

No. Rôle: 126908
Réf. no. 105/2010
du 4 février 2010
à 14h30

Audience publique extraordinaire des référés du jeudi, 4 février 2010, 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

E N T R E

Monsieur X.), actuaire, demeurant à B-(...),

élisant domicile en l'étude de Maître Fernand ENTRINGER, avocat, demeurant à Luxembourg,

partie demanderesse comparant par Maître Fernand ENTRINGER, avocat, demeurant à Luxembourg,

E T

- 1) Monsieur Paul LAPLUME, réviseur d'entreprise, demeurant à L-6131 Junglinster, 18, rue Hiel,
- 2) Maître Alain RUKAVINA, avocat, demeurant à L-2016 Luxembourg, 10A, boulevard de la Foire,

les deux pris en leur qualité de liquidateurs de la société d'investissement à capital variable LUXALPHA SICAV en liquidation judiciaire, assignés au siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue J.F. Kennedy, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B 98874, déclarée en liquidation judiciaire par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 2 avril 2009 sur base de l'article 104(1) de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectifs,

parties défenderesses sub 1) + sub 2) comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat, demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique ordinaire des référés du lundi matin, 25 janvier 2010, Maître Fernand ENTRINGER donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et fut entendu en ses explications;

Maître Alain RUKAVINA répliqua;

Sur ce 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 Pierre BIEL de Luxembourg du 15 janvier 2010, sur autorisation présidentielle du 14 janvier 2010 X.) a fait donner assignation à 1. Maître Alain RUKAVINA et Paul LAPLUME à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, pour voir ordonner la communication des pièces 1-5 plus amplement qualifiées dans le dispositif de l'assignation sous forme de copies dûment certifiées conformes le tout sous peine d'une astreinte de 1.000 € par jour de retard.

A l'audience du 25 janvier 2010 X.) demande acte qu'il limite sa demande en communication à l'heure actuelle aux pièces 1 et 2 à savoir copies du registre des actionnaires et de l'ensemble des bulletins de souscription et/ou des demandes de souscription dans LUXALPHA SICAV en liquidation.

Arguments du demandeur :

Aux termes de son exploit, le demandeur expose qu'à la suite de la plainte en France de personnes pensant être titulaire de titres de LUXALPHA SICAV en liquidation, suivi de l'ouverture d'une information judiciaire en France confié à un juge d'instruction près du TGI de Paris, il a été entendu dans le cadre de cette information, d'autres auditions et/ou confrontations auraient lieu.

Pour assurer la preuve que les personnes ayant introduite des actions en France ou seraient susceptible de le faire, croyant être des actionnaires de LUXALPHA SICAV en liquidation, ne l'étaient pas, il avait par courrier du 23 décembre 2009 aux liquidateurs de LUXALPHA SICAV en liquidation, requis la communication de ces pièces, courrier auxquels les liquidateurs n'ont pas donné suite.

Dès lors pour assurer la défense de ses intérêts, notamment dans le cadre de l'information judiciaire ouverte en France, il aurait besoin d'obtenir copie de *l'ensemble des déclarations de créance faites aux liquidateurs de LUXALPHA SICAV en liquidation et les suites qui y ont été données.*

X.) base sa demande sur l'article 350 du NCPC, sinon en ordre subsidiaire sur les articles 932 et 933 du même code.

Dans le cadre de ces deux dernières bases légales, suivant les termes de son exploit, il y a lieu de noter que l'affaire serait urgente, alors qu'une *nouvelle audition du requérant par le juge d'instruction est imminente, instruction devant porter entre autres sur les documents demandés.*

Arguments des défendeurs :

Le mandataire des liquidateurs demande en premier lieu la nullité de l'assignation en référé du 15 janvier 2010 au motif que l'assignation aurait uniquement été signifiée au siège de LUXALPHA SICAV en liquidation et non pas à chaque liquidateur en personne.

Il critique encore la qualité et l'intérêt à agir du demandeur au motif que la preuve ne serait pas rapportée qu'il aurait souscrit dans le fond de la LUXALPHA SICAV et serait dès lors actionnaire du Fond.

Le mandataire de LUXALPHA SICAV en liquidation conteste encore que les conditions d'application 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. Il n'y aurait ni urgence ni dépérissement des preuves.

Par ailleurs, si les liquidateurs avaient eu une position libérale quant à une communication des pièces sous réserve que le demandeur prouvait sa qualité d'actionnaire du Fond, il en serait autrement des pièces demandées à l'heure actuelle, dont la communication se heurterait à l'intérêt des souscripteurs du Fond et constituerait une violation de l'obligation de confidentialité. La protection des intérêts légitimes des actionnaires ne commanderait pas qu'il soit fait droit à cette demande.

Il conteste encore toute condamnation à une astreinte qui serait trop élevée.

A titre subsidiaire pour autant que la demande soit admise par le tribunal, le mandataire des liquidateurs s'oppose à la transmission de toutes les pièces et notamment celles dont l'existence ne serait pas établie ainsi que celles que ni LUXALPHA SICAV en liquidation ni les liquidateurs ne détiendraient et sollicite un délai raisonnable pour s'exécuter et que les copies soient faites aux frais du demandeur.

Remarques préliminaires

Par jugement commercial du jeudi, 2 avril 2009 LUXALPHA SICAV a été déclarée dissoute et la liquidation a été ordonnée en nommant un juge-commissaire Madame Christiane JUNCK, et liquidateurs Maître Alain RUKAVINA, et Monsieur Paul LAPLUME.

Selon les termes du jugement les liquidateurs représentent tant la société que ses investisseurs et créanciers et qu'ils sont dotés des pouvoirs les plus étendus en vue de la réalisation de leur objectif qu'ils s'exerceront tant au Grand-Duché de Luxembourg qu'à l'étranger. Le cours des intérêts est arrêté au 2 avril 2009 et les créanciers doivent faire au greffe du tribunal de commerce de ce siège la déclaration du montant de leurs créances avant le 2 juillet 2009.

Le jugement de liquidation a déclaré applicable les dispositions légales relatives à la liquidation de la faillite sous réserve des modalités dérogatoires concernant la procédure à suivre pour le traitement des déclarations de créances.

En ce concerne les liquidateurs le tribunal a statué conformément à l'article 104 (2) de la loi de 2002, les liquidateurs peuvent intenter et soutenir toutes actions pour l'organisme, recevoir tous paiements, donner mainlevée avec ou sans quittance, réaliser toutes valeurs mobilières de l'organisme et en faire le réemploi, créer ou endosser tous effets de commerce, transiger ou compromettre toutes contestations. Ils peuvent aliéner les immeubles de l'organisme par adjudication publique. Ils peuvent en outre, mais seulement avec l'autorisation du tribunal, hypothéquer ses biens, les donner en gage et aliéner ses immeubles de gré à gré. De même aux termes de l'article 104 (3) de la loi de 2002, à partir du jugement de liquidation, toutes actions mobilières et immobilières, toutes voies d'exécution sur les meubles et immeubles ne pourront être suivies, intentées ou exercées que contre les liquidateurs. Le jugement de mise en liquidation arrête toutes saisies à la requête des créanciers chirographaires et non privilégiés sur les meubles et immeubles.

Il en découle que la société en liquidation perd l'administration de tous ses biens, laquelle est confiée aux liquidateurs qui agissent au profit tant de la société que des investisseurs et créanciers qu'ils représentent et qui bénéficient des pouvoirs les plus étendus en vue de la réalisation de leur objectif.

En l'occurrence, leurs pouvoirs s'exerceront tant au Grand-Duché de Luxembourg qu'à l'étranger, alors que la règle de l'unité et universalité de la liquidation judiciaire d'une société ayant son siège social au Luxembourg, étend en principe ses effets à tous les biens mobiliers et immobiliers de la société en liquidation, quand bien même ces biens sont situés à l'étranger.

Les liquidateurs pourront, dans la mesure qu'ils jugeront nécessaire, avoir recours aux services de tous mandataires, agents ou collaborateurs en vue de conserver et tenir les livres, registres et archives de la société Luxalpha et, en vue de conserver et réaliser les avoirs, prendre toutes mesures qui leur paraîtront dans l'intérêt de la liquidation.

Afin d'éviter les difficultés et le danger de contradiction pouvant résulter d'une action séparée des liquidateurs, ils devront agir collégalement, sous leur signature conjointe.

Suite à un mail du 23 novembre 2009 et une réponse du 14 décembre 2009, le mandataire de X.) réclame en date du 23 décembre 2009 des pièces, demande à laquelle fût répondu par courriers des liquidateurs du 12 janvier 2009, qui ont communiqué à ce mandataire une copie de la police d'assurances AIG.

I Quant à la nullité de l'exploit d'assignation

Le mandataire des liquidateurs demande en premier lieu la nullité de l'assignation en référé du 15 janvier 2010 au motif que l'assignation aurait uniquement été signifiée au siège de LUXALPHA SICAV en liquidation et non pas à chaque liquidateur en personne à son adresse.

La défense des liquidateurs de LUXALPHA SICAV en liquidation conclue pour cette raison à l'irrecevabilité de l'action, dès lors que X.) agirait à l'encontre des liquidateurs de LUXALPHA SICAV mais aurait signifié l'exploit seulement à la société.

Aux termes du jugement du 2 avril 2009 reprenant à cet égard l'article 104 (3) de la loi de 2002, à partir du jugement de liquidation, toutes actions mobilières et immobilières, toutes voies d'exécution sur les meubles et immeubles ne pourront être suivies, intentées ou exercées que contre les liquidateurs.

Il résulte des termes de l'exploit que conformément à ce qui précède l'exploit a cité les défendeurs 1 et 2 en leur qualité de liquidateurs de LUXALPHA SICAV, en liquidation judiciaire uniquement au siège de la LUXALPHA SICAV en liquidation.

Le moyen de nullité est à rejeter à défaut de grief allégué, voire établi, conformément aux dispositions de l'article 264 alinéa 2 du nouveau code de procédure civile, même s'il résulte des modalités de remise d'acte de l'huissier que LUXALPHA SICAV en liquidation, qui est représentée par ses liquidateurs, s'est vue signifier l'exploit d'assignation à son siège social, la personne s'y trouvant ayant refusé d'accepter l'exploit.

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

II Qualité et intérêt à agir

Les parties défenderesses contestent la qualité et l'intérêt à agir de X.).

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). 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 le demandeur principal 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.

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).

L'action judiciaire, tant au fond qu'en matière de référé, ne peut être exercée que par celui qui se prétend titulaire d'un droit subjectif méconnu ou contesté. L'intérêt pour agir est fonction de l'utilité que le demandeur escompte de son initiative devant les tribunaux (Solus et Perrot, Droit judiciaire, t. I, no 223; C.S.J. Appel civil 26.6.79, 24,315; Appel référé 23.10.89, no. 11429 rôle).

X.) soutient être actionnaire dans LUXALPHA SICAV.

Cette qualité d'actionnaire a été contestée par le mandataire des liquidateurs de LUXALPHA SICAV en liquidation.

X.) n'a pas produit une pièce attestant cette qualité d'actionnaire et il résulte du courrier du mandataire des liquidateurs de LUXALPHA SICAV en liquidation, qu'il lui serait confirmé *que contrairement à ce qui a été soutenu lors des plaidoiries, Monsieur X.), n'est pas repris au registre de LUXALPHA SICAV en liquidation.*

X.) a été administrateur LUXALPHA SICAV en liquidation et se voit confronté à au moins une procédure judiciaire, en l'occurrence l'assignation au fond des 17 et 18 décembre 2009, lancée par les liquidateurs contre **X.)** et autres.

Il résulte des déclarations du mandataire des liquidateurs de LUXALPHA SICAV en liquidation, que **X.)** a obtenu communication de certaines des pièces actuellement réclamées.

X.) a, à ce titre, suffisamment établi sa capacité et son intérêt à agir.

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

III Recevabilité de la demande

A l'appui de sa demande **X.)** expose qu'à la suite des plaintes en France de personnes alléguant être titulaire de titres de LUXALPHA SICAV en liquidation, suivies de l'ouverture d'une information judiciaire en France, il a été entendu dans le cadre de cette information, d'autres auditions et/ou confrontations auraient lieu.

Dès lors pour assurer la défense de ses intérêts, notamment dans le cadre de l'information judiciaire ouverte en France, il aurait besoin d'obtenir copie des pièces.

X.) base sa demande sur l'article 350 du NCPC, sinon en ordre subsidiaire sur les articles 932 et 933 du même code.

A l'audience **X.)** limite sa demande aux copies du registre des actionnaires de LUXALPHA SICAV en liquidation et de l'ensemble des bulletins de souscription et/ou des demandes de souscriptions dans la LUXALPHA SICAV en liquidation.

A 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).

Concernant la base de l'article 350 du NCPC, il est admis que le juge des référés saisi d'une demande en expertise sur la prédite base ne peut statuer si une instance est pendante entre les mêmes parties devant le juge du fond et si la mesure sollicitée l'est dans l'éventualité du même litige (Cass. com. 16.4.1991, Bull. 144; Cass 2e civ. 24.10.1990, Bull. 216).

Si le procès en cours entre les parties est distinct de celui en vue duquel la mesure est sollicitée, il ne peut constituer un obstacle à l'usage du référé probatoire. (Jacques et Xavier Vuitton: Les référés. page 100)

La recevabilité du référé in futurum ne s'apprécie qu'eu égard au litige en vue duquel elle est intentée et non pas à l'ensemble des relations entre parties. (ibid page 100)

Le procès au fond engagé par les liquidateurs contre **X.)** et autres, ne concerne pas les mêmes faits et les mêmes parties mais est en rapport avec une action en responsabilité.

La ou les procédures en France, en vue desquelles les pièces sont réclamées, ne concernent pas les mêmes faits et les mêmes parties mais sont en rapport avec une investigation pénale.

- 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.

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 ne sont pas remplies en l'espèce.

D'une part **X.)** n'a pas établi la réalité de ces procès éventuels en France.

D'autre part en France la solution du litige, en l'occurrence la condamnation de **X.)** respectivement son acquittement dépendent de la culpabilité à prouver par le Ministère Public à partir de l'instruction faite à charge et à décharge par le juge d'instruction, et non pas de la production de ces pièces, qui tout au plus établiraient la recevabilité des parties civiles et de la plainte de ces parties à l'origine des actions judiciaires en France.

En ce qui concerne les deux dernières bases légales, suivant les termes de l'exploit, il y a lieu de noter que **X.)** expose que l'affaire serait urgente, alors qu'une *nouvelle audition du requérant par le juge d'instruction est imminente, instruction devant porter entre autres sur les documents demandés.*

Il en résulte que soit le juge d'instruction français est déjà en possession des documents réclamés, alors que l'audition porte justement sur ces documents, soit qu'il appartient aux parties civiles encore de justifier de leur qualité à agir en versant les documents de souscriptions au fond attestant cette qualité. Dans tous les cas cette preuve n'incombe pas à X.), qui n'a pas besoin de procéder à cette transmission des pièces.

Pour le surplus il n'est pas établi que la communication du nom de tous les investisseurs du fonds et du montant des fonds investis et dès lors la transmission des pièces réclamées soit nécessaires à l'instruction engagée en France.

Partant le motif du demandeur de se voir communiquer les pièces invoquées n'est pas légitime et le litige n'est pas suffisamment caractérisé.

- 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 défendeurs font valoir qu'en leur qualité de liquidateur de LUXALPHA SICAV en liquidation ils seraient encore tenus à une obligation de secret professionnel. En communiquant à X.) les pièces, ils transmettraient des renseignements relatifs à l'identité des autres bénéficiaires de ce fond au mépris du secret professionnel et de l'égalité entre actionnaires.

Le demandeur estime que le secret invoqué aurait un caractère relatif et ne pourrait pas être opposé.

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 le demandeur en

possession de documents couverts par le secret professionnel (La pratique des procédures rapides, P. Estoup, no. 102).

Les liquidateurs sont tenus du secret professionnel résultant de leurs professions respectives et de leur qualité de liquidateur.

Par ailleurs le secret professionnel et son application spécifique au monde bancaire et financier à savoir le secret bancaire ne s'applique 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 pas 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 les 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)

Pour le surplus certains documents qui ne sont pas destinés au public en vertu des circulaires de la CSSF.

Tous les documents réclamés à l'heure actuelle concernent l'identité et le montant des fonds confiés par les actionnaires sinon les investisseurs à LUXALPHA SICAV.

LUXALPHA SICAV avait été uniquement dépositaire des pièces litigieuses et était uniquement tenue d'un devoir de conservation et les liquidateurs ne peuvent communiquer les pièces sollicitées à des tiers.

Tout ce qui précède et notamment les obligations et le secret professionnel, auxquels sont tenus les liquidateurs, s'opposent à la communication des documents.

Par ailleurs, l'égalité des investisseurs s'oppose encore à cette communication alors que les investisseurs n'ont justement accès à ces documents que pour ceux qui les concernent personnellement et peuvent consulter le registre au siège de la société tel que le prévoit la loi de 1915, notamment pour pouvoir contrôler si cette égalité est respectée et si leurs droits n'ont pas violés. Il est loisible seulement aux investisseurs de le faire vertu de leur droit à l'information et uniquement pour les documents qui les concernent, X.) n'a pas établi cette qualité d'actionnaire du fond.

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

Il s'en suit que la demande est irrecevable sur base de l'article 350 du NCPC.

B Recevabilité de la demande basée sur l'article 932 alinéa I du NCPC

D'après l'article 932 alinéa 1er du même code : « *Dans les cas d'urgence, le président du tribunal d'arrondissement, ou le juge qui le remplace, peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* ».

Dès lors, la compétence du juge des référés est limitée aux cas d'urgence dénués de contestations sérieuses.

L'urgence ne consiste pas dans la célérité avec laquelle une mesure doit être sollicitée ou prise, mais dans la nécessité dans laquelle une personne peut se trouver de voir prendre une mesure actuellement nécessaire pour éviter un préjudice certain.

L'urgence n'a cependant pas seulement un caractère relatif, mais elle présente aussi un aspect objectif, car elle dépend de la nature de l'affaire et non des conventions des parties ou des diligences plus ou moins grandes que celles-ci peuvent accomplir.

La question de l'urgence, qui est une question d'ordre public, est laissée à l'appréciation souveraine du juge des référés.

L'urgence est donnée toutes les fois qu'un retard apporté à une solution provisoire et ne préjudiciant en rien le fond risque de mettre en péril les intérêts des parties.

L'urgence actuellement invoquée par le requérant à l'appui de sa demande à défaut de pièces justifiant la réalité de cette procédure et les convocations devant le juge

d'instruction, constituerait de toute façon une urgence subjective dans le chef du requérant, mais non pas une urgence objective telle que requise pour l'application de l'article 932 alinéa 1er du nouveau code de procédure civile.

Pour le surplus les arguments invoqués par les liquidateurs, en l'occurrence le secret professionnel et le défaut de qualité d'investisseur de X.), sinon tous les autres moyens exposés dans leurs conclusions, constituent les contestations sérieuses à l'encontre de la demande.

La demande est dès lors encore à déclarer irrecevable sur la base de l'article 932, alinéa 1 du NCPC.

C Recevabilité de la demande basée sur l'article 933 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.

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 X.) qu'il limite sa demande aux seuls documents 1 et 2 à savoir le registre des actionnaires et l'ensemble des bulletins de souscription et/ou des demandes de souscriptions dans la LUXALPHA SICAV en liquidation;

déclarons la demande irrecevable;

mettons les frais de l'instance à charge de **X.**).