer de faire disparaître l'argent mis en garantie pour la voiture* ». Les ordres boursiers versés en cause par la banque auraient d'ailleurs tous été signés a posteriori.

Il est rappelé que la banque avait, par commune volonté des parties, assumé l'obligation d'exécuter les ordres de ses clients sans procéder à une gestion de portefeuille privé. Cette constatation n'est pas sujette à requalification (cf. ci-après).

Les appelants ne sont, certes, pas à qualifier de commerçants du seul fait de la relation contractée à l'occasion de l'exploitation de la société anonyme **DISCO.**) et les circonstances de l'espèce ne permettent même pas de rattacher les opérations litigieuses à leur activité principale; il n'en reste pas moins que des opérations de bourse constituent dans le chef des donneurs d'ordre des actes de commerce, dès lors qu'elles sont effectuées dans un esprit de spéculation. Le caractère spéculatif peut même résulter d'un achat unique de titres destinés à être revendus et justifier l'admission du caractère commercial d'une opération de bourse isolée. Cette conclusion s'impose a fortiori, en cas de répétition d'opérations boursières à caractère spéculatif.

Il appert des pièces versées en cause que des ordres de bourse furent signés par l'un des titulaires du compte visé dès le 22 novembre 2000, soit cinq jours après la demande d'ouverture de compte. À admettre les allégations de X.) et Y.) selon lesquelles la signature des documents serait postérieure aux ordres, ces derniers correspondent dans le temps avec l'ouverture de compte. Les allégations des appelants relatives à un simple dépôt de fonds à titre de garantie lors de l'ouverture du compte et du versement de fonds indiqués ci-dessus et au fait qu'ils n'auraient consenti à des opérations boursières qu'après un certain temps de

fonctionnement du compte sur les insistances de la banque ne sont pas établies et ne semblent guère vraisemblables au regard de cette constatation.

Le recours à des opérations boursières a de toute manière été décidé du consentement des appelants et il est indéniable qu'ils ont signé du moins au début un nombre important d'opérations de bourse (la prétendue absence de consentement préalable des clients n'est nullement avérée). Le fait que les écrits documentant ces opérations de bourse n'aient peut-être seulement été signés quelques jours plus tard est sans incidence quant à la qualification à donner auxdites opérations et ne saurait d'ailleurs pas non plus être révélateur d'une attitude incorrecte de la banque. L'accord des appelants en résulte clairement ainsi que d'ailleurs aussi leur volonté de ne pas poser un acte unique, mais de continuer leurs relations avec la banque. En prenant en considération même uniquement les ordres de bourse expressément signés par l'un des titulaires du compte (nombre, objet, achats pour revendre) il est évident que les opérations en question devaient être effectuées dans une intention de spéculation. Le caractère spéculatif devait dépasser le simple placement, les appelants n'ayant, en cas contraire, eu aucun intérêt de réaliser des opérations boursières. Il est inconcevable que les appelants, gérants, voire actionnaires de sociétés, aient fait procéder à de telles opérations sans escompter des gains largement supérieurs aux revenus (intérêts) produits par des fonds déposés en compte et sans d'ailleurs être conscients des aléas et risques de l'entreprise.

Quant à la « Décharge TTTT »

Les appelants critiquent le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour avoir refusé d'annuler la « Décharge TTTT » en ce qu'elle autorise la banque à prouver la réalité des ordres donnés par ses propres écritures, ceci au motif que « *Contrairement aux allégations des demandeurs, une telle convention n'est pas nulle puisqu'elle tient compte à la fois des intérêts du client de se dispenser de tout formalisme pour donner ses ordres et de l'intérêt de la banque de ne pas prouver les ordres par un élément autre que ses propres écritures. Les clients n'étaient d'ailleurs pas obligés de signer une telle convention, ni obligés de communiquer par les moyens prévus dans cette décharge dans le cadre du fonctionnement du compte* » et pour avoir en conséquence admis « *que les ordres signés et les ordres non signés prouvent toutes les instructions données et effectuées de sorte que les mandants restent en défaut de prouver la violation de ses obligations par leur mandataire* ».

Les appelants font d'abord valoir que cette convention ne concernerait, contrairement à l'avis des juges du premier degré, pas la charge de la preuve, mais affecterait « *le consentement des parties, donc*

l'existence-même du contrat ». La banque serait libre « *de passer tous les ordres qu'elle désire* » en vertu de cette convention conclue dans son intérêt exclusif, sinon prépondérant, tandis que le client serait obligé de contracter sans son consentement préalable.

Ils font ensuite exposer qu'« *En maintenant l'apparence d'un contrat de gestion simple et en se garantissant la possibilité légale de passer des ordres sans le consentement de ses clients, la banque cumule l'avantage d'opérer sans le consentement préalable du client, d'encaisser des commissions y relatives et de ne pas avoir à subir les contraintes du contrat discrétionnaire* » (notamment article 37 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier).

La « Décharge TTTT » priverait enfin le client de la possibilité de rapporter la preuve de l'absence de son consentement valable, alors qu'elle établirait de facto une présomption irréfragable de consentement préalable, donc de respect du mandat simple par la banque.

Les appelants demandent l'annulation de la « Décharge TTTT » en application des articles 1 et 2-8° de la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur (déséquilibre des droits et obligations au préjudice du consommateur).

Ils se prévalent à cet effet en premier lieu de ce que tous les avantages que la banque tire de la convention (à savoir passages d'ordres sans le consentement du client, absence d'obligation de se soumettre aux obligations des contrats discrétionnaires et présomption irréfragable de consentement du client), même s'ils devaient être mis en balance avec l'intérêt du client à pouvoir passer ses ordres par téléphone, créent à l'évidence un déséquilibre profond en faveur de la banque puisque le client ne pourra jamais prouver qu'il n'a pas donné son consentement.

Ils soulignent qu'il existerait d'ailleurs actuellement d'autres possibilités techniques (enregistrement des conversations entre les employés de la banque et les clients pour prouver le consentement des clients en cas de litige) permettant à la banque de garantir son droit légitime à assurer sa protection. Par la « Décharge TTTT », la banque chercherait cependant non seulement à se prémunir en cas de litige, mais surtout à obtenir des avantages supplémentaires ne pouvant résulter de la simple mise en place d'autres modes de preuve.

Ayant pour seul objectif de préserver la banque de toute condamnation, même lorsqu'elle a manifestement violé son mandat, la « Décharge TTTT » serait à annuler dans son intégralité.

En ordre subsidiaire, les appelants demandent l'annulation de l'alinéa 5 de la « Décharge TTTT » qui prévoit que : *« les écritures de votre Banque prouvent à elles seules que de tels ordres ont été donnés tels qu'ils ont été exécutés »* et précisent que *« pour le cas où seul l'alinéa 5 aurait été annulé, il conviendrait également et par application des mêmes dispositions d'annuler l'alinéa 6 »* lequel dispose que *« Pour autant que de besoin et par dérogation à l'article 1341 du code civil, la banque sera admise à apporter la preuve de tels ordres par toute voie de droit et notamment par témoignage »*.

Après avoir précisé que leur argument ne présente d'intérêt que pour autant que leurs moyens tendant à voir écarter les témoignages des employés de la banque (manque d'objectivité, incohérence, rupture de l'égalité des armes) ne seraient pas accueillis, ils allèguent *« qu'en tenant compte du secret professionnel qui pèse sur la banque et de la légitime confidentialité que les clients apportent à leurs opérations bancaires, passées dans le secret des établissements bancaires, seuls les employés de la banque et les clients participent aux rencontres et discussions et sont susceptibles d'en témoigner. Dès lors cet alinéa ne concerne que les propres employés de la banque. Ainsi, ceux qui ont, le cas échéant, commis la faute de passer des ordres sans consentement préalable du client pourraient témoigner et rapporter ainsi la preuve du consentement du client. L'employé lié par un lien de subordination sur lequel pèse éventuellement un risque de licenciement s'il a passé lui-même les ordres qui n'ont pas reçu le consentement du client, sera fortement enclin à témoigner surtout lorsqu'il aura compris qu'il lui est tout à fait impossible de contredire son témoignage dans la mesure où le client sera lui-même partie au procès »*.

Par le subterfuge de l'article 6, la banque obtiendrait donc les mêmes avantages qu'avec l'alinéa 5 (passages d'ordres sans le consentement du client, absence d'obligation de se soumettre aux obligations des contrats discrétionnaires, présomption irréfragable de consentement du client).

La banque conclut au rejet de ces moyens et à la confirmation de la décision entreprise.

Elle commence par relever que la majorité des ordres d'achat et de vente ont été signés par l'un des titulaires du compte et que donc les clients sont malvenus de lui reprocher d'avoir procédé à des investissements à leur insu. Les ordres d'achat et de vente non signés auraient été donnés oralement par l'un des titulaires du compte chiffré et exécutés par la banque, conformément aux obligations contractées.

Elle insiste sur le fait que la « Décharge TTTT », ni dans son intégralité, ni dans ses alinéas critiqués, ne serait contraire à la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur. L'article 2

(8) – relatif aux clauses réservant au professionnel le droit de déterminer unilatéralement si le bien ou la prestation est conforme ou non conforme au contrat –, concernerait d'ailleurs la formation des contrats et plus spécialement l'objet du contrat. Or, la « Décharge T T T T » et son alinéa 5 viserait, comme l'auraient décidé à raison les juges du premier degré, le régime de la preuve applicable à l'exécution du contrat (ordres donnés oralement ou par un autre moyen de communication).

La « Décharge T T T T » serait un document contractuel destiné à faciliter aux clients la prise rapide de décisions d'achat ou de vente, au vu de l'évolution des marchés boursiers, tout en leur assurant d'être correctement informés sur l'exécution de leur ordre. Qualifier la clause litigieuse d'abusives équivaut, à son avis, à enlever toute substance à ce document. Ce dernier établirait d'ailleurs une présomption simple, n'interdisant nullement au client de rapporter la preuve contraire et serait donc licite.

S'agissant de la régularité du paragraphe 6 de la « Décharge TTTT » instituant une dérogation aux règles du code civil en matière de preuve, la banque fait observer que les règles de l'article 1341 du code civil ne sont ni d'ordre public, ni impératives.

La partie appelante souligne enfin que même si la « Décharge TTTT » était annulée, elle pourrait rapporter la preuve des ordres de bourse reçus par tous moyens, compte tenu du caractère commercial des ordres de bourse. La banque renvoie à ses attestations testimoniales et à son offre de preuve par voie d'enquête.

Les appelants ont répliqué que la « Décharge T T T T » établit une preuve irréfragable en faveur de la banque, qu'elle crée un déséquilibre flagrant entre parties et est contraire au principe d'égalité des armes édicté par la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

La banque conclut au rejet de cet argument en relevant que l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme a un autre sens en matière civile qu'en matière pénale ; que la Cour européenne considère que l'admissibilité des preuves relève en premier chef du droit interne et que son rôle se borne à rechercher si la procédure considérée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyens de preuve, a revêtu un caractère équitable, qu'en droit luxembourgeois les règles légales d'administration de la preuve ont un caractère supplétif, que les conventions sur la preuve sont valables, qu'en matière boursière, il est essentiel de pouvoir assouplir les règles de preuve du code civil et qu'il est dans l'intérêt des deux parties de ne pas exiger la rédaction d'un écrit.

La « Décharge T T T T » ne causerait pas de déséquilibre entre les parties, dans la mesure où les documents contractuels répondraient aux besoins (rapidité et non formalisme) des clients investisseurs.

Les appelants se réfèrent expressément à l'appui de leurs prétentions aux articles 1 et 2-8° de la loi du 25 août 1983 relative à la protection juridique du consommateur, le renvoi à la Convention Européenne des Droits de l'Homme intervient aussi dans ce contexte. L'article 1er de cette loi, applicable au moment de la conclusion du contrat, dispose que « *Dans les contrats conclus entre un fournisseur professionnel de biens de consommation, durables ou non, ou de services et un consommateur final privé, toute clause ou toute combinaison de clauses qui entraîne dans le contrat un déséquilibre des droits et obligations au préjudice du consommateur est abusive et comme telle réputée nulle et non écrite* ». En vertu de l'article 2 « *Sont notamment à considérer comme abusives...8° Les clauses réservant au fournisseur le droit de déterminer unilatéralement si le bien ou la prestation est conforme ou non au contrat* ».

D'après les documents parlementaires (Projet de loi n° 2217, exposé des motifs, pages 14 et 17), la disposition générale de l'article 1er « *tend à introduire un certain élément moral dans les contrats les plus usuels conclus entre les professionnels avisés avec des personnes en situation d'infériorité économique ou intellectuelle et qui, de toute façon n'ont pas la possibilité de discuter les termes des contrats qui leur sont soumis* ». Elle a pour but d' « *éviter que des professionnels ne spéculent sur cette situation pour se procurer un profit injuste, soit en limitant leurs obligations, soit en restreignant les droits de l'autre partie* » et « *devra permettre au juge de vérifier dans chaque cas d'espèce, si compte tenu des particularités du contrat... les obligations assumées par le consommateur trouvent une contrepartie valable dans les obligations du fournisseur. A cet effet, les juges auront égard aux pratiques honnêtes du commerce et partiront du principe que, sauf circonstances particulières, le consommateur a droit à la protection que lui assure le droit commun* ».

Le numéro 8 de l'article 2 « *entend rendre ineffectives les clauses reconnaissant au fournisseur d'un bien ou d'un service le pouvoir définitif d'appréciation sur le point de savoir si ses obligations ont été correctement remplies. De telles clauses peuvent se rencontrer dans des clauses de garantie où le fournisseur se réserve le droit de juger s'il y a vice de fabrication ou non, ainsi que dans les contrats de voyage où l'agence s'attribue seule qualité pour apprécier le bien-fondé d'une réclamation contre les conditions d'hébergement ou de transport* ».

L'appréciation du caractère abusif du document invoqué et de ses clauses isolément se fait en fonction de la situation du consommateur et de la particularité du contrat.

Force est de constater que la convention a été conclue entre la banque et les appelants au sujet d'opérations boursières. Les appelants n'ont jamais contesté être associés en affaires dans le cadre de l'exploitation de la SA **DISCO.**) (cf. pour le surplus extraits du mémorial C versés en cause par la banque desquels il ressort par ailleurs que **X.**) est administrateur de sociétés et que **Y.**) détient 50% des actions de la société anonyme **DISCO.**)). Ils ne peuvent, vu les connaissances dont ils doivent disposer en raison de leur profession, être considérés comme s'étant engagés à la légère ou comme ayant été abusés par la banque en décidant de recourir à la spéculation boursière. Ils voulaient, par le biais d'opérations spéculatives, se procurer un gain dépassant les intérêts produits par le simple dépôt de leurs fonds sur un compte bancaire et étaient conscients du fait que la réalisation efficace des opérations envisagées risquait d'être compromise par les lenteurs et la rigidité d'un formalisme excessif. La rapidité et la souplesse, constituant un impératif en la matière, il était certainement, dans l'intérêt des deux parties, indiqué de prévoir d'un commun accord une méthode facile de saisine par la banque des ordres de bourse émanant des clients et corrélativement de définir les moyens de preuve y relatifs.

La « Décharge TTTT » n'a en principe, dans les dispositions critiquées, ni d'autre objet, ni d'autre effet.

L'énumération dans la « Décharge T T T T » des moyens dont les ordres de bourse peuvent être donnés est purement énonciative. Le client a, en définitive la liberté du choix de la méthode de procéder et il lui est loisible, notamment si les moyens prévus devaient, à un titre quelconque, lui apparaître insatisfaisants, de recourir à une méthode lui paraissant plus appropriée et censée lui réserver davantage de garanties. Le simple fait de prévoir l'utilisation potentielle des susdits moyens, adaptés d'ailleurs aux exigences de la matière concernée, plutôt que d'autres, ne préjudicie pas en soi le client au détriment de la banque. Le mode de preuve simplifié principal est lui aussi conçu en fonction des impératifs de la matière spécifique auxquels il répond (procédure simplifiée) et des objectifs poursuivis par les parties. Les appelants qui y ont librement consenti devaient, de par leur situation professionnelle, indéniablement être en mesure d'en apprécier les incidences. Ils ne semblent d'ailleurs dans un premier temps n'avoir guère vu d'inconvénient dans ce système, alors que les ordres d'achats et de ventes de titres par eux signés y renvoient directement. Le régime instauré, qui a pour vocation de régir efficacement les relations entre parties et qui se justifie, compte tenu des exigences spécifiques du domaine applicable, n'aboutit pas, en principe

et a priori, à une présomption irréfragable au profit de la banque, destinée à priver les clients de leurs droits légitimes et à affranchir la banque de toute contrainte. La « Décharge T T T T » autorise simplement la Banque à prouver l'existence des ordres de bourse reçus au moyen de ses écritures, mais non pas à se passer du consentement du client. Elle n'empêche ni n'entrave les droits à vérification et à contestation des clients et ne leur dénie pas le droit de rapporter par tous moyens la contre-preuve des prétentions de la banque.

Le seul fait qu'un client puisse, dans une situation précise ultérieure, peut-être éprouver des difficultés de preuve, voire se trouver dans l'impossibilité d'établir ses contestations n'est pas de nature à impliquer un déséquilibre contractuel général au moment de la conclusion du contrat.

Telle qu'elle est conçue, la « Décharge T T T T » ne permet pas à la banque, sans contre-preuve possible de la part du client, de justifier de l'exécution d'ordres de bourse non donnés par le client. Les théories avancées par les appelants sont de pures éventualités, leur situation d'infériorité, voire la lésion de leurs droits sont restées à l'état de pure allégation de sorte que l'annulation du document est réclamée à tort.

Cette conclusion vaut tant pour la « Décharge TTTT » dans son intégralité que pour les seuls alinéas 5 et 6, étant précisé de toute manière que l'alinéa 6 ne déroge en rien à la preuve en matière commerciale et que même en matière civile, les parties sont libres de renoncer à l'article 1341 du code civil.

Quant à la réalité des ordres de bourse

Il appert des développements précédents que la « Décharge T T T T », conclue dans le seul but de faciliter les relations entre parties en matière d'ordres de bourse et de preuve d'exécution d'opérations boursières, n'a pas pour effet de changer la nature du mandat conféré par les appelants à la banque. La banque ne peut qu'exécuter les ordres qui lui sont donnés, elle n'est pourvue d'aucune initiative en la matière et n'a aucun pouvoir pour gérer les titres de ses clients. X.) et Y.) ont seuls le droit de décider. L'exécution des ordres, qui d'ailleurs est censée réalisée sous leur surveillance, peut être contestée et l'inobservation par la banque des obligations assumées de ce chef, peut être prouvée et sanctionnée. ING ne peut donc pas agir impunément à sa guise.

La juridiction du premier degré a, à raison, admis qu'en l'occurrence, les opérations boursières invoquées par la banque étaient prouvées par les écrits de la banque et que les clients omettaient de prouver leurs reproches. Il est à ajouter que l'offre de preuve par voie d'expertise présentée par les appelants est trop imprécise pour établir leurs allégations.

Violation par la banque de ses obligations de conseil et d'information

Les appelants font encore grief à la banque – alors pourtant qu'elle assume une obligation accessoire d'information et de conseil à leur égard – de ne pas les avoir informés « *des risques inhérents aux marchés financiers très risqués sur lesquels elle leur conseillait d'investir* ».

Ils se réfèrent aux règles du mandat et à la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

La banque reconnaît l'existence dans son chef d'une obligation accessoire d'information et de conseil, mais conteste le bien-fondé des prétentions des appelants.

Elle souligne, s'agissant de la demande basée sur les articles 1991 et suivants du code civil, qu'aucun contrat de gestion discrétionnaire n'ayant été conclu entre les parties, elle était simple mandataire, devait exécuter les ordres reçus et rendre compte de l'exécution de sa mission au mandant. Elle se serait effectivement limitée à exécuter les ordres de bourse reçus des clients, n'aurait jamais agi sans leurs instructions ou procédé à une gestion discrétionnaire.

La loi sur le secteur financier contiendrait ensuite des règles de conduite imposées aux établissements de crédit et aux PSF du secteur financier luxembourgeois et insusceptibles de constituer une base légale permettant aux clients mécontents des entités surveillées d'agir directement en justice en invoquant la violation de l'une ou de l'autre de ces obligations.

La société intimée donne ensuite à considérer que l'obligation d'information et de conseil est une obligation de moyens. Il appartiendrait donc aux appelants de prouver qu'elle n'a pas agi en bon professionnel. Elle ne serait, par ailleurs, de toute façon pas responsable de la perte de valeur de titres sélectionnés par les parties appelantes.

La banque entend, pour le surplus, tirer argument du fait que les ordres de bourse comportent au-dessus de la signature du donneur d'ordre, la mention suivante : « *Je déclare avoir reçu ou ne pas avoir souhaité recevoir les informations nécessaires afin d'évaluer le risque encouru dans le cadre des opérations pouvant être effectuées avec les valeurs ci-dessus référencées. De ce fait, je dégage la banque de toute responsabilité quant aux conséquences liées à la réalisation de mon ordre* ».

Elle renvoie, en outre, aux attestations testimoniales établissant que les clients ont eu accès au système REUTERS via l'ordinateur de l'un de ses employés pour consulter directement les cours des titres composant leur portefeuille et au fait que des gérants de sociétés, associés en affaires, ne sont pas ignorants des risques inhérents aux opérations boursières. La partie intimée relève encore que les clients avaient une obligation de se renseigner dont ils n'ont jamais fait usage.

Force est d'abord de constater, comme les juges du premier degré l'ont d'ailleurs relevé à juste titre, que les appelants reprochent à l'intimée de manière abstraite une violation de son obligation de conseil et d'information, sans autrement préciser, voire prouver leur grief.

Il convient d'ajouter que le banquier, qui transmet les ordres de bourse reçus de ses clients, agit en tant que mandataire de son client. Il est admis qu'il contracte une obligation d'informer ses clients des risques encourus dans des obligations spéculatives sur les marchés à terme, hors le cas où ils en ont connaissance. Cette connaissance est présumée chez les spéculateurs avertis. L'obligation qui est de moyens ne doit porter que sur les risques du jeu boursier en général, point sur les risques inhérents à une opération déterminée. Le banquier n'engage même pas sa responsabilité du seul fait qu'il a conseillé une opération qui s'est révélée malheureuse. Par ailleurs, quand la banque a manqué à ses obligations d'information ou de conseil, la réparation ne peut être équivalente à la perte subie par le client, car cela reviendrait à affranchir le client des risques qu'il assume en spéculant. L'indemnisation est à fixer sur la perte d'une chance.

X.) et Y.) sont, d'après leurs propres indications (cf. actes de procédure), gérants de sociétés et, selon les affirmations incontestées de ING, associés en affaires dans le cadre de l'exploitation de la société anonyme **DISCO**). Y.) est actionnaire à raison de 50 % de cette société (cf. extraits du Mémorial C versés en cause par la partie intimée). De telles personnes ne peuvent être considérées comme ignorantes des risques généraux inhérents aux opérations de spéculation boursière. Il résulte d'ailleurs nécessairement des documents par eux signés (cf. ci-dessus) qu'ils sont suffisamment instruits à ce sujet, leur connaissance valant évidemment aussi pour le futur.

Il y a, en outre, lieu d'observer que le client conserve un droit de regard et de surveillance sur les agissements de la banque et qu'il a l'obligation de réceptionner régulièrement les documents mis à sa disposition, d'en prendre connaissance et de les vérifier. Les appelants, qui selon leurs propres indications, ont estimé une réception annuelle de courrier suffisante ne sont pas à considérer comme s'étant tant soit peu consciencieusement et prudemment acquittés de cette obligation. Un

intérêt plus grand par eux manifesté pour leurs opérations spéculatives eût pu prévenir les carences et conséquences dont ils se plaignent.

Il appert des développements précédents que le jugement déféré est à confirmer. L'examen des autres moyens invoqués par les parties s'avère superflu, dans la mesure où les appelants omettent d'établir leurs prétentions ci-dessus.

Quant aux indemnités de procédure

Le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a, par un motif correct, rejeté la demande de X.) et Y.), basée sur l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Ces derniers sont, pour la même raison, à débouter de leur demande de même nature formée en instance d'appel.

La banque a, sans préciser ses prétentions, réclamé 1.000.-€ à ce titre.

L'inexactitude de la décision, non spécialement critiquée, de première instance, n'est pas démontrée de sorte que ladite décision ne saurait être remise en cause.

La banque reste, pour le surplus, en défaut de démontrer le caractère inéquitable du maintien à sa charge de frais irrépétibles engagés à l'occasion de la présente instance, de sorte que sa demande est aussi à rejeter.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport oral du magistrat de la mise en état,

déclare l'appel de X.) et Y.) recevable, mais non fondé ;

confirme le jugement déféré ;

déboute les parties de leurs demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne X.) et Y.) aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Alex SCHMITT sur son affirmation de droit.