

No rôle : 120578 + 120788

Réf. No. 235/2009

du 3 avril 2009

à 9h00

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi, 3 avril 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.

I

DANS LA CAUSE
ENTRE

Monsieur A.), employé privé, demeurant à D-(...),

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

partie demanderesse comparant par Maître Luc SCHAACK, avocat, assisté de Maître Sandrine DE ALMEIDA OLIVEIRA, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

en présence de :

SOC1.) Spa., (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre des sociétés sous le numéro 2741,

intervenant volontairement,

comparant par Maître Luc SCHAACK susdit, assisté de Maître Sandrine DE ALMEIDA OLIVEIRA, les deux demeurant à Luxembourg,

ET

- 1.) la société d'investissement à capital variable **SOC2.)** (LUX) SICAV, établie et ayant son siège social à L-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B(...),

partie défenderesse comparant par Maître Stéphane LATASTE, avocat, en remplacement de Maître André LUTGEN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

- 2.) la société anonyme **SOC3.)** Securities Services (Luxembourg) SA, établie et ayant son siège social à L(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B(...),

partie défenderesse comparant par Maître François KREMER, avocat, assisté de Maître Clara MARA-MARHUENDA, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

- 3.) la société anonyme de droit autrichien **SOC4.)** AG, établie et ayant son siège social à A(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Vienne (Autriche) sous le numéro FN (...),

partie défenderesse comparant par Maître Jean BRUCHER, avocat, demeurant à Luxembourg.

II

DANS LA CAUSE ENTRE

Monsieur **A.**), employé privé, demeurant à D(...),

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

partie demanderesse comparant par Maître Luc SCHAACK, avocat, assisté de Maître Sandrine DE ALMEIDA OLIVEIRA, avocat, les deux demeurant à Luxembourg,

ET

la Commission de Surveillance du Secteur Financier, établissement public, établie à L-2991 Luxembourg, 110, route d'Arlon, représentée par ses directeurs formant sa direction actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par Maître Albert RODESCH, avocat, demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi, 30 mars 2009, Maître Luc SCHAACK et Maître Sandrine DE ALMEIDA OLIVEIRA donnèrent lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposèrent leurs moyens.

Maître Stéphane LATASTE, Maître François KREMER, avocat, assisté de Maître Clara MARA-MARHUENDA, Maître Jean BRUCHER et Maître Albert RODESCH 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 18 mars 2009 et en vertu d'une ordonnance présidentielle rendue en date du 16 mars 2009 **A.)** a fait donner assignation à 1. la société d'investissement à capital variable **SOC2.)** (LUX) SICAV ci-après **SOC2.)** (LUX) SICAV 2. la société anonyme **SOC3.)** Securities Services (Luxembourg) SA ci-après **SOC3.)** Securities Services SA 3. la société anonyme de droit autrichien **SOC4.)** AG ci-après **SOC4.)** AG 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 délivrer entre les mains du mandataire de **A.)** 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.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro 120578 du rôle.

Par exploit de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg du 26 mars 2009 et en vertu d'une ordonnance présidentielle rendue en date du 16 mars 2009 **A.)** a fait donner assignation à la Commission de Surveillance du Secteur Financier ci-après la CSSF pour voir dire qu'elle est tenue d'intervenir dans le litige actuellement pendant entre la requérante en intervention et **SOC2.)** (LUX) SICAV , **SOC3.)** Securities Services SA et la **SOC4.)** AG et lui voir déclarer commune l'ordonnance à intervenir.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro 120788 du rôle.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il y a lieu de joindre des deux instances pour statuer par une seule ordonnance.

Par requête déposée à l'audience du 30 mars 2009 **SOC1.)** Spa demande acte de son intervention volontaire .

A l'appui de la demande la partie intervenante fait valoir qu'elle est actionnaire de 38377 actions dans **SOC2.)** (LUX) SICAV et demande de voir constater qu'elle est actionnaire de **SOC2.)** (LUX) SICAV et les parties défenderesses sub 1-3 s' entendre condamner

principalement solidairement, sinon in solidum, sinon chacune pour le tout à délivrer entre les mains du mandataire **SOC1.)** Spa les pièces plus amplement qualifiées dans le dispositif de sa requête en intervention 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 principal:

Attendu que le requérant est propriétaire de 4.307 parts dans l'assignée préqualifiée SICAV **SOC2.)** (Lux), achetées par l'intermédiaire de la banque **SOC5.)**, cette dernière ayant opéré la souscription de ces titres au nom et pour le compte du requérant ;

que le Fonds a été constitué en date du 19 février 2008 par devant Maître Henri HELLINCKS, notaire de résidence à Mersch;

Attendu qu'il découle du prospectus de mars 2008 que la société **SOC4.)** AG est chargée de la gestion des actifs du Fonds ;

Qu'il découle également du prospectus de mars 2008 que la société **SOC3.)** Securities Services (Luxembourg) SA a été désignée comme dépositaire du Fonds ;

Qu'il découle enfin du prospectus de mars 2008 que la société **SOC3.)** Securities Services (Luxembourg) SA a été également désignée comme administrateur du Fonds ;

Attendu qu'il est de notoriété publique que les actifs du Fonds étaient détenus et gérés par la société **B.)** INVESTMENT SECURITIES LLC ;

que le conseil d'administration du Fonds a ainsi décidé de suspendre le calcul de la valeur nette d'inventaire du Fonds ;

que la CSSF a décidé le 11 février 2009 de retirer le Fonds de la liste officielle des organismes de placement collectif, et de retirer son agrément ;

qu'il existe de fortes présomptions qu'en fait, la gestion du Fonds n'a pas été effectuée par **SOC4.)** AG mais par personne d'autre que le sieur **B.)** respectivement sa société **B.)** INVESTMENT SERVICES LLC;

qu'il existe également de fortes présomptions que la garde des actifs du Fonds n'a pas été effectuée par **SOC3.)** Securities Services (Luxembourg) SA, mais également par le sieur **B.)** respectivement sa société **B.)** INVESTMENT SERVICES LLC ;

que si les deux fortes présomptions précitées s'avéraient, les fonctions de société de gestion et de dépositaire du Fonds auraient été exercées par la même entité juridique, **B.)** 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 ;

Attendu que la partie demanderesse a essayé d'obtenir auprès du Fonds, par l'intermédiaire de son mandataire la documentation et les informations auxquelles elle a droit en tant qu'actionnaire et en application de dispositions 109 et ss de la loi du 20 décembre 2002 ;

que le prospectus de mars 2008 indique clairement que les conventions conclues entre le Fonds et la société de gestion, le dépositaire et l'administrateur sont consultables au siège social du Fonds ;

que l'un des conseils du requérant a écrit à ce propos au conseil d'administration du Fonds en date du 2 février 2009, du 27 février 2009 et du 4 mars 2009 ;

qu' alors qu'elle s'est présentée le mardi 11 février 2009, en présence d'un huissier de justice au siège social du Fonds, la partie demanderesse s'est vue indiquer par une préposée qu'il n'y avait aucun inconvénient à ce que les conventions demandées soient mises à la disposition de la requérante;

qu'étonnamment, le conseil d'administration du Fonds a écrit le même jour à l'un des conseils du requérant suite à la visite précitée, lui indiquant ne pas pouvoir donner une suite positive à sa demande de consultation des documents ;

que le Fonds n'a pas jugé opportun de répondre aux courriers recommandés d'un conseil de la partie demanderesse du 27 février 2009 et du 4 mars 2009 ;

Attendu que lors de la visite au siège social du Fonds, il a été indiqué par la préposée du Fonds que celui-ci ne détenait aucune copie de la convention conclue entre le Fonds et la société de gestion (**SOC4.) AG**), ce qui est pour le moins inquiétant ;

Attendu que le Fonds n'a pas remis toutes les pièces, documents et informations réclamés par les courriers du 2 février 2009, du 27 février 2009 et du 4 mars 2009 et que par conséquent manquent et font l'objet de la présente procédure les pièces ayant trait

- I. à la relation contractuelle entre le Fonds et la société de gestion, **SOC4.) AG**;
- II. à la relation contractuelle entre le Fonds et le dépositaire, **SOC3.) Securities Services (Luxembourg) SA** ;
- III. à la relation contractuelle entre le Fonds et l'administrateur, **SOC3.) Securities Services (Luxembourg) SA** ;
- IV. à la relation contractuelle qui existait entre **B.)** respectivement **B.) INVESTMENT SERVICES LLC** et le Fonds et/ou **SOC4.) AG** et/ou **SOC3.) Securities Services (Luxembourg) SA** ; et
- V. 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 du Fonds par son réviseur d'entreprises, **SOC6.) SA**, dont le siège social se situe à (...), 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) les éventuelles responsabilités du dépositaire du Fonds dans le cadre de sa garde des actifs du Fonds ;

(ii) les éventuelles responsabilités de la société de gestion du Fonds dans le cadre de sa gestion des actifs du Fonds ;

(iii) les éventuelles responsabilités de l'administrateur du Fonds dans le cadre de son administration du Fonds ;

(iv) les éventuelles responsabilités du réviseurs d'entreprises dans le cadre de sa mission de révision de l'activité du Fonds ;

(v) que **B.) INVESTMENT SERVICES LLC** intervenait directement dans le Fonds en tant que gestionnaire alors que le prospectus prévoyait à ces fins que **SOC4.) AG** était chargée 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 ;

(vi) que les actifs du Fonds ont été confiés à **B.) INVESTMENT SERVICES LLC**, alors même que les fonctions de la banque dépositaire **SOC3.) Securities Services (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

(vii) que les fonctions de société de gestion et de dépositaire étaient exercées dans les faits par la même entité juridique, soit **B.) 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 sous leurs mains;

que ce doute est renforcé par la déclaration de la préposée du Fonds, telle que constatée par huissier de justice, selon laquelle le Fonds ne dispose

pas d'un exemplaire de la convention conclue avec **SOC4.) AG** relative à la gestion du Fonds ;

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 ;

Arguments de la demanderesse sur intervention:

A l'appui de la demande les parties intervenantes font valoir qu'elle serait actionnaire de 38377 actions dans **SOC2.) (LUX) SICAV** par l'intermédiaire de la banque **SOC7.) BANK S.A.**, cette dernière ayant opéré la souscription de ces titres en son nom et pour son compte.

Que suivant « Disclosure Letter » de la banque **SOC7.) BANK S.A.** du 18 mars 2009, cette dernière l'autorise en tant qu'investisseur à contacter la **SOC2.) (LUX) SICAV** pour rechercher les informations et documentations auxquelles les actionnaires ont droit et d'exercer les droits y attachés.

Pour le surplus à l'appui de la demande la partie intervenante fait valoir les mêmes motifs et arguments que le demandeur principal, et demande encore de voir constater qu'elle serait actionnaire de **SOC2.) (LUX) SICAV** et de condamner les défendeurs à la communication des pièces 1-7 plus amplement détaillées dans sa demande sous peine d'une astreinte.

Arguments des défendeurs :

Le mandataire de **SOC2.) (LUX) SICAV** soulève la nullité de l'assignation pour libellé obscur sinon pour violation de l'article 154 du NCPC pour des motifs identiques à ceux exposés pour le libellé obscur notamment l'imprécision quant aux dates, à l'existence et aux documents réclamés. Par ailleurs les bases légales et les litiges futurs à base de la demande de l'article 350 ne seraient pas suffisamment circonscrits.

A titre subsidiaire il soulève l'incompétence ratione valoris du juge saisi au motif qu'en raison de la valeur du litige le juge de paix serait compétent.

Il conteste encore 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 **SOC2.) (LUX) SICAV**. **SOC2.) (LUX) SICAV** ne maintient plus son moyen en rapport avec la mise en intervention de la CSSF

Quant au fond le mandataire de **SOC2.) (LUX) 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.

Par ailleurs depuis que la CSSF aurait par décision du 11 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 **SOC2.) (LUX) 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 a sollicité la liquidation du fond qui serait à partir de cette date géré par un liquidateur. Cette affaire serait en délibéré et le jugement interviendra en date du 2 avril 2009

Par ailleurs en cas de nomination d'un liquidateur à la suite du retrait de l'agrément à la **SOC2.) (LUX) 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 le demandeur principal que ces pièces existeraient.

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

Quant à la demande en intervention volontaire de la **SOC1.) Spa le mandataire de SOC2.) (LUX) SICAV** conteste la recevabilité de la demande et à titre subsidiaire la compétence du tribunal saisi et y oppose les mêmes moyens que pour la demande principale.

Le mandataire de **SOC3.) Securities Services SA** se rallie aux conclusions de **SOC2.) (LUX) SICAV** et soulève donc aussi la nullité de l'assignation pour libellé obscur sinon pour violation de l'article 154 du NCPC.

A titre subsidiaire il se rapporte à prudence quant au moyen de l'incompétence ratione valoris du juge saisi.

SOC3.) Securities Services SA conteste la qualité à agir de **A.)** qui n'établirait pas qu'il est actionnaire inscrit respectivement investisseur respectivement bénéficiaire final des actions auprès de **SOC2.) (LUX) SICAV**, en effet seule la banque **SOC5.)** serait inscrite au registre de la **SOC2.) (LUX) SICAV**.

A.) ne saurait par ailleurs être investisseur auprès de la **SOC2.) (LUX) SICAV** alors que les particuliers ne pourraient souscrire des actions de la classe I **SOC2.) Lux** et l'investissement minimum requis pour les institutionnels serait de 50.000 .-€ donc supérieur au 4.500 .-€ de **A.)**.

Le mandataire de **SOC3.) Securities Services 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 **SOC3.) Securities Services 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.

Par ailleurs en cas de nomination d'un liquidateur à la suite du retrait de l'agrément à **SOC2.) (LUX) 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.

Par ailleurs pour autant qu'il serait fait droit à la demande il appartiendrait non pas aux défendeurs sub 2 et 3 liés à **SOC2.) (LUX) SICAV** par un contrat de prestation de services, mais à la **SOC2.) (LUX) SICAV** sinon au liquidateur de délivrer les documents

SOC3.) Securities Services SA s'oppose encore à la demande qui serait imprécise quant aux pièces à communiquer et le délai serait trop court.

SOC3.) Securities Services 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.

Quant à la demande en intervention volontaire de la **SOC1.) Spa** le mandataire de **SOC3.) Securities Services SA** conteste la recevabilité de la demande et à titre subsidiaire la compétence du tribunal saisi et y oppose les mêmes moyens que pour la demande principale.

Par ailleurs la lettre de « Disclosure » établi par la banque **SOC7.) BANK S.A** serait contestée alors que l'identité et les qualités du signataire ne seraient pas indiquées. La classe des actions et le fait qu'elles seraient bloquées au profit **SOC1.) Spa** ne seraient pas non plus attestées.

La demande relative à la qualité d'actionnaire à une partie serait irrecevable.

Le mandataire de la **SOC4.) AG** soulève l'incompétence internationale et ratione valoris du juge saisi.

La **SOC4.) AG** conteste encore la qualité à agir du demandeur notamment il ne serait pas actionnaire inscrit et se rallie aux développements des autres parties à ce sujet.

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 oppose encore le secret professionnel à la demande.

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

Par ailleurs la **SOC4.) AG** s'oppose pour le surplus à la demande pour défaut de précision des documents demandés et en contestant être partie aux contrats sinon être en possession des pièces réclamées.

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.

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

Quant à la demande en intervention volontaire de la **SOC1.)** Spa le mandataire de la **SOC4.)** AG conteste la recevabilité de la demande et à titre subsidiaire la compétence du tribunal saisi et y oppose les mêmes moyens que pour la demande principale.

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

Le mandataire de la **CSSF** se rapporte à sagesse du tribunal et à titre subsidiaire déclare que sa partie respectera la décision à intervenir.

I Le libellé obscur et la violation de l'article 154 du NCPC

La **SOC2.)** (LUX) SICAV soulève en premier lieu le moyen de la nullité de la demande pour libellé obscur sinon pour violation de l'article 154 du NCPC au motif que l'assignation qui ne préciserait pas la nature exacte et la date des documents réclamés.

Par ailleurs l'absence de précision et de détails quant aux bases légales et aux litiges futurs à base de la demande de l'article 350, violeraient les prescriptions de l'article 154 du Nouveau Code de Procédure Civile.

En vertu de l'article 154 du NCPC tant l'exploit d'ajournement que, par analogie, l'exploit d'assignation ou la requête en obtention d'une ordonnance conditionnelle de paiement doit contenir, à peine de nullité, l'objet de la demande et l'exposé sommaire des moyens.

Pour qu'une demande en justice satisfasse aux dispositions de l'article 154 du NCPC et échappe à la sanction du libellé obscur, il faut qu'elle renferme l'indication exacte des prétentions de la partie demanderesse et la désignation des circonstances de fait qui forment la base de la demande. La description des faits doit être suffisamment précise pour mettre le juge en mesure de déterminer le fondement juridique de la demande, pour ne pas laisser le défendeur se méprendre sur l'objet de celle-ci et pour lui permettre le choix des moyens de défense appropriés (J-Cl. Wiwinius : L'exceptio obscuri libelli in Mélanges dédiés à Michel Delvaux, p. 290).

Ces indications, constituant le libellé de l'acte, ont pour but de faire connaître au défendeur, d'une manière expresse, l'objet du procès et les moyens à l'appui, c'est-à-dire sur quelle qualité, quel titre ou quel motif le demandeur base sa demande. Si l'exposé des moyens peut être sommaire, l'objet de la demande doit toujours être énoncé d'une manière complète et claire. La question s'il a été répondu aux exigences de l'article 154 du NCPC se réduit à déterminer si, d'après les termes et la rédaction de l'acte introductif d'instance, les moyens sur lesquels s'appuie le demandeur et l'objet qu'il poursuit sont suffisamment énoncés.

En l'espèce la partie demanderesse a indiqué avec suffisamment de précision les faits gisant à la base de sa demande pour permettre à la défenderesse de ne pas se méprendre sur l'objet de celle-ci et pour lui permettre de préparer utilement sa défense.

Les défendeurs, en leur qualité de professionnel à savoir la sicav, l'administrateur central, le gestionnaire et le dépositaire de la sicav, ne pouvaient notamment pas se méprendre sur l'objet précis de la demande en communication.

Le moyen de nullité est partant à écarter.

II La Compétence razione valoris

Le défendeur soulève le moyen de l'incompétence razione materiae du président du tribunal d'arrondissement pour connaître de la demande au motif que la demande soumise au juge des référés se rapporterait à une affaire devant être toisée par le tribunal de paix.

Les règles concernant la compétence d'attribution étant d'ordre public, le juge saisi est en droit et a même l'obligation d'examiner d'office et avant tout autre moyen sa compétence razione valoris.

Il est de principe que le juge des référés compétent est celui de la juridiction qui est ou serait elle-même compétente pour statuer sur le litige au fond, ceci en application des dispositions régissant la procédure civile ainsi que celles propres à chaque juridiction (Rép. Dalloz, Proc. civ., Référés no. 13 et suivants). La compétence du juge des référés est restreinte aux litiges dont la connaissance appartient quant au fond au tribunal d'arrondissement siégeant en matière civile ou commerciale (Cour sup. de Justice du 26 octobre 1983).

L'article 8 du nouveau code de procédure civile dispose que lorsqu'une demande, en raison de sa nature ou son objet, n'est pas susceptible d'être évaluée en argent, elle sera considérée comme étant de valeur indéterminée. Comme exemple d'une demande indéterminée, la doctrine cite parmi d'autres le cas d'une demande ayant pour objet une obligation de faire. demande.

Une demande indéterminée et indéterminable est de nature à donner compétence au tribunal d'arrondissement, en application de l'article 8 du nouveau code de procédure civile.

On considère comme demande indéterminée celle dont l'indétermination est insurmontable et sans remède. Certaines demandes portant sur des intérêts patrimoniaux qui, telles qu'elles sont introduites, paraissent bien être indéterminées, en ce sens que leur principal n'est pas chiffré en argent, sont néanmoins susceptibles d'évaluation pécuniaire et cette évaluation leur fera perdre leur caractère de demande indéterminée (Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, T 2, no. 428).

Une demande dirigée contre un comptable, tendant à la restitution des documents appartenant au demandeur, a pour objet une prestation qui, par sa nature, est indéterminée. Le fait par le demandeur d'évaluer cette demande en spécifiant aussi bien la valeur des documents eux-mêmes que le supplément d'impôts prétendument à payer à la suite de la non restitution des documents, n'a pas pour effet de soumettre la demande à la compétence du juge de paix.

(J. Paix Luxembourg 11.10.1991, nr 3108/91 cité par J.-Cl. Wiwinius : Compétence des juridictions de l'ordre judiciaire en fonction de la valeur du litige, compétence razione valoris, P.XXVIII, chr. p. 466).

En l'espèce la présente demande en communication de pièces n'est pas susceptible d'être évaluée en vertu de ce qui précède. Il s'agit donc d'une demande indéterminée qui en principe rentre pour le tout dans la compétence d'attribution du tribunal d'arrondissement et par là même dans celle du juge des référés (Cour sup. de Justice 14 juillet 2004 no du rôle 28837).

Il découle des considérations qui précèdent que le moyen n'est partant pas fondé et le juge saisi est compétent pour connaître de la demande.

III La Compétence territoriale

La **SOC4.)** AG conclue à l'incompétence territoriale du juge des référés luxembourgeois pour connaître de la demande en raison du fait que les mesures provisoires demandées ne pourraient être exécutées au Luxembourg.

Loi applicable.

La Convention de Bruxelles laisse au droit procédural du juge de l'Etat membre requis la tâche de régler toute question qui ne fait l'objet de dispositions spécifiques de la convention, sauf à préciser que l'application des prescriptions du droit procédural interne du juge saisi ne saurait en aucun cas avoir pour effet de faire échec aux principes posés en la matière, que ce soit de façon expresse ou implicite, par la Convention de Bruxelles elle-même. (CJCE, arrêt du 15 mai 1990, H./Z. > C-365/88, Rec., p.I.-1845 <, cf. al.11-12, 22, disp.1-2 ; arrêt du 3 octobre 1985, C. et A. / P. > C-119/84, Rec. p.03147 <, cf. al. 20-21).

Ces principes s'appliquent de même sous le régime de la Convention de Lugano et du Règlement Bruxelles 1.

Il s'ensuit qu'à défaut de dispositions communautaires spéciales et contraires, ce qui n'est pas le cas, la recevabilité du recours s'apprécie au regard des dispositions procédurales de la loi du for.

Suivant jurisprudence luxembourgeoise, qui justifie le choix de la loi applicable par l'urgence avec laquelle le juge doit statuer en matière de référé, les mesures provisoires et conservatoires prises par le juge des référés sont régies par la loi du for.

Compétence razione loci.

En principe le juge territorialement compétent est le président de la juridiction qui, au fond aurait compétence pour connaître du litige.

Même si en général on admet la compétence du juge du lieu où la mesure doit être appliquée, concurremment avec celle du juge du domicile du défendeur, la jurisprudence a toutefois retenu que les dispositions de l'article 932 alinéa 1er et de l'article 933 alinéa premier sont d'application purement territoriale, de sorte que le juge des référés n'a pouvoir d'ordonner les mesures urgentes visées dans ces articles que par rapport à une situation de fait et de droit qui existe au Grand-Duché de Luxembourg (C.A 24.2.1988, C. C. c/ B. A. H. , no. 10047 du rôle).

Il doit en être de même pour l'article 350.

En droit international privé luxembourgeois, il est admis que les règles ordinaires de compétence sont écartées lorsqu'il s'agit de prendre des mesures urgentes ou purement conservatoires sur des biens ou à l'égard de personnes (F. Schockweiler: les conflits de loi et les conflits de juridiction en droit international privé Luxembourgeois, no. 748).

La mesure sollicitée par les demandeurs concerne la communication de pièces par une société autrichienne avec siège social en Autriche ainsi que par des sociétés luxembourgeoises avec siège au Luxembourg.

Pour statuer sur l'exception d'incompétence territoriale, le juge des référés a les mêmes pouvoirs que ceux qui devraient appartenir au juge du fond s'il avait eu à statuer sur l'exception d'incompétence. Par ailleurs la compétence territoriale internationale en matière de référé doit être déterminée par les règles de compétence internationale régissant le fond (cf. Cour 26.11.1991, no. Rôle 12898; Réf. Lux. 22.5.2000, no. rôle 344/2000).

Il est vrai que la compétence territoriale du président du tribunal saisi sur la base de l'article 350 du NCPC est commandée par celle de la juridiction compétente sur le fond. Mais spécialement en matière de référé, la compétence appartient aussi au président de la juridiction du lieu où doivent être prises et exécutées les mesures qui lui sont demandées (Droit judiciaire privé, Solus et Perrot, T3, p. 670).

Les mesures sollicitées en l'espèce, à savoir la remise de documents sont des mesures d'instruction préventives demandées sur base de l'article 350 du NCPC avant tout procès en vue d'éclairer la juridiction qui sera ultérieurement saisie d'un éventuel litige sur le fond.

Or il est admis que la juridiction compétente pour ordonner une mesure provisoire ou conservatoire, ne peut être qu'une juridiction de l'Etat sur le territoire duquel la mesure doit être exécutée. La raison en est que le juge du lieu où la mesure provisoire ou conservatoire doit être exécutée est, en raison de la proximité, le mieux placé pour suivre les opérations et statuer sur les incidents y afférents.

Concernant l'origine, la propriété et la détention des pièces litigieuses, il y lieu de se référer à l'exposé des faits contenu dans l'assignation et les conclusions écrites de Maître SCHAACK exposé non autrement contesté par les parties en cause.

Il s'en suit que les pièces réclamées concernent pour la plupart des pièces en rapport avec une société de droit luxembourgeois **SOC2.) (LUX) SICAV.**

Par application de la loi de 2002 sur les organismes de placement collectif, l'administration et les pièces de ce type de société doivent être centralisés au Luxembourg. Il peut être présumé que les pièces réclamées se trouvent au Luxembourg.

Les documents dont la production est demandée aux sociétés défenderesses devraient donc obligatoirement se trouver au Luxembourg, la communication demandée auprès desdites sociétés aura donc lieu sur le territoire luxembourgeois.

Dès lors, eu égard à ce qui précède, le moyen d'incompétence territoriale est à rejeter et le président du tribunal luxembourgeois est territorialement compétent pour connaître de la demande.

Le juge des référés luxembourgeois décrétant une mesure provisoire d'application à l'étranger dépasserait ses pouvoirs et commettrait ainsi un excès de pouvoir (Cour 25.1.2006 no. Rôle 30280).

La demande est partant à déclarer irrecevable pour autant qu'elle a pour objet la remise de documents à l'étranger.

IV Qualité et intérêt à agir

IV a Qualité et intérêt à agir de A.)

Toutes les parties défenderesses contestent la qualité et l'intérêt à agir de **A.)** 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).

La qualité pour agir se définit comme étant la faculté légale d'agir en justice, et par suite, le titre auquel on figure dans un acte juridique ou dans un procès. Ont seuls qualité pour agir, le propriétaire du droit litigieux, son mandataire légal ou conventionnel, ou ses créanciers.

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

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.

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 ; le demandeur a un intérêt à agir dès lors que le succès de ses prétentions est susceptible de lui procurer des avantages matériels ou moraux.

L'intérêt est en principe une condition suffisante pour être investi du droit d'agir. Le recours à la justice ne doit en effet être ouvert que si son auteur peut espérer en retirer un certain avantage, ceci afin d'éviter un encombrement inutile des tribunaux. S'il apparaît que l'exercice d'une action en justice ne présente aucune utilité pour un plaideur, le juge peut, même d'office, déclarer la demande irrecevable, se dispensant par là même de statuer sur le

fond. L'intérêt constitue une condition générale d'existence de l'action; il est exigé de toute partie au procès.

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).

Ces conditions sont remplies dans le chef de A.).

En effet l'attestation de détention et de la propriété des parts par A.), émise par la banque SOC5.) en date du 5 février 2009, confirme que A.) est titulaire de ces actions. Par ailleurs suivant constat d'huissier du 10 février 2009 il a obtenu en cette qualité communication, respectivement son mandataire a pu inspecter au siège de la SOC3.) Securities Services SA et de la SOC2.) (LUX) SICAV , (...), les pièces à l'exception du contrat conclu entre SOC2.) (LUX) SICAV et SOC4.) AG tel que relaté dans ce constat.

Par ailleurs encore suivant courrier du 12 février 2009, la banque SOC5.) a opéré auprès de SOC2.) (LUX) SICAV la souscription des actions au nom et pour le compte de A.), qui les a payé. La banque SOC5.) est inscrite au registre de la SOC2.) (LUX) SICAV en tant que « *Inhaber* ». Cette présomption de propriété, telle qu'elle résulte du registre, est cependant renversée par les attestations du 5 et du 12 février 2009 dans lesquelles la banque autorise A.) à exercer les droits attachés aux titres acquis pour son compte , notamment de recevoir auprès de SOC2.) (LUX) SICAV les informations accessibles aux actionnaires de la société.

Ces certificats établissent donc que la banque SOC5.) a souscrit les actions auprès de SOC2.) (LUX) SICAV pour le compte de A.), qui en est le détenteur, le bénéficiaire final et le propriétaire auquel les droits à l'information ont été délégués par le souscripteur des parts.

En ces qualités A.) a établi sa capacité et son intérêt à agir et ce peu importe s'il détient uniquement 4.307 actions tel que cela résulte du courrier de SOC2.) (LUX) SICAV du 3 février 2009.

Il est d'une part improbable que 4,37 actions puissent être souscrites, telle qu'allégué par SOC3.) Securities Services SA et d'autre part il est irrelevante au stade actuel ainsi que pour l'issue de la présente procédure de référé, si SOC2.) (LUX) SICAV a vendu au mépris de son propre prospectus, des parts pour un montant en dessous du seuil requis et à d'autres personnes que des institutionnels. Le non respect allégué de ses propres consignes seront à apprécier le cas échéant par d'autres instances que le juge des référés.

La recevabilité de l'action n'est pas non plus entravée par le fait que A.) agirait à titre individuel contre les défenderesses.

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

IV b Qualité et intérêt à agir de de la partie intervenante à titre volontaire SOC1.) Spa

Les mandataires des défendeurs soulèvent la nullité sinon l'irrecevabilité de la demande en intervention.

Par requête en intervention volontaire déposée à l'audience du 30 mars 2009 la partie **SO1.)** Spa déclaré intervenir volontairement à l'instance pendante entre **A.)** et les défendeurs **SO2.)** (LUX) SICAV , **SO3.)** Securities Services SA , **SO4.)** AG et *pour voir constater qu'elle est actionnaire du fond de la sicav SO2.)* (LUX) SICAV et qu'elle a

un intérêt légitime né, actuel et personnel à intervenir dans l'affaire pendante et au principal à voir condamner la communication des mêmes pièces que celles réclamées par A.) sous peine d'une astreinte de 5000 .-€ par jour de retard ainsi qu'une indemnité de procédure de 5000 .-€ et voir déclarer commun l'ordonnance à intervenir.

A l'appui de sa demande la partie intervenante fait valoir qu'elle est actionnaire de 38377 actions dans **SOC2.)** (LUX) SICAV et demande la communication des pièces 1-7 plus amplement détaillées et selon les modalités spécifiées dans sa demande.

On peut citer un tiers intéressé en déclaration de jugement commun, au seul effet de faire établir contradictoirement envers lui des points de fait sur lesquels on compte se baser dans une instance ultérieure (Répertoire Pratique de Droit belge, verbo Intervention en matière civile, No 85 et réf;/ y citée; C.S.J. 7.1.75, P. 23 p.68).

Il y a intervention volontaire lorsqu'un tiers demande à être partie à une instance en cours. L'intervention est principale et agressive lorsque le tiers demande à devenir partie à une instance en cours afin d'obtenir la reconnaissance par la juridiction saisie d'un droit lui appartenant.

L'intervention en instance de référé est possible à condition que le juge des référés demeure dans la limite de ses pouvoirs. A défaut de dispositions législatives particulières elle n'est pas soumise à une forme déterminée, de sorte qu'une partie peut valablement y procéder par voie de conclusions orales, cette absence de formalisme répondant au besoin de célérité avec lequel les litiges de référés doivent être évacués (Trib. d'arrondissement de Luxembourg 15.10.1984 et 21.11.1994).

En l'occurrence l'intervention volontaire a été faite par conclusions écrites de sorte qu'elle est à déclarer recevable en la forme.

L'intervention volontaire est le fait pour une personne qui, de son propre mouvement, se mêle à une instance qu'elle n'a pas introduite ou qui n'est pas dirigée contre elle, soit pour faire déclarer que le droit litigieux lui appartient, soit pour s'assurer la conservation de ses droits qui pourraient être compromis par le résultat de l'instance (Précis Dalloz, Procédure civile, 23ème éd., no 1152).

Dans le cadre d'une intervention accessoire, les parties intervenantes n'entendent pas invoquer de droit propre sur l'objet du litige, elles prétendent se prévaloir seulement d'un intérêt légitime justifiant leur participation à l'instance. Le tiers intervenant se borne à sauvegarder ses intérêts. Il intervient dans l'instance en cours soit pour en surveiller le déroulement et l'activer si besoin est, soit pour prendre fait et cause pour l'une des parties par ce que les intérêts de celle-ci se confondent avec les siens. L'intervention accessoire a un but conservatoire ou de sauvegarde (Dalloz Proc.civile et commerciale v.intervention nos 6 et 17).

Partant l'intervention volontaire litigieuse doit s'analyser en acte conservatoire par nature même si l'intervenant prend et fait cause pour une des parties au litige, dont les intérêts ne se distinguent pas des siens. En effet lorsque le péril provient de l'inaction d'autrui, la réaction conservatoire passe par des mesures supplétives telles que l'intervention accessoire au procès (Civ. Dalloz v. acte no 254).

Ces conditions ne sont pas remplies en l'espèce.

A l'appui de sa requête **SOC1.)** Spa fait valoir qu'en sa qualité d'actionnaire de **SOC2.)** (LUX) SICAV elle demanderait cette communication sur base des mêmes motifs que **A.)**.

Il y a lieu de constater que l'intervention volontaire ne se rattache pas aux prétentions de **A.)**. En effet les faits et causes et les demandes propres de la **SOC1.)** Spa sont différents de ceux invoqués par le demandeur au principal et n'établissent pas l'intérêt à se joindre à la cause de **A.)** pour soutenir ses droits ou parce leurs intérêts se confondent.

La partie intervenante **SOC1.)** Spa n'a partant pas justifié sa qualité et notamment son intérêt légitime à participer à l'instance de **A.)** en raison de la crainte d'un préjudice pouvant résulter de l'ordonnance à intervenir au vu de ce qui précède.

Son intervention volontaire doit partant être déclarée irrecevable

V 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.

VI 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 D. c/ B.).

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.

SOC3.) Securities Services SA figure officiellement sur la liste des clients de la société **B.)** INVESTMENT SECURITIES LLC, une des sociétés impliquée dans le scandale **B.)**.

Les pièces demandées serviront à un éventuel procès dans le cadre de l'action individuelle à intenter dans l'intérêt personnel de **A.)** et dans le but d'en retirer un profit qui lui demeurera propre.

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 **A.)**.

- **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 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 dépositaire sinon d'administrateur ou de gestionnaire de **SOC2.)** (LUX) SICAV ils seraient encore tenus à une obligation de secret professionnel.

SOC2.) (LUX) SICAV serait uniquement dépositaire des pièces litigieuses et serait uniquement tenue d'un devoir de conservation et ne pourrait communiquer à des tiers les pièces sollicitées.

Par ailleurs certains documents 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 personne 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 **SOC2.) (LUX) SICAV**, les rapports entre **SOC2.) (LUX) SICAV** et ses prestataires de service ainsi qu'avec la société **B.) INVESTMENT SECURITIES LLC** ou **B.)**.

En vertu de ce qui précède ni le secret bancaire ou professionnel ni l'obligation de confidentialité ne s'opposent à la communication des documents.

Selon la pièce versée par **A.)**, **SOC3.) Securities Services SA** figure officiellement sur la liste des clients comme détenteur d'un compte client auprès de la société **B.) INVESTMENT SECURITIES LLC** pour le compte de **SOC2.) Fund**.

SOC3.) Securities Services SA est donc client de la société **B.) 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 sous réserve de ce selon les informations fournies à l'audience du 30 mars 2009 et non contesté par le demandeur, le rapport 2008 n'existerait pas alors que **SOC2.) (LUX) SICAV** n'a été créée que le 18 février 2008 et que les délais pour dresser le rapport pour 2008 ne seraient pas encore révolus.Par ailleurs ce rapport tombe dans le domaine du droit à l'information des investisseurs tel que repris ci-dessus.

Les liquidateurs de la **SOC2.) (LUX) SICAV** à nommer par le tribunal de commerce, tout comme **SOC2.) (LUX) SICAV**, ne pourront envisager et mener que les actions dans l'intérêt de la société en liquidation et de la masse des créanciers et investisseurs et non pas celles appartenant à ces derniers à titre individuel pour un préjudice qui leur est propre.

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.

L'archivage des documents essentiels à l'OPC doit être effectué au Grand-duché de Luxembourg, ce qui implique que les pièces se rapportant aux opérations effectuées à l'étranger soient envoyées immédiatement au Luxembourg. (Organisme de Placement Collectif précité: deuxième éd.: nr 868)

Les documents concernés par cette obligation consistent dans les pièces nécessaires à l'établissement des comptes et inventaires ainsi que des titres de propriété et de créance de l'OPC. Ils comprennent également les pièces sur la base desquelles est effectuée la répartition des parts en circulation. Enfin ils incluent les documents nécessaires à la défense générale des intérêts de l'OPC, tels que les contrats entre l'OPC et ses divers prestataires de services. (ibid: nr 869)

Pour cette raison et en vertu de tout ce qui précède la demande en communication de pièces ne sera admise que pour autant qu'elle concerne les entités luxembourgeoises.

Par ailleurs les demandes en communication indéterminées ou indéterminables en ce qui concerne la qualification, la nature et la date du document respectivement les parties détentrices, intervenantes, émettrices, réceptrices ou contractantes etc sont irrecevables pour autant qu'elles sont formulées d'une manière vague et imprécise ne permettant pas au tribunal de désigner le document à remettre et la partie détentrice à condamner à le communiquer et d'assortir la condamnation au paiement d'une astreinte en cas de refus.

A.) réclame la communication des pièces :

1) La convention conclue entre le Fonds et SOC4.) AG relative à la gestion des actifs du Fonds ;

Il n'a pu être déterminé à partir du constat versé en cause, si l'employée ayant communiqué avec Maître SchAAK en date du 3 avril 2009 au siège de **SOC2.) (LUX) SICAV** et de **SOC3.) Securities Services SA**, (...), agissait en tant que représentante de l'une ou de l'autre de ces deux sociétés.

Etant donné que les sociétés défenderesses sont des entités juridiques distinctes, la demande en communication de cette pièce ne sera admise que pour autant qu'elle concerne la société **SOC2.) (LUX) SICAV** et à condition que **SOC2.) (LUX) SICAV** soit partie contractante de la **SOC4.) AG**.

2) Le convention conclue entre le Fonds et SOC3.) Securities Services

(Luxembourg) SA relative à la garde des actifs du Fonds ;

La demande en communication de pièces ne sera admise que pour autant qu'elle concerne **SOC3.) Securities Services SA** et à condition que **SOC3.) Securities Services SA** soit partie contractante de **SOC2.) (LUX) SICAV**.

3) La convention conclue entre le Fonds et SOC3.) Securities Services (Luxembourg) SA relative à l'administration du Fonds ;

La demande en communication de pièces ne sera admise que pour autant qu'elle concerne **SOC3.) Securities Services SA** et à condition que **SOC3.) Securities Services SA** soit partie contractante de **SOC2.) (LUX) SICAV**.

4) la « TRADING AUTHORIZATION DIRECTIVE » conclue entre SOC4.) AG et/ou SOC3.) Securities Services (Luxembourg) SA et B.) Investment Securities LLC ;

La demande en communication de pièces ne sera admise que pour autant qu'elle concerne **SOC3.) Securities Services SA** et à condition que **SOC3.) Securities Services SA** soit partie contractante de la société **B.) INVESTMENT SECURITIES LLC**.

5) les "TERMS AND CONDITIONS FOR OPTION HEDGING TRANSACTIONS" conclus entre SOC4.) AG et/ou SOC3.) Securities Services (Luxembourg) SA et B.) Investment Securities LLC;

La demande en communication de pièces ne sera admise que pour autant qu'elle concerne **SOC3.) Securities Services SA** et à condition que **SOC3.) Securities Services SA** soit partie contractante de la société **B.) INVESTMENT SECURITIES LLC**.

6) toute autre convention, même non spécialement désignée dans les présentes, conclue entre les parties assignées et B.) Investment Securities LLC ou toute entité contrôlée par B.) ou par B.) Investment Securities LLC, relativement à la gestion du Fonds litigieux et/ou à la garde des actifs dudit Fonds ; et

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.

7) les rapports du réviseurs d'entreprises du Fond, SOC6.) relatifs notamment aux exercices 2006 et 2007 sans préjudice aux désignations exactes, soit sur la révision de l'activité du Fonds depuis la constitution de ce Fonds

Cette demande est irrecevable, la preuve de l'existence de ces pièces n'ayant pas été rapportée en ce qui concerne les années 2006, 2007 et 2008 alors que **SOC2.) (LUX) SICAV** n'a été créée que le 19 février 2008 .

Il y a lieu de condamner **SOC2.) (LUX) SICAV** à délivrer à **A.)** sinon à son mandataire Maître Luc SCHAACK une copie certifiée conforme de la pièce sub 1) aux conditions susvisées, 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 10.000 €.

Il y a lieu de condamner **SOC3.) Securities Services SA** à délivrer à **A.)** sinon à son mandataire Maître Luc SCHAACK une copie certifiée conforme des autres pièces aux conditions susvisées, 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 €.

Il y a lieu d'assortir la communication de ces pièces à la condition de ne les utiliser, diffuser ou communiquer à des tiers que dans cadre de leur production en justice, ou dans le cadre de procédures d'arbitrage ou de règlement à l'amiable à l'initiative de **A.)** ou contre **A.)** en rapport avec l'actif investi par lui dans la société d'investissement à capital variable **SOC2.) (LUX) SICAV**, sous sous peine d'une somme de 2000.- € par infractions constatées.

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 principale et la demande en intervention en la forme ;

nous déclarons compétant pour en connaître ;

ordonnons la jonction des affaires inscrites sous les numéros 120578 et 120788 du rôle ;

donnons acte de la demande en intervention volontaire de la **SOC1.) Spa** ;

déclarons irrecevable la demande en intervention volontaire de la **SOC1.) Spa** ;

rejetons les moyens tirés de la violation de l'article 154 du Nouveau Code de Procédure Civile et du défaut d'intérêt et qualité à agir ;

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 ;

vu l'article 350 du Nouveau Code de Procédure Civile ;

condamnons la société d'investissement à capital variable **SOC2.)** (LUX) SICAV, en liquidation judiciaire suivant jugement du 2 avril 2009, à délivrer à **A.)** sinon à son mandataire Maître Luc SCHAACK une copie certifiée conforme de la pièce suivante :

- 1) la convention conclue entre le Fonds et **SOC4.)** AG relative à la gestion des actifs du Fonds ;

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 25.000.- € ;

condamnons la société anonyme **SOC3.)** Securities Services SA à délivrer à **A.)** sinon à son mandataire Maître Luc SCHAACK une copie certifiée conforme des pièces suivantes :

- 2) la convention conclue entre **SOC2.)** (LUX) SICAV et **SOC3.)** Securities Services (Luxembourg) SA relative à la garde des actifs de **SOC2.)** (LUX) SICAV ;
- 3) la convention conclue entre **SOC2.)** (LUX) SICAV et **SOC3.)** Securities Services (Luxembourg) SA relative à l'administration de **SOC2.)** (LUX) SICAV ;
- 4) la « TRADING AUTHORIZATION DIRECTIVE » conclue entre **SOC3.)** Securities Services (Luxembourg) SA et **B.)** Investment Securities LLC ;
- 5) les "TERMS AND CONDITIONS FOR OPTION HEDGING TRANSACTIONS" conclus entre **SOC3.)** Securities Services (Luxembourg) SA et **B.)** 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.- € ;

disons que **A.)** ne sera autorisé en tant que demandeur ou défendeur à utiliser, diffuser ou communiquer ces pièces à des tiers que dans le cadre de leur production en justice, dans des procédures d'arbitrage ou de règlements à l'amiable en rapport avec l'actif investi par lui dans la société d'investissement à capital variable **SOC2.)** (LUX) SICAV, en liquidation judiciaire suivant jugement du 2 avril 2009, sous peine d'une somme de 2000.- € par infraction constatée ;

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 des parties défenderesses la société d'investissement à capital variable **SOC2.)** (LUX) SICAV, en liquidation judiciaire suivant jugement du 2 avril 2009, et la société anonyme **SOC3.)** Securities Services SA ;

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