

Texte pseudonymisé

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

Jugement civil no 2024TALCH11/00121 (X1e chambre)

Audience publique du vendredi, onze octobre deux mille vingt-quatre.

Numéro TAL-2022-04186 du rôle

Composition :

Stéphane SANTER, vice-président,
Claudia HOFFMANN, juge,
Frank KESSLER, juge,
Giovanni MILLUZZI, greffier assumé.

ENTRE

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

partie demanderesse aux termes d'un exploit d'assignation de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 15 mars 2022,

comparant par Maître Cathy ARENDT, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

ET

la compagnie d'assurances SOCIETE1.), en sa qualité d'assureur en responsabilité civile de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à B-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse aux fins du prédit exploit BIEL,

comparant par Maître Jean MINDEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LE TRIBUNAL

Vu l'ordonnance de clôture du 12 janvier 2024.

L'affaire a été prise en délibéré, conformément à l'article 227 du Nouveau Code de procédure civile, à l'audience du 19 avril 2024 par Madame le juge Claudia HOFFMANN, déléguée à ces fins.

Vu la rupture du délibéré prononcée en date du 17 septembre 2024 pour des raisons de composition liées à l'organisation interne.

L'affaire a été reprise en délibéré à l'audience du 20 septembre 2024 sous la nouvelle composition de la onzième chambre.

Vu les conclusions de Maître Cathy ARENDT, avocat constitué pour PERSONNE1.).

Vu les conclusions de Maître Jean MINDEN, avocat constitué pour la compagnie d'assurances SOCIETE1.) (ci-après : « SOCIETE1. »).

PROCÉDURE

Par acte d'huissier du 15 mars 2022, PERSONNE1.) a fait donner assignation à SOCIETE1.), en sa qualité d'assureur en responsabilité civile de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, à comparaître devant le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière civile, pour :

- principalement, la voir condamner à lui payer le montant de 310.048 euros et de 460.000 euros, soit un total de 770.048 euros, du chef de préjudice matériel subi avec les intérêts au taux légal à partir du jour de la demande initiale, sinon à partir du jour de l'assignation en justice, jusqu'à solde,

- subsidiairement, voir constater qu'il a perdu une chance de pouvoir gagner le procès en cassation et de voir réformer l'arrêt de la Cour d'appel,

voir évaluer cette chance à au moins 80%,

partant lui voir allouer le montant de 80% de 770.048 euros, à savoir un montant de 616.038,40 euros, sinon tout autre montant même supérieur à dire d'experts avec les intérêts à partir du jour de la demande initiale, sinon à partir du jour de l'assignation en justice, jusqu'à solde,

- lui voir allouer un montant de 15.000 euros du chef du préjudice moral subi,
- voir condamner SOCIETE1.) aux frais et dépens de l'instance,
- la voir condamner à lui payer une indemnité de procédure d'un montant de 1.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Au soutien de ses prétentions, **PERSONNE1.)** fait exposer qu'il a consulté Maître Philipp SIMON, avocat, pour l'introduction d'un pourvoi en cassation contre un arrêt de la Cour d'appel du 2 février 2011 dans une affaire qui l'opposait à la SOCIETE2.) (ci-après : « SOCIETE2.) »).

Ce pourvoi en cassation, élaboré par Maître Philippe SIMON, aurait néanmoins été rejeté par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 juin 2018. PERSONNE1.) explique que la Cour de cassation a déclaré irrecevable tous les moyens de cassation, sauf un, alors que le pourvoi en cassation n'aurait pas été rédigé en adéquation avec l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur le pourvoi et la procédure de cassation. Il aurait eu des critiques justifiées contre l'arrêt de la Cour d'appel du 2 février 2011. Or, du fait de l'irrecevabilité de ses moyens de cassation, ceux-ci n'auraient pas pu être présentées à la haute juridiction. PERSONNE1.) estime qu'avec une formulation correcte des différents moyens de cassation, il aurait obtenu gain de cause dans tous, sinon du moins certains de ses moyens de cassation.

SOCIETE1.) est assignée en sa qualité d'assureur en responsabilité de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg. PERSONNE1.) exerce contre elle

l'action directe, telle que prévue par l'article 89 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance.

PERSONNE1.) évalue son préjudice en rapport avec les fautes professionnelles commises par Maître Philippe SIMON à la somme de 310.048 euros et de 460.000 euros correspondant aux montants réclamés à titre de dommages et intérêts en première instance devant le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg puis devant la Cour d'appel à l'égard de la SOCIETE2.).

Il base sa demande sur les dispositions des articles 1992 et suivants du Code civil relatifs à la responsabilité du mandataire, sinon sur les articles 1147 et suivants du même code relatifs à la responsabilité contractuelle en général.

SOCIETE1.) s'oppose à la demande de PERSONNE1.).

Elle soulève, à titre principal, la nullité de l'assignation du 15 mars 2022 pour libellé obscur. Elle explique avoir été assignée par PERSONNE1.) par le biais d'une action directe pour des fautes commises par son assuré Maître Philipp SIMON, qui aurait formulé inadéquatement un pourvoi en cassation et qui, de ce fait, aurait été déclaré irrecevable. Par renvoi aux pièces nos 5 et 8 de Maître Cathy ARENDT, SOCIETE1.) fait valoir que ce mémoire en cassation aurait toutefois été dressé et signé par Maître Joram MOYAL ; ce dernier serait également mentionné comme avocat constitué dans l'acte de signification du dudit mémoire ainsi que dans l'arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 2018. Maître Philipp SIMON, quant à lui, apparaîtrait seulement comme avocat ayant assisté Maître Joram MOYAL. On s'interrogerait nécessairement en quelle qualité la responsabilité de Maître Philipp SIMON serait recherchée.

Quant au fond, SOCIETE1.) conteste que son assuré Maître Philipp SIMON ait commis une quelconque faute, qui puisse engager sa responsabilité contractuelle à l'égard de son ancien client PERSONNE1.).

Pour autant qu'une faute soit retenue dans le chef de son assuré, SOCIETE1.) estime que PERSONNE1.) reste en défaut de prouver que la Cour de cassation – à supposer qu'elle ait effectivement déclaré recevable les moyens de cassation de celui-ci - aurait effectivement cassé et annulé l'arrêt de la Cour d'appel du 2 février 2011 et que la Cour d'appel, autrement composée et statuant dans la suite au rescisoire, aurait effectivement déclaré fondée sa demande contre la SOCIETE2.).

Au contraire, SOCIETE1.) fait valoir que les juges du fond ont fait une analyse correcte tant en fait qu'en droit de l'affaire. Ce serait à bon droit qu'ils seraient arrivés à la conclusion qu'aucun comportement fautif envers PERSONNE1.) de nature à engager la responsabilité de la SOCIETE2.) n'était établi. Il n'y aurait en l'espèce pas de perte de chance indemnisable, la probabilité de succès dans l'instance de cassation ayant été inexistante. D'après SOCIETE1.), aucun des moyens de cassation n'aurait eu la moindre chance d'aboutir. À titre subsidiaire, SOCIETE1.) conteste en leur *quantum* les montants indemnitaires réclamés par PERSONNE1.).

Elle demande à son tour l'allocation d'une indemnité de procédure d'un montant de 3.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

PERSONNE1.) s'oppose au moyen d'irrecevabilité tiré du libellé obscur d'SOCIETE1.). L'assignation contiendrait clairement l'objet de la demande et un exposé sommaire des moyens. SOCIETE1.) n'aurait pas pu se méprendre sur l'objet de sa demande et ses prétentions.

Il précise ne jamais avoir eu de contact avec Maître Joram MOYAL. Ce dernier aurait uniquement signé le pourvoi en cassation parce que Maître Philippe SIMON serait avocat exerçant sous son titre d'origine (liste IV) et qu'il n'était légalement pas en droit de signer le pourvoi. PERSONNE1.) relève que la question de la qualité en laquelle Maître Philipp SIMON est intervenu dans le dossier n'a pas fait l'objet de discussions entre parties dans le cadre de leurs échanges antérieurs à l'acte introductif d'instance.

Quant au fond, PERSONNE1.) fait valoir par renvoi à un arrêt de la Cour européenne des Droits de Homme rendu en date du 27 juin 2017 (arrêt STURM c/ Luxembourg, requête no 55291/15), que la Cour européenne des Droits de Homme, en s'appuyant sur le libellé suffisamment clair du deuxième alinéa de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur le pourvoi et la procédure en cassation a retenu dans une affaire similaire que le conseil professionnel du requérant aurait dû être en mesure de connaître et de prévoir ses obligations en matière de cassation. Dans le cadre de cette affaire, la Cour européenne des Droits de Homme aurait retenu que si le Grand-Duché de Luxembourg ne connaît pas le système des avocats au conseil spécialisé, il résulterait cependant des travaux préparatoires ayant abouti à la réforme de la loi sur les pourvois et la procédure en cassation courant de l'année 2010 que les 3 précisions requises selon le deuxième alinéa sous peine d'irrecevabilité, à

savoir que chaque moyen doit contenir le cas d'ouverture invoqué, la partie critiquée de la décision et ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué, ont justement été introduites pour permettre aux auteurs des pourvois de ne pas se tromper sur les obligations procédurales en la matière.

D'après PERSONNE1.) la faute est établie dans le chef de l'assuré de SOCIETE1.) qui aurait dû savoir comment formuler le pourvoi en cassation de façon que les moyens ne soient pas déclarés d'office irrecevables par la Cour de cassation.

MOTIFS DE LA DÉCISION

Quant à la nullité de l'assignation tirée de l'exception du libellé obscur

SOCIETE1.) a soulevé la nullité de l'exploit introductif instance de la partie demanderesse au motif qu'il serait libellé de façon obscure.

Le Tribunal rappelle qu'aux termes de l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile, l'assignation doit contenir : 1) l'objet et un exposé sommaire des moyens, 2) l'indication de la juridiction qui doit connaître de la demande et du délai pour comparaître, 3) les mentions prescrites par les articles 80, 193 et 585, le tout à peine de nullité.

Ce texte est à interpréter en ce sens qu'une action en justice est recevable à la condition que le défendeur ne puisse se méprendre sur sa portée, sans que pour autant il ne soit nécessaire de mentionner les dispositions légales qui se trouvent à sa base ou de la qualifier spécialement (Cour d'appel, 20 avril 1977, Pas. 23, page 517). En vertu des dispositions de l'article 61 du Nouveau Code de procédure civile, il incombe en effet au juge de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et de donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Pour pouvoir préparer sa défense, la partie assignée doit savoir de façon précise ce qu'on lui demande et sur quelle qualité, quel titre, quels motifs le demandeur se fonde. L'indication exacte des prétentions et la désignation des circonstances de fait qui forment la base de la demande sont requises. La description des faits doit être suffisamment précise pour ne pas laisser le défendeur se méprendre sur l'objet de la demande et pour lui permettre d'avoir

le choix des moyens de défense appropriés (Cour d'appel, 14 juillet 2010, n° 34588 du rôle).

Dans le cadre de son moyen de nullité, SOCIETE1.) fait valoir, par renvoi aux pièces nos 5 et 8 de Maître Cathy ARENDT, que le mémoire en cassation incriminé par PERSONNE1.) a été dressé et signé le 6 juin 2017 par l'avocat constitué Joram MOYAL qui serait également mentionné comme avocat constitué dans l'acte de signification du 12 juin 2017, ainsi que dans l'arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 2018 et que Maître Philipp SIMON n'apparaîtrait que comme avocat l'ayant assisté. L'absence d'indication claire et précise sur le rôle de Maître Philipp SIMON (avocat collaborateur agissant en son nom pour son client personnel, avocat collaborateur dans un dossier lui confié par Maître Joram MOYAL pour lequel il travaille, avocat stagiaire de Maître Joram MOYAL) sur son statut et la nature de son intervention dans la procédure en cassation mettraient SOCIETE1.) dans l'impossibilité de choisir ses moyens de défense.

Il convient d'emblée de relever qu'il n'y a pas lieu de suivre SOCIETE1.) dans son moyen d'irrecevabilité.

Le Tribunal constate que l'assignation introductive d'instance énonce avec clarté l'objet de la demande dirigée à l'encontre d'SOCIETE1.). Elle énonce encore avec une clarté suffisante les moyens produits à l'appui de cette demande.

PERSONNE1.) exerce en effet contre SOCIETE1.) l'action directe en sa qualité d'assureur de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg. Il reproche à son assuré, Maître Philipp SIMON, d'avoir commis une faute professionnelle dans le cadre de la rédaction d'un mémoire en cassation dans une affaire qui l'opposait à la SOCIETE2.); les moyens de cassation énoncés dans ledit mémoire en cassation auraient été déclarés irrecevables par la Cour de cassation en raison d'erreurs rédactionnelles commises par l'avocat. PERSONNE1.) aurait ainsi perdu une chance à voir obtenir une décision de cassation de l'arrêt de la Cour d'appel et de gagner son procès au rescisoire.

Le Tribunal considère qu'SOCIETE1.) n'a pas pu se méprendre sur la portée de l'action dirigée contre elle, le libellé de la demande étant suffisamment précis pour lui permettre de choisir les moyens de défense appropriés.

La circonstance que les actes de la procédure de cassation ont été signés par Maître Joram MOYAL ne relève pas d'une question de libellé obscur. Elle

constitue, le cas échéant, une problématique qui relève de l'appréciation du fond du litige, mais ne saurait être une cause de nullité de l'exploit.

Il convient à toutes fins de relever qu'à la page 3, *in fine*, de l'assignation, PERSONNE1.) précise que Maître Philipp SIMON s'est fait assister, pour les besoins de la cause, par Maître Joram MOYAL.

Il est en effet pratique courante entre les avocats du Barreau de Luxembourg de se faire assister par un avocat à la Cour dans les procédures qui requièrent le ministère d'un avoué, ce qui a été le cas en l'espèce, Maître Philipp SIMON exerçant la profession d'avocat au Grand-Duché de Luxembourg sous son titre d'origine.

Le moyen de nullité tiré du libellé obscur n'est partant pas fondé et la demande est par conséquent à déclarer recevable en la forme.

Quant au fond

Les rétroactes de l'affaire tels qu'ils résultent de l'exploit introductif d'instance, ainsi que des pièces et conclusions échangées entre parties peuvent se résumer comme suit :

PERSONNE1.) était en litige avec la SOCIETE2.). Il a recherché la responsabilité contractuelle, sinon délictuelle de cette dernière en ce qu'elle aurait violé son obligation de conseil et de diligence dans le cadre de la gestion des investissements de son client.

Dans un jugement rendu en date du 23 novembre 2007, la deuxième chambre du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement en vertu de l'article 75 du Nouveau Code de procédure civile, le demandeur PERSONNE1.) n'ayant pas comparu et la SOCIETE2.) ayant sollicité un jugement sur le fond, a débouté PERSONNE1.) de sa demande en indemnisation pour être non fondée en précisant que celle-ci ne se trouve appuyée par aucune pièce par lui versée au dossier. De ce jugement, lui signifié par exploit d'huissier du 23 janvier 2008, PERSONNE1.) a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier du 17 mars 2008. Cet appel a néanmoins été rejeté comme non fondé selon un arrêt non-signifié de la quatrième chambre de la Cour d'appel du 2 février 2011. PERSONNE1.) a alors chargé Maître Philipp SIMON d'introduire un recours en cassation contre l'arrêt du 2 février 2011. Il s'est vu accorder l'assistance judiciaire pour ce faire. Le pourvoi introduit en

date du 12 juin 2017 a toutefois été rejeté par la Cour de cassation suivant arrêt de rejet rendu en date du 7 juin 2018.

Le Tribunal rappelle que PERSONNE1.) reproche à Maître Philipp SIMON d'avoir commis des fautes dans l'élaboration du pourvoi en cassation. Il recherche la responsabilité civile contractuelle de SOCIETE1.) en sa qualité d'assureur de celui-ci.

Il y a lieu de se référer aux règles gouvernant la responsabilité civile de l'avocat.

Le Tribunal rappelle que la responsabilité civile de l'avocat est gouvernée par les règles de droit commun du Code civil en matière de responsabilité. Cette responsabilité de l'avocat, à l'égard de son client, est de nature contractuelle, l'avocat étant lié à son client par un contrat de mandat. La responsabilité professionnelle de l'avocat suppose que soit établie l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre l'une et l'autre.

Il est relevé que s'agissant des obligations qu'assume l'avocat, elles sont de moyens, en raison du caractère aléatoire de l'activité qu'il est appelé à déployer. Dans des cas plus exceptionnels, par contre, l'obligation de l'avocat peut être une obligation de résultat, à savoir ceux où il n'y a pas d'aléa.

Chargé de la rédaction d'un acte ou d'une consultation, l'avocat est tenu d'un devoir de conseil et de diligence ; il lui appartient d'apporter toutes les diligences nécessaires pour assurer la validité et l'efficacité de l'acte et de se renseigner sur les éléments de droit et de fait qui commandent les actes qu'il prépare.

L'omission ou l'absence de telles vérifications constitue un manquement fautif à ce devoir de diligence (Jurisclasseur civil, Art. 1382 à 1386 : fasc. 330, nos 33 ss. ; Ph. Le Tourneau et L. Cadiet, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz, éd. 2002, nos 4966 ss. ; G. Ravarani, La responsabilité civile des personnes publiques et privées, 2e éd., no 500).

Le pourvoi en cassation élaboré par l'assuré de SOCIETE1.) interjeté en date du 12 juin 2017 contre l'arrêt de la Cour d'appel du 2 février 2011 a été rejeté par la Cour de cassation dans son arrêt du 7 juin 2018 au motif :

- que le premier moyen de cassation pris en ses deux premières branches mettait en œuvre plusieurs cas d'ouverture,

- que le premier moyen pris en sa troisième branche tendait à remettre en discussion l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond,
- que le second moyen pris en sa première branche ne formulait aucun cas d'ouverture à cassation en cette branche,
- que la seconde branche du deuxième moyen ne précisait pas en quoi les juges d'appel, en rejetant sa demande en institution d'une expertise, auraient violé son droit à un procès équitable.

Il y a lieu de se référer à l'arrêt dont s'agit qui a retenu ce qui suit à propos de la formulation des différents moyens de cassation de PERSONNE1.) :

« [...] **Sur le premier moyen de cassation :**

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

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

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

°Article 249 du Nouveau code de procédure civile (NCPC) : << La rédaction des jugements contiendra les noms des juges, du procureur d'Etat, s'il a été entendu, ainsi que des avoués ; les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif des jugements.

(L. 30 décembre 1935) Le dispositif des jugements et arrêts dont la transcription sur les registres de l'état civil aura été ordonnée, devra énoncer les noms et prénoms des parties en cause, ainsi que les lieux et dates des actes en marge desquels la transcription devra être mentionnée.

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

Première branche :

- Quant aux avis d'opérés.

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

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

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

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

En effet, la Cour d'appel a estimé qu'il résulterait des pièces du dossier qu'à l'ouverture du compte de dépôt le 11 février 1993 auprès de la Banque, le demandeur en cassation en apposant sa signature sur le contrat d'ouverture de compte aurait reconnu avoir reçu un exemplaire tant des conditions générales que des conditions particulières.

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

Or ces conditions générales et particulières ainsi que les documents intitulés << Basisinformationen über Börsentermingeschäfte et wichtige Informationen über Verlustrisiken bei Börsentermingeschäften >> ne concernaient que les anciens investissements de Monsieur PERSONNE1.) relatives aux Bonds sud-

africains et les emprunts étatiques ALIAS1.) à taux fixe sécurisés par des garanties étatiques.

Force est néanmoins de constater que ni des conditions générales ni des conditions particulières n'ont été signées par Monsieur PERSONNE1.) en ce qui concerne le changement de politique initié par son nouveau conseiller, Monsieur PERSONNE2.) à partir de l'année 1998.

En effet, la politique d'investissement de Monsieur PERSONNE1.) avait changé suite au changement du gestionnaire de portefeuille.

Tel qu'il avait été développé plus haut, sur conseil de son nouveau gestionnaire, Monsieur PERSONNE2.), le patrimoine de Monsieur PERSONNE1.) a été investi dans des actions au courant de l'année 1998, alors que jusqu'à cette date, le patrimoine avait été plutôt investi dans des obligations sud-africaines et des emprunts étatiques à taux fixe sécurisés, le tout soumis à un système de << stop-loss >>.

En décidant que Monsieur PERSONNE1.) aurait ratifié de par son absence de protestation dans le délai imparti toutes les opérations réalisées par la banque dans la période allant de l'ouverture du compte de dépôt jusqu'au 15 décembre 2000, la première protestation utile n'étant intervenue que le 15 janvier 2001, la Cour d'appel n'a pas tiré les conséquences juridiques des arguments et pièces qui lui étaient soumis.

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

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

Les contestations de Monsieur PERSONNE1.) et notamment celles intervenues les 2 octobre, 23 octobre, 30 octobre, 22 décembre 2000 et 15 janvier 2001 auraient dû être prises en considération par les juges d'appel.

Il s'en suit que Monsieur PERSONNE1.) avait dans tous les cas utilement protesté.

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

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

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

En effet au vu de ce qui précède et au regard des pièces soumises à l'appréciation des juges d'appel, il est incontestable que Monsieur PERSONNE1.) n'a signé aucune convention lors du changement de la politique d'investissement proposée par la banque en la personne de Monsieur PERSONNE2.).

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

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

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

L'arrêt attaqué encourt la cassation de ce chef.

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

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

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

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

Il encourt partant la cassation. »

Deuxième branche :

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

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

Aux termes de l'arrêt attaqué du 2 février 2011, les juges d'appel ont décidé que la banque n'aurait pas commis de faute en exécutant les opérations litigieuses sans instruction et sans en informer Monsieur PERSONNE1.).

Cette affirmation est bien contraire aux constatations qu'ont pu faire les juges, alors qu'ils avaient eux-mêmes relevé que : << Monsieur PERSONNE1.) et la Banque n'ont signé aucun contrat de gestion discrétionnaire et qu'il s'agissait uniquement d'un contrat de dépôt sur lequel s'est greffée une gestion simple. >>.

Une telle décision est incompréhensible, et pour rendre une décision aussi inique, les juges d'appel ont considéré que Monsieur PERSONNE1.) en ayant opté en toute connaissance de cause pour une politique d'investissement plus dynamique ne pouvait plus après avoir << gardé le silence pendant plus de deux ans revenir sur les transactions réalisées par la banque >>.

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

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

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

En effet aussitôt qu'il s'est aperçu des résultats des investissements qui étaient bien contraires aux promesses faites par Monsieur PERSONNE2.), selon lesquelles il n'y aurait aucun risque pour ces investissements et que la valeur des actions ne cesserait de grimper, Monsieur PERSONNE1.) a tout de suite protesté.

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

En l'absence de réponse de Monsieur PERSONNE2.), le demandeur en cassation a adressé un courrier à la Banque en date du 3 avril 2001 en insistant sur le fait qu'il attendait des explications sur les pertes encourues.

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

Néanmoins les contestations sont restées lettre morte puisque Monsieur PERSONNE2.) n'a réservé aucune suite à sa demande.

Encore plus frappant est l'attestation datée du 15 décembre 2003 de Madame PERSONNE3.), épouse de Monsieur PERSONNE1.), que les juges d'appel n'ont aucunement prise en considération.

Cette attestation confirme en tout point de vue les affirmations de Monsieur PERSONNE1.) aux termes desquelles il assure avoir bel et bien protesté en date des 2 et 23 octobre 2000 (pièce n°14).

L'attestation de Madame PERSONNE3.) a purement et simplement été discréditée par les juges d'appel.

Les protestations de Monsieur PERSONNE1.) ressortent à suffisance des éléments du dossier de sorte que la Cour d'appel ne saurait utilement se baser sur le prétendu silence de Monsieur PERSONNE1.) pour valider les opérations effectuées sans l'autorisation de celui-ci.

En deuxième lieu, hormis les protestations plus qu'avérées de Monsieur PERSONNE1.), la motivation des juges d'appel viole l'article 89 de la Constitution en ce qu'en l'absence de toute convention de gestion discrétionnaire, ces derniers ont tout de même décidé que la Banque était parfaitement autorisée à réaliser les opérations litigieuses sans en instruire le client au préalable.

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

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

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

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

Troisième branche :

« Quant aux manières dolosives de la Banque

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

En effet, pour inciter Monsieur PERSONNE1.) à investir dans des actions, Monsieur PERSONNE2.) a usé d'informations incomplètes en lui assurant que la valeur du ZAR (Rand sud-africain) aurait chuté de 50% par rapport au DM (pièce n°6).

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

En ce qui concerne l'investissement sud-africain ALIAS1.), au taux fixe de 13,50% et avec échéance en 2021, il a augmenté de 85% en 1998 et 130% en 2002, ce qui équivaut, pour ladite période à une augmentation moyenne d'environ 53%, sans préjudice quant aux pourcentages et aux dates exactes, à laquelle il faudra encore ajouter le paiement d'intérêts semestriels de 13,5% (pièce n°15).

Monsieur PERSONNE1.) n'en avait tout simplement pas conscience dans la mesure où il n'était pas averti dans les opérations d'investissement.

De surcroît, en ajoutant la période entre 1998 et 2002 la valeur des intérêts à l'augmentation de la valeur du dépôt, l'accroissement de

l'investissement ALIAS1.) était de 109% soit de 14,75% par an et ce malgré une chute du taux de change du ZAR de 50% par rapport au DM.

Enfin en ce qui concerne l'investissement sud-africain ALIAS2.) au taux de 0,00% et avec échéance en 2027, sa valeur a augmenté de 266% soit de 66% par an entre 1998 et 2002.

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

Nous n'en comprenons que plus mal les affirmations et motivations de Monsieur PERSONNE2.) selon lesquelles les investissements de Monsieur PERSONNE1.) seraient risqués.

La réalité est que sur les anciens investissements de Monsieur PERSONNE1.) jusqu'en 1998, la Banque prélevait des frais bancaires de l'ordre de 2.000 DM à titre de frais de gestion du compte de dépôt.

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

Il y a lieu de constater que le changement de stratégie profitait surtout à la Banque qui même lorsque le portefeuille de Monsieur PERSONNE1.) diminuait au fur et à mesure, n'a pas daigné en informer son client.

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

Contrairement à ces évidences, la Cour d'appel a tout de même retenu que Monsieur PERSONNE1.) avait changé de politique d'investissement en toute connaissance de cause.

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

L'arrêt attaqué encourt la cassation. » ;

Sur les deux premières branches du moyen réunies :

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

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

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

Sur la troisième branche du moyen :

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

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

Sur le deuxième moyen de cassation :

Première branche :

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

L'arrêt attaqué soulève que :

<< ...

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

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

Si PERSONNE1.) n'est, certes, pas à considérer comme un professionnel-spécialiste des marchés boursiers, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas non plus profane en la matière. Dans ce contexte il n'est pas sans intérêt de relever que le portefeuille de PERSONNE1.), transféré en 1993 par la SOCIETE3.) S.A. vers le compte détenu par l'appelant auprès de SOCIETE2.), contenait des valeurs à caractère spéculatif. Aussi, PERSONNE1.) a-t-il, à plusieurs reprises, recouru au service << Client Service Line >> permettant de passer des ordres de bourse téléphoniques sans passer par l'intermédiaire de son gestionnaire.

PERSONNE1.) compte ainsi parmi les clients suffisamment versés dans le domaine des opérations financières pour se douter des risques que comporte toute opération spéculative, englobant des paris à la hausse ou à la baisse des valeurs. Il n'était pas sans savoir - étant précisé qu'il a adhéré à la nouvelle stratégie d'investissement en toute connaissance de cause et après y avoir longuement réfléchi (cf : attestation testimoniale du 15 décembre 2003) - que celui qui donne à son portefeuille une orientation dynamique court toujours le risque de perte qu'il ne doit normalement pas ignorer, l'incertitude inhérente à l'évolution du marché boursier faisant que le bon conseil donné aujourd'hui peut s'avérer un mauvais demain.

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

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

En l'occurrence, le fait que la politique d'investissement adoptée se soit par la suite révélée peu judicieuse - politique d'investissement

qui a été librement décidée et poursuivie par PERSONNE1.) - est à rechercher dans les aléas inhérents au développement du marché boursier en 2000 où bon nombre de spéculateurs ont essuyé des pertes financières importantes en présence d'une chute généralisée des cours.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'on ne saurait reprocher à la banque un quelconque comportement fautif envers PERSONNE1.) de nature à engager sa responsabilité. >>.

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

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

Aux termes de cet article, les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. L'obligation d'information et de conseil est généralement rattachée à la notion d'équité contenue dans cet article (A. RIEG, Exécution de bonne foi des conventions, Jcl. Civ., art. 1134 et 1135, fasc. 11, n°62).

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

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

En l'espèce, la Banque n'a rapporté à aucun moment la preuve qu'elle a rempli à bien son devoir de conseil et d'information envers M. PERSONNE1.).

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

Que le seul but de Monsieur PERSONNE1.) avait été de faire des placements sécurisés au vu de son âge déjà avancé afin de pouvoir profiter tranquillement de sa retraite avec sa femme et ses enfants et non de se lancer dans des opérations spéculatives.

La preuve en est que Monsieur PERSONNE1.) avait sollicité auprès de la banque une politique d'investissement conservatrice.

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

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

En date du 4 février 2008, fait non autrement contesté par la Banque, Monsieur PERSONNE2.) a appelé Monsieur PERSONNE1.) et a essayé de le convaincre d'investir dans les actions plutôt que dans les obligations.

Monsieur PERSONNE2.) avait informé Monsieur PERSONNE1.) que sa stratégie d'investissement n'était pas la meilleure voire mauvaise et a souhaité prendre rendez-vous avec ce dernier pour lui apporter de plus amples informations quant à ce sujet (pièce n°16).

Malgré le refus de Monsieur PERSONNE1.), Monsieur PERSONNE2.) a insisté et a envoyé à la suite de la conversation téléphonique une télécopie à Monsieur PERSONNE1.).

Il a également insisté pour recevoir Monsieur PERSONNE1.) et sa femme deux jours après la conversation téléphonique, soit le 6 février 2008 tout en prétextant de l'urgence de la perte de valeur du ZAR par rapport au DM (pièce n°6).

(...)

Plusieurs appels téléphoniques de la part de Monsieur PERSONNE2.) ont encore suivi les 6 avril, 15 avril, 28 juillet, 9 septembre, 29 octobre et 30 novembre 1998 aux fins de convaincre Monsieur PERSONNE1.) d'investir dans les actions.

Monsieur PERSONNE2.) avançait alors que d'une part le taux de change entre le ZAR et DM aurait chuté de 50% entre 1998 et 2002

alors que pendant la même période la valeur des actions proposées par la banque aurait augmenté de l'ordre de 46%.

Tel que développé plus haut, il s'avéra plus tard que ces informations étaient inexactes et tout au contraire partiales et très intéressées de la part de M. PERSONNE2.).

D'ores et déjà à ce stade des débats, la Cour d'appel aurait dû suivre les conclusions du demandeur en cassation et conclure à une pression accrue anormale et à des manières dolosives de la part du conseiller PERSONNE2.) sur Monsieur PERSONNE1.).

La Cour d'appel n'en fit rien.

Ensuite, les juges d'appel vont bien plus loin en estimant que Monsieur PERSONNE1.) aurait été suffisamment versé et averti dans ce genre d'opérations, alors que d'une part, son portefeuille transféré de la SOCIETE3.) contenait déjà des titres à valeur spéculative et d'autre part qu'il a pu lui-même utiliser le Client service line.

En ce qui concerne le portefeuille transféré, la Banque n'a rapporté à aucun moment la preuve que Monsieur PERSONNE1.) lui-même spéculait avec ses titres.

Si cela avait été le cas, il n'aurait pas transféré son portefeuille à la SOCIETE2.) en exigeant une politique d'investissement conservatrice.

La Banque ne rapporte non plus à aucun moment la preuve quant aux conditions de transfert du portefeuille du client vers la SOCIETE2.).

Il est à souligner que Monsieur PERSONNE1.) était de profession ingénieur des ponts et chaussées et en aucun cas amateur ou averti dans les opérations de finance.

Il n'a jamais spéculé avec son patrimoine.

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

En ce qui concerne l'utilisation du Client service line, Monsieur PERSONNE1.) n'a de cesse d'expliquer qu'il n'avait jamais contacté à lui seul le Client Service Line (pièce n°17).

Il résulte ainsi des transcriptions des entretiens que Monsieur PERSONNE1.) avait toujours contacté Monsieur PERSONNE2.) et que c'est uniquement en raison de son absence que l'appel était transféré vers le Client Service Line.

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

Les conclusions de la Cour d'appel sur ce point sont d'autant plus incompréhensives, alors qu'en 8 ans, Monsieur PERSONNE1.) a seulement parlé à 5 reprises avec ce service Line.

En tout état de cause, l'utilisation du client service line ne permet pas aux juges d'appel de conclure que Monsieur PERSONNE1.) était suffisamment averti dans les opérations bancaires à caractère spéculatif.

La qualité de profane de Monsieur PERSONNE1.) ne cesse de ressortir des éléments du dossier, alors qu'il avait eu besoin de l'assistance et du conseil des experts de la Banque, Messieurs PERSONNE4.), PERSONNE5.), et plus tard Monsieur PERSONNE2.), ne serait-ce que pour mener à bien des investissements dans des obligations sécurisées.

Tel que dit, un système dit de << stop-loss >> avait d'ailleurs été mis en place pour limiter la perte possible de la valeur du portefeuille de Monsieur PERSONNE1.) à 20% de son investissement.

Monsieur PERSONNE1.) avait ensuite, uniquement dans le cadre des opérations obligataires, signé une convention de postes restantes en sachant que ses conseillers l'auraient averti s'il y avait une perte de la valeur de l'investissement approchant des 20%.

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

Lors de la reprise de son portefeuille par Monsieur PERSONNE2.), il n'avait toujours pas émis de souhait de changer de stratégie d'investissement, alors que la stratégie choisie lui convenait parfaitement.

Tel que développé précédemment, sur insistance de Monsieur PERSONNE2.), il a dû changer de politique d'investissement.

La politique ayant changé et Monsieur PERSONNE1.) étant profane, il avait également cru que le système << stop loss >>

continuerait à fonctionner et qu'il pouvait continuer à garder les avis d'opérés en postes restantes auprès de la Banque.

Monsieur PERSONNE2.) n'a rien fait pour lui expliquer le revers de la nouvelle stratégie envisagée.

Alors qu'il a commencé à analyser l'ensemble de ses extraits bancaires, Monsieur PERSONNE1.) s'est rendu compte de la réalité des pertes subies dans son portefeuille.

Contrairement aux affirmations de la Cour d'appel, le demandeur en cassation n'a jamais été averti dans le type de transactions vivement conseillé par Monsieur PERSONNE2.).

Aujourd'hui c'est un vieil homme complètement malade, ruiné, vivant d'aides sociales et qui suit, depuis les agissements de la SOCIETE2.), une thérapie auprès de psychologues.

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

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

Deuxième branche :

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

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

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

- estimer les frais de banque engendrés par ces opérations ;

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

- dresser les comptes entre parties.

Cette nomination d'expert aurait au moins eu pour but de mettre en évidence le gain que la SOCIETE2.) a réalisé lors des opérations litigieuses qui ont ruiné Monsieur PERSONNE1.).

Qu'en refusant à Monsieur PERSONNE1.) la nomination d'un expert, la Cour d'appel a une fois de plus violé l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

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

Sur la première branche du moyen :

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

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

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

Sur la seconde branche du moyen :

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

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

[...] ».

Tel que relevé par la Cour de cassation l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation prévoit qu'un moyen ou un élément de moyen ne doit, sous peine d'irrecevabilité mettre en œuvre

qu'un seul cas d'ouverture et que chaque moyen ou chaque branche doit préciser, sous la même sanction : le cas d'ouverture invoqué ; la partie critiquée de la décision ; ce en quoi celle-ci encourt le reproche allégué.

La forme de la présentation du ou des moyens de cassation constitue une des questions les plus épineuses auxquelles se trouve confronté le demandeur en cassation lors de la rédaction du mémoire en cassation. Cette rédaction doit observer un certain nombre de règles pour assurer à la fois la recevabilité du pourvoi en lui-même et des moyens de droit soulevés à l'encontre de la décision attaquée. Le moyen de cassation doit indiquer les textes de loi dont la violation est alléguée, spécifier les motifs incriminés, expliciter les vices qui affectent la décision au regard de la règle de droit visée ainsi que la solution qui selon le demandeur en cassation, aurait dû être retenue (Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, Thierry HOSCHEIT, éditions Paul BAULER, 2^{ème} édition, 2019, sous le n°1482).

Elle exige une subdivision claire des moyens en branches, chaque branche devant être limitée à un seul moyen de cassation. La rédaction du mémoire en cassation est habituellement basée sur la formulation selon laquelle il y a eu « violation de (identification de la disposition légale violée par la décision attaquée) en ce que (reproduction/explication de la teneur de la décision attaquée sur la disposition légale violée) alors que (exposé de la solution en droit qui aurait dû être retenue et que le demandeur en cassation demande à la Cour de cassation d'affirmer) ». Cette formulation du moyen est alors suivie d'une motivation, par laquelle le demandeur explicite son raisonnement juridique (*ibidem*).

SOCIETE1.) conteste toute faute dans le chef de son assuré dans la rédaction du mémoire en cassation.

La précision exigée dans la formulation des moyens de cassation a pour objectif de permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle en droit, et elle obéit aux exigences de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice (Cour européenne des droits de l'homme, 27 juin 2017, STURM c/ Luxembourg, Requête n° 55291/15, § 36).

L'article 10 de la loi de 1885 est clair, puisque le deuxième alinéa énumère désormais [donc depuis la loi du 3 août 2010 qui a réformé sur ce point la loi de 1885], sans ambiguïté, les trois précisions qui sont exigées « *sous peine d'irrecevabilité* ». Ces dispositions ont été introduites pour permettre aux auteurs de pourvois [une voie de recours dont l'exercice n'est à Luxembourg,

contrairement par exemple à la France, pas réservé à des avocats spécialisés] de ne pas se tromper sur les obligations procédurales en la matière (*ibidem*).

Le Tribunal relève qu'en vertu de l'article 2.4.4.1. du Règlement Intérieur de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg (« ci-après : « le R.I.O. »), l'avocat ne doit pas se charger d'une affaire s'il sait ou devrait savoir qu'il n'a pas les compétences, y compris les connaissances linguistiques, nécessaires pour la traiter, à moins de coopérer avec un avocat ayant ces compétences. D'après l'article 2.4.4.2. du R.I.O, il ne peut accepter une affaire s'il n'est pas en mesure d'y apporter la diligence nécessaire.

En se tenant au libellé du deuxième alinéa de l'article 10 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur le pourvoi et la procédure en cassation, l'assuré de SOCIETE1.) aurait dû être en mesure de connaître ses obligations en matière de cassation.

Ainsi, il aurait dû employer tous ses efforts pour s'assurer de la recevabilité du pourvoi en cassation de son client. Pour autant qu'il estimait ne pas être en mesure d'introduire un tel recours extraordinaire, de par la loi réservé aux avocats avoués, il lui aurait appartenu de s'abstenir du dossier.

Ayant néanmoins accepté le mandat et mis en œuvre plusieurs cas d'ouverture en cassation dans une branche des moyens de cassation de son client, respectivement n'ayant pas indiqué de cas d'ouverture du tout, l'assuré de SOCIETE1.) a commis une faute professionnelle susceptible d'engager la responsabilité professionnelle de son assuré.

Quant à l'existence d'un préjudice en lien causal avec la faute

La responsabilité de l'avocat étant fondée sur le droit commun, le préjudice, pour être réparable, doit être direct, actuel et certain. Il y a des cas, toutefois, où le degré requis de certitude du préjudice, né de la perte d'une chance, est affaibli car il dépend d'un événement qui n'a pu se produire précisément qu'en raison de la faute de l'avocat, qui, comme en l'espèce, a privé son client de la possibilité d'exercer une action en justice ou de bénéficier du second degré de juridiction. La réparation ne peut être intégrale lorsque le préjudice est constitué par une perte d'une chance. L'évaluation de la probabilité de la chance perdue appartient aux juges du fond (*cf.* La responsabilité des professions juridiques devant la première chambre civile par Mme Patricia CASSUTO-TEYTAUD, rapport annuel de la Cour de cassation française, 2002, ainsi que les arrêts y cités).

Néanmoins, celui qui conclut à l'indemnisation de la perte d'une chance doit établir la chance réelle et substantielle qu'un événement favorable se serait produit (G. Ravarani, La responsabilité civile des personnes publiques et privées, 2e éd, no 1010, qui explique que « cette exigence paraît provenir du même souci qu'en matière de dommage ordinaire, à savoir d'exclure les dommages purement hypothétiques »). Si la faute de l'avocat n'a fait perdre à son client qu'une faible chance, la voie de recours interjetée ayant eu un caractère essentiellement spéculatif, la réparation est exclue.

En l'espèce, PERSONNE1.) n'établit pas que les chances d'obtenir une décision de cassation et une décision au rescisoire en sa faveur étaient des chances réelles et sérieuses. En effet, afin d'obtenir finalement gain de cause, il aurait fallu à PERSONNE1.) d'obtenir non seulement une décision de cassation de la part de la Cour de cassation, mais également une décision de réformation du jugement de première instance de la Cour d'appel. Certes, le fait d'introduire un recours en cassation correspondait à un droit réservé au demandeur par la loi, mais le recours introduit n'avait que des chances spéculatives de succès, insuffisantes pour une réparation dans le cadre de la théorie de la perte d'une chance.

Le Tribunal relève qu'il n'a pas non plus trouvé, dans l'argumentation de PERSONNE1.) dans son pourvoi et ses deux corps de conclusions versées en cause et pris contre la SOCIETE2.) dans le cadre de la procédure d'appel, que les chances d'une décision de cassation et de réformation au rescisoire auraient été très grandes si le pourvoi en cassation avait été déclaré recevable. Le Tribunal ne partage pas l'avis de PERSONNE1.) suivant lequel les juges du fond n'auraient pas suffisamment motivé leur arrêt. Force est de constater que les différents moyens de cassation dépassaient le strict cadre du contrôle en droit auquel la Cour de cassation peut se livrer et qu'ils tendaient à remettre en discussion l'appréciation souveraine faite par les juges du fond. Il y a partant lieu d'admettre que le pourvoi avait en tout état de cause pratiquement aucune chance d'aboutir.

Il s'ensuit que PERSONNE1.) n'est pas fondé à réclamer à l'assureur de Maître Philipp SIMON le paiement de dommages et intérêts ni pour préjudice matériel correspondant aux sommes qu'il espérait obtenir de la SOCIETE2.) aux termes de son assignation et de son appel, ni pour préjudice moral résultant du fait qu'il aurait été privé d'obtenir gain de cause dans son litige l'opposant à celle-ci.

Quant aux demandes accessoires

Indemnité de procédure

S'agissant des demandes réciproques en obtention d'une indemnité de procédure, il convient de rappeler qu'aux termes de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, lorsqu'il apparaît inéquitable de laisser à la charge d'une partie les sommes exposées par elle et non comprises dans les dépens, le juge peut condamner l'autre partie à lui payer le montant qu'il détermine. L'application de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de cassation française, 2^{ème} chambre civile, arrêt du 10 octobre 2002, Bulletin 2002, II, n° 219, p. 172, arrêt du 6 mars 2003, Bulletin 2003, II, n° 54, p. 47 ; Cour de cassation, 2 juillet 2015, Arrêt N° 60/15, JTL 2015, N° 42, page 166).

Au vu de l'issue de l'instance, il serait inéquitable de laisser à charge d'SOCIETE1.) l'entièreté des frais exposés par elle et non compris dans les dépens, de sorte qu'il y a lieu de condamner PERSONNE1.) à lui payer une indemnité de procédure de 1.000 euros.

PERSONNE1.) est, quant à lui, à débouter de sa demande formulée à ce titre.

Frais et dépens

Aux termes de l'article 238 du Nouveau Code de procédure civile, toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens.

Au vu de l'issue du litige, il y a lieu de condamner PERSONNE1.) aux dépens de l'instance.

PAR CES MOTIFS

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, onzième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

rejette le moyen de nullité de l'exploit introductif d'instance tiré du libellé obscur soulevé par la compagnie d'assurances SOCIETE1.),

déclare recevable en la forme, mais non fondée les demandes indemnitaires de PERSONNE1.) en allocation de dommages et intérêts tant pour préjudice matériel que pour préjudice moral,

déclare fondée à hauteur du montant de 1.000 euros la demande de la compagnie d'assurances SOCIETE1.) en allocation d'une indemnité de procédure,

partant, condamne PERSONNE1.) à payer à la compagnie d'assurances SOCIETE1.) une indemnité de procédure d'un montant de 1.000 euros sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

déboute PERSONNE1.) de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne PERSONNE1.) aux frais et dépens de l'instance.