

No rôle : 119781
Réf. No. 142/2009
du 4 mars 2009
à 17h45

Audience publique extraordinaire des référés du mercredi, 4 mars 2009, tenue par Nous Brigitte KONZ, Vice-Présidente 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 Guy BONIFAS.

DANS LA CAUSE

ENTRE

Monsieur X.), employé privé, demeurant à CH-(...),

élisant domicile en l'étude de Maître Luc SCHAACK, avocat demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Luc SCHAACK susdit,

ET

- 1.) la société anonyme UBS (Luxembourg) S.A., établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 33 A, avenue J.F. Kennedy, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B 11.142, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

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

- 2.) la société anonyme UBS FUND SERVICES (Luxembourg) S.A., établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 33 A, avenue J.F. Kennedy, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B 58.535, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat, demeurant à Luxembourg,

- 3.) la société anonyme UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY S.A., établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 33 A, avenue J.F. Kennedy, inscrite au

registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B 45.991, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat, demeurant à Luxembourg,

- 4.) la société anonyme ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A., établie et ayant son siège social à L-2453 Luxembourg, 12, rue Eugène Ruppert, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B 94.564, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par Maître Stéphanie GUÉRISSE, avocat, demeurant à Luxembourg,

- 5.) la société d'investissement à capital variable LUXALPHA SICAV, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 33 A, avenue J.F. Kennedy, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le n° B 98.874, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par Maître Pascal SASSEL, avocat, assisté de Maître Thibaut PARTSCH, avocat, en remplacement de Maître Gilles DUSEMON, avocat, tous demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique extraordinaire des référés du jeudi après-midi, 19 février 2009, Maître Luc SCHAACK donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître François KREMER, Maître Marc ELVINGER, Maître Stéphanie GUÉRISSE, Maître Pascal SASSEL et Maître Thibaut PARTSCH répliquèrent.

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 Jean-Lou THILL de Luxembourg du 12 février 2009 et en vertu d'une ordonnance présidentielle rendue en date du 12 février 2009 **X.**) a fait donner assignation à 1. la société anonyme UBS (Luxembourg) SA ci-après UBS (Luxembourg) SA 2. la société anonyme UBS FUND SERVICES (Luxembourg) SA ci-après UBS FUND SERVICES (Luxembourg) SA 3. la société anonyme UBS Third Party Management Company SA ci-après UBS Third Party Management Company SA 4. la société anonyme ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A ci-après ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A 5. la société d'investissement à capital variable LUXALPHA SICAV ci-après LUXALPHA SICAV à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour s'y entendre condamner principalement solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour le tout à indiquer par courrier notifié par voie d'huissier les heures auxquelles les documents plus amplement détaillés dans le dispositif pourront être consultés au siège social de la partie assignée sub. 1 et qu'il pourra en être obtenu copie dûment certifiée conforme ; subsidiairement à délivrer entre les mains du mandataire de **X.**) les pièces plus amplement qualifiées dans le dispositif de l'assignation sous forme de copies dûment certifiées conformes le tout sous peine d'une astreinte de 5.000 € par jour de retard ainsi qu'une indemnité de procédure de 5.000 EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Arguments du demandeur :

A l'appui de sa demande le demandeur explique qu'il est actionnaire de 163.563 actions dans LUXALPHA SICAV achetées par l'intermédiaire de la banque BANQUE FRANCK, GALLAND et CIE S.A. de Genève, qui a opéré la souscription des actions au nom et pour le compte de **X.**)

Qu'il existe de fortes présomptions qu'en fait, la gestion du fonds n'a pas été effectuée par UBS (Luxembourg) S.A, UBS Third Party Management Company SA, ou ACCESS MANAGEMENT Luxembourg S.A., mais par personne d'autre que le sieur Bernard L. MADOFF respectivement sa société BERNARD MADOFF INVESTMENT SERVICES LLC ;

qu'il existe également de fortes présomptions que la garde des actifs du Fonds n'a pas été effectuée par UBS (Luxembourg) S.A., mais également par le sieur Bernard L. MADOFF respectivement sa société BERNARD MADOFF INVESTMENT SERVICES LLC;

que si les deux fortes présomptions précitées s'avéraient, les fonctions de société de gestion et de dépositaire du fond auraient été exercées par la même entité juridique, BERNARD MADOFF INVESTMENT SERVICES LLC, et cela en violation flagrante de l'article 10 de la directive 85/661 du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières, telle que transposée en droit luxembourgeois par la loi du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif et modifiant la loi modifiée du 12 février 1979 concernant la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après la « loi du 20 décembre 2002 »), en particulier son article 20 ;

que la société UBS (Luxembourg) S.A. figure en page 157 sur la liste des clients de la société BERNARD MADOFF INVESTMENT SERVICES LLC telle qu'établie à ce jour par le U.S. Bankruptcy Court de Manhattan Etat de New York, et que par conséquent elle ne saurait nier l'existence d'une relation contractuelle avec cette dernière ;

que la partie demanderesse a un intérêt à connaître les documents contractuels ci-après :

1. à la relation contractuelle qui existait entre Bernard MADOFF respectivement BERNARD MADOFF INVESTMENT SERVICES LLC et les parties assignées ; et
2. aux rapports relatifs à la révision de l'activité du Fonds depuis sa constitution, tels qu'ils auraient du être rédigés et transmis au conseil d'administration de la SICAV par le réviseur d'entreprises du Fonds, ERNST & YOUNG, dont le siège social se situe à 5365 Munsbach, 7 Parc d'Activité Syrdall, en application de la circulaire CSSF 02/81 du 6 décembre 2002 relative aux règles pratiques régissant la mission des réviseurs d'entreprises d'organismes de placement collectif ;

Attendu que les documents contractuels précités sont de nature à prouver

- (i) que BERNARD MADOFF INVESTMENT SERVICES LLC intervenait directement dans le Fonds en tant que gestionnaire (« investment manager ») alors que le prospectus prévoyait à ces fins que UBS (Luxembourg) S.A., puis UBS Third Party Management Company SA et ensuite Access Management Company SA étaient chargées de la gestion et que ces fonctions n'ont pas été déléguées dans les formes et conditions prévues par la loi du 20 décembre 2002, relevant de l'ordre public, ce qui rend le Fonds illégal dans son intégralité ; que
- (ii) les actifs du Fonds ont été confiés à BERNARD MADOFF INVESTMENT SERVICES LLC, alors même que les fonctions de la banque dépositaire UBS (Luxembourg) SA n'ont pas été déléguées dans les formes et conditions prévues par la loi du 20 décembre 2002, relevant de l'ordre public, ce qui rend le Fonds illégal dans son intégralité, de même que les interventions des intervenants auteurs, coauteurs ou complices des infractions prévues à l'article 123 de la loi du 20

décembre 2002 ; et que

- (iii) les fonctions de société de gestion et de dépositaire étaient exercées dans les faits par la même entité juridique, soit BERNARD MADOFF INVESTMENT SERVICES LLC, et cela encore en violation de la loi du 20 décembre 2002 ;

qu'il y a lieu de redouter que pour la sauvegarde de leurs intérêts, les dirigeants ou employés des parties assignées impliqués dans cette affaire et passibles de ce chef de toutes sortes de poursuites feront disparaître à très brève échéance toutes preuves matérielles de leurs éventuelles responsabilités;

le demandeur base sa demande principalement sur l'article 933 alinéa 1^{er} et subsidiairement sur l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile ;

attendu que les documents précisés réclamés sont de nature à rapporter la preuve de contraventions graves à l'encontre des dispositions de la loi du 20 décembre 2002, protectrices des intérêts du requérant, suite aux conventions conclues entre BERNARD MADOFF INVESTMENT SERVICES LLC et les parties assignées sub 1) à 5) ;

qu'afin de prévenir une disparition imminente de ces preuves, et d'obtenir en qualité d'investisseur et d'actionnaire notamment les renseignements lui revenant sur la manière dont le fond (la SICAV) a été institué et géré effectivement, ainsi que sur la manière dont les actifs du fond ont été effectivement détenus, le requérant est en droit d'obtenir qu'il soit ordonné et enjoint aux assignés pris solidairement, sinon in solidum, sinon à chacun d'entre eux individuellement, et cela principalement sur base de l'article 933 alinéa 1^{er}, subsidiairement sur base de l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile, sous réserve de et sans préjudice à toute autre disposition légale ou réglementaire applicable, la production immédiate des pièces reprises dans le dispositif de son assignation.

Attendu qu'UBS (Luxembourg) S.A., UBS Third Party Management Company SA et Access Management Company SA sont assignées en leur qualité de contractants présumés de BERNARD MADOFF INVESTMENT SERVICES LLC et partant en tant que détenteurs nécessaires soit en original, soit en copie, des documents recherchés.

Attendu qu'UBS FUND SERVICES (Luxembourg) S.A. est assignée en sa qualité d'agent administratif et de répondant des obligations générales reprises sous le point 1 du contrat intitulé « Central Administration Agreement ».

Attendu que la SICAV (le Fonds) est assignée au titre des obligations découlant du prospectus et qui à ce titre est nécessairement détenteur d'une copie du contrat liant le gestionnaire par elle désigné au gestionnaire effectif, ainsi que d'une copie du contrat entre la banque dépositaire par elle désignée et le dépositaire effectif, ceci sous peine parmi d'autres de non respect des obligations générales d'exécution de bonne foi des contrats, étant entendu que la délégation de la gestion de la part de la SICAV (du fond) à un tiers, de même que la délégation de la

fonction de dépositaire aurait dû faire l'objet d'une information exhaustive de ses actionnaires et du public en général.

Attendu que la SICAV (le fond) est également assignée en sa qualité de détenteur nécessaire d'une copie des rapports du réviseur d'entreprises sur la révision du fond, dans la mesure où la circulaire précitée prévoit que ce rapport est obligatoirement remis au conseil d'administration du fond ainsi qu'à la CSSF.

Attendu qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a extrême urgence et péril en la demeure en vue de la conservation des pièces visées, et qu'il échet par conséquent de faire droit à la demande en délivrance en cause.

Arguments des défendeurs :

Le mandataire de **LUXALPHA SICAV** conteste la qualité et l'intérêt à agir du demandeur au motif que la preuve ne serait pas rapporté qu'il aurait souscrit dans le fond de la LUXALPHA SICAV.

Quant au fond le mandataire de LUXALPHA SICAV conteste que les conditions d'applications de l'article 350 soient remplies notamment quant à la légitimité du motif, le litige éventuel ne serait pas caractérisé et la mesure ne serait pas légalement admissible. Il n'y aurait ni urgence ni dépérissement des preuves tel qu'exigé par l'article 933. Par ailleurs cette demande dépasserait de loin les droits à l'information prévus par la loi du 10 août 1915 relatives aux sociétés commerciales et de la loi du 20 décembre 2002 relative aux organismes de placement collectif, LUXALPHA SICAV aurait régulièrement tenu le public au courant des actes et faits de la société depuis l'éclatement du scandale MADOFF. Par ailleurs depuis que la CSSF aurait par décision du 3 février 2009 retiré l'agrément officiel sur base de l'article 24 de la loi du 20 décembre 2002 relative aux organismes de placement collectif et que LUXALPHA SICAV agirait depuis lors, sous le contrôle de la CSSF es qualité de commissaire de surveillance, décision prise dans le cadre de la protection des actionnaires. Cette décision prise dans le cadre de la protection des actionnaires impliquerait que la CSSF serait désormais commissaire du fonds, serait en cette qualité présente à tous les conseils d'administration, que le conseil d'administration ne pourrait plus assurer seul que les actes conservatoires et que dans le délai d'un mois la CSSF sollicitera en date du 3 mars 2009 la liquidation du fond qui serait à partir de cette date géré par un liquidateur.

Par ailleurs en cas de nomination d'un liquidateur à la suite du retrait de l'agrément à la LUXALPHA SICAV, ce dernier prendrait possession des pièces et déciderait des actions à engager. Il n'y aurait donc pas urgence à faire droit aux demandes de communication présentées par des investisseurs ut singuli.

Pour le surplus la demande serait trop imprécise par rapport aux documents à communiquer et la preuve ne serait pas rapportée par la demanderesse principale que ces pièces existeraient.

Il conteste la condamnation à l'astreinte qui serait trop élevée et il demande le rejet de la demande basée sur l'article 240 NCPC.

Il formule une demande reconventionnelle de 5000.- € en allocation d'une indemnité de procédure.

UBS (Luxembourg) SA conteste la qualité à agir de **X.)** qui n'établirait pas qu'il est actionnaire inscrit.

Le mandataire de UBS (Luxembourg) SA oppose le secret professionnel incombant à sa partie à la demande en communication.

Il conteste encore que les conditions d'applications de l'article 350 soient remplies notamment quant à la légitimité du motif, le litige éventuel ne serait pas suffisamment caractérisé et la mesure ne serait pas légalement admissible en raison du secret professionnel de ses parties.

Il n'y aurait ni urgence ni dépérissement des preuves tel qu'exigé par l'article 933.

Le mandataire de UBS (Luxembourg) SA s'oppose à la transmission de toutes les pièces et notamment celles dont l'existence ne serait pas établies et que sa partie les détiendrait. Il n'y aurait donc pas lieu à faire droit aux demandes de communication de toutes les pièces. Il s'oppose encore à la remise des pièces couvert par le secret professionnel. Il n'y aurait pas lieu à prononcer une condamnation solidaire entre les parties tenus au secret professionnel et les autres non soumises.

Par ailleurs en cas de nomination d'un liquidateur à la suite du retrait de l'agrément à LUXALPHA SICAV, ce dernier prendrait possession des pièces et déciderait des actions à engager. Il serait inéquitable que certains investisseurs disposeraient de plus d'informations que d'autres. La protection des intérêts légitimes des actionnaires et de l'égalité entre actionnaires ne commanderait pas qu'il soit fait droit à cette demande individuelle.

Par ailleurs pour autant qu'il serait fait droit à la demande il appartiendrait non pas aux défendeurs sub 2 et 3 liés à LUXALPHA SICAV par un contrat de prestation de services, mais à la LUXALPHA SICAV de délivrer les documents.

UBS (Luxembourg) SA s'oppose encore à la demande qui serait imprécise quant aux pièces à communiquer.

UBS (Luxembourg) SA demande encore de faire abstraction d'une part de l'astreinte en cas de condamnation qui serait excessive et d'autre part de l'indemnité de procédure.

Les parties **UBS FUND SERVICES (Luxembourg) SA** et **UBS Third Party Management Company SA** se rapportent à sagesse quant à la qualité à agir de **X.)** ce qui équivaut à une contestation à cet égard, la banque n'aurait pas agi comme mandataire mais comme commissionnaire de sorte qu'elle serait inscrite au registre comme actionnaire et non pas **X.)**.

Il n'y aurait ni urgence ni dépérissement des preuves tel qu'exigé par l'article 933.

Les conditions d'applications de l'article 350 ne seraient pas remplies notamment quant à la légitimité du motif, le litige éventuel ne serait pas caractérisé et la mesure ne serait pas légalement admissible en raison du secret professionnel leur incombant.

Par ailleurs en cas de nomination d'un liquidateur à la suite du retrait de l'agrément à la LUXALPHA SICAV, ce dernier prendrait possession des pièces et déciderait des actions à engager. Il serait inéquitable que certains investisseurs disposeraient de plus d'informations que d'autres. La protection des intérêts légitimes des actionnaires ne commanderait pas qu'il soit fait droit à cette demande individuelle.

Par ailleurs pour autant qu'il serait fait droit à la demande il appartiendrait à la LUXALPHA SICAV de les délivrer en tant que document de cette société et non pas aux défendeurs sub 2 et 3 liés à cette société par un contrat de prestation de services.

Il n'y aurait pas urgence à faire droit aux demandes de communication présentées par X.) et ses parties s'opposent à la transmission de la pièce 2 pour laquelle elles ne seraient pas au courant qu'elle existerait et qu'elles la détiendraient.

Elles opposent encore le secret professionnel à la demande qui serait imprécise quant aux pièces à communiquer.

UBS FUND SERVICES (Luxembourg) SA et UBS Third Party Management Company SA demandent encore de faire abstraction de l'astreinte requise qui serait excessive contre elles et de l'indemnité de procédure.

ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A se rapporte à prudence quant à la qualité à agir des parties. Son mandataire soulève l'irrecevabilité de la demande au motif que les conditions d'applications de l'article 350 ne sont pas remplies notamment quant à la légitimité du motif, quant au litige éventuel et la mesure ne serait pas légalement admissible.

Il n'y aurait ni urgence ni dépérissement des preuves tel qu'exigé par l'article 933.

Par ailleurs ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A s'oppose à la demande et conteste être en possession des pièces réclamées alors que la transmission des pièces en raison du changement du gestionnaire de LUXALPHA SICAV n'aurait pas encore eu lieu en raison, la fraude de Madoff ayant éclaté en date du 11 décembre 2008, le changement de la nouvelle société de gestion ne serait pas intervenue effectivement avant cette date. Pour le surplus cette partie se rallie aux contestations des autres parties en cause et conteste tant l'astreinte que l'indemnité de procédure demandée.

I Qualité et intérêt à agir

Toutes les parties défenderesses contestent la qualité et l'intérêt à agir de X.) à titre individuel.

La qualité pour agir est le pouvoir en vertu duquel une personne exerce une action en justice ou se défend contre une telle action pour faire reconnaître l'existence d'un droit méconnu ou contesté (Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, T 1, no. 262) Elle constitue pour le sujet de droit l'aptitude à saisir la justice dans une situation concrète donnée.

La qualité n'est donc pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit (Cour 23.10.1990, P.28, p. 70).

Quiconque forme une action en justice doit justifier d'un intérêt, c'est-à-dire que la demande soit susceptible de modifier et d'améliorer la condition juridique présente. L'intérêt doit donc s'apprécier en fonction des résultats éventuels de la demande.

Par ailleurs la qualité pour agir est examinée au moment où l'action est engagée (Cour 15.5.2002 no. Rôle 24393)

L'intérêt est fonction de l'utilité que le demandeur escompte de son initiative devant les tribunaux. L'existence effective du droit invoqué par la demanderesse principale à l'encontre des défendeurs n'est pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond, en d'autres termes, de son bien-fondé ; la demandeur a un intérêt à agir dès lors que le succès de ses prétentions est susceptible de lui procurer des avantages matériels ou moraux.

Or le bien-fondé du droit invoqué ne se vérifie pas lors de l'appréciation de la recevabilité de la demande (Cour 20.3.2002 no. Rôle 25592).

La banque BANQUE FRANCK, GALLAND et CIE S.A. de Genève, a opéré la souscription des actions au nom et pour le compte de X.) dans le fonds LUXALPHA SICAV.

L'attestation de détention des parts de X.) émise par la BANQUE DE Luxembourg, est établie notamment pour lui permettre d'exercer les droits attachés aux titres acquis pour son compte par la banque et de recevoir auprès de LUXALPHA SICAV les informations accessibles aux actionnaires de la société. Cette attestation correspond à celle que prévus par l'article 8 de la loi du 1^{er} août 2001 sur la circulation des titres et autres instruments fongibles.

X.) est titulaire de ces actions tel que cela résulte des pièces et de l'attestation versées établies par la banque. Par ailleurs en date du 10 février 2009 il a obtenu en cette qualité communication respectivement son mandataire a pu inspecter au siège de la UBS (Luxembourg) SA les pièces plus amplement relatées dans ce constat.

En sa qualité de bénéficiaire final de ces parts de la LUXALPHA SICAV X.) a, à ce titre établi sa capacité et son intérêt à agir.

Il s'en suit que le moyen tiré du défaut de qualité respectivement de l'intérêt à agir est non fondé.

Les défendeurs contestent encore la recevabilité de l'action dès lors que X.) agirait à titre individuel contre les défenderesses, étant donné qu'il appartiendrait à l'être moral respectivement au liquidateur à nommer, de recueillir les informations réclamées et

d'actionner les administrateurs sinon tout autres responsables de la perte des fonds en responsabilité; c'est à la société représentée par le liquidateur à nommer qui aurait à sa disposition *l'actio mandati*.

L'action sociale en responsabilité profite à la masse des associés, même à ceux qui n'ont pas été directement mêlés à l'instance judiciaire; l'action individuelle fondée sur un fait dommageable qui s'est produit pour un actionnaire ou créancier déterminé sans s'être nécessairement produit pour tous les actionnaires ou pour tous les créanciers, ne profitent qu'à ceux en faveur desquels un jugement est nominativement intervenu. L'action sociale est une action *mandati* lorsqu'elle tend à faire prononcer la responsabilité encourue par un mandataire fautif. Cette action en responsabilité ne peut appartenir qu'au mandant. Le mandant c'est l'Être moral. Cet Être moral ne peut agir que par l'organe de ces représentants légaux, administrateur ou liquidateurs et, exceptionnellement, par l'organe d'un groupement (...). L'actionnaire isolé n'est pas un de ces mandants (Copper Royer, Traité des Sociétés anonymes, T. I, n° 144, 147 à 150)

La doctrine luxembourgeoise retient les mêmes principes. Ainsi les actionnaires ne peuvent exercer l'action sociale à titre individuel. C'est une conséquence de la personnalité morale de la société. Le préjudice atteint la société et non ses membres qui ne subissent ce dommage que de façon indirecte, en voyant diminuer leur droit sur le patrimoine social. On peut dire que la personne morale s'interpose entre les associés et l'auteur de la faute, elle forme un obstacle insurmontable aux actions sociales qu'exerceraient des actionnaires *ut singuli*. La décision d'agir en responsabilité contre un ou plusieurs de ses administrateurs, s'effectue par l'assemblée générale qui décide à la majorité simple. L'action *mandati* n'appartient pas ou plus à l'actionnaire individuel. (Pierre BERNA, Le statut des administrateurs de sociétés anonymes, Bulletin Laurent, 1987, II, p. 47 et 48; Gaston STEIN et Jacques DELVAUX, La responsabilité civile des administrateurs de sociétés anonymes en droit luxembourgeois - Situation actuelle et tendance future - Bulletin Droit et Banque, 1984, n°4, nos 6.1. et suiv.).

Seule l'hypothèse de la collusion frauduleuse entre un tiers et le représentant légal fait obstacle à la théorie de l'organe.

(Alain Steichen : Précis de Droit de Sociétés nr 109)

La seule action judiciaire qu'un actionnaire puisse intenter dans son intérêt personnel et dans le but d'en retirer un profit qui lui demeurera propre, c'est l'action individuelle.

La responsabilité du conseil d'administration pour faute de gestion est à la fois individuelle et collégiale. Elle n'est pas solidaire.

(Claude KREMER; Isabelle LEBBE: Organisme de Placement Collectif précité: deuxième éd.: nr 776)

La responsabilité aggravée solidaire et collégiale des administrateurs pour infractions à la loi de 1915 et aux statuts peut être actionnée par la société et les tiers qui ont un intérêt tel les créanciers. L'actionnaire peut agir s'il avait un préjudice distinct de la société (ibid: nr 783)

L'action en responsabilité quasi délictuelle appartient à la société et à tout tiers tel qu'un actionnaire ou un créancier établissant l'existence d'un acte illicite ou d'une négligence commise par le conseil d'administration ou un administrateur. (ibid: nr 784)

Il découle par ailleurs du communiqué de la CSSF du **25 février 2009** que:

La Commission relève dans ce contexte que notamment la mauvaise exécution de l'obligation de «due diligence» constitue un manquement grave au devoir de surveillance d'une banque dépositaire et peut par conséquent constituer une violation d'une obligation contractuelle substantielle dans le contexte de la responsabilité de UBSL au sens de l'article 36 de la Loi du 20 décembre 2002. La Commission enjoint par conséquent à UBSL d'analyser et de rectifier toutes les structures et procédures en relation avec son obligation de surveillance découlant de son statut de banque dépositaire et UBSL devra veiller à réparer les dommages en relation avec les manquements ci-avant relevés en accord avec les obligations d'une banque dépositaire soumise aux dispositions du droit luxembourgeois, sans préjudice de clauses contractuelles contraires valides et opposables et/ou, le cas échéant, d'une éventuelle décision judiciaire en la matière.

Il résulte encore de l'avis aux actionnaires de la LUXALPHA SICAV du 24 février 2009 que cette dernière a consulté *un avocat indépendant au Luxembourg et aux Etats-Unis, qui évaluera objectivement la situation et déterminera les mesures à adopter dans les pays affectés*

Pour le surplus LUXALPHA SICAV rappelle et conseille à ses investisseurs :

Nous vous conseillons de déterminer s'il est dans votre intérêt de déposer plainte auprès de la SIPC pour votre compte propre. Bien que ni le Compartiment (LUXALPHA SICAV) ni son avocat ne vous représentent individuellement, nous vous encourageons vivement à consulter votre propre conseiller juridique à cet égard..

ni le Compartiment (LUXALPHA SICAV) ni son avocat ne vous représentent individuellement... (page 4)

La LUXALPHA SICAV informe encore qu'elle déposera plainte auprès de l'administrateur judiciaire de la BMIS et invite ses investisseurs... *à consulter votre propre conseiller juridique afin de déterminer l'opportunité du dépôt d'une plainte dans votre cas personnel....*

Dans le même avis la LUXALPHA SICAV annonce qu'elle a décidé pour le moment de ne pas décider de déposer plainte contre l'autorité de surveillance au Etats-Unis et n'exclut pas à la suite du résultat de l'enquête de la CSSF *s'il apparaît qu'un ou plusieurs des prestataires de service du Compartiment pourrai(ent) être tenu(s) responsable(s) nous étudierons toutes les voies de recours possibles et tiendrons ces parties, ainsi que le BMIS et Bernard Madoff, responsables de tout méfait.*

En vertu de ce qui précède les investisseurs et les créanciers peuvent et doivent, en vue de préserver leurs intérêts, mener des actions à titre individuel au Grand-Duché et à l'étranger. Ils sont encore obligés le cas échéant d'introduire des plaintes ou déclarations de créances sinon d'autres démarches individuelles auprès des autorités américaines à défaut pour la LUXALPHA SICAV de le faire à leur place.

X.) demande la communication des documents réclamés qui doivent rapporter la preuve de contraventions graves à l'encontre des dispositions de la loi du 20 décembre 2002, protectrices des intérêts de la requérante, suite aux

conventions conclues entre BERNARD MADOFF INVESTMENT SERVICES LLC et les parties assignées sub 1) à 5).

X.) a donc encore qualité à agir à titre individuel à l'encontre des défendeurs .

Il s'en suit que le moyen n'est pas fondé.

III Recevabilité de la demande basée sur l'article 633 alinéa I du NCPC

Les défendeurs concluent à l'irrecevabilité de la demande en tant que basée sur l'article 933, alinéa 1^{er} du NCPC.

Pour qu'il y ait voie de fait, il faut qu'il y ait commission d'actes matériels commis au préjudice des droits d'autrui et par lesquels l'auteur du trouble usurpe un droit qu'il n'a pas ou se fait justice à soi-même. En d'autres termes, l'une des conditions pour qu'il y ait voie de fait au sens de l'article 933, alinéa 1^{er} du NCPC est l'existence d'une attaque, d'une entreprise délibérée par laquelle l'auteur porte atteinte aux droits d'autrui pour s'arroger un droit qu'il sait ne pas avoir ou pour se procurer un droit qu'il croit avoir et qu'en réalité il n'a pas. Aussi ne saurait-il y avoir commission d'une voie de fait dans le cas d'une attitude purement passive, fût-elle fautive, gardée face à une situation donnée ou en présence de prétentions d'ordre juridique, même fondées, élevées par autrui.

Comme l'exercice -à tort ou à raison- d'un droit de rétention sur une chose n'implique dans le chef de son auteur qu'un comportement purement passif, il ne saurait être constitutif d'une voie de fait.

La demande est dès lors irrecevable pour autant qu'elle est basée sur le référé-sauvegarde.

IV Recevabilité de la demande basée sur l'article 350 du NCPC

Les défendeurs contestent que les conditions d'applications de l'article 350 soient remplies en l'espèce.

Le référé probatoire de l'article 350 du NCPC a un caractère autonome et n'est pas lié aux conditions d'urgence et à l'absence de contestation au fond.

La mesure d'instruction préventive de l'article 350 du NCPC requiert la réunion de plusieurs conditions en l'occurrence du fait à établir doit dépendre la solution du litige, le motif pour établir le fait ou pour en conserver la preuve doit être légitime et la mesure d'instruction sollicitée doit être légalement admissible (Cour 11.6.1992, P28, p. 321).

- le motif pour établir le fait doit être légitime et du fait à établir doit dépendre la solution du litige

Le motif légitime est constitué par l'intérêt essentiellement probatoire du demandeur (Cour 20.10.1998 no. rôle 21498).

Il se dégage des dispositions de l'article 350 du NCPC que leur application est notamment subordonnée à la condition que la mesure d'instruction sollicitée ait pour objet, soit la preuve de faits qui se sont déjà produits, soit de conserver la preuve de faits existants, dont il est établi qu'ils sont soumis à un risque de dépérissement prochain.

La mesure d'instruction figurant à l'article 350 du NCPC est à interpréter dans un sens large, en ce qu'elle englobe des mesures qui, même s'il ne s'agit pas de mesures d'instruction proprement dites, sont néanmoins susceptibles d'éclairer la juridiction ultérieurement saisie d'un éventuel litige au fond.

Il en est ainsi précisément de la production de pièces ou de documents (J.CL.civil, référés spéciaux, fasc. 235-1, no. 25; Cour 11.03.2003, no. Rôle 26964 DEXIA C BARIACH).

Les faits offerts en preuve doivent présenter un caractère pertinent et utile par rapport à un litige éventuel et il faut qu'il s'agisse de faits à prouver lesquels doivent fournir les éléments matériels constitutifs du litige futur (Cour, 2e chambre, 4 janvier 1988, n° 9852 du rôle).

Le demandeur doit faire état d'un litige éventuel susceptible de l'opposer à son adversaire, un litige dont l'objet et le fondement sont suffisamment caractérisés.

Il n'est pas de la compétence du juge des référés, saisi d'une demande basée sur l'article 350 du nouveau code de procédure civile, de se prononcer sur la question de la responsabilité des parties mises en cause, ni à quel titre la responsabilité du défendeur peut éventuellement être engagée; les parties doivent se trouver dans une situation telle que la responsabilité du défendeur ne puisse être exclue à priori sur le plan contractuel ou délictuel.

En ce qui concerne la condition du motif légitime, il y a lieu de rappeler que celui-ci consiste le plus souvent dans l'intérêt qu'a une partie « pour des raisons morales ou pécuniaires de gagner un procès futur » (JCP 1984 1.3158 J.C. Peyre).

Le demandeur doit donc faire état d'un litige éventuel dont l'objet et le fondement sont suffisamment caractérisés. La demande doit exprimer ou au moins laisser apparaître la prétention qui sera ensuite portée au fond et faire connaître les faits sur lesquels elle s'appuiera.

Ces conditions sont remplies en l'espèce.

X.) soutient que la mesure demandée est le prélude à des actions pour violation des obligations découlant de la loi du 20 décembre 2002 relative aux organismes de placement collectif en rapport avec la gestion des fonds investis auprès LUXALPHA SICAV, et leur perte ou disparition par les canaux des sociétés exploitées par Bernard MADOFF après la découverte de la fraude imputable à ce dernier.

Dans le cadre du litige futur **X.)** demandera compte de la gestion des fonds investis auprès de LUXALPHA SICAV pour vérifier si des instructions fautives ont été données ou des fautes ont été commises dans le cadre la gestion ou du contrôle des avoirs de

cette société d'investissement notamment pour avoir déplacé les fonds investis auprès de LUXALPHA SICAV, au détriment des prescriptions de cette loi et d'avoir cédé et laissé la gestion des avoirs du fond aux sociétés exploitées par Bernard MADOFF.

Les pièces demandées serviront à l'évidence à un éventuel procès en récupération des fonds investis respectivement en réparation du préjudice subi.

LUXALPHA SICAV reconnaît expressément dans son avis du 15 décembre 2008 que ses actifs ont été investis dans des actifs américains par la société de courtage B.L. MADOFF INVESTMENT SECURITIES LLC et que les actifs de son compartiment American Selection sont détenus par la société B.L. MADOFF INVESTMENT SECURITIES LLC.

Par ailleurs UBS (Luxembourg) SA figure officiellement à la place 157 comme client de la société B.L. MADOFF INVESTMENT SECURITIES LLC, une des sociétés impliquée dans le scandale Madoff. UBS (Luxembourg) SA est soupçonnée, selon les termes du communiqué du 25 février 2009 de la CSSF, à la suite de son enquête, de manquement de son devoir de surveillance en tant que banque dépositaire.

Les faits dont il s'agit d'établir et de conserver la preuve sont donc pertinents, la communication des pièces améliorera la situation du demandeur du point de vue de la preuve dans les litiges éventuels.

Partant le motif du demandeur de se voir communiquer les pièces invoquées est légitime et le litige suffisamment caractérisé. Les pièces litigieuses éclairciront la juridiction du fond saisi ultérieurement des demandes de X.) .

- **la mesure doit être légalement admissible.**

Les défendeurs contestent ensuite que la production de pièces soit une mesure légalement admissible au sens de l'article 350 du NCPC, en effet une procédure spéciale serait prévue par le nouveau code de procédure civile luxembourgeois pour obtenir la communication de pièces détenues par un tiers. D'autre part la mesure ne serait pas légalement admissible pour se heurter au secret professionnel des défendeurs.

L'éventuel procès pour lequel la communication est demandé n'a pas besoin de se mouvoir entre les parties à l'instance de la demande en communication des pièces et l'article 350 n'interdit pas la production de pièces faites à un tiers, qui est expressément admise par l'articles 284 NCPC.

Les contestations à cet égard sont dès lors non fondées.

Les défendeurs font valoir qu'en leur qualités respectives de promoteur sinon d'administrateur de LUXALPHA SICAV ils seraient encore tenues à une obligation de secret professionnel. En communiquant aux demanderesses les pièces, ils transmettraient des renseignements relatifs à l'identité des autres bénéficiaires de ce fond au mépris de leur secret professionnel et de l'égalité entre actionnaires.

LUXALPHA SICAV serait uniquement dépositaire des pièces litigieuses et serait uniquement tenue d'un devoir de conservation et ne pourrait partant, sans l'accord du liquidateur à nommer prochainement, communiquer à des tiers les pièces sollicitées.

Par ailleurs certains documents qui ne seraient pas destinés au public en vertu des circulaires de la CSSF.

Le demandeur estime que le secret professionnel sinon bancaire aurait un caractère relatif et ne pourrait pas être opposé au client du professionnel.

La légitimité du motif dans le chef de celui qui sollicite la mesure d'instruction ne peut s'apprécier sans que soient, en même temps, pris en considération les intérêts, non moins légitimes, de la partie adverse. Il en va ainsi, entre autres, au cas où la mesure sollicitée risque de léser gravement le secret professionnel de l'adversaire. Si les obstacles que représente le secret professionnel ne sont pas nécessairement insurmontables, il faut cependant, pour les écarter, des raisons proportionnellement aussi graves, et dont il incombe au demandeur de justifier (Revue trimestrielle de droit civil 1990, J.Normand, p.134). Le juge doit par conséquent s'interroger sur la légalité de la mesure qui lui est demandée et s'interdire toute décision qui contreviendrait à des principes incontournables. Il n'ordonnera ainsi pas des mesures qui auraient pour résultat de mettre la demandeur en possession de documents couverts par le secret professionnel (La pratique des procédures rapides, P.Estoup, no. 102).

Par profession le banquier est détenteur d'informations confidentielles sur ses clients. Il n'est pas seulement tenu d'un devoir de discrétion sanctionné civilement, mais encore d'un secret professionnel sanctionné par l'article 458 du code pénal. Cette obligation au secret bancaire couvre les informations sur le client de la banque et celles portant sur son patrimoine ou sa situation financière et elle est d'ordre public (Cour 13 mars 2002 no. Rôle 25356).

Seul le bénéficiaire du secret bancaire peut délier la banque de son obligation. Le secret professionnel du banquier ne joue pas à l'égard du client lui-même, qui est maître de son secret.

En l'occurrence le secret professionnel et son application spécifique au monde bancaire et financier à savoir le secret bancaire ne s'appliquent pas aux OPC en tant que tels, sauf en matière fiscale. Les OPC ne sont tenues qu'à une obligation de confidentialité donnant lieu, le cas échéant, à une responsabilité civile (Claude KREMER; Isabelle LEBRE : Organisme de Placement Collectif : deuxième éd. Nr 1182)

En effet tel que consacré par le Code Pénal, le secret professionnel vise les professions médicales ainsi que toutes personnes qui, par état ou par profession, devient dépositaire des secrets qu'on lui confie. De manière générale un OPC ne devient, ni par état, ni par fonction dépositaire d'informations confidentielles. Il n'est par conséquent par visé par le secret professionnel (ibid: nr 1183)

Le secret bancaire, quant à lui, ne s'applique qu'aux administrateurs, membres des organes de direction et de surveillance, dirigeants, employés et autres personnes au service de établissements de crédit et de PSF de droit luxembourgeois ainsi qu'aux

mêmes personnes d'établissements de crédit et de PSF étrangers opérant au Luxembourg ainsi qu'aux succursales et filiales établies par ces établissements de crédit et de PSF de droit luxembourgeois. Il s'applique par conséquent à la plupart des professionnels qui fournissent des services aux OPC. Par contre, les conseillers et gestionnaires d'OPC luxembourgeois soumis à la loi de 1991 ou la loi de 2002 ne sont pas soumis au secret bancaire, de même que les personnes exerçant une activité dont l'accès et l'exercice sont régies par des lois particulières.

De manière similaire au secret professionnel, le secret bancaire couvre les renseignements reçus par les établissements de crédit et les PSF dans le cadre de leurs activités professionnelles. (ibid: nr 1184 et ss.)

La levée du secret bancaire peut encore s'avérer nécessaire à l'exercice par établissements de crédit et de PSF de ses droits de la défense en observant le principe de la proportionnalité par rapport à son intérêt, celui du client et le respect du caractère absolu du secret bancaire.(ibid)

Par ailleurs en dehors des informations fournies par les prospectus complet et simplifié et les autres documents réguliers quant à l'investissements des actionnaires et les rapports annuels et semestriels à fournir aux investisseurs avant les assemblées générales ordinaires et extraordinaires auxquels les actionnaires ont droit, ils ont encore accès aux informations découlant de la forme de leur société tel que prévu par les dispositions de la loi de 1915 entre autres notamment les détails sur les acquisitions d'actions de la société décidées par le conseil d'administration en vue d'éviter à la société un dommage grave et imminent et les violations de la loi et des statuts que les administrateurs auraient pu commettre; les actes que les administrateurs ont posés sans y être autorisés. (ibid: nr 551)

Certains des documents réclamés rentrent dans ces catégories.

Tous les documents réclamés concernent la gestion et le contrôle des fonds confiés par les investisseurs à LUXALPHA SICAV, les rapports entre LUXALPHA SICAV et ses prestataires de service ainsi qu'avec la société B.L. MADOFF INVESTMENT SECURITIES LLC.

En vertu de ce qui précède ni le secret bancaire ou professionnel ni l'obligation de confidentialité à laquelle sont tenus LUXALPHA SICAV et ses administrateurs ne s'opposent à la communication des documents.

La banque dépositaire de LUXALPHA SICAV à savoir UBS (Luxembourg) SA est client de la société B.L. MADOFF INVESTMENT SECURITIES LLC et non pas l'inverse, de sorte cela ne constitue pas un empêchement à la remise des contrats.

L'égalité des investisseurs ne s'oppose pas non plus à cette communication alors que les investisseurs doivent avoir justement accès à ces documents notamment pour pouvoir contrôler si cette égalité est respectée et si leurs droits n'ont pas violés. Il est loisible aux autres investisseurs d'en faire également la demande en vertu de leur droit à l'information.

La confidentialité imposée par la CSSF au rapport de révision de l'OPC dans la circulaire 02/81 concerne uniquement les professionnels du secteur financier . Cette circulaire ne constitue pas une entrave à une demande en communication répondant aux critères précités de l'article 350 .

Par ailleurs ce rapport a déjà été remis à certains investisseurs de LUXALPHA SICAV et tombe dans le domaine du droit à l'information des investisseurs tel que repris ci-dessus.

Le ou les liquidateurs de la LUXALPHA SICAV à nommer par le tribunal de commerce, tout comme LUXALPHA SICAV, ne pourront envisager et mener que les actions dans l'intérêt de la société en liquidation et non pas celles appartenant aux investisseurs à titre individuel.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le demandeur justifie d'un motif légitime et grave suffisamment caractérisé et la mesure demandée est légalement admissible.

Aucune demande au fond n'est pendante entre parties, de sorte qu'il échet de faire droit en principe à la demande sur base de l'article 350 du NCPC à l'exception de ce qui sera dit ci-après.

X.) réclame la communication des pièces :

1) La « TRADING AUTHORIZATION DIRECTIVE » conclue entre UBS Third Party Management Company S.A., sinon entre l'une des autres parties assignées; et Bernard L. Madoff Investment Securities LLC.

Il résulte de la page 4 de l'assignation et de l'extrait de la liste fournie que seule UBS (Luxembourg) SA figure en page 157 sur la liste des clients de Bernard L. Madoff Investment Securities LLC telle que établie par le US bankruptcy Court de Manhattan Etat de NY, de sorte cette demande est recevable à l'égard de UBS (Luxembourg) SA et il y a lieu d'y faire droit. La demande est irrecevable pour le surplus à défaut de preuve que les autres parties assignées aient contractés avec la société B.L. MADOFF INVESTMENT SECURITIES LLC.

2) Les « TERMS AND CONDITIONS FOR OPTION HEDGING TRANSACTIONS » conclus entre UBS Third Party Management Company S.A. sinon entre l'une des autres parties assignées; et Bernard L. Madoff Investment Securities LLC.

Pour les mêmes motifs que sub 1) sorte cette demande est recevable à l'égard de UBS (Luxembourg) SA et il y a lieu d'y faire droit. La demande est irrecevable pour le surplus à défaut de preuve que les autres parties assignées aient contractés avec la société B.L. MADOFF INVESTMENT SECURITIES LLC.

3) Toute autre convention, même non spécialement désignée dans les présentes, conclue entre les parties assignées et Bernard L. Madoff Investment Securities LLC ou toute entité contrôlée par Bernard L. Madoff

ou par Bernard Madoff Investment Securities LLC, relativement à la gestion du Fonds litigieux et/ou à la garde des actifs dudit fond.

Cette demande est irrecevable pour défaut de précision quant à la nature exacte et la date du document ainsi que quant à la partie détentrice, intervenante, émettrice, réceptrice ou contractante les termes de la demande sont trop vagues et imprécis pour déterminer les documents à remettre et prononcer une condamnation avec astreinte, la preuve de l'existence de ces pièces n'ayant pas non plus été rapportée.

4) Les rapports du réviseurs d'entreprises du fond, ERNST & YOUNG relatifs notamment aux exercices 2006 et 2007 sans préjudice aux désignations exactes, soit sur la révision de l'activité du fond depuis la constitution de ce fond.

Il résulte des déclarations du mandataire de LUXALPHA SICAV lors des débats à l'audience que LUXALPHA SICAV est d'accord à verser les rapports de révision de ERNST & YOUNG S.A. de sorte qu'il y a lieu de lui en donner acte.

Il y a lieu de condamner la société anonyme UBS (Luxembourg) SA à délivrer à X.) sinon à son mandataire Maître Luc SCHAACK une copie certifiée conforme des pièces dans un délai de huit jours à partir de la signification de la présente ordonnance et de fixer l'astreinte de 250 € par jour de retard dûment constaté ainsi que de la plafonner au montant de 50.000 €.

Faute par les parties demanderesse et défenderesses de justifier en quoi il serait inéquitable de laisser à leur charge des sommes par elles exposées et non comprises dans les dépens les demandes basées sur l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile est à abjurer.

PAR CES MOTIFS

Nous Brigitte KONZ, Vice-Présidente 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 forme ;

rejetons le moyen tiré du défaut d'intérêt et qualité à agir ;

donnons acte à la société d'investissement à capital variable LUXALPHA SICAV qu'elle est d'accord à verser les rapports de révision de ERNST & YOUNG S.A. ;

fixons pour autant que de besoin un délai de huit jours à partir de la signification de la présente ordonnance pour la remise des rapports de révision de ERNST & YOUNG S.A. ;

déclarons la demande irrecevable en tant que basée sur l'article 933 alinéa 1^{er} ;

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

condamnons la société anonyme UBS (Luxembourg) SA à délivrer à X.) sinon à son mandataire Maître Luc SCHAACK une copie certifiée conforme des pièces suivantes :

- 1) « TRADING AUTHORIZATION DIRECTIVE » conclue entre UBS (Luxembourg) SA et Bernard L. Madoff Investment Securities LLC ;
- 2) « TERMS AND CONDITIONS FOR OPTION HEDGING TRANSACTIONS » conclus entre UBS (Luxembourg) SA et Bernard L. Madoff Investment Securities LLC ;

ceci dans un délai de huit jours à partir de la signification de la présente ordonnance, sous peine d'une astreinte de 250 € par jour de retard dûment constaté ;

disons que l'astreinte est plafonnée au montant de 50.000.- € ;

déclarons la demande irrecevable pour le surplus ;

rejetons les demandes en allocation d'une indemnité de procédure ;

mettons les frais de l'instance à charge de la partie défenderesse UBS (Luxembourg) SA ;

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