

**N° 83 / 15.
du 19.11.2015.**

Numéro 3541 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, dix-neuf novembre deux mille quinze.

Composition:

Georges SANTER, président de la Cour,
Irène FOLSCHEID, conseiller à la Cour de cassation,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Jean-Claude WIWINIUS, conseiller à la Cour de cassation,
Pierre CALMES, premier conseiller à la Cour d'appel,
Marc HARPES, avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

X, (...), demeurant à (...),

demandeur en cassation,

comparant par Maître Cathy ARENDT, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu,

et:

la société anonyme SOC1), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro (...),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Alex SCHMITT, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

=====

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 29 octobre 2015 sous le numéro 38729 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 4 février 2015 par X à la société anonyme (SOC1), déposé au greffe de la Cour le 5 février 2015 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 1^{er} avril 2015 par la société anonyme (SOC1) à X, déposé au greffe de la Cour le 2 avril 2015 ;

Sur le rapport du conseiller Irène FOLSCHEID et sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint Georges WIVENES ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait débouté X de sa demande en dommages et intérêts dirigée contre la société anonyme (SOC1) et basée sur une mauvaise gestion par la banque du portefeuille titres lui confié par le demandeur, sinon sur une violation par la banque de son obligation d'information et de conseil ; que la Cour d'appel a confirmé ce jugement ;

Sur le premier moyen de cassation :

Violation de l'article 89 de la Constitution et de l'article 249, alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile

« L'article 89 de la Constitution prévoit que << Tout jugement doit être motivé. Il est prononcé en audience publique. >>

L'article 249 alinéa 1^{er} du Nouveau code de procédure civile prévoit que << La rédaction du jugement contiendra les noms des juges, du procureur d'Etat, s'il a été entendu, ainsi que des avoués ; les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif des jugements. >>

L'arrêt attaqué a violé ces dispositions légales à plusieurs titres, chacune des violations étant reprise dans une branche du moyen de cassation.

1^{ère} branche du moyen de cassation :

Les articles 89 de la Constitution et 249 du Nouveau code de procédure civile disposent que les jugements doivent être motivés.

Lesdits articles font obligation aux jugements d'être motivés sous peine de nullité.

La justification de l'obligation de motiver est évidente alors que << l'obligation de motiver les jugements est pour le justiciable la plus précieuse des garanties, elle le protège contre l'arbitraire, lui fournit la preuve que sa demande et ses moyens ont été sérieusement examinés et en même temps elle met obstacle à ce que le juge puisse soustraire sa décision au contrôle de la Cour de Cassation >> (Jurisclasseur Procédure Fascicule 208 n°3, citation du conseiller Faye 1903).

Pour satisfaire à cette obligation il ne suffit pas que le jugement comporte pour chaque chef de dispositif des motifs qui lui sont propres, il faut aussi que les motifs énoncés puissent être considérés comme justifiant la décision.

Pour justifier la décision, la motivation doit notamment être précise.

Il est entendu par motivation précise une motivation circonstanciée, propre à l'espèce, dans laquelle le juge s'explique sur les éléments de preuve sur lesquels il s'est fondé et qui ne laisse aucun doute sur le fondement juridique de la décision (Jurisclasseur Procédure Fascicule 508 n°33).

L'exigence d'une motivation précise a pour conséquence de refuser le caractère d'une motivation véritable à l'énoncé d'une simple affirmation ou à des motifs d'ordre général.

Monsieur X avait reproché à la SOCI) la violation de son obligation d'information et de conseil.

La Cour d'Appel a retenu qu'il est admis << que la banque est tenue d'un devoir d'information et de conseil à l'égard de son client. Son contenu est par ailleurs fonction de l'expérience, respectivement de l'inexpérience du client en matière boursière. >>

Qu'après avoir posé ses principes, la Cour conclut à la page 11 que << la banque a satisfait à son obligation d'information au moment de l'entrée en relation d'affaire. >>

Cependant, pour en arriver à cette conclusion, la Cour a notamment examiné le degré d'expérience du client, et pour décider que la partie demanderesse en cassation avait une certaine expérience en matière boursière et notamment en matière d'opérations à effet de levier, la Cour d'appel a retenu ce qui suit :

<< Il [Monsieur X] fait encore valoir qu'il n'aurait pas sollicité l'augmentation de la ligne de crédit à 3.500.000 DKK. Il devait cependant, alors même que cette augmentation devait lui avoir été suggérée par la banque, être conscient des effets liés à l'utilisation de celle-ci, tant au regard des possibilités de gain que de pertes.

Il s'y ajoute que la banque a, par écrit spécifiquement rendu le client attentif aux risques encourus liés à l'utilisation de l'effet de levier.>> (...),

Quoi qu'il en soit, convient-il de rappeler que les opérations à effets de levier sont à double tranchant en ce qu'elles peuvent se révéler bénéfique pour le client en cas d'évolution favorable des marchés, mais négatives dans le cas inverse. Cette évidence est connue par chaque investisseur qui se risque à spéculer sans être en possession du capital nécessaire.

Le fait de souscrire en connaissance de cause une telle lettre de crédit n'est pas compatible avec l'assertion de X qui soutient avoir toujours insisté à ce que ses investissements soient gérés en bon père de famille. >>.

La Cour d'appel a ainsi tenu pour établi, en procédant par voie de simple affirmation, voire des suppositions, que chaque investisseur connaît les risques liés aux opérations à effet de levier, pour retenir en conséquence que Monsieur X devait nécessairement être conscient des risques encourus lors de la souscription d'une lettre de crédit.

La Cour d'appel n'a pas suffisamment motivé sa décision pouvoir aboutir à une conclusion concernant la connaissance et l'expérience du client investisseur particulier avec les opérations sur le marché boursier et plus particulièrement, les opérations à effet de levier, et partant, pour en déduire des conséquences juridiques sur l'appréciation des fautes commises par SOCI) et sa responsabilité contractuelle.

En effet, en se fondant sur de simples affirmations ou suppositions, les juges de la Cour d'appel ne permettent pas de vérifier sur quels éléments de fait ils se sont basés pour en tirer cette conclusion.

Le principe de motivation doit être strictement respecté alors que ce principe est celui selon lequel les juges doivent s'expliquer sur les documents de la cause et notamment préciser les éléments de preuve dont ils ont fait usage pour déduire l'existence du fait contesté (Cassation française 2^{ème} civile 14.02.1974, Bulletin civil II, n°63, Cassation civile 1^{ère}, 15.12.1976, Bulletin civil V, n°459).

La motivation adoptée par la Cour d'appel ne permet pas à la Cour de cassation de vérifier les éléments de fait dont dépend l'application de la règle de droit.

Les juges du fond ont procédé par voie d'affirmation ce qui constitue une motivation imprécise et en l'espèce faussée.

Le contrôle de l'application de la loi s'effectue d'après les constatations de fait souveraines de l'arrêt, l'imprécision de ces constatations met la Cour régulatrice dans l'impossibilité de remplir sa fonction.

La Cour d'appel a ainsi manifestement violé l'article 89 de la Constitution combiné à l'article 249, alinéa 1 du Nouveau code de procédure civile.

La Cour de cassation exerce un contrôle de motivation par lequel elle s'attache à imposer au juge du fond une motivation suffisante et cohérente.

En l'espèce, la Cour d'appel a retenu une motivation imprécise, incomplète et fautive.

La Cour de cassation française a déjà pu considérer qu'une insuffisance de motivation est réhabilitée dès lors qu'elle << ne permet pas à la Cour de cassation de contrôler la régularité de la décision ou plus précisément de vérifier que les juges du fond ont fait une application correcte de la règle de droit >>.

Plus généralement est-il admis que la Cour de cassation exerce un << contrôle de la motivation, par lequel elle s'attache à imposer au juge du fond une motivation suffisante et cohérente afin d'éviter toute dégradation de la fonction judiciaire >> (Répertoire Dalloz, verbo pourvoi en cassation, n°461).

L'article 89 de la Constitution est précisément la garantie pour le justiciable d'une motivation suffisante du jugement accordant ou rejetant sa demande.

Cette garantie n'est pas donnée dans l'arrêt rendu le 29 octobre 2014.

Il y a partant lieu à cassation de l'arrêt d'appel.

2^{ème} branche du moyen de cassation :

Attendu que selon la jurisprudence constante de la Cour de cassation française << les arrêts qui ne contiennent pas de motifs sont nuls ; la contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs >> (Civ. 7 janv. 1891, DP 1891.1.51. - Cass., ch. mixte, 21 juin 1974, Bull. civ. N° 2. - Civ. 2^e, 25 oct. 1995, n° 93.14.077 et n° 93-14.079, Bull. civ. II, n° 252).

En effet, << les motifs contradictoires se détruisent et s'annihilent réciproquement, aucun d'eux ne pouvant alors être retenu comme fondement de la décision >>.

Attendu qu'en l'espèce, la Cour d'appel, toujours dans le contexte de la violation de l'obligation d'information soulevée par Monsieur X, a retenu qu' << il appartient à la banque de s'informer du degré d'expérience du client >> et que << c'est à raison que l'appelant se réfère à l'article 37 de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier et à la circulaire CSSF 2000/15 du 2 août 2000 concernant les règles de conduite du secteur financier et plus particulièrement celles faisant obligation au banquier de s'informer de la situation financière de ses clients, de leur expérience en matière d'investissement et de leur objectifs en ce qui concerne les services demandés. C'est encore à raison qu'il soutient que les dispositions nouvelles issues de la loi du 13 juillet 2007 dite MIFID trouvaient à s'appliquer à la relation d'affaire déjà existante. >>.

Pour vérifier si la banque avait accompli les diligences à sa charge de s'informer de l'expérience et des objectifs d'investissements du client la Cour d'appel a procédé à l'examen d'un document produit par la banque daté du décembre 2005.

La Cour d'appel a conclu que << ce document est particulièrement sommaire, unilatéral et non signé par le client, de sorte qu'il ne saurait, à lui seul, emporter la conviction de la Cour quant à la véracité des mentions y figurant et notamment celles relatives à la politique d'investissement que le client entendait poursuivre. >>

Toutefois, la Cour d'appel affirme par la suite que ce document serait confirmé en un point par l'attestation testimoniale de l'employé Y (dont la pertinence et l'admissibilité étaient contestées par Monsieur X) et par certaines données issues du dossier (sans préciser quelles données du dossier seraient visées).

Ainsi, tout en affirmant que le document versé par la partie SOCI) était << sommaire, unilatéral et non signé par le client >>, la Cour d'appel en tient finalement compte pour tirer des conséquences juridiques quant aux diligences accomplies par la banque et dès lors quant à l'exécution de l'obligation d'information à l'égard du client lui incombant.

Il y a clairement contradiction des motifs.

La jurisprudence française retient que << la censure est certainement encourue lorsque l'arrêt considère un document comme dépourvu de valeur probante, mais le retient ensuite comme présomption à l'appui de sa décision. (Com. 5 janv. 1966, Bull. civ. III, n° 4) >>.

La contradiction de motifs est une erreur de droit.

Il y a indubitablement incompatibilité entre les deux motifs.

La Cour d'appel n'a pas déduit de ses propres constatations de fait les conséquences légales qu'elles imposaient.

La Cour d'appel a tenu compte d'un document auquel elle avait préalablement dénié toute force probante pour en tirer des conséquences juridiques erronées.

La contradiction de motifs équivaut à l'absence de motifs. Il y a partant lieu à cassation de l'arrêt à cet égard.

3^{ème} branche du moyen de cassation :

La Cour d'appel a encore violé les articles 89 de la Constitution et 249 du Nouveau code de procédure civile en ce qu'elle n'a pas répondu à des moyens déterminants pour la solution du litige contenus dans les conclusions de Monsieur X.

La jurisprudence constante de la Cour de Cassation française retient que : << les arrêts qui ne contiennent pas de motifs sont déclarés nul ; le défaut de

réponse a conclusion constitue un défaut de motif >> (Cass. soc. 17 février 1960, Bulletin civil IV, n°193 ; Cass. com. 17 mars 1965, Bulletin civil III, n° 203).

En l'espèce, la Cour d'appel n'a pas répondu à des arguments pourtant clairement exprimés dans les conclusions d'appel de la demanderesse en cassation en date du 15 janvier 2013, concernant le défaut de pertinence et d'admissibilité de l'attestation testimoniale de l'employé Y, libellés comme suit :

<< Monsieur X conteste en outre énergiquement les affirmations de Monsieur Y au paragraphe 10 de son attestation :

<< I have met with X on the following dates: 17. August 2006, 9 August 2007, 12 November 2007, and 26 March 2008. At each meeting I provided the client with a copy of the portfolio valuation, and we discussed the composition, the performance and the financial markets now and in the future >>.

Cette déclaration est doublement remise en cause par la partie appelante.

Même si Monsieur X ne conteste pas d'avoir rencontré son gestionnaire de compte à quelques reprises au Danemark, les dates des réunions avancées par Monsieur Y sont entièrement fausses.

En effet, Monsieur Y n'a pas pu rencontrer Monsieur X en date du 17 août 2006 parce que Monsieur X a passé la période du vendredi 11 au 18 août 2006 à organiser un évènement majeur dans l'école de yoga qu'il dirigeait. Cela a même fait l'objet de reportages télévisés au Danemark.

Monsieur X a passé la journée du 17 août 2006 à faire visiter Copenhague à son guru indien de yoga et à sa famille. En attestent, les billets d'entrée au château de Rosenborg de Copenhague.

De même, le préposé de SOC1) n'a pas pu rencontrer la partie appelante en date du 9 août 2007, dans la mesure où celui-ci se trouvait en Inde à cette époque.

La prétendue réunion du 12 novembre 2007 n'a non plus jamais eu lieu puisque Monsieur X était en Suède du mercredi 7 au dimanche 18 novembre 2007 pour un cours de méditation silencieuse, sans aucun contact possible avec des personnes extérieures.

Monsieur Y n'a d'ailleurs pas rencontré la partie appelante durant tout l'automne 2007.

En outre, Monsieur X conteste que Monsieur Y ait jamais apporté de relevé de portefeuille ou tout autre document à leurs rares entrevues.

Monsieur Y affirmait toujours ne pas vouloir emporter de documents lorsqu'il voyage car ils pourraient se perdre ou finir dans les mains d'autres personnes.

Lors des visites le gestionnaire ne donnait que des informations générales sur les marchés et il n'y a jamais eu d'échange ou de discussion précises concernant les investissements en cours, le portefeuille où la stratégie à adopter.

Ce même scénario se répéta lors de la rencontre du 26 mars 2008 à Copenhague. Monsieur Y n'apporta aucun document avec lui. Il est resté sur un plan très général dans ses descriptions concernant les développements des marchés, sans donner de chiffres exacts concernant les avoirs de la partie appelante.

Il n'a pas non plus offert d'alternative aux investissements du Client, ni suggéré de réduire les risques auxquels Monsieur X apprit par la suite qu'il était exposé. Ils n'ont fait que discuter de l'entreprise de Monsieur X - une école de yoga - et de l'Inde en général.

En guise de réponse aux questions de Monsieur X sur son compte, Monsieur Y lui indiqua qu'il l'informerait par téléphone ou e-mail lorsqu'il serait de retour au Luxembourg.

Il ressort des faits ci-dessus que les déclarations du gestionnaire objet de l'offre de preuve de la partie adverse, sont mensongères.

Ces déclarations ne doivent pas être prises en compte alors qu'elles ne correspondent pas à la vérité, et doivent par conséquent être écartées des débats.

Il est manifeste que Monsieur Y n'est pas capable de se souvenir des dates des entrevues qu'il a eu avec le Client, de sorte qu'on peut valablement douter de ses capacités de se souvenir des informations prétendument fournies au Client concernant le développement de son portefeuille ou de la stratégie d'investissement du Client en l'absence de tout écrit. >>.

Que Monsieur X a réitéré ses arguments dans le cadre des conclusions d'appel du 14 mai 2013 :

<< En tout état de cause, même si par impossible la Cour décidait d'accueillir l'attestation testimoniale, la partie concluante maintient ses contestations relatives au manque de pertinence et aux contrevérités manifestes contenues dans l'attestation testimoniale du conseiller financier Monsieur Y.

Monsieur Y affirme notamment sous les points 6) et 7) de son attestation que Monsieur X aurait cherché un retour élevé sur investissement, qu'il aurait été informé qu'une telle stratégie est agressive et peut conduire à des pertes conséquentes.

On ne peut que constater qu'il s'agit de formulations assez générales (absence de références à des faits ou d'éléments concrets) qui sont de simples allégations infondées.

En outre, Monsieur Y se réfère sous le point 10) de son attestation à des rencontres qu'il aurait eues avec Monsieur X.

La partie concluante a démontré en détail dans ses précédents écrits que les prétendues rencontres ne se sont pas déroulées aux dates indiquées par Monsieur Y.

La partie intimée prétend que ces affirmations inexactes, pour ne pas dire mensongères, de Monsieur Y seraient accessoires et que le reste de ses propos seraient à prendre en considération.

Or, la partie intimée ne peut pas retenir juste les parties de l'attestation qui arrangent sa position pour en écarter les autres. Les dates des rencontres ont toutes leur importance. Il s'agit d'un élément sur lequel Monsieur Y fait des déclarations avec de toute évidence grande conviction mais qui s'avèrent fausses.

Dès lors, on peut raisonnablement douter de la crédibilité, de la sincérité et de l'impartialité des déclarations de cette personne.

La partie concluante estime bien évidemment que l'ensemble des déclarations de Monsieur Y sont loin de correspondre à la vérité. >>.

Dans son arrêt du 29 octobre 2014, la Cour d'appel est pourtant restée en défaut de répondre au moyen susmentionné relatif à la pertinence et l'admissibilité de l'attestation testimoniale, attestation qui est un élément de preuve déterminant sur laquelle la Cour d'appel s'est notamment basée pour se prononcer sur l'appréciation du profil d'investisseur de Monsieur X et partant, sur le respect par SOCI) de l'obligation d'information à sa charge.

La doctrine retient comme moyen exigeant une réponse << l'énonciation par une partie d'un fait, d'un acte ou d'un texte, d'où, par un raisonnement juridique, elle prétend déduire le bien-fondé d'une demande ou d'une défense. >>.

La doctrine retient quant à l'obligation de réponse aux conclusions formulées par les parties que le raisonnement juridique doit avoir une assise dans les faits même du procès, il doit être fondé sur un fait ou sur un acte de la cause,

Tel est le cas en l'espèce,

En outre, pour que le défaut de réponse à conclusions soit sanctionné, la partie doit articuler un raisonnement juridique permettant de connaître la portée qu'elle entend lui attribuer.

En l'espèce, la partie demanderesse en cassation avait critiqué la pertinence et l'admissibilité de l'attestation testimoniale de Y, en arguant que ce document ne devait pas être pris en considération pour l'appréciation du profil d'investisseur de Monsieur X ou de ses objectifs d'investissement, au regard des inexactitudes manifestes quant à différentes déclarations de son auteur.

De plus, pour qu'un moyen exige une réponse, il faut encore que la déduction juridique attribuée au fait énoncé soit de nature à influencer sur la solution du procès.

Les critiques formulées à l'égard de l'attestation testimoniale de Y étaient d'une valeur déterminante pour la solution du litige et notamment pour l'appréciation de la pièce en question, pour juger de son admissibilité et pertinence.

En l'occurrence, le fait de prendre en considération ou non l'attestation testimoniale de Y aurait manifestement influé sur la solution du litige, alors que la Cour d'appel a tiré des conclusions de cette pièce lors de l'appréciation du profil d'investisseur et des objectifs d'investisseur de la partie demanderesse en cassation.

Or, l'appréciation du profil d'investisseur de Monsieur X et de ses objectifs d'investissement était un des éléments essentiel pour déterminer l'étendue de l'obligation d'information de la banque à son égard et, partant, de son exécution ou non-exécution en l'espèce.

Partant, le moyen soulevé nécessitait une réponse.

Qu'en ne répondant pas à ces moyens la Cour a violé les articles 89 de la Constitution et 249 du NCPC.

L'arrêt doit encourir la cassation de ce chef. »

Sur la première branche du moyen :

Attendu que le défaut de motifs est un vice de forme ; qu'un jugement est régulier en la forme dès qu'il comporte un motif sur le point considéré, fût-il incomplet ou vicié ;

Attendu qu'il ressort de l'énoncé du moyen que l'arrêt attaqué est motivé sur le point critiqué ;

Qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé en sa première branche ;

Sur la deuxième branche du moyen :

Attendu qu'en retenant, d'une part, que le document litigieux « est particulièrement sommaire, unilatéral et non signé par le client, de sorte qu'il ne saurait, à lui seul, emporter la conviction de la Cour ... » et, d'autre part, que « ce document est cependant confirmé en un point par l'attestation testimoniale de l'employé Y et par certaines données issues du dossier », la Cour d'appel ne s'est pas contredite ;

Que le moyen n'est dès lors pas fondé en sa deuxième branche ;

Sur la troisième branche du moyen :

Attendu que la Cour d'appel, qui n'avait pas à entrer dans le détail de l'argumentation du demandeur en cassation, a répondu à ses conclusions concernant l'admissibilité du témoignage Y en retenant que « *cette attestation est, contrairement à ce que soutient l'appelant, à prendre en considération* » et en s'expliquant sur ce point ;

Qu'en se référant, dans sa motivation, à différentes déclarations du témoin, la Cour d'appel a implicitement retenu la pertinence du témoignage ;

Que le moyen n'est pas non plus fondé en sa troisième branche ;

Sur le second moyen de cassation :

Violation de la loi, sinon refus d'application de la loi, sinon fausse application de la loi, en l'occurrence de l'article 1135 du Code civil

« Attendu que l'article 1135 du Code civil prévoit que << Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. >>. »

Dans le cadre des relations contractuelles entre Monsieur X et SOC1), la banque était tenue d'une obligation d'information et de conseil à l'égard de son client en vertu de l'article 1135 du Code civil, obligation dont l'étendue dépend du profil d'investisseur averti ou non averti du client par rapport aux opérations financières envisagées.

Ainsi, la partie défenderesse en cassation avait l'obligation de dresser un profil d'investisseur adapté pour son client au moment de l'entrée en relations d'affaires, et de lui fournir les informations adéquates en fonction de son profil quant aux opérations financières envisagées ainsi qu'une mise en garde quant aux risques y associés.

La Cour d'appel a en effet retenu dans son arrêt du 29 octobre 2014 que SOC1) était tenue d'un devoir d'information et de conseil à l'égard de son client Monsieur X dont le contenu dépendait de l'expérience respectivement de l'inexpérience du client en matière boursière.

La Cour d'appel a également retenu qu'il appartenait à la banque de s'informer du degré d'expérience du client.

La Cour d'appel a constaté << c'est dans ce contexte à raison que l'appelant se réfère à l'article 37 de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier et à la circulaire CSSF 2000/15 du 2 août 2000 concernant les règles de conduite du secteur financier et plus particulièrement celles faisant obligation au banquier de s'informer de la situation financière de ses clients, de leur expérience en matière d'investissement et de leur objectifs en ce qui concerne les services demandés. C'est encore à raison qu'il soutient que les dispositions nouvelles issues de la loi du 13 juillet 2007 dite MIFID trouvaient à s'appliquer à la relation d'affaire déjà existante. >> .

L'article 37-3, (4) de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier, que la Cour d'appel a considéré applicable en l'espèce, prévoit que :

<< Lorsqu'ils fournissent du conseil en investissement ou le service de gestion de portefeuille, les établissements de crédit et les entreprises d'investissement doivent se procurer les informations nécessaires concernant les connaissances et l'expérience du client ou du client potentiel en matière d'investissement en rapport avec le type spécifique de produit ou de service, la situation financière et les objectifs d'investissement du client ou client potentiel concerné, de manière à pouvoir lui recommander les services d'investissement et les instruments financiers qui lui conviennent. >>.

L'article 4.2 de la circulaire CSSF 2000/15 du 2 août 2000 concernant les règles de conduite du secteur financier, que la Cour d'appel a considéré applicable en l'espèce, stipule :

<< 4.2 Dans le but de permettre au professionnel de fournir un service adapté au client eu égard à sa situation, le professionnel s'enquiert auprès de lui de toute information utile concernant sa situation financière, ses objectifs d'investissement (investissements à court ou à long terme, revenus des investissements récurrents ou non, disposition à prendre des risques), son expérience et sa compétence en matière d'investissement. >>

<< 4.3. Le professionnel évalue la compétence du client en ce qui concerne sa maîtrise des opérations envisagées et sa connaissance des risques que les opérations envisagées peuvent comporter. >>

<< 4.4. Le professionnel veille à actualiser régulièrement les données mentionnées ci-devant. >>

La Cour d'appel a constaté que le seul document écrit établi par la banque quant au profil d'investissement de Monsieur X, au moment de l'entrée en relations d'affaires, est un document << particulièrement sommaire, unilatéral et non signé par le client, de sorte qu'il ne saurait, à lui seul, emporter la conviction de la Cour quant à la véracité des mentions y figurant et notamment celle relative à la politique d'investissement que le client entendait poursuivre. >>.

La Cour d'appel a en outre pris en considération, ensemble avec ce document sommaire, unilatéral et non signé par le client, une attestation testimoniale produite par la partie défenderesse en cassation dont la pertinence et l'admissibilité ont été énergiquement contestées par Monsieur X.

La Cour d'appel a donc conclu de façon erronée qu' << il ressort de l'examen du dossier que X avait une certaine expérience en matière boursière, ce dernier se focalisant sur des opérations d'achat et de vente de titres et de devises. >>, alors que les éléments de preuve du dossier ne démontrent pas une telle expérience du client au moment de l'entrée en relation d'affaire, et surtout ne démontrent pas que la partie défenderesse en cassation avait satisfait à son obligation de dresser un profil d'investissement et de s'informer de la situation

financière, des objectifs d'investissement et de l'expérience en matière d'investissement du client au moment de l'entrée en relations d'affaires, ou d'adapter le profil d'investisseur du client après l'entrée en vigueur de la régulation MIFID.

La Cour d'appel a également retenu que le << reproche fait par X à la banque de ne pas avoir adapté son profil d'investisseur après les nouvelles règles issues de la loi MIFID au vu de la crise financière qui a sévi au cours de l'année 2008 n'est pas fondé >> au regard du fait que << les concertations entre client et l'employé de banque dénotant une tentative permanente d'adapter la structure du portefeuille aux mouvements changeants (...) >>.

Que les constatations de fait ne permettaient pourtant pas d'aboutir à une telle conclusion juridique.

Que dès lors, en retenant que la banque avait satisfait à son obligation d'information au moment de l'entrée en relations d'affaire la Cour d'appel a procédé à une fausse application de la loi, sinon une fausse interprétation de la loi.

Que l'arrêt d'appel encourt la cassation. »

Attendu que sous le couvert d'une violation de la loi le moyen ne tend qu'à remettre en cause l'examen par la Cour d'appel du respect des obligations résultant du contrat et de l'existence d'une faute engageant la responsabilité contractuelle, examen qui relève du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation ;

Que le moyen ne saurait dès lors être accueilli ;

Sur la demande en allocation d'une indemnité de procédure :

Attendu qu'il serait inéquitable de laisser à charge de la défenderesse en cassation l'intégralité des frais non compris dans les dépens exposés par elle en instance de cassation ; qu'il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.000.- euros ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne le demandeur en cassation à payer à la défenderesse en cassation une indemnité de procédure de 2.000.- euros ;

condamne le demandeur en cassation aux dépens de l'instance en cassation, dont distraction au profit de Maître Alex SCHMITT, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Monsieur Marc HARPES, avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.