

Jugement civil no. 53 / 2018 (X^{ième} chambre)

Audience publique du vendredi, deux mars deux mille dix-huit.

Numéro 166464 du rôle

Composition :

Yannick DIDLINGER, vice-président,
Christian ENGEL, premier juge,
Livia HOFFMANN, juge,
Pascale HUBERTY, greffier.

E n t r e

A.), consultant indépendant, demeurant à B-(...),

demandeur aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick MULLER en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL de Luxembourg du 20 novembre 2014,

comparant par Maître Claude BLESER, avocat, demeurant à Luxembourg, assisté de Maître Christophe STEYAERT, avocat, demeurant professionnellement à B-1070 Bruxelles, 177/6 Terhulpesteenweg, Chaussée de la Hulpe,

e t

la société anonyme BGL BNP PARIBAS SA, établie et ayant son siège social à L-2591 Luxembourg, 50, avenue J.-F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 6481,

défenderesse aux fins du prédit exploit SCHAAL,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH, inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2082 Luxembourg, 14, rue Erasme, immatriculée au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B 186371, représentée aux fins des présentes par Maître Philippe DUPONT, avocat, demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l

Vu l'ordonnance de clôture du 3 novembre 2017.

Entendu le rapport fait en application de l'article 226 du nouveau code de procédure civile à l'audience publique 2 février 2018.

Entendu **A.)** par l'organe de Maître Krisztina SZOMBATHY, avocat, en remplacement de Maître Claude BLESER, avocat constitué.

Entendu la société anonyme BGL BNP PARIBAS SA par l'organe de Maître Emmanuelle MOUSEL, avocat, en remplacement de Maître Philippe DUPONT, avocat constitué.

Procédure et prétentions des parties :

Par exploit d'huissier du 20 novembre 2014, **A.)** a donné assignation à la société anonyme BGL BNP PARIBAS (ci-après : la BGL BNP PARIBAS) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, aux fins de :

- principalement, la voir condamner, à titre de réparation du dommage subi consécutivement aux fautes commises par BGL dans le cadre du mandat de gestion discrétionnaire conféré le 15 février 2002, à reprendre l'ensemble des obligations perpétuelles qui n'auraient jamais dû figurer dans le portefeuille lié au compte-titres du demandeur, en contrepartie du paiement par la BGL BNP PARIBAS à **A.)** de la somme de 2.122.593 euros, sous déduction de la différence, si elle est positive, entre les revenus produits par ces obligations perpétuelles et les revenus qu'auraient produits des obligations « *équivalent 7 ans* » acquises à la même époque, pour le même montant, sinon à tout autre montant à arbitrer par le tribunal ou à dire d'experts, le tout avec les intérêts légaux à partir de la date d'acquisition des titres litigieux par la BGL BNP PARIBAS, sinon à partir de la date de la présente assignation, jusqu'à solde,
- subsidiairement, voir condamner la BGL BNP PARIBAS au paiement de la différence entre la valeur au jour de l'acquisition des obligations perpétuelles et leur valeur au jour de la demande en justice, sinon entre la valeur au jour de leur acquisition et leur valeur au jour du jugement à intervenir, sinon à tout autre montant à arbitrer par le tribunal ou à dire d'experts, le tout avec les intérêts légaux à partir de la date d'acquisition des titres litigieux par la BGL BNP PARIBAS, sinon à partir du jour de l'assignation, jusqu'à solde.

A.) sollicite en outre l'exécution provisoire du jugement à intervenir ainsi que la condamnation de la BGL BNP PARIBAS aux frais et dépens de l'instance et au paiement d'une indemnité de procédure de 2.500 euros.

À l'appui de sa demande, **A.)** expose que la société FIMIPROPERTIES SA (ci-après : la société FIMIPROPERTIES), dont il était l'actionnaire unique, a ouvert le 10 février 1992 un compte-titres n° (...) auprès de la BGL BNP PARIBAS. Les investissements sur le compte-titres auraient dans un premier temps été réalisés par la société FIMIPROPERTIES sur base des conseils fournis par la BGL BNP PARIBAS, étant précisé que le portefeuille était presque exclusivement composé d'obligations. Le 15 février 2002, la société FIMIPROPERTIES aurait conféré à la BGL BNP PARIBAS un mandat de gestion discrétionnaire portant sur le portefeuille relatif audit compte-titres.

Aux termes de l'annexe au mandat, la société FIMIPROPERTIES aurait eu un profil « *obligataire* » (profil 11) dont l'objectif aurait été « *la valorisation du portefeuille avec une priorité à la protection du capital* » et la recherche d'une « *performance à court terme supérieure à celle d'un placement monétaire* », le tout dans un « *horizon d'investissement minimum* » d'un an. Les limites d'exposition suivantes auraient été fixées : « *actions : 0 % maximum ; obligations et assimilées (Équivalent 7 ans) : 100 % maximum ; devises (hors devise de référence et monnaies apparentées) : 20 % maximum ; placements monétaires : 60 % maximum* ».

Le 18 mai 2005, la société FIMIPROPERTIES aurait signé une annexe au mandat de façon à permettre une exposition du portefeuille aux actions et aux produits dits alternatifs comme suit : « *actions 10 % maximum ; obligations et assimilées (Équivalent 7 ans) : 100 % maximum ; devises (hors devise de référence et monnaies apparentées) : 20 % maximum ; placements monétaires : 100 % maximum ; placements alternatifs : maximum 5 %* ».

Par la suite, les limites d'investissement en actions auraient encore été modifiées par avenants successifs au mandat, de façon à atteindre 15 % (le 20 décembre 2005), puis 20 % (le 3 février 2006) et enfin 30 % (le 25 janvier 2007). Sur la même durée, la société FIMIPROPERTIES serait passée du profil « *obligataire* » entre 2002 et 2005, correspondant suivant la nomenclature de la BGL BNP PARIBAS à un profil « *I1* », soit le plus défensif, à un profil « *I2* » soit « *très conservateur* », puis, en 2007, au profil « *I3* », soit « *conservateur* ».

Dans le cadre de son mandat, la BGL BNP PARIBAS aurait procédé, jusqu'au 13 mai 2005, à des investissements dans des obligations perpétuelles, sans donner davantage d'explications à la société FIMIPROPERTIES et en les plaçant dans la catégorie « *obligations* » du portefeuille. À partir du 18 mai 2005, la BGL BNP PARIBAS aurait également investi de façon croissante dans des actions et des fonds d'actions classiques, à chaque fois au maximum des limites autorisées par les annexes successives modifiant le mandat. Parallèlement, la défenderesse aurait maintenu les obligations perpétuelles acquises avant le 18 mai 2005 dans la catégorie « *obligations et assimilées (Équivalent 7 ans)* ».

Ce faisant, la BGL BNP PARIBAS aurait :

- d'une part, violé la cadre du mandat lui confié par la société FIMIPROPERTIES, en ce que les obligations perpétuelles ne seraient en réalité pas des obligations « *équivalent 7 ans* » telles que prévues par le mandat, mais s'approcheraient en réalité davantage d'une action que d'une obligation « *classique* », de sorte que corrélativement, la proportion des produits exposés au risque action aurait été trop élevée,
- d'autre part, violé le profil d'investissement de la société FIMIPROPERTIES, en ce que la proportion d'obligations perpétuelles et d'actions dans le portefeuille l'aurait rendu nettement plus spéculatif que le profil conservateur, voire très conservateur choisi.

La société FIMIPROPERTIES aurait commencé à s'interroger à ce sujet dès la fin de l'année 2006, mais aurait été rassurée par la BGL BNP PARIBAS quant au caractère parfaitement adapté de ces instruments financiers au mandat de gestion convenu, la défenderesse restant toutefois en défaut de fournir de réponse satisfaisante à ses interpellations.

A.) fait état de pertes substantielles sur les obligations perpétuelles du portefeuille de la société FIMIPROPERTIES : leur valorisation aurait enregistré le 31 juillet 2008 une perte de 44 % par rapport à leur valeur d'acquisition, dévalorisation qui se serait accentuée par la suite pour atteindre environ 65 % au 12 janvier 2009.

S'agissant de son intérêt à agir, **A.)** explique qu'il a cédé le 11 décembre 2008 l'ensemble des actions de la société FIMIPROPERTIES à la société CINQUECENTO INVESTMENTS SA et que la société FIMIPROPERTIES aurait été placée en liquidation volontaire le 5 décembre 2013. La société CINQUECENTO INVESTMENTS SA aurait ensuite recédé à **A.)** tant les obligations perpétuelles que la créance d'indemnité à l'encontre de la BGL BNP PARIBAS. Les cessions d'action et de créance que d'abord la société FIMIPROPERTIES, puis la société CINQUECENTO INVESTMENTS SA avaient contre la défenderesse lui auraient été régulièrement notifiées par deux courriers séparés du 8 octobre 2014 conformément à l'article 1690 du code civil. **A.)** serait dès lors titulaire de l'action en responsabilité à l'encontre de la BGL BNP PARIBAS.

La BGL BNP PARIBAS soulève l'irrecevabilité des demandes, au motif que **A.)** serait dépourvu d'intérêt et de qualité à agir.

À titre subsidiaire, elle soulève la prescription de la demande au regard de l'article 189 du code de commerce.

Plus subsidiairement, quant au fond, elle conclut au rejet des demandes.

Elle demande enfin la condamnation de **A.)** à lui payer une indemnité de procédure de 10.000 euros.

Motifs de la décision :

I. Quant au moyen d'irrecevabilité tiré de l'absence d'intérêt et de qualité à agir dans le chef de A.) :

La BGL BNP PARIBAS conclut à l'absence d'intérêt et de qualité à agir dans le chef de A.), au motif que celui-ci ne serait et n'aurait été, à aucun moment, titulaire des comptes ouverts dans ses livres au nom de la société FIMIPROPERTIES, ni partie aux contrats de mandat discrétionnaire conclus sur le compte en question.

En vertu de l'article 50 du nouveau code de procédure civile, seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement.

Pour agir en justice, il faut qu'une personne ait un intérêt à agir, qu'elle se prévale d'un intérêt légitime né et actuel. L'intérêt est en principe une condition suffisante pour être investi du droit d'agir. Le recours à la justice ne doit, en effet, être ouvert que si son auteur peut espérer en retirer un certain avantage, ceci afin d'éviter un encombrement inutile des tribunaux. S'il apparaît que l'exercice d'une action en justice ne présente aucune utilité pour un plaideur, le juge peut déclarer la demande irrecevable, se dispensant par là même de statuer sur le fond, l'intérêt constitue une condition générale d'existence de l'action, il est exigé de toute partie au procès.

L'existence effective du droit invoqué par un demandeur n'est pas une condition de recevabilité de la demande, mais une condition du bien-fondé de celle-ci. L'intérêt est fonction de l'utilité que le demandeur escompte de son action en justice.

A qualité pour agir toute personne qui a un intérêt personnel au succès ou au rejet d'une prétention. Toute personne, qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame, a un intérêt à agir en justice et donc qualité pour agir.

La qualité étant le pouvoir en vertu duquel une personne exerce l'action en justice, elle n'est pas une condition particulière de recevabilité de l'action en justice lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit, car, en principe, le fait de se prétendre titulaire d'un droit confère nécessairement le pouvoir de saisir la justice afin d'en obtenir la sanction (Cour 23 octobre 1990, Pas. 28, p. 70).

La demande de A.), prétendant être titulaire d'une créance indemnitaire à l'égard de la BGL BNP PARIBAS, est donc recevable sous l'aspect de l'intérêt et de la qualité à agir. La question de savoir si, sur base des cessions de créance invoquées, il peut se prévaloir dans son propre chef de relations contractuelles avec la BGL BNP PARIBAS, relève du fond de l'affaire.

Le moyen tiré du défaut de qualité et d'intérêt à agir n'est dès lors pas fondé.

La demande de A.) est donc à déclarer recevable pour avoir été introduite dans les forme et délai de la loi.

II. Quant au moyen tiré de la prescription de la demande au regard de l'article 189 du code de commerce :

La BGL BNP PARIBAS demande, dans ses deuxièmes conclusions du 21 septembre 2016, à voir déclarer la demande de **A.)** prescrite au regard de l'article 189 du code de commerce, qui dispose que « *les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants et non-commerçants se prescrivent par dix ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes* ». La défenderesse fait valoir que, toutes les obligations perpétuelles ayant été acquises avant le 20 novembre 2004, l'assignation du 20 novembre 2014 concernant la responsabilité de la banque relativement à ces acquisitions serait tardive au regard dudit texte.

A.) oppose qu'en n'invoquant pas ce moyen dès ses premières conclusions, la BGL BNP PARIBAS y aurait tacitement renoncé.

Aux termes de l'article 2224 du code civil, la renonciation à la prescription accomplie ne saurait s'induire du seul fait que le moyen de prescription n'a pas été soulevé en première instance, une telle conclusion aboutissant à enlever tout effet à l'article 2224. La renonciation ne peut résulter que d'un acte accompli volontairement, en pleine connaissance de cause et sans équivoque possible par le renonçant (Cour 10 juin 1968, Pas. 20, p. 418).

A.) fait valoir à cet égard que la BGL BNP PARIBAS, disposant d'un service juridique important et étant assistée par un conseil juridique, ne pouvait être dans l'impossibilité de connaître cette prescription dès le moment où l'action a été intentée. Or, ces faits ne répondent pas aux critères énoncés ci-dessus, de sorte qu'il n'est pas établi que la défenderesse ait renoncé au moyen tiré de la prescription en ne le présentant pas dans ses premières conclusions du 23 juillet 2015.

La prescription prévue par l'article 189 du code de commerce a pour motif principal de faire coïncider le domaine de la prescription avec celui de l'obligation pour le commerçant de conserver pendant dix ans les livres de commerce. Il résulte de cet article que la prescription décennale est normalement applicable à toutes les obligations nées entre les parties dont une seule est commerçante. Peu importe que l'engagement soit civil pour l'autre partie ; peu importe que l'obligation soit de nature contractuelle ou délictuelle ; peu importe la situation juridique de l'une ou l'autre partie, créancière ou débitrice (Cour 17 mars 2005, n° 28863 du rôle ; Cour 10 mai 2012, n° 36168 du rôle ; Cour 1^{er} avril 2015, n° 39461 du rôle).

Dans la mesure où dans l'article 2 du code de commerce répute acte de commerce « *toute opération de banque, change, commission et courtage* », les prestations de gestion de portefeuille litigieuses effectuées par la BGL BNP PARIBAS pour le compte de la société FIMIPROPERTIES sont des actes de commerce et la prescription décennale de l'article 189 du code de commerce trouve application en l'espèce.

Par ailleurs, la créance cédée à **A.)** trouvant son origine dans des actes de commerce posés entre la BGL BNP PARIBAS et la société FIMIPROPERTIES, l'objet du litige est également de nature commerciale. Il s'ensuit que le présent litige est de nature commerciale et que le tribunal doit dès lors statuer en matière commerciale selon la procédure civile.

Toutes les obligations perpétuelles, dont la présence et le nombre dans le portefeuille de la société FIMIPROPERTIES forment l'objet du litige, ont été acquises avant le 20 novembre 2004, soit plus de dix ans avant l'introduction de la demande par **A.)**.

A la différence des courtes prescriptions prévues par les articles 2271 et suivants du code civil, fondées sur une présomption de paiement, la prescription édictée par l'article 189 du code de commerce a un caractère extinctif entraînant la libération définitive du débiteur, sans condition. Le délai de prescription a pour point de départ le jour où l'obligation est devenue exigible. Toutefois, conformément aux conclusions des demanderessees et en application de la règle *contra non valentem agere non currit praescriptio* lorsqu'une partie est dans l'impossibilité d'agir, la prescription ne court contre elle qu'à partir du jour où cette impossibilité a cessé. Dans ces conditions, il appartient à la partie à laquelle la prescription est opposée d'établir son impossibilité d'agir dans les délais impartis.

En l'espèce, s'agissant d'une action en responsabilité, le point de départ du délai se situe nécessairement au jour où le dommage causé par un manquement à une obligation s'est révélé au demandeur (Lux. 21 mars 2013, n° 132528 du rôle).

La BGL BNP PARIBAS soutient avoir reçu en septembre 2008 pour la première fois une réclamation de la part de la société FIMIPROPERTIES et conteste les allégations de **A.)** suivant lesquelles ce dernier aurait fait part de sa désapprobation dès l'année 2006, en lui reprochant de ne pas verser de pièces qui l'attestent.

Il en découle que le dommage allégué, résultant des manquements de la BGL BNP PARIBAS dont **A.)** se prévaut à l'égard de cette dernière, s'est révélé au plus tôt en 2006 et au plus tard en 2008.

Dans ces conditions, l'action introduite par **A.)** moyennant l'assignation du 20 novembre 2014 n'est pas prescrite.

III. Quant au fond :

A. Quant aux cessions d'action et de créance au profit de **A.)** :

Il résulte des pièces versées que **A.)** a cédé le 11 décembre 2008 l'ensemble des actions de la société FIMIPROPERTIES à la société CINQUECENTO

INVESTMENTS SA. La société FIMIPROPERTIES a été placée en liquidation volontaire le 5 décembre 2013.

Par convention intitulée « *cession de créance* » du 23 juillet 2014, la société FIMIPROPERTIES en liquidation a cédé à la société CINQUECENTO INVESTMENTS SA « (...) *la Créance que le Cédant détient vis-à-vis de la BGL et correspondant au préjudice causé par la BGL par l'acquisition injustifiée des Obligations Perpétuelles, acquisition faite en violation des termes du mandat de gestion discrétionnaire conclu avec la BGL en date du 15 décembre 2002. Le Cédant cède et transporte la prédite Créance, ensemble avec tous les droits et accessoires y attachés, et notamment ceux ayant découlé du mandat de gestion discrétionnaire du 15 février 2002 conclu entre le Cédant et la BGL, de sorte à ce que le Cessionnaire dispose à compter de la signature de la présente cession de Créance, de tous les droits, moyens, actions, qualités et intérêt à agir en vue du recouvrement de la Créance. Il est expressément convenu que par cette cession de Créance, le Cessionnaire se trouve, pour autant que de besoin, subrogé dans tous les droits du Cédant par rapport à ladite Créance, de sorte qu'il pourra exercer toutes les voies de droit à l'encontre de la BGL en vue du recouvrement de ladite Créance, et notamment réclamer la restitution du prix payé par la Société pour l'acquisition des Obligations Perpétuelles en contrepartie de la restitution à la BGL des Obligations Perpétuelles ou réclamer toute autre forme de dédommagement du fait du préjudice subi du fait de cette acquisition (...)* ».

Suivant « *avenant à la convention de cession d'actions du 11 décembre 2008* » du 9 septembre 2014, la société CINQUECENTO INVESTMENTS SA a cédé à **A.)** tant les obligations perpétuelles que la créance d'indemnité dont elle estime être titulaire à l'égard de la BGL BNP PARIBAS : « 1) *CINQUECENTO cède, par le présent avenant, à Monsieur A.), qui accepte, les Obligations Perpétuelles figurant à l'annexe 2 avec tous les droits et accessoires y attachés tels qu'indiqués précédemment à l'article 1. 1). Par cette cession, tous les droits, moyens, actions, qualités et intérêt à agir pour introduire une action en justice à l'encontre de la BGL sont transférés à Monsieur A.), qui se trouve, pour autant que de besoin, subrogé dans tous les droits dont disposait CINQUECENTO vis-à-vis de la BGL dans le cadre du mandat de gestion discrétionnaire conclu en date du 15 février 2002 et plus particulièrement par rapport à l'acquisition injustifiée par la BGL des Obligations Perpétuelles. 2) CINQUECENTO cède et transporte, par le présent avenant, à Monsieur A.), qui accepte, la Créance que CINQUECENTO détient vis-à-vis de la BGL avec tous les droits et accessoires y attachés tels qu'indiqués précédemment à l'article 1. 2). Par cette cession, tous les droits, moyens, actions, qualités et intérêt à agir en vue du recouvrement de la Créance sont transférés à Monsieur A.) qui se trouve, pour autant que de besoin, subrogé dans tous les droits dont disposait CINQUECENTO par rapport à ladite Créance, de sorte qu'il pourra exercer toutes les voies de droit à l'encontre de la BGL en vue du recouvrement de ladite Créance, et notamment réclamer la restitution du prix payé par la Société pour l'acquisition des Obligations Perpétuelles en contrepartie de la restitution à la BGL des Obligations Perpétuelles ou réclamer toute autre forme de dédommagement du fait du préjudice subi du fait de cette acquisition* ».

Moyennant deux courriers recommandés du 8 octobre 2014, la société CINQUECENTO INVESTMENTS SA a notifié les cessions de créance précitées des 23 juillet 2014 et 9 septembre 2014 à la BGL BNP PARIBAS.

Les actions en justice liées à la qualité de créancier sont transmises comme accessoires de la créance. La combinaison des articles 1615 et 1692 du code civil le dicte. La doctrine l'enseigne : « *Le successeur particulier jouit de tous les droits et actions que son auteur avait acquis dans l'intérêt direct de la chose, corporelle ou incorporelle, à laquelle il a succédé, c'est-à-dire des droits et actions qui se sont identifiés avec cette chose, comme qualités actives, ou qui en sont devenus des accessoires* » (C. Aubry et C. Rau, tome 2, 7^e éd., par P. Esmein, 1961, Litec, § 176, n° 69). Pour la Cour de cassation française, « *une convention de cession peut avoir pour objet, non seulement toute créance, mais encore toute action contre un tiers, à moins que ces créances, droit ou action ne soient hors du commerce ou que l'aliénation n'en ait été prohibée par une loi particulière ; dès lors, n'était pas contraire à l'ordre public la cession d'action tendant à la mise en jeu d'une responsabilité civile professionnelle ne faisant l'objet d'aucune restriction légale ; enfin, la cession de créance, ayant pour effet d'emporter de plein droit transfert de tous les accessoires de ladite créance, et notamment les actions en justice qui lui étaient attachées, la cour d'appel n'avait pas à rechercher si le cessionnaire justifiait d'un acte stipulant expressément la cession de l'action en responsabilité* ». Parce que la cession de créance emporte transfert de l'action en responsabilité contractuelle qui en est l'accessoire, le cédant perd la qualité pour agir au profit du seul cessionnaire (Rép. Dalloz civil, v° cession de créance, actualisé 04/2016, n° 216 et 217, se référant à Cass. fr. civ. 1^{re} 10 janv. 2006, n° 03-17.839 et Cass. fr. civ. 1^{re} 19 juin 2007, n° 05-21.678).

L'acte juridique ayant pour objet la transmission de l'action en justice peut être défini provisoirement comme une convention par laquelle une personne reçoit d'une autre le droit d'être entendue sur le fond d'une prétention, et sans lequel elle aurait succombé à une fin de non-recevoir (N. Cayrol, Les actes ayant pour objet l'action en justice, Economica, 2001, cité par D. Bert, Regards sur la transmission de l'action en justice, rev. Dalloz 2006, 2129).

Il s'ensuit que moyennant les cessions de créance précitées des 23 juillet 2014 et 9 septembre 2014, qui englobaient tant les obligations perpétuelles litigieuses elles-mêmes que la créance en responsabilité contractuelle à l'origine de laquelle elles se trouveraient et qui ont été régulièrement notifiées à la BGL BNP PARIBAS au regard de l'article 1690 du code civil, **A.)** est devenu titulaire de l'action en responsabilité civile dirigée contre la BGL BNP PARIBAS ayant pour objet l'exécution du mandat de gestion discrétionnaire conféré par la société FIMIPROPERTIES à la BGL BNP PARIBAS.

B. Quant aux fautes contractuelles reprochées par **A.)** à la BGL BNP PARIBAS :

Il résulte des pièces versées que la société FIMIPROPERTIES a ouvert le 10 février 1992 un compte-titres n° 19154 auprès de la BGL BNP PARIBAS. À partir du 15 février 2002, la société FIMIPROPERTIES a conféré à la BGL BNP

PARIBAS successivement cinq mandats de gestion discrétionnaire portant sur le portefeuille relatif au compte-titres n° 19154. L'évolution des profils et des limites d'investissement du portefeuille n°1 de la société FIMIPROPERTIES peut être résumée comme suit :

	Date du mandat	Profil	Actions	« Obligations et assimilées (équivalent 7 ans) »	Devises	Placements monétaires	Placements alternatifs
1	15/02/2002	Obligataire (I1)	0 %	100 %	20%	60%	0%
2	18/05/2005	Très conservateur (I2)	10 %	60 %	20%	80%	20%
3	20/12/2005	Très conservateur (I2)	15 %	60 %	20%	80%	20%
4	03/02/2006	Très conservateur (I2)	20 %	60 %	20%	80 %	20%
5	25/01/2007	Conservateur (I3)	35 %	60 %	30%	70 %	30 %

Il est constant que les obligations perpétuelles suivantes ont été acquises successivement par la BGL BNP PARIBAS dans ce contexte, pour un prix total de 2.579.605 euros :

	<i>Titre</i>	<i>Date d'acquisition</i>
1	AAREAL BANK 7,125 %	20 novembre 2001
2	CAPITAL RAISING 7,5 %	19 décembre 2002
3	SAN PAOLO IMI 8,126 %	15 juillet 2003
4	IKB FUNDING TRUST	29 juin 2004
5	AXA 04 FLR	29 octobre 2004
6	AXA 03 FLR	2 décembre 2003
7	HYPO ALPE ADRI 04 FLR	7 octobre 2004
8	NORDEA BANK 04 FLR	17 septembre 2004
9	ROTHSCHILD'S CONT FIN 04	5 août 2004
10	SANTANDER FIN 04 FLR	30 septembre 2004

Au moment de l'acquisition de ces obligations perpétuelles, soit entre le 15 février 2002 et le 18 mai 2005, le mandat de gestion discrétionnaire du 15 février 2002 régissait les relations entre parties. Celui-ci prévoyait comme profil d'investissement un profil « *obligataire (I1)* » : « *Recherche de valorisation du portefeuille avec une priorité à la protection du capital (...) Définition : Recherche sur l'horizon d'investissement d'une performance à court terme supérieure à celle d'un placement monétaire. Ceci implique une exposition structurelle aux actifs obligataires (...)* ».

Les pourcentages-limites des investissements étaient fixés comme suit :

	Minimum	Neutre	Maximum
Actions	0 %	0 %	0 %
Obligations et assimilées (Équivalent 7 ans)	40 %	70 %	100 %

	Minimum	Neutre	Maximum
Exposition en devises (hors devise de référence et monnaies apparentées)	0 %	10 %	20 %
Placements monétaires	0 %	30 %	60 %

A.) reproche à la BGL BNP PARIBAS une violation du mandat de gestion discrétionnaire à double titre :

- d'une part, sous l'empire du premier mandat du 15 février 2002, d'avoir acquis des obligations perpétuelles et de les avoir placées dans le compartiment « *Obligations et assimilées (Équivalent 7 ans)* » du portefeuille,
- d'autre part, sous l'empire des quatre mandats successivement accordés à partir du 18 mai 2005 ayant porté augmentation du pourcentage d'actions, d'avoir maintenu les obligations perpétuelles dans le portefeuille.

Il soutient que les obligations perpétuelles n'auraient, de par leur nature, pas dû être classifiées parmi les « *obligations et assimilées (Équivalent 7 ans)* ». Les obligations perpétuelles acquises pour son compte figureraient parmi le type d'obligations perpétuelles le plus risqué qui se rapprocherait le plus des actions. Elles auraient dès lors dû être considérées comme des actions, de sorte que leur achat, puis leur maintien dans le portefeuille constitueraient une faute contractuelle au regard des limites contractuellement fixées.

La BGL BNP PARIBAS réplique que cette analyse est erronée, étant donné qu'elles constituent un droit de créance de son porteur contre l'émetteur et non pas une part de son porteur dans le capital de l'émetteur, qu'elles portent des intérêts, qu'elles ne confèrent pas de droit de vote à leur porteur et, enfin, n'ont de perpétuel que leur titre, étant donné qu'elles sont remboursables sous certaines conditions.

Le gestionnaire de fortune est tenu de respecter le cadre contractuel convenu avec son client. Une obligation simple est un titre de créance remboursable à l'échéance qui produit des intérêts fixes. Les obligations perpétuelles ou subordonnées sont quant à elles des produits financiers dont le remboursement du capital et des intérêts est subordonné au remboursement des autres dettes de la société émettrice et dont le terme du remboursement du capital est indéfini. Si elles produisent des intérêts plus importants, elles sont plus risquées que les obligations simples. Si, comme tout placement, les obligations classiques comportent également un risque, il ne peut être sérieusement soutenu que le risque des obligations perpétuelles ou subordonnées est identique (Tribunal de première instance de Bruxelles, 3 octobre 2011, R.D.C. 2013/7, p. 624 – décision versée par **A.**).

Le fait que l'obligation perpétuelle ne comporte pas de date de maturité, c'est-à-dire que le remboursement à 100 % au terme n'est pas automatique, mais dépend du bon vouloir du débiteur, sans possibilité pour l'investisseur d'exiger le remboursement et de sortir ainsi de son investissement sans perte de capital (à supposer le débiteur capable d'honorer ses engagements), rend le titre

spéculatif et il s'apparente à cet égard plus aux actions (equity) qu'aux obligations (bonds). En effet, le porteur d'une obligation classique dont le cours est en baisse a toujours la faculté, s'il n'a pas un besoin urgent de toucher à son argent, d'attendre la maturité du titre et de récupérer 100 % de sa mise initiale de la part du débiteur (sauf défaillance de ce dernier – le débiteur en l'espèce ayant été de bonne qualité), tout en touchant les coupons (à taux variable, le cas échéant), tandis que le détenteur d'une obligation perpétuelle sans option « *put* » n'a pas cette faculté, sa seule possibilité de sortir de son investissement étant de vendre ses parts au cours du marché (tel que pour les actions) – sauf à attendre que le débiteur fasse jouer son option « *call* » et procède au remboursement des titres (Lux. 19 février 2009, n° 117632 du rôle).

En l'espèce, à défaut de précisions contenues dans le mandat du 15 février 2002 quant à la composition de la catégorie « *obligations et assimilées (Équivalent 7 ans)* » et en présence du choix par le client d'un profil « *obligataire* » avec « *priorité à la protection du capital* » qui exclut toute présence d'actions, la catégorie « *obligations et assimilées (Équivalent 7 ans)* » ne saurait, au vu des caractéristiques énoncées ci-dessus des obligations perpétuelles et de la mention « *Équivalent 7 ans* » qui exprime l'idée d'une durée limitée de l'investissement, être considérée comme englobant les obligations perpétuelles.

A.) fait dès lors valoir à juste titre que les proportions prévues par les mandats successifs entre actions (de 0 % à 35 %) et « *obligations et assimilées (Équivalent 7 ans)* » (de 100 % puis de 60 %) n'ont pas été respectées par la BGL BNP PARIBAS.

L'acquisition des obligations perpétuelles en vertu du mandat du 15 février 2002 et leur conservation dans le portefeuille sous l'égide des quatre mandats successifs accordés dans la suite par la société FIMIPROPERTIES sont donc constitutives d'une faute contractuelle dans le chef de la BGL BNP PARIBAS pour avoir outrepassé les pouvoirs lui conférés par les mandats et, corrélativement, ne pas avoir respecté le profil d'investissement contractuellement convenu.

A.) reproche encore à la BGL BNP PARIBAS d'avoir commis une faute de gestion en ne diversifiant pas les actifs financiers lui confiés. Il critique le fait que la défenderesse ait soumis la partie obligataire du portefeuille de la société FIMIPROPERTIES dans une proportion de près de 30 % aux risques des obligations perpétuelles et que la totalité des obligations perpétuelles, soit près de 20 % du portefeuille, ait été émise par des entreprises du secteur bancaire ou financier, ce qui serait revenu à augmenter le risque en cas de crise dans le secteur.

La BGL BNP PARIBAS réplique qu'elle n'a pas concentré exclusivement ses investissements à des obligations perpétuelles d'émetteurs du secteur financier, mais qu'elle a, au contraire, été vigilante à la diversification du portefeuille. Il fait valoir dans ce contexte que les obligations perpétuelles composaient en moyenne uniquement environ 15 % du portefeuille la société FIMIPROPERTIES entre 2002 et 2006. Dans la catégorie des obligations

perpétuelles, l'on trouverait des émetteurs du secteur des assurances et du secteur bancaire, qui seraient les seuls à émettre ce genre de titres, de 13 pays différents. À côté de ces obligations perpétuelles, le portefeuille aurait compris une grande partie d'obligations d'État, ainsi que des fonds obligataires et des produits structurés à capital garanti. Tant les actions que les obligations comprises dans le portefeuille se seraient rattachées à des zones géographiques diverses. Si les investissements en obligations perpétuelles étaient ciblés sur des émetteurs du secteur financier, la raison en serait que les sociétés du secteur financier constituent le seul type d'émetteur de ce genre de titres. Toutes les sociétés émettrices choisies par la Banque auraient bénéficié, au moment de l'investissement, d'une réputation connue.

Dans l'exécution de son mandat, le banquier n'est tenu que d'une obligation de moyens, alors que le but visé par la convention est essentiellement aléatoire en raison des nombreux éléments et circonstances échappant à son contrôle qui influent sur le résultat. Dans ce contexte, il a été décidé que le simple fait que la gestion de portefeuille a entraîné une perte de la moitié du capital ne saurait aboutir à un renversement de la charge de la preuve et que ce fait à lui seul ne saurait suffire à faire admettre une faute dans la gestion du compte par la banque (Cour 26 avril 2000, n° 18243 du rôle ; Lux. 14 juillet 2004, n° 82946 du rôle).

Dans l'accomplissement de sa mission de gestionnaire de portefeuille, le comportement du banquier s'apprécie par rapport à celui d'un professionnel normalement diligent et avisé dans les mêmes circonstances. Pour satisfaire à ce critère, le banquier doit respecter le principe de diversification du portefeuille. Ce critère fondamental s'apprécie de manière quantitative et qualitative, le banquier devant diversifier le portefeuille du point de vue de la répartition géographique des titres et de celui des secteurs de l'économie dans lesquels il investit (Cour 22 avril 2015, n° 39690 du rôle, Pas. 37, p. 675).

En l'espèce, au vu des pièces versées, **A.)** ne prouve pas, comme il en a la charge en vertu de l'article 1315 du code civil, ensemble l'article 58 du nouveau code de procédure civile, que la BGL BNP PARIBAS ne s'est, s'agissant de la diversification du portefeuille, pas comportée comme un professionnel normalement diligent et avisé placé dans les mêmes circonstances. Il se dégage des pièces versées que les obligations perpétuelles sont généralement issues du secteur bancaire ou financier. Dans la mesure où les juridictions ont tendance à considérer la crise financière des années 2007 et 2008 comme imprévisible (Lux. 11 juillet 2012, n° 127563 du rôle ; Tribunal de première instance de Bruxelles, 3 octobre 2011, *préc.*), le seul fait que la gestion du portefeuille par la BGL BNP PARIBAS, productive de revenus au profit de la société FIMIPROPERTIES jusque-là, ait entraîné une perte de la moitié du capital au moment de la survenance de la crise financière ne prouve pas que cette dernière ait été défectueuse auparavant.

Il s'ensuit qu'il n'y a pas lieu de retenir de faute contractuelle dans le chef de la BGL BNP PARIBAS s'agissant de la diversification du portefeuille.

C. Quant à l'existence d'une ratification du dépassement du mandat commis par la BGL BNP PARIBAS :

La BGL BNP PARIBAS fait valoir que tout dépassement du mandat lui imputable est couvert par la ratification par la société FIMIPROPERTIES. Elle se prévaut en premier lieu d'une ratification expresse, dans la mesure où cette dernière n'a non seulement jamais contesté les investissements réalisés par elle dans le cadre des mandats, mais que la société FIMIPROPERTIES a en outre renouvelé à plusieurs reprises les contrats de gestion conclus avec la banque, en augmentant à chaque fois le pourcentage des investissements en actions permis. Par ailleurs, il y aurait eu en tout état de cause ratification tacite, dans la mesure où en vertu tant des mandats de gestion discrétionnaire que des conditions générales de la banque, à défaut de réclamation dans le délai prévu de 30 jours à partir de l'envoi ou de la remise des documents ou avis, la société FIMIPROPERTIES serait réputée avoir ratifié l'ensemble des investissements réalisés dans le cadre des mandats de gestion octroyés à la BGL BNP PARIBAS.

A.) oppose que la société FIMIPROPERTIES n'était pas en mesure de ratifier les dépassements du mandat commis par la BGL BNP PARIBAS, puisqu'elle n'en avait pas connaissance. De ce fait, elle n'aurait par ailleurs pas pu avoir de volonté de ratifier le dépassement de mandat. Le demandeur fait en outre valoir que la théorie de l'approuvé implicite, selon laquelle à défaut pour le client d'avoir protesté dans les délais requis, celui-ci est présumé avoir accepté les opérations effectuées par la banque, n'est pas applicable en matière de gestion de portefeuille.

Indépendamment de toute stipulation contractuelle, l'article 1998 alinéa 2 du code civil dispose que le mandant n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà du pouvoir qui a été donné au mandataire que pour autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement.

On s'accorde à reconnaître que la ratification du mandant valide non seulement les actes accomplis par le mandataire au-delà des limites de son mandat, mais aussi ceux que ce dernier a accomplis sans mandat ou en vertu d'un mandat nul. En effet, le mandataire qui excède les limites de son mandat n'a pas plus de pouvoir que celui qui agit sans mandat ou en vertu d'un mandat nul ; dans les deux cas, celui qui a agi n'a que la qualité d'un gérant d'affaires et tous les actes d'un gérant d'affaires peuvent être ratifiés par le géré (Cour 16 janvier 2002, n° 25522 du rôle ; Cour 22 avril 2009, n° 32760 du rôle ; Cour 8 novembre 2012, n° 37050 du rôle).

La ratification prévue à l'article 1998 du code civil vise l'opération juridique par laquelle une personne s'approprie un acte qu'une autre personne a accompli en son nom, mais sans en avoir reçu mandat (Cour 14 février 2007, n° 28388 du rôle).

Pour que la ratification soit valable, il faut (1) que le mandant ait eu connaissance de l'acte conclu par le mandataire en dehors de ses pouvoirs, et

(2) la volonté certaine du mandant de fournir *a posteriori* son consentement passé par le mandataire (Cour 8 novembre 2012, *préc.*).

Il convient d'analyser si ces conditions sont réunies en l'espèce dans le chef de la société FIMIPROPERTIES, qui avait conféré les différents mandats de gestion discrétionnaire à la BGL BNP PARIBAS.

(1) *Connaissance du dépassement du mandat :*

La société FIMIPROPERTIES est une société holding de droit luxembourgeois, créée sous l'empire de la loi du 31 juillet 1929 sur le régime fiscal des sociétés de participation financière et dont l'objet social est la prise de participations « (...) *sous quelque forme que ce soit, dans toutes entreprises commerciales, industrielles, financières ou autres, luxembourgeoises ou étrangères, l'acquisition de tous titres et droits par voie de participation, d'apport, de souscription, de prise ferme ou d'option d'achat, de négociation et de toute autre manière (...)* ».

Il résulte des pièces que l'actionnaire unique de la société FIMIPROPERTIES, **A.)**, qui a rempli en 2003 une déclaration d'ayant droit économique s'agissant du compte-titres n° 19154 et déclaré dans son profil client suivre « *sur une base régulière les informations financières* » via « *Boursorama, l'Écho...* »¹, a signé dès 2005 une convention intitulée « *Internet BNP PARIBAS Priv@te Weblines* » lui permettant la « *consultation de compte et le détail des opérations bancaires* » du compte en question.

La première obligation perpétuelle, « *AAREAL BANK 7,125 %* », a été acquise par la société FIMIPROPERTIES le 20 novembre 2001, soit à un moment où la BGL BNP PARIBAS n'était pas encore investie d'un mandat de gestion discrétionnaire.

A.) verse enfin l'ensemble des relevés de compte adressés par la BGL BNP PARIBAS à la société FIMIPROPERTIES entre 2001 et 2008, dans lesquels les obligations perpétuelles sont identifiables en tant que telles et peuvent être distinguées des obligations ordinaires. Lesdits relevés de compte fournissent encore un aperçu détaillé de la composition du portefeuille et du rendement de chacun de ses éléments.

Dans les conditions exposées, la société FIMIPROPERTIES avait nécessairement connaissance de la présence d'obligations perpétuelles dans son portefeuille.

Dans la mesure où, en tant que professionnel en matière de participations financières, elle a acquis la première des obligations perpétuelles litigieuses en dehors des différents mandats de gestion discrétionnaire successivement conférés à la banque, elle était également au courant des caractéristiques de ce type d'obligations.

¹ Pièce n° 11 versée par la BGL BNP PARIBAS.

Il faut en déduire que la société FIMIPROPERTIES était à tout moment pleinement au courant de la composition du portefeuille, y compris du fait que les obligations perpétuelles, rangées dans la catégorie « *obligations et assimilées (Équivalent 7 ans)* » présentaient un caractère plus spéculatif que les obligations ordinaires placées dans la même catégorie.

(2) *Volonté de ratifier :*

La ratification peut être déduite de toute manifestation certaine de volonté du mandant, notamment lorsqu'il rappelle dans un acte ultérieur les obligations assumées par le mandataire. Les juges apprécient souverainement les faits et les circonstances d'où peut résulter la ratification (Cour 28 novembre 2007, *préc.*).

En l'espèce, bien que consciente des caractéristiques inhérentes aux obligations perpétuelles et de la présence de ces dernières dans son portefeuille pour avoir été acquises avant ou durant le premier mandat de gestion discrétionnaire confié à la BGL BNP PARIBAS le 15 février 2002, la société FIMIPROPERTIES a à quatre reprises – les 18 mai 2005, 20 décembre 2005, 3 février 2006 et 25 janvier 2007 – remplacé le mandat de gestion discrétionnaire existant par un nouveau, au contenu juridique identique, en augmentant successivement les limites de la proportion des actions (de 10 % à 35 %), tout en laissant celle de la catégorie « *obligations et assimilées (Équivalent 7 ans)* » à 60 %.

En outre, parmi les pièces versées, le courrier de la société FIMIPROPERTIES du 1^{er} août 2008, soit à un moment où la crise financière s'était déjà manifestée, constitue la première expression de désapprobation de la société FIMIPROPERTIES. Celle-ci, intervenue presque quatre ans après la dernière acquisition d'obligation perpétuelle réalisée par la banque, doit être considérée comme tardive au regard du fait que même en matière de gestion de portefeuille, le client – en l'occurrence une société holding – qui ne conteste pas les opérations réalisées par la banque dès qu'il en est informé, est présumé avoir ratifié les engagements passés. En raison du caractère aléatoire de la gestion de portefeuille, il ne pourra ultérieurement contester la validité ou le bien-fondé de l'action du gestionnaire, qui se révélerait préjudiciable (Cour 26 mai 1993, n° 13189 du rôle ; Cour 27 novembre 2008, n° 31364 du rôle).

Il s'ensuit que la volonté de ratifier est également prouvée dans le chef de la société FIMIPROPERTIES.

La BGL BNP PARIBAS a ainsi établi que les conditions de la ratification du dépassement du mandat sont réunies en l'espèce.

La demande en indemnisation de **A.)** n'est par voie de conséquence pas fondée.

IV. Quant aux demandes accessoires :

Tant le demandeur que la défenderesse ont formulé des demandes en allocation d'une indemnité de procédure.

L'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cass. 2 juillet 2015, n° 60/15, n° 3508 du registre).

A.) n'obtenant pas gain de cause et devant supporter les frais et dépens de l'instance, il est à débouter de sa demande en allocation d'une indemnité de procédure.

À défaut pour la BGL BNP PARIBAS de justifier en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais exposés par elle et non compris dans les dépens, sa demande en obtention d'une indemnité de procédure est à déclarer non fondée.

Enfin, au vu de l'issue du litige, la demande de **A.)** tendant à l'exécution provisoire du présent jugement est devenue sans objet.

Par ces motifs

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit la demande de **A.)** en la forme,

la dit non fondée,

dit non fondées les demandes respectives des parties en obtention d'une indemnité de procédure,

dit la demande de **A.)** tendant à l'exécution provisoire du présent jugement sans objet,

condamne **A.)** aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de la société anonyme ARENDT & MEDERNACH SA, représentée pour les besoins de la cause par Maître Philippe DUPONT, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.