

Arrêt N° 158/16 - IX - COM

Audience publique du quinze décembre deux mille seize

Numéro 40012 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Alain THORN, premier conseiller,
Danielle SCHWEITZER, conseiller,
Josiane STEMPER, greffier.

E n t r e :

la société anonyme **AA.)** (anciennement ...), établie et ayant son siège social à (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER, en remplacement de l'huissier de justice Carlos CALVO de Luxembourg, du 17 avril 2013,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, inscrite au barreau de Luxembourg, représentée aux fins des présentes par Maître Glenn MEYER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

BB.), demeurant à (...),

intimé aux fins du prédit exploit,

comparant par Maître Jerry MOSAR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit d'huissier de justice signifié le 7 janvier 2010, BB.) a fait donner assignation à la société anonyme AA.) (ci-après AA.) ou la Banque) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, sous le régime de la procédure civile, aux fins de l'entendre condamner « à restituer au requérant la somme de 3.000.000,- € à majorer des intérêts judiciaires à compter de la date de réalisation du portefeuille au 2 août 2007 contre la reprise des titres composant actuellement le portefeuille titre du requérant », et de l'entendre condamner à lui payer une indemnité de procédure de 10.000 euros.

Par jugement rendu le 25 octobre 2012, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a déclaré la demande recevable et partiellement fondée. Les juges de première instance ont condamné AA.) à restituer à BB.) la somme de 1.000.000 d'euros à majorer des intérêts légaux, en contrepartie de la reprise par AA.) des titres *BNP/Phoenix 2Xon AA.) 3Y*, acquis le 7 août 2007 pour le compte du demandeur. Ils ont encore condamné AA.) à payer à BB.) une indemnité de procédure de 1.500 euros et déclaré la demande de ce dernier infondée pour le surplus.

Pour statuer ainsi, les juges du premier degré ont considéré en substance :

- que les parties étaient liées par un contrat de mandat et que la défenderesse, agissant comme mandataire dans le cadre des opérations de bourse, était tenue d'une obligation de renseignement et de conseil envers son client, laquelle obligation était qualifiée « de moyens »,
- que, sur les trois ordres d'achat critiqués datés, le premier, du 2 août 2007 et, les deux autres, du 21 août 2007, seul le premier ordre d'achat avait donné lieu à une faute de la banque de nature à engager sa responsabilité et qu'en ce qui concerne ce premier ordre d'achat, AA.) avait effectué une opération irrégulière, insusceptible d'être confirmée par approbation tacite, faute par celle-ci d'établir que BB.) lui avait donné l'instruction d'investir la somme d'un million d'euros dans un produit à capital protégé,
- qu'en ce qui concerne les deux ordres subséquents, dont il est relevé qu'ils portaient sur des produits à capital garanti, le demandeur restait en défaut d'établir qu'ils n'étaient pas conformes à la solution d'investissement souhaitée et aux instructions données à la banque et que cette dernière avait, de son côté, prouvé à suffisance avoir délivré au client toutes les informations requises quant à la nature des investissements envisagés et quant aux risques encourus.

Par exploit d'huissier de justice signifié le 17 avril 2013, AA.) a régulièrement interjeté appel contre ce jugement, signifié en date du 15 mars 2013.

Moyens de l'appelante

Selon AA.) , un premier entretien a eu lieu le 1^{er} août 2007 au siège de AA.) entre BB.) et son gestionnaire de compte, CC.) . Ce dernier, ayant constaté

que le produit structuré garanti « BNP Paribas 6 Years EMNTN on Index basket » avait connu une progression intéressante du fait d'une plus-value latente d'environ 30 %, aurait proposé à l'intimé de liquider ce produit et de réemployer les fonds ainsi obtenus pour effectuer de nouveaux investissements plus diversifiés. Lors de cet entretien qui aurait duré environ quatre heures, le banquier aurait expliqué les avantages, les désavantages et les risques d'une diversification du portefeuille ainsi que la différence entre un placement à capital garanti et un placement à capital simplement protégé. Il aurait finalement suggéré au client de procéder à la souscription de trois produits différents : deux produits à capital garanti avec un horizon à moyen terme et un produit à capital protégé, assorti d'un *double airbag* avec un horizon à court terme.

Selon AA.) , il aurait été décidé de diviser le capital à placer en trois portions : deux tiers du montant seraient investis dans des produits à capital garanti et un tiers dans un produit à capital protégé, mieux rémunéré. La réunion aurait ensuite été suspendue jusqu'au lendemain pour permettre au client de réfléchir à l'ensemble des solutions proposées et d'analyser les différents mécanismes et autres informations dont il avait pris connaissance ce jour-là. Le lendemain, BB.) aurait signé deux ordres : un premier ordre concernant la vente du produit structuré garanti et un deuxième ordre contenant la mention « *veuillez souscrire une ligne double Airbag sur le titre ... (blanc)...pour 1 million d'euros* ». Tout en contenant la précision « *une ligne double Airbag ...* », l'ordre en question aurait laissé un blanc à la place du nom de l'émetteur du titre à acheter. Il aurait été convenu que la Banque inscrirait ce nom après avoir pris des renseignements en salle des marchés et que le choix final se ferait entre la DD.) et AA.) , deux banques auprès desquelles l'intimé était client. L'appelante affirme avoir renseigné le client sur les deux titres. Le choix final se serait porté sur le sous-jacent AA.) , à l'occasion d'un entretien téléphonique ultérieur, sur base des renseignements pris au sein de la banque par CC.) .

Une troisième réunion aurait eu lieu à Paris, en date du 21 août 2007. Lors de cette réunion, l'intimé aurait reçu plusieurs documents ayant trait, d'une part, au placement réalisé dans le produit non-garanti et, d'autre part, à différentes possibilités de placement dans des produits à capital garanti. AA.) souligne que les propositions écrites relatives aux produits garantis renseignaient toutes clairement la maturité (ou date de remboursement) des investissements. L'intimé aurait, lors de cette même réunion, signé deux ordres d'achat pour un million d'euros chacun : 1 million d'euros pour l'achat du produit appelé « *Protector BULL* » dont la maturité était, aux termes de la proposition écrite, de six ans, et 1 million d'euros pour l'achat du produit appelé « *Airbag capital garanti* », dont la maturité était, aux termes de la proposition écrite, de sept ans. Pour preuves de ses dires, la Banque se prévaut des ordres d'achat signés par BB.) , les 2 et 21 août 2007, et d'une attestation testimoniale établie le 7 mai 2013 par CC.) .

AA.) soutient que les produits souscrits s'inscrivaient dans le cadre d'un processus de diversification du portefeuille voulu par le client et qu'ils

correspondaient exactement à ce qui avait été convenu lors des différentes réunions du mois d'août 2007.

La partie appelante conclut à la réformation du jugement entrepris et au rejet de l'intégralité des prétentions de BB.) .

Elle soutient avoir correctement exécuté les ordres d'achat donnés par le client en août 2007. La Banque se serait, en tout point, conformée aux instructions de BB.) .

A supposer que les ordres d'achat n'aient pas été exécutés correctement, cette faute ne revêtirait pas les caractères d'une faute grave. L'appelante se prévaut à cet égard de l'article 18 des conditions générales aux termes duquel la responsabilité de la Banque ne peut être retenue que pour faute grave. Pareille faute grave ne serait donnée, selon l'appelante, qu'en présence d'une « *faute tellement grossière et tellement excessive qu'elle rend le débiteur inexcusable* ». Or, une telle faute grave laisserait d'être prouvée par la partie BB.) .

Plus subsidiairement, à supposer que la Cour considère que AA.) ait commis une faute grave, il y aurait lieu de retenir que l'intimé a ratifié les opérations litigieuses. En omettant d'adresser à l'appelante une réclamation moins de trente jours après la date d'envoi des relevés mentionnant les conditions des placements litigieux, l'intimé les aurait tacitement ratifiés, en application de l'article 10 des conditions générales et de l'article 1998, alinéa 2 du Code civil. La circonstance que l'intimé et l'appelante aient convenu d'une domiciliation de correspondance ne permettrait nullement à l'intimé d'invoquer son ignorance des relevés mis à sa disposition dans les locaux de la Banque pour faire échec à l'effet d'approbation tacite des opérations y mentionnées découlant de l'article 10 des conditions générales, et cela en vertu de l'article 21 des mêmes conditions générales.

Plus subsidiairement encore, l'appelante conteste sa responsabilité au motif que le dommage invoqué par l'intimé aurait été causé par la faute de ce dernier.

AA.) fait valoir que la partie adverse est restée en défaut de la contacter pendant les huit mois qui ont suivi l'ordre d'achat du 2 août 2007 pour s'enquérir des suites y réservées. La Banque soutient que si le client l'avait avertie, dans un délai rapproché, de la prétendue mauvaise exécution de son ordre, elle aurait été en mesure de procéder à une correction, à une époque où le produit n'avait encore subi qu'une faible baisse de valeur. En omettant de ce faire, l'intimé aurait commis une faute grave à l'origine du dommage invoqué. La faute grave de l'intimé exclurait toute responsabilité de la partie appelante.

Encore plus subsidiairement, AA.) demande à la Cour de dire que l'intimé a manqué à son obligation de minimiser son préjudice. L'appelante fait valoir qu'en avril 2008, au moment où l'intimé a, pour la première fois, selon elle, contesté l'investissement dans le produit non-garanti BNP/PHOENIX 2X ON

AA.) 3Y, ledit produit était encore valorisé à hauteur de 575.000 euros. En décidant néanmoins de le conserver et donc de spéculer sur une hausse future, BB.) aurait méconnu son obligation de minimiser son préjudice de sorte que AA.) ne saurait être condamnée à supporter la baisse de valeur subie sur ce produit, après le mois d'avril 2008.

En dernier ordre de subsidiarité, l'appelante soutient que les avoirs dont il s'agit se trouvent sur un compte-joint n° 324938 et que BB.) n'a pas prouvé être « *le (seul) propriétaire de ces avoirs* », de sorte que ce dernier resterait en défaut d'établir un dommage personnel. AA.) fait valoir que si la convention de compte-joint permet à chacun des co-titulaires d'actionner le compte et de disposer librement des avoirs y déposés, cette circonstance ne rend pas pour autant le co-titulaire propriétaire de ces avoirs, le pouvoir de donner des ordres ne se confondant pas avec la propriété des avoirs. Or, en l'espèce, BB.) ne prouverait pas qu'il est le propriétaire des avoirs ni *a fortiori* qu'il en est le seul propriétaire et que ceux-ci n'appartiennent pas à son épouse, l'autre co-titulaire du compte-joint.

Suite à l'appel incident formé par BB.) , AA.) s'est estimée victime d'une procédure abusive et vexatoire et a formé à l'encontre de BB.) une demande en allocation de dommages et intérêts d'un montant de 10.000 euros, sur base de l'article 6-1 du Code civil.

Moyens de l'intimé

L'intimé, de son côté, affirme qu'à l'occasion des entrevues à Luxembourg, en date des 1^{er} et 2 août 2007, son conseiller lui aurait révélé la progression intéressante de son portefeuille et lui aurait suggéré de réaliser le produit structuré qu'il détenait dans le but de replacer le produit de la vente dans d'autres produits. Son interlocuteur n'aurait pas été en mesure de lui faire des propositions concrètes et il se serait contenté d'évoquer la multitude de produits existants et susceptibles de lui convenir. BB.) n'aurait pas formulé d'intention précise quant aux investissements à effectuer, mais aurait répété à d'itératives reprises à son interlocuteur qu'il souhaitait procéder à des placements à capital garanti, sur une durée inférieure à trois ou maximum quatre ans. Ce dernier lui aurait alors fait signer deux documents « en blanc » et il aurait été convenu que ces documents seraient complétés ultérieurement par la Banque. BB.) conteste énergiquement avoir été informé sur la différence entre un produit à capital garanti et un placement à capital protégé. Il n'aurait pas davantage été averti sur les risques encourus par les différents placements envisagés.

L'intimé conteste avoir reçu une quelconque documentation, à l'occasion de la réunion du 21 août 2007, à Paris. La question du emploi de l'argent n'y aurait pas été abordée. L'intimé aurait quitté la France quelques jours plus tard et n'aurait plus reçu aucune nouvelle de son banquier, de sorte qu'il lui aurait demandé des informations sur les placements opérés dans plusieurs courriers électroniques, envoyés les 18 novembre 2007, 8 décembre 2007 et 29 mars 2008. Or, la première réponse tant soit peu précise daterait du 1^{er}

avril 2008. Ce ne serait qu'à la lecture de cette réponse qu'il aurait pris connaissance du type de produits réinvestis par la banque avec l'argent de la vente de son placement précédent et qu'il se serait rendu compte de l'importante diminution de valeur de son portefeuille. En outre, l'intimé aurait été surpris de constater que les produits structurés composant son portefeuille ne correspondaient pas à ce qui avait été convenu au mois d'août 2007, puisqu'un des placements avait été effectué dans un produit à capital non garanti et, les deux autres, dans des produits à capital certes garanti, mais avec des échéances fixées à cinq et sept ans, au lieu des trois à maximum quatre ans stipulés en août 2007.

L'intimé aurait immédiatement fait part de ses observations à la Banque et se serait plaint des investissements réalisés. Dans un courrier daté du 16 octobre 2008, la Banque aurait décliné toute responsabilité au motif que les produits structurés en question auraient été acquis conformément aux instructions écrites du client. BB.) aurait contesté cette version des faits et rappelé n'avoir donné aucune instruction précise et formelle, sauf à préciser que les investissements devaient porter sur des produits à capital garanti, sur une période inférieure à quatre ans.

En dépit de plusieurs courriers de réclamation, AA.) aurait maintenu son refus d'indemnisation de sorte que BB.) se serait vu contraint d'agir en justice.

Ce dernier reproche à la Banque d'avoir méconnu ses instructions d'investissement et de lui avoir causé un dommage. Il lui reproche, en outre, d'avoir manqué à son obligation d'information et de conseil en omettant de l'éclairer sur les produits dont l'acquisition était envisagée et particulièrement sur les risques encourus par l'acquisition d'un produit à capital protégé et d'avoir omis de lui communiquer, dans un délai rapproché, toutes informations utiles concernant les opérations effectuées et la situation effective du portefeuille.

L'intimé conclut au rejet de l'appel et à la confirmation du jugement entrepris en ce qu'il a condamné la partie adverse à lui payer la somme d'un million d'euros outre les intérêts de retard, sauf à préciser que cette condamnation intervient contre la reprise des actions AA.) attribuées au concluant suite à la conversion des titres BNP/PHOENIX 2X ON AA.) 3Y, et non contre la reprise de ces derniers aujourd'hui convertis.

D'autre part, BB.) forme régulièrement appel incident et demande à la Cour de rétablir les choses dans leur pristin état en condamnant la partie adverse à lui restituer la somme de deux millions d'euros outre les intérêts de retard à compter du 24 août 2011, contre la reprise des titres ML / WORLD INDEX / EMTN et IXIS / AIRBAGKG SX5E / EMTN ou leur équivalent, en cas de conversion de ceux-ci avant la date de l'arrêt à intervenir. Il demande encore la condamnation de la partie adverse à lui rembourser les frais de tenue de compte relatifs aux produits financiers qu'il affirme ne pas avoir voulus, relatifs à la période du 7 août 2007 au 1^{er} septembre 2014, ces frais étant évalués *ex aequo et bono* au montant de 2.500 euros.

L'intimé estime pouvoir établir les instructions données à la Banque par toute voie de droit, contrairement à la Banque qui, sur ce point, serait limitée à la preuve écrite.

Ce serait à juste titre que les juges du premier degré ont considéré que l'ordre du 2 août 2007 a été rédigé par la Banque et qu'au regard de son manque de précision, celle-ci a fait preuve de négligence.

BB.) reproche cependant aux juges du premier degré de ne pas avoir appliqué le même raisonnement aux deux ordres d'achat subséquents datés du 21 août 2007, lesquels ordres d'achat manqueraient pareillement de la précision requise.

L'intimé soutient que la Banque aurait en outre manqué à son obligation d'information dans la phase postérieure à l'acquisition des titres en omettant, pendant environ huit mois, de lui donner la moindre information sur les opérations réalisées alors pourtant que l'intimé se serait plusieurs fois adressé à AA.) pour tenter d'obtenir des informations sur les placements en cours, et cela par courriels envoyés les 18 novembre 2007, 8 décembre 2007 et 29 mars 2008.

BB.) conclut au rejet du moyen tiré de la ratification tacite au motif que l'absence de protestation dans les délais prévus, suite à la délivrance des relevés bancaires mentionnant les opérations litigieuses, ne serait pas de nature à valoir ratification tacite de celles-ci et qu'étant domicilié à Madagascar, il n'aurait pas eu connaissance des relevés mis à sa disposition au siège de AA.) à Luxembourg.

Selon l'intimé, la Banque aurait encore commis une faute dans la sélection des produits souscrits. Il soutient notamment que, dans la sélection des quelques sous-jacents attachés aux produits litigieux, la partie AA.) a choisi deux titres propres à son institution, tablant sur des revenus tirés non seulement de la constitution du produit structuré mais également sur la promotion du cours des actions de AA.) , faisant ainsi fi du conflit d'intérêts qui était le sien.

Concernant le moyen tiré par l'appelante de l'obligation de minimiser le préjudice, l'intimé estime qu'il ne lui appartenait pas de donner à l'appelante des instructions par rapport à des produits que cette dernière n'avait pas reçu l'ordre d'acheter.

Quant au moyen tiré du défaut de preuve de la propriété exclusive des avoirs du compte-joint, l'intimé soutient que la banque l'a toujours considéré comme son seul interlocuteur, se satisfaisant largement de ses seules instructions. En tout état de cause, il conviendrait de faire application des prescriptions relatives au mandat tacite, édictées à l'article 1421-1 du Code civil.

Dans le dernier état de ses conclusions, la partie intimée demande acte qu'elle réduit sa demande en restitution, telle que présentée en ordre

principal, jusqu'à concurrence de deux millions d'euros, les montants initialement investis dans les produits à capital garanti, ML/WORLD INDEX/EMTN et IXIS/AIRBAGKG SX5E/EMTN, lui ayant entre-temps été remboursés, mais elle conclut à la condamnation de la partie adverse à lui payer la somme de 256.958,33 euros, correspondant aux intérêts de retard entre le 24 août 2011 et le 30 septembre 2013, calculés sur la somme d'un million d'euros, au titre de réparation du dommage relatif au remboursement tardif de la contrevaletur des titres ML/WORLD INDEX/EMTN ainsi que la somme de 289.194,44 euros, correspondant aux intérêts de retard entre le 24 août 2011 et le 15 septembre 2014, calculés sur la somme d'un million d'euros, au titre de réparation du dommage relatif au remboursement tardif de la contrevaletur des titres IXIS/AIRBAGKG SX5E/EMTN.

BB.) demande à la Cour, principalement, de déclarer la demande de AA.) en dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire irrecevable au motif qu'il s'agit d'une demande nouvelle, prohibée par l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile et, subsidiairement, de la déclarer infondée au motif que l'intimé n'a fait qu'un usage normal de son droit d'agir en justice.

Motifs de la décision

Il est constant en cause que les parties litigantes n'étaient pas liées par une convention de gestion de portefeuille. Les parties étaient liées, en l'espèce, par un contrat de dépôt auquel est venu s'ajouter ponctuellement un mandat portant sur l'exécution d'ordres d'achat ou de vente de valeurs mobilières.

En pareil cas, le banquier est tenu, d'une part, d'exécuter scrupuleusement les ordres reçus et, d'autre part, de donner à son client des informations et des conseils dont la nature et l'étendue sont cependant fonction des circonstances de la cause et notamment du degré de qualification du client et du degré de technicité et de risque de l'opération envisagée.

En l'espèce, BB.) reproche à AA.) une faute dans l'exécution des trois ordres d'achat et un manquement à son obligation d'information et de conseil.

La Banque estime avoir correctement exécuté les instructions du client et se prévaut à cet effet des trois ordres écrits de BB.) , datés respectivement du 2 août 2007 (cf. pièce n° 8 de la farde I de l'appelante) pour ce qui concerne l'ordre d'achat du produit à capital protégé et du 21 août 2007 (cf. pièce n° 12 de la farde I de l'appelante) pour ce qui concerne l'achat des deux produits à capital garanti.

Le premier ordre signé de la main de BB.) est conçu comme suit : « *Veillez souscrire une ligne de double AIRBAG sur le titre AA.) pour 1 million d'euros.* »

Le deuxième ordre signé de la main de BB.) est conçu comme suit :
« *Veillez souscrire 1 million € de Protector BULL 1 million € de Airbag Capital Garanti.* »

Force est de constater que les termes des deux ordres écrits donnés par l'intimé à l'appelante ont été respectés.

En reprochant à la Banque d'avoir investi la somme d'un million d'euros dans un produit à capital simplement protégé au lieu d'un produit à capital garanti, en ce qui concerne le premier ordre, et en reprochant à la Banque d'avoir acquis deux produits dont les maturités respectives venaient à échéance plus de quatre ans après leur souscription, l'intimé fait état de conditions non prévues dans les ordres écrits cités ci-dessus, conditions dont il lui appartient de rapporter la preuve, face aux contestations de l'appelante.

Cette décision quant à la charge de la preuve s'impose également en raison d'une autre considération.

En effet, l'ensemble des relevés de portefeuille, mis à disposition de BB.) , à la fin de chaque mois, faisaient clairement apparaître le caractère non-garanti du capital investi dans le premier produit acquis (BNP/Phoenix 2X on AA.) 3Y) ainsi que les maturités respectives des trois produits en cause (cf. pièces n° 17 de la farde I de l'appelante).

Selon AA.) , l'intimé ne s'est manifesté qu'au mois d'avril 2008, soit huit mois seulement après l'acquisition des produits litigieux.

Or, aux termes de l'article 10 des conditions générales applicables aux relations contractuelles entre parties :

a. « *le client doit contrôler les arrêtés de compte, décomptes et relevés de titres et de métaux précieux et tous autres décomptes et avis pour vérifier s'ils sont corrects et complets.*

b. *Toute réclamation relative à ces extraits, arrêtés et décomptes ... doit être présentée au plus tard dans les trente jours calendaires qui suivent la date de l'envoi. A défaut de réclamation dans le délai ci-dessus, les extraits et arrêtés sont considérés comme exacts et approuvés.* »

Il résulte de ces stipulations contractuelles que le silence gardé par le client pendant plus de trente jours calendaires après la réception des arrêtés de compte, décomptes et autres relevés équivaut à une ratification tacite des opérations y mentionnées.

Il en est de même lorsque le client a convenu avec la banque, comme en l'espèce, d'une domiciliation de la correspondance puisqu'en pareil cas, le courrier domicilié est, aux termes de l'article 21 des conditions générales, « *réputé délivré au client le même jour duquel il se trouve daté* » et que AA.) « *ne répond pas des conséquences pouvant résulter de la conservation et éventuellement de l'enlèvement et/ou de la délivrance tardive des documents ou de la correspondance domiciliée à ses guichets* ».

Il en est généralement ainsi, la convention de domiciliation de correspondance (« *poste restante* » ou « *hold mail* ») étant une facilité librement choisie par le client qui doit supporter les conséquences d'une éventuelle négligence de sa part quant à l'inspection régulière des relevés de compte.

C'est en vain que l'intimé se prévaut de deux messages électroniques datés respectivement du 18 novembre 2007 et du 8 décembre 2007 pour soutenir qu'il n'aurait pas tacitement approuvé les opérations litigieuses.

Outre que l'intimé reste en défaut d'établir qu'il aurait contesté les placements endéans le délai contractuel de trente jours calendaires suivant la mise à disposition du premier relevé renseignant les placements litigieux, la preuve de la réception desdits courriels par la Banque laisse d'être établie face aux contestations de la partie appelante.

Indépendamment du fait qu'il est pour le moins surprenant que, dans son courrier électronique du 29 mars 2008, BB.) ne se réfère nullement aux prétendues précédentes demandes de renseignements restées sans réponse, force est de constater que les imprimés versés aux débats par l'intimé ne renseignent pas l'adresse électronique complète et exacte du destinataire, mais seulement le prénom et le nom patronymique du gestionnaire du compte ainsi que la dénomination AA.) , contrairement aux courriels postérieurs au mois de décembre 2007, de sorte qu'il laisse d'être établi qu'ils aient été envoyés à l'adresse électronique de CC.) auprès de AA.) .

Enfin, quand bien même les imprimés des messages invoqués par l'intimé renseigneraient l'adresse électronique complète, il n'en résulterait pas nécessairement que ces courriels aient été reçus par le destinataire, compte tenu des possibles défaillances techniques dans la transmission.

Cependant, la règle, plus haut rappelée, de l'approbation tacite des relevés bancaires découlant du silence prolongé gardé après leur réception n'a qu'une fonction probatoire. Si le silence fait présumer l'existence, la régularité et l'exécution des opérations que le document mentionne, il s'agit seulement d'une présomption simple que le client peut renverser. Aussi, bien que l'opération figure sur le document qui a été reçu sans protestation ni réserve, le client peut-il démontrer que l'opération qu'il renseigne n'est pas conforme à ses instructions.

Il suit de ce qui précède qu'il appartient à BB.) de prouver que les placements critiqués n'étaient pas conformes à ses instructions. L'intimé soutient que l'inexécution des ordres qu'il a donnés à AA.) résulte de la suffisance de l'attestation testimoniale établie par EE.) (cf. pièces n° 14 et 25 de la farde I de l'intimé).

L'auteur de ladite attestation, dont il y a lieu de préciser qu'elle a été établie, une fois sous forme dactylographiée et une autre fois sous forme manuscrite, est l'expert-comptable consulté par BB.) .

EE.) était présent lors de l'entretien du 2 août 2007, au siège de AA.) .

Il affirme qu'au cours de cet entretien, l'intimé a exprimé qu'il « *désirait impérativement un capital garanti sur une durée de 3 à 4 ans* ».

Compte tenu de l'endroit auquel cette affirmation est formulée dans l'ensemble de la relation des faits, il n'est pas exclu que ce « *désir* » n'ait plus été maintenu, à la fin de l'entretien. Il convient, en effet, de relever, que BB.) était à la recherche de produits attractifs et qu'au cours de l'entrevue, le gestionnaire du compte a, selon l'appelante, attiré l'attention de l'intimé sur le fait qu'un placement dans un produit à capital garanti et *a fortiori* dans un produit à capital garanti dont l'échéance était proche de la date de souscription ne permettait pas d'escompter une plus-value véritablement *attractive*.

La fin du texte de l'attestation de EE.) ne contredit pas cette affirmation de l'appelante puisque qu'elle est conçue comme suit : « *A la fin de cet entretien, Monsieur CC.) a fait signer à Monsieur BB.) des documents :*

- *pour arrêter le placement en cours*
- *en vue des placements futurs, qu'il compléterait vu qu'aucun choix n'avait été arrêté. »*

L'auteur de l'attestation ne précise, en aucune manière, qu'à l'occasion de la signature des ordres d'achat, BB.) aurait exigé que les placements aient lieu exclusivement dans des produits à capital garanti, et cela pour des durées inférieures ou égales à quatre ans.

Surtout, l'affirmation selon laquelle les placements devaient être effectués exclusivement dans des produits à capital garanti, et cela pour des durées inférieures ou égales à 4 ans est contredite par l'attestation testimoniale établie le 7 mai 2013 par CC.) (cf. pièce n° 1 de la farde I de l'appelante).

Après avoir relaté les explications données au client au sujet de la souscription d'un produit à capital simplement protégé, les possibilités envisageables et les avantages et risques liés à cette solution, CC.) écrit en effet ce qui suit : « *cette formule retenait particulièrement l'attention de M. BB.) en raison du potentiel de gain conséquent à court terme. Le client s'est montré très enthousiaste sur le principe d'une telle formule, mais je lui ai expliqué que le produit n'existait pas encore, qu'il s'agissait d'une proposition de formule pour laquelle nous devons encore lancer un appel d'offre pour sélectionner le meilleur émetteur et le meilleur sous-jacent ... Comme M. BB.) était client à Luxembourg à la fois de AA.) et de DD.) , il m'a demandé de limiter mon appel d'offre uniquement sur ces deux valeurs ... Laisant en blanc le sous-jacent qui restait à confirmer, M. BB.) m'autorisait à ajouter AA.) ou DD.) sur son instruction, une fois le sous-jacent confirmé par téléphone par M. BB.) . Nous sommes convenus que j'appellerai M. BB.) pour lui faire part du résultat de nos recherches afin d'obtenir son accord définitif. Comme convenu, j'ai donc appelé M. BB.) le 3 août 2007 afin de lui donner la conclusion de nos recherches ... M. BB.) m'a alors confirmé son*

accord pour investir sur le produit à capital protégé avec le titre AA.) comme sous-jacent.»

Enfin, il importe de relever que loin de donner, en avril 2008, l'ordre de vendre le produit litigieux dont il venait de découvrir, selon ses dires, qu'il ne correspondait pas à ses instructions du mois d'août 2007, l'intimé a laissé se poursuivre le placement en cause du mois d'avril 2008 jusqu'à son échéance, le 9 août 2010.

Il s'ensuit que l'intimé n'a pas rapporté la preuve que ses instructions à la Banque portaient exclusivement sur des produits à capital garanti.

En ce qui concerne la maturité des placements litigieux, CC.) affirme avoir remis à l'intimé divers documents dont un « *booklet de propositions de produits à capital garanti* » préparé par la salle des marchés de AA.) , à l'occasion d'un entretien à l'hôtel BEDFORD à Paris, en date du 21 août 2007. L'auteur de l'attestation testimoniale écrit qu'au terme de cet entretien, le client « *lui a signifié son choix par la signature d'une instruction* » et que les produits à capital garanti achetés par la suite avaient une « *maturité (date de remboursement) correspondant aux produits présentés le 21 août à Paris* ».

La Cour constate à la lecture des documents que CC.) affirme avoir remis à BB.) , en date du 21 août 2007, que ceux-ci renseignent clairement, en ce qui concerne les deux produits à capital garanti acquis pour le compte de l'intimé, sous la rubrique encadrée intitulée « *Points clés* » (en caractères gras), une maturité de six ans, dans un cas (Protector Bull), et de sept ans, dans l'autre (Airbag capital garanti).

Il s'ensuit que l'intimé n'a pas rapporté la preuve que ses instructions à la Banque portaient sur des produits d'une maturité inférieure ou égale à quatre ans.

BB.) reproche encore à la Banque d'avoir manqué à son obligation d'information et de conseil, particulièrement en omettant de l'éclairer sur la différence entre un produit à capital garanti et un produit à capital protégé, et notamment sur les risques encourus en cas de souscription de ce dernier type de produit.

Même en l'absence d'un contrat de gestion, le banquier a une obligation accessoire d'information et conseil en matière d'ordres de bourse, obligation de moyens qui doit être appréciée par comparaison avec la conduite d'un professionnel normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances.

A la lecture des deux attestations testimoniales versées en cause, la Cour constate que EE.) n'affirme, nulle part, que CC.) n'aurait pas donné les informations en question à BB.) et que CC.) , de son côté, relate longuement les informations données à ce sujet à l'intimé, lesquelles faisaient ressortir à suffisance les avantages et inconvénients de la souscription d'un produit à

capital protégé et, particulièrement, les risques de non remboursement du capital investi en fonction de l'évolution du marché.

Il convient de relever en outre que lors de l'entretien du 2 août 2007, l'intimé s'était fait assister par un consultant professionnel en la personne de EE.) lequel est expert-comptable.

C'est en vain que la partie BB.) reproche à la Banque d'avoir passé outre un conflit d'intérêts et de s'être abstenue de préconiser le sous-jacent AA.) puisqu'au vu de l'attestation testimoniale de CC.) , l'identité entre la dénomination du sous-jacent et la dénomination de l'appelante ressortait à l'évidence des informations préalables données à l'intimé et que l'intimé avait choisi ce sous-jacent en pleine connaissance de cause, précisément en raison de sa confiance particulière dans la Banque AA.) dont il était le client.

Quant aux informations incombant à la Banque dans la phase postérieure à l'acquisition des produits litigieux, il se dégage des motifs énoncés plus haut que celle-ci les a délivrées au client conformément à ses obligations.

BB.) reste dès lors pareillement en défaut de rapporter la preuve d'un manquement de AA.) à son obligation d'information et de conseil.

Il suit de ce qui précède qu'aucune faute en relation causale avec l'achat des produits litigieux, ne saurait être retenue dans le chef de AA.) .

En conséquence, il y a lieu, par réformation de la décision entreprise, de décharger AA.) de la condamnation prononcée à son encontre en première instance et de rejeter l'appel incident comme infondé.

AA.) fonde sa demande en allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive et vexatoire, non pas sur la demande originaire de BB.) , mais sur l'appel incident qu'elle lui reproche d'avoir relevé avec une légèreté blâmable.

Sans devoir l'examiner autrement, le moyen de BB.) selon lequel la demande adverse en réparation du chef de procédure abusive et vexatoire serait irrecevable au motif qu'il s'agirait d'une demande nouvelle, formée pour la première fois en instance d'appel, est donc à rejeter.

L'action en justice est un droit qui ne dégénère en faute que si elle est exercée dans une intention malveillante, avec une légèreté blâmable ou si elle procède d'une erreur grossière équipollente au dol.

AA.) reste cependant en défaut d'établir qu'en relevant appel incident dans les circonstances de l'espèce, BB.) aurait commis une faute dans le sens décrit ci-dessus.

La partie appelante demande encore à être déchargée de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure et conclut à la condamnation de la partie intimée à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros.

BB.) conclut à la condamnation de AA.) à lui payer une indemnité de procédure de 10.000 euros.

Chacune des parties conclut au rejet de la demande adverse formée sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Eu égard à la réformation de la décision entreprise, il convient de décharger AA.) de la condamnation au paiement d'une indemnité de procédure de 1.500 euros.

Comme BB.) succombe à l'instance et devra partant supporter les frais et dépens, il y a lieu de le débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

Faute par AA.) de justifier en quoi il serait inéquitable de laisser tout ou partie des frais non compris dans les dépens à sa charge, il convient de rejeter sa demande en obtention d'une indemnité de procédure.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel principal et l'appel incident,

déclare l'appel principal fondé,

réformant,

déclare infondée la demande en indemnisation dirigée par BB.) à l'encontre de la société anonyme AA.) BANK,

en déboute,

déclare infondée la demande en obtention d'une indemnité de procédure formée par BB.) en première instance,

en déboute,

déclare infondé l'appel incident,

en déboute,

déclare recevable, mais infondée la demande en réparation formée par la société anonyme AA.) du chef de procédure abusive et vexatoire,

déboute les parties de leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure formées en instance d'appel,

condamne BB.) aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, représentée par Maître Glenn MEYER, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Josiane STEMPER.