

## Jugement commercial 2019TALCH02/00742

Audience publique du vendredi, trois mai deux mille dix-neuf.

### Numéro 161 081 du rôle

Composition :

Anick WOLFF, 1<sup>ère</sup> vice-présidente ;  
Steve KOENIG, 1<sup>er</sup> juge ;  
Thierry SCHILTZ, 1<sup>er</sup> juge ;  
Paul BRACHMOND, greffier.

### **Entre :**

1. Monsieur **A.1.**), demeurant à F-(...) ;
2. Madame **A.2.**), demeurant à F-(...) ;
3. Madame **A.3.**), demeurant à F-(...) ;
4. Madame **A.4.**), demeurant à F-(...) ;
5. Monsieur **A.5.**), demeurant à F-(...) ;
6. Monsieur **A.6.**), demeurant à F-(...) ;

parties demanderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette en date du 7 octobre 2013 ;

comparant par la société à responsabilité limitée DCL Avocats SARL, établie et ayant son siège social à L-2324 Luxembourg, 9, avenue Jean-Pierre Pescatore, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 212277, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Guy PERROT, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg, assisté de Maître Véronique LARTIGNE, avocat, demeurant à Paris,

### **et :**

1. la société anonyme de droit suisse **UBS AG**, établie et ayant son siège social à CH-8001 Zürich, Bahnhofstrasse 45 et à CH-4051 Bâle, Aeschenvorstadt 1, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite aux Registres du Commerce et des Sociétés de Zurich et Bâle sous le numéro CH-270.3.004.646-4 ;
2. la société européenne **UBS EUROPE SE**, établie et ayant son siège à D-60306 Francfort, Operturm, Bockenheimer Landstrasse 2-4, agissant au titre de sa succursale UBS EUROPE SE, Luxembourg Branch, établie à L-1855

Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 209123, inscrite à l'Amtsgericht de Francfort sous le n° HRB 107046 ;

3. la société anonyme **UBS FUND SERVICES (Luxembourg) SA**, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John 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 58535 ;

**parties défenderesses** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette en date du 7 octobre 2013 ;

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN SA, établie et ayant son siège social à L-1340 Luxembourg, 2, place Winston Churchill, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 209469, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

4. Monsieur **B.**), demeurant à CH(...), pris en sa qualité d'ancien administrateur de la société d'investissement à capital variable LUXALPHA, ayant été établie et ayant eu son siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue J.F. Kennedy, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 98874, déclarée en liquidation judiciaire en date du 2 avril 2009 ;
5. Monsieur **C.**), demeurant à L(...), pris en sa qualité d'ancien administrateur de la société LUXALPHA ;
6. Monsieur **D.**), demeurant à CH(...), pris en sa qualité d'ancien administrateur de la société LUXALPHA ;
7. Monsieur **E.**), demeurant à L(...), pris en sa qualité d'ancien administrateur de la société LUXALPHA ;
8. Monsieur **F.**), demeurant à D(...), pris en sa qualité d'administrateur de la société LUXALPHA ;
9. Monsieur **G.**), demeurant à (...), Cameroun, pris en sa qualité d'ancien administrateur de la société LUXALPHA ;

**parties défenderesses** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN en date du 7 octobre 2013 ;

comparant par la société à responsabilité limitée LOYENS & LOEFF LUXEMBOURG SARL, établie et ayant son siège social à L-2450 Luxembourg, 18-20, rue Edward Steichen, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Véronique HOFFELD, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

10. Monsieur **H.**), demeurant à B(...), pris en sa qualité d'ancien administrateur de la société LUXALPHA ;

11. Monsieur **I.**), demeurant à L-(...), pris en sa qualité d'ancien administrateur de la société LUXALPHA ;

**parties défenderesses** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette en date du 7 octobre 2013 ;

comparant par Maître Jean-Paul NOESEN, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

12. la société anonyme **ERNST & YOUNG SA**, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 35E, avenue John 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 47771 ;

**partie défenderesse** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN d'Esch-sur-Alzette en date du 7 octobre 2013 ;

comparant par la société en commandite simple KLEYR GRASSO, établie et ayant son siège social à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 220509, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour constitué, demeurant à Strassen.

---

## Le Tribunal :

### Faits

A travers des ordres donnés à leurs banques (BNP PARIBAS SA et BANQUE NEUFLIZE OBC SA), **A.1.), A.2.), A.3.), A.4.), A.5.)** et **A.6.)** (ci-après les « consorts **A.)** ») ont souscrit des parts dans la société d'investissement à capital variable LUXALPHA SICAV (ci-après « LUXALPHA ») en date des 13 avril 2006, 30 juin 2008 et 17 novembre 2008.

Aucun formulaire particulier de souscription n'a été signé.

Aux termes du prospectus de LUXALPHA de 2004, son conseil d'administration est composé de **B.), G.), E.), F.)** et **I.)**.

La société UBS Luxembourg SA, actuellement UBS EUROPE SE (ci-après « UBSL »), a été la banque dépositaire et l'agent payeur principal du fonds. La société UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG) SA (ci-après « UBS FS ») a été l'agent administratif du fonds. La société ERNST & YOUNG en a été le réviseur.

Suivant prospectus de novembre 2008, le conseil d'administration de LUXALPHA est composé de **C.), D.), E.), F.), H.)** et **I.)**.

La société anonyme de droit suisse UBS AG (ci-après « UBS ») est la société mère d'UBSL.

Aux termes d'un modèle de bulletin de souscription émis par LUXALPHA, les souscripteurs reconnaissent que *« conformément aux lois luxembourgeoises, la notion de dépositaire utilisée pour décrire la mission générale du dépositaire (UBS (Luxembourg) S.A.) doit être entendue non pas dans le sens de « garde » mais dans le sens de surveillance ; Par conséquent UBS (Luxembourg) S.A. n'est pas le gardien des avoirs du Fonds puisque les avoirs sont gardés par le courtier américain dans un compte séparé au nom du Fonds, dans un but de couverture des options lancées par le Fonds au sein de sa stratégie, conformément aux règles américaines relatives au nantissement des options de couverture ; le risque de pertes et profits suite à un défaut (même peu probable) du courtier américain est supporté entièrement par les actionnaires et sujet à réalisation de son obligation de surveillance conformément aux règles luxembourgeoises, UBS (Luxembourg) S.A. a seulement les devoirs limités de rembourser les sommes perçues par le courtier américain. UBS (Luxembourg) ne garantit pas le remboursement des avoirs en cas de défaut ».*

Les actifs de LUXALPHA ont été confiés à la société Bernard L. Madoff Investment Securities LLC (ci-après « BMIS »).

Suite à la découverte de la fraude Madoff, LUXALPHA a été dissoute et sa liquidation a été ordonnée par jugement du 2 avril 2009. Aux termes de ce jugement *« les liquidateurs représentent tant la société que ses investisseurs et créanciers et qu'ils sont dotés des pouvoirs les plus étendus en vue de la réalisation de leur objectif qu'ils exerceront tant au Grand-Duché de Luxembourg qu'à l'étranger ».* Ledit jugement a déclaré applicables les dispositions légales relatives à la liquidation de la faillite sous réserve de quelques modalités dérogatoires.

Par arrêts de la Cour d'appel de Paris des 27 octobre 2015 et 28 juin 2016, les sociétés BANQUE NEUFLIZE OBC SA et BNP PARIBAS SA ont été condamnées à payer à titre de dommages et intérêts 550.000,- EUR à **A.1.)** et 150.000,- EUR à chacun des autres consorts **A.)**.

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 juin 2016 a été cassé sous le visa de l'article 1147 du Code civil en qu'il a condamné BNP PARIBAS à payer à **A.1.)** la somme de 550.000,- EUR à titre de dommages et intérêts (Cour de cassation française, 7 mars 2018).

### Procédure

Par exploit d'huissier du 7 octobre 2013, les consorts **A.)** ont assigné UBS, UBSL, UBS FS, **B.), C.), D.), E.), F.), H.), I.), G.)** et ERNST & YOUNG à comparaître devant le tribunal de ce siège.

Le 5 novembre 2013, réassignation a été donnée à **G.)**.

L'ordonnance de clôture de l'instruction sur les questions de la recevabilité, de la jonction et de la demande de communication de pièces est intervenue le 23 janvier 2019.

Le juge rapporteur a été entendu en son rapport oral à l'audience du 6 février 2019.

### Prétentions et moyens des parties

## Les parties demanderesses

Dans leur assignation, les parties demanderesses sollicitent que la présente demande soit jointe à la demande introduite par les liquidateurs de LUXALPHA contre les mêmes défendeurs actuellement pendante devant le tribunal et inscrite sous le numéro 127 298 du rôle. Elles demandent encore, avant tout progrès en cause, qu'il soit ordonné aux parties défenderesses de produire les pièces suivantes :

- le *sub Custodian Agreement* du 5 février 2004 signé entre UBS et BMIS ;
- le *Custodian Agreement* du 5 février 2004 signé entre UBS et LUXALPHA ;
- le *Custodian Bank and Paying Agency Agreement* du 22 septembre 2006 signé entre UBS et LUXALPHA ;
- l'*Agreement of Understanding and Indemnification* du 22 septembre 2006 de UBS à UBS Third Party Management Company ;
- la résolution du conseil d'administration de LUXALPHA du 5 février 2004 ;
- l'ensemble des conclusions échangées entre parties et des pièces communiquées dans l'affaire inscrite sous le numéro 127 298 du rôle.

Elles demandent de condamner conjointement et solidairement, sinon in solidum les défendeurs, à payer des dommages et intérêts :

\* au titre de la perte d'investissements due à des informations trompeuses à :

- **A.1.):** 891.349,- EUR et 1.899.998,84 EUR
- **A.2.) :** 797.996,23 EUR
- **A.3.) :** 797.996,23 EUR
- **A.4.) :** 800.002,19 EUR
- **A.5.) :** 797.996,23 EUR
- **A.6.) :** 799.014,10 EUR

\* au titre de perte d'une chance d'obtenir une rémunération des montants investis à :

- **A.1.):** 44.816 et 589.000,- EUR
- **A.2.) :** 47.897,- EUR
- **A.3.) :** 47.879,- EUR
- **A.4.) :** 47.999,- EUR
- **A.5.) :** 47.879,- EUR
- **A.6.) :** 47.940,- EUR.

Ces sommes sont réclamées avec les intérêts légaux conformément à la loi modifiée du 18 avril 2004 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard à compter des dates respectives de souscription dans LUXALPHA par chacun des demandeurs, sinon à compter de la demande en justice.

Les demandeurs sollicitent encore la capitalisation des intérêts sur base de l'article 1154 du Code civil.

Les parties demanderesses réclament, chacune, une indemnité de 20.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ainsi que la condamnation conjointe et solidaire, sinon in solidum, des défendeurs aux frais et dépens de l'instance.

La demande tendant à la production forcée de pièces est basée sur l'article 288 du Nouveau Code de procédure civile et celles tendant à la condamnation des défendeurs sont basées sur les articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil, les dispositions de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif (entretemps abrogée par la loi modifiée du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif), les dispositions de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et notamment son article 59 alinéa 1<sup>er</sup> et alinéa 2 (actuellement article 441-9).

Dans le cadre de leurs conclusions du 14 mars 2018, les demandeurs sollicitent qu'il soit enjoint aux entités UBS de produire les conclusions qu'elles ont notifiées dans l'affaire inscrite sous le numéro 127 298 du rôle.

Les parties demanderesses contestent le moyen tiré du défaut de qualité à agir alors que 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 personnel à agir en justice et donc qualité pour le faire.

Elles insistent sur le fait qu'elles ont souscrit dans LUXALPHA moyennant un bulletin de souscription qui ne contenait aucune décharge de responsabilité au profit d'UBSL, contrairement à la majorité des autres souscripteurs de parts.

Comme les demandeurs ne seraient pas actionnaires de LUXALPHA, la jurisprudence selon laquelle une action d'un actionnaire en indemnisation du préjudice considéré comme ayant été subi par la société du fait de ses dirigeants est irrecevable ne serait pas transposable aux personnes n'ayant pas la qualité d'actionnaire, respectivement lorsque la responsabilité de parties tierces n'ayant pas assumé de fonctions dirigeantes est recherchée. En l'espèce, les demandeurs seraient tiers par rapport à LUXALPHA et la responsabilité recherchée serait délictuelle.

Le préjudice dont ils demandent réparation n'impliquerait pas une atteinte au patrimoine social de LUXALPHA ou un appauvrissement du fonds puisque la demande n'est pas dirigée contre celui-ci. Il s'agit d'une demande de dommages et intérêts.

De plus, les demandeurs invoquent la perte de chance de s'abstenir d'investir dans LUXALPHA si des informations exactes leur avaient été communiquées, et d'investir dans d'autres fonds.

La question de la qualité d'actionnaire ou de bénéficiaire économique relèverait de toute façon du fond de l'affaire et non pas de sa recevabilité.

En relation avec le moyen tiré du monopole d'action conféré aux liquidateurs de LUXALPHA, les demandeurs soutiennent qu'il n'existe aucune disposition légale qui instituerait une action attitrée au profit des liquidateurs supprimant le droit de tiers par rapport à un fonds d'investissement d'agir contre d'autres tiers de ce fonds. Seul le législateur pourrait créer une telle action attitrée. La disposition légale permettant au tribunal d'arrêter le mode de liquidation des organismes de placement collectif n'inclurait pas la possibilité de limiter le droit d'action des justiciables.

En tant que représentants légaux de LUXALPHA, les liquidateurs ne pourraient agir qu'au nom et pour le compte du fonds à l'encontre des actuelles parties défenderesses sur une base contractuelle. Or, les consorts **A.)** agissent sur base délictuelle, ce régime différant de celui de la responsabilité contractuelle.

En relation avec la demande de jonction, les demandeurs soutiennent que les circonstances de fait et les moyens de droit qui gisent à la base de l'action introduite par les liquidateurs sont identiques à ceux invoqués dans le cadre de la présente affaire. Il s'agirait d'éviter une contradiction de jugements au vu des conclusions divergentes des entités UBS dans le cadre des deux affaires tendant dans l'affaire intentée par les liquidateurs à contester le fait que les liquidateurs représentent l'ensemble des investisseurs et dans la présente affaire, à souligner que seuls les liquidateurs représentent l'ensemble des investisseurs.

La demande tendant à la communication forcée de pièces serait parfaitement recevable et l'obligation de diviser la demande n'y serait pas applicable. Les pièces seraient destinées à établir les fautes commises et auraient dès lors un intérêt probatoire important.

### **Les entités UBS**

Les entités UBS concluent à l'irrecevabilité de la demande et au rejet des demandes de jonction et de communication forcée des pièces.

Il serait de jurisprudence constante que les demandes tendant au dédommagement de la perte de l'investissement (qui ne constitue pas un préjudice personnel et distinct de celui subi par le fonds d'investissement) sont irrecevables en ce que seul le fonds a subi le préjudice qui se répercute sur les investisseurs.

Le préjudice des demandeurs ne serait qu'une répercussion du préjudice social de LUXALPHA, la perte des actifs de LUXALPHA ayant causé la perte de l'investissement des demandeurs.

L'irrecevabilité de la demande tendant à l'indemnisation du préjudice social s'appliquerait à tous les investisseurs qu'ils aient ou non la qualité d'actionnaires au sens strict du terme.

En l'espèce, le dommage subi par les investisseurs dans LUXALPHA est le même qu'ils aient ou non signé une clause de décharge de responsabilité. La perte de l'investissement n'a pas été subie par certains seulement mais par la collectivité des actionnaires. Seule la question de l'indemnisation de ce préjudice est le cas échéant affectée par ces clauses.

Elles font également valoir qu'une partie de leur dommage a déjà été indemnisée suite aux arrêts rendus en France.

Les entités UBS s'opposent à la jonction en raison de l'irrecevabilité de la demande intentée par les investisseurs.

La demande de communication de pièces, n'étant pas suffisamment motivée, serait à rejeter.

#### **E.), D.), C.), F.), G.) et B.)**

Ces défendeurs concluent à l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité et d'intérêt à agir. Ils demandent la condamnation de chacune des parties demanderesses à leur payer une indemnité de 10.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ainsi que la condamnation des demandeurs aux frais et dépens de l'instance et avec distraction au profit de leur mandataire qui affirme en avoir fait l'avance.

Le défaut de qualité à agir résulterait tant du fait que les demandeurs ne sont pas actionnaires de LUXALPHA que du fait qu'ils ne démontrent pas l'existence d'un préjudice personnel et distinct de la société.

En l'espèce, les actions auraient été souscrites par des intermédiaires financiers en tant que *nominees*, agissant en leur nom mais pour le compte de leurs clients. Les consorts **A.)** ne figureraient pas au registre des actionnaires de LUXALPHA. Comme le mandataire des consorts **A.)** a traité en son nom personnel, le contrat de souscription signé par lui n'aurait pas d'effet à l'égard du mandant.

En tout état de cause, même des actionnaires ne pourraient intenter une action contre les anciens administrateurs de LUXALPHA qu'à la condition de démontrer un préjudice personnel et distinct du préjudice social pour lequel l'action en justice est réservée aux liquidateurs de LUXALPHA. Aucun tel préjudice ne serait établi par les demandeurs. Ni la perte de l'investissement, ni la perte de chance d'obtenir une rémunération des montants investis invoquées par les demandeurs seraient distinctes de la perte du patrimoine social. Le fait allégué d'avoir souscrit en méconnaissance d'une information déterminante qui était connue de la société et de la majorité des actionnaires ne crée pas de préjudice distinct au détriment de ces souscripteurs. Le formulaire libre de souscription qui divergerait des ordres de souscription signés par les autres investisseurs, ne serait même pas versé par les demandeurs.

Les défendeurs s'opposent à la jonction, au motif que les demandes respectives n'auraient pas de point de départ unique et commun, et à la demande de communication de pièces.

#### **I.) et H.)**

Ces défendeurs se rallient aux conclusions des entités UBS et concluent à l'irrecevabilité de la demande et au rejet des demandes de jonction et de production forcée de pièces.

#### **ERNST & YOUNG**

ERNST & YOUNG conclut à l'irrecevabilité de la demande et au rejet des demandes de jonction et de communication forcée de pièces. Elle sollicite une indemnité de 10.000,- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

La demande serait irrecevable à double titre. Les demandeurs ne prouveraient pas de préjudice personnel distinct du préjudice social et les liquidateurs de LUXALPHA auraient un monopole d'action.

Les demandeurs invoqueraient la perte de leur investissement de même que leur gain manqué (erronément qualifié comme perte d'une chance), c'est-à-dire la perte des revenus que leur investissement aurait pu leur procurer. Or, la jurisprudence luxembourgeoise (série de jugements du 4 mars 2010, série d'arrêts de la Cour d'appel des 15 juillet 2014 et 15 juin 2015 et arrêt de la Cour de cassation du 2 juillet 2015) aurait déjà retenu que la perte de la valeur de l'investissement ne constituerait pas de préjudice distinct du préjudice social subi par la société elle-même et que le préjudice causé à l'actionnaire ne serait que le corollaire de ce préjudice social. Il en serait de même du gain manqué, c'est-à-dire de la perte des intérêts résultant de l'immobilisation d'une créance dans une procédure collective.

Cette jurisprudence serait entièrement transposable au cas d'espèce. La question de savoir si les demandeurs sont à qualifier d'actionnaires ou d'investisseurs seraient inopérante à cet égard, ce qui importerait serait le préjudice invoqué.

Elle trouverait application à l'égard de toutes les actions en responsabilité engagées par les actionnaires/investisseurs contre des cocontractants de la société, donc également contre le réviseur de la société.

L'ouverture de la liquidation de LUXALPHA aurait créé une masse des investisseurs dont les intérêts sont représentés exclusivement par les liquidateurs et aurait dessaisi immédiatement les investisseurs de toute action en responsabilité pour un préjudice inhérent à la liquidation.

La demande de jonction devrait être rejetée au vu de l'irrecevabilité de la demande des consorts **A.**). En tout état de cause, les deux affaires ne seraient pas l'une vis-à-vis de l'autre dans des rapports de sérieuse affinité, d'étroite corrélation. Aucun lien de connexité n'existerait.

La jonction serait contraire à une bonne administration de la justice, critère essentiel et finalité de toute jonction.

Les circonstances que les deux procédures ne se trouvent pas au même stade, que les parties impliquées ne sont que partiellement identiques, que les objets et causes des demandes sont différents, que l'action des liquidateurs est une action contractuelle et celle des consorts **A.**) est une action délictuelle seraient d'autres critères s'opposant à une jonction des deux rôles.

La demande de production forcée de pièces serait irrecevable au même titre que la demande tendant à l'indemnisation du préjudice.

Elle serait encore irrecevable pour violation de l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile en ce que les demandeurs n'auraient pas divisé leur demande en production forcée de pièces.

De plus, les conditions posées par l'article 284 du Nouveau Code de procédure civile ne seraient pas remplies en l'espèce, à savoir la preuve d'un intérêt probatoire à la production des pièces demandées et celle que les pièces existent et sont en la possession du défendeur.

### Appréciation

#### **Quant à la recevabilité**

Les parties demanderesses prétendent avoir intérêt et qualité à agir.

Elles insistent sur le fait de ne pas être des actionnaires de LUXALPHA mais d'avoir néanmoins subi un préjudice suite aux agissements fautifs des parties défenderesses. Ce préjudice serait constitué de la perte de leur investissement, de la perte de la chance de percevoir les fruits d'un placement dans un autre produit financier, respectivement de la perte de la chance de s'être abstenues d'investir dans le fonds.

Il est constant en cause que les demandeurs, tout comme les actionnaires de LUXALPHA, sont tiers par rapport aux défendeurs qui n'ont de relations contractuelles qu'avec LUXALPHA.

Il est également constant que les demandeurs, tout comme des actionnaires, ont investi de l'argent dans le fonds, qu'ils se disent lésés par les fautes ou omissions commises par les défendeurs dans le cadre de l'exécution du/des contrat(s) qui les lie(nt) au fonds et d'avoir subi un dommage en relation causale directe avec ces fautes ou omissions.

La recevabilité de la demande est contestée au double motif que les demandeurs n'invoquent pas de préjudice distinct du préjudice social et que les liquidateurs ont le monopole d'action.

Abstraction faite de la véritable nature de la relation entre les demandeurs et LUXALPHA, la question essentielle qui se pose en l'espèce est celle de savoir si une personne qui dit avoir investi dans un fonds d'investissement et qui fait valoir un dommage en relation avec des fautes contractuelles commises par des entités contractuellement liées audit fonds a qualité à agir contre ces entités. Le critère essentiel qui permet de répondre à cette question a trait au dommage que cette personne invoque plutôt qu'à la qualité dans laquelle cette personne agit, étant entendu que seul le fonds a qualité à agir en responsabilité du dommage qu'il a subi.

Les principes qui ont été dégagés relativement à la réparation du préjudice de l'actionnaire subi du fait des fautes commises par le dirigeant social valent également pour les actions en responsabilité engagées par les actionnaires contre d'autres cocontractants de la société (voir notamment Cour d'appel, 15 juillet 2014, n° 36517 du rôle ainsi que les références y citées). Ces mêmes principes trouvent également application lorsque, comme en l'espèce, des tiers, bien que ne se qualifiant pas comme actionnaires du fonds, font valoir un dommage en réalité subi par le fonds ou la collectivité des actionnaires/investisseurs. Comme relevé ci-dessus, le critère de délimitation est le dommage invoqué et non la qualité de celui qui l'invoque.

Le critère permettant de distinguer le préjudice social du préjudice individuel réparable consiste dans le fait que ce dernier va directement affecter la valeur des titres ou la situation patrimoniale de l'actionnaire ou de l'investisseur sans que le patrimoine de la société n'ait été atteint. Le préjudice individuel réparable est celui qui affecte directement le patrimoine de l'actionnaire ou de l'investisseur sans impliquer en même temps une atteinte au patrimoine social ou un appauvrissement de ce dernier. Le préjudice individuel ne doit pas constituer une simple répercussion du préjudice social et doit, par conséquent, être déconnecté d'une perte qui affecterait l'actif social (Frédéric Danos, La réparation du préjudice individuel de l'actionnaire, no13 RJDA 5/08, page 471).

Selon une jurisprudence luxembourgeoise constante, une partie demanderesse qui dit avoir investi dans un fonds d'investissement et ayant elle-même subi un préjudice n'a pas qualité à agir directement contre le dépositaire ou autre cocontractant du fonds pour violation de ses obligations contractuelles envers le fonds (voir la série de jugements prononcés le 4 mars 2010 ainsi que les arrêts de confirmation rendus le 15 juin 2016). Il y est retenu que les *« actionnaires n'ont pas la qualité pour exercer en justice un droit dont seule la société peut être titulaire: la personnalité morale leur interdit d'élever des prétentions au lieu et place de la société, en application de la règle selon laquelle « nul ne plaide pour autrui sans pouvoir ». Seule la société bénéficie de la qualité pour agir en responsabilité, dès lors qu'elle est la victime potentielle d'un fait dommageable: l'existence de la personnalité morale conduit à vérifier que le préjudice a été subi dans le patrimoine social et non dans celui des actionnaires »*.

Cette même solution doit forcément s'appliquer aux personnes se prétendant simples investisseurs ou bénéficiaires économiques si et dans la mesure où elles font valoir, tout comme les actionnaires, un dommage en réalité subi par le fonds.

Il a été retenu que les demandeurs dont les actions ont été déclarées irrecevables n'allèguent pas de préjudice personnel distinct du préjudice subi par la personne morale elle-même dont ils sont les investisseurs, leur préjudice invoqué n'étant que la conséquence directe du préjudice subi par le fonds.

En effet, en matière de fonds d'investissement, le lien entre le patrimoine de la société et la valeur de la part est direct, cette dernière résultant de la valeur nette d'inventaire. Il existe une assimilation parfaite entre le capital de la société, la valeur de son actif net et la valeur des parts en circulation, de sorte que les pertes subies par les actifs de cette société sont directement répercutées sur les investisseurs.

Dans la mesure où la recevabilité de la demande est directement liée au préjudice invoqué plutôt qu'à la qualification exacte des demandeurs, il faut analyser si les demandeurs invoquent un préjudice qui leur est personnel et propre ou, au contraire, s'ils réclament le préjudice social.

Même si un actionnaire dispose d'une action individuelle en réparation d'un préjudice distinct de celui de la société et des autres actionnaires, la recevabilité d'une telle action en responsabilité est soumise à l'allégation de ce préjudice personnel et la jurisprudence impose au demandeur de caractériser ce préjudice distinct (TAL, 4 mars 2010, n° 122656, 125 275 et 125 650 du rôle ainsi que la référence y citée).

Dans le cadre du dispositif de leur assignation, les demandeurs invoquent deux chefs de préjudices, à savoir la perte de leur investissement ainsi que la perte d'une chance d'obtenir une rémunération des montants investis. Même si, au cours de leurs diverses conclusions, la délimitation claire entre la perte de l'investissement et le préjudice invoqué comme perte d'une chance s'estompe, toujours est-il que les demandeurs n'ont pas modifié le dispositif de leur demande, de sorte que le tribunal considère séparément ces deux préjudices dans le cadre de la recevabilité de la demande.

Le préjudice tiré de la perte de l'investissement ne constitue pas un dommage propre à chaque investisseur, un préjudice spécial, distinct, indépendant du préjudice social, mais un dommage subi par la société elle-même.

Il en découle que le préjudice lié à la perte de l'investissement est directement en lien avec la perte de l'actif de LUXALPHA. Il n'est que la répercussion du préjudice social. Les demandeurs n'ont partant pas qualité à agir en vue de son recouvrement.

Les demandeurs invoquent encore la perte de la chance de percevoir les fruits de leur placement s'il avait été réalisé dans un autre fonds de même nature. Dans le corps de leur assignation, ils font valoir qu'en n'ayant pas récupéré les fonds confiés à leurs banques, ils se sont appauvris non seulement des fonds confiés mais encore des revenus que ces fonds auraient produits dans le cas d'un placement dans d'autres fonds ou supports (page 29 de l'assignation).

Au vu de l'évolution du marché sur la période concernée (qu'ils calculent de la date de leurs investissements respectifs jusqu'au mois de mars 2013), ils estiment avoir légitimement pu espérer réaliser des performances, telles que chiffrées dans leur assignation, s'ils avaient placé leur épargne dans d'autres supports. Bien que le dispositif de leur assignation vise la « perte de chance d'obtenir une rémunération des montants investis », les demandeurs exposent qu'ils se réfèrent à la perte de rémunération subie en raison du fait que les fonds n'ont pas pu être placés dans un autre produit.

ERNST & YOUNG qualifie ce préjudice de gain manqué, c'est-à-dire de perte des intérêts résultant de l'immobilisation d'une créance. Elle conclut à l'irrecevabilité de cette demande conformément à ce qui a été retenu par divers arrêts de la Cour d'appel du 15 juillet 2014.

*Aux termes de ces arrêts, le tribunal « a encore, à bon droit, déclaré irrecevable la demande de la société (demanderesse) qui réclame à titre de gain manqué suite à la demande de rachat, l'indemnisation de la perte des intérêts pendant cinq ans à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2009 jusqu'au 31 décembre 2013 sur la valeur nette d'inventaire de ses parts, étant donné que ce préjudice constitué par l'immobilisation de sa créance dans la procédure collective de son débiteur ne constitue pas un préjudice distinct de ceux des autres créanciers » (voir notamment Cour d'appel, 15 juillet 2014, n°36517 du rôle ainsi que la référence y citée).*

En l'espèce, il convient d'analyser ce qui est exactement visé par les demandeurs au titre du préjudice tiré de la perte de chance.

La perte d'une chance est définie comme la disparition de la probabilité d'un événement favorable (G. RAVARANI, La responsabilité civile des personnes privées et publiques, 3<sup>e</sup> édition, Pasicrisie, p. 1088, n° 1112).

La différence entre la perte d'une chance d'éviter un dommage et le dommage subi tout court est floue, voire inexistante. Ne pas avoir la chance d'éviter un dommage et subir celui-ci revient à la même chose. En effet, subir un dommage et perdre la chance d'éviter un dommage sont synonymes (idem, p. 1092 et 1093).

Ainsi, par exemple, si une personne a contracté en raison de la violation d'une obligation d'information, il y a dommage consommé tandis que si ce manquement empêche le créancier de l'obligation d'information de contracter utilement, il y a perte d'une chance (idem, p. 1100).

La perte d'une chance ne se conçoit qu'en cas de disparition d'un événement favorable et il n'y a pas lieu de consacrer la notion de « perte d'une chance d'éviter un dommage ».

En d'autres termes, il n'y a perte de chance que dans l'hypothèse où le demandeur en indemnisation n'a pas corrélativement subi, en raison de la faute d'un cocontractant ou tiers, de perte réelle, de dommage concret.

En l'espèce, et comme déjà précisé ci-dessus, la perte de l'investissement ne peut pas être qualifiée de perte de chance de ne pas investir dans LUXALPHA ou de s'en désinvestir antérieurement. Fait est que les demandeurs ont conservé leur investissement dans LUXALPHA jusqu'à la liquidation et leur dommage concret consiste dans la perte de valeur de cet investissement.

Au titre de la perte de chance, ils réclament la perte d'une chance d'avoir pu investir dans d'autres produits ayant généré des rendements.

La possibilité d'une combinaison de la perte effectivement subie et de la perte d'une chance de réaliser un meilleur investissement est admise en doctrine. En effet, un investisseur pourrait soutenir que si son banquier ne lui avait pas, par ses mauvais conseils ou le manquement à son obligation de mise en garde, fait perdre son argent, il aurait pu réaliser un meilleur investissement et qu'il a ainsi été privé de la chance de réaliser celui-ci (G. RAVARANI, op. cit, p. 1100).

En l'espèce, les demandeurs soutiennent que s'ils avaient eu connaissance au moment de la souscription des parts de LUXALPHA des informations contenues au bulletin standard de souscription, ils n'y auraient pas investi et auraient profité de rendements d'autres investissements. Si un tel raisonnement risque, le cas échéant, de poser des problèmes majeurs en termes d'attribution du fait fautif à une ou plusieurs des parties défenderesses et surtout en termes de lien de causalité entre un éventuel fait fautif et cette perte de chance, toujours est-il que le tribunal n'est actuellement saisi que de la question de savoir si l'allégation d'un tel préjudice résultant de la perte de chance est un préjudice social (auquel cas la demande y relative serait irrecevable) ou s'il constitue un préjudice personnel et distinct des demandeurs (auquel cas leur demande de ce chef serait recevable).

Le préjudice consistant en la perte de chance s'est produit au moment de la souscription des parts dans LUXALPHA au motif que les demandeurs, contrairement

à d'autres investisseurs, n'ont pas disposé, à ce moment, d'informations complètes quant au fonctionnement du fonds. Ce préjudice est personnel et distinct du préjudice social. Il n'est pas la simple répercussion d'un préjudice social.

Dans le contexte d'un litige ayant trait à un autre fonds lésé par la fraude Madoff, la Cour d'appel a retenu que l'objet de la demande en allocation de dommages-intérêts du chef de la perte de chance n'est pas susceptible d'affecter le patrimoine du fonds, mais tend à la réparation d'un dommage distinct et personnel et que la poursuite de cette action individuelle personnelle distincte d'une action sociale, est recevable (Cour d'appel, 31 octobre 2018, n° 42036 du rôle).

Il a également déjà été retenu à plusieurs reprises que la cause du dommage invoquée dans le cadre de la perte d'une chance diffère de celle invoquée dans le cadre d'une demande basée sur la perte de l'investissement (Cour d'appel, 15 juin 2016, n° 36177 du rôle, notamment).

Les parties défenderesses invoquent encore l'irrecevabilité de cette demande sur base du monopole d'action conféré aux liquidateurs de LUXALPHA par le jugement du 2 avril 2009.

Conformément au jugement de liquidation du 2 avril 2009, les liquidateurs agissent au profit tant de la société que des investisseurs et créanciers qu'ils représentent.

Il a été jugé que la représentation des investisseurs par les liquidateurs constitue dès lors le principe, l'action individuelle des investisseurs étant limitée aux hypothèses où les investisseurs ont à faire valoir un intérêt distinct de celui de la société (TAL, 19 janvier 2017, n° 180 410 du rôle, confirmé en appel par Cour d'appel, 14 mars 2018, n° 44 556 et 44 493 du rôle).

Il a pareillement été jugé que « *pendant toute la durée de la liquidation judiciaire les droits et actions de la société en liquidation sont exercés par le liquidateur auquel aucun créancier ne peut se substituer pour recouvrer une créance de la personne soumise à cette procédure collective (Cass. com. 3.4.2001, BC 2001, 4, n° 71; Cass. 1<sup>e</sup> civ. 2.10.2002, n° 99/10947; C.A. 18.4.1967, P.20, 339)* » (Cour d'appel, 30 novembre 2011, n° 36 254 du rôle).

Il résulte clairement de cette jurisprudence que les liquidateurs n'agissent que pour recouvrer le préjudice social et ne représentent les investisseurs qu'à cette fin. Les investisseurs continuent à avoir qualité à agir en réparation d'un préjudice personnel qui n'est pas la répercussion du préjudice social.

Il découle de ce qui précède que la demande tendant à la réparation du préjudice consistant en la perte de l'investissement est à déclarer irrecevable et celle tendant à la réparation du préjudice allégué résultant de la perte de la chance d'avoir pu profiter de rendements d'autres investissements est à déclarer recevable.

### **Quant à la jonction**

La jonction de deux ou plusieurs causes est un acte de pure instruction qui laisse à chacune son individualité propre et n'en préjuge pas plus la recevabilité que le fondement et ne les fonde pas dans une instance unique (Cour d'appel, 12 janvier 2006, n°29 483 du rôle).

La décision de joindre des affaires doit être inspirée par le souci d'assurer une meilleure administration de la justice, soit en facilitant les débats en justice, soit en évitant des décisions contradictoires, soit en épargnant des frais aux justiciables (T. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-duché de Luxembourg, éditions Bauler, 2012, p. 307).

Elle est laissée à l'appréciation souveraine du juge qui devra examiner si les deux actions se trouvent l'une vis-à-vis de l'autre dans des rapports de sérieuse affinité, d'étroite corrélation. D'autres décisions retiennent comme critère le fait que les affaires se trouvent dans un rapport de dépendance l'une à l'égard de l'autre tel qu'il y aurait un risque de contrariété de décisions si elles n'étaient pas instruites et jugées ensemble.

La décision de jonction est subordonnée à l'existence entre les litiges d'un lien de connexité tel qu'il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice d'en connaître ensemble, c'est-à-dire, de les joindre, les instruire et les juger ensemble (Cour d'appel, 12 juillet 2006, n° 28403 et 29202 du rôle).

Pour qu'il y ait connexité, il suffit qu'il existe entre les demandes un lien tel que la solution de l'une des affaires ait, ou puisse avoir une influence sur la solution de l'autre ou que si elles étaient jugées séparément, il pourrait en résulter une contrariété ou une inconciliabilité de décisions (cf. T. HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-duché de Luxembourg, éditions Bauler, 2012, n° 803).

En l'espèce, si les deux demandes ont comme point de départ identique la fraude « Madoff » découverte en décembre 2008, il reste que, par référence aux développements précédents, la présente demande n'est recevable que parce que les demandeurs invoquent un préjudice personnel, distinct de celui subi par le fonds LUXALPHA.

Par ailleurs, au vu des nombreuses autres affaires potentiellement joignables au litige principal mené par les liquidateurs, il n'est pas dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice de faire droit à la demande de jonction.

### **Quant à la production forcée de pièces**

ERNST & YOUNG soulève l'irrecevabilité de cette demande pour violation de l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile au motif que les demandeurs n'auraient pas divisé leur demande.

Il a effectivement été jugé que lorsque deux ou plusieurs parties demanderesses réclament d'une façon globale une somme déterminée, sans préciser la part devant revenir à chacune d'elles, l'objet de la demande n'est pas suffisamment précisé et a pour conséquence que les parties défenderesses ont pu se méprendre sur l'objet et n'ont de ce fait pas pu choisir les moyens de défense appropriés. Partant, en cas de pluralité de demandeurs, chacun doit indiquer la part qui lui est due pour permettre aux défendeurs de préparer leur défense, à défaut de quoi la demande est à annuler.

Or, l'obligation de ventiler la demande n'est sanctionnée par la nullité de l'assignation et l'irrecevabilité de la demande que lorsque les demandeurs n'y procèdent pas. De plus, elle ne joue en principe que lorsqu'une condamnation pécuniaire est demandée par plusieurs demandeurs.

Or, en l'espèce, il s'agit tout au plus de déterminer à l'égard de quelle(s) partie(s) défenderesse(s) la demande tendant à la production de pièces est fondée, étant précisé que les demandeurs doivent établir que la détention par ces parties de la pièce demandée est vraisemblable.

La demande tendant à la production de pièces dirigée est donc recevable.

Pour prospérer dans leur demande en production forcée de pièces détenues par une partie, prévue par l'article 288 du Nouveau Code de procédure civile, les parties demanderesses doivent désigner la pièce réclamée de façon suffisamment précise afin qu'il soit possible de l'identifier. Elles doivent en outre démontrer en quoi la production de cette pièce est pertinente pour la solution du litige. Il faut en effet éviter que sous le couvert d'une demande en production de pièces, une partie ne procède à une sorte de perquisition privée dans les archives de l'adversaire ou d'un tiers. L'existence de la pièce doit être vraisemblable et non pas seulement hypothétique et la détention de la pièce par le défendeur doit également être vraisemblable.

En l'espèce, si les pièces sont identifiées avec suffisamment de précision et si l'existence de ces pièces est vraisemblable, il reste que les demandeurs doivent encore établir que les pièces sollicitées sont vraisemblablement détenues par une ou plusieurs parties défenderesses déterminées qui, seules, peuvent être condamnées à leur production.

Bien que les demandeurs n'aient pas expressément précisé quelle pièce est sollicitée de quelle partie, et bien que les documents contractuels existent généralement au moins en deux originaux et potentiellement en de nombreuses copies, le tribunal retient que les contrats dont une partie défenderesse est signataire sont nécessairement détenus par cette partie. Tel est le cas des pièces n<sup>os</sup> 1 à 4 demandées.

Ces contrats sont tous antérieurs à la dernière souscription litigieuse et leur intitulé révèle à suffisance l'intérêt probatoire que ces contrats peuvent avoir. Ces contrats ont trait aux rôles joués par les différentes parties contractantes, rôle directement en cause dans le cadre du présent litige.

Il convient partant de faire droit à la production des pièces n<sup>os</sup> 1 à 4 à l'égard de UBSL.

Les demandeurs restent en défaut de démontrer que la pièce n<sup>o</sup> 5, à savoir la résolution du conseil d'administration de LUXALPHA du 5 février 2004, est vraisemblablement détenue par une des parties défenderesses. De plus, à défaut d'exposer ce qui a été décidé lors de ce conseil d'administration, l'intérêt probatoire fait également défaut. La demande est partant à rejeter en ce qui concerne cette pièce.

En relation avec la pièce n° 6 telle qu'indiquée dans le dispositif de l'assignation et visant l'ensemble des conclusions échangées et pièces communiquées dans le cadre de l'affaire inscrite sous le numéro 127 298 du rôle, le tribunal constate que dans leurs conclusions du 14 mars 2018, les demandeurs ne visent plus que les entités UBS et les conclusions échangées et non plus les pièces sans cependant préciser si la demande initiale est modifiée ou complétée.

Quoiqu'il en soit et dans la mesure où la jonction des rôles n'a pas été ordonnée et où le préjudice des demandeurs s'est manifesté lors de la souscription des parts, les conclusions et pièces échangées dans le cadre de la demande introduite par les liquidateurs en décembre 2010 ne sont pas pertinentes pour la solution du présent litige.

Il convient partant de rejeter la demande en ce qu'elle tend à la communication des pièces n<sup>os</sup> 5 et 6 ainsi que de celles sollicitées par conclusions.

### **Par ces motifs :**

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement,

**reçoit** la demande en la pure forme ;

**déclare** la demande irrecevable en ce qu'elle tend à l'indemnisation du préjudice au titre de la perte des investissements ;

**déclare** la demande recevable en ce qu'elle tend à l'indemnisation du préjudice au titre de la perte d'une chance d'avoir pu profiter de rendements d'autres investissements ;

**rejette** la demande tendant à la jonction de la présente instance avec celle inscrite sous le numéro 127 298 du rôle ;

**ordonne** à la société européenne UBS EUROPE SE, agissant au titre de sa succursale UBS EUROPE SE, Luxembourg Branch, de communiquer aux parties demanderesses :

- le *sub Custodian Agreement* du 5 février 2004 signé entre UBS et BMIS ;
- le *Custodian Agreement* du 5 février 2004 signé entre UBS et LUXALPHA ;
- le *Custodian Bank and Paying Agency Agreement* du 22 septembre 2006 signé entre UBS et LUXALPHA ;
- l'*Agreement of Understanding and Indemnification* du 22 septembre 2006 de UBS à UBS Third Party Management Company ;

ceci dans un délai de trente jours à partir du présent jugement ;

**déboute** les parties demanderesses de leur demande de production de pièces pour le surplus ;

**refixe** l'affaire à la conférence de mise en état à l'audience publique du mercredi, 10 juillet 2019, à 9.00 heures, salle CO.1.01 ;

**réserve** le surplus et les frais.