

No. Rôle: 119769
Réf. no. 135/2009
du 27 février 2009
à 8h30

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi, 27 février 2009, tenue par Nous Pascale DUMONG, Premier Juge au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier Claudine SCHÜMPERLI.

DANS LA CAUSE

E N T R E

la société de droit italien **SOC.1.)** SPA, (ci-après dénommée **SOC.1.))** société de gestion d'actifs de droit italien, au capital social de 1.500.000 EUR, inscrite au registre à Turin sous le numéro (...) ayant son siège social (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

élisant domicile en l'étude de Maître Karine VILRET-HUOT, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Karine VILRET-HUOT, avocat, assisté de Maître Olivier RODESCH, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

E T

1. la société anonyme UBS Luxembourg S.A., inscrite au RCS Luxembourg B 11 142 ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 33A avenue J.F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration en fonction,

partie défenderesse comparant par Maître François KREMER, avocat, demeurant à Luxembourg,

en présence de:

2. la société anonyme **SOC.2.)** (Luxembourg) S.A., inscrite au RCS Luxembourg B (...), ayant son siège à L-(...), représentée par son conseil d'administration en fonction,

partie défenderesse comparant par Maître Christelle BEFANA, avocat, en remplacement de Maître Marc ELVINGER, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi après-midi, 16 février 2009, Maître Olivier RODESCH donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa les moyens de sa partie;

Maître François KREMER et Maître Christelle BEFANA répliquèrent;

L'affaire fut refixée à l'audience publique ordinaire des référés du lundi après-midi, 23 février 2009, lors de laquelle Maître Karine VILRET-HUOT, Maître François KREMER et Maître Christelle BEFANA furent entendus en leurs explications;

Le juge des référés prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire des référés de ce jour l'

O R D O N N A N C E

qui suit:

Par exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN du 12 février 2009, la société de droit italien **SOC.1.)** SPA (ci-après dénommée **SOC.1.)**) a fait donner assignation à la société anonyme UBS Luxembourg S.A., en présence de la société anonyme **SOC.2.)** Luxembourg S.A. à comparaître devant le juge des référés pour voir ordonner à la société anonyme UBS Luxembourg S.A. par provision et vu l'urgence d'exécuter les ordres de paiement reçus de **SOC.3.)** par l'intermédiaire de la société anonyme **SOC.2.)** Luxembourg S.A. pour la somme de 5.100.000 euros entre les mains de la banque dépositaire de **SOC.1.)**, à savoir **SOC.4.)**, sous astreinte de 800.000 euros par jour de retard à compter du prononcé de l'ordonnance, pour voir condamner la société anonyme UBS Luxembourg S.A. au paiement d'une indemnité de procédure de 9.000 euros et pour voir déclarer l'ordonnance à intervenir commune à la société anonyme **SOC.2.)** Luxembourg S.A.

La requérante expose à l'appui de sa demande qu'elle a souscrit dans un fonds dénommé **SOC.3.)**, société d'investissements de droit des British Virgin Islands.

Elle explique plus particulièrement qu'elle a adressé les instructions d'investissement dans le fonds à **SOC.4.)** en tant que banque dépositaire, laquelle a exécuté sa mission et a adressé les instructions à **SOC.5.)** (Europe) LTD en tant que fournisseur qui exécute l'ordre, que **SOC.5.)** (Europe) LTD a signé l'instruction elle-même et l'a retournée à **SOC.1.)** pour confirmation.

SOC.1.) expose, de même, que suivant rapport annuel de 2007 établi par **SOC.6.)** SARL portant sur **SOC.3.)**, le dépositaire et agent bancaire de **SOC.3.)** est la société anonyme UBS Luxembourg S.A., et que l'agent administratif est la société anonyme **SOC.2.)** Luxembourg S.A.

La requérante explique avoir précédemment souscrit dans le fonds **SOC.3.)** à hauteur de

- 437.814 actions en EUR pour **SOC.1.)** MARKET NEUTRAL
- 277.577 actions en USD pour **SOC.1.)** MARKET NEUTRAL
- 65.952 actions en EUR pour **SOC.1.)** série L

Elle affirme avoir donné instruction de vente le 15 octobre 2008 d'acquiescer

- 47.818 actions en EUR de **SOC.3.)** pour **SOC.1.)** série L-ISIN VGG413711240 pour un montant de 700.000 euros
- 300.569 actions en EUR de **SOC.3.)** pour **SOC.1.)** MARKET NEUTRAL-ISIN VGG413711240 pour un montant de 4.400.000 euros

La requérante expose que par télécopie du 9 décembre 2008, l'agent administratif **SOC.2.)** Luxembourg S.A. l'a informée que **SOC.3.)** confirmait le rachat de 300.569 actions au prix de 14.638,92 euros par action, que les 300.569 actions étaient débitées du compte du créancier et que l'instruction de paiement avait été adressée à la société anonyme UBS Luxembourg S.A. pour règlement de la somme de 4.400.000 euros en faveur de **SOC.4.)**.

La requérante expose, de même, que par télécopie du 9 décembre 2008, l'agent administratif **SOC.2.)** Luxembourg S.A. l'a informée que **SOC.3.)** confirmait le rachat de 47.818 actions au prix de 14.638,92 euros par action, que les 47.818 actions étaient débitées du compte du créancier et que l'instruction de paiement avait été adressée à la société anonyme UBS Luxembourg S.A. pour règlement de la somme de 700.000 euros en faveur de **SOC.4.)**.

Elle explique cependant ne pas avoir reçu paiement des sommes réclamées et ainsi avoir adressé dès le 22 décembre 2008 à la société anonyme **SOC.2.)** Luxembourg S.A. deux lettres recommandées, lesquelles sont restées sans réponse.

Elle affirme subir un préjudice financier considérable, ainsi qu'une atteinte à son image auprès de sa clientèle en raison du refus dans le chef de la société anonyme UBS Luxembourg S.A. d'exécuter les instructions de paiement qui lui ont été adressées par **SOC.3.)**, et ce malgré mise en demeure du 26 janvier 2009.

La demande est basée principalement sur l'article 932 du nouveau code de procédure civile et subsidiairement sur l'article 933 du même code.

La société anonyme UBS Luxembourg S.A. conclut à l'irrecevabilité de la demande sur les deux bases invoquées.

Elle soulève tout d'abord le défaut de qualité à agir dans le chef de **SOC.1.)**.

Elle explique, suivant pièce versée aux débats, que **SOC.3.)** a conclu le 1^{er} septembre 2005 avec la société anonyme UBS Luxembourg S.A. une convention dénommée « PRIME BANK AGREEMENT » et qu'en vertu de l'article 3.1. de ladite convention, sur les instructions de **SOC.3.)**, la société anonyme UBS Luxembourg S.A. s'engage à détenir en compte des fonds et de les payer au nom de **SOC.3.)**.

La société anonyme UBS Luxembourg S.A. fait valoir qu'à supposer qu'il existe un ordre de paiement en faveur de la requérante, lui adressé par **SOC.3.)**, ce qu'elle conteste, cet ordre serait donné sur base dudit contrat de « PRIME BANK AGREEMENT » existant entre la société anonyme UBS Luxembourg S.A. et **SOC.3.)**.

Elle estime que dans la mesure où **SOC.1.)** serait un tiers par rapport au contrat conclu entre la société anonyme UBS Luxembourg S.A. et **SOC.3.)**, l'effet relatif des contrats ne lui permettrait pas de l'invoquer ni surtout d'invoquer une obligation précise d'une partie à ce contrat en sa propre faveur.

La société anonyme UBS Luxembourg S.A. en conclut que, même à supposer qu'elle ait une obligation de paiement, ce qui est contesté, seul **SOC.3.)**, en tant que cocontractant, aurait qualité pour en demander l'exécution, à l'exclusion de **SOC.1.)**, qui est un tiers par rapport au contrat et en faveur de laquelle aucune stipulation pour autrui n'est par ailleurs démontrée en l'espèce.

Enfin, la société anonyme UBS Luxembourg S.A. relève que, d'après les termes de l'assignation, le paiement aurait été stipulé au profit de **SOC.4.)** et non de **SOC.1.)**.

La société anonyme UBS Luxembourg S.A. soulève ensuite le défaut de qualité à agir dans son propre chef.

Elle fait valoir que le paiement qu'il lui est actuellement demandé de faire ne le serait pas de ses propres deniers, mais par le débit du compte de **SOC.3.)**, soit donc en l'espèce à partir de fonds appartenant à ce dernier.

Elle estime que **SOC.3.)** serait en l'occurrence le véritable débiteur de la créance, et que **SOC.1.)** n'aurait de ce fait aucune action directe contre la société anonyme UBS Luxembourg S.A.

Quant au défaut de qualité à agir soulevé dans le chef de **SOC.1.)** et de la société anonyme UBS Luxembourg S.A.

Il y a lieu de rappeler que la qualité étant le pouvoir en vertu duquel une personne exerce l'action en justice, il s'ensuit que la qualité 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, 28, 70).

Ainsi la question de savoir si **SOC.1.)** dispose d'une action contre la société anonyme UBS Luxembourg S.A. lui permettant d'enjoindre à celle-ci d'exécuter un ordre de paiement dont elle prétend qu'il a été donné à la société anonyme UBS Luxembourg S.A. par **SOC.3.)** ne relève pas, à proprement parler, de la qualité à agir dans le chef de **SOC.1.)**, mais est relatif à l'existence ou non du droit dans le chef de **SOC.1.)** de demander en justice pareille condamnation.

Dans la mesure où **SOC.1.)** s'estime actuellement créancière des fonds litigieux du chef de l'instruction de paiement alléguée, il y a lieu de déclarer le moyen non fondé.

Le moyen est encore à déclarer non fondé en ce qui concerne la société anonyme UBS Luxembourg S.A., alors que la question de savoir si **SOC.1.)** dispose d'une action contre la société anonyme UBS Luxembourg S.A. n'a pas trait en l'espèce à la qualité à agir dans le chef de cette dernière, mais à sa qualité de débitrice ou non.

Au titre des contestations, la société anonyme UBS Luxembourg S.A. poursuit en faisant valoir que elle ne dispose pas d'une instruction de paiement de la part de **SOC.3.)** en faveur de **SOC.1.)**, et que, de surcroît, les paiements des ordres de rachat auraient été suspendus.

Elle fait valoir plus particulièrement que par fax du 11 décembre 2008, erronément datés au 21 décembre 2008, compte tenu du fait que le compte **SOC.3.)** ne disposait pas de fonds suffisants, la société anonyme **SOC.2.)** Luxembourg S.A. a indiqué que le paiement n'interviendrait pas le 12 décembre 2008 et que la date exacte du paiement, qui n'était pas connue à ce moment, serait communiquée ultérieurement.

Elle affirme, de même, que le 19 décembre 2008, le conseil d'administration de **SOC.3.)** a adressé une notice à tous ses actionnaires annonçant, suite à la découverte des agissements de **X.)**, la décision de la suspension du calcul de la valeur nette d'inventaire de **SOC.3.)** et la suspension des rachats des actions **SOC.3.)**, que le 16 janvier 2009, le conseil d'administration de **SOC.3.)** a confirmé à ses actionnaires la suspension du calcul de la valeur nette d'inventaire et la suspension de tous les produits de rachat en cours, que le 24 décembre 2008, **SOC.1.)** a adressé un courrier à la société anonyme UBS Luxembourg S.A. pour la rendre attentive à ses obligations de banque dépositaire et que par courriers des 15 janvier et 29 janvier 2009, la société anonyme UBS Luxembourg S.A. lui a fait savoir qu'elle assume seulement la fonction de « PRIME BANKER » dont l'obligation se résume à détenir du cash, et non de banque dépositaire au sens de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif, inapplicable en l'espèce, et a renvoyé la **SOC.1.)** à consulter directement le fonds ou son promoteur ou conseiller en investissement pour obtenir d'autres renseignements.

La société anonyme UBS Luxembourg S.A. conclut encore à l'irrecevabilité de la demande en raison du « FREEZING ORDER » du 15 décembre 2008.

Elle explique que la décision judiciaire de la UNITED STATES DISTRICT COURT, SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK du 15 décembre 2008 contient en l'espèce une interdiction à toute personne et toute entité, entre autres, de transférer ou autrement disposer d'avoirs qui proviendraient de **SOC.7.)** en liquidation, sous peine de sanctions pénales.

Elle estime qu'il n'est pas à exclure qu'une partie des fonds sur le compte de **SOC.3.)** proviennent de **SOC.7.)**, tels que intérêts, dividendes ou produits de ventes de titre.

A titre subsidiaire, la société anonyme UBS Luxembourg S.A. fait valoir que s'il lui était enjoint d'exécuter le transfert requis, il ne saurait être question de l'exécuter pour le montant total de 5.100.000 euros, dans la mesure où le compte **SOC.3.)** n'est pas créancier de ce montant, mais seulement à hauteur de EUR 255.007,97 euros et USD 24.628,46, moins les frais.

Enfin, la société anonyme UBS Luxembourg S.A. conclut encore à l'irrecevabilité de la demande pour défaut d'urgence objective en l'espèce.

La **SOC.1.)** résiste aux moyens développés par la société anonyme UBS Luxembourg S.A. en faisant valoir qu'il y a eu en l'espèce instruction de payer la somme de 5.100.000 euros pour le compte de **SOC.1.)**.

Elle fait valoir que l'agent **SOC.2.)** a confirmé par télécopies datées du 9 décembre 2008 les opérations de rachat et de paiement sans aucune autre ambiguïté.

Elle estime qu'il s'agit d'une confirmation expresse d'exécution à la fois de l'opération de rachat et du paiement effectué pour compte de la société anonyme UBS Luxembourg S.A.

En ce qui concerne le moyen soulevé par la société anonyme UBS Luxembourg S.A. en rapport avec l'ordre de suspension, elle fait valoir que ce moyen ne tiendrait pas compte de la chronologie des événements.

Elle explique plus particulièrement que le rachat a été constaté avec « TRADE DATE » au 17 novembre 2008 et « VALUE DATE » au 12 décembre 2008, que nécessairement l'ordre de payer est antérieur à la date de valeur donnée par **SOC.3.)**, qu'il ressort même du prospectus de **SOC.3.)** que les rachats seront payés dans les 10 jours ouvrables suivant la date de valeur nette d'inventaire, de sorte que l'ordre a nécessairement été donné à la société anonyme UBS Luxembourg S.A. pour au plus tard le 1^{er} décembre 2008.

La **SOC.1.)** estime dès lors que l'information de la décision de suspension des paiements émanant de **SOC.3.)** ne date que du 19 décembre 2008 et ne saurait être antérieure à cette date.

La société anonyme **SOC.2.)** Luxembourg S.A. se rallie aux conclusions de la société anonyme UBS Luxembourg S.A. et conclut à l'irrecevabilité de la demande.

Elle explique qu'elle n'a, pour ce qui la concerne, fait qu'envoyer le 9 décembre 2008 à **SOC.1.)** des accusés de réception des instructions données par celle-ci, et ce dans sa fonction d'agent administratif.

Contrairement aux affirmations de la requérante, qui estime que les fax confirment le rachat des actions, la société anonyme **SOC.2.)** Luxembourg S.A. fait valoir que ceux-ci ne confirment que la réception de l'ordre de rachat.

Quant à la recevabilité de la demande en tant que basée sur l'article 932 alinéa 1 du nouveau code de procédure civile.

Il y a lieu de rappeler que l'article 932 du nouveau code de procédure civile dispose que la contestation sérieuse fait obstacle aux pouvoirs du juge des référés.

Celle-ci existe dès lors que l'un des moyens de défense opposé à la prétention de celui qui s'appuie sur un droit n'est pas manifestement vain, dès lors autrement dit qu'il existe une incertitude, si faible soit-elle, sur le sens dans lequel trancherait le juge du fond s'il venait à en être saisi, le juge des référés étant le juge de l'évident et de l'incontestable.

Il est admis en jurisprudence que l'évidence du droit, son incontestabilité manifeste, la certitude absolue de son existence constituent le critère de l'absence de contestation sérieuse.

Or, force est de constater que la requérante ne dispose pas au stade actuel du litige en référé d'un droit revêtant les caractères énoncés ci-dessus, et dont l'existence se dégagerait d'un examen sommaire des éléments du dossier.

Il y a lieu de relever tout d'abord que les parties sont actuellement en désaccord quant à la question de savoir si les fax datés du 9 décembre 2008 émanant de la société anonyme

SOC.2.) Luxembourg S.A. comportent en l'espèce instruction de paiement adressée à la société anonyme UBS Luxembourg S.A., d'une part, et, d'autre part, quant à la question de savoir quel est dans ce contexte l'impact du contenu des fax envoyés ultérieurement par **SOC.2.)** Luxembourg S.A. indiquant que le paiement n'interviendrait pas le 12 décembre 2008, ainsi que de la notice du 19 décembre 2008 émanant du conseil d'administration de **SOC.3.)** annonçant la suspension du calcul de la valeur nette d'inventaire de **SOC.3.)** et la suspension des rachats des actions **SOC.3.)**.

Il y a lieu de rappeler que les pouvoirs du juge des référés sont d'ordre public et qu'il ne peut, sous peine d'irrecevabilité de la demande, excéder ses pouvoirs en préjudiciant le fond du litige.

Il est de jurisprudence que si le mérite de la demande dépend de la qualification juridique à donner au contenu d'un écrit, le désaccord des parties sur ce point rend la créance sérieusement contestable (Cour, 4 juillet 1988, n° 10533 du rôle).

Par ailleurs, si instruction de paiement il y a eu le cas échéant, il y a lieu de retenir que le principe de l'effet relatif des contrats invoqué par la société anonyme UBS Luxembourg S.A. constitue une contestation sérieuse à l'encontre de la demande de **SOC.1.)** dans la mesure où cette dernière n'est pas partie au contrat de PRIME BANK AGREEMENT conclu entre **SOC.3.)** et la société anonyme UBS Luxembourg S.A.

En effet, l'article 1165 du code civil précise que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et qu'elles ne nuisent point au tiers et ne lui profitent que dans les cas prévus par l'article 1121.

La stipulation pour autrui telle que prévue à l'article 1121 du code civil est un contrat en vertu duquel une personne, appelée stipulant, demande à une autre personne, appelée promettant, de s'engager envers une troisième personne, le tiers bénéficiaire.

Elle a pour objet de créer immédiatement au profit d'une personne, qui n'est pas partie au contrat conclu entre le stipulant et le promettant, un droit direct contre le promettant.

L'ordre de paiement dont se prévaut actuellement **SOC.1.)** ne saurait cependant s'analyser en une stipulation pour autrui, alors que celle-ci ne se présume point et que son examen relève du pouvoir d'appréciation du juge du fond.

La condition de l'absence de contestation sérieuse n'étant dès lors pas remplie, il s'ensuit que la demande est à déclarer irrecevable en tant que basée sur l'article 932 du nouveau code de procédure civile.

Quant à la recevabilité de la demande en tant que basée sur l'article 933 alinéa 1 du nouveau code de procédure civile.

Le juge des référés est toujours compétent pour faire cesser une voie de fait, c'est-à-dire un acte illégal portant préjudice à autrui.

Or, pour qu'il y ait voie de fait, il faut que son auteur ait posé un acte matériel en dehors de tout droit.

La voie de fait implique ainsi des actes matériels qui préjudicient aux droits, aux biens ou aux prétentions d'une partie par l'usurpation matérielle de droits qu'on n'a pas.

Il s'ensuit qu'une attitude purement négative ou passive qui ne s'est pas concrétisée par des actes matériels d'usurpation n'est pas à considérer comme une voie de fait.

Le refus des prétentions d'une partie par le fait d'une attitude purement passive n'est pas à considérer comme voie de fait (Cour, 2^e chambre, 29 novembre 1989, n° 11558 du rôle; Cour, 2^e chambre, 21 décembre 1987, n° 9979 du rôle).

Force est de constater que le refus de la société anonyme UBS Luxembourg S.A. d'exécuter l'ordre de paiement dont se prévaut **SOC.1.)** relève d'une attitude passive et ne constitue dès lors pas une voie de fait au sens de l'article 933, alinéa 1 du nouveau code de procédure civile.

Il y a également lieu de rappeler dans ce contexte que dans le cadre du référé-sauvegarde, le juge des référés doit se déclarer incompétent pour statuer sur une contestation touchant au principal. (Cour, 5 décembre 1995, nos. 17858 et 18739 du rôle; Luxembourg (réf.), 9 septembre 1988, n° 1078/88).

Il s'ensuit que la demande est également à déclarer irrecevable sur cette base.

SOC.1.) demande le paiement d'une indemnité de procédure de 9.000 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Eu égard à l'issue du litige, cette demande est à déclarer non fondée.

La société anonyme UBS Luxembourg S.A. demande reconventionnellement le paiement d'une indemnité de procédure de 9.000 euros.

Il y a lieu de fixer à 1.000 euros le montant à allouer de ce chef.

P A R C E S M O T I F S

Nous Pascale DUMONG, Premier Juge au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement;

recevons la demande en la pure forme;

Nous déclarons compétent pour en connaître;

au principal, renvoyons les parties à se pourvoir devant qui de droit, mais dès à présent et par provision;

déclarons la demande irrecevable;

déclarons non fondée la demande de la société de droit italien **SOC.1.) SPA** en paiement d'une indemnité de procédure;

condamnons la société de droit italien **SOC.1.) SPA** à payer à la société anonyme UBS Luxembourg S.A. une indemnité de procédure de 1.000 euros;

laissons les frais de l'instance à charge de la société de droit italien **SOC.1.) SPA**;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant appel et sans caution.