

Texte pseudonymisé

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

Arrêt N°32/24 - VIII - CIV

Arrêt civil

Audience publique du vingt-huit mars deux mille vingt-quatre

Numéro CAL-2021-01139 du rôle

Composition:

Françoise ROSEN, premier conseiller - président,
Yola SCHMIT, premier conseiller,
Françoise WAGENER, conseiller,
Amra ADROVIC, greffier.

Entre :

- 1. PERSONNE1.),** demeurant à B-ADRESSE1.),
- 2. PERSONNE2.),** demeurant à CH-ADRESSE2.),
- 3. PERSONNE3.),** demeurant à B-ADRESSE3.),

ayant repris l'instance introduite originellement par PERSONNE4.),
ayant demeuré à B-ADRESSE3.), décédée ab intestat à ADRESSE4.)
le DATE1.),

appelants aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant
Luana COGONI, en remplacement de l'huissier de justice Véronique
REYTER de Luxembourg, du 12 avril 2021,

comparant par Maître Didier SCHÖNBERGER, avocat à la Cour,
demeurant à Luxembourg,

et :

la société anonyme SOCIETE1.) (Luxembourg), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE5.), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO1.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit COGONI,

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B186.371, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Philippe DUPONT, avocat à la Cour.

LA COUR D'APPEL

Faits constants et antécédents procéduraux :

PERSONNE4.) a ouvert le 28 août 2006 un compte n° NUMERO2.) auprès de la société anonyme SOCIETE1.) (LUXEMBOURG) (ci-après « la banque SOCIETE1.) »).

A cette occasion, PERSONNE4.) a signé les « *Conditions générales et règlement de dépôt* » de la banque SOCIETE1.).

Le 28 août 2006, PERSONNE4.) a chargé la banque SOCIETE1.) dans un document intitulé « *Instructions du client concernant les achats spéciaux* » de l'exécution d'investissements dans le cadre du compte n° NUMERO2.), en vue d'investissements dans les produits « Options », « Futures », « Produits hybrides/structurés », « Fonds de placement » et « Autres ».

PERSONNE4.) a encore signé pour le compte n° NUMERO2.) le 28 août 2008 un document intitulé « *Informations et dispositions applicables aux opérations sur titres, devises, instruments dérivés et aux transactions analogues* ».

Dans ce cadre, PERSONNE4.) a signé par ailleurs le 28 août 2006 un « *Acte de gage et de cession* » pour garantir le compte n° NUMERO2.).

Au mois de septembre 2006, les avoirs que PERSONNE4.) tenait auprès d'un autre établissement bancaire ont été transférés sur le compte n° NUMERO2.) auprès de la banque SOCIETE1.).

Le 13 novembre 2007 a été établi un profil d'investisseur pour le compte n° NUMERO2.) aboutissant à un profil « Growth ». Ce profil est établi par les services de la banque SOCIETE1.) sur base des connaissances qu'elle avait de sa cliente et signé par le seul PERSONNE5.). Il n'était pas signé par PERSONNE4.), mais elle n'a pas contesté en première instance avoir eu connaissance de ce profil. Ce profil, qui constitue selon ce document l'avant dernier niveau en termes de risque, était caractérisé par les éléments suivants : « *)*Portfolio strategy : Expected returns above average. Capital appreciation through active use of market opportunities; *)Potential risks : Above average risks resulting from high price and currency fluctuations, rating risks; *)Investment products/Discretionary mandate: Above products + hybrid products, hedge funds. Growth Mandate. »*

A partir du mois de juin 2007, des prêts en francs suisses ont été accordés par la banque SOCIETE1.) à PERSONNE4.). Ces liquidités ont été utilisées pour procéder à des investissements pour le compte de PERSONNE4.).

Il est enfin constant que le portefeuille détenu par PERSONNE4.) a subi une forte dépréciation au mois de septembre 2008 dans les suites d'une crise financière internationale.

Par acte d'huissier de justice du 25 novembre 2015, PERSONNE4.) a assigné la banque SOCIETE1.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour la voir condamner à lui payer la somme de 1.971.483,59 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de la demande en justice jusqu'à solde, ainsi qu'une indemnité de procédure de 4.000 euros.

PERSONNE4.) est décédée le DATE1.).

Par acte d'avocat du 28 novembre 2016, PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) (ci-après « les appelants / les PERSONNE6.) ») ont déclaré reprendre l'instance originairement introduite par feu leur mère PERSONNE4.).

Par jugement du 5 décembre 2018, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a :

- donné acte aux PERSONNE6.) qu'ils reprennent l'instance originairement introduite par PERSONNE4.),
- dit la demande recevable,

- dit que le profil d'investisseur de PERSONNE4.) est défini à travers le document « Client Investment Profile » daté du 13 novembre 2007,
- dit que les PERSONNE6.) en tant qu'ayant causes de PERSONNE4.) sont tenus par les contrats d'emprunts en francs suisses contractés pour le compte de PERSONNE4.),
- dit que la banque SOCIETE1.) a failli à ses obligations d'information dans le cadre de la mise en œuvre du mécanisme de l'effet de levier,
- dit que la banque SOCIETE1.) est tenue de démontrer qu'elle a exécuté les ordres de PERSONNE4.) conformément à la politique d'exécution des ordres,
- ordonné à la banque SOCIETE1.) de communiquer aux PERSONNE6.) :
 1. toute l'information que la banque SOCIETE1.) est obligée de garder en vertu du chapitre II du règlement (CE) No 1287/2006 couvrant tous les comptes et sous-comptes dont feu PERSONNE4.) était titulaire,
 2. toutes les informations internes (y compris les manuels et procédures internes) liées à l'obligation de gestion des conflits d'intérêts ainsi que toutes les données relatives à la gestion des conflits entre la banque SOCIETE1.) et feu PERSONNE4.),
 3. toute information interne démontrant comment la banque SOCIETE1.) avait pris les décisions d'investir les avoirs de la cliente dans tous les titres émis par les entités appartenant au groupe « SOCIETE1.) »,
 4. tous documents (notamment ceux concernant la rémunération des gestionnaires des fonds ainsi que mémorandums de placement, contrats de souscription des parts etc. ...) liés à chaque fond de placement appartenant au même groupe financier « SOCIETE1.) » dans lequel les avoirs de la cliente ont été investis,
 5. les dossiers référés à l'article 37-3 (7) de la loi bancaire concernant feu PERSONNE4.).

Pour statuer ainsi, le tribunal a retenu que le litige se ramenait à la question de savoir si la banque SOCIETE1.) avait commis des fautes dans le cadre de son mandat de gestion des actifs de feu PERSONNE4.). Constatant que les parties n'ont pas approfondi la question de la preuve de l'exécution des ordres au-delà de la question du principe de la charge de la preuve, le tribunal a considéré qu'il convenait de rouvrir les débats afin de permettre à la banque SOCIETE1.) de remplir son obligation légale telle que retenue dans le cadre de ce jugement, les questions de la faute, du dommage et du lien causal entre la faute éventuelle et le dommage éventuel étant expressément réservées. Le tribunal a encore fait droit à la demande des PERSONNE6.) tendant à voir produire en cause les documents tels que spécifiés au dispositif du jugement.

Par jugement du 3 février 2021, le tribunal a débouté les PERSONNE6.) de leur demande au fond, a débouté tant les PERSONNE6.) que la banque SOCIETE1.) de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure, et a condamné les PERSONNE6.) aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, après une analyse détaillée des différentes demandes et des reproches émis par les PERSONNE6.), le tribunal est venu à la conclusion que la demande des PERSONNE6.) doit être rejetée, soit pour certains titres en l'absence de préjudice, soit pour les autres titres en l'absence de preuve d'une intervention autonome de la banque SOCIETE1.) en dehors des instructions de feu PERSONNE4.).

Par acte d'huissier de justice du 12 avril 2021, les PERSONNE6.) ont régulièrement formé appel des jugements des 5 décembre 2018 et 3 février 2021, le jugement du 3 février 2021 leur ayant été signifié par acte d'huissier de justice du 5 mars 2021.

Les appelants demandent à la Cour, par réformation, de constater que la banque SOCIETE1.) n'aurait pas rempli son obligation d'exercer correctement le « *suitability test* », en violation de l'article 37-3 (4) de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier (ci-après « la loi modifiée du 5 avril 1993) et de retenir un profil d'investissement qui correspondrait réellement à celui de feu PERSONNE4.). Les appelants demandent à la Cour, par réformation, de constater la relation causale directe entre, d'une part, les fautes de la banque SOCIETE1.), et d'autre part, les préjudices subis par feu PERSONNE4.). Ils concluent partant à voir condamner la banque SOCIETE1.) à leur payer la somme de 1.544.226,77 euros, à augmenter des intérêts versés pour l'émission de la garantie bancaire de 600.000 euros du 17 juin 2009, sinon tout autre montant à fixer à dire d'expert, à majorer des intérêts légaux à partir de la demande en justice jusqu'à solde. Ils réclament encore l'indemnisation du gain manqué, respectivement de la perte d'une chance, en invoquant que la dépréciation du portefeuille serait due à la mauvaise gestion de la banque SOCIETE1.) qui aurait manqué à ses obligations de vigilance, d'information et de mise en garde.

Ils réclament une indemnité de procédure de 5.000 euros et concluent à la condamnation de la banque SOCIETE1.) aux frais et dépens des deux instances.

La banque SOCIETE1.) conclut à la confirmation du jugement entrepris et au rejet de la demande des appelants en obtention d'une indemnité de procédure. Elle réclame une indemnité de procédure de 15.000 euros pour l'instance d'appel.

Discussion :

Les appelants reprochent à la banque SOCIETE1.) une série de fautes de nature à engager sa responsabilité, à savoir : une mauvaise catégorisation de la cliente, un usage abusif et illégal de l'effet de levier et la violation des règles de gestion des risques et des négligences.

1) Quant à la catégorisation et au profil d'investissement de feu PERSONNE4.) :

Les PERSONNE6.) font grief au tribunal d'avoir retenu dans son jugement du 5 décembre 2018 que le profil d'investissement de feu PERSONNE4.) est défini à travers le document « *Client Investment Profile* » du 13 novembre 2007.

Les appelants invoquent que la banque SOCIETE1.) n'aurait pas correctement effectué le « *suitability test* » et que le profil d'investissement du 13 novembre 2006, non signé, serait erroné en ce qu'il est rédigé en langue anglaise, peu maîtrisée par feu leur mère, et que leur mère ne pourrait être considérée comme une cliente éclairée, étant donné qu'ayant été âgée à ce moment de 69 ans, sans profession, avec un niveau de formation équivalente à un diplôme de fin d'études secondaires, ayant eu un profil d'investisseur conservateur auprès de la SOCIETE2.) AG, de sorte qu'elle aurait dû bénéficier de l'application de la directive 2004/39/CE concernant les marchés d'instruments financiers (ci-après la directive SOCIETE3.).

Ils soutiennent que feu leur mère n'aurait pas été évaluée conformément à l'article 37-3 (4) de la loi modifiée du 5 avril 1993 si les services de gestion de portefeuilles proposés prenaient en compte les connaissances et l'expérience de feu PERSONNE4.) en matière d'investissement et ses objectifs. Le gestionnaire de la banque SOCIETE1.) aurait su ou aurait dû savoir que les informations concernant feu PERSONNE4.) auraient été manifestement erronées.

En substance, les PERSONNE6.) reprochent ainsi à la banque SOCIETE1.) d'avoir violé ses obligations précontractuelles d'information, de conseil et de mise en garde dans le cadre de l'établissement du profil d'investissement du 13 novembre 2007.

La banque SOCIETE1.) conclut à la confirmation du jugement entrepris sur ce point.

A l'instar du tribunal, il convient d'abord de rappeler le comportement de la banque SOCIETE1.) est à examiner au regard de la loi du 13 juillet 2007 ayant transposé la directive SOCIETE3.).

Tel que rappelé par le tribunal, la directive SOCIETE3.) et la directive 2006/73/CE portant mesures d'exécution de la directive SOCIETE3.) imposent aux entreprises d'investissement et aux établissements de crédit plusieurs obligations en matière d'information du client. Ces informations sont de différents types et doivent être transmises à différents stades de la relation avec le client. Leur portée varie selon la qualité du destinataire, autrement dit en fonction de la catégorie dont relève le client et la nature du service fourni. Ces deux directives ont été transposées en droit luxembourgeois par la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, laquelle modifie la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier. La transposition est complétée par le règlement grand-ducal du 13 juillet 2007 relatif aux exigences organisationnelles et aux règles de conduite dans le secteur financier. La loi et le règlement transposant la SOCIETE3.) sont entrés en vigueur le 1^{er} novembre 2007.

L'information du client est un élément essentiel dans le cadre de la philosophie de protection de l'investisseur prônée par la directive SOCIETE3.) : cette information doit permettre au client non seulement de prendre des décisions en connaissance de cause mais également d'apprécier la qualité du service qui lui est fourni. Dans un souci de protection des clients, les établissements de crédit et les entreprises d'investissements qui fournissent des services d'investissements à leurs clients sont obligés de s'informer au mieux sur les besoins de leurs clients et sur leur degré d'expérience et d'expertise avant la prestation de services et en retour d'informer au mieux ces derniers sur leurs opérations exécutées pour leur propre compte. Ceci leur permet de classer leurs clients en clients de détail et en clients professionnels. Cette distinction est l'élément de départ pour identifier les besoins du client, sa connaissance et son expérience en matière d'instruments financiers adéquats et d'évaluer le niveau de transparence et d'information requis pour ce type de client. Les clients de détail étant pour la plupart des novices, ils bénéficient d'un niveau de protection plus élevé que les clients professionnels (Chronique de droit bancaire et financier 2007 et 2008, 2009/5, p.265-289 ; Revue bancaire et financière, 2007/7, p.421-428 : L'information du client dans le cadre de la directive SOCIETE3.)).

La plupart des dispositions de la loi du 13 juillet 2007 précitées imposent des obligations aux établissements de crédit et entreprises d'investissement dont le but est de protéger le client en lui fournissant une information adéquate tant en ce qui concerne les produits ou services proposés qu'en ce qui concerne l'adaptation de ces services ou produits au profil de celui-ci. Il en est de même de la circulaire CSSF n°07/307.

Dès lors que les obligations imposées par la loi, le règlement et la circulaire CSSF n°07/307 aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement édictées dans un but de protection du client doivent être exécutées dans le cadre d'une relation précontractuelle, voire contractuelle entre la banque et son client ou client potentiel, ce dernier, en tant que créancier de l'obligation est en droit de voir reconnaître ses droits de nature civile par les juridictions compétentes, pour autant que ceux-ci n'ont pas été respectés.

Il a été retenu que le client peut invoquer les dispositions légales et réglementaires pertinentes, édictées dans son intérêt, et engager une action judiciaire en invoquant la violation par les établissements de crédit et les entreprises d'investissement des obligations en découlant (Cour d'appel, 25 février 2015, n°39014 du rôle).

La Cour relève que le jugement du 5 décembre 2018 n'est critiqué ni en ce que le tribunal a retenu que « *La conformité du comportement de la société anonyme SOCIETE1.) (LUXEMBOURG) aux règles légales et réglementaires au moment des faits pertinents en 2006/2007 doit être évaluée au regard des seuls textes normatifs alors en vigueur, à l'exclusion des lignes directrices émises plus tard par l'ESMA en 2012 et l'EBA. Abstraction faite de leur qualification dans l'agencement juridique et de l'existence d'un caractère contraignant dans leur chef, force est de constater qu'il ne saurait être admis qu'un tel corps de règles qui va au-delà d'une simple interprétation mais prévoit des normes de comportement supplémentaires par rapport aux textes existants puisse produire un quelconque effet rétroactif* », ni en ce que le tribunal a retenu que « *le profil d'investisseur exigé par la réglementation SOCIETE3.) a été établi en date du 13 novembre 2007 sans avoir été signé par PERSONNE4.), mais celle-ci ne conteste pas en avoir eu connaissance et de l'avoir accepté. Il est partant entré dans le champ contractuel.* »

Il résulte par ailleurs de l'acte d'assignation en justice du 25 novembre 2015 que « *Madame PERSONNE4.) a (...) établi un profil d'investissement (client investment profile) le 13/11/2007, sans préjudice quant à la date exacte, dit « croissance » (growth)* ».

L'existence d'un profil d'investissement dit « *de croissance* » dans le chef de feu PERSONNE4.) ne saurait dès lors être contestée.

Il convient de relever que les appelants n'invoquent pas que leur mère n'aurait pas accepté ce profil d'investissement, mais se bornent à relever des prétendues fautes de la banque dans le cadre de l'établissement de ce profil d'investissement.

Ainsi, en ce qui concerne les « *erreurs* » reprochées à la banque SOCIETE1.) dans l'établissement de ce profil d'investissement, la

Cour constate en ce qui concerne l'emploi de la langue anglaise que si le profil d'investissement de feu PERSONNE4.) dit « *de croissance* » est certes rédigé en langue anglaise, feu PERSONNE4.) a également signé lors de l'entrée en relation avec la banque SOCIETE1.) en date du 28 août 2006 différents autres documents rédigés en langue française et attestant des mêmes critères que ceux retenus audit profil d'investissement dit « *de croissance* », à savoir : une demande d'ouverture de compte retenant que la cliente a donné instruction à la banque d'accepter et d'exécuter toutes les instructions reçues par la banque par téléphone de la part de la cliente et que toute la correspondance relative audit compte destinée à la cliente est à conservée en poste restante auprès de la banque. Elle a encore accepté et signé un document rédigé en langue française intitulé « *Instructions du client concernant les achats spéciaux* » qui contient son accord exprès d'investir notamment dans des produits hybrides/structurés et dans des fonds de placement. Elle a approuvé et signé un document lui fourni par la banque concernant des informations sur les risques liés aux investissements en instruments financiers intitulés « *Informations et dispositions applicables aux opérations sur titres, devises, instruments dérivés et aux transactions analogues* ».

L'affirmation des appelants selon laquelle feu leur mère n'aurait que très peu maîtrisé la langue anglaise et n'aurait dès lors pas en connaissance de cause adhéré au profil d'investissement « *growth* », affirmation n'étayée par aucun élément probant du dossier, n'a partant aucune incidence en présence de ces autres documents approuvés et signés par feu PERSONNE4.) qui attestent à suffisance de droit d'informations et d'éléments identiques à ceux repris audit profil d'investissement *growth*.

Les appelants invoquent encore que le profil d'investisseur du 13 novembre 2007 contiendrait certaines incohérences, telles que l'indication inexacte de l'âge de feu PERSONNE4.) et l'indication inexacte que « *my profession enables me to correctly assess and manage investments risks* ».

Le gestionnaire en charge de l'évaluation de la cliente en vue d'établir un profil d'investisseur doit pouvoir se fier aux indications que la cliente lui fournit. L'allégation des appelants que le gestionnaire de la banque SOCIETE1.) aurait octroyé à feu PERSONNE4.) un profil d'investisseur de croissance en abusant de sa confiance ne se trouve étayée par aucun élément du dossier. En effet, la déclaration du témoin PERSONNE7.), conseiller financier de feu PERSONNE4.) à partir de 2009, affirmant que « *Madame PERSONNE4.) n'était en aucun cas un expert financier et ne disposait pas des moyens à vérifier la structure des produits détenues en 2009 dans son portefeuille* », constitue une appréciation personnelle du témoin quant aux

compétences en matière financière de feu PERSONNE4.) en 2009 et n'est pas de nature à énerver les affirmations répétées de la cliente au moment de l'entrée en relation avec la banque SOCIETE1.) en 2006.

Les appelants soutiennent par ailleurs d'une part, que leur mère avait un profil d'investisseur conservateur auprès de la SOCIETE2.) AG. Ils soutiennent d'autre part, que les actifs transférés auprès de la banque SOCIETE1.) avaient été acquis à l'origine suite à l'intervention du même conseiller, PERSONNE5.), que feu leur mère avait suivi la décision de ce dernier de passer de la SOCIETE2.) AG à la banque SOCIETE1.) et que ces avoirs ne pourraient en conséquence « *servir de base pour apprécier le profil d'investisseur de leur mère, une erreur commise à l'origine d'une relation par le même acteur ne pouvant en excuser une autre* ».

La banque SOCIETE1.) établit sur base de sa pièce n°6 que lors de l'entrée en relation, feu PERSONNE4.) a transféré à la banque SOCIETE1.) quelques obligations, des actions individuelles et une majorité de produits structurés, dont notamment : 1) des « *discount Zertifikate* » c'est-à-dire, d'après l'intimée : « *des certificats sur titre achetés à une décote par rapport au prix du marché, plafonnés vers le haut par un cours déterminé à la hausse, mais non-couverts à la baisse (sauf le montant de la décote)* » et 2) des « *swing Zertifikate* » qui, selon l'intimée « *peuvent contenir des effets de levier et être avec ou sans garantie* ».

Les appelants ne contestent pas le transfert de ces produits structurés.

Il en résulte que, contrairement à l'affirmation des appelants, la composition du portefeuille transféré vers la banque SOCIETE1.) atteste du fait que PERSONNE4.) avait un profil d'investisseur à risques auprès de la SOCIETE2.) AG.

La Cour approuve encore le tribunal d'avoir retenu que l'article 37-3, paragraphe 4 de la loi modifiée du 5 avril 1993, qui prohibe la prise en compte des investissements antérieurement effectués par le client afin d'apprécier son profil d'investisseur, ne prive pas la banque SOCIETE1.), tant à travers PERSONNE5.) qu'à travers son service de gestion de risque et de compliance, tenir compte de la consistance du portefeuille tel que transféré pour apprécier le profil d'investisseur de feu PERSONNE4.).

C'est dès lors tout à fait cohérent que le même conseiller PERSONNE5.) se réfère à l'existence des produits structurés transférés pour établir les critères à retenir dans le cadre du profil d'investisseur à établir auprès de la SOCIETE1.) en 2007, à défaut d'objections ou d'informations concernant un changement de politique d'investissement désormais poursuivie par feu PERSONNE4.).

Le profil d'investissement défini à travers le document « *Client Investment Profile* » du 13 novembre 2007, retient dans le chef de feu PERSONNE4.) un profil d'investissement dit « *de croissance* », qui constitue, selon l'affirmation de la banque SOCIETE1.), non autrement contestée, le quatrième profil le plus risqué sur cinq pour lequel il est indiqué dans la rubrique « *potential risks* » : *above average risk resulting from high price and currency fluctuations* ».

La banque SOCIETE1.) a présenté à feu PERSONNE4.) et cette dernière a signé un document intitulé « *Informations et dispositions applicables aux opérations sur titres, devises, instruments dérivés et aux transactions analogues* » lui détaillant les risques liés aux investissements projetés selon le profil d'investisseur établi. La Cour approuve dès lors le tribunal d'avoir retenu que la banque SOCIETE1.) a rempli son obligation d'information à l'égard de sa cliente.

Les appelants restent en défaut de justifier en quoi la banque SOCIETE1.) n'aurait pas procédé correctement à un « *suitability test* », aurait manqué à son obligation de diligence et n'aurait pas rempli son obligation de connaître son client, conformément aux dispositions de la directive SOCIETE3.) et de l'article 37-3 (4) de la loi modifiée du 5 avril 1993,

La Cour n'ayant retenu aucun des moyens avancés par les appelants tendant à invalider le profil d'investissement établi par la banque SOCIETE1.) le 13 novembre 2007, c'est à juste titre que le tribunal a retenu que le profil d'investissement de feu PERSONNE4.) est défini à travers le document « *Client Investment Profile* » du 13 novembre 2007.

L'appel principal est non fondé sur ce point.

2) L'octroi de l'emprunt en francs suisses et l'usage de l'effet de levier:

Les appelants critiquent le jugement du 5 décembre 2018 en ce que le tribunal a retenu que feu leur mère a tacitement approuvé les relevés mensuels de compte renseignant l'existence d'une suite d'opérations d'emprunt et de remboursement en francs suisses et qu'à défaut pour les PERSONNE6.) de renverser la présomption d'agrément résultant de l'absence de protestation contre ces relevés, ces emprunts sont valablement conclus.

Les appelants soutiennent que « *le libellé figurant sur les extraits ne permettrait en aucun cas de pouvoir comprendre, même dans un délai d'un mois, les investissements réalisés, de sorte que cela ne saurait être considéré comme une ratification à des opérations non*

spécifiquement expliquées ». Ils font valoir que la jurisprudence précise qu' « *il convient toutefois de cantonner cette règle dans une fonction probatoire et de ne pas lui reconnaître une fonction validante. L'approbation tacite ne saurait régulariser une erreur matérielle commise par la banque qui reste tenue de la corriger. La réception sans protestation... n'empêche pas le client, pendant le délai... de prescription... d'apporter la preuve d'éléments propres à écarter la présomption d'accord du client résultant de son absence de protestation dans le délai prescrit* » (Cour d'appel 17 décembre 2014, n°40505 du rôle). Ils invoquent à cet égard l'application de la directive SOCIETE3.), dont le but final serait d'offrir aux investisseurs un niveau élevé de protection, et ils concluent que l'application d'un principe de ratification tacite de l'opération boursière par une simple non contestation d'un extrait de compte serait contraire au but de la directive SOCIETE3.), de sorte qu'il ne pourrait pas trouver application en l'espèce.

En ce qui concerne l'existence de l'emprunt critiqué, les PERSONNE6.) se réfèrent aux articles 1326 et 1907 alinéa 2 du Code civil pour soutenir qu'à défaut de preuve par la banque SOCIETE1.) d'un écrit valablement signé par feu leur mère, le prêt ne serait pas valablement formé. Par ailleurs, en l'absence d'un prêt écrit, la banque SOCIETE1.) ne serait pas fondée à réclamer des intérêts.

La banque SOCIETE1.) demande à la Cour, par réformation, de voir retenir que feu PERSONNE4.) a *expressément* ratifié le crédit en francs suisses, eu égard à l'acte de gage signé le 28 août 2006, qui ne saurait s'expliquer que par la volonté de conclure un contrat de prêt, ainsi qu'eu égard au fait que dans le cadre des transferts d'actifs en 2008 vers trois fondations créées par feu PERSONNE4.) au profit de ses trois enfants, l'existence de ce crédit aurait été discuté, la banque ayant réclamé une augmentation de la garantie de ce crédit et la cliente ayant négocié l'étendue de la garantie supplémentaire à fournir. La banque SOCIETE1.) conclut, au dispositif de ses conclusions, à la confirmation du jugement entrepris sur ce point, quoique pour d'autres motifs.

La Cour constate que la banque ne forme pas appel incident, mais ne fait que réitérer un moyen de défense déjà présenté en première instance.

La banque SOCIETE1.) conteste par ailleurs l'applicabilité de l'article 1326 du Code civil à l'emprunt en francs suisses critiqué et soutient qu'en application de l'article 1907 alinéa 2 du Code civil, à défaut de stipulation d'un taux, il faudrait appliquer le taux d'intérêt légal, ce qui ne serait pas dans l'intérêt des appelants, étant donné que le taux appliqué par la banque SOCIETE1.) serait plus favorable.

Les appelants contestent la valeur d'approbation des relevés de compte invoqués par la banque SOCIETE1.) en l'absence de protestations par feu PERSONNE4.) endéans le délai de trente jours conventionnellement stipulés. Ils font valoir à cet égard que le but du droit national en la matière serait d'offrir aux investisseurs un niveau élevé de protection, et ils concluent au rejet de l'application d'un principe de ratification tacite de l'opération boursière par une simple non-contestation d'un extrait de compte.

Le tribunal a retenu que la banque SOCIETE1.) est en droit d'invoquer à son profit l'effet d'approbation résultant de l'application combinée des articles 10 et 17 du document « *Conditions générales et règlement de dépôt* » signés par les fondations le 27 décembre 2007.

Tel que relevé à bon droit par le tribunal, la question de l'existence d'un contrat d'emprunt est étrangère à la demande des PERSONNE6.) qui entendent mettre en cause la responsabilité de la banque SOCIETE1.) pour avoir mal géré les actifs de feu PERSONNE4.).

A défaut de pertinence pour la solution du litige, il n'y a pas lieu de s'attarder autrement aux développements des parties concernant la conclusion du prêt critiqué, les relevés de compte des 1^{er} juillet 2008 et 1^e octobre 2008 concernant les comptes de chacune des fondations, attestant à suffisance de droit de l'existence des emprunts critiqués.

En ce qui concerne la ratification, l'article 16 des « *Conditions générales et règlement de dépôt* » stipule que « *Toute réclamation du titulaire du compte relative à l'exécution ou l'inexécution d'un ordre doit être formulée par écrit, immédiatement après que le titulaire du compte en a eu connaissance, par réception de l'avis correspondant ou par tout autre moyen. En cas de réclamation tardive, l'exécution, même imparfaite, ou l'inexécution de l'ordre ainsi que les communications de la Banque au titulaire du compte sont réputées approuvées par ce dernier, et les relevés et/ou avis correspondants reconnus exacts par lui ; le titulaire du compte est alors déchu du droit de rechercher la Banque en responsabilité, même si celle-ci n'a pas fait preuve de la diligence usuelle dans l'exécution de l'ordre. ... Toute réclamation relative aux relevés de compte et de dépôt doit être formulée dans le délai d'un mois à compter de la date d'expédition du relevé contesté. Après ce délai, tous les relevés et toutes les opérations qu'ils concernent sont réputés exacts. L'approbation tant explicite qu'implicite d'un relevé couvre toutes ses positions ainsi que toutes les remarques qu'il contient* ».

L'article 10 prévoit que « *Les communications de la Banque ainsi que tout courrier ou notification reçu de tiers sont réputés être valablement*

faits dès leur expédition par courrier ordinaire à la dernière adresse indiquée par le titulaire de compte à cet effet ou en procédant de toute autre manière pour la protection du titulaire du compte, notamment en retenant le courrier 'banque restante'. La date figurant sur le double de ces communications ou sur la liste d'expédition en possession de la Banque est réputée être celle de l'expédition. Le courrier que la Banque doit retenir (courrier 'banque restante') est réputé expédié au titulaire du compte et reçu par lui à la date qu'il porte, avec toutes les conséquences liées aux moments de l'expédition et de la réception selon les présentes Conditions Générales. ... ».

Il résulte de la combinaison des prédicts articles, que tous les relevés et toutes les opérations sont réputés exacts à défaut de réclamation endéans un délai d'un mois suivant la date d'expédition du relevé. Comme en l'espèce feu PERSONNE4.) a opté lors de l'ouverture du compte pour l'option « *banque restante* », c'est à bon droit que le tribunal a retenu que les relevés sont censés expédiés au jour de la date qu'ils comportent.

Dès lors, à défaut de contestations, de réclamations ou de demandes d'informations concernant les emprunts critiqués, émises par feu PERSONNE4.) endéans le délai conventionnellement stipulé, ces opérations sont présumées agréées par elle et les PERSONNE6.) sont tenus par lesdits contrats d'emprunt en francs suisses.

La Cour fait encore sien le raisonnement du tribunal relatif à la non-applicabilité des règles de la directive SOCIETE3.) et de la loi nationale transposant ladite directive, étant donné que c'est à juste titre que le tribunal a relevé que les champs d'application de celles-ci ne visent pas des opérations en espèces, tel que l'octroi d'un prêt.

Il y a encore lieu de confirmer le tribunal en ce qu'il a retenu que l'article 21 de la directive SOCIETE3.) (prévoyant l'obligation d'exécuter les ordres aux conditions les plus favorables), l'article 44 paragraphe 1^{er} de la directive 2006/73 (prévoyant une obligation de « *meilleure exécution* »), l'article 37-5 paragraphe 1 de la loi modifiée du 5 avril 1993 et l'article 5 paragraphe 2 du règlement grand-ducal du 13 juillet 2007 ne concernent que l'exécution des ordres d'investissement.

Ces articles sont dès lors étrangers à la question de la provenance des fonds employés pour le financement des ordres d'investissement.

Les appelants contestent encore l'accord de feu leur mère à voir utiliser les fonds empruntés pour voir mettre en œuvre l'effet de levier.

Tel qu'exposé par le tribunal, cette technique boursière consiste à opérer un emprunt pour disposer de plus de liquidités pouvant être

investies en remboursant l'emprunt avec les plus-values provenant des investissements.

Il n'est pas contesté par la banque SOCIETE1.) que les fonds empruntés par feu PERSONNE4.) auprès d'elle ont servi à mettre en action un effet de levier dans le cadre de la gestion de ses actifs. Tel que retenu par le tribunal, il appartient dès lors à la banque SOCIETE1.) de rapporter la preuve d'avoir été autorisée par feu PERSONNE4.) à faire usage de l'effet de levier.

A l'instar du tribunal, la Cour constate que cette preuve ne résulte pas des éléments du dossier, étant donné que la banque SOCIETE1.) ne se prévaut d'aucun accord exprès. La preuve d'un accord, respectivement d'une ratification tacite ne saurait par ailleurs être déduite des relevés de compte, étant donné que ceux-ci ne font pas clairement état du recours à ce mécanisme.

Il n'est dès lors pas établi que la banque SOCIETE1.) disposait d'une quelconque autorisation de faire usage de l'effet de levier.

Les textes légaux et réglementaires invoqués par les appelants (l'article 31 paragraphe 2, point a) de la directive 2006/73 et les articles 39 et 41, paragraphe 3 point c) de cette même directive ; les articles 35 paragraphe 3, point a), 45 et 48 paragraphe 3 point c) du règlement grand-ducal du 13 juillet 2007) imposent en cas de recours à l'effet de levier deux obligations spécifiques à l'établissement financier : une obligation d'information sur les risques et une obligation d'information mensuelle sur les opérations effectuées. Contrairement à l'affirmation des appelants, ces mêmes textes n'exigent cependant pas une preuve écrite attestant l'acceptation des risques, respectivement une reconnaissance de la compréhension du mécanisme de l'effet de levier.

En l'espèce, la banque SOCIETE1.) ne démontre pas, ni même n'affirme, qu'elle aurait porté à la connaissance de feu PERSONNE4.) une quelconque information en rapport avec les risques encourus du fait de la mise en œuvre d'un effet de levier. Il convient de relever à cet égard que le document intitulé « *Informations et dispositions applicables aux opérations sur titres, devises, instruments dérivés et aux transactions analogues* » n'en fait pas état.

Il ne résulte pas non plus du dossier que la banque SOCIETE1.) ait fourni des relevés de comptes mensuels. Pour la période du mois de juin 2007, au cours duquel les emprunts ont débuté, jusqu'au mois de janvier 2009, date du dernier emprunt, seuls 5 relevés trimestriels ont été émis.

C'est dès lors à bon droit que le tribunal a retenu que la banque SOCIETE1.) a omis de respecter ses obligations légales et réglementaires dans le cadre de la mise en œuvre de l'effet de levier.

A l'instar du tribunal, la Cour précise toutefois que ce constat est insuffisant pour engager la responsabilité de la banque SOCIETE1.), dans la mesure où l'usage de l'effet de levier n'est pas en lui-même prohibé en tant que tel. L'absence d'autorisation de la part de feu PERSONNE4.) et la violation de l'obligation d'information ne deviennent source de responsabilité qu'en conjonction avec une autre faute qui a causalement contribué à la réalisation d'un dommage que l'effet de levier aurait eu pour effet d'amplifier.

3) Violation des obligations liés aux investissements réservés exclusivement aux investisseurs qualifiés :

Les appelants se réfèrent aux règles de la directive 2003/73 pour soutenir que ces règles interdiraient de proposer certains instruments financiers ne faisant pas l'objet d'un prospectus public aux simples particuliers qui ne rempliraient pas certaines conditions. Ces instruments ne pourraient être vendus qu'aux investisseurs dits « qualifiés ». Or, feu leur mère, ayant dû bénéficier d'un profil d'investisseur conservateur, la banque SOCIETE1.) n'aurait pas dû investir leurs actifs dans de tels instruments. Même si, tel qu'allégué par la banque SOCIETE1.), les titres critiqués auraient rapporté une plus-value, il n'en resterait pas moins que les produits auraient participé à l'effet de levier et auraient ainsi contribué à engendrer les pertes financières subies.

Les appelants visent plus particulièrement l'investissement dans les titres « *5-Year EUR 85% Protected Enhanced Note on Asia* » (émis par SOCIETE4.), Delaware, US et « *5-Year EUR 8.50% SOCIETE5. on DJ Euros STOXX 50 Index* » (émis par SOCIETE6.) N.V.).

La Cour constate que les appelants ne critiquent pas le tribunal pour avoir retenu que ces deux produits ont été commercialisés en Suisse par un établissement financier suisse.

C'est partant à bon droit que le tribunal a retenu que ces produits ne sont pas soumis à la directive 2003/73, qui ne vise que les valeurs mobilières offertes au public sur le territoire de l'Union européenne et qu'il a dès lors rejeté l'argumentation des PERSONNE6.) pour manque de pertinence.

4) Violation des obligations concernant la gestion des conflits d'intérêts :

Les PERSONNE6.) reprochent à la banque SOCIETE1.) d'avoir violé l'obligation prévue à l'article 37-2 (2) de la loi modifiée du 5 avril 1993 pour avoir investi les avoirs de feu leur mère dans le fond émis par le groupe SOCIETE1.) sans avertissement préalable de l'existence d'un conflit d'intérêt. Le non-respect de cette règle aurait contribué à la réalisation des pertes subies.

L'obligation de loyauté du gestionnaire implique que le gestionnaire use de son pouvoir d'initiative en vue d'accomplir sa mission au mieux des intérêts du client. Le mandataire doit agir pour le compte et aux mieux des intérêts de son mandant, ce qui lui interdit d'exercer ses pouvoirs dans son intérêt personnel (SOCIETE7.), La responsabilité civile, Pas 2014, n°596, p. 619).

L'article 37-2 (2) de la loi modifiée du 5 avril 1993 impose l'obligation aux établissements financiers de détecter les conflits d'intérêt, de prendre les mesures qui s'imposent à ce que le conflit détecté ne produise pas d'effets néfastes sur les intérêts du client et si cela n'est pas possible, d'informer le client de l'existence du conflit d'intérêt.

La Cour approuve le tribunal d'avoir retenu que les appelants ne démontrent ni que cet investissement se serait fait dans le cadre d'un conflit d'intérêt, ni que l'existence avérée d'un tel conflit d'intérêt aurait pu nuire à leurs intérêts.

5) Mauvaise exécution du mandat de gestion des actifs :

a) La nature juridique des relations entre parties :

Les appelants estiment de façon générale que la composition du portefeuille-titres ne serait pas de nature à affranchir la banque de ses obligations de mise en garde et de conseil, de loyauté et de diligence.

L'obligation de prévenir, d'aviser ou d'informer le client est une obligation accessoire au contrat de dépôt de titres. Si cette obligation englobe celle de mettre en garde le client de façon générale, elle n'englobe cependant pas l'obligation d'information sur l'opportunité d'acquérir tel ou tel titre (Cour d'appel, 11 janvier 2012, n° 35990 du rôle).

Selon la banque SOCIETE1.) les parties se seraient entendues sur la conclusion d'un tel contrat de gestion discrétionnaire.

Avant d'analyser l'existence d'éventuelles fautes dans le chef de la banque, il convient d'analyser d'abord la nature juridique des relations contractuelles entre parties, étant donné que la qualification des relations contractuelles influe sur les obligations mises à charge du banquier.

Sur base des pièces du dossier, il y a lieu de retenir que les relations contractuelles entre feu PERSONNE4.) et la banque SOCIETE1.) se résument à l'ouverture des comptes de dépôt portant le numéro NUMERO3.) en date du 28 août 2006, de la signature par feu PERSONNE4.) des conditions générales de la banque SOCIETE1.) relatives à ce compte, de la signature par la cliente d'un document intitulé « *Instructions du client concernant les achats spéciaux* », de la signature par la cliente d'un document intitulé « *Informations et dispositions applicables aux opérations sur titres, devises, instruments dérivés et aux transactions analogues* », de la signature par la cliente d'un acte de gage « *séparé* » par rapport au gage contenu aux conditions générales de la banque et de l'établissement du profil d'investisseur du 13 novembre 2007.

Aucun contrat de gestion discrétionnaire écrit n'est versé en cause.

Lorsqu'un client charge son banquier de gérer ses avoir en son nom et pour son compte, les limites et objectifs de la mission du banquier sont en principe fixés dans une convention écrite. La formalité de l'écrit est essentiellement requise *ad probationem* (cf. A Schmitt & E. Omes. La responsabilité du banquier en droit bancaire privé luxembourgeois, p.169).

Toujours est-il que celui qui se prévaut de l'existence d'un contrat doit le prouver.

La Cour constate que les appelants d'une part, mettent en doute l'existence d'un contrat de gestion discrétionnaire conclu par feu leur mère et d'autre part, reprochent à la banque d'avoir, dans le cadre d'une gestion discrétionnaire, mal géré le portefeuille de feu PERSONNE4.).

Les appelants n'invoquent ainsi aucune argumentation circonstanciée de nature à mettre en doute l'existence du contrat de gestion discrétionnaire oral affirmé par la banque.

Il y a partant lieu de retenir que la banque SOCIETE1.) était liée à feu PERSONNE4.) par un contrat de dépôt de titres auquel était adossé un contrat de gestion discrétionnaire.

Le mandat de gestion présente un caractère essentiellement aléatoire en raison des nombreux éléments et circonstances échappant au contrôle du gestionnaire, en raison de l'aléa boursier. C'est pourquoi le gestionnaire ne garantit pas, en principe, l'obtention d'un rendement, une plus-value, le maintien de tout ou partie du capital investi ou la progression de la valeur du portefeuille. Il n'est tenu, en conséquence, que d'une obligation de moyens – et non pas de résultat

-, laquelle consiste à gérer au mieux le portefeuille de son client. Il appartient au client de rapporter la preuve d'un comportement fautif ou négligent du gestionnaire. (...) Sa responsabilité n'est engagée que si une faute est expressément établie à sa charge, c'est-à-dire s'il n'a pas agi comme l'aurait fait un bon professionnel de même catégorie, intervenant dans les mêmes circonstances de temps et de lieu et agissant selon les usages bancaires et boursiers de la place (SOCIETE7.), La responsabilité civile, Pas. 2014, p.620, n°597).

D'une manière générale, le gestionnaire ne saurait être tenu pour responsable des aléas boursiers qui sont imprévisibles pour un professionnel normalement compétent et avisé. La mauvaise appréciation d'aléas ne devient fautive que lorsqu'elle est répétée (SOCIETE7.), La responsabilité civile, Pas. 2014, p.621).

Tel que rappelé par le tribunal, un contrat de gestion discrétionnaire implique que le mandataire procède, sans instructions individuelles du mandant, à l'investissement des actifs de ce dernier en conformité avec les orientations générales discutées entre parties, respectivement en conformité avec le profil d'investisseur, à partir du moment où un tel profil était devenu légalement obligatoire et avait été dressé.

La banque SOCIETE1.) affirme qu'en l'espèce, le contrat de gestion présentait la particularité que la banque gérait les avoirs en fonctions d'approches discutés au fil du temps et qu'il était permis à la cliente d'intervenir dans la gestion en donnant des instructions précises.

Si en principe, le client n'a pas à s'immiscer dans la gestion de son portefeuille dans le cas d'un contrat de gestion discrétionnaire, il n'est pas exclu que le contrat de gestion peut prévoir une stipulation par laquelle le client se réserve la faculté de donner certains ordres ou instructions, une telle clause n'étant pas incompatible avec l'existence d'un contrat de gestion. Le pouvoir discrétionnaire du gestionnaire peut en effet être limité par la possibilité conférée au client par le mandat de donner ultérieurement des instructions. Dans ce cas, la banque est tenue de suivre l'instruction dont les termes précis ne lui permettent pas de se dérober à l'ordre, ni de le discuter. Dans le silence du contrat, le client n'en a pas moins le droit de donner des indications au gestionnaire, mais ce dernier conserve un pouvoir d'appréciation ou de discussion quant aux suites à donner à cette intervention. Le seul fait d'accepter des ordres du client dans le cadre d'une gestion discrétionnaire ne constitue pas une faute dans le chef de la banque (SOCIETE7.), la responsabilité civile, Pas. 2014, n°598).

Les PERSONNE6.) contestent toute instruction précise de feu PERSONNE4.) concernant les investissements réalisés.

Tel que relevé par le tribunal, il convient de replacer dans ce cadre l'argumentation de la banque SOCIETE1.) tirée de l'existence dans le chef de feu PERSONNE4.) d'une ratification expresse, sinon tacite des opérations réalisées, en raison de l'absence de contestation des relevés de compte endéans le délai de trente jours conventionnellement stipulé.

Il résulte de la combinaison des articles 10 et 16 précités des conditions générales de la banque SOCIETE1.) signées par feu PERSONNE4.) que tous les relevés et toutes les opérations sont réputés exacts à défaut de réclamation endéans un délai d'un mois suivant la date d'expédition du relevé.

Il résulte encore de l'article 12 des conditions générales de la banque SOCIETE1.), acceptées et signées par feu PERSONNE4.), que la cliente autorisé la banque SOCIETE1.) « à accepter des communications et des ordres de toute nature (...) sans aucune confirmation, lorsqu'ils sont transmis par téléphone, télécopie ou courrier électronique par liaison sécurisée ».

La doctrine retient que la réception sans protestation ni réserve des avis d'opéré et des relevés de compte présume l'existence et la bonne exécution des opérations, mais n'empêche pas le client, pendant le délai convenu ou, à défaut, pendant celui de prescription, de reprocher à celui qui a effectué ces opérations d'avoir agi sans mandat ou d'apporter la preuve d'éléments propres à écarter la présomption d'accord du client, résultant de son absence de protestation dans le délai prescrit (voir en ce sens : O. Poelmans, La responsabilité du banquier luxembourgeois teneur de comptes – Chronique de la jurisprudence récente applicable (1997-2002), Bulletin Droit et Banque, N° 33, page 21)

La jurisprudence retient aussi que la ratification des relevés mensuels par l'absence de protestation couvre la nature des opérations effectuées par le gestionnaire (Cour d'appel 20 mai 2009, n°32393 du rôle).

L'effet validant de la ratification, produit par l'absence de protestation contre les relevés et arrêtés de compte, exige la connaissance de l'acte conclu par le mandataire et la volonté certaine du client à fournir *a posteriori* son consentement à l'acte passé par le mandataire.

Par la ratification, le mandant n'entend pas nécessairement couvrir les fautes de gestion du mandataire et renoncer ainsi à mettre en cause sa responsabilité contractuelle. Cependant, ratification et décharge peuvent aller de pair en pratique : tel est souvent le sens à donner à une ratification des agissements du mandataire faite sans la moindre

réserve (PERSONNE8.), Le doit des contrats n°206 cité par. Cour d'appel 31 mai 2006, n°29599 du rôle).

On s'accorde à reconnaître que la ratification du mandant valide non seulement les actes accomplis par le mandataire au-delà des limites de son mandat, mais aussi ceux que ce dernier a accomplis sans mandat ou en vertu d'un mandat nul. En effet, le mandataire qui excède les limites de son mandat n'a pas plus de pouvoir que celui qui agit sans mandat ou en vertu d'un mandat nul : dans les deux cas, celui qui a agi n'a que la qualité d'un gérant d'affaires et tous les actes d'un gérant d'affaires peuvent être ratifiés par le géré, voire par le « *mandant* » (Jurisclasseur articles 1991 à 2002, fasc 2, V° mandat, fasc G. n°45 cité par Cour d'appel 16 janvier 2002, n°25522 du rôle).

Il résulte des prédites dispositions 10 et 16 des conditions générales de la banque SOCIETE1.) signées et acceptées par feu PERSONNE4.) que cette dernière a accepté que les écritures de la banque prouvent à elles seules que les opérations effectuées ont été exécutées conformément aux ordres de la cliente et lesdites opérations inscrites sur les extraits de compte adressés périodiquement à la cliente (en ce sens : Cour d'appel 8 février 2007, n°30454 du rôle).

Par ailleurs, la ratification des relevés mensuels par l'absence de protestation couvre la nature des opérations effectuées par le gestionnaire (Cour d'appel 20 mai 2009, n°32393 du rôle).

Pour renverser la présomption de ratification des opérations découlant du silence de feu leur mère, il appartient aux PERSONNE6.) de démontrer que la banque SOCIETE1.) a commis des fautes en ne respectant pas le profil d'investissement du 13 novembre 2007.

Ces principes juridiques énoncés, il convient d'analyser les reproches adressés par les PERSONNE6.) à la banque SOCIETE1.).

b) Les fautes invoquées :

Il y a lieu de noter que les PERSONNE6.) critiquent le jugement du 3 février 2021 en ce que le tribunal a retenu que les appelants supportent la charge de la preuve de la faute dans le chef de la banque SOCIETE1.) en ce qui concerne le défaut de conformité des investissements opérés avec la politique d'investissement définie. Ils invoquent que l'article 21 de la directive SOCIETE3.) et l'article 37-5 (5) de la loi modifiée du 5 avril 1993 opèrent un renversement de la charge de la preuve, mettant à charge des établissements de crédit l'obligation de démontrer qu'ils ont exécuté les ordres conformément à leur politique d'exécution, qui doit viser à obtenir le meilleur résultat possible pour le client.

L'obligation de meilleure exécution concerne l'ensemble des mesures raisonnablement prises par les établissements financiers afin d'obtenir le meilleur résultat possible pour leurs clients. Elle vise ainsi à obtenir le meilleur prix, le meilleur coût, la meilleure rapidité d'exécution, la meilleure probabilité d'exécution et du règlement, compte tenu de la nature et la taille de l'ordre (L. Cultura, La directive SOCIETE3.), Mise en application et implications au sein du milieu bancaire, éd. Universitaire européenne, 2014, p.38).

Tel que relevé à bon droit par le tribunal, pour apprécier le comportement de la banque SOCIETE1.) dans le cadre de l'exécution du mandat de gestion, il faut se replacer à l'époque des faits, et tenir compte des circonstances et informations établies et à la connaissance des parties à cette époque, à l'exclusion de tout événement postérieur imprévisible à l'époque qui peut le cas échéant faire apparaître *ex post* certaines décisions comme étant inappropriées ou fausses.

S'agissant d'investissements financiers dans un domaine soumis à d'importants aléas et à de fortes fluctuations dictées par des événements politiques, économiques et sociaux sur lesquels le mandataire de gestion n'a pas d'influence, la Cour se rallie aux développements du tribunal ayant retenu, à l'instar de l'argumentation de la banque SOCIETE1.), que l'appréciation portée nécessairement *ex post* par la juridiction saisie doit se cantonner à une appréciation marginale, qui ne doit retenir au titre de faute que le comportement dénotant une négligence manifeste ou le refus de prise en compte d'une donnée importante. Ce n'est pas l'investissement malheureux qui est sanctionné, mais la prise anormale de risque. La prise de risque anormale peut se manifester à travers un manquement à la prudence stipulée dans le mandat, en l'exécution d'une opération anormale ou contraire aux usages ou aux règles du marché ou dans le décalage manifeste avec les résultats obtenus par d'autres gestionnaires placés dans les mêmes circonstances. Ce n'est pas la seule révélation *ex post* du caractère malheureux d'un investissement qui sera de nature à constituer le mandataire en faute. Les mêmes principes d'évaluation valent de toute évidence tant pour la décision d'acquérir ou de ne pas acquérir un instrument financier que pour la décision de vendre ou de ne pas vendre un instrument financier.

Les appelants soutiennent qu'il appartiendrait à la banque SOCIETE1.) de démontrer, poste par poste, titre par titre, le caractère approprié des acquisitions d'instruments financiers opérées par elle au nom et pour compte de feu leur mère. Cette charge de la preuve résulterait de l'article 21, paragraphe 5 de la directive SOCIETE3.) (« *Les États membres exigent que les entreprises d'investissement puissent démontrer à leurs clients, à leur demande, qu'elles ont*

exécuté leurs ordres conformément à la politique d'exécution de l'entreprise »). Dans des situations d'asymétrie d'information, dans lesquelles une partie plus faible et moins bien informée se trouve confrontée à un professionnel disposant d'une meilleure information et de compétences spécifiques, il faudrait décider que la banque SOCIETE1.) devrait en l'espèce supporter la charge de la preuve.

La banque SOCIETE1.) résiste à cette argumentation en invoquant qu'elle n'aurait été tenue que d'une obligation de moyens, et que la responsabilité du débiteur d'une obligation de moyens ne pourrait être engagée qu'à charge pour le créancier de démontrer concrètement la faute du débiteur. Il appartiendrait partant en l'espèce aux PERSONNE6.) de démontrer achat par achat, instrument par instrument, que la banque SOCIETE1.) aurait commis une faute dans l'exécution du mandat de gestion aux moments concrets des acquisitions. Le constat de la simple baisse de valeur ne suffirait pas pour caractériser cette faute, et les décisions prises par ses soins devraient être appréciées par rapport aux profils d'investisseur des fondations. L'appréciation du résultat de sa gestion devrait encore être mise en relation avec les performances générales des marchés financiers, en ce qu'il appartiendrait aux PERSONNE6.) de démontrer que la baisse de valeur du portefeuille de feu leur mère aurait dépassé la baisse subie par l'intégralité des indices boursiers au cours de la période considérée.

La Cour se doit de relever que les règles protectrices de la directive SOCIETE3.) et de l'article 37-5 (5) (« *best execution* ») de la loi modifiée du 5 avril 1993 concernent uniquement la façon dont les ordres sont exécutés.

En revanche, ces règles sont étrangères à la question de savoir si la banque SOCIETE1.) a fait le juste choix des titres investis dans le cadre du mandat de gestion lui confié par feu PERSONNE4.).

La Cour approuve le tribunal d'avoir rejeté l'argumentation des PERSONNE6.) tirée du renversement de la charge de la preuve résultant de l'article 21, paragraphe 5 de la directive SOCIETE3.) et de
retenu qu'il appartient aux PERSONNE6.) d'établir l'existence d'une faute dans le chef de la banque SOCIETE1.) en ce qui concerne l'exécution des ordres conformément au profil d'investissement de feu PERSONNE4.).

Les appelants invoquent encore une violation par la banque SOCIETE1.) de son obligation de prudence pour avoir investi dans des titres constitutifs d'opérations de type « *exécution only* » en violation de l'article 37-3 de la loi modifiée du 5 avril 1993

Il convient de rejeter cette argumentation des PERSONNE6.), étant donné que le prédit article ne s'applique que dans le cas où un établissement financier se limite « à fournir des services d'investissement qui comprennent uniquement l'exécution ou la réception et la transmission d'ordres de clients », soit dans le cas où l'établissement financier se limite à exécuter les ordres reçus du client, dit « *execution only* ». Tel n'étant pas le cas en l'espèce, puisque la banque SOCIETE1.) s'étant vu confier un contrat de gestion discrétionnaire, l'argumentation des PERSONNE6.) à ce sujet est non fondée.

Les PERSONNE6.) font encore valoir que le tribunal aurait procédé, dans son jugement du 3 février 2021, à un renversement de la charge de la preuve par rapport à ce qu'il avait retenu dans son jugement du 5 décembre 2018.

Le tribunal avait retenu dans son jugement du 5 décembre 2018 qu'il y a lieu de faire une distinction entre l'effet probatoire et l'effet validant résultant du silence gardé par feu PERSONNE4.) à la réception des relevés de compte, en imposant à la banque SOCIETE1.) la charge de la preuve de démontrer que les investissements opérés répondent à la politique d'exécution, écartant la règle de preuve résultant des stipulations contractuelles en raison de l'application impérative de la législation protectrice des consommateurs. Constatant que les parties n'avaient pas approfondi le débat sur la question de la preuve de l'exécution des ordres au-delà de la question de principe de la charge de la preuve, le tribunal a ordonné une réouverture des débats.

Dans son jugement du 3 février 2021, le tribunal a constaté que « *la question de l'exécution des ordres tient à la manière dont un ordre est exécuté en termes de frais, de célérité, de garanties dans l'exécution, etc. Cette question constitue en fait une question étrangère à celle qui se pose en l'espèce, qui est celle de l'habilité des ordres exécutés à réaliser les objectifs d'investissement fixés dans le profil d'investisseur* ».

La Cour approuve le tribunal d'avoir retenu que dans le cadre de la question de la faute reprochée à la banque d'avoir procédé à des investissements qui ne correspondent pas aux objectifs d'investissement fixés dans le profil d'investisseur de feu PERSONNE4.), la charge de la preuve pèse sur celle des parties qui invoque la faute sur base du principe général selon lequel il appartient au demandeur d'apporter la preuve des faits gisant à la base de son action. Dans la mesure où la charge de la preuve a été analysée dans le cadre de deux problèmes juridiques différents, il y a lieu de retenir que le tribunal n'a pas procédé à un renversement de la charge de la preuve.

Il appartient dès lors aux PERSONNE6.) de rapporter la preuve que la banque n'a pas exécuté « au mieux » son obligation de moyen d'investir les actifs de feu PERSONNE4.) dans des produits financiers correspondant à son profil d'investisseur.

Les appelants critiquent le jugement du 3 février 2021 en ce que le tribunal a retenu que la demande des PERSONNE6.) est à rejeter pour certains titres en l'absence de préjudice, pour les autres titres en l'absence de preuve d'une intervention autonome de la banque SOCIETE1.) en dehors des instructions de PERSONNE4.).

Concernant les fautes reprochées à la banque SOCIETE1.), la Cour approuve le tribunal d'avoir retenu qu'il y a lieu d'analyser dans un premier temps si les acquisitions de titres ont été faites sur instruction expresse de feu PERSONNE4.) ou si elles ont été faites de façon autonome par la banque SOCIETE1.) dans le cadre de son mandat de gestion et d'analyser dans un deuxième temps, dans l'hypothèse où la banque SOCIETE1.) a agi de façon autonome, si les acquisitions ont été faites dans les limites du mandat de gestion telles que tracées par le profil d'investisseur du 13 novembre 2007 ou fautivement en dehors de ces limites. Le tribunal a dès lors procédé à une analyse au cas par cas des différentes acquisitions de titres.

La Cour approuve le tribunal d'avoir procédé à une analyse au cas par cas des différentes acquisitions de titres, en précisant s'ils ont été effectué sur instruction expresse de la cliente ainsi que le résultat obtenu, et d'avoir retenu, après une analyse détaillée des pièces produites concernant les neuf titres du portefeuille de feu PERSONNE4.) géré par la banque SOCIETE1.), que la demande des PERSONNE6.) est à rejeter, en l'absence de préjudice, pour les titres suivants : 2) SOCIETE8.) PLC Protected Best-of Equitiy or Commodity Profile Note ; 3) Instrument « NUMERO4.) (« Merrill Lynch & Co Inc. 5 Years EUR 85% Protected Enhanced Note on Asia ; 5) Instrument « 399115-900 » (8.5% SOCIETE9.) NV 5-Year SOCIETE5.) on DJ Eurostoxx 50 Index ») ; 7) Instrument « 859461-548 « : SOCIETE10.) LTD Best of 110% Protection Note on 4 Asian Indices et 9) SOCIETE9.) NV Alpha Accelerator on SOCIETE11.) C.

Il y a lieu de relever que les appelants ne contestent pas valablement l'analyse du tribunal concernant l'existence ou l'absence de pertes subies par feu PERSONNE4.) par rapport aux neuf titres se trouvant dans son portefeuille pendant la période pendant laquelle il a été géré par la banque SOCIETE1.).

En effet, les appelants critiquent d'une part, le jugement entrepris en ce que le tribunal n'a pas analysé l'existence de différents manquements et fautes dans le chef de la banque SOCIETE1.), « *nonobstant le constat d'une plus-value générée par ces titres* ». Ils

dressent d'autre part, un tableau des neufs investissements effectués pour compte de feu leur mère, soutenant que l'ensemble des neufs titres aurait engendré des pertes.

N'ayant pas contesté de façon circonstanciée la conclusion du tribunal, suite à son analyse des pièces du dossier, que PERSONNE4.) n'a pas subi de préjudice concernant les titres suivants : « 2) SOCIETE8.) PLC Protected Best-of Equity or Commodity Profile Note ; 3) Instrument « NUMERO4.) (« Merrill Lynch & Co Inc. 5 Years EUR 85% Protected Enhanced note on Asia ; 5) Instrument « 399115-900 » (8.5% SOCIETE9.) NV 5-Year SOCIETE5.) on DJ Eurostoxx 50 Index ») ; 7) Instrument « 859461-548 « : SOCIETE10.) LTD Best of 110% Protection Note on 4 Asian Indices et 9) SOCIETE9.) NV Alpha Accelerator on SOCIETE11.) C. », c'est à juste titre que le tribunal n'a pas plus amplement développé l'argumentation des appelants relative aux fautes éventuelles commises par la banque SOCIETE1.).

Il y a lieu de rappeler que les appelants, qui critiquent le jugement entrepris en ce que le tribunal n'a pas analysé l'existence de différents manquements et fautes dans le chef de la banque, recherchent la responsabilité contractuelle de la banque SOCIETE1.). Afin de prospérer dans leur demande, ils doivent dès lors rapporter, cumulativement, la preuve d'une faute, d'un préjudice et d'un lien causal entre la faute invoquée et le préjudice subi.

A défaut de l'existence d'un préjudice, la Cour approuve le tribunal d'avoir rejeté la demande des PERSONNE6.) relatives auxdits titres en raison de l'absence de préjudice dans le chef de feu leur mère PERSONNE4.).

Concernant ces mêmes cinq titres, les PERSONNE6.) critiquent le tribunal de ne pas avoir fait droit à leur demande en indemnisation, en invoquant leur droit à être indemnisé en raison de la perte d'une chance ou du gain manqué. Ils soutiennent que « *la partie intimée a été incapable de générer les plus-values escomptées si les investissements avaient été opérés conformément au profil de risque, là-même où ses concurrents sont parvenus sur la même période à des performances sensiblement plus honorables, la gestion telle qu'exécutée ayant privé les parties appelantes des plus-values auxquelles elles pouvaient légitimement prétendre* ».

La Cour approuve le tribunal d'avoir retenu à ce sujet que la banque SOCIETE1.) n'avait garanti aucun rendement particulier à l'occasion de la gestion des avoirs de feu PERSONNE4.) et qu'il ne saurait partant lui être reproché de ne pas avoir atteint un certain degré de rendement, ni en ce qui concerne un titre particulier, ni en ce qui concerne l'ensemble du portefeuille.

La demande en indemnisation des PERSONNE6.) sur base de la perte d'une chance ou d'un gain manqué est partant à rejeter.

En ce qui concerne la deuxième catégorie de titres pour lesquels le tribunal a retenu l'absence de preuve d'une intervention autonome de la banque SOCIETE1.) en dehors des instructions de PERSONNE4.) 1) SOCIETE1.) (SOCIETE12.) (EUR) ; 4) SOCIETE13.) BV 5 Years EUR 85% Protected Best-of Equity or Commodity Profile Note et 6) 34,8% SOCIETE14.) Products 1 Year USD Monthly Autocallable on Worst-of 3 US Financial Stocks}, respectivement l'absence d'un lien causal entre la perte subie et une faute éventuelle de la banque SOCIETE15.) SOCIETE9.) NV Alpha Accelerator on SOCIETE11.) C, les appelants reprochent à la banque SOCIETE1.) d'avoir procédé à des investissements divers sans produire une seule instruction écrite de la part de feu leur mère et sans justifier d'avoir attiré expressément l'attention de feu leur mère sur les risques encourus par ces investissements. Ils contestent par ailleurs l'effet de ratification ou d'approbation des extraits de compte.

L'obligation d'information du client sur les risques encourus sur le marché boursier ne subsiste que pour autant que le client n'en a pas connaissance lui-même (Cour d'appel 27 novembre 2008, n°31364 du rôle). En effet, l'obligation d'information de la banque est fonction des compétences du client ou de son inexpérience (Cour d'appel 11 janvier 2012, n°35990 du rôle). Plus le client est un client averti et adhère à un profil à risques, plus l'obligation de la banque de prévenir, d'aviser ou d'informer le client, est atténuée et réduite à un strict minimum (Cour d'appel 21 décembre 2016, n°42230 du rôle). Par ailleurs, cette obligation est de moyen et non de résultat.

Il résulte du le profil d'investissement de feu PERSONNE4.) du 13 novembre 2007 que cette dernière a déclaré avoir une expérience de plus de cinq ans en matière d'investissements en actions, obligations, fonds d'investissements UCITS, instruments hybrides et « *hedge funds* » ainsi qu'entre un à cinq ans d'expérience en matière d'investissement à crédit et en investissements en matières premières. Elle y indique avoir, dans le passé, réalisé des investissements dépassant 800.000 euros dans les catégories « *actions, obligations, fonds d'investissements UCITS, instruments hybrides, investissements à crédit et en matière premières* » et entre 400.000 euros et 800.000 euros dans la catégorie « *hedge funds* ». Sa fortune dépassait en 2007 les cinq millions d'euros.

Sur base des déclarations contenues audit profil d'investissement « *de croissance* » établi par la banque SOCIETE1.) le 13 novembre 2007, feu PERSONNE4.) était à considérer comme étant un client averti.

Le banquier assume une obligation de conseil et d'information envers son client dans les opérations de placement, acquisition ou vente décidées par ce dernier. Cette obligation doit être appréciée selon les principes généraux par comparaison avec la conduite du professionnel normalement diligent et prudent placé dans les mêmes conditions et au vu du niveau de connaissances et des demandes de renseignement du client.

L'obligation d'information sur les risques, variant avec la personne du client, n'a par ailleurs pas à porter sur les risques particuliers d'une opération déterminée, mais uniquement sur ceux du jeu boursier en général. Le banquier n'a cependant pas d'obligation à prévenir son client d'une éventuelle perte de valeur d'un investissement. Il n'a pas d'obligation pour éclairer son client sur l'opportunité de prendre tel ou tel acte de disposition au regard de l'évolution des marchés boursiers, et ce quel que soit le degré d'expérience et de connaissance de l'investisseur en cause (Cour d'appel 9 janvier 2013, n°372312 du rôle).

Par ailleurs, la faute éventuelle de la banque doit être appréciée au moment où les actes ont été accomplis et ne saurait être déterminée rétrospectivement en tenant compte d'événements survenus postérieurement aux investissements litigieux.

Les appelants déduisent de la simple perte de valeur du portefeuille titres une faute dans le chef de la banque SOCIETE1.) par rapport à son obligation de conseil, qui aurait été mal fournie.

Ils lui reprochent encore un défaut de prudence en invoquant l'existence d'« *opérations anormales* » qui auraient été exécutées au mépris des usages ou règles du marché, telles que des opérations de type « *execution only* », des opérations sur titres complexes, un défaut d'informations adéquates et pertinentes concernant les risques, des opérations réalisées en violation des règles de gestion des conflits d'intérêts, voire même des investissements illégaux sur instruments non cotés.

Ce n'est pas parce que le résultat global de la gestion de la banque se traduit par une moins-value globale ou que les performances réalisées ne sont pas à la hauteur des attentes du client, que la banque a mal géré : la conjoncture boursière peut en effet être celle d'une baisse générale, étant à cet effet indifférent que les pertes se révèlent considérables (Cour d'appel 13 juin 2001, n°20722 du rôle, cité par PERSONNE9.), La responsabilité civile, Pas. 2014, p.621)

Contrairement à l'affirmation des appelants, même une gestion du portefeuille ayant entraîné une perte de la moitié du capital investi n'entraîne pas un renversement de la charge de la preuve au

détriment du banquier et ce fait ne saurait suffire à lui seul pour faire admettre une faute de prudence dans la gestion du compte par la banque.

La banque SOCIETE1.) conteste toute faute de gestion dans son chef.

Elle invoque à titre principal la ratification des investissements par feu PERSONNE4.) par l'absence de protestation contre les relevés et arrêtés de compte.

A titre subsidiaire, elle soutient avoir procédé à des investissements prudents par la diversification des risques.

Il est rappelé que lors de l'ouverture du compte, feu PERSONNE4.) a demandé à la banque SOCIETE1.) que son courrier soit tenu à sa disposition à la banque.

Les relevés de comptes attestent des moins-values concernant les titres critiqués de la deuxième catégorie au 30 octobre 2008.

La Cour approuve le tribunal d'avoir retenu que les PERSONNE6.) ne rapportent aucun élément probant valant renversement de la présomption découlant de l'absence de protestation par feu leur mère contre les relevés et arrêtés de compte attestant lesdites moins-values sur titres. Le silence prolongé de feu PERSONNE4.) qui n'a pas émis de protestations contre les pertes essuyées, ne peut dès lors s'interpréter que comme une ratification de ces opérations boursières et comme une décharge de responsabilité relative à ces opérations.

Les reproches des appelants relatifs à une violation par le banque de l'article 37-3 partie (6) tiret 2 « *exécution only* », de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, telle que modifiée, et de l'article 37-3 partie (6) tiret 1 (investissements non appropriés par rapport au profil d'investisseur), de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, telle que modifiée, sont partant à rejeter.

C'est dès lors à bon droit que le tribunal a retenu que les PERSONNE6.) n'ont pas réussi à renverser la présomption de ratification découlant de l'absence de protestation contre les relevés et arrêtés de compte concernant les titres : 1) SOCIETE1.) (*CH Alternative Investment SOCIETE1.) Value (EUR)*, le 29 janvier 2008 (4) SOCIETE13.) *BV 5 Years EUR 85% Protected Best-of Equity or Commodity Profile Note*, le 21 mai 2008 et 6) 34,8% SOCIETE14.) *Products 1 Year USD Monthly Autocallable on Worst-of 3 US Financial Stocks*).

C'est encore à juste titre que le tribunal a retenu concernant le titre 8) SOCIETE9.) *NV Alpha Accelerator on SOCIETE11.) C*), que la perte

subie par PERSONNE10.) sur ces titres suite à leur la mise en vente prématurée en date des 10 novembre 2008 et 13 janvier 2009 se trouve sans lien causal avec une éventuelle faute de gestion de la banque SOCIETE1.), étant donné que le remboursement du capital a été garanti à l'échéance 2015.

Par ailleurs, face à une convention de « *banque restante* », le client avait, de toute façon, l'obligation de se renseigner lui-même en prenant réception des extraits de compte retenus à sa demande à la banque. Il en résulte que l'obligation d'information de la banque SOCIETE1.) concernant les opérations effectuées sur le compte de feu PERSONNE11.), réduite à un strict minimum en raison de l'existence d'un contrat de gestion discrétionnaire et du caractère averti de la cliente, se trouve remplie à suffisance de droit sur base des relevés de compte non autrement critiqués (en ce sens : Cour d'appel 22 avril 2009, n°32760 du rôle).

Seul le client non averti est créancier de l'obligation de mise en garde (SOCIETE7.), La responsabilité civile, Pas 2014, n°593, p. 617). Cette obligation de mise en garde à charge du banquier existe cependant encore, face à un client averti et en présence d'un contrat de gestion discrétionnaire, lorsque les investissements réalisés se situent en dehors de la catégorie d'investissements fixés au profil d'investissement.

La Cour estime que l'indication sur lesdits relevés de compte que ces investissements, dits « *complexes* » par les appelants, ne correspondent pas au profil d'investissement « *de croissance* » auquel feu PERSONNE4.) a adhéré est suffisant à provoquer une réaction de la part de la cliente de nature à lui permettre de se raviser le cas échéant à ce sujet (en ce sens : Cour d'appel 22 avril 2009, n°32760 du rôle). Les appelants restent partant en défaut de justifier en quoi la banque SOCIETE1.) n'aurait pas remplie correctement son obligation de mise en garde. Le reproche formulé sur base d'une violation par la banque de l'article 37-3 partie (6) tiret 3 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, telle que modifiée, est partant à rejeter.

Les appelants reprochent finalement à la banque d'avoir violé son obligation de loyauté en procédant à l'acquisition du titre SOCIETE1.) (CH) *Alternative Investment SOCIETE1.) Value (EUR)*.

L'obligation de loyauté du gestionnaire implique que le gestionnaire use de son pouvoir d'initiative en vue d'accomplir sa mission au mieux des intérêts du client, le mandataire doit agir pour le compte et aux mieux des intérêts de son mandant, ce qui lui interdit d'exercer ses pouvoirs dans son intérêts personnel (SOCIETE7.), La responsabilité civile, Pas 2014, n°596, p. 619).

Les appelants restent cependant en l'espèce en défaut de justifier en quoi la banque aurait violé son obligation de loyauté et aurait privilégié ses propres intérêts en procédant à l'acquisition dudit titre. Le reproche formulé sur base d'une violation par la banque de l'article 37-2 partie (2) de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, telle que modifiée, est partant à rejeter.

Les appelants soutiennent encore que la banque SOCIETE1.) aurait procédé à « *des investissements illégaux dans des instruments non cotés sans considérations d'alternatives* » (pages 30 des conclusions du 19 octobre 2022). Dans la mesure où les appelants n'étaient pas cette affirmation par une argumentation subséquente, la Cour admet qu'ils se réfèrent à leurs développements contenus aux pages 13 et 14 de ces mêmes conclusions, aux termes de laquelle ils soutiennent, en se référant à une modification de 2010 de la directive 2003/70, qui a supprimé l'option donnée aux personnes physiques d'être traitées comme des investisseurs professionnels suivant leur demande expresse et à condition de remplir certaines conditions, que leur mère n'aurait pas pu réaliser des investissements dans des produits complexes, respectivement dans des produits exemptés de l'obligation de publier un prospectus, ne pouvant être vendus qu'à des investisseurs qualifiés, même si elle l'avait souhaité.

Dans la mesure où les investissements critiqués ont été réalisés antérieurement à la modification invoquée et que les obligations de la banque sont à examiner par rapport au cadre législatif en vigueur au moment de la passation des investissements, l'argumentation des appelants est à rejeter.

Conclusion :

La Cour retient en conséquence que les PERSONNE6.) n'ont pas réussi à établir des fautes de la banque de nature à engager sa responsabilité. Ils ne rapportent aucun élément probant valant contestation de façon pertinente de la présomption découlant de l'absence de protestation contre les relevés et arrêtés de compte attestant des moins-values sur titres. Le silence prolongé des fondations qui n'ont pas émis de protestations contre les pertes essuyées, ne peut dès lors s'interpréter que comme une ratification de ces opérations boursières et comme une décharge de responsabilité relative à ces opérations.

C'est dès lors à bon droit que le tribunal a rejeté la demande en indemnisation des fondations

Il résulte de l'ensemble des développements qui précèdent que l'appel n'est pas fondé et que le jugement déféré est à confirmer.

6) Les demandes accessoires :

Ayant succombé en appel, les PERSONNE6.) ne sauraient prospérer dans leur demande en obtention d'une indemnité de procédure de 5.000 euros.

La banque SOCIETE1.) ayant dû recourir aux services rémunérés d'un avocat en appel pour faire valoir ses droits qu'il serait inéquitable de laisser à sa charge, la Cour lui alloue une indemnité de procédure de 3.000 € pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, huitième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel;

le dit non fondé ;

confirme le jugement entrepris ;

rejette la demande de PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) en obtention d'une indemnité de procédure ;

condamne PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) à payer à la société anonyme SOCIETE1.) (Luxembourg) une indemnité de procédure de 3.000 euros ;

condamne PERSONNE1.), PERSONNE2.) et PERSONNE3.) aux frais et dépens de l'instance et ordonne la distraction au profit de la société anonyme Arendt & Medernach, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Philippe DUPONT sur ses affirmations de droit.