

**N° 16 / 16.
du 4.2.2016.**

Numéro 3593 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, quatre février deux mille seize.

Composition:

Georges SANTER, président de la Cour,
Irène FOLSCHIED, conseiller à la Cour de cassation,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Jean-Claude WIWINIUS, conseiller à la Cour de cassation,
Christiane JUNCK, premier conseiller à la Cour d'appel,
Marie-Jeanne KAPPWEILER, avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

- 1) X, (...), et son épouse,
- 2) Y, les deux demeurant ensemble à (...),

demandeurs en cassation,

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, en l'étude duquel 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 André ELVINGER, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

=====
LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué rendu le 11 février 2015 sous le numéro 39428 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 11 juin 2015 par X et Y à la société anonyme (SOC1), déposé au greffe de la Cour le 12 juin 2015 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 6 août 2015 par la société anonyme (SOC1) à X et à Y, déposé au greffe de la Cour le 6 août 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 les époux X et Y de leur demande tendant à la condamnation de la société anonyme (SOC1) à leur payer des dommages et intérêts pour la perte subie par eux en raison de la liquidation des fonds dans lesquels ils avaient investi auprès de la banque; que la Cour d'appel a confirmé le jugement;

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :

Attendu que la défenderesse en cassation fait valoir que, les demandeurs en cassation étant domiciliés en Italie, la procédure de signification de l'arrêt attaqué par eux est régie par le règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification dans les Etats membres des actes judiciaires et extra-judiciaires en matière civile et commerciale, que l'article 9, paragraphe 1, de ce règlement prévoit que la date de la signification ou de la notification d'un acte effectué en vertu de l'article 7 est celle à laquelle l'acte a été signifié ou notifié conformément à la législation de l'Etat membre requis; que, selon la défenderesse en cassation, le pourvoi en cassation ne se prévaut d'aucune disposition de la loi italienne à ce sujet, mettant la Cour de Cassation dans l'impossibilité de déterminer si le pourvoi a été formé dans le délai prévu à l'article 7 de la loi sur les pourvois en cassation ;

Attendu que, si cette argumentation pouvait, le cas échéant, être présentée par les demandeurs en cassation, la défenderesse en cassation est sans aucun intérêt à contester la régularité, respectivement la prise d'effet de sa propre signification de l'arrêt attaqué ;

Attendu que l'arrêt attaqué ayant été signifié en Italie à X en personne le 1^{er} avril 2015 et à Y en personne le 5 mai 2015, le pourvoi en cassation, signifié le 11 juin 2015, est intervenu dans le délai de deux mois, augmenté en l'espèce du délai de distance de 15 jours, prévu à l'article 7 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ; qu'en cas d'une éventuelle irrégularité de

la signification de l'arrêt attaqué, la signification du pourvoi serait de toute façon régulière quant aux délais, l'arrêt attaqué étant dans ce cas censé non signifié ;

Que le pourvoi est dès lors recevable ;

Sur le premier moyen de cassation pris en ses deux branches :

tiré « de la violation sinon de la fausse application de

- Les articles 36 (1) et 37-3 (4) de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier (ci-après << la loi du 5 avril 1993 >>), l'article 37-3 (4) (5) de la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers transposant la directive 2004/39/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 (ci-après : << la loi MiFID >>) et l'article 41 du règlement grand-ducal du 13 juillet 2007 relatif aux exigences organisationnelles et aux règles de conduite dans le secteur financier transposant la directive 2006/73/CE de la Commission du 10 mai 2006, (ci-après : << le règlement grand-ducal MiFID >>),

- des articles 1135, 1137, 1142 et 1146 et suivants du Code civil,

- article 89 de la Constitution luxembourgeoise (défaut de motivation).

en ce que la Cour d'appel, confirmant le jugement de première instance, a considéré que la SOCI) a correctement évalué et respecté le profil investisseur de X pour en déduire que la SOCI) a fait acquérir les actions litigieuses SOP et PPF correspondant au profil investisseur tant de X que de Y, c'est-à-dire les deux parties demanderesse, alors qu'aucun profil investisseur de Y n'a été établi par la SOCI).

Aux motifs que pour faire cette appréciation, la Cour d'appel s'est limitée à constater que << c'est à bon droit que la BANQUE a fait valoir qu'il ne saurait lui être reproché de ne pas avoir dressé de profil investisseur de la partie Y, alors qu'il ne résulte d'aucun élément du dossier que cette partie (Y) ait pris une part active dans la gestion du compte et dans la transmission des ordres de bourse à l'intimée (SOCI) >> (arrêt page 9).

alors que, **première branche**, les époux X et Y étant mariés sous le régime de la séparation de biens et que X n'avait ni le pouvoir d'administrer seul le compte-joint numéro 245581 et ni d'en disposer, la Cour d'appel a omis de rechercher le cadre juridique applicable aux personnes soumises à une obligation d'évaluation de leur capacité à prendre des décisions d'investissements, que la Cour d'appel a partant violé les articles 36 (1) et 37-3 (4) de la loi du 5 avril 1993, l'article 37-3 (4) (5) de la loi MiFID, l'article 41 du règlement grand-ducal MiFID et l'article 89 de la Constitution luxembourgeoise.

alors que, **deuxième branche**, concernant l'acquisition des titres de SOP, la Cour d'appel n'a pas recherché si la SOCI) n'avait pas manqué à son obligation de conseil et d'information envers Y en sa qualité de co-titulaire du compte-joint, la Cour d'appel a partant violé les articles 36 (1) et 37-3 (4) de la loi du 5 avril 1993, l'article 37-3 (4) (5) de la loi MiFID, l'article 41 du règlement grand-ducal MiFID,

les articles 1135, 1137, 1142 et 1146 et suivants du Code civil et l'article 89 de la Constitution luxembourgeoise. »

Attendu que, selon l'article 10 de loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, un moyen ou un élément de moyen ne doit, sous peine d'irrecevabilité, mettre en œuvre qu'un seul cas d'ouverture ;

Attendu que le moyen articule, dans chacune de ses deux branches, des violations de différents textes de loi, vices de fond, ainsi qu'une violation de l'article 89 de la Constitution, sanctionnant le défaut de motifs, qui constitue un vice de forme ;

D'où il suit que le moyen est irrecevable ;

Sur le second moyen de cassation :

tiré « *de la violation sinon de la fausse application de*

- les articles 36 (1), 37 (2) et 37-3 (4) de la loi du 5 avril 1993, l'article 37-3 (4), 37-7 et annexe III et 37-1 (2) et 37-2 de la loi MiFID et des articles 23 à 26 et 41 du règlement grand-ducal MiFID,

- l'article 42 de la loi du 31 décembre 2002 sur les organismes de placement collectif,

- des articles 1135, 1137, 1142 et 1146 et suivants du Code civil,

- de l'article 89 de la Constitution luxembourgeoise (défaut de motivation),

- de l'article 1315 du Code civil,

en ce que la Cour d'appel, confirmant le jugement de première instance, a considéré que la SOC1) avait correctement apprécié le profil investisseur de X pour retenir qu'elle n'avait commis aucune faute en lui conseillant les deux investissements en cause, alors que les titres acquis ne correspondaient pas au profil investisseur de X, que l'information fournie était trompeuse, que la SOC1) était débitrice d'une obligation renforcée des risques encourus et ce, même dans la phase postérieure à l'acquisition des titres, puisque les titres en cause étaient connus de la SOC1) pour être des produits internes à la SOC1), et qu'enfin, la Cour d'appel a renversé la charge de la preuve en la faisant supporter sur les parties demanderesses alors qu'elle a retenu qu'il n'appartenait pas à la SOC1) de justifier d'avoir effectué les diligences nécessaires au regard des obligations lui incombant.

aux motifs que pour faire cette appréciation, la Cour d'appel a constaté que << l'appelant a indiqué dans le questionnaire qu'il a rempli lors de l'ouverture du compte sur lequel les opérations boursières ont été réalisées (document "Risk Profile") qu'il recherchait des investissements permettant une croissance régulière de ses avoirs tout en préservant le capital investi, mais qu'il a été d'accord à prendre certains risques afin d'accroître le rendement.

<< (...) Il résulte en effet des éléments du dossier que X était en relation d'affaire avec la BANQUE depuis 25 ans et qu'il a été en contact régulier avec les conseillers de la BANQUE. Dans le questionnaire correspondant au document "Risk Profile", il a reconnu avoir eu affaire dans le passé à certain nombre de produits financiers, tels que les "money market products", "structured products", "bonds and fixed income products", "equities and equity products" et "foreign exchange forward contract". X devait partant être au courant des risques inhérents à ces produits financiers. (...) Il faut ajouter que lors de ces entrevues, X était assisté d'une personne de confiance, le dénommé A), qui s'il n'est pas établi qu'il a des connaissances dans le domaine de la finance, doit être considéré comme ayant été sollicité par l'appelant pour l'assister dans son choix d'investissement. Tous ces éléments concordent pour retenir que le profil de X n'était pas celui d'un investisseur quelconque, complètement néophyte en affaire. (...) Il faut ajouter que, tel que l'a relevé la BANQUE dans son argumentation, que X, en ce qu'il avait fait le choix de ne pas avoir recours à un contrat de gestion discrétionnaire, avait aussi une obligation de se renseigner >> (page 10 de l'arrêt).

<< La Cour déduit des développements qui précèdent que le profil investisseur de l'appelant X correspondait à celui d'une personne ayant une certaine expérience des marchés financiers, partant à celui d'un investisseur averti >> (page 11 de l'arrêt).

<< Quant à la nature des produits financiers proposés par la BANQUE, la Cour estime qu'il n'est pas établi que ces produits étaient à très haut risque et ne correspondaient pas au profil de l'appelant X >> (page 11 de l'arrêt).

<< Aucune faute de la BANQUE dans les conseils qu'elle a fournis à l'appelant ne peut partant être retenue. Le fait relevé par l'appelant qu'il a été catalogué comme "client privé" par la BANQUE ne change rien à cette conclusion, alors qu'il résulte des développements qui précèdent que l'appelant a disposé de toutes les informations nécessaires et adaptées à son profil pour prendre ses décisions en toute connaissance de cause. Il s'en déduit que l'appelant ne saurait reproché à l'intimée d'avoir exécuté les ordres de banque bien qu'elle se soit réservé le droit dans le contrat conclu entre parties de refuser l'exécution d'ordres de bourses ne correspondant pas au profil du client. Aucune perte d'une chance d'un quelconque ordre ne saurait par ailleurs être invoquée par les appelants à l'égard de l'intimée pour lui réclamer des dommages et intérêts >> (page 13 de l'arrêt).

Que la Cour a encore retenu que les parties demanderesses, prise en la personne de X ne << pouvait partant pas ignorer qu'aucune garantie de préservation de capital n'existe en ce domaine >> et qu'il faut retenir que les parties demanderesses n'ont pas rapporté la preuve que << la BANQUE leur aurait indiqué dans le cadre de ces entrevues, que la capital était garanti à 100 % >> (page 10 de l'arrêt).

Que la Cour a enfin retenu que << dans la mesure où la BANQUE n'est tenue que d'une obligation de moyens et que les appelants doivent établir une faute dans son chef pour voir retenir sa responsabilité, il appartient aux appelants de

prouver que les informations que la banque leur a données lors des entrevues ne correspondaient pas à la vraie nature des produits proposés. Or cette preuve n'est pas rapportée >> (page 12).

*alors que, **première branche**, qu'il appartient à un établissement financier, qui commercialise des parts ou actions d'OPCVM de délivrer une information adaptée aux connaissances et aux compétences de ses clients et de les éclairer d'une manière adaptée sur les risques encourus, que cette obligation d'information ne peut pas se déduire d'une simple remise de la documentation, qui plus est, dans une langue non compréhensible pour le client en question, qu'en se bornant, pour écarter toute faute de la part de la SOCI) à retenir que X était accompagné << par une personne de confiance >> et que ce dernier avait déjà eu à faire dans le passé à un certain nombre de produits financiers, sans rechercher si l'attention de X avait été spécialement attirée par la SOCI) sur le risque au moment de la souscription, qu'en retenant en conséquence que X avait un profil d'un investisseur averti, la Cour d'appel a violé les articles 36 (1) et 37-3 (4) de la loi du 5 avril 1993, les articles 37-3 (4) et 37-7 et annexe III de la loi MiFID et l'article 41 du règlement grand-ducal MiFID, les articles 1135, 1137, 1142 et 1146 et suivants, 1315 du Code civil et l'article 89 de la Constitution luxembourgeoise.*

*alors que, **deuxième branche**, il appartient à un établissement tel que la SOCI) de se comporter avec loyauté et d'agir avec équité aux mieux des intérêts de ses clients, et notamment de leur délivrer, sur les titres d'OPCVM, une information exacte et adaptée à leurs connaissances et compétences, que la Cour d'appel, en s'abstenant de rechercher si la SOCI) qui a incité et conseillé X à souscrire les titres PPF, présenté suivant le prospectus comme permettant d'<< éviter des pertes importantes >> du capital initial << sur une durée minimum de 3 ans >>, qui s'est finalement avéré déficitaire en moins de 2 ans, qui a pareillement incité à souscrire les titres de SOP, qui était un fonds de fonds de hedges funds, qui s'est également avéré déficitaire en moins de 2 ans, la Cour d'appel n'a pas correctement apprécié si la SOCI) n'avait pas favorisé la souscription de ces titres alors que le souhait exprimé des parties demanderesses était la préservation de leur capital sur 3 ans, partant la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations au regard des articles 36 (1), 37 (2) et 37-3 (4) de la loi du 5 avril 1993, les articles 37-1 (2), 37-2 et 37-3 (4) de la loi MiFID et l'article 23 à 26 du règlement grand-ducal MiFID, l'article 42 de la loi du 31 décembre 2002 sur les organismes de placement collectif, les articles 1135, 1137, 1142 et 1146 et suivants du Code civil et l'article 89 de la Constitution luxembourgeoise.*

*alors que, **troisième branche**, les demandeurs ont soutenu que leur profil investisseur était celui d'un investisseur prudent, que la Cour d'appel, en retenant qu'il appartenait à X de rapporter la preuve de la faute dans le chef de la SOCI), a inversé la charge de la preuve incombant à la SOCI) et a violé l'article 1315 du Code civil. »*

Sur les première et deuxième branches réunies :

Attendu que dans ses première et deuxième branches le moyen articule encore des violations de différents textes de loi ainsi qu'une violation de l'article 89 de la Constitution ;

Que pour les motifs indiqués dans la réponse au premier moyen, le deuxième moyen de cassation est également irrecevable en ses deux premières branches ;

Sur la troisième branche :

Attendu qu'au regard des documents afférents lui soumis, la Cour d'appel a retenu que X est un investisseur averti, prêt à prendre un certain risque, qu'il résulte des descriptifs des fonds souscrits par le demandeur en cassation que l'un de ces fonds s'adresse à des investisseurs prudents, l'autre à des investisseurs avertis acceptant un niveau de risque maîtrisé ;

Attendu que la Cour d'appel en a déduit que la société anonyme SOC1) n'a commis aucune faute en conseillant ces produits, ajoutant que dans la mesure où la banque n'est tenue que d'une obligation de moyens, il appartient aux appelants de prouver que les informations qui leur ont été données lors des entrevues ne correspondaient pas à la vraie nature des produits proposés ;

Qu'en statuant ainsi la Cour d'appel n'a pas renversé la charge de la preuve ;

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

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

condamne les demandeurs en cassation aux dépens de l'instance en cassation, dont distraction au profit de Maître André ELVINGER, 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 Madame Marie-Jeanne KAPPWEILER, avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.