

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

**N° 135 / 2022
du 17.11.2022
Numéro CAS-2022-00017 du registre**

**Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du
jeudi, dix-sept novembre deux mille vingt-deux.**

Composition:

MAGISTRAT1.), président de la Cour,
MAGISTRAT2.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT3.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT4.), conseiller à la Cour d'appel,
MAGISTRAT5.), conseiller à la Cour d'appel,
MAGISTRAT6.), premier avocat général,
GREFFIER1.), greffier à la Cour.

Entre:

PERSONNE1.), demeurant à D-ADRESSE1.),

demandeur en cassation,

comparant par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, en l'étude de laquelle
domicile est élu,

et:

la société anonyme BANQUE1.), établie et ayant son siège social à L-
ADRESSE2.), représentée par le conseil d'administration, inscrite au registre de
commerce et des sociétés sous le numéro B6481,

défenderesse en cassation,

comparant par la société anonyme SOCIETE1.), inscrite à la liste V du tableau de
l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, en l'étude de laquelle domicile est
élu, représentée aux fins de la présente instance par Maître AVOCAT2.), avocat à la
Cour.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 114/21 IV-COM, rendu le 19 octobre 2021 sous le numéro 42593 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 21 février 2022 par PERSONNE1.) à la société anonyme BANQUE1.), déposé le 22 février 2022 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 7 avril 2022 par la société BANQUE1.) à PERSONNE1.), déposé le 19 avril 2022 au greffe de la Cour ;

Ecartant le « *mémoire en réplique* » signifié le 17 octobre 2022 par PERSONNE1.) à la société BANQUE1.), déposé le 18 octobre 2022 au greffe de la Cour, pour ne pas répondre aux prescriptions de l'article 17 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ;

Sur les conclusions du premier avocat général MAGISTRAT7.).

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg avait débouté PERSONNE1.) de sa demande en indemnisation basée sur la responsabilité contractuelle de la société BANQUE1.). La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation de la loi en l'espèce de la violation, sinon de la fausse application de l'article 1^{er} de la loi du 13 juillet 2007 ensemble avec l'annexe III de la loi modifiée du 5 avril 1993.

La loi du 13 juillet 2007 transpose en droit national la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers (directive MiFID).

Elle prévoit trois classes de clients : les contreparties éligibles (les banques et établissements financiers), les professionnels (les entreprises) et les non professionnels (les particuliers).

La loi du 13 juillet 2007 portant transposition de cette directive définit, dans son article 1^{er}, les clients comme suit :

<< Aux fins du présent titre, on entend par :

Ibis) "client" : toute personne physique ou morale à qui un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement fournit des services d'investissement et/ou des services auxiliaires visés à l'annexe II de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ;

Iter) "client de détail" : un client autre qu'un client professionnel ;

Iquater) "client professionnel" : un client qui possède l'expérience, les connaissances et la compétence nécessaires pour prendre ses propres décisions d'investissement et évaluer correctement les risques encourus. Pour pouvoir être considéré comme un client professionnel, le client doit satisfaire aux critères énoncés à l'annexe III de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ; >>

L'annexe III de la loi modifiée du 5 avril 1993 prévoient en sa section A les clients qui sont qualifiés de clients professionnels d'office et dans sa section B les clients qui peuvent être traités comme des clients professionnels à leur propre demande, en prévoyant à son point 2 la procédure à suivre pour la présentation et l'acceptation d'une telle demande.

L'arrêt d'appel viole ces dispositions en ce que, après avoir constaté que :

<< La Banque n'a établi ni que l'appelant remplit les critères énoncés à l'annexe III de la loi modifiée du 5 avril 1993, ni qu'il ait demandé à être traité comme client professionnel. >>

Et

<< Au vu de ce qui précède, l'appelant doit partant être considéré comme client non professionnel. >>

Décide néanmoins, par référence à des décisions de justice rendues avant, respectivement se rapportant à des faits antérieurs à, la loi du 13 juillet 2007, Monsieur PERSONNE1.) serait à considérer comme un client posant des actes de commerce en retenant que :

<< La Cour retient que l'appelant a, grâce à son expérience et sa connaissance en la matière, pris ses propres décisions d'investissement tout au long des relations d'affaires avec la BANQUE1.) c'est-à-dire depuis le 26 octobre 2000 et qu'il a, sur base de son activité boursière pendant de nombreuses années, acquis - si on devait admettre qu'il ne les avait pas encore - les compétences nécessaires pour prendre ses propres décisions d'investissement pour les opérations litigieuses à partir du 18 septembre 2008.

Etant donné que les opérations de bourse du 18 septembre 2008 n'étaient pas des opérations isolées mais faisaient partie d'opérations répétées, fréquentes et importantes par leur volume, initiées par l'appelant dans un esprit de spéculation, elles sont, conformément à la jurisprudence, à considérer comme actes de commerce sans qu'il faille démontrer qu'il ait exercé l'activité boursière à titre professionnel. >>

La Cour en déduit, pour ce qui est du régime des preuves applicable, point essentiel dans le présent litige que << Il en découle que les règles sur la liberté des preuves en matière commerciale s'appliquent (cf. Cour 19 déc. 2007, rôle 29874 ; Cour 27 fév. 2002, rôle 24412) et la Banque peut partant prouver par tous moyens. >>

Or, il est évident, en analysant le texte de loi, que Monsieur PERSONNE1.) n'est pas par principe et ab initio un client professionnel au sens de l'annexe III de la loi modifiée du 5 avril 1993, section A.

Les clients énumérés à la section A sont en effet des personnes morales de droit public ou privés remplissant des critères par définition inapplicables à un investisseur personne physique.

Monsieur PERSONNE1.) n'est pas non plus devenu, à un quelconque moment de sa relation avec la banque un client professionnel au sens de la section B faut de demande de sa part d'être traité comme tel, selon la procédure prévue à cette fin.

En effet la Section B point 2 de l'annexe III de la loi du 5 avril 1993 prévoit la procédure suivante :

Les clients visés au point 1. ne peuvent renoncer à la protection accordée par les règles de conduite que selon la procédure suivante :

- le client notifie par écrit à l'établissement de crédit ou à l'entreprise d'investissement son souhait d'être traité comme un client professionnel soit d'une manière générale, soit pour un service d'investissement ou une transaction déterminés, soit encore pour un type de produits ou de transactions ;

- l'établissement de crédit ou l'entreprise d'investissement précise clairement et par écrit les protections et les droits à indemnisation dont le client risque de se priver ;

- le client déclare par écrit, dans un document distinct du contrat, qu'il est conscient des conséquences de sa renonciation aux protections précitées ;

Avant de décider d'accepter la demande de renonciation, l'établissement de crédit ou l'entreprise d'investissement doit prendre toutes les mesures raisonnables pour s'assurer que le client qui souhaite être traité comme un client professionnel répond aux critères énoncés au point 1.

La procédure prévu pour faire passer Monsieur PERSONNE1.) ayant par essence un statut de client non professionnel vers un statut de client professionnel n'a pas été suivie en l'espèce.

Au vu de ces conditions, il est dès lors sans pertinence d'analyser les décisions prises par Monsieur PERSONNE1.) dans le passé et son comportement en tant qu'investisseur.

La décision de la Cour est contraire aux dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 13 juillet 2007 ensemble avec l'annexe III de la loi modifiée du 5 avril 1993, car une classification judiciaire du client dans une catégorie qui contredit la

classification qui lui serait applicable de par la loi, est en principe illégale et ne relève pas du pouvoir d'une juridiction.

La confirmation judiciaire que Monsieur PERSONNE1.) était un client professionnel et pouvait faire des actes de commerce est exclue pour deux raisons :

Les décisions auxquelles se réfère la Cour (Cour de justice, 19 décembre 2007, rôle d'audience 29874 et Cour, 27 février 2002, rôle d'audience 24412) ont été rendues à propos de litiges qui ont eu lieu avant l'entrée en vigueur de la législation MiFID.

Elles sont dépassées par l'adoption de la loi du 13 juillet 2007.

Par ailleurs, il faut relever qu'en fait ni la banque ni le client n'ont à aucun moment traités leurs relations comme relevant du droit commercial.

Les parties ont appliqué les conditions générales de la banque prévoyant la nécessité d'une preuve par écrit.

En requalifiant le statut juridique de Monsieur PERSONNE1.) dans sa relation avec la banque et la nature des actes par lui posés, et en conséquence le régime de preuve applicable, l'arrêt attaqué a donc violé les dispositions précitées et doit être cassé. ».

Réponse de la Cour

Les notions, d'une part, au sens de la loi modifiée du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers, de client professionnel et de client de détail, dont découle l'application différenciée des garanties instaurées par ladite loi dans le cadre de la fourniture de services d'investissement, et, d'autre part, au sens du Code civil et du Code de commerce, d'acte de commerce et d'acte civil, dont découlent des règles différentes au regard de l'admission de la preuve dans le cadre de l'instance judiciaire, constituent des concepts juridiques différents. Les juges d'appel ont pu décider, sans violer la disposition légale visée au moyen, que le demandeur en cassation avait la qualité de client de détail au sens de la loi modifiée du 13 juillet 2007 et avait accompli des actes de commerce au sens du Code civil et du Code de commerce.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le deuxième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation de la loi, en l'occurrence de la violation, sinon de la fausse application de l'article 1108 du Code Civil, ensemble avec l'article 1134 du Code civil

L'article 1108 du Code Civil prévoit que :

<< Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :

- Le consentement de la partie qui s'oblige ; - la capacité de contracter ; - un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; - une cause licite dans l'obligation. >>

L'article 1134 du Code civil prévoit que : << les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. >>

Pour conclure un contrat synallagmatique, il faut un consentement réciproque des deux parties. Il faut une demande de conclure un contrat et une acceptation de celle-ci.

L'arrêt attaqué a violé les articles précités en déclarant, dans son dispositif << non fondé le moyen tiré d'une absence de contrats pour la période du 18 septembre 2008 au 20 octobre 2008 >>, alors qu'aucun consentement réciproque des parties, nécessaires à la conclusions de contrats n'est existant et établi pour les opérations bancaires et le financement de celles-ci pour la période litigieuse du 18 septembre 2008 au 20 octobre 2008.

L'exécution d'une opération bancaire en soi ne constitue pas un contrat.

Pour qu'une opération bancaire ou une opération de financement de cette opération donne naissance à un contrat, il faut, en vertu des principes de base applicable aux contrats synallagmatiques, d'ailleurs consacrés dans les conditions générales applicables entre parties, la preuve que le client a ratifiée, au moins tacitement, l'opération bancaire indiquée dans la documentation bancaire établie pour lui, dans le délai fixé par les conditions générales, en l'occurrence 30 jours à compter de la date où l'opération comptabilisée dans la documentation bancaire établie pour le client.

Ce n'est que dans le cas d'une ratification expresse ou tacite du client que le consentement de celui-ci est établi.

La décision de la Cour viole l'article 1108 du Code civil, en présumant une telle ratification alors que l'appelant a démontré qu'il n'a pas ratifié et n'a pas pu ratifier même tacitement les opérations bancaires de la période litigieuse alors que la documentation afférente ne lui a été transmise que le 17.12.2008, donc bien après le délai de ratification de 30 jours et 2 mois après la fin de la relation avec la banque.

L'arrêt du 19.10.2021 viole également l'article 1108 du Code civil, en ce qu'il admet que Monsieur PERSONNE1.) aurait ratifié des opérations bancaires qui n'ont en partie jamais existé et des opérations bancaires qui ne lui étaient pas proposées pour ratification, faute d'apparaître dans la documentation bancaire - documentation dont la Cour n'a pas tenu compte - établie pour le client.

En ce qui concerne le financement des opérations bancaires, la décision attaquée, a complètement fait abstraction du fait, que la banque n'a pas proposé, à ce jour, au demandeur en cassation des contrats de financement portant sur des opérations sur titres pour les mois de septembre et octobre. En absence de proposition de tels contrats, il est évident que le demandeur en cassation n'a pas pu donner son consentement et que l'une des conditions de l'article 1108 du Code Civil n'est pas remplie.

Dans sa décision la Cour d'appel se réfère au fait que Monsieur PERSONNE1.) aurait été informé téléphoniquement des opérations boursières exécutées en retenant à la page 31 que

<< Au vu de l'ensemble de ce qui précède, il est établi que l'appelant a été informé oralement en date des 18 et 19 septembre 2008 de l'exécution partielle de ses instructions du 18 septembre 2008... >>

Et à la page 34 :

<< L'ensemble de ces éléments (i.e. remboursement du dépassement, poursuite d'opérations, demande d'une nouvelle extension de la ligne de crédit), qui se sont déroulés après que l'appelant a eu les informations relatives à l'exécution de ses ordres du 18 septembre 2008 et celles relatives au dépassement temporaire de son crédit lombard, établissent que PERSONNE1.) a dûment ratifié les transactions faisant l'objet du présent litige. >>

La Cour d'appel fait complètement abstraction du fait que l'ensemble des communications téléphoniques entre parties n'ont aucune conséquence juridique et ne s'établissent pas à un consentement donné par le client, pouvant fonder au sens de l'article 1108 du Code civil, la conclusion d'un contrat. Une simple information n'équivaut juridiquement pas à une ratification d'une opération bancaire ou du financement de celle-ci.

L'arrêt de la Cour viole dans presque toutes ses déductions, les dispositions juridiques susmentionnées, car il n'a pas été tenu compte du fait que des appels téléphoniques, sans effet juridique, pouvaient certes aboutir à des opérations bancaires, mais que la ratification de ces opérations bancaires ne pouvait être demandée que dans la documentation bancaire établie pour le demandeur en cassation. C'est pour cette que des communications téléphoniques entre parties n'ont aucune valeur probante.

A supposer encore que les relations entre parties soient analysées comme étant commerciales (quod non) et non civiles, il n'existe également dans cette hypothèse, et selon la volonté des parties, aucun support pour établir l'existence d'une rencontre de volontés susceptible de constituer un contrat.

Dans le cas de transactions de nature commerciale, un enregistrement audio/procès-verbal de la conversation est effectué, selon les directives de la CSSF, comme moyen de preuve.

La demande du client est consignée dans un enregistrement audio.

En cas d'opération bancaire exécutée, il est explicitement demandé au client par téléphone lors de l'enregistrement sonore s'il accepte l'opération bancaire qui lui a été lue.

Or, les enregistrements sonores ou les procès-verbaux téléphoniques de toute nature sont absents dans la présente affaire puisque les parties s'étaient soumises à l'obligation d'une preuve écrite.

En absence de moyen de constater l'existence et le contenu des volontés réciproques des parties, aucun contrat n'a pu se former.

En confirmant aux parties des déclarations de volontés non établies et en assimilant une éventuelle information avec un consentement ou une ratification, la Cour a violé les dispositions légales susmentionnées. ».

Réponse de la Cour

Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi 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.

Le moyen articule, d'une part, la violation de l'article 1108 du Code civil, qui traite des conditions de validité des engagements contractuels synallagmatiques et unilatéraux, et, d'autre part, la violation de l'article 1134 du Code civil, qui traite de la force obligatoire des engagements contractuels synallagmatiques et unilatéraux valablement pris, partant deux cas d'ouverture distincts.

Il s'ensuit que le moyen est irrecevable.

Sur le troisième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation de la loi en l'occurrence de la violation de l'article 1341 du Code Civil

L'article 1341 du Code Civil prévoit :

<< Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de tous actes juridiques portant sur une somme ou valeur excédant celle qui est fixée par règlement grand-ducal même pour dépôt volontaire, il n'est reçu aucune preuve par témoin contre et outre le contenu des actes ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre.

Cet article consacre donc une obligation de preuve littérale en matière contractuelle pour des contrats de nature civile. >>

La Cour d'appel a violé cet article à un double titre :

Première branche du moyen

La Cour d'appel a violé l'article 1341 du Code civil, après avoir qualifié erronément le client PERSONNE1.) comme client professionnel en matière financière pouvant poser des actes de commerce, en admettant comme moyen de preuve l'attestation testimoniale de Monsieur PERSONNE2.).

Encore que l'attestation de Monsieur PERSONNE2.) a) soit contredite par la documentation bancaire analysée dans le rapport d'expertise versée par Monsieur PERSONNE1.) et b) que cette attestation renseigne tout au plus sur des opérations bancaires sans tenir compte du fait que ce ne sont pas les opérations bancaires en elles-mêmes qui font naître un contrat, mais la preuve de la ratification de ces opérations bancaires, il est incontestable qu'en cas de qualification juridique correcte de la relation entre partie comme étant de nature purement civile, une preuve par témoins devait être nécessairement exclue.

Seule une preuve par écrit, en l'espèce inexistante, devait être admise.

En se basant dès lors dans sa décision sur un témoignage, lequel est par ailleurs contredit par la documentation bancaire telle qu'analysée par un expert-comptable assermenté, la Cour a violé l'article 1341 du Code civil.

Deuxième branche du moyen :

La Cour d'appel a encore violé l'article 1341 du Code civil, en admettant l'existence de contrats entre parties pour la période litigieuse du 18.09.2008 au 20.10.2008, en ce qu'il confirme aux parties la ratification d'opérations bancaires qui n'ont jamais existé, ainsi que des opérations bancaires qui, à ce jour, n'ont pas été proposées à la ratification dans la documentation bancaire établie pour le demandeur en cassation. Le demandeur en cassation ne peut pas avoir ratifié quelque chose qui ne lui a pas été proposé pour ratification dans la documentation de la banque. Aucune preuve écrite de l'existence de contrats pour la période litigieuse n'a été rapporté et la Cour a violé l'article précité en admettant l'existence de contrats.

La Cour a privé le demandeur en cassation de tous moyens de prouver cette situation en ignorant complètement la documentation bancaire pour la période susmentionnée, en refusant de prendre en compte l'expertise portant sur cette documentation bancaire, en la considérée à tort comme erronée et en rejetant également la demande d'une expertise judiciaire sur la documentation bancaire. ».

Réponse de la Cour

Sur la première branche du moyen

Il résulte de la réponse donnée au premier moyen que les juges d'appel étaient en droit d'avoir recours aux témoignages pour établir les faits pertinents pour la solution du litige.

Il s'ensuit que le moyen, pris en sa première branche, n'est pas fondé.

Sur la seconde branche du moyen

Sous le couvert de la violation de la disposition visée au moyen, celui-ci ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation, par les juges du fond, des éléments de preuve soumis aux débats qui les ont amenés à considérer que le demandeur en cassation avait ratifié les opérations litigieuses, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Il s'ensuit que le moyen pris, en sa seconde branche, ne saurait être accueilli.

Sur le quatrième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation de la loi, en l'occurrence de la violation de l'article 1134 du code civil

L'article 1134 du Code Civil dispose que << les conventions tiennent lieu de loi et les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites >> et prohibe toute dénaturation d'une convention ou d'une pièce versée au procès,

La Cour d'appel a violé cet article dans son appréciation et son interprétation du récépissé signé par Monsieur PERSONNE1.) en date du 20.10.2008 concernant la documentation bancaire reçue (pièce 18 de la farde de pièces SOCIETE 1.), versée en instance d'appel, pièce 16 versée à l'appui du présent pourvoi).

La Cour a en effet retenue à ce sujet que

<< En outre, il est établi que l'appelant a signé un récépissé de documents en date du 17 octobre 2008.

Concernant cet écrit (versé en pièce n° 18, SOCIETE 1.)), l'appelant fait valoir qu'aucune des deux cases n'aurait été coché en raison du fait qu'il n'aurait "pas tout reçu"

Il reconnaît avoir signé le récépissé daté au 17 octobre 2008 qui indique que :

"Hiermit bestätige ich den Erhalt :

° der Korrespondenz für das unten genannte Konto (...)

° der Vermögensaufstellung betreffend meines Portefeuilles".

Le fait qu'aucune de ces deux cases n'ait été cochée, contrairement à l'indication "Bitte Zutreffendes ankreuzen" ne peut toutefois être interprété dans le sens que des documents manquaient.

En l'absence de case cochée et à défaut d'indication quels documents n'auraient pas été communiqué par la Banque, la Cour ne peut qu'admettre, au vu des circonstances de l'espèce, que l'appelant a reconnu avoir reçu les deux catégories de documentations visées. >>

Or, le fait pour Monsieur PERSONNE1.) de ne pas cocher de case sur le récépissé s'expliquait précisément par le fait que la documentation reçue était incomplète. Monsieur PERSONNE1.) a confirmé la réception de 131 documents.

Monsieur PERSONNE2.) n'a pas remis en date du 20.10.2008 à Monsieur PERSONNE1.) la documentation complète, ce qui est démontré par la lettre de la banque du 17.12.2018.

L'appelant a établi, en absence de réception d'extraits de compte, au moment de la clôture du compte, un relevé manuscrit de sa situation de fortune auprès de la banque qui se basait seulement sur des indications verbales, du gestionnaire clients, PERSONNE2.) sur base des informations provenant du système informatique interne de la banque. Le gestionnaire a remis à Monsieur PERSONNE1.) deux documents, seulement pour la date du 18.09.2008, qui contiennent tous les deux les indications établies le 20.10.2008 << ohne Gewähr >>.

La pièce 6 versé avec le pourvoi à savoir la lettre de la banque du 17.12.2008 démontre que les extraits de compte et relevé des opérations sur titres de la période litigieuse n'ont été envoyés à Monsieur PERSONNE1.) qu'avec le courrier de la banque datée du 17.12.2008 (et non avant). La lettre en question indique explicitement que les décomptes de titres et les relevés de compte pour les mois de septembre et octobre 2008 ont seulement été transmis avec celle-ci.

Monsieur PERSONNE1.) n'a pas pu recevoir la documentation bancaire pour les mois de septembre et octobre 2008 lors de la clôture du compte le 20.10.2008, puisqu'elle a seulement été envoyée avec la lettre du 17.12.2008.

L'arrêt fait porter à Monsieur PERSONNE1.) le risque d'une notification tardive de la documentation bancaire, et ce, bien que la remise de la documentation bancaire pour les mois de septembre et octobre 2008 lui ait été refusée lors de la clôture du compte. Il n'y a pas de retard de notification (Zustellung), mais un retard envoi de la documentation bancaire, imputable à la banque, seulement eu lieu environ 2 mois après l'expiration du délai de ratification et de la relation d'affaires. Monsieur PERSONNE1.) n'a pas pu recevoir la documentation bancaire pour les mois de septembre et octobre 2008 lors de la clôture du compte le 20.10.2008, puisqu'elle a seulement été envoyée avec la lettre du 17.12.2008.

Il est de jurisprudence constante que << même si la Cour de cassation admet de façon constante que les juges du fond sont souverains pour apprécier si un écrit rend vraisemblable ou non le fait allégué (Cass. 1^{ière} Civ. 1^{er} déc. 1985 ; Bull Civ. I, n°670 ; 21 oct.1997, Bull. Civ. I, n°284) il convient toutefois de formuler une nouvelle fois la réserve de la dénaturation des pièces du procès : si le juge du fond déforme le sens clair et précis d'un pièce de la procédure, la cour de cassation le censurera sur le fondement de la dénaturation, dans le cadre de laquelle elle exerce

un contrôle disciplinaire sur les juges du fond >> (Répertoire Procédure Civile Dalloz, verbo preuve, n°253).

La position de principe de la Cour de cassation belge en la matière est identique et << le point de savoir si le document produit rend vraisemblable le fait allégué est une question de fait que les juges du fond apprécient souverainement, pour autant cependant que, comme le précise la Cour suprême que, le juge ne méconnaisse pas la notion de vraisemblance >> (La Preuve, Raymond MOUGENOT, Larcier, n°65, pièce n°8).

En tenant compte de ces éléments, la Cour d'appel a dénaturé le sens et la portée du récépissé signé, déduisant du fait que Monsieur PERSONNE1.) n'a coché aucune des deux cases prévues qu'il admettait avoir reçu toute la documentation, et aurait ainsi pu ratifier dans le délai les opérations de la période du 18.9.2008 au 20.10.2008, alors que précisément le défaut de cocher une case dénotait l'absence de confirmation de la remise complète de la documentation. La Cour d'appel a ainsi déformé le sens et la portée de la pièce en question.

Elle en a déduit la conclusion juridiquement inexacte que Monsieur PERSONNE1.) a ratifié tacitement les opérations bancaires et le financement de celle-ci pour la période litigieuse parce qu'il aurait dû assumer le risque d'une distribution tardive du courrier et a ainsi retenu l'existence de contrats entre parties à partir de la date de comptabilisation du 18.09.2008 jusqu'à la clôture du compte.

L'arrêt doit être cassé de ce fait. ».

Réponse de la Cour

Le demandeur en cassation reproche aux juges d'appel d'avoir dénaturé un acte clair en déduisant de la seule signature du récépissé du 17 octobre 2008 qu'il se serait vu remettre à cette date les documents y visés.

En retenant

« Il convient d'analyser dans un premier temps à quel moment la « documentation bancaire » a été mise à disposition de l'appelant et s'il y a eu ratification.

En application de l'article 57 des conditions générales qui traite des « Mitteilungen durch die Bank » (cf. pièce n° 4, Me AVOCATI.), l'information est notifiée au client à sa dernière adresse communiquée à la Banque et il est présumé l'avoir reçue à la date de l'envoi. Dans le cas où, comme en l'espèce, une convention de poste restante a été conclue entre partie, l'information est considérée comme mise à disposition du client à sa date d'émission.

Les parties s'accordent (finalement) pour dire que les informations relatives à l'exécution des instructions du 18 septembre 2008 ont été comptabilisées et émises en date du 22 septembre 2008. L'article 57 précité stipule encore que le client « übernimmt das Risiko einer eventuell verspäteten Kenntnisnahme von Mitteilungen mit unmittelbaren oder mittelbaren Folgen für Konten unter seiner Kontostamnummer ».

Il découle de ce qui précède que les documents bancaires relatifs aux opérations réalisées suite aux instructions du 18 septembre 2008 qui ont été émis en date du 22 septembre 2008, ont donc été mis à la disposition du client à cette date.

Le silence gardé par le client à la réception des extraits, voire au jour de la mise à disposition dans le cadre d'une convention de poste restante, sans émettre de protestation, sinon immédiatement, du moins dans un délai essentiellement bref, a pour effet d'établir l'existence des opérations effectuées et valide non seulement les actes accomplis par le banquier-mandataire au-delà des limites de son mandat mais aussi ceux que ce dernier a accomplis sans mandat.

L'absence de protestation dans le délai d'envoi vaut présomption de ratification des opérations y renseignées que le client ne peut plus remettre en cause. La jurisprudence est ferme et univoque pour retenir que le silence du client à la mise à disposition de ses extraits de compte équivaut à une ratification (cf. Cour 16 janv. 2002, rôle 25522 ; Cour 22 avril 2009, rôle 32760).

Lors des plaidoiries, le mandataire de l'appelant a - sur question de la Cour - indiqué que PERSONNE1.), ne s'est présenté à la Banque qu'en date du 20 octobre 2008, donc plus d'un mois après avoir donné les instructions du 18 septembre 2008. L'appelant a exposé qu'un rendez-vous aurait été fixé avec son conseiller pour le 17 octobre 2008 mais que ce rendez-vous aurait été décommandé.

La jurisprudence retient que le fait que le client ait négligé, comme en l'espèce, de se rendre régulièrement à la banque pour prendre connaissance de son courrier ne saurait évidemment lui servir de prétexte à une éventuelle ignorance des opérations effectuées en son nom.

L'appelant affirme que l'accès à la documentation bancaire lui a été refusé le 20 octobre 2008 lors de la clôture du compte et qu'elle ne lui a été rendue accessible qu'après le 17 décembre 2008 (page 20/75 de ses conclusions).

Cette affirmation est contredite par les pièces versées en cause. C'est à juste titre que la Banque fait valoir que les documents bancaires étaient à disposition du client dès le 22 septembre 2008 et qu'elle souligne qu'à sa première réclamation qui date du 29 octobre 2008 (cf. pièce n°19 SOCIETE 1.) l'appelant avait joint les extraits de compte du 22 septembre 2008. La Cour constate que cette première réclamation, qui est intervenue après la clôture des comptes, est tardive au regard de l'article 60 des conditions générales.

La Cour se doit encore de relever que l'appelant n'indique nulle part quels documents seraient manquants. En outre, il est établi que l'appelant a signé un récépissé de documents en date du 17 octobre 2008.

Concernant cet écrit (versé en pièce n° 18, SOCIETE 1.), l'appelant fait valoir qu'aucune des deux cases n'aurait été cochée en raison du fait qu'il n'aurait « pas tout reçu ».

Il reconnaît avoir signé le récépissé daté au 17 octobre 2008 qui indique que :
« Hiermit bestätige ich den Erhalt:
o der Korrespondenz für das unten genannte Konto (...)
o der Vermögensaufstellung betreffend meines Portefeuilles ».

Le fait qu'aucune de ces deux cases n'ait été cochée, contrairement à l'indication « Bitte Zutreffendes ankreuzen » ne peut toutefois être interprété dans le sens que des documents manquaient.

En l'absence de case cochée et à défaut d'indication quels documents n'auraient pas été communiqués par la Banque, la Cour ne peut qu'admettre, au vu des circonstances de l'espèce, que l'appelant a reconnu avoir reçu les deux

catégories de documentations visées. Le récépissé indique d'ailleurs expressément que 131 documents ont été remis à l'appelant.

La Cour note encore que contrairement à l'affirmation de l'appelant, il ne découle pas du courrier de la Banque du 17 décembre 2008 (cf. pièce n° Me AVOCAT1.) que le relevé des opérations sur titres et les extraits de compte des mois de septembre et d'octobre 2008 ont seulement été remis à l'appelant à cette date.

L'autre affirmation de PERSONNE1.) qu'il se serait adressé à plusieurs reprises à la Banque avec prière de lui rendre accessible la documentation de sa boîte postale reste en l'état de pure allégation.

Au vu de l'ensemble de ce qui précède, il est établi que l'appelant a été informé oralement en date des 18 et 19 septembre 2008 de l'exécution partielle de ses instructions du 18 septembre 2008 ; les documents afférents ont été mis à sa disposition le 22 septembre 2008 et il a en plus reçu en date du 17 octobre 2008 131 pièces dont la correspondance (Korrespondenz für das unten genannte Konto) et un relevé de son portefeuille (Vermögensaufstellung betreffend meines Portefeuilles). »

et en se référant ainsi aux circonstances de l'espèce autres que la signature du récépissé du 17 octobre 2008, les juges d'appel n'ont pas tiré de la seule signature dudit récépissé la déduction que le demandeur en cassation a ratifié les opérations bancaires.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le cinquième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré de la violation de la loi, en l'espèce violation de l'article 19.1 et 19.2 de la directive 2004/39/ce du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004

L'article 19.1 de la directive prévoit que << Les États membres exigent que, lorsqu'elles fournissent à des clients des services d'investissement et/ou, le cas échéant, des services auxiliaires, les entreprises d'investissement agissent d'une manière honnête, équitable et professionnelle qui serve au mieux les intérêts desdits clients et se conforment, en particulier, aux principes énoncés aux paragraphes 2 à 8. >>

L'article 19.2 prévoit que : << 2. Toutes les informations, y compris publicitaires, adressées par l'entreprise d'investissement à des clients ou à des clients potentiels, sont correctes, claires et non trompeuses. Les informations publicitaires sont clairement identifiables en tant que telles. >>

La Cour d'appel, après avoir retenue à juste titre que le demandeur en cassation pouvait invoquer ces dispositions de la directive, viole les dispositions précitées sinon en fait une fausse application en retenant que :

<< L'appelant reste en défaut de mettre en évidence un manquement par la Banque de son devoir général de prudence et de diligence (ah. 19 point 1) ; qu'il ne réitère et développe en appel d'ailleurs uniquement ses moyens à la base d'une

violation de l'obligation d'information de la Banque mais non plus, comme en première instance une violation de l'obligation de diligence.

Le moyen basé sur l'article 19.1 de la directive MiFID n'est donc pas fondé. >>

Et que

<< Concernant le point 2 de l'article 19, la Cour constate que l'appelant n'a pas exposé en quoi consisterait la violation de cette disposition.

Pour rappel, l'appelant affirme que la violation de la Banque de son obligation d'information résulte du fait qu'il n'a pas reçu en temps utile la "documentation bancaire" ; qu'il n'a partant pas pu ratifier les opérations exécutées par la Banque (sur ses instructions) respectivement le dépassement de crédit que la Banque lui a accordé pour pouvoir exécuter ses ordres.

Au vu de l'absence de ratification, il conclut à l'absence de contrats dont notamment l'absence de base de financement et réclame, à titre d'indemnisation, le rétablissement de son solde créditeur en date du 17 septembre 2008.

Ces affirmations, à les supposer exactes, ne rentrent toutefois pas dans le cadre de l'article 19.2 alors que l'appelant n'a, à aucun moment, allégué avoir reçu des informations inexactes.

L'appelant reste dès lors en défaut d'établir une violation des règles MiFID par la Banque. >>

Alors que l'appelant a démontré que, du fait de la remise d'une documentation incomplète en en date du 20.10.2008 au sujet des opérations bancaires des mois de septembre 2008 et octobre 2008 et de l'envoi tardif, en date du 17.12.2008 seulement, de la documentation manquante (extraits de compte et relevés des opérations sur titres) la banque a empêché le client de gérer correctement la tenu de ses comptes.

Dans ses conclusions récapitulatives du 2 février 2021, le demandeur en cassation avait en effet exposé à la page 26 que :

<< Les violations par la banque des dispositions MiFID concernent dans le présent cas, de manière principale, le fait que la banque ne s'est pas comportée de manière honnête et professionnelle, conformément à l'article 19.1 des dispositions MiFID.

Elle n'a pas agi dans le meilleur intérêt du client en ne lui remettant pas, au moment de la clôture du compte, la documentation bancaire en processus de ratification de la boîte postale (commune pour divers clients).

Cette violation de l'obligation d'information a pour conséquence que pendant la période litigieuse, il n'y a pu y avoir conclusion de contrats avec Monsieur PERSONNEI.).

La banque a commis une violation de principe des dispositions MiFID 19.2 concernant les extraits de compte :

En raison du manque d'information résultant sur ces extraits, la définition de base pour des contrats de crédit a été violée. En violation des dispositions légales applicables depuis 2007, ces extraits de compte ne sont pas clairs et peuvent induire en erreur.

La violation de l'obligation d'information a pour conséquence, qu'il n'y a pas pu y avoir conclusion de contrats pour la période litigieuse. >>

En refusant de sanctionner, sur base de ces développements de l'appelant, le comportement non transparent de la banque et le manque d'information complète du client exigées par les articles 19.1 et 19.2 de la directive 2004/39/CE, la Cour d'appel viole à son tour ces dispositions et l'arrêt doit être cassé de ce fait. ».

Réponse de la Cour

Les articles 19.1 et 19.2 de la directive 2004/39/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 sont transposées en droit luxembourgeois dans l'article 37-3, paragraphe 1, de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, tel qu'introduit par la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers et portant transposition entre autres de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE (directive MIFID).

Aux termes de l'article 10, alinéa 2, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, chaque moyen doit préciser, sous peine d'irrecevabilité, ce en quoi la partie critiquée de la décision encourt le reproche allégué.

Le moyen ne précise pas en quoi, par les motifs reproduits au moyen, les juges d'appel auraient violé les dispositions visées au moyen.

Il s'ensuit que le moyen est irrecevable.

Sur le sixième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« Tiré du défaut de base légale, en ce que la Cour d'Appel a insuffisamment motivé sa décision en fait et a négligé certaines constatations de fait qui étaient nécessaires pour statuer sur le droit.

Le défaut de base légale est défini << comme l'insuffisance des constatations de fait qui sont nécessaire pour statuer sur le droit >> (La cassation en matière civile, Jacques Boré/Louis Boré, Dalloz éd° 2009/2010).

La cassation prononcée sur ce fondement s'analyse en quelques sortes en << une demande de supplément d'instruction sur les faits adressés par le juge de cassation à la juridiction de renvoi >> (Encyclopédie DALLOZ, Procédure Verbo : Pourvoi en cassation n°526 et suivants et plus particulièrement au n° 530 qui cite un arrêt de la Cour de cassation du 22 décembre 1922, Cassation Civile 22 décembre 1922, S.1924.I.235).

La Cour de Cassation considère que << Est recevable le moyen produit en cassation qui, loin de s'attaquer à une constatation en fait, fournie par le jugement attaqué, en tire argument pour soutenir qu'après s'être livrés à cette constatation souveraine en fait, les juges du fond en ont déduit des conséquences erronées en droit. >> (Cassation 25 juillet 1902, Pasicirisie n°6, 67).

Il est de doctrine et de jurisprudence que l'insuffisance de motifs constitue un défaut de base légale.

Ainsi, serait sanctionné pour défaut de base légale, la décision dans laquelle << Le Juge a omis de procéder à une appréciation d'ensemble des éléments de preuve ou des faits constatés. De-même la souveraineté du Juge du fond pour apprécier les éléments de preuve qui lui sont soumis, et pour constater les faits, ne dispense pas celui-ci de procéder à une appréciation d'ensemble de ces faits et de ses preuves. Faute d'y procéder il entacherait sa décision d'un manque de base légale. >> (La Cassation en Matière Civile, Jacques BORE et Louis BORE, édition DALLOZ n°78113).

Le moyen comporte deux branches :

première branche du moyen

L'arrêt du 19.10.2021, tout comme l'avait d'ailleurs déjà fait la décision de première instance fait complètement abstraction d'une analyse de la documents bancaire et des opérations bancaires comptabilisées par la banque pour le demandeur pour la période du 18.09. au 20.10.2008.

La documentation bancaire pour cette période, analysée dans son intégralité dans le cadre du rapport d'expertise versé par l'appelant (pièce 14), a été ignorée.

Il convient de souligner que les opérations sur titres et les opérations de financement connexes sont toujours liées à des écritures comptables, indépendamment de la question de savoir que si le client de la banque était considéré comme client professionnel pouvant poser des actes de commerce ou comme client non professionnel et n'ayant pas la qualité pour poser des actes de commerce.

Les juges du fond présument l'existence de certaines opérations bancaires sur la période litigieuse du 18.09.2008 au 20.10.2008 ou encore la ratification de ces opérations alors que la documentation bancaire ne renseigne pas sur celles-ci.

Ont également été ignorés les échanges de courriers entre parties dont la lettre de la BANQUE1.) du 17.12.2008 et celle du 23.04.2009.

En ne tenant pas compte, dans l'analyse des faits à la base de l'affaire, de la documentation bancaire, il est évident que l'analyse de la situation en droit est incomplète et erronée.

En effet, sans analyser effectivement, complètement et correctement de la documentation bancaire, la Cour a confirmé la ratification par le demandeur en cassation d'opérations bancaires qui n'existent pas, car les écritures correspondantes sont absentes.

La décision confirme ainsi encore au demandeur en cassation la ratification d'opérations bancaires qui ne lui ont pas été proposées pour la ratification par la banque dans la documentation bancaire.

De par cette analyse incomplète des faits et des moyens de preuve fournis par le demandeur en cassation, la décision est entachée de défaut de base légale et doit être cassée.

deuxième banche du moyen

Le demandeur en cassation a précisément versé en instance d'appel une expertise d'un expert-comptable X) (pièce 14), ayant procédé à une analyse de la documentation bancaire à disposition de Monsieur PERSONNE1.).

L'arrêt est entaché de base légale en ce qu'il a arbitrairement et sans fondement refusé de prendre en considération cette pièce essentielle du dossier versée en instance et a par ailleurs également refusé l'instauration d'une expertise judiciaire.

Cette expertise a été établie par un expert-comptable officiellement agréé, obligé à la neutralité et à l'impartialité. Elle démontre notamment que l'attestation testimoniale de Monsieur PERSONNE2.) et ainsi les conclusions de la banque qui se basent sur celle-ci, sont en contradiction avec les documents de la banque et les comptabilisations de la banque.

Elle démontre que qu'il n'était pas possible pour la Banque d'avoir recours, pour financer les opérations du 18 septembre 2008, à des capitaux tiers et que le dépassement de la ligne de crédit lombard n'a pas pu être autorisé.

La Cour d'appel retient que le rapport d'expertise unilatéral contiendrait certaines erreurs sans expliquer sur quoi elle se fonde pour affirmer ce fait. Elle retient ensuite que

<< Au vu de ce qui précède, le rapport unilatéral qui contient manifestement des lacunes ou erreurs ne saurait remettre en cause les éléments du dossier. Il est à rejeter. >>

Or, à supposer même qu'en raison de son caractère unilatéral et en raison de prétendues erreurs contenues dans le rapport, celui-ci ne doive pas être prise en considération, il n'est pas suffisant, dans un Etat de droit prononcer une décision de justice sans analyser entièrement les éléments factuels, tels que en l'occurrence, la documentation de la banque. Il est alors incompréhensible pour quelle raison la Cour a refusé la demande subsidiaire du demandeur en cassation de voir instaurer une expertise judiciaire formulée explicitement dans le dispositif des conclusions récapitulatives du 2 février 2021.

Par cette décision, le demandeur s'est vu priver presque entièrement de ses moyens de preuve et ainsi sa voie de recours contre la décision de 1^{ère} instance a été anéantie.

La décision de la Cour consistant à dire que << Il n'y a pas non plus lieu de faire droit à la demande subsidiaire de l'appelant et d'instaurer une expertise judiciaire dès lors qu'il a été démontré à suffisance de droit qu'aucune faute de nature à engager la responsabilité de la Banque n'est établie >> alors que précisément l'instauration d'une telle expertise, à défaut d'accepter le rapport dorés et déjà versée au dossier par l'appelant, bancaire aurait permis de démontrer une faute de la banque, constitue une << insuffisance des constatations de fait qui sont nécessaire pour statuer sur le droit >>, partant un défaut de base légale.

L'arrêt doit donc être cassé. ».

Réponse de la Cour

Sur les deux branches du moyen réunies

Le défaut de base légale constitue un moyen de fond qui doit être rattaché à une disposition prétendument violée du fait que la décision attaquée ne constate pas tous les faits nécessaires à la mise en œuvre de cette règle de droit.

Le moyen ne précise en aucune de ses deux branches la disposition légale qui aurait été violée par la Cour d'appel.

Il s'ensuit que le moyen est irrecevable.

Sur les demandes en allocation d'une indemnité.

Le demandeur en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Il serait inéquitable de laisser à charge de la défenderesse en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient de lui allouer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

rejette la demande du demandeur en cassation en allocation d'une indemnité de procédure ;

le condamne à payer à la défenderesse en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

le condamne aux dépens de l'instance en cassation, avec distraction au profit de la société anonyme SOCIETE1.), sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le président MAGISTRAT1.) en présence du premier avocat général MAGISTRAT6.) et du greffier GREFFIER1.).

**Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation
PERSONNE1.)
contre
société anonyme BANQUE1.) SA**

Le pourvoi en cassation, introduit par PERSONNE1.) par un mémoire en cassation signifié le 21 février 2022 à la partie défenderesse en cassation et déposé au greffe de la Cour Supérieure de Justice le 22 février 2022, est dirigé contre un arrêt n° 114/21 rendu par la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en date du 19 octobre 2021 (n° 42593 du rôle). Cet arrêt a été signifié au demandeur en cassation le 25 janvier 2022.

Le pourvoi en cassation a dès lors été interjeté dans les forme et délai prévus aux articles 7 et 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation.

La partie défenderesse en cassation a signifié un mémoire en réponse le 7 avril 2022 et elle l'a déposé au greffe de la Cour le 19 avril 2022.

Ayant été signifié et déposé au greffe de la Cour dans le délai de deux mois à compter du jour de la signification du mémoire en cassation, conformément aux articles 15 et 16 de la loi précitée du 18 février 1885, ce mémoire est à considérer comme recevable.

Sur les faits et antécédents :

Par exploit d'huissier de justice du 26 juin 2009, PERSONNE1.) a fait donner assignation à la société anonyme BANQUE1.), anciennement dénommée BANQUE2.), (ci-après BANQUE1.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour l'entendre condamner à lui payer la somme de 647.172,51 euros, sinon tout autre montant supérieur, avec les intérêts légaux, et une indemnité de procédure de 10.000 euros, ainsi que pour s'entendre condamner aux frais et dépens de l'instance.

PERSONNE1.) avait, en cours d'instance, augmenté sa demande en condamnation à la somme de 1.778.735,43 euros.

La demande était basée sur la responsabilité contractuelle et plus précisément sur les articles 1134 et suivants du Code civil.

Le demandeur en cassation, qui était un client de la BANQUE1.) depuis le 26 octobre 2000, effectuait régulièrement des investissements portant sur des volumes importants moyennant un crédit lombard souscrit auprès de la BANQUE1.).

Le litige porte sur des instructions que le demandeur en cassation a données en date du 18 septembre 2008 et portant sur la vente de certains certificats et sur l'achat d'autres certificats. Le client affirme avoir donné instruction à la Banque d'annuler les opérations de vente et

d'achat en question peu de temps après avoir passé l'ordre initial. Suite à cette dernière instruction, acceptée par la Banque, il n'aurait toutefois reçu la moindre information de la Banque, mais en date du 29 septembre 2008 il se serait rendu compte que ses instructions de vente et d'achat avaient été passées simultanément (et non pas successivement, tel que demandé), donc au mépris de ses instructions et des usages et la prudence élémentaire. De ce fait, il y aurait eu un dépassement substantiel du plafond du crédit lombard et le débit de ce crédit serait passé à 3.124.812 euros. La BANQUE1.) aurait violé son obligation de diligence et failli à son obligation d'information et de conseil alors qu'il n'aurait été informé ni de l'exécution partielle et simultanée des opérations, ni du dépassement du crédit lombard, ni du résultat de ces opérations. La Banque n'aurait pas non plus pris les mesures appropriées pour rééquilibrer les différentes positions de son portefeuille et la dégradation importante des cours des titres concernés dans les semaines suivant le 18 septembre 2008 lui aurait causé une perte de valeur de son portefeuille évaluée à 637.786,39 euros. Il aurait subi un préjudice supplémentaire de 9.386,12 euros en raison de la mise en compte par la Banque d'intérêts débiteurs en relation avec le dépassement du crédit lombard.

La BANQUE1.) fit valoir qu'elle avait exécuté les ordres conformément aux instructions reçues et contestait avoir commis une faute. Elle affirma que PERSONNE1.), spéculateur averti et agressif, aurait ratifié les transactions en cause. Elle conclut que les reproches formulés étaient non fondés et sollicita le rejet de la demande. Elle demanda une indemnité de procédure de 10.000 euros.

Par jugement rendu contradictoirement en date du 28 mars 2012, le tribunal a déclaré la demande de PERSONNE1.) non fondée et a déclaré non fondée sa demande en obtention d'une indemnité de procédure. Par contre, il a été condamné à payer à la BGL une indemnité de procédure de 1.500 euros, et il a été condamné PERSONNE1.) à tous les frais et dépens de l'instance.

Par exploit d'huissier de justice du 9 août 2012, PERSONNE1.) a interjeté appel contre ce jugement pour demander à la Cour d'appel, par réformation du jugement, de dire que l'intimée a engagé sa responsabilité en raison de l'exécution non conforme de ses ordres du 18 septembre 2008, de la violation du contrat de crédit lombard et de la violation de ses obligations d'information et de conseil. Il demanda que l'intimée soit partant condamnée à lui payer le montant principalement de 1.778.735,43 euros, sinon subsidiairement de 1.721.026,12 euros, chaque fois avec les intérêts légaux.

L'appelant a réclamé une indemnité de procédure de 10.000 euros pour chaque instance et la condamnation de l'intimée aux frais et dépens.

L'intimée a demandé à ce que l'appelant soit débouté de sa demande et a réclamé une indemnité de procédure de 10.000 euros pour l'instance d'appel.

En date du 19 octobre 2021, la Cour d'appel a déclaré l'appel non fondé et a confirmé le jugement entrepris. Elle a rejeté la demande de l'appelant sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile et l'a condamné à payer à l'intimée une indemnité de procédure de 7.500 euros pour l'instance d'appel. L'appelant a encore été condamné aux frais et dépens.

Cet arrêt fait l'objet du présent pourvoi.

Sur le premier moyen de cassation :

Le premier moyen de cassation est tiré de la violation, sinon de la fausse application de l'article 1^{er} de la loi du 13 juillet 2007 ensemble avec l'annexe III de la loi modifiée du 5 avril 1993.

L'article 1^{er} de la loi du 13 juillet 2007 relative aux marchés d'instruments financiers et portant transposition de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers et transposition de l'article 52 de la directive 2006/73/CE de la Commission du 10 août 2006 portant mesures d'exécution de la directive 2004/39/CE¹ définit les termes employés dans la directive et comporte notamment la définition de différentes catégories de clients, dont le client professionnel (*1 quater*) et le client de détail (*1 ter*) qui est un « *client autre qu'un client professionnel* ».

Aux termes de l'article 1^{er} *1 quater*) de ladite loi, un client professionnel est « *un client qui possède l'expérience, les connaissances et la compétence nécessaires pour prendre ses propres décisions d'investissement et évaluer correctement les risques encourus. Pour pouvoir être considéré comme un client professionnel, le client doit satisfaire aux critères énoncés dans l'annexe III de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.* »

L'annexe III de ladite loi du 5 avril 1993 énumère dans sa section A les clients qui sont qualifiés d'office comme clients professionnels et dans sa section B les clients pouvant être traités comme des clients professionnels à leur propre demande, s'ils répondent aux critères définis au point 1 et en suivant la procédure prévue au point 2 de la même section. Ces clients peuvent alors renoncer à une partie de la protection que leur offrent les règles de conduite imposées aux établissements de crédit et aux PSF.

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir considéré le demandeur en cassation comme un client non professionnel, mais d'avoir « requalifié » son statut juridique en retenant qu'il avait néanmoins posé des actes de commerce.

Le moyen procède d'une lecture erronée de l'arrêt attaqué, qui n'a aucunement considéré le demandeur en cassation comme un client professionnel, et n'a donc pas « *requalifié le statut juridique de Monsieur PERSONNE1.) dans sa relation avec la banque* », mais qui a considéré que Monsieur PERSONNE1.), en tant que client non professionnel, a pu accomplir des actes de commerce.

Le moyen manque en fait.

Subsidiairement :

L'arrêt entrepris a déduit du constat que le demandeur en cassation accomplissait des actes de commerce que, pour ce qui est du régime des preuves, les règles sur la liberté des preuves en matière commerciale s'appliquent, de sorte que l'article 1341 du Code civil ne s'applique pas et que la banque peut prouver par tous moyens.²

¹ Mémorial A n°116 de 2007

² Arrêt du 19 octobre 2021, page 24, 2^e paragraphe

Le moyen n'indique pas en quoi la qualification du demandeur en cassation en tant que client non professionnel aurait dû avoir une incidence sur le régime des preuves et en quoi il y aurait eu une violation des dispositions visées au moyen. Le moyen se limite à faire valoir que « *les parties ont appliqué les conditions générales de la banque prévoyant la nécessité d'une preuve par écrit* », invoquant ainsi une violation des conditions générales.

Aux termes de l'article 10 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, le mémoire doit contenir les conclusions dont l'adjudication est demandée. En l'espèce, l'exposé du moyen n'indique pas en quoi la qualification comme client non professionnel au sens de la loi précitée du 13 juillet 2007 aurait dû avoir une incidence sur le régime des preuves, empêchant l'application des règles sur la liberté des preuves en matière commerciale.

Le moyen est dès lors irrecevable pour ne pas contenir les indications requises par l'article 10 de la loi précitée du 18 février 1885.

Sur le deuxième moyen de cassation:

Le deuxième moyen est tiré d'une violation, sinon de la fausse application de l'article 1108 du Code civil, ensemble avec l'article 1134 du Code civil.

L'article 1108 du Code civil dispose :

« Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:

- *le consentement de la partie qui s'oblige;*
- *sa capacité de contracter;*
- *un objet certain qui forme la matière de l'engagement;*
- *une cause licite dans l'obligation. »*

L'article 1134 du même code dispose :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.

Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

Le moyen invoque, d'une part, l'article 1108 du Code civil, qui a trait aux conditions de validité des contrats, et, d'autre part, l'article 1134 du Code civil qui a trait à la force obligatoire des conventions, partant deux cas d'ouverture distincts.

Etant donné que l'article 10 de la loi du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation exige, sous peine d'irrecevabilité, que chaque moyen n'invoque qu'un seul cas d'ouverture, le moyen est irrecevable.

Subsidiairement :

Le moyen fait grief à l'arrêt entrepris d'avoir retenu à tort que les opérations effectuées suite aux instructions données en date du 18 septembre 2008, auraient été ratifiées par le demandeur en cassation.

Sous le couvert d'une violation des articles 1108 et 1134 du Code civil, le moyen ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation, par les juges du fond, des circonstances de fait de nature à établir la ratification des opérations litigieuses, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Le moyen ne saurait être accueilli.

Sur le troisième moyen de cassation:

Le troisième moyen de cassation est tiré d'une violation de l'article 1341 du Code civil.

L'article 1341 du Code civil dispose :

« Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de tous actes juridiques portant sur une somme ou valeur excédant celle qui est fixée par règlement grand-ducal, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre. »

Le moyen est articulé en deux branches.

La première branche fait grief à l'arrêt dont pourvoi d'avoir qualifié erronément le client PERSONNE1.) comme professionnel pouvant poser des actes de commerce et d'avoir admis comme moyen de preuve l'attestation testimoniale versée par la défenderesse en cassation.

Tel qu'exposé dans le cadre du premier moyen, cette branche procède d'une lecture erronée de la décision entreprise dans la mesure où les juges d'appel n'ont pas qualifié le demandeur en cassation comme client professionnel, mais ils ont constaté qu'en tant que client non professionnel il a posé des actes de commerce.

Le moyen manque en fait.

Subsidiairement :

Cette branche n'indique pas en quoi la qualification du demandeur en cassation en tant que client non professionnel aurait dû avoir comme conséquence que celui-ci ne pouvait pas poser des actes de commerce et en quoi cette qualification aurait dû avoir une incidence sur le régime des preuves.

Cette branche n'indique partant pas en quoi l'arrêt attaqué encourt le reproche allégué.

La première branche du moyen est irrecevable.

La deuxième branche du moyen fait grief à la décision dont pourvoi d'avoir ignoré complètement la documentation bancaire pour la période susmentionnée, d'avoir refusé de prendre en compte l'expertise portant sur cette documentation bancaire, et d'avoir rejeté également la demande d'une expertise judiciaire sur la documentation bancaire.

Sous le couvert de la violation de l'article 1134 du Code civil, la seconde branche ne tend qu'à remettre en discussion l'appréciation, par les juges du fond, des éléments de preuve leur soumis, appréciation qui relève de leur pouvoir souverain et échappe au contrôle de la Cour de cassation.

Le moyen ne saurait être accueilli.

Subsidiairement :

Il ressort de la motivation de l'arrêt attaqué que la Cour d'appel a pris en considération la **documentation bancaire** :

« La Cour constate que l'appelant n'a à aucun moment fait état d'une quelconque erreur contenue dans la documentation bancaire. Il expose exclusivement qu'il n'aurait pas reçu, respectivement qu'il aurait reçu tardivement cette documentation et qu'il n'aurait donc pas pu ratifier les opérations y renseignées.

Il découle des développements ci-dessus que le moyen tiré d'une communication tardive ou incomplète de la documentation bancaire n'est pas fondé.

Dans le dispositif de ses conclusions récapitulatives, l'appelant demande à voir « considérer que dans les faits la Banque n'a pas demandé, à compter du 20.09.08, la ratification, sous quelque forme que ce soit, des opérations sur titres et la gestion de son compte par l'appelant ».

Il demande de même à voir « considérer encore que la banque n'a pas proposé jusqu'à ce jour pour ratification à l'appelant la violation de la convention de compte dans un document susceptible de ratification, document pour l'exactitude duquel la banque est responsable ».

Ces moyens sont à rejeter comme non fondés alors que, donné dans le cadre de l'article 60 des conditions générales invoqué par l'appelant, la Banque n'est pas tenue de « demander » ou de « proposer » une ratification par le client des ordres que celui-ci lui a donnés.

PERSONNE1.) conteste toute ratification des opérations litigieuses dans son chef et souligne que le service juridique de la Banque ne lui a envoyé « la documentation bancaire » qu'en date du 17 décembre 2008 donc deux mois après la fin de la période de ratification et que de surcroît ces documents n'indiqueraient pas l'annulation de la vente des titres SOCIETE2.). Il en déduit que les déclarations de PERSONNE2.) dans son attestation testimoniale seraient fausses. Tel que déjà indiqué ci-dessus, il reste cependant en défaut d'établir cette affirmation qui est contredite par l'enquête minutieuse ayant aboutie à l'ordonnance de la chambre du conseil, confirmée par l'arrêt de la Cour dans le cadre de la plainte pour faux témoignage déposée par l'appelant contre PERSONNE2.).

Il ressort des développements ci-dessus que la documentation bancaire relative aux ordres du 18 septembre 2008 a été mise à disposition de l'appelant dès le 22 septembre 2008. Il en

découle, qu'abstraction du fait qu'il ne pouvait déjà pas ignorer que l'exécution de ces ordres allait entraîner un dépassement de la limite de son crédit, il en fût également informé par la Banque alors qu'il a procédé à la régularisation de ce dépassement en date du 29 septembre 2008.

Le moyen basé sur un envoi tardif de la documentation bancaire est à déclarer non fondé.

Le jugement entrepris est donc à confirmer en ce qu'il a retenu que « le requérant ne peut valablement affirmer n'avoir pas été au courant de la situation de son compte ».

La preuve de la ratification par PERSONNE1.) incombe à la Banque.

L'appelant affirme que cette preuve n'est pas rapportée.

Il ressort des développements qui précèdent que la Banque a correctement exécuté les instructions lui données par l'appelant. Après avoir été informé de leur exécution (partielle), l'appelant a maintenu ses investissements dans les certificats BANQUE3.) et a vendu les titres BANQUE4.) le 29 septembre 2008. Il n'a à l'époque pas contesté le dépassement de sa ligne de crédit mais a au contraire régularisé la situation de sa propre initiative le 29 septembre 2008. Par ailleurs, toujours sans contester dans la moindre mesure l'exécution des ordres, il a réalisé de nouvelles opérations sur d'autres titres au début du mois d'octobre 2008 et a également demandé un découvert supplémentaire de 1.000.000 euros.

L'ensemble de ces éléments (i.e. remboursement du dépassement, poursuite d'opérations, demande d'une nouvelle extension de la ligne de crédit), qui se sont déroulés après que l'appelant ait eu les informations relatives à l'exécution de ses ordres du 18 septembre 2008 et celles relatives au dépassement temporaire de son crédit lombard, établissent que PERSONNE1.) a dûment ratifié les transactions faisant l'objet du présent litige.

Le jugement entrepris est dès lors également à confirmer en ce qu'il a retenu que PERSONNE1.) a, pour les moins tacitement, ratifié les opérations réalisées dans le cadre de l'exécution de ses instructions du 18 septembre 2008. »

La seconde branche manque en fait, en ce qui concerne le défaut de prise en considération de la documentation bancaire.

En ce qui concerne le **rapport d'expertise unilatéral** versé par le demandeur en cassation et la demande d'une **nouvelle expertise judiciaire**, il ne s'agit pas d'écrits au sens de l'article 1341 du Code civil, de sorte que la disposition visée au moyen est étrangère au grief formulé. Pour ce volet, la seconde branche est partant irrecevable.

Plus subsidiairement :

L'arrêt entrepris a rejeté le rapport d'expertise unilatéral et refusé d'ordonner une nouvelle expertise judiciaire pour les motifs suivants :

« Il convient encore de statuer sur la demande de la Banque tendant au rejet rapport d'expertise unilatéral versé par l'appelant.

L'appelant se base sur cette expertise pour établir que la Banque n'avait pas demandé des accords de financement des opérations sur titre et l'absence d'indication de la violation de la convention de compte (points 1 et 1.1. dudit rapport).

L'expert unilatéral chargé par l'appelant a travaillé sur base de certaines pièces lui remises par ce dernier. La Cour ignore si l'ensemble de la documentation bancaire a été soumis à l'expert ou si celui-ci s'est prononcé après une analyse partielle des documents. Elle constate toutefois que l'expert a manifestement commis des erreurs en critiquant la Banque de ne pas avoir précisé sur l'extrait une mention relative sur l'exécution partielle des ventes BANQUE4.).

Il se trompe encore en retenant qu'il n'y a pas eu d'achats de titres BANQUE5.) le 2 octobre 2008 alors que l'opération a été comptabilisée le 3 octobre avec la valeur 3 octobre.

Au vu de ce qui précède, le rapport unilatéral qui contient manifestement des lacunes ou erreurs ne saurait remettre en cause les éléments du dossier. Il est à rejeter.

Il n'y a pas non plus lieu de faire droit à la demande subsidiaire de l'appelant et d'instaurer une expertise judiciaire dès lors qu'il a été démontré à suffisance de droit qu'aucune faute de nature à engager la responsabilité de la Banque n'est établie. »

En rejetant un élément de preuve leur soumis et en refusant d'ordonner une mesure d'instruction demandée, sur la base de motifs suffisants, les juges du fond ont agi dans les limites de leur pouvoir souverain d'appréciation dont l'exercice échappe au contrôle de votre Cour.

Le moyen ne saurait être accueilli.

Sur le quatrième moyen de cassation :

Le quatrième moyen de cassation est tiré de la violation de l'article 1134 du Code civil, qui dispose :

« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

Le moyen fait grief à l'arrêt dont pourvoi d'avoir mal interprété le récépissé signé par le demandeur en cassation en date du 20 octobre 2010 concernant la réception de la documentation bancaire reçue, et notamment la circonstance qu'aucune des deux cases prévues sur ce document n'ont été cochées.

Le récépissé en question ne constitue pas une convention au sens de l'article 1134 du Code civil, de sorte que la disposition visée au moyen est étrangère au grief allégué.

Le moyen est irrecevable

Subsidiairement :

Sous le couvert du grief d'une violation de l'article 1134 du Code civil, le demandeur en cassation ne tend qu'à remettre en discussion l'interprétation des éléments de preuve qui relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Le moyen ne saurait être accueilli.

Sur le cinquième moyen de cassation :

Le cinquième moyen de cassation est tiré de la violation des articles 19.1 et 19.2 de la directive 2004/39/CE du Parlement et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers.

Les directives sont des actes adressés aux États membres qui doivent être transposés en droit national. Pourtant, la Cour de Justice de l'Union européenne leur reconnaît dans certains cas un effet direct afin de protéger les droits des particuliers. Ainsi, la Cour a établi dans son arrêt *van Duyn contre Home Office*³ qu'une directive a un effet direct si elle est claire, précise et inconditionnelle, et si l'État membre de l'UE n'a pas transposé la directive dans les délais.

Cependant, l'effet direct ne peut être que de nature verticale: les directives s'imposent aux États membres de l'UE, mais ne peuvent pas être invoquées par les États membres de l'UE contre un particulier⁴ et une disposition ne peut pas engendrer d'obligations à charge d'une personne privée, ce qui exclut le droit de s'en prévaloir à son encontre.⁵

Selon la Cour de Justice, seul un acte national d'exécution de la directive est susceptible de générer des obligations à charge des personnes privées. Ainsi une directive n'a en principe pas d'effet direct horizontal et ne saurait trouver application dans un litige entre personnes privées.

Or, le moyen n'invoque pas une violation de la loi nationale transposant la directive 2004/39/CE, mais est tiré de la violation des dispositions de ladite directive.

Les dispositions visées au moyen ne sont pas applicables au litige, de sorte que le moyen est irrecevable.

Sur le sixième moyen de cassation :

Le sixième moyen de cassation est tiré du défaut de base légale et est articulé en deux branches.

³ arrêt CJUE du 4 décembre 1974, 41/74

⁴ arrêt CJUE *Tullio Ratti* du 5.4.1979, 148/78

⁵ Notamment :arrêt CJUE *David Smith* du 7.8.2018, C-122/17, point 42 : « Il n'en demeure pas moins que la Cour a également jugé de manière constante qu'une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations pour un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle contre lui (voir, notamment, arrêts du 26 février 1986, *Marshall*, 152/84, EU:C:1986:84, point 48 ; du 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:292, point 20, ainsi que du 5 octobre 2004, *Pfeiffer e.a.*, C-397/01 à C-403/01, EU:C:2004:584, point 108). En effet, étendre l'invocabilité d'une disposition d'une directive non transposée, ou incorrectement transposée, au domaine des rapports entre les particuliers reviendrait à reconnaître à l'Union européenne le pouvoir d'édicter avec effet immédiat des obligations à la charge des particuliers, alors qu'elle ne détient cette compétence que là où lui est attribué le pouvoir d'adopter des règlements (voir, en ce sens, arrêt du 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, EU:C:1994:292, point 24). »

Le moyen fait grief à la Cour d'appel d'avoir insuffisamment motivé sa décision en fait et d'avoir négligé certaines constatations de fait qui étaient nécessaires pour statuer sur le droit.

Le défaut de base légale se définit comme l'insuffisance des constatations de fait qui sont nécessaires pour statuer sur le droit. Il s'agit d'un vice de fond qui suppose l'indication du texte de fond dont l'une des conditions d'application n'a pas été caractérisée.⁶

Le moyen qui n'indique aucun cas d'ouverture par référence à un texte de loi, est irrecevable dans ses deux branches.⁷

Conclusion

Le pourvoi est recevable, mais non fondé.

Pour le Procureur Général d'Etat,
Le premier avocat général

MAGISTRAT7.)

⁶ Jacques et Louis Boré, La cassation en matière civile, Dalloz, 5e éd. 2015/2016, n° 78.31

⁷p.ex. Cass. n° 11/11 du 10.2.2011, n° 2821 du registre (2e moyen) ; Cass. n°40/16 du 21.4.2016, n° 3632 du registre ; Cass. n° 88/2022 du 16.06.2022, n° CAS-2021-00095 du registre (2° moyen)