Jugement commercial XV No. 1232 / 12

Audience publique du mercredi, sept novembre deux mille douze.

Numéro 133966 du rôle

Composition :

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente ;
Robert WORRE, Premier juge ;
Steve KOENIG, juge ;
Sandra MANGEN, greffière.

E n t r e :

1. Monsieur **A.)**, médecin, demeurant à C.P. (…) Mexico, (…),

2. Madame **B.)**, médecin, demeurant à C.P. (…) Mexico, (…),

élisant domicile en l'étude de Maître Bernard FELTEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

demandeurs, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice suppléant Véronique REYTER, en remplacement de l'Huissier de Justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch-sur-Alzette, en date du 10 novembre 2010,

comparant par Maître Canan CETIN, avocate, demeurant à Luxembourg, en remplacement de Maître Bernard FELTEN, avocat susdit,

e t :

1. la société anonyme de droit suisse **BANK HAPOALIM (SCHWEIZ) A.G.**, établie et ayant son siège social à CH-8027 Zurich (Suisse), 33, Stockerstrasse, représentée par son conseil d'administration, inscrite auprès du Registre de Commerce du canton de Zurich sous le numéro CH-020.3.902.737-4

2. la succursale luxembourgeoise exploitant sous la dénomination **BANK HAPOALIM (SCHWEIZ) A.G.**, établie et ayant son siège social à L-2449 Luxembourg, 18, Boulevard Royal, représentée par son conseil d'administration

actuellement en fonctions ou tout autre organe dûment habilité, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 16.475,

défenderesses, aux fins du prédit exploit Véronique REYTER,

comparant par Maître Elisabeth RELAVE-SVENDSEN, avocate, en remplacement de Maître Eyal GRUMBERG, avocat, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Le Tribunal :

Ouï la partie demanderesse par l'organe de son mandataire Maître Canan CETIN, avocate, en remplacement de Maître Bernard FELTEN, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse par l'organe de son mandataire Elisabeth RELAVE-SVENDSEN, avocate, en remplacement de Maître Eyal GRUMBERG, avocat constitué, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 11 juillet 2012.

Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME entendue en son rapport à l'audience du 26 septembre 2012.

Par exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique STEFFEN du 10 novembre 2010, **A.)** et **B.)** ont donné assignation à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg à la société anonyme de droit étranger BANK HAPOALIM (SCHWEIZ) A.G. et à sa succursale luxembourgeoise exploitant sous la dénomination BANK HAPOALIM (SCHWEIZ) AG pour voir prononcer la nullité d'un investissement de USD 150.000 et condamner les défenderesses solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour le tout, à leur rembourser le montant de USD 150.000, augmenté des intérêts légaux à compter du mois de mai 2008, sinon à compter de la demande en justice, jusqu'à solde. Les demandeurs requièrent encore la condamnation des défenderesses à leur payer solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour le tout, les montants de USD 26.000, de USD 28.062 et de USD 34.400 avec les intérêts légaux ainsi qu'un montant de EUR 5.385 pour le préjudice matériel (EUR 3.485 pour les frais liés à la procédure amiable devant la CSSF et EUR 2.000 pour les frais de voyage) et un montant de EUR 5.000 pour le préjudice moral. Ils demandent par ailleurs une indemnité de procédure de EUR 10.000 sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile ainsi que l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

A l'appui de leur demande, les requérants exposent avoir initialement confié la gestion de leur portefeuille à la filiale de la société IPG à San Diego. Ils ont ensuite transféré leur portefeuille à la succursale luxembourgeoise de la banque HAPOALIM et ils ont ouvert un compte auprès de cette dernière en date du 19 février 2008. En date du 31 mars 2008, l'extrait d'IPG indiquait comme valeur du portefeuille un montant de USD 344.000 tandis que le premier extrait communiqué en date du 18

mai 2008 par HAPOALIM renseignait comme valeur du portefeuille un montant de USD 545.733,09.

Les requérants font valoir qu'ils ont décidé sur les conseils de la banque de réinvestir 10% de la valeur de leur portefeuille tout en pensant de ne pas prendre de risque quant à leur capital de base. En dépit de ce souhait et à l'insu des requérants, la banque aurait cependant investi un montant de USD 150.000 dans trois types de titres, à savoir des titres « Primeo Fund », des titres « Llyods Perpetual Bond » et des titres « 3P-161TX Reverse Convertible Non-Principal Protected Note » liés à General Motors Equity, chaque fois pour USD 50.000.

Après ces investissements, la valeur de leur portefeuille a progressivement diminué pour atteindre en date du 3 février 2009 une valeur de USD 192.089,59.

Les demandeurs exposent que la banque a reconnu avoir fautivement surévalué leur portefeuille d'un montant de USD 200.000 (à titre subsidiaire, ils demandent une expertise pour déterminer la « raison réelle de la commission des erreurs de la banque). Ils ont par ailleurs découvert qu'un montant de USD 26.000 avait « disparu » lors du transfert du portefeuille d'IPG vers HAPOALIM.

En raison de la surévaluation due à la faute de la banque, le consentement des requérants pour réinvestir aurait été vicié de sorte qu'ils concluent à la nullité de l'investissement de USD 150.000 et au remboursement dudit montant et à la reprise des titres litigieux par la banque.

A titre subsidiaire et en insistant sur l'absence de convention de gestion discrétionnaire, ils invoquent le principe de non-ingérence du banquier et reproche à HAPOALIM d'avoir investi sans leur accord et sans ordre quelconque un montant de USD 150.000 (au lieu des 10% de la valeur du portefeuille). Ils soutiennent que la banque reste en défaut de prouver l'existence des ordres donnés.

Les demandeurs concluent par ailleurs à un manquement de la banque en ce qui concerne son obligation d'information et de conseil alors qu'elle a omis de fournir des informations quant aux instruments financiers en question et qu'elle a par ailleurs conseillé de très mauvais placements financiers. Quant à la période se situant après les investissements litigieux, la banque n'a par ailleurs donné aucune suite aux demandes d'information des requérants. Ils soutiennent encore que leur profil d'investissement était un profil « conservateur » (ceci résulte de la composition de leur portefeuille au moment du transfert) et non un profil « équilibré ».

Quant à la différence de valeur du portefeuille lors du transfert d'IPG vers HAPOALIM (la banque prétend avoir reçu un portefeuille de USD 318.000 alors que le portefeuille valait selon les demandeurs USD 344.000), les demandeurs invoquent l'obligation de restitution du banquier dépositaire tout en expliquant que le transfert s'est fait en deux temps alors qu'à côté du portefeuille valant plus de USD 318.000, un montant en espèce de USD 24.736,77 a été transféré à la banque.

Les requérants évaluent encore la perte subie en raison du fait qu'ils n'avaient pas de vue exacte sur leur portefeuille à un montant de USD 28.062 et estiment qu'ils ont par ailleurs subi un gain manqué de USD 34.400 (4% par an de la valeur initiale du portefeuille). Ils réclament encore un préjudice matériel de EUR 5.385 pour les frais exposés lors de la procédure amiable devant la CSSF et demandent un montant de

EUR 5.000 à titre de préjudice moral en soutenant que les employés de la banque ont commis des actes d'intimidation et ont proféré des menaces à leur encontre.

Les époux **A.)-B.)** font encore valoir que la banque a par ailleurs manqué à son obligation de loyauté alors que suite au refus de transiger (la proposition faite par la banque ne pouvait être considérée comme proposition sérieuse de réparation), elle a augmenté sans aucune information ni autorisation préalable les frais de gestion du compte des demandeurs.

A titre subsidiaire et compte tenu des nombreuses défaillances au niveau du système informatique de l'audit interne, du recollement des données etc., les requérants invoquent la responsabilité délictuelle de la banque en reprochant à la banque une violation de la réglementation pesant sur les établissements de crédits.

Quant aux témoignages de Madame **T.1.)** et de Monsieur **T.2.)**, les demandeurs estiment que ces personnes sont activement impliquées dans la réalisation du litige et qu'elles représentent la banque. L'offre de preuve formulée par les défenderesses ainsi que les attestations testimoniales seraient dès lors à rejeter.

Les défenderesses concluent à l'irrecevabilité sinon au débouté de la demande adverse et réclament reconventionnellement le paiement d'une indemnité de procédure de 3.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile ainsi que la condamnation des demandeurs à tous les frais et dépens de l'instance (y compris les frais de traduction) avec distraction au profit de Me GRUMBERG.

Elles soulèvent l'irrecevabilité de la demande pour libellé obscur en invoquant une absence de différenciation de la responsabilité entre la succursale et la banque et en soutenant que les requérants réclament la nullité des investissements sans préciser sur quelle convention lesdits investissements étaient fondés.

Quant au fond, HAPOALIM soutient que les demandeurs ont omis de verser les relevés établis par IPG de sorte que la banque n'avait pas connaissance de la valeur de leur portefeuille. Elle fait encore valoir que le profil des requérants était un profil équilibré et qu'il y a eu une convention de poste restante.

Concernant l'erreur d'évaluation du portefeuille (cette erreur était due à l'absence de pondération lors de la saisie des titres « GNMA » et à un prix incorrect des actions BAC), la banque estime que les requérants, après avoir reçu le premier relevé fin avril 2008, ont dû constater l'irrégularité et auraient dû la signaler.

Lors d'une entrevue, les parties se sont accordées d'investir 10% du capital dans des titres à risque élevé. Sur cette base et donc en connaissance de cause du risque élevé, l'investissement auprès de General Motors a été réalisé.

La banque souligne que les titres « Primeo Fund » et « Lloyds » étaient des produits à faible risque et elle donne encore à considérer que les requérants ont également perçu des coupons sur les titres litigieux.

La banque formule encore une offre de preuve et verse des attestations testimoniales pour asseoir sa version des faits.

Au fond, la banque invoque d'abord les clauses d'exonération de responsabilité limitant sa responsabilité au cas de faute lourde. Elle estime encore n'avoir agi que comme mandataire du client dont elle a exécuté les instructions. Elle n'est pas la venderesse des titres litigieux de sorte que la demande en nullité est en tout état de cause à rejeter. A titre subsidiaire, elle donne à considérer que l'erreur ne porte pas sur la substance de l'objet du contrat et n'est pour le surplus pas inexcusable.

Quant au prétendu manquement au devoir de non-ingérence et en se basant sur l'article 3.2. du « *Agreement regarding general terms and conditions on options, financial futures and foreign exchange transactions* », la banque estime que les clients étaient obligés de signaler la divergence entre les instructions et la confirmation des ordres. Compte tenu de leur abstention de notifier une erreur dans l'exécution du mandat, le moyen soulevé par les requérants tomberait à faux.

Concernant le prétendu manquement à l'obligation d'information et de conseil, la banque fait d'abord valoir que les règles de conduite ont un caractère réglementaire et ne peuvent dès lors être directement invoqués par un client dans le cadre d'une action en responsabilité contre sa banque.

La banque soutient par ailleurs qu'elle a pleinement rempli son obligation d'information et elle donne à considérer que ladite obligation était amoindrie alors que les requérants n'étaient pas des investisseurs profanes. L'obligation de conseil n'est que de moyen et il n'est aucunement établi que le placement dans GM aurait été un mauvais placement au moment où l'investissement a eu lieu.

La banque affirme que la valeur du portefeuille au 30 avril 2008 était de USD 318.000 et elle conteste que la somme de USD 26.000 se soit volatilisée.

HAPOALIM conteste encore toute faute délictuelle et insiste par ailleurs sur l'absence de relation causale entre les prétendues fautes et les prétendus dommages.

La banque conteste également les divers postes de préjudices invoqués par les requérants. Le montant de USD 28.062 serait en réalité une perte due à la dépréciation du marché et donc à une cause complètement extérieure à la banque. Le gain manqué (et notamment le taux de 4%) et les préjudices matériel et moral ne seraient pas prouvés.

I. Quant à la recevabilité de la demande : l'exception du libellé obscur

HAPOALIM soulève *in limine litis* l'exception du libellé obscur de l'exploit d'assignation en invoquant une absence de ventilation de la responsabilité entre la succursale luxembourgeoise et la banque suisse et en soutenant également que les requérants réclament la nullité des investissements sans donner de précision quant au contrat à annuler. Concernant ce dernier reproche, HAPOALIM donne encore à considérer que les parties n'étaient pas liées par un contrat de vente (la banque n'étant intervenue que comme mandataire des demandeurs au niveau de l'exécution des ordres d'investissement).

Le libellé obscur affecte la régularité formelle de l'assignation et entraîne, au cas où il est établi, la nullité de cet exploit.

Il est de principe qu'en vertu de l'article 154 du Nouveau code de procédure civile, l'indication exacte des prétentions de la partie demanderesse et la désignation des circonstances de fait qui forment la base de la demande sont requises. La description de fait doit être suffisamment précise pour permettre au juge de déterminer le fondement juridique de la demande et pour ne pas laisser le défendeur se méprendre sur l'objet de celle-ci, ainsi que de lui permettre le choix des moyens de défense appropriés. Il n'est pas nécessaire pour satisfaire aux dispositions de l'article 154 du Nouveau code de procédure civile d'indiquer le texte de loi sur lequel est basée l'action, c'est-à-dire de qualifier juridiquement la demande. Il est néanmoins indispensable que l'exploit soit rédigé de telle façon que les textes visés s'en dégagent, du moins implicitement (J.-Cl. Wiwinius, Mélanges dédiés à Michel Delvaux : L'exceptio obscuri libelle, p. 290).

- *Quant au reproche relatif à la demande en nullité :*

En l'espèce, il résulte de la lecture de l'acte d'assignation que les demandeurs reprochent à la banque d'avoir procédé à une mauvaise évaluation de leur portefeuille ce qui les a conduit à consentir à procéder à des investissements non adaptés. S'il est vrai que l'assignation ne contient pas de détail en ce qui concerne la qualité en vertu de laquelle la banque est intervenue au niveau des investissements litigieux, ce fait n'a pas pu induire la banque en erreur alors que cette dernière a pris position par rapport au moyen de nullité en insistant sur le fait qu'elle n'était que mandataire du client et que les parties n'étaient pas liées par un contrat de vente.

- *Quant au défaut de ventilation de la responsabilité entre la banque et la succursale:*

Il résulte de l'exploit d'huissier que les demandeurs ont fait signifier leur assignation à la fois contre « *la société anonyme de droit étranger BANK HAPOALIM (SCHWEIZ) AG* » et contre « *sa succursale luxembourgeoise exploitant sous la dénomination BANK HAPOALIM (SCHWEIZ) AG, établie et ayant son siège social à L-2449 Luxembourg, 18 boulevard Royal, inscrite au RCSL sous le numéro B 16475* ».

Si l'article 41 du Nouveau code de procédure civile, introduit par la loi du 7 février 1974 dans le titre préliminaire du Code de procédure civile, consécration législative de la jurisprudence antérieure fermement établie dite « des gares principales », permet sous certaines conditions d'assigner une société civile ou commerciale devant la juridiction du lieu où elle a une succursale ou agence, encore faut-il que l'assignation soit dirigée contre ladite société et non contre la succursale ou l'agence.

Les succursales étant dépourvues de personnalité juridique, l'exploit d'assignation dirigé contre une succursale est entaché de nullité.

L'exploit pour autant qu'il est dirigé contre « la succursale exploitant sous la dénomination BANK HAPOALIM (SCHWEIZ) AG » est dès lors irrecevable.

Etant donné que les demandeurs ont cependant dirigé leur action également contre la « maison-mère », l'exploit reste recevable à cet égard.

Compte tenu de l'absence de personnalité juridique de la succursale, le reproche lié au défaut de ventilation des responsabilités entre « maison-mère » et succursale n'est pas fondé.

Il résulte de ce qui précède que la demande n'est pas entachée de nullité pour libellé obscur.

La demande des époux **A.)-B.)**, régulièrement introduite dans les forme et délai légaux, et non autrement contestée sous ce rapport, est dès lors à déclarer recevable.

Il convient encore de préciser qu'il n'existe dans le Grand-Duché de Luxembourg aucun tribunal civil ou tribunal de commerce proprement dit. Conformément à l'article 20 du Nouveau code de procédure civile, le tribunal d'arrondissement est, en matière civile et commerciale, juge de droit commun et connaît de toutes les affaires pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction, en raison de la nature ou du montant de la demande.

Il appartient au tribunal d'énoncer dans quelle matière il prononce, alors même que le demandeur n'aurait pas qualifié la nature de sa demande dans son assignation ou l'aurait qualifiée erronément.

Comme la demande des parties requérantes a trait à une contestation relative à un acte de commerce (toute opération de banque constitue conformément à l'article 2 du Code de Commerce un acte de commerce), le tribunal statuera en matière commerciale en application de l'article 631 point 3° du Code de Commerce.

II. <u>Quant au fond</u>

A. La demande en nullité des investissements litigieux

En l'absence de preuve que la défenderesse aurait agi comme vendeur des titres litigieux et dans la mesure où une banque intervient normalement comme mandataire de ses clients dans les cadre des ordres de bourse qui lui sont transmis et que, sauf convention particulière, elle ne se porte pas contrepartie de ces ordres, il y a lieu de retenir que la banque HAPOALIM a agi comme mandataire des demandeurs pour effectuer l'ordre d'achat des titres litigieux.

Les demandeurs ne sauraient dès lors invoquer à l'encontre de la banque aucun vice de consentement emportant annulation des opérations d'achat conclues, étant entendu que ces contrats d'achat/vente n'ont pas été conclus entre les parties au litige.

Etant donné que les requérants ne peuvent donc invoquer les vices du consentement que contre leur cocontractant dans l'opération d'achat et non contre leur propre mandataire, ils sont à débouter de leur demande pour autant qu'elle est basée sur l'article 1109 du Code civil.

Les prétendues fautes de la banque sont dès lors à analyser au niveau de la responsabilité contractuelle du banquier, mandataire de ses clients.

B. La responsabilité contractuelle de la banque pour les prétendus manquements dans le cadre de la réalisation des investissements litigieux

Pour analyser les reproches formulés par les demandeurs, il convient de distinguer entre d'un côté l'investissement de USD 50.000 dans les titres « 3P-161TX Reverse Convertible Non-Principal Protected Note liés » à General Motors Equity (ci-après titres « GM ») et de l'autre côté l'achat des titres « Primeo Fund » et « Llyods Perpetual Bond ».

A préciser encore qu'il est constant en cause que les parties n'étaient pas liées par un contrat de gestion discrétionnaire et que la banque ne conteste pas que les trois investissements litigieux ont été réalisés sur ses conseils/recommandations.

Concernant la qualification des relations entre parties, il y a encore de souligner qu'au moment de l'ouverture de leur compte auprès de la défenderesse les clients ont d'ailleurs indiqué (dans les documents « KYC ») qu'ils souhaitaient obtenir le service « Investment Advisory ». La relation entre parties ne se limitait donc pas à la seule exécution des ordres du client (« execution only ») mais englobait le service de conseil en placement de sorte que la question de la responsabilité de la banque est à analyser sous cet angle.

Avant d'analyser en détail les différents reproches formulés par les requérants, il convient encore de rappeler que la jurisprudence admet que les règles de conduites prescrites par la législation sur le secteur financier peuvent servir de critères d'évaluation du comportement du banquier dans sa relation avec le client. Si le non-respect d'une règle de conduite ne saurait fonder par lui-même une action en responsabilité contre la banque, il peut cependant le cas échéant contribuer à caractériser comme fautif le comportement en question au regard des obligations contractuelles à charge du banquier. En fonction de leur contenu respectif, les règles de conduite peuvent en effet s'incorporer aux obligations contractuelles qui incombent à la banque, de sorte que cette dernière est tenue de réparer les conséquences dommageables de l'inexécution fautive de ces obligations au titre de sa responsabilité contractuelle.

a) Les titres 3P-161TX Reverse Convertible Non-Principal Protected Note liés à General Motors Equity

Il est constant en cause que l'investissement dans les titres GM présentait un risque élevé et que cet investissement était donc à considérer comme un investissement qui a divergé des investissements précédents (c'est-à-dire des titres qui composaient le portefeuille des demandeurs au moment du transfert) en termes de prise de risque. On peut dès lors légitimement admettre que la décision de procéder à cet investissement a été liée à l'augmentation de la valeur de leur portefeuille (augmentation qui s'est par la suite avérée inexistante).

Concernant la surévaluation du portefeuille des demandeurs, la banque est en aveu pour dire qu'elle était notamment due à une mauvaise évaluation des titres GNMA (valeur de 280.000 USD au lieu de 40.000 USD) et BAC (USD 5.000 au lieu de USD 40.000) de sa part.

La banque en tant que professionnel du secteur financier ne saurait s'exonérer entièrement de sa responsabilité en affirmant que les clients avaient - malgré une demande de la part de la banque - omis de lui transférer l'ensemble des informations pour lui permettre de procéder à une évaluation correcte des titres. En effet, si la banque avait estimé que la communication des relevés d'IPG était nécessaire pour procéder à une évaluation correcte de la valeur du portefeuille, elle aurait dû s'abstenir de procéder à une telle évaluation ou bien assortir son évaluation d'une réserve.

L'avis du réviseur d'entreprise versé par les demanderesses (Monsieur **C.)** conclut à l'absence de « *serious mistake* » dans le chef de la banque) ne change rien à cette conclusion. Le réviseur fait en effet expressément référence au caractère insuffisant des informations délivrées (« *with the poor information provided* »), ce qui confirme le constat que la banque, compte tenu du manque d'information, aurait dû être plus prudente avant de procéder à une évaluation des titres.

En procédant à une évaluation sans avoir été en possession de tous les éléments pour s'assurer que cette évaluation soit correcte, la banque a commis une négligence grave de nature à engager sa responsabilité.

Cependant, et comme l'expose à juste titre la banque, les demandeurs ont également commis une faute en relation avec le dommage en n'ayant pas demandé des précisions (en informant la banque de la valeur du portefeuille avant le transfert) après avoir constaté l'augmentation spectaculaire de la valeur de leur portefeuille. S'il est vrai que l'attente légitime du client est de voir la valeur de son portefeuille augmenter sans qu'il soit dans l'obligation de questionner et de faire vérifier chaque changement constaté sur les extraits de banque qui lui communiqués, il convient de relever que les demandeurs – qui prétendent eux-mêmes que leur portefeuille au moment du transfert était composé selon un profil « conservateur » – auraient dû constater qu'une augmentation de USD 200.000 endéans un laps de temps aussi bref était pour le moins surprenante, surtout eu égard au fait que l'augmentation résultait de la toute première évaluation faite par la banque HAPOALIM.

Au niveau de la causalité entre la faute de la banque et le préjudice subi, la question qui se pose est de savoir si les requérants se seraient abstenus d'investir dans des titres à risque élevé dans l'hypothèse où la banque aurait dès le départ correctement évalué la valeur des titres.

C'est précisément pour prendre en compte le fait qu'aucune certitude ne peut être acquise que le client aurait agi autrement que le dommage doit être indemnisé sur base d'une simple perte de chance.

L'idée sous-jacente est que la liberté de choix de l'investisseur victime d'une fausse information a été faussée et qu'il a été privé de la possibilité d'exercer un arbitrage éclairé quant au placement de ses fonds.

La réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée (Civ 1ere 16 juillet 1998, Bull.civ.I no 260).

Elle ne peut présenter un caractère forfaitaire et doit consister en une fraction du préjudice.

Eu égards aux éléments de l'espèce (notamment en prenant en compte le fait que les requérants n'avaient précédemment pas investi dans des titres à risque élevé et que leur « *risk appetite* » était « *moderate* » mais également en tenant compte de leur propre faute), le tribunal estime *ex aequo et bono* à 60 % la perte de chance des requérants.

Cette perte de chance est à calculer par rapport au montant total (USD 50.000) de l'investissement litigieux. Au vu des éléments de l'espèce, la perte nette en relation avec l'investissement de USD 50.000 dans les titres GM, après imputation des coupons, s'élève à USD 44.000 (les demandeurs n'ont pas émis de contestations ni en ce qui concerne le montant des coupons perçus ni en ce qui concerne le quantum de la perte nette en relation avec ces titres).

En conséquence, la demande en relation avec l'investissement dans les titres GM est fondée jusqu'à concurrence du montant de USD 26.400 (60% de la perte nette).

Pour finir et compte tenu de ce qui précède, il y a encore lieu de retenir que l'offre de preuve formulée par la défenderesse en relation avec la surévaluation des titres GM ainsi que la demande d'expertise des demandeurs sont à rejeter pour défaut de pertinence.

b. Les titres Primeo Fund et Llyods Perpetual Bond

- *Quant à la contestation de l'ordre d'achat*

A.) et **B.)** contestent avoir donné l'ordre d'achat pour les titres « Primeo Fund » et « Llyods Perpetual Bond ».

Plusieurs constats s'imposent dans ce contexte.

Les demandeurs restent tout d'abord en défaut d'expliquer pourquoi l'ordre d'achat du 19 mai 2008 (pièce n°4 de la farde de pièces de Me Grumberg) porte la contre-signature de **A.)**. Les requérants ne contestent en effet pas que la signature de Monsieur **A.)** figure sur ce document mais se limitent à dire que le document ressemble plus à un brouillon qu'à un véritable ordre d'achat.

En deuxième lieu, dans le courrier du 23 août 2009 adressé à la CSSF, les requérants indiquent d'abord que la banque leur avait conseillé d'investir 10% de leur portefeuille dans des produits plus risqués (« *the consultants suggested to us that since we did have a certain amount, we should risk up to 10% in more risky investment* ») tout en confirmant qu'à la date du 30 mai il a été « décidé de prendre trois investissements qui avaient été conseillés et recommandés par la banque, à savoir Primeo Fund, Lloyd Fund et GM Fund » (« *By the 30th of may it was decided to take 3 different investments suggested and recommended by the BHI consultants which were Primeo Fund (50.000 dlls), Lloyd Fund (50.000 dlls.) and GM Fund (50.000 dlls.)* ». Dans ledit courrier il n'est pas mentionné que la banque aurait procédé aux investissements litigieux sans avoir eu mandat de la part des requérants.

Même en faisant abstraction de l'existence de l'ordre d'achat (et d'ailleurs également de l'attestation testimoniale de Madame **T.1.)** qui confirme l'existence de l'ordre reçu

de la part de Monsieur **A.)**), c'est à bon droit que la banque invoque l'article 20 des conditions générales de la banque qui stipule que :

« *The customer shall be obliged to notify the Bank of any errors contained in documents and statements of account. Unless written complaint is lodged within thirty days of the dispatch of the documents and statements of account, the information contained therein shall be deemed correct and the customer shall be deemed to have approved the documents and statements* »

Il découle de cette disposition que les parties ont expressément convenu qu'une absence de protestation endéans le mois de la réception des extraits de compte vaut ratification des opérations y renseignées de sorte que le client ne peut plus les remettre en cause par la suite.

Le fait que les clients ont donné l'ordre à la banque de conserver à son siège le courrier les concernant (cf. article 1 du « *Agreement regarding Retained Mail* ») ne saurait évidemment leur servir de prétexte à une éventuelle ignorance des opérations effectuées en leur nom (cf. entre autres : Cour d'Appel, 9 février 1994, n° du rôle 12 984 Pas. 29, 315).

Il est en effet de jurisprudence constante que la convention de poste restante est une facilité librement choisie par le client qui doit supporter les conséquences résultant d'une négligence de sa part concernant l'inspection régulière des relevés de compte (cf. entre autres : Cour 22 avril 2009, n°32.760 du rôle ; Cour 9 juin 2010, n°33.804 du rôle).

Il appartient aux requérants d'établir que la banque a omis de mettre à leur disposition en temps utile les différents extraits, ce qu'ils restent en défaut de faire, de sorte qu'on doit admettre qu'ils étaient bien à leur disposition.

La réception sans protestations ni réserves fait présumer l'exact accomplissement du mandat.

En n'émettant pas de protestations dans le délai prévu à l'article 20 des conditions générales, les consorts **A.)-B.)** doivent donc en tout état de cause être considérés comme ayant marqué leur accord avec les énonciations des extraits de compte et donc avec les deux investissements litigieux.

Il y a encore lieu d'observer que le silence gardé par le client à la réception des relevés de compte n'a cependant que pour effet d'établir la matérialité des opérations effectuées, mais ne le prive pas en principe de la possibilité d'en contester l'opportunité en exerçant une action en responsabilité contre la banque pour avoir commis des fautes, notamment pour manquement à son obligation d'information et de conseil.

- *Quant à l'incidence de la surévaluation du portefeuille initial sur la décision d'achat des titres « Primeo Fund » et « Llyods Perpetual Bond »*

Concernant la question de la responsabilité de la banque suite à la surévaluation du portefeuille des requérants, il y a lieu de retenir que l'affirmation des requérants selon laquelle ils n'auraient en l'absence de surévaluation de leur portefeuille procédé à aucun nouvel investissement n'est pas établie. Il existe au contraire des indices en

sens opposé. Dr. **A.)** a ainsi confirmé en date du 7 mai 2008 (donc à une époque où les requérants prétendent ne pas encore avoir été informés de la prétendue croissance en valeur de leur portefeuille) un rendez-vous avec Madame **T.1.)** pour « *voir les possibilités d'investissement que vous proposez* ». Par ailleurs il y a lieu d'admettre que le but du transfert du portefeuille vers la banque HAPOALIM était justement de permettre aux requérants de réaliser des investissements tout en bénéficiant des conseils de la banque (comme déjà mentionné ci-dessus, les clients ont indiqué qu'ils souhaitaient obtenir le service « Investment Advisory »).

Les requérants restent encore en défaut d'établir que les investissements n'étaient pas conformes à leur profil de risque. Lors de l'établissement de leur profil d'investissement, les requérants ont en effet indiqué que leur « *risk appetite* » était « *moderate* » (et non « *low* »). Les développements relatifs au profil de risque des requérants et au prétendu changement de leur profil d'investissement (profil « conservateur » vers profil « équilibré ») ne sont dès lors pas pertinents.

Dans ces circonstances, aucune incidence de la surévaluation initiale du portefeuille sur l'achat de ces deux catégories de titres n'est établie.

- *Quant au devoir d'information et de conseil en relation avec les titres « Primeo Fund » et « Llyods Perpetual Bond »*

En ce qui concerne l'opportunité des deux investissements litigieux, la banque ne conteste donc pas que les investissements dans les titres « Primeo Fund » et « Llyods Perpetual Bond » ont été opérés sur ses conseils.

Pour engager la responsabilité de la banque, il appartient aux clients de prouver le caractère fautif du conseil en établissant que la banque n'avait pas analysé correctement les informations disponibles ou dont elle aurait dû disposer si elle avait pris en considération toutes les données lui accessibles ou de caractériser la teneur et l'utilité du conseil dont ils ont été privés.

Etant donné que la preuve d'une appréciation fautive par la banque fait défaut et au vu du fait que les requérants n'établissent pas non plus quelles informations utiles (qui auraient donc pu avoir un impact sur leur décision d'investissement) n'auraient pas été fournies, on ne saurait reprocher à la banque un comportement fautif envers les requérants ni au moment des deux investissements litigieux ni durant la période postérieure.

C. La prétendue volatilisation d'un montant de USD 26.000 lors du transfert du portefeuille

Les époux **A.)-B.)** soutiennent que lors du transfert de leur portefeuille un montant de USD 26.000 se serait volatilisé alors que la banque prétend n'avoir reçu qu'un portefeuille de USD 318.000 (le portefeuille valait cependant USD 344.000 juste avant le transfert).

Il résulte des pièces et des conclusions que la banque affirme que la valeur du portefeuille était de USD 318.000 tout en indiquant que cette évaluation se réfère à la date du 30 avril 2008.

Il résulte ensuite d'un courriel de Madame Aude **T.1.)** (pièce n°8 de la farde de pièces de Me Grumberg) qu'un montant supplémentaire de USD 24.736,77 a été reçu par la banque en date du 5 mai 2008.

Une comparaison des relevés de compte du 30 avril 2008 (pièce n°3.a. de la farde de pièces de Me Grumberg) et du 5 mai 2008 (pièce n°8 de cette farde) fait par ailleurs apparaître que le montant total des avoirs en compte (Total Assets) a augmenté de USD 516.471,53 à USD 542.888,55 sur cette période de cinq jours. Ainsi le poste « cash » (cette partie du compte n'est pas affectée par le problème de la surévaluation du portefeuille !) a augmenté de USD 5.000 à USD 30.380,77 et la fiche « cash transactions » fait effectivement apparaître une entrée au crédit du compte « cash » de USD 24.736,77 au 5 mai 2008 (au crédit du compte figure encore un montant de USD 644 avec comme intitulé « CPS/BAC CAP TR XII 6.875 02.08.55 » ce qui explique l'augmentation totale du compte « cash » de USD 5.000 à USD 30.380,77).

Une analyse du relevé « cash transactions » au 31 mai 2008 (pièce n°10 de la farde de pièces de Me Grumberg) fait ensuite apparaître divers « transferts » entre le compte « cash » et le compte « Time deposits ». A relever que le terme de ce dépôt était fixé à 7 jours de sorte que ce compte peut être considéré comme « cash equivalent ».

La somme de USD 130.769,78 (ce montant figurait sur le relevé du 30 avril 2008 au compte « Fixed time deposits » avec comme « maturity date » le 9 mai 2008) est ainsi indiquée au crédit du compte « cash transactions » avec comme « value date » le 9 mai 2008 et un montant de USD 156.189,20 a par la suite été « transféré » sur le « time deposits » de sorte que le relevé du 18 mai 2008 fait apparaître une réduction du compte « cash » à un montant total de USD 5.000.

Le compte « cash » a de nouveau été crédité (en deux étapes) de USD 156.231,64 (50.000 et 106.231,64) de sorte que l'inscription en date du 21 mai 2008 (avec « value date » du 23 mai 2008) fait apparaître un montant total de USD 161.256,69 au compte « cash ». Ce montant a ensuite été utilisé pour procéder aux trois investissements litigieux (Lloyds TSB pour USD 50.098,80 ; Primeo Fund Select pour USD 50.000 et USD 50.000 pour 3PO8-161TX) de sorte que le compte « cash » montrait comme « closing balance » un montant de USD 11.170,07 au 30 mai 2008.

La thèse de la banque suivant laquelle le montant de USD 24.736,77 a été utilisé pour procéder aux investissements ultérieurs se trouve donc confirmée par les pièces produites.

Ce grief est dès lors à rejeter.

D. L'obligation de loyauté de la banque

Les requérants reprochent encore à la banque d'avoir manqué à leur obligation de loyauté en ayant proposé (comme réparation du préjudice subi) un investissement supplémentaire dans un titre émis par la banque et en ayant augmenté les frais de gestion du compte bancaire des requérants.

Etant donné que les requérants ne tirent aucune conclusion en termes de préjudice (dommage qui résulterait de ces prétendus manquements), ce moyen n'est pas à analyser davantage et est à rejeter.

E. Les autres postes de préjudice réclamés

Les requérants estiment encore avoir subi une perte de USD 28.062 au-delà « *des erreurs citées dans l'assignation* » et soutiennent que cette perte aurait pu être évitée « *si les requérants avaient pu avoir une vue exacte sur leur portefeuille* ». De même ils estiment que leur portefeuille de USD 344.000 leur aurait pu rapporter 4% par un de sorte qu'ils chiffrent leur préjudice en termes de gains manqués sur une période de 2,5 ans à un total de USD 34.400.

Les demandeurs ne rapportent cependant pas le moindre élément pour établir que la baisse de leur portefeuille (en dehors donc de la baisse liée aux trois investissements litigieux) serait imputable à la banque et ils n'émettent aucune critique précise en ce qui concerne d'autres investissements qui auraient été conseillés par la banque.

Abstraction faite de l'investissement dans les titres « GM » (indemnisable sur base de la perte de chance), les requérants n'ont pas établi de faute dans le chef de la demanderesse en relation causale avec les pertes subies.

Les demandeurs sont dès lors à débouter de ces chefs de préjudice.

Quant aux frais exposés dont ils réclament remboursement, il y a lieu d'observer que la procédure pré-contentieuse/à l'amiable devant la CSSF ainsi que l'assistance par un avocat dans le cadre de cette procédure ne sont pas obligatoires de sorte que les requérants ne peuvent prétendre à une quelconque indemnisation pour les prétendus frais relatifs à cette procédure.

Quant au dommage moral réclamé pour des prétendus faits d'intimidation ou de menace, les demandeurs restent en défaut d'établir (ou d'offrir en preuve) la réalité de ces faits de sorte que cette demande est à rejeter.

Concernant la demande basée sur l'article 240 du Nouveau code de procédure civile, il y a lieu d'allouer aux requérants une indemnité de procédure de 1.500 euros alors qu'il serait inéquitable de laisser à leur charge l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens.

La demande de même nature de la part de la partie défenderesse est à rejeter, alors qu'une partie qui est déboutée de ses prétentions, et qui de ce fait est à condamner aux frais et dépens de l'instance, ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile.

Les demandeurs concluent encore à l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

Les jugements rendus en matière commerciale sont exécutoires par provision de plein droit, mais moyennant caution. L'exécution provisoire sans caution ou justification de solvabilité suffisante ne peut être ordonnée que dans les cas autorisés par l'article 567 du Nouveau code de procédure civile, à savoir, lorsqu'il y a titre non attaqué ou condamnation précédente dont il n'y a pas appel.

Tel n'étant pas le cas en l'espèce, il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire du présent jugement sans caution.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième section, siégeant contradictoirement en matière commerciale suivant la procédure civile, le juge de la mise en l'état entendu en son rapport,

dit la demande irrecevable pour autant qu'elle est dirigée contre la succursale luxembourgeoise exploitant sous la dénomination BANK HAPOALIM (SCHWEIZ) AG,

dit la demande des époux **A.)-B.)** contre la société anonyme de droit étranger BANK HAPOALIM (SCHWEIZ) A.G. recevable,

la **dit** fondée jusqu'à concurrence du montant de 26.400 dollars américains (USD),

partant **condamne** la société BANK HAPOALIM (SCHWEIZ) A.G. à payer à **A.)** et **B.)** le montant de 26.400 dollars américains (USD), avec les intérêts légaux à compter du 30 mai 2008, jusqu'à solde,

condamne la société BANK HAPOALIM (SCHWEIZ) A.G. à payer à **A.)** et **B.)** une indemnité de procédure de 1.500 euros sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile,

déboute A.) et **B.)** pour le surplus de leur demande,

déboute la société BANK HAPOALIM (SCHWEIZ) A.G. de sa demande formulée sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile ainsi que de sa demande en remboursement des frais de traduction,

condamne la société BANK HAPOALIM (SCHWEIZ) A.G. aux frais et dépens de l'instance.