

N° 60 / 2018
du 07.06.2018.
Numéro 3968 du registre.

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, sept juin deux mille dix-huit.

Composition:

Jean-Claude WIWINIUS, président de la Cour,
Romain LUDOVICY, conseiller à la Cour de cassation,
Nico EDON, conseiller à la Cour de cassation,
Yola SCHMIT, conseiller à la Cour d'appel,
Marc WAGNER, conseiller à la Cour d'appel,
Monique SCHMITZ, avocat général,
Viviane PROBST, greffier à la Cour.

Entre:

A), demeurant à (...),

demandeur en cassation,

comparant par Maître Joram MOYAL, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu, assisté de Maître Philipp SIMON, avocat,

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 Guy LOESCH, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

LA COUR DE CASSATION :

Vu l'arrêt attaqué, rendu le 2 février 2011 sous le numéro 34350 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 12 juin 2017 par A) à la société anonyme SOC1), déposé au greffe de la Cour le 11 juillet 2017 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 9 août 2017 par la société anonyme SOC1) à A), déposé au greffe de la Cour le 11 août 2017 ;

Sur le rapport du conseiller Romain LUDOVICY et sur les conclusions de l'avocat général Monique SCHMITZ ;

Sur la recevabilité du pourvoi qui est contestée :

Attendu que la défenderesse en cassation oppose l'irrecevabilité du pourvoi pour cause de tardiveté ;

Attendu qu'il résulte de l'attestation de signification délivrée par l'Amtsgericht Hameln le 1^{er} juin 2011 que l'huissier chargé de la signification de l'arrêt attaqué au demandeur en cassation, après avoir constaté sur base de renseignements pris sur place que ce dernier n'habitait plus à l'adresse à laquelle il était déclaré, n'a pas procédé à une remise de l'acte en cause et a retourné le dossier à l'Amtsgericht Hameln ;

Attendu qu'à défaut de signification de l'arrêt attaqué à la personne ou au domicile du demandeur en cassation, le délai pour introduire le pourvoi en cassation n'a pas commencé à courir ;

Qu'il en suit que le moyen d'irrecevabilité du pourvoi n'est pas fondé ;

Sur les faits :

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, saisi par A) d'une action en responsabilité contractuelle, sinon délictuelle dirigée contre la société anonyme SOC1) et tendant au paiement de dommages-intérêts pour violation de son obligation de conseil et de diligence dans le cadre de la gestion des investissements de son client, avait déclaré la demande non fondée ; que la Cour d'appel a confirmé le jugement entrepris ;

Sur le premier moyen de cassation :

tiré « de la violation de la loi, in specie de l'article 89 de la Constitution sinon de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme sinon des articles 249 et 587 du Nouveau code de procédure civile :

°Article 89 de la Constitution : << Tout jugement est motivé. Il est prononcé en audience publique. >>

°Article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme : << Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle (...) >>

°Article 249 du Nouveau code de procédure civile (NCPC) : << La rédaction des jugements 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. 30 décembre 1935) Le dispositif des jugements et arrêts dont la transcription sur les registres de l'état civil aura été ordonnée, devra énoncer les noms et prénoms des parties en cause, ainsi que les lieux et dates des actes en marge desquels la transcription devra être mentionnée.

°Article 587 du Nouveau Code de procédure civile (NCPC) : << Les autres règles établies pour les tribunaux inférieurs sont observées en instance d'appel. >>

Première branche :

- Quant aux avis d'opérés.

L'arrêt dont cassation a considéré à tort que le demandeur n'avait pas réclamé dans les délais contre les divers relevés de compte qui lui avaient été adressés en poste restante.

Or le demandeur en cassation avait soulevé de nombreuses argumentations en droit que la Cour d'appel n'a pas prises en considération.

Ce faisant, la Cour d'appel n'a pas du tout motivé ou pas suffisamment motivé sa décision.

Pour considérer à tort que le demandeur en cassation n'avait pas réclamé à temps contre les avis d'opérés, la Cour d'appel s'est basée sur les conditions générales et particulières de la Banque.

En effet, la Cour d'appel a estimé qu'il résulterait des pièces du dossier qu'à l'ouverture du compte de dépôt le 11 février 1993 auprès de la Banque, le demandeur en cassation en apposant sa signature sur le contrat d'ouverture de

compte aurait reconnu avoir reçu un exemplaire tant des conditions générales que des conditions particulières.

Le fait ensuite d'avoir signé une convention de postes restantes et d'avoir les 8 juin 1993 et le 1^{er} octobre 1994 marqué son accord avec les <<Basisinformationen über Börsentermingeschäfte et wichtige Informationen über Verlustrisiken bei Börsentermingeschäften >>, démontrerait que le demandeur en cassation aurait marqué son accord quant aux différents délais à observer pour les réclamations auprès de la Banque.

Or ces conditions générales et particulières ainsi que les documents intitulés << Basisinformationen über Börsentermingeschäfte et wichtige Informationen über Verlustrisiken bei Börsentermingeschäften >> ne concernaient que les anciens investissements de Monsieur A) relatives aux Bonds sud-africains et les emprunts étatiques ESKOM à taux fixe sécurisés par des garanties étatiques.

Force est néanmoins de constater que ni des conditions générales ni des conditions particulières n'ont été signées par Monsieur A) en ce qui concerne le changement de politique initié par son nouveau conseiller, Monsieur B) à partir de l'année 1998.

En effet, la politique d'investissement de Monsieur A) avait changé suite au changement du gestionnaire de portefeuille.

Tel qu'il avait été développé plus haut, sur conseil de son nouveau gestionnaire, Monsieur B), le patrimoine de Monsieur A) a été investi dans des actions au courant de l'année 1998, alors que jusqu'à cette date, le patrimoine avait été plutôt investi dans des obligations sud-africaines et des emprunts étatiques à taux fixe sécurisés, le tout soumis à un système de << stop-loss >>.

En décidant que Monsieur A) aurait ratifié de par son absence de protestation dans le délai imparti toutes les opérations réalisées par la banque dans la période allant de l'ouverture du compte de dépôt jusqu'au 15 décembre 2000, la première protestation utile n'étant intervenue que le 15 janvier 2001, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences juridiques des arguments et pièces qui lui étaient soumis.

De ce fait, elle n'a pas motivé ou pas suffisamment motivé son arrêt, alors qu'il ressort des pièces et éléments du dossier qu'aucun document, quant au délai à observer contre les avis d'opérés en ce qui concerne les opérations litigieuses, n'avait été signé.

Aucun document n'ayant été signé pour les opérations qui font l'objet du présent litige, la Cour d'appel ne peut donc qualifier de << ratifiées >> les opérations réalisées par la banque.

Les contestations de Monsieur A) et notamment celles intervenues les 2 octobre, 23 octobre, 30 octobre, 22 décembre 2000 et 15 janvier 2001 auraient dû être prises en considération par les juges d'appel.

Il s'en suit que Monsieur A) avait dans tous les cas utilement protesté.

Partant la Cour d'appel a violé l'article 89 de la Constitution.

Au vu de ce qui précède, l'arrêt du 2 février 2011 encourt la cassation pour violation de l'article 89 de la Constitution.

Dans l'hypothèse où la Cour de cassation devait considérer que la Cour d'appel avait motivé ou suffisamment motivé - quod non - sa décision, il y a lieu de considérer que cette dernière a violé l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il résulte de ce qui précède que la cause du demandeur en cassation n'a pas été entendue équitablement par les juges d'appel qui ont fait fi de toutes leurs constatations.

En effet au vu de ce qui précède et au regard des pièces soumises à l'appréciation des juges d'appel, il est incontestable que Monsieur A) n'a signé aucune convention lors du changement de la politique d'investissement proposée par la banque en la personne de Monsieur B).

Il est difficilement admissible que les mêmes conditions de banque signées pour des investissements relatifs à des obligations de surcroît sécurisées, le tout accompagnés d'un système de << stop-loss >>, soient les mêmes que celles qui sont applicables aux opérations relatives à l'achat et vente d'actions totalement dépourvus de contrôle.

En statuant comme l'ont fait les juges d'appel, ceux-ci n'ont pas entendu équitablement la cause du demandeur en cassation.

La Cour d'appel a manifestement violé l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

L'arrêt attaqué encourt la cassation de ce chef.

Dans l'hypothèse encore où la Cour de cassation devait considérer que la Cour d'appel n'aurait pas violé l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme, il y a lieu de considérer que les juges d'appel ont violé les articles 249 et 587 NCPC pour les motifs susvisés, en ce que les conclusions du demandeur en cassation n'ont pas été reprises.

L'arrêt attaqué encourt encore la cassation, alors que les juges d'appel n'ont aucunement tenu compte des différentes conclusions du demandeur en cassation quant à la question des avis d'opérés.

En effet, l'arrêt attaqué n'a pas repris les arguments du demandeur en cassation aux termes desquels il ressort pourtant clairement que celui-ci a utilement protesté contre les avis d'opérés.

L'arrêt du 2 février 2011 dont cassation a de ce fait violé les articles 249 et 587 NCPC pour les motifs susvisés.

Il encourt partant la cassation. »

Deuxième branche :

« Quant à l'exécution d'opérations sans instruction préalable

La Cour d'appel a encore violé les articles 89 de la Constitution sinon l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme sinon les articles 249 et 587 NCPC en ce qu'elle n'a pas tiré les conséquences de droit de ses propres constatations.

Aux termes de l'arrêt attaqué du 2 février 2011, les juges d'appel ont décidé que la banque n'aurait pas commis de faute en exécutant les opérations litigieuses sans instruction et sans en informer Monsieur A).

Cette affirmation est bien contraire aux constatations qu'ont pu faire les juges, alors qu'ils avaient eux-mêmes relevé que : << Monsieur A) et la Banque n'ont signé aucun contrat de gestion discrétionnaire et qu'il s'agissait uniquement d'un contrat de dépôt sur lequel s'est greffée une gestion simple. >>.

Une telle décision est incompréhensible, et pour rendre une décision aussi inique, les juges d'appel ont considéré que Monsieur A) en ayant opté en toute connaissance de cause pour une politique d'investissement plus dynamique ne pouvait plus après avoir << gardé le silence pendant plus de deux ans revenir sur les transactions réalisées par la banque >>.

En premier lieu, il importe d'abord de réaffirmer que le demandeur en cassation a protesté dès qu'il a eu connaissance des pertes subies.

Par ailleurs et tel que développé précédemment, les conditions générales et particulières de la Banque signées dans le cadre des investissements des obligations sud-africains n'étaient nullement valables pour les transactions à risque comme l'achat et vente d'actions, de sorte qu'aucun délai quant aux contestations ne saurait être imposé en l'espèce au demandeur en cassation.

Malgré ces contestations et de manière tout à fait surprenante, les juges d'appel n'ont accordé aucune valeur aux affirmations et pièces du demandeur en cassation.

En effet aussitôt qu'il s'est aperçu des résultats des investissements qui étaient bien contraires aux promesses faites par Monsieur B), selon lesquelles il n'y aurait aucun risque pour ces investissements et que la valeur des actions ne cesserait de grimper, Monsieur A) a tout de suite protesté.

Des protestations sont intervenues les 2 octobre, 23 octobre, 30 octobre, 22 décembre 2000 et 15 janvier 2001.

En l'absence de réponse de Monsieur B), le demandeur en cassation a adressé un courrier à la Banque en date du 3 avril 2001 en insistant sur le fait qu'il attendait des explications sur les pertes encourues.

Ces faits n'ont jamais été contestés par la Banque.

Néanmoins les contestations sont restées lettre morte puisque Monsieur B) n'a réservé aucune suite à sa demande.

Encore plus frappant est l'attestation datée du 15 décembre 2003 de Madame C), épouse de Monsieur A), que les juges d'appel n'ont aucunement prise en considération.

Cette attestation confirme en tout point de vue les affirmations de Monsieur A) aux termes desquelles il assure avoir bel et bien protesté en date des 2 et 23 octobre 2000 (pièce n°14).

L'attestation de Madame C) a purement et simplement été discréditée par les juges d'appel.

Les protestations de Monsieur A) ressortent à suffisance des éléments du dossier de sorte que la Cour d'appel ne saurait utilement se baser sur le prétendu silence de Monsieur A) pour valider les opérations effectuées sans l'autorisation de celui-ci.

En deuxième lieu, hormis les protestations plus qu'avérées de Monsieur A), la motivation des juges d'appel viole l'article 89 de la Constitution en ce qu'en l'absence de toute convention de gestion discrétionnaire, ces derniers ont tout de même décidé que la Banque était parfaitement autorisée à réaliser les opérations litigieuses sans en instruire le client au préalable.

Cette motivation erronée doit être considérée comme une absence totale de motivation de l'arrêt du 2 février 2011 sinon comme une motivation manifestement insuffisante.

L'arrêt attaqué a violé le texte de l'article 89 de la Constitution et encourt partant la cassation.

Dans l'hypothèse où la Cour de cassation devait considérer que la Cour d'appel a bien motivé - quod non - sa décision, il y a lieu de considérer que cette dernière a violé les articles 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme et les articles 249 et 587 NCPC pour les mêmes motifs susvisés.

L'arrêt du 2 février 2011 encourt partant la cassation. » ;

Troisième branche :

« Quant aux manières dolosives de la Banque

L'arrêt attaqué encourt toujours la cassation, alors qu'il résulte de la décision du 2 février 2011, que les juges d'appel n'ont pas retenu des conclusions du demandeur en cassation que la Banque a agi de manière dolosive.

En effet, pour inciter Monsieur A) à investir dans des actions, Monsieur B) a usé d'informations incomplètes en lui assurant que la valeur du ZAR (Rand sud-africain) aurait chuté de 50% par rapport au DM (pièce n°6).

Or au cours de cette même période, le DAX avait perdu 75% de sa valeur et le cours d'investissement en ZAR avait augmenté de 55%.

En ce qui concerne l'investissement sud-africain ESKOM , au taux fixe de 13,50% et avec échéance en 2021, il a augmenté de 85% en 1998 et 130% en 2002, ce qui équivaut, pour ladite période à une augmentation moyenne d'environ 53%, sans préjudice quant aux pourcentages et aux dates exactes, à laquelle il faudra encore ajouter le paiement d'intérêts semestriels de 13,5% (pièce n°15).

Monsieur A) n'en avait tout simplement pas conscience dans la mesure où il n'était pas averti dans les opérations d'investissement.

De surcroît, en ajoutant la période entre 1998 et 2002 la valeur des intérêts à l'augmentation de la valeur du dépôt, l'accroissement de l'investissement ESKOM était de 109% soit de 14,75% par an et ce malgré une chute du taux de change du ZAR de 50% par rapport au DM.

Enfin en ce qui concerne l'investissement sud-africain ZEROBOND au taux de 0,00% et avec échéance en 2027, sa valeur a augmenté de 266% soit de 66% par an entre 1998 et 2002.

Il ressort de ce qui précède que même en considérant que le taux de change entre le ZAR et le DM pendant cette même période a chuté de 50% le rapporté aurait toujours été d'au moins 16% par an.

Nous n'en comprenons que plus mal les affirmations et motivations de Monsieur B) selon lesquelles les investissements de Monsieur A) seraient risqués.

La réalité est que sur les anciens investissements de Monsieur A) jusqu'en 1998, la Banque prélevait des frais bancaires de l'ordre de 2.000 DM à titre de frais de gestion du compte de dépôt.

Une fois la politique d'investissement changée, la Banque a prélevé ne serait-ce que pour l'année 1999 un montant d'environ 25.000 DM en supplément des frais de gestion de compte de l'ordre de 2.500 DM.

Il y a lieu de constater que le changement de stratégie profitait surtout à la Banque qui même lorsque le portefeuille de Monsieur A) diminuait au fur et à mesure, n'a pas daigné en informer son client.

Les manœuvres dolosives de la Banque sont manifestes en l'espèce et la Cour d'Appel aurait dû sanctionner de tels agissements.

Contrairement à ces évidences, la Cour d'appel a tout de même retenu que Monsieur A) avait changé de politique d'investissement en toute connaissance de cause.

En statuant ainsi, l'arrêt du 2 février 2011 a violé les articles 89 de la Constitution sinon l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme sinon encore les articles 249 et 587 NCPC.

L'arrêt attaqué encourt la cassation. » ;

Sur les deux premières branches du moyen réunies :

Attendu qu'aux termes de l'article 10 de la 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 premières branches, d'une part, un défaut de motifs et, dans la première branche, un défaut de réponse à conclusions constitutif d'un défaut de motifs, au sens des dispositions légales visées au moyen, qui constitue un vice de forme, d'autre part, une motivation insuffisante, partant un défaut de base légale, qui constitue un vice de fond, et, enfin, une violation distincte de son droit à un procès équitable au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Qu'il en suit qu'en ses deux premières branches, le moyen est irrecevable ;

Sur la troisième branche du moyen :

Attendu que sous le couvert du grief de la violation des dispositions visées au moyen, celui-ci ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation souveraine des faits, à savoir les prétendues << *manières dolosives de la Banque* >>, par les juges du fond, appréciation qui échappe au contrôle de la Cour de cassation ;

Qu'il en suit qu'en sa troisième branche, le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

Première branche :

« Quant à la violation du devoir de conseil et d'information

L'arrêt attaqué soulève que :

<< ...

La banque, comme tout autre professionnel, doit mettre le client en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou du service.

Si le devoir d'information porte sur des faits objectivement vérifiables, le devoir de conseil vise davantage à éclairer le client sur l'opportunité des choix à exercer. L'obligation de conseil implique une appréciation critique destinée à orienter le client au mieux de ses intérêts. L'obligation d'information et de conseil à charge de la banque s'apprécie par référence aux compétences de la personne qui doit être éclairée (cf : La responsabilité des conseils en gestion de patrimoine par D)).

Si A) n'est, certes, pas à considérer comme un professionnel-spécialiste des marchés boursiers, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas non plus profane en la matière. Dans ce contexte il n'est pas sans intérêt de relever que le portefeuille de A), transféré en 1993 par la Soc2) vers le compte détenu par l'appelant auprès de SOCI), contenait des valeurs à caractère spéculatif. Aussi, A) a-t-il, à plusieurs reprises, recouru au service << Client Service Line >> permettant de passer des ordres de bourse téléphoniques sans passer par l'intermédiaire de son gestionnaire.

A) compte ainsi parmi les clients suffisamment versés dans le domaine des opérations financières pour se douter des risques que comporte toute opération spéculative, englobant des paris à la hausse ou à la baisse des valeurs. Il n'était pas sans savoir - étant précisé qu'il a adhéré à la nouvelle stratégie d'investissement en toute connaissance de cause et après y avoir longuement réfléchi (cf : attestation testimoniale du 15 décembre 2003) - que celui qui donne à son portefeuille une orientation dynamique court toujours le risque de perte qu'il ne doit normalement pas ignorer, l'incertitude inhérente à l'évolution du marché boursier faisant que le bon conseil donné aujourd'hui peut s'avérer un mauvais demain.

La responsabilité du banquier ne saurait dès lors être retenue pour la simple raison que l'opération conseillée ou déconseillée a tourné au préjudice du client. Pareille opération comporte toujours un risque de perte que le client ne doit normalement pas ignorer, la banque ne garantissant aucunement la sécurité du placement.

À cela s'ajoute que l'efficacité du conseil échappe à celui qui le donne, pour passer à celui qui prend librement la décision de le suivre ou non. Un débiteur ne saurait s'engager à garantir un résultat que la volonté du créancier est libre d'écarter (R. SAVATIER : les contrats de conseil professionnel en droit privé ; Dalloz 1972, Chronique 137).

En l'occurrence, le fait que la politique d'investissement adoptée se soit par la suite révélée peu judicieuse - politique d'investissement qui a été librement décidée et poursuivie par A) - est à rechercher dans les aléas inhérents au développement du marché boursier en 2000 où bon nombre de spéculateurs ont

essuyé des pertes financières importantes en présence d'une chute généralisée des cours.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'on ne saurait reprocher à la banque un quelconque comportement fautif envers A) de nature à engager sa responsabilité. >>.

Or le devoir de conseil et d'information est une obligation tacite de nature contractuelle à charge du banquier.

C'est une obligation qui a été d'abord développée en interprétant de manière extensive l'article 1135 du Code civil.

Aux termes de cet article, 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. L'obligation d'information et de conseil est généralement rattachée à la notion d'équité contenue dans cet article (A. RIEG, Exécution de bonne foi des conventions, Jcl. Civ., art. 1134 et 1135, fasc. 11, n°62).

Dans le même sens, en ce qui concerne l'obligation accessoire d'information et de conseil dans les contrats, il est admis que cette obligation découle de la bonne foi qui régit les rapports contractuels, partant de l'article 1134 du Code civil (Tr. Arr. Luxembourg, 4 février 1998, Banque. C. M., rôles n°49793 et 53968).

La loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier impose également aux établissements de crédit de s'informer de la situation financière de leurs clients, de l'expérience de ceux-ci en matière d'investissement et de leurs objectifs en ce qui concerne les services demandés, et de communiquer d'une manière appropriée les informations utiles dans le cadre des négociations avec les clients (Droit bancaire et financier au Luxembourg, ALJB, Recueil de doctrine, volume 2, page 484).

En l'espèce, la Banque n'a rapporté à aucun moment la preuve qu'elle a rempli à bien son devoir de conseil et d'information envers M. A).

Cette preuve fait indiscutablement défaut en l'espèce, alors que la preuve de la situation financière du client aurait démontré que celui-ci n'avait aucun autre patrimoine que celui investi auprès de la Banque pour assurer une retraite paisible.

Que le seul but de Monsieur A) avait été de faire des placements sécurisés au vu de son âge déjà avancé afin de pouvoir profiter tranquillement de sa retraite avec sa femme et ses enfants et non de se lancer dans des opérations spéculatives.

La preuve en est que Monsieur A) avait sollicité auprès de la banque une politique d'investissement conservatrice.

Tel que dit, cette politique avait été choisie afin d'assurer sa retraite, alors qu'il était déjà âgé et ne pouvait plus exercer son activité d'ingénieur des ponts et chaussées.

Il était très satisfait de la politique d'investissement conservatrice initiale, dont il percevait des revenus réguliers.

En date du 4 février 2008, fait non autrement contesté par la Banque, Monsieur B) a appelé Monsieur A) et a essayé de le convaincre d'investir dans les actions plutôt que dans les obligations.

Monsieur B) avait informé Monsieur A) que sa stratégie d'investissement n'était pas la meilleure voire mauvaise et a souhaité prendre rendez-vous avec ce dernier pour lui apporter de plus amples informations quant à ce sujet (pièce n°16).

Malgré le refus de Monsieur A), Monsieur B) a insisté et a envoyé à la suite de la conversation téléphonique une télécopie à Monsieur A).

Il a également insisté pour recevoir Monsieur A) et sa femme deux jours après la conversation téléphonique, soit le 6 février 2008 tout en prétextant de l'urgence de la perte de valeur du ZAR par rapport au DM (pièce n°6).

(...)

Plusieurs appels téléphoniques de la part de Monsieur B) ont encore suivi les 6 avril, 15 avril, 28 juillet, 9 septembre, 29 octobre et 30 novembre 1998 aux fins de convaincre Monsieur A) d'investir dans les actions.

Monsieur B) avançait alors que d'une part le taux de change entre le ZAR et DM aurait chuté de 50% entre 1998 et 2002 alors que pendant la même période la valeur des actions proposées par la banque aurait augmenté de l'ordre de 46%.

Tel que développé plus haut, il s'avéra plus tard que ces informations étaient inexactes et tout au contraire partiales et très intéressées de la part de M. B).

D'ores et déjà à ce stade des débats, la Cour d'appel aurait dû suivre les conclusions du demandeur en cassation et conclure à une pression accrue anormale et à des manières dolosives de la part du conseiller B) sur Monsieur A).

La Cour d'appel n'en fit rien.

Ensuite, les juges d'appel vont bien plus loin en estimant que Monsieur A) aurait été suffisamment versé et averti dans ce genre d'opérations, alors que d'une part, son portefeuille transféré de la Soc2) contenait déjà des titres à valeur spéculative et d'autre part qu'il a pu lui-même utiliser le Client service line.

En ce qui concerne le portefeuille transféré, la Banque n'a rapporté à aucun moment la preuve que Monsieur A) lui-même spéculait avec ses titres.

Si cela avait été le cas, il n'aurait pas transféré son portefeuille à la SOCI1) en exigeant une politique d'investissement conservatrice.

La Banque ne rapporte non plus à aucun moment la preuve quant aux conditions de transfert du portefeuille du client vers la SOCI).

Il est à souligner que Monsieur A) était de profession ingénieur des ponts et chaussées et en aucun cas amateur ou averti dans les opérations de finance.

Il n'a jamais spéculé avec son patrimoine.

La décision de la Cour d'appel n'en est que plus incompréhensive.

En ce qui concerne l'utilisation du Client service line, Monsieur A) n'a de cesse d'expliquer qu'il n'avait jamais contacté à lui seul le Client Service Line (pièce n°17).

Il résulte ainsi des transcriptions des entretiens que Monsieur A) avait toujours contacté Monsieur B) et que c'est uniquement en raison de son absence que l'appel était transféré vers le Client Service Line.

La fonctionnalité du << Client Service line >> en l'espèce échappe à la Cour d'appel.

Les conclusions de la Cour d'appel sur ce point sont d'autant plus incompréhensives, alors qu'en 8 ans, Monsieur A) a seulement parlé à 5 reprises avec ce service Line.

En tout état de cause, l'utilisation du client service line ne permet pas aux juges d'appel de conclure que Monsieur A) était suffisamment averti dans les opérations bancaires à caractère spéculatif.

La qualité de profane de Monsieur A) ne cesse de ressortir des éléments du dossier, alors qu'il avait eu besoin de l'assistance et du conseil des experts de la Banque, Messieurs E), F), et plus tard Monsieur B), ne serait-ce que pour mener à bien des investissements dans des obligations sécurisées.

Tel que dit, un système dit de << stop-loss >> avait d'ailleurs été mis en place pour limiter la perte possible de la valeur du portefeuille de Monsieur A) à 20% de son investissement.

Monsieur A) avait ensuite, uniquement dans le cadre des opérations obligataires, signé une convention de postes restantes en sachant que ses conseillers l'auraient averti s'il y avait une perte de la valeur de l'investissement approchant des 20%.

Il n'a jamais émis de souhait auprès de ses conseillers de changer de politique d'investissement.

Lors de la reprise de son portefeuille par Monsieur B), il n'avait toujours pas émis de souhait de changer de stratégie d'investissement, alors que la stratégie choisie lui convenait parfaitement.

Tel que développé précédemment, sur insistance de Monsieur B), il a dû changer de politique d'investissement.

La politique ayant changé et Monsieur A) étant profane, il avait également cru que le système << stop loss >> continuerait à fonctionner et qu'il pouvait continuer à garder les avis d'opérés en postes restantes auprès de la Banque.

Monsieur B) n'a rien fait pour lui expliquer le revers de la nouvelle stratégie envisagée.

Alors qu'il a commencé à analyser l'ensemble de ses extraits bancaires, Monsieur A) s'est rendu compte de la réalité des pertes subies dans son portefeuille.

Contrairement aux affirmations de la Cour d'appel, le demandeur en cassation n'a jamais été averti dans le type de transactions vivement conseillé par Monsieur B).

Aujourd'hui c'est un vieil homme complètement malade, ruiné, vivant d'aides sociales et qui suit, depuis les agissements de la SOCI), une thérapie auprès de psychologues.

En statuant donc comme elle l'a fait, la Cour d'appel a mal interprété le devoir d'obligation et de conseil à charge du banquier.

L'arrêt attaqué du 2 février 2011 encourt la cassation de ce chef. » ;

Deuxième branche :

« Sur le second moyen pris en sa deuxième branche, l'arrêt attaqué encourt la cassation en ce que malgré toutes les constatations faites par les juges d'appel, ces derniers ont refusé de nommer un expert avec la mission suivante :

- estimer la valeur des investissements effectués par la banque de 2000 à 2002 et en déterminer le bien-fondé par rapport à la situation économique au moment des investissements ;

- estimer le préjudice subi à la suite de ces investissements ;

- estimer les frais de banque engendrés par ces opérations ;

- estimer les pertes de profit occasionnés par le non-paiement des investissements dans les emprunts taux fixes ainsi que dans les << Zero Bonds Sud-Africains >> ;

- dresser les comptes entre parties.

Cette nomination d'expert aurait au moins eu pour but de mettre en évidence le gain que la SOCI) a réalisé lors des opérations litigieuses qui ont ruiné Monsieur A).

Qu'en refusant à Monsieur A) la nomination d'un expert, la Cour d'appel a une fois de plus violé l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Partant, l'arrêt du 2 février 2011 encourt la cassation. » ;

Sur la première branche du moyen:

Attendu qu'aux termes de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation chaque moyen ou chaque branche doit préciser, sous peine d'irrecevabilité, le cas d'ouverture invoqué, la partie critiquée de la décision et ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué ;

Attendu que le moyen ne formule, en sa première branche, aucun cas d'ouverture à cassation par l'indication précise d'une disposition légale qui aurait été violée et en quoi celle-ci aurait été violée, la simple mention de différents textes légaux dans le cadre d'un exposé de considérations générales et de critiques relatives à l'appréciation des faits et éléments de preuve de la cause ne suffisant pas à la condition de précision requise par la loi ;

Qu'il en suit qu'en sa première branche, le moyen est irrecevable ;

Sur la seconde branche du moyen :

Attendu que le demandeur en cassation reste en défaut de préciser en quoi les juges d'appel, en rejetant sa demande en institution d'une expertise, auraient violé son droit à un procès équitable ;

Qu'il en suit qu'en sa seconde branche, le moyen est irrecevable ;

Par ces motifs,

rejette le pourvoi ;

condamne le demandeur en cassation aux dépens de l'instance en cassation avec distraction au profit de Maître Guy LOESCH, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Jean-Claude WIWINIUS, en présence de Madame Monique SCHMITZ, avocat général, et de Madame Viviane PROBST, greffier à la Cour.