Jugement commercial XV No. 38 / 13

Audience publique du mercredi, neuf janvier deux mille treize.

Numéro 135 165 du rôle

Composition :

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente ;
Marc WAGNER, Premier juge ;
Steve KOENIG, juge ;
Sandra MANGEN, greffière.

E n t r e :

1. Monsieur **A.)**, sans emploi, et son épouse

2. Madame **B.), épouse A.)**, sans emploi,

demeurant tous les deux à F-(…),

élisant domicile en l'étude de Maître Nicolas THIELTGEN, avocat, demeurant à Luxembourg,

demandeurs, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 30 décembre 2010,

comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat susdit, assistée de Maître Jean-Claude PYOT, avocat, inscrit au Barreau de Grasse,

e t :

la société anonyme **BANQUE TRANSATLANTIQUE LUXEMBOURG S.A.**, établie et ayant son siège social à L-1450 Luxembourg, 17, Côte d'Eich, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 31.730,

défenderesse, aux fins du prédit exploit Guy ENGEL,

comparant par Maître Lucy DUPONG, avocate, demeurant à Luxembourg.

Le Tribunal :

Ouï les parties demanderesses par l'organe de leur mandataire Maître Nicolas THIELTGEN, avocat constitué, demeurant à Luxembourg, assisté de Maître Jean-Claude PYOT, avocat, inscrit au Barreau de Grass.

Ouï la partie défenderesse par l'organe de son mandataire Maître Lucy DUPONG, avocate constituée, demeurant à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 17 octobre 2012.

Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME entendue en son rapport à l'audience du 21 novembre 2012.

Par exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL du 30 décembre 2010, **A.)** et son épouse **B.)** ont donné assignation à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, à la société anonyme BANQUE TRANSATLANTIQUE LUXEMBOURG pour la voir condamner à lui payer la somme de EUR 2.500.000, avec les intérêts compensatoires à compter du jour de la survenance du dommage, sinon toute autre somme, même supérieure, avec les intérêts légaux à compter du jugement, jusqu'à solde.

Les requérants demandent encore l'augmentation du taux d'intérêt de trois points, une indemnité de procédure de EUR 10.000, la condamnation de la banque à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Me Thieltgen ainsi que l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir. Les époux **A.)-B.)** réclament par ailleurs EUR 100.000 à titre de dommage moral et EUR 30.000 à titre de remboursement des frais d'avocats.

A l'appui de leur demande, les requérants - qui s'estiment profanes en matière d'investissement - exposent qu'ils ont ouvert plusieurs comptes auprès de la défenderesse durant l'année 1999 avec comme objectif de procéder à des placements sans prise de risque. Dans cette optique, après avoir obtenu de la part de la banque une garantie pour un rendement minimum de 4,5%, les parties ont conclu en date du 8 janvier 1999 des mandats de gestion discrétionnaire portant sur deux comptes intitulés « DAIGI » (n°360910) et « RELI » (n°360911) ; un montant total de EUR 4.534.315,71 a été déposé en 1999 sur ces deux comptes. Le 14 juin 1999, un autre contrat de gestion discrétionnaire fut conclu pour un troisième compte (le compte « NORI », compte n°360948) sur lequel des montants de EUR 146.224,50 en 1999 et de EUR 427.965,31 en 2000 ont été apportés.

Nonobstant la signature en date du 5 février 2001 d'un document portant résiliation des mandats de gestion discrétionnaire relatifs aux comptes DAIGI et RELI, la banque aurait dans les faits continué à assurer la gestion discrétionnaire des avoirs sur ces deux comptes. Concernant le compte NORI (auquel la garantie de rendement serait également applicable), **A.)** a signé le 7 mars 2002 une convention intitulée « Operations » permettant à la banque de réaliser des opérations sur produits dérivés dans le cadre de la gestion discrétionnaire du compte mais les requérants n'auraient pas donné leur accord pour que ce compte fasse l'objet d'une gestion spéculative.

En dépit de la garantie de rendement de 4,5%, les époux **A.)-B.)** ont dû constater que la valeur des avoirs déposés sur les trois comptes avait fortement diminué (valeur de EUR 838.949 sur les comptes DAIGI et RELI en date du 5 novembre 2008 et valeur de EUR 114.835 en date du 30 avril 2007 sur le compte NORI) et ceci en raison du comportement fautif de la banque.

Dans ce contexte, les demandeurs reprochent d'abord à la banque d'avoir méconnu son obligation contractuelle relative à la préservation du capital de base et à la réalisation d'un rendement minimum de 4,5% par an. Ces obligations seraient à qualifier d'obligations de résultat.

Ils soutiennent ensuite que la banque a failli à son obligation de loyauté et de diligence alors que les investissements étaient risqués et spéculatifs et donc contraires à leur profil « conservateur ». La banque aurait par ailleurs manqué à son obligation de rendre régulièrement compte de sa gestion.

Les requérants font encore valoir que la défenderesse a failli à ses obligations de renseignement, d'information, de mise en garde et de conseil alors qu'elle n'a fourni aucune information, aucun avertissement et aucun conseil aux requérants.

Les conditions générales seraient inopposables pour défaut d'acceptation spéciale et l'approbation tacite des relevés de compte n'aurait qu'une fonction probatoire des opérations mais n'empêcherait pas une action en responsabilité. Le même constat s'imposerait pour les diverses « décharges » signées par les requérants.

Quant à leur préjudice, les requérants formulent une offre de preuve par voie d'expertise.

La société BANQUE TRANSATLANTIQUE LUXEMBOURG conteste la version des faits des demandeurs et soutient que la garantie de rendement minimum de 4,5% était limitée aux comptes DAIGI et RELI et n'aurait donc pas englobé le compte NORI. La garantie aurait été donnée en fonction des sommes placées et de la durée envisagée (4 à 5 ans) et liée au fait que la gestion puisse être exercée à l'entière discrétion de la banque. Le rendement visé aurait pour le surplus été un rendement moyen par an sur une période de 4 à 5 ans et non un rendement annuel minimal de 4,5%.

Après avoir modifié à plusieurs reprises l'orientation de la gestion, les demandeurs auraient en date du 5 février 2001 résilié avec effet immédiat les contrats de gestion discrétionnaire pour les comptes DAIGI et RELI et auraient décidé de passer en gestion dite « libre ». Compte tenu de ces changements, la garantie de rendement n'aurait plus été applicable. La banque conteste donc avoir continué à assurer une gestion discrétionnaire des avoirs sur ces deux comptes après février 2001.

La défenderesse fait encore valoir que les dispositions sur lesquelles se basent les requérants (lesquels ne seraient pas profanes en matière d'investissement) ont un caractère réglementaire et ne peuvent dès lors être directement invoquées par le client.

Tout en contestant une quelconque faute dans son chef, la banque relève encore que sa responsabilité ne peut être engagée que pour faute lourde et que les requérants sont forclos à agir en raison de l'approbation tacite des opérations

réalisées et des décharges données à la banque. Les conditions générales seraient pleinement opposables aux requérants alors que le formalisme de l'ancien article 1135-1 du Code civil a bien été respecté.

La banque conteste par ailleurs le préjudice allégué par les requérants (ces derniers ayant notamment tout au long de leurs relations procédé à des retraits d'espèces de leurs comptes) et tout lien causal entre la perte de la valeur des actifs en compte avec les prétendus fautes.

I. CONSTATS PRELIMINAIRES

A. Quant à la demande de rupture du délibéré formulée par courrier du 29 novembre 2012

Par courrier du 29 novembre 2012, le mandataire des requérants a sollicité la rupture du délibéré afin de pouvoir exposer des éléments de faits relatifs aux tarifs pratiqués par la banque et de déposer des pièces justificatives.

La défenderesse n'a pas pris position par rapport à cette demande.

Même si la révocation de l'ordonnance de clôture n'est pas expressément demandée, la demande en rupture du délibéré tend à la révocation de l'ordonnance de clôture.

Suivant l'article 225 du Nouveau code de procédure civile l'ordonnance de clôture ne peut être révoquée que s'il se révèle une cause grave depuis qu'elle a été rendue.

Faute par les requérants d'invoquer, voire d'établir l'existence d'une cause grave, la demande en révocation de l'ordonnance de clôture est à rejeter comme non fondée. Les parties qui ont échangé une dizaine de corps de conclusions ayant eu tout loisir d'instruire le dossier.

B. Quant au moyen de forclusion en raison des décharges signées et de la clause d'approbation tacite

La banque verse une série de documents intitulés « décharge » (pièce n°18 de la farde I de Me Dupong) qui se réfèrent notamment aux comptes DAIGI, RELI et NORI et qui ont été contresignés par les requérants. Ces décharges contiennent les mentions suivantes :

« *Nous prenons possession de cette correspondance* »

« *Nous avons pris connaissance des opérations intervenues. Nous approuvons ces opérations et donnons décharge à la banque pour sa gestion* ».

Il convient de retenir que les requérants ont signé ces « décharges » au moment où ils ont pris possession de leur courrier.

La banque affirme elle-même dans ce contexte que le « *mandat de gestion n'est pas visé par la « Décharge » et il n'y est nulle part question d'une décharge à propos d'un mandat de gestion des avoirs d'un client. Ce document est à mettre en rapport avec la clause dite « poste restante » (…). Il concerne la réception du courrier et*

l'exactitude des opérations sur lesquels portent les extraits et relevés bancaires et au sujet desquels le client après avoir pris connaissance du courrier conservé pour lui par la banque donne quitus à la banque » (cf. conclusions de Me Dupong du 9 novembre 2011, page 4).

Compte tenu ce qui précède et au vu du fait que les renonciations sont à interpréter restrictivement, la signature de ces décharges ne doit pas être considérée comme renonciation générale de la part des requérants à engager la responsabilité de la banque en relation avec les trois comptes litigieux gérés, selon la thèse des requérants, discrétionnairement par la banque.

La banque se prévaut encore de la clause d'approbation tacite contenue dans ses conditions générales pour soutenir que les requérants sont forclos à agir.

Dans l'hypothèse où la banque est titulaire d'un mandat de gestion discrétionnaire, le silence gardé par le client à la réception des extraits n'a pour effet que d'établir l'existence des opérations effectuées par la banque et ne prive en aucun cas le client de la possibilité d'en contester l'opportunité en exerçant une action en responsabilité contre la banque. (C.A. 19.6.1961 W.) c/ B.) n° 11490 du rôle).

Eu égard au fait que les requérants soutiennent donc que la banque a géré discrétionnairement les trois comptes jusqu'à leur clôture, ils peuvent engager une action contre la banque de ce chef, même en l'absence de protestation en temps utile contre les relevés de compte (C.A. 8.2.2007, n°30454 du rôle).

Etant donné que la clause d'approbation tacite ne prive donc pas le client d'une action ultérieure en responsabilité, une telle clause ne constitue pas une clause limitative de responsabilité ou de non responsabilité (Cour 22 mai 2009, no 32 393 du rôle, B.) c/ … Bank). Les développements relatifs à l'acceptation spéciale de cette clause ne sont dès lors pas pertinents.

Pour être complet (et au vu du fait que la banque conteste avoir géré discrétionnairement les comptes DAIGI et RELI après le 5 février 2001), il y a encore lieu de rappeler que, dans l'hypothèse où la banque se limite à exécuter les ordres du client, l'absence de réclamation fait preuve de l'accord du client quant à l'exécution des opérations. Dans ce cas, le client est donc supposé avoir ratifié l'exécution des ordres et il n'y a donc plus à rechercher s'il les a donné ou non (cf. La responsabilité du banquier en droit bancaire privé luxembourgeois, A. Schmit et E. Omes, p.140).

C. Quant aux connaissances des requérants en matière d'investissements financiers

A.) est gérant de plusieurs supermarchés. Il n'est pas contesté que les requérants n'ont jamais exercé une activité dans le secteur financier ou suivi une formation en matière d'instruments et de marchés financiers.

La notion d'investisseur averti se fonde sur le critère de la compétence appréciée au regard de la nature des opérations réalisées et la connaissance des instruments et marchés financiers (Droit des marchés financiers, Hubert de Vauplane, Jean-Pierre Bornet n°337 p.304).

Nonobstant le fait que **A.)**, qui n'a pas fait d'études supérieures, occupe des fonctions dirigeantes au sein d'une ou de plusieurs entreprises commerciales, ce fait ne suffit pas pour faire présumer dans son chef une connaissance et une compétence approfondies des instruments et des marchés financiers.

A relever encore que pour apprécier la qualité d'investisseur averti, il faut se placer avant les opérations litigieuses, puisque c'est à ce moment que l'obligation de conseil doit opérer. Le nombre d'opérations passées après l'entrée en relation d'affaires contractuelles n'est dès lors pas pertinent.

Les requérants ne sauraient dès lors être considérés comme investisseurs avertis et la responsabilité de la banque est à apprécier en fonction de ce constat.

D. Quant aux règles de conduites

La demande des requérants est basée sur la responsabilité contractuelle (l'assignation se réfère aux articles 1134 et s., 1146 et s. , 1184 et 1993 du Code civil), sinon sur la responsabilité délictuelle (cf. page 5 de l'assignation). S'il est vrai que les requérants mentionnent également les règles de conduite du secteur financier (la jurisprudence admet d'ailleurs que le non-respect de ces règles peut le cas échéant contribuer à caractériser comme fautif le comportement du banquier au regard de ses obligations contractuelles), leur action n'est cependant pas directement basée sur ces règles alors que les obligations auxquelles se réfèrent les requérants (obligation de rendement de 4,5%, obligation de loyauté et de diligence et obligations de renseignement et de conseil) sont des obligations qui relèvent du champ contractuel.

II. QUANT AUX COMPTES « DAIGI » ET « RELI »

A. Quant à la prétendue violation de la garantie de rendement de 4,5%

Il résulte du courrier de la banque du 9 décembre 1998 que les parties ont eu une réunion en date du 8 décembre 1998 au cours de laquelle les conditions dans lesquelles la banque pourrait gérer les placements ont été évoquées. Le courrier contient comme annexe un « *document synthétique reprenant les différentes caractéristiques et options retenues* ». Il est encore indiqué dans le courrier que la proposition de la banque « *repose sur des hypothèses minimales, sures et qu'elle n'implique aucune prise de risque* ».

L'annexe contenant le détail de la proposition indique notamment les éléments suivants :

« Capitaux concernés :	*20 à 30 millions de francs français*
Cadre de fonctionnement :	*Mandat de gestion*
Orientation de la gestion :	*Essentiellement obligataire*

(…)

Dans le contexte actuel, la gestion consistera à privilégier les titres obligataires de la zone EURO (pour au moins 90%) (…) *Par ailleurs, compte tenu de la pente des taux, offrant peu de prime sur la durée, nous opterons pour des obligations à durée relativement courte (4 à 5 ans maximum)* (…) »

En date du 8 janvier 1999, les époux **A.)-B.)** signent les documents d'ouverture de compte et décident donc d'ouvrir les comptes « DAIGI » (compte n°360910) et « RELI » (compte n°360911) ; les documents d'ouverture de compte comprennent notamment (pour chacun des deux comptes) la demande d'ouverture de compte, un contrat de compte-joint, un contrat de gestion et un exemplaire des conditions générales de la banque.

Le même jour, la banque adresse un courrier aux requérants indiquant que :

« *Nous faisons suite à notre entretien du 8 janvier courant, au cours duquel nous avons précisé les conditions dans lesquelles notre Banque peut gérer vos placements. Nous vous confirmons que, compte tenu des sommes placées et de la durée envisagée (soit 4 à 5 ans), un rendement minimum de 4,5% est garanti par notre Banque (…)* ».

Nonobstant le fait que la proposition du 9 décembre 1998 se référait à une « *orientation de la gestion essentiellement obligataire* », la banque affirme, en s'appuyant sur l'article 2 du contrat de gestion, que la gestion a été initialement exercée à l'entière discrétion de la banque sans que cette dernière soit « *tenue par des orientations de gestion du client* » (cf. page 4 des conclusions du 14 mai 2011).

Il y a en effet lieu de relever que les deux contrats de gestion, signés par les requérants, stipulent (article 2) que « *Dans la mesure où aucune directive particulière n'a été convenue par écrit avec la Banque, celle-ci exerce son mandat suivant sa libre appréciation et selon les usages bancaires en matière de gestion de fortune* ».

Les requérants confirment eux-mêmes dans ce contexte que l' « annexe-proposition » du courrier du 9 décembre 1998 n'était qu'une des options de placement proposée par la banque et qu'il s'agissait « *d'une simple proposition (non retenue) qui reprend synthétiquement l'une des options de placement* » (cf. conclusions du 11 janvier 2012, page 6 point 1.3.1.1).

La banque se basent ensuite sur deux documents (pièces n°14 et 15 de la farde I de pièces de Me Dupong) intitulés « *avenant à la demande d'ouverture de compte relatif à l'orientation de gestion* ».

Le premier de ces documents, daté du 10 décembre 1999, a trait à une demande de modification de « *l'orientation de gestion initialement indiquée dans la demande d'ouverture de compte* ». L'option retenue au titre de la nouvelle orientation de gestion est « **défensive (30 % actions / 70 % obligations)** ». Le document contient une référence aux deux comptes n°360910 et n°36091 (sans autre mention) de sorte qu'il y a lieu de conclure que la demande de modification vise à la fois le compte DAIGI et le compte RELI.

Le deuxième document, qui porte de nouveau sur une demande de modification de l'orientation de gestion, a été signé le 15 mars 2000 et retient comme nouvelle orientation l'option « **Offensive (90 à 100%)** ». Bien que le document contienne dans la rubrique « n° de compte dans les livres de Mutuel Bank Luxembourg » une référence aux numéros de compte du compte DAIGI et du compte RELI, il y a lieu de relever que la mention « DAIGI » a été insérée de façon manuscrite derrière la case avec l'option « Offensive ». Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que la

demande de changement du 15 mars 2000 ne porte que sur le compte DAIGI et que l'orientation du compte RELI n'a pas été affectée par cette demande.

Il y a lieu de relever que la garantie de rendement donnée par courrier du 8 janvier 1999 ne mentionne pas qu'elle était conditionnée par le fait que le mandat devait s'exercer sans orientation de gestion.

Il aurait d'ailleurs été parfaitement possible, dans le cadre d'un mandat de gestion discrétionnaire, de donner une garantie de rendement en fonction d'une orientation de gestion prédéfinie (p.ex. orientation essentiellement obligataire) en précisant que tout changement au niveau de l'orientation impliquerait la perte de la garantie.

Il y a encore lieu d'observer que les avenants du 10 décembre 1999 et du 15 mars 2000 (à relever qu'il s'agit bien d'avenants qui ont été contresignés par la banque et non de demandes unilatérales de la part des clients) ne contiennent aucune clause ou mention quant au fait que le « changement » d'orientation impliquerait une perte de la garantie de rendement. Il est d'ailleurs étonnant que les avenants se réfèrent à un « *changement d'orientation* » par rapport à « *l'orientation de gestion initialement indiquée dans la demande d'ouverture de compte »* alors que la banque argue actuellement qu'aucune orientation n'avait été retenue au départ.

La banque ne prouve pas non plus avoir informé les requérants du fait que la garantie de rendement était conditionnée par l'absence d'une quelconque orientation, respectivement avoir informé les requérants de la prétendue caducité de la garantie lors de la signature des avenants.

Dans ces conditions, la banque reste en défaut d'établir que la garantie de rendement de 4,5%, donnée à la date d'ouverture des comptes RELI et DAIGI, serait devenue caduque suite à la signature des avenants du 10 décembre 1999 et du 15 mars 2000.

La banque invoque ensuite la résiliation des contrats de gestion portant sur les comptes RELI et DAIGI intervenue en date du 5 février 2001. Le document versé par la banque (pièce n°16) a été signé par **A.)** et par le gestionnaire de la banque. Il y a donc lieu de conclure que la résiliation est intervenue d'un commun accord et il ne s'agit dès lors pas d'une dénonciation avec préavis au sens de l'article 6 des contrats de gestion. Les documents soumis au tribunal ne permettent d'ailleurs pas de déterminer laquelle des deux parties a pris l'initiative de la résiliation.

Les parties sont en désaccord sur la nature juridique de leurs relations après le 5 février 2001. Les requérants soutiennent que la banque a dans les faits continué le contrat de gestion discrétionnaire et que la garantie de rendement continuait par conséquent à s'appliquer, tandis que la banque conteste ce fait (ce n'est qu'à titre subsidiaire que la banque prend position par rapport à l'existence d'un mandat discrétionnaire au-delà du 5 février 2001).

Compte tenu de l'existence de l'écrit du 5 février 2001 et en l'absence de signature d'un nouveau contrat écrit, il appartient aux requérants de prouver que les relations contractuelles entre parties ont continué à fonctionner sous le régime d'un contrat de gestion discrétionnaire (cf. Cour d'appel, IXème Chambre, 8 février 2007, n°30454 du rôle). Un contrat de gestion discrétionnaire peut en effet se former oralement

entre parties, mais il appartient à celui qui se prévaut de son existence de le prouver (cf. Cour d'appel, IVème Chambre, 22 avril 2009, rôle 32760).

Quant aux décharges signées par les requérants (pièces n°18 de la farde de pièces I de Me Dupong), il y a lieu de retenir que la simple utilisation du terme « gestion » ne permet pas de conclure à la continuation de la gestion discrétionnaire au-delà du 5 février 2001..

Pour établir l'existence d'une gestion discrétionnaire, les requérants se limitent à affirmer que la banque resterait en défaut de verser les ordres relatifs aux placements intervenus après le 5 février 2001.

S'il est vrai que la banque ne verse que très peu d'ordres écrits (cf. pièce n°20 de la farde de pièces II de Me Dupong), elle se réfère pour le reste à la pratique des ordres reçus par téléphone et, s'appuyant sur le défaut de réclamation des clients suite à la réception des extraits, invoque la ratification des opérations intervenues (l'article 2.7. des conditions générales précise d'ailleurs expressément qu'en cas d'exécution d'ordres données verbalement, « ***les écritures de la banque prouvent à elles seules que les opérations faites sur ordres verbaux ont été exécutées conformément à ces ordres*** ».

Il aurait appartenu aux époux **A.)-B.)** d'établir l'existence d'un mandat de gestion discrétionnaire verbal après le 5 février 2001 permettant d'interpréter différemment le silence gardé à la réception des extraits.

En l'absence d'autres indices ou d'éléments de preuve, le simple fait qu'un nombre élevé d'opérations a été réalisé sur les comptes DAIGI et RELI ne permet pas de conclure à l'existence d'un mandat de gestion discrétionnaire.

Par ailleurs le contenu du courrier de la banque du 16 octobre 2008 (pièce n°18 de la farde de pièces de Me Thiltgen), qui reprend les frais de garde mis en compte par la banque sur les comptes RELI et DAIGI, ne permet pas de conclure à la continuation d'une gestion discrétionnaire au-delà du 5 février 2001 alors que la banque affirme avoir fait bénéficier les requérants de conditions préférentielles.

Les requérants ne donnent pour le surplus aucune explication pour justifier la signature de la résiliation en février 2001 et ils n'expliquent pas quelle aurait été leur intention quant à la poursuite des relations contractuelles. Il serait en effet illogique pour un client de signer une résiliation d'un mandat de gestion tout en restant persuadé que les relations contractuelles allaient se poursuivre dans les conditions antérieures.

Les requérants restent dès lors en défaut de prouver que les relations contractuelles entre parties ont continué à fonctionner sous le régime d'un contrat de gestion discrétionnaire.

Dans ces conditions, et étant donné que la garantie de rendement était conditionnée par le fait que la banque puisse gérer les fonds pour une durée d'au moins 4 à 5 ans (cette garantie doit dès lors être interprétée comme visant un rendement annuel **moyen** sur cette période), la demande des époux **A.)-B.)** relative à la garantie de préservation du capital et au rendement de 4,5% n'est pas fondée.

Les requérants, qui ne pouvaient ignorer que la fin du mandat de gestion impliquerait la perte de la garantie de rendement, ne sauraient dans ces conditions reprocher à la banque de ne pas les avoir expressément informé de la perte de la garantie.

A.) (à rappeler que ce dernier est homme d'affaires) a en effet librement signé la résiliation des mandats de gestion et aucun vice de consentement n'est établi ou même allégué; le fait de ne pas pouvoir être considérés comme des investisseurs avertis ne saurait évidemment servir d'excuse à ce niveau alors qu'une telle décision ne requière aucune compétence spécifique en matière d'investissement.

B. Quant aux autres reproches relatifs aux comptes DAIGI et RELI

Les requérants reprochent encore à la banque d'avoir dans le cadre de la gestion discrétionnaire des comptes DAIGI et RELI violé son obligation de loyauté et de diligence, son obligation de rendre régulièrement compte de la gestion et ses obligations de renseignement, d'information, de mise en garde et de conseil.

a) quant aux années 1999 et 2000

Concernant la période durant laquelle les comptes DAIGI et RELI étaient gérés sous mandat discrétionnaire (années 1999 et 2000), il résulte du tableau intitulé « *Situation des actifs, apports/retraits, plus ou moins-values et performance % pour les comptes 360910 & 360911* » (pièce n°14 de la farde I de Me Thieltgen ; les parties n'ont formulé aucune contestation en ce qui concerne les indications reprises dans ledit tableau) que les requérants ont réalisé une « plus-value globale » de EUR 332.147 (année 1999) et une « moins-value globale » de EUR 125.634 (pour l'année 2000). Etant donné que les requérants n'ont donc globalement pas subi de perte dans le cadre de la gestion discrétionnaire des comptes RELI et DAIGI (période des années 1999 et 2000), il devient oiseux d'analyser les reproches des requérants en ce qui concerne cette période.

b) quant à la période de 2001 jusqu'à la clôture des comptes

Pour la période postérieure (à partir de l'année 2001 jusqu'à la clôture des comptes), et comme déjà relevé, l'absence de réclamation fait preuve de l'accord du client quant à l'exécution des opérations. Des reproches consistant à dire que la banque aurait agi sans ordre/instruction préalable de la part des clients ne sont dès lors pas fondés.

Quant aux autres reproches (notamment un éventuel manquement à une obligation de conseil), il aurait appartenu aux requérants de spécifier les opérations en relation avec lesquelles ils estiment qu'il y a eu comportement fautif dans le chef de la banque. A défaut de précision à ce sujet, la demande des requérants sur ce point est non fondée.

III. QUANT AU COMPTE « NORI »

Il est constant en cause que le compte NORI a été ouvert le 14 juin 1999 et que la banque a dès le départ et jusqu'à la clôture du compte en date du 4 juin 2007 géré discrétionnairement les avoirs déposés sur ledit compte.

La banque affirme que les investissements étaient dès l'ouverture du compte « *orientés sur le marché des actions et principalement sur les valeurs technologiques pour ensuite évoluer vers des valeurs de fond de portefeuille de type AXA, Renault, Casino, Remy Cointreau, Pinault, Printemps, Redoute* » (conclusions du 9 novembre 2011, page 5).

A relever encore que les parties ont signé en date du 7 mars 2002 une convention spéciale (« convention opérations permettant les opérations sur produits dérivés ») en relation avec les investissements à réaliser à partir du compte NORI.

Les parties sont d'abord en désaccord sur la question de savoir si la garantie de rendement de 4,5 % englobait également le compte NORI.

A. Quant à l'application de la garantie de rendement au compte « NORI »

Dans ce contexte, il y a lieu de rappeler que la garantie de rendement a été donnée par courrier du 8 janvier 1999, jour de la signature des contrats de gestion relatifs aux comptes RELI et DAIGI. Le compte NORI n'a été ouvert que plus de cinq mois après. Les requérants ne versent aucun écrit et ils n'avancent d'ailleurs pas que la banque aurait expressément confirmé que la garantie de rendement s'appliquerait également au compte NORI. Ils ne fournissent par ailleurs aucun élément pour expliquer leur décision d'ouvrir un nouveau compte au lieu de placer leur argent sur un des deux comptes déjà ouverts en janvier 1999 et couverts par la garantie de rendement. Il résulte d'ailleurs des pièces versées que les requérants ont au cours des années 2000 à 2007 régulièrement fait des apports nouveaux sur les comptes DAIGI et RELI et le mandataire français des requérants a d'ailleurs confirmé dans son courrier du 12 octobre 2009 que ces versements complémentaires ont été motivés par la garantie de rendement de 4,5% liée à ces deux comptes.

Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que les requérants restent en défaut d'établir que la garantie de rendement trouvait également à s'appliquer au compte NORI.

Comme pour les comptes DAIGI et RELI, les requérants reprochent également à la banque d'avoir dans le cadre de la gestion discrétionnaire du compte NORI violé son obligation de loyauté et de diligence, son obligation de rendre régulièrement compte de la gestion et ses obligations de renseignement, d'information, de mise en garde et de conseil.

B. Quant à l'obligation de rendre compte

Il n'est pas contesté que les requérants ont régulièrement reçu des relevés de compte et des évaluations en relation avec le compte NORI. La banque verse dans ce contexte des documents intitulés « décharge » dans lequel les requérants confirment avoir pris connaissance de leur correspondance.

Il ne ressort par ailleurs d'aucune pièce que les requérants auraient durant la période de fonctionnement du compte pris l'initiative pour obtenir des précisions quant au compte NORI (le compte a été clôturé le 4 juin 2007 et était donc ouvert pendant huit ans).

Un manquement à l'obligation de rendre compte n'est dès lors pas établi.

C. Quant à l'obligation de loyauté et de diligence

En matière de gestion discrétionnaire, les obligations de loyauté et de diligence impliquent que le gérant use de son pouvoir d'initiative en vue d'accomplir sa mission de la manière la plus conforme aux intérêts du mandat. Il doit agir avec compétence et faire un choix judicieux dans ses opérations d'investissement, selon le contenu du mandat dont il est investi. Il doit donc respecter les objectifs assignés à la gestion dont il assume la charge, c'est-à-dire soit se lancer dans des opérations spéculatives, si l'objectif donné est la recherche d'un profit maximal, soit préserver le capital, ce qui nécessite une répartition équilibrée des placements. En l'absence de toute autre précision concernant le mandat de gestion accordé, il n'est pas permis de présumer que le client voulait un investissement à haut risque ou à très haut risque. L'existence d'un mandat de gestion discrétionnaire ne permet pas automatiquement à la banque d'investir dans des titres à haut risque.

Il appartient donc au banquier de prouver que, soit un investissement à haut risque a été convenu entre parties, soit que client a par la suite ratifié l'orientation de la gestion dans son ensemble.

En ce qui concerne un éventuel accord entre parties au moment de la conclusion du contrat, il y a lieu de relever qu'aucune orientation de gestion n'a été retenue par écrit entre parties. Comme pour les comptes DAIGI et RELI, le contrat de gestion signé entre parties en date du 14 juin 1999 stipule que « *Dans la mesure où aucune directive particulière n'a été convenue par écrit avec la Banque, celle-ci exerce son mandat suivant sa libre appréciation et selon les usages bancaires en matière de gestion de fortune* » (article 2)

En ce qui concerne l'article 3 du contrat de gestion (la banque se réfère donc à cet article pour justifier qu'elle a informé les requérants des risques liés au caractère spéculatif des opérations projetées), cet article stipule que « *Le client autorise la Banque à emprunter à charge du Client et à nantir les valeurs en portefeuille à cet effet. Il déclare avoir connaissance des risques qui s'attachent à la réalisation de telles opérations, y compris le risque de subir une perte dépassant le montant de ses avoirs auprès de la Banque* ».

Il y a lieu de retenir que cette disposition (qui était d'ailleurs également incluse dans les contrats de gestion portant sur les comptes DAIGI et RELI et qui n'était donc pas spécifique aux opérations projetées dans le cadre de la gestion du compte NORI) porte sur la faculté de la banque d'emprunter et de nantir à charge du client ainsi que des risques y relatifs. Contrairement à ce qui est allégué par la banque, cette mention n'est cependant pas suffisamment précise pour permettre de conclure que des investissements spéculatifs sur des valeurs de nature technologique auraient été convenus entre parties.

Se pose ensuite la question de savoir si les requérants doivent être considérés comme ayant ratifié l'orientation de la gestion en tant que telle, c'est-à-dire les investissements spéculatifs avec risque de perte. A ce titre, il convient de prendre en compte à la fois les règles générales du mandat (articles 1984 et s. du Code civil) ainsi que les dispositions contenues dans les conditions générales de la banque.

Concernant de manière générale les règles du mandat, et conformément à l'article 1998 al.2 du Code civil, le mandant n'est en principe tenu de ce qui a pu être fait au-delà des pouvoirs donnés au mandataire que pour autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement.

Si le mandataire dépasse donc les limites du mandat (en procédant par exemple à des investissements non conformes à la stratégie convenue), il en sera redevable à l'égard de son client à moins que le mandataire puisse invoquer une ratification expresse ou tacite.

Il appartient à celui qui entend lier le mandant, malgré l'absence/le dépassement du mandat, de prouver la ratification de l'acte par le mandant.

Deux conditions doivent être réunies pour que la ratification soit valable, à savoir, la connaissance par le mandant de l'acte conclu par le mandataire en dehors de ses pouvoirs, et la volonté certaine du mandant de fournir a posteriori son consentement à l'acte passé par le mandataire.

Pour établir la ratification, la banque invoque d'abord les articles 2.12 et 5.6 de ses conditions générales :

« *2.12. Le client est tenu d'informer la banque immédiatement des erreurs, différences et irrégularités qu'il constate dans les documents, extraits de compte et autre courrier qui lui sont adressés par la banque (…) A défaut* ***de réclamation écrite endéans les trente jours*** *de l'expédition des documents et extraits de compte, les opérations y renseignées sont censées acceptées et ratifiées par le client et les indications et chiffres y repris réputés définitivement arrêtés et exacts, de sorte que le client ne pourra ni directement, ni indirectement contester ces opérations sans préjudice aux dispositions particulières du point 5.6. ci-après (…).* »

« *5.6.* ***Les réclamations concernant les ordres de bourse doivent parvenir à la banque par écrit*** *: à la réception de l'avis ou du décompte, mais au plus tard dans la semaine de son expédition, en ce qui concerne l'exécution de l'ordre (…)*. »

A relever que le but de telles clauses est d'arrêter à l'avance entre parties, les modalités ou conditions (en l'espèce l'absence de réclamation durant un lapse de temps de trente jours/une semaine) impliquant dans leur intention ratification.

Bien que l'article 2.12 soit rédigé de manière large (l'article englobe donc de manière générale les « erreurs, différences et irrégularités » et ne se limite pas aux extraits de compte mais vise de façon globale tous les documents et autre courrier de la banque), il y a lieu de conclure que cet article (comme d'ailleurs l'article 5.6) ne vise pas expressément le cas d'une ratification de la gestion dans son ensemble.

Dans ces conditions, les délais de réclamation contenus dans ces deux articles ne sauraient trouver application pour déterminer s'il y a eu ratification de l'orientation de gestion.

Cette question est dès lors à analyser sur base des règles générales du mandat et il convient de déterminer si le comportement des requérants peut être considéré comme ratification (expresse ou tacite) de la stratégie d'investissement au sens de l'article 1998 alinéa 2 du Code civil (comme déjà mentionné, la ratification suppose

la réunion de deux conditions, à savoir la connaissance par le mandant de l'acte passé et sa volonté certaine de fournir a posteriori son consentement).

Les requérants ne contestent pas avoir reçu les évaluations et relevés de fin d'année portant sur le compte NORI (cf. pièce n°15 de Me Thieltgen et pièce n°18 de Me Dupong). Dans le cadre des «décharges » signées, les requérants ont d'ailleurs expressément confirmé qu'ils avaient pris connaissance des opérations intervenues et qu'ils approuvent ces opérations. Les requérants étaient donc informés du fait que la presque totalité des avoirs du compte NORI était investie dans des actions/sicav d'action et qu'une telle répartition correspondait à une orientation de gestion offensive (à relever que les différentes possibilités au niveau de l'orientation de gestion étaient connues par les requérants comme l'atteste les pièces n°14 et 15 de la farde de pièces de Me Thieltgen). Les requérants (même sans avoir des connaissances particulières en matière d'investissement) ne pouvaient par ailleurs ignorer les risques liés à une telle gestion alors qu'ils étaient régulièrement informés de la valeur de leur portefeuille et pouvaient dès lors retracer les « *importantes pertes de valeurs* » subies sur le compte NORI.

Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que les requérants avaient nécessairement connaissance de la gestion offensive pratiquée par la banque en relation avec le compte NORI.

En ce qui concerne « leur volonté certaine de fournir a posteriori leur consentement » à une telle gestion, il faut d'abord retenir qu'on ne saurait en principe imposer à un client de surveiller en permanence et à tout instant l'évolution de son portefeuille géré par sa banque (le but d'un contrat de gestion discrétionnaire étant justement de confier cette tâche à un professionnel).

En l'espèce et comme déjà mentionné, il convient cependant de rappeler que le compte NORI a été ouvert le 14 juin 1999 et a fonctionné sous mandat de gestion discrétionnaire pendant presque huit (!) ans et que les requérants se sont régulièrement informés de l'évolution de leur portefeuille, comme l'atteste la signature des « décharges ».

Les requérants (qui ne se sont donc pas désintéressés de leur portefeuille) n'ont non seulement pris aucune initiative pour informer la banque de leur désaccord en ce qui concerne l'orientation de gestion et le dépassement du mandat mais ils ont, au surplus, signé en date du 7 mars 2002 la convention « opérations » permettant à la banque de réaliser des opérations sur produits dérivés. Dans le cadre dudit document, les requérants ont confirmé avoir pris connaissance de la note d'information relative au Marché d'Options Négociables de Paris (MONEP), aux opérations qui s'y font et aux engagements qui leur incombent ainsi qu'aux modalités pratiques.

Dans ces conditions, il y a lieu de conclure qu'en ayant laissé perdurer en connaissance de cause la gestion pendant toute la durée de fonctionnement du compte NORI et ayant signé la convention « produits dérivés », ils doivent être considérés comme ayant marqué leur consentement à la gestion offensive pratiquée par la banque.

Cette ratification de la gestion (tout comme la ratification des opérations individuelles résultant de la clause d'approbation tacite des conditions générales) ne prive

cependant pas le client d'une action ultérieure en responsabilité contre le banquier. La responsabilité du banquier s'apprécie dans ce cas par rapport au comportement d'un professionnel avisé. Elle 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 lieu et agissant selon les usages bancaires et boursiers de la place (en l'espèce la responsabilité de la banque serait dès lors à apprécier par rapport à un banquier avisé mais mandaté pour pratiquer une gestion offensive).

Les requérants ne formulent cependant aucun reproche en ce qui concerne des opérations spécifiques réalisées par la banque dans la cadre de sa gestion discrétionnaire du compte NORI de sorte qu'aucune faute ne saurait être retenue à ce niveau.

En dernier lieu, les requérants reprochent encore à la banque une violation de son obligation de renseignement, d'information, de mise en garde et de conseil.

D. Quant à l'obligation de renseignement, d'information, de mise en garde et de conseil

Dans le cadre d'un mandat de gestion discrétionnaire, l'obligation d'information et de conseil du banquier est limitée à la phase de la conclusion du mandat et n'existe pas pendant l'exécution du contrat puisque, par définition, le banquier est appelé à prendre seul les décisions de placement.

En l'espèce, la banque n'établit pas que les clients avaient au moment de l'ouverture du compte NORI reçu une information adéquate en ce qui concerne les risques liés au caractère spéculatif des valeurs de nature technologique (comme déjà mentionné, le contenu de l'article 3 du contrat de gestion ne permet pas à lui seul de conclure qu'une information adéquate relative aux risques liés au caractère spéculatif des valeurs de nature technologique aurait été fournie).

Les requérants avaient cependant de leur côté également une obligation corollaire de s'informer et de se renseigner quant aux services qu'ils sollicitent (le client ne saurait en effet se contenter d'adopter un comportement purement passif). Il convient de relever que les clients (qui entretenaient au moment de l'ouverture du compte NORI déjà des relations avec la banque pendant presque six mois) ne donnent aucune indication quant aux renseignements qu'ils auraient sollicités, respectivement ils n'expliquent pas quelle a été leur intention lors de l'ouverture du compte NORI (comme déjà relevé, on ignore pourquoi les clients ont décidé d'ouvrir un nouveau compte au lieu d'utiliser les comptes DAIGI et RELI).

Abstraction faite de la question de savoir dans quelle mesure le comportement de la banque, face à l'attitude passive des requérants, pourrait être considéré comme faute lourde (dans cette hypothèse il faudrait d'ailleurs encore déterminer s'il y a eu acceptation spéciale de la clause limitative de responsabilité), il convient de relever qu'au niveau de la causalité entre une telle faute et le préjudice subi, la question qui se poserait est de savoir si les requérants se seraient abstenus de donner mandat à la banque dans l'hypothèse où la banque avait dès le départ fourni une information correcte sur les risques.

Le dommage serait donc dans une telle situation à indemniser sur base d'une simple perte de chance.

Pour pouvoir obtenir indemnisation d'un préjudice constitutif d'une perte de chance, il appartient cependant à la victime de prouver que la chance existait, la chance a dû être véritable et non pas une quelconque chimère (voir en ce sens CSJ 21.4.2004, P.32, p. 476). La perte de la chance doit présenter un caractère certain.

Or, en l'espèce le caractère certain de la perte de chance fait défaut. Afin d'analyser dans quelle mesure les clients auraient agi autrement, leur comportement postérieur peut en effet servir de référence. Dans cette optique, il convient de relever que les requérants se sont effectivement trouvés en mars 2002 dans une situation comparable où ils ont décidé, cette fois-ci après avoir reçu des informations sur les produits dérivés, de signer la convention « opérations » et de donner mandat à la banque afin qu'elle puisse se livrer à des opérations spéculatives (à rappeler de nouveau que les requérants ont laissé perdurer cette gestion spéculative pendant toute la durée de fonctionnement du compte NORI sans émettre des protestations).

L'attitude des demandeurs démontrent ainsi clairement leur volonté de réaliser des opérations spéculatives. Dans ces conditions, il y a lieu de conclure que les requérants ne sont pas fondés à se prévaloir d'une perte de chance en relation avec le comportement de la banque au moment de l'ouverture du compte NORI.

* *
*

Il résulte de ce qui précède que les demandes en obtention d'une indemnisation pour dommage matériel et moral et en remboursement de frais d'avocats sont non fondées.

Eu égard au sort réservé à leur demande principale, les requérants sont également à débouter de leur demande formulée sur base de l'article 240 du Nouveau code de procédure civile, alors qu'il est de principe que la partie qui succombe ne saurait bénéficier des dispositions de cet article.

La banque est également à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure, faute d'avoir établi en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais non compris dans les dépens.

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 de **A.)** et de son épouse **B.)** contre la société anonyme BANQUE TRANSATLANTIQUE LUXEMBOURG recevable,

dit leur demande en révocation de l'ordonnance de clôture non fondée,

dit non fondées la demande de **A.)** et de **B.)** en obtention d'une indemnisation pour dommage matériel et dommage moral et leur demande en remboursement de frais d'avocats et en déboute,

déboute les parties de leurs demandes respectives en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne A.) et **B.)** aux frais et dépens avec distraction au profit de Maître Lucy Dupong qui la demande affirmant en avoir fait l'avance.