Jugement civil II No 296/11

Audience publique du vendredi, quatre mars deux mille onze.

Numéros 127 298, 130 643 et 132 174 du rôle

Composition :

Odette PAULY, 1er vice-président ;
Nathalie HILGERT, juge ;
Carole ERR, juge ;
Martine MATHAY, greffier.

I. (127 298)
E n t r e :

1. la société d'investissement à capital variable **SOC1) SICAV en liquidation judiciaire**, établie et ayant son siège social à L-**(...)**, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(...)**, 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, représentée par ses liquidateurs judiciaires Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à L-1528 Luxembourg, 10A, boulevard de la Foire, et Monsieur Paul LAPLUME, réviseur d'entreprises, demeurant à L-6131 Junglinster, 42, rue des Cerises ;

sinon subsidiairement, Maître Alain RUKAVINA et Monsieur Paul LAPLUME, préqualifiés, agissant en leur qualité de liquidateurs judiciaires et de représentants de la société d'investissement à capital variable **SOC1)** SICAV en liquidation judiciaire, préqualifiée ;

2. Maître Alain RUKAVINA et **Monsieur Paul LAPLUME** préqualifiés, agissant en leur qualité de liquidateurs judiciaires et de représentants des investisseurs et créanciers de la société d'investissement à capital variable **SOC1)** SICAV en liquidation judiciaire préqualifiée, suivant les dispositions du jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 2 avril 2009 ;

parties demanderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN de Luxembourg en date des 17 et 18 décembre 2009,

comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat constitué,

e t :

1. la société anonyme **SOC2) (LUXEMBOURG) S.A.**, 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 de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

2. la société anonyme **SOC2) THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY S.A.**, 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 de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

3. la société anonyme **SOC2) FUND SERVICES (LUXEMBOURG) S.A.**, 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 de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

4. la société anonyme de droit suisse **SOC2) AG**, établie et ayant son siège social à CH-**(...)**, et à CH-**(...)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce de Bâle et de Zürich sous le numéro CH-**(...)** ;

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Gilles HOFFMANN,

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

5. la société anonyme **SOC3) LUXEMBOURG S.A.**, établie et ayant son siège social à L-**(...)**, actuellement en liquidation volontaire, représentée par son liquidateur Maître Fernand ENTRINGER, avocat à la Cour, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Gilles HOFFMANN,

comparant par Maître Fernand ENTRINGER, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

6. le sieur **A)**, pris en sa qualité d'ancien président du conseil d'administration de la société **SOC1)** SICAV, employé privé, demeurant à L-**(...)** ;

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Gilles HOFFMANN,

comparant par Maître Lucy DUPONG, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

7. le sieur **B)**, pris en sa qualité d'actuel président du conseil d'administration de la société **SOC1)** SICAV, domicilié au siège de la société **SOC2)** (LUXEMBOURG) S.A. à L-**(...)** ;

8. le sieur **C)**, pris en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société **SOC1)** SICAV, domicilié au siège de la société **SOC2)** (LUXEMBOURG) S.A. à L-**(...)** ;

9. le sieur **D)**, pris en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société **SOC1)** SICAV, domicilié au siège de la société **SOC2)** (LUXEMBOURG) S.A. à L-**(...)** ;

10. le sieur **E)**, pris en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société **SOC1)** SICAV, domicilié au siège de la société **SOC2)** (LUXEMBOURG) S.A. à L-**(...)** ;

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Gilles HOFFMANN,

comparant par Maître Véronique HOFFELD, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

11. le sieur **F)**, pris en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société **SOC1)** SICAV, domicilié au siège de la société **SOC2)** (LUXEMBOURG) S.A. à L-**(...)**, sinon à B-**(...)**,

12. le sieur **G)**, pris en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société **SOC1)** SICAV, domicilié au siège de la société **SOC2)** (LUXEMBOURG) S.A. à L-**(...)**,

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Gilles HOFFMANN,

comparant par Maître Fernand ENTRINGER, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

13. le sieur **H)**, pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société **SOC1)** SICAV, demeurant à F-**(...)** ;

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Gilles HOFFMANN,

comparant par Maître Romain LANCIA, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

14. la société anonyme **SOC4) S.A.**, 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 de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Gilles HOFFMANN,

comparant par Maître Marc KLEYR, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

15. la **COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER, en abrégé CSSF,** établissement public, établie à L-2991 Luxembourg, 110, route d'Arlon, représentée par sa direction actuellement en fonctions ;

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Gilles HOFFMANN,

comparant par Maître Albert RODESCH, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

II. (130 643)
E n t r e :

1. la société anonyme **SOC3) LUXEMBOURG S.A.**, établie à L-**(...)**, actuellement en liquidation, agissant par son son liquidateur actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

2. G), avocat à la Cour, demeurant à L-**(...)**, pris tant en son nom personnel que comme membre du conseil d'administration de la société **SOC1)** SICAV, actuellement en liquidation,

3. F), actuaire, demeurant à B-**(...)**, pris tant en son nom personnel que comme membre du conseil d'administration de la société **SOC1)** SICAV, actuellement en liquidation,

parties demanderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg en date des 13 avril et 17 mai 2010,

comparant par Maître Fernand ENTRINGER, avocat constitué,

e t :

1. la **COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER, en abrégé CSSF,** établissement public, établie à L-1150 Luxembourg, 110, route d'Arlon, agissant par ses directeurs actuellement en fonctions ;

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Geoffrey GALLE,

comparant par Maître Albert RODESCH, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

2. la **UNITED STATES SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION**, (ci-après SEC), agissant par son chairman en fonctions **I)**, établie et ayant son siège social à 100, F Street, NE, Washington DC, 200 549 USA (202) 942-8088 ;

3. la **FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY**, (ci-après FINRA), agissant par son chairman en fonctions **J)**, établie et ayant son siège social à 1735, K Street, NW, Washington DC, 20006-1506 USA (301) 590-6500 ;

4. K) (le « Syndic de liquidation »), syndic de la liquidation ayant fait l'objet d'une consolidation substantive de **L)** Investment Securities LLC (« **L)**IS ») et **L)**, établi à **(...)**, USA ;

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Geoffrey GALLE,

défaillantes,

5. la société anonyme **SOC2) (LUXEMBOURG) S.A.**, 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 de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

6. la société anonyme **SOC2) THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY S.A.**, 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 de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

7. la société anonyme **SOC2) FUND SERVICES (LUXEMBOURG) S.A.**, 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 de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

8. la société anonyme de droit suisse **SOC2) AG**, établie et ayant son siège social à CH-**(...)**, et à CH-**(...)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce de Bâle et de Zürich sous le numéro CH-**(...)** ;

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Geoffrey GALLE,

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

9. la société anonyme **SOC4) S.A.**, 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 de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Geoffrey GALLE,

comparant par Maître Marc KLEYR, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

III. (132 174)
E n t r e :

1. la société anonyme **SOC3) LUXEMBOURG S.A.**, établie à L-**(...)**, actuellement en liquidation, agissant par son son liquidateur actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

2. G), avocat à la Cour, demeurant à L-**(...)**, pris tant en son nom personnel que comme membre du conseil d'administration de la société **SOC1)** SICAV, actuellement en liquidation,

3. F), actuaire, demeurant à B-**(...)**, pris tant en son nom personnel que comme membre du conseil d'administration de la société **SOC1)** SICAV, actuellement en liquidation,

parties demanderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg en date du 8 juillet 2010,

comparant par Maître Fernand ENTRINGER, avocat constitué,

e t :

1. la **COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER, en abrégé CSSF,** établissement public, établie à L-1150 Luxembourg, 110, route d'Arlon, agissant par ses directeurs actuellement en fonctions ;

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Pierre BIEL,

comparant par Maître Albert RODESCH, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

2. les **ETATS-UNIS D'AMERIQUE**, nation souveraine, établie conformément à la Constitution des Etats-Unis, représentés par le département du Ministère de la Justice des Etats-Unis, ayant ses bureaux au 950, Pennsylvania Avenue, NW, Washington DC, 20530-0001 ;

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Pierre BIEL,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

3. la **FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY**, (ci-après FINRA), agissant par son chairman en fonctions **J)**, établie et ayant son siège social à 1735, K Street, NW, Washington DC, 20006-1506 USA (301) 590-6500 ;

4. K) (le « Syndic de liquidation »), syndic de la liquidation ayant fait l'objet d'une consolidation substantive de **L)** Investment Securities LLC (« **L)**IS ») et **L)**, établi à **(...)**, USA ;

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Pierre BIEL,

défaillantes,

5. la société anonyme **SOC2) (LUXEMBOURG) S.A.**, 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 de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

6. la société anonyme **SOC2) THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY S.A.**, 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 de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

7. la société anonyme **SOC2) FUND SERVICES (LUXEMBOURG) S.A.**, 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 de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

8. la société anonyme de droit suisse **SOC2) AG**, établie et ayant son siège social à CH-**(...)**, et à CH-**(...)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce de Bâle et de Zürich sous le numéro CH-**(...)** ;

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Pierre BIEL,

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

9. la société anonyme **SOC4) S.A.**, 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 de Luxembourg sous le numéro B **(...)** ;

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Pierre BIEL,

comparant par Maître Marc KLEYR, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

L e T r i b u n a l :

Par exploits de l'huissier de justice suppléant Gilles HOFFMANN de Luxembourg des 17 et 18 décembre 2009, la société d'investissement à capital variable **SOC1)** SICAV en liquidation, Maître Alain RUKAVINA et Monsieur Paul LAPLUME agissant en leur qualité de liquidateurs judiciaires et de représentants des investisseurs et créanciers de la société d'investissement à capital variable **SOC1)** SICAV en liquidation, ont donné assignation à 1. la société anonyme **SOC2)** (LUXEMBOURG) S.A.(**SOC2)** S.A.), 2. la société anonyme **SOC2)** THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY S.A., 3. la société anonyme **SOC2)** FUND SERVICES (LUXEMBOURG) S.A., 4. la société de droit suisse **SOC2)** AG, 5. la société anonyme **SOC3)** LUXEMBOURG S.A., 6. **A)**, 7. **B)**, 8. **C)**, 9. **D)**, 10. **E)**, 11. **F)**, 12. **G)**, 13. **H)**, 14. la société anonyme **SOC4)** S.A et 15. la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile, pour y voir condamner **SOC2)** S.A. à restituer les titres et instruments financiers énumérés dans l'exploit ci-annexé et à payer à titre de dommages-intérêts pour frais engagés, taxe d'abonnement réglée et autres débours un montant de 10 millions d'Euros ou toute somme supérieure à déterminer par voie d'expertise comptable avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice, y voir condamner solidairement sinon in solidum les parties défenderesses, hormis la CSSF, à payer le montant de 1.323.852.143,93 USD augmenté par le résultat d'une gestion en bon père de famille et conforme à la politique d'investissement à partir du 30 novembre 2008 jusqu'à exécution, y voir condamner les parties défenderesses, hormis la CSSF, solidairement sinon in solidum avec l'obligation de restitution de BMIS qui a fait l'objet de la déclaration de

créance du 27 février 2009 que **SOC1)** a déposé à titre conservatoire et de façon contrainte.

Les demandeurs requièrent encore à l'encontre de toutes les parties défenderesses, à l'exception de la CSSF, la majoration du taux d'intérêt légal, la condamnation solidaire sinon in solidum à une provision de 500.000.000 EUR et à une indemnité de procédure de 50.000 EUR au titre de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, la condamnation à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Me Rukavina affirmant en avoir fait l'avance, l'exécution provisoire du jugement nonobstant toute voie de recours, sans caution, sur minute et avant enregistrement.

Par exploits de l'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg des 13 avril et 17 mai 2010, la société **SOC3)** LUXEMBOURG S.A., **G)** et **F)** ont donné assignation en intervention à 1. la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF), 2. la United States Securities and Exchange Commission (SEC), 3. la Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), 4. **K)**, 5. la société anonyme **SOC2)** (LUXEMBOURG) S.A. (**SOC2)** S.A.), 6. la société anonyme **SOC2)** THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY S.A., 7. la société anonyme **SOC2)** FUND SERVICES (LUXEMBOURG) S.A., 8. la société de droit suisse **SOC2)** AG et 9. la société **SOC4)** S.A. à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile, pour voir dire que les assignés en intervention doivent prendre fait et cause pour les demandeurs en intervention, en principal, intérêts et frais, voir évaluer la demande en intervention aux mêmes montants que la demande originaire, voir dire que la CSSF a failli à son obligation de surveillance dans l'intérêt public, s'entendre solidairement, sinon in solidum condamner à tenir les demandeurs en intervention quittes et indemnes de toute condamnation pouvant intervenir à leur encontre en principal, intérêts et frais, s'entendre condamner à des dommages et intérêts personnels pour chaque demandeur en intervention, de l'ordre de 500.000 EUR avec les intérêts légaux à partir du jour de l'assignation jusqu'à solde, s'entendre condamner à tous les frais et dépens de l'instance et au vu de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile s'entendre condamner solidairement sinon in solidum en outre à payer à titre de somme non comprise dans les dépens un montant de 10.000 EUR.

Par exploit de l'huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg du 8 juillet 2010, la société **SOC3)** LUXEMBOURG S.A., **G)** et **F)** ont donné assignation en intervention à 1. la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF), 2. les Etats-Unis d'Amérique, 3. la Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), 4. **K)**, 5. la société anonyme **SOC2)** (LUXEMBOURG) S.A. (**SOC2)** S.A.), 6. la société anonyme **SOC2)** THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY S.A., 7. la société anonyme **SOC2)** FUND SERVICES (LUXEMBOURG) S.A., 8. la société de droit suisse **SOC2)** AG et 9. la société **SOC4)** S.A. à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile, pour voir dire que les assignés en intervention doivent prendre fait et cause pour les demandeurs en intervention, en principal, intérêts et frais, voir évaluer la demande en intervention aux mêmes montants que la demande originaire, voir dire que la CSSF a failli à son obligation de surveillance dans l'intérêt public, s'entendre solidairement, sinon in solidum condamner à tenir les demandeurs en intervention quittes et indemnes de toute condamnation pouvant intervenir à leur encontre en principal, intérêts et frais, s'entendre condamner à des dommages et intérêts personnels pour chaque demandeur en intervention, de l'ordre de 500.000 EUR avec les intérêts légaux à partir du jour de l'assignation jusqu'à solde,

s'entendre condamner à tous les frais et dépens de l'instance et au vu de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile s'entendre condamner solidairement sinon in solidum en outre à payer à titre de somme non comprise dans les dépens un montant de 10.000 EUR.

La société anonyme **SOC3)** LUXEMBOURG S.A. actuellement en liquidation, **G)** et **F)** demandent acte du désistement de leur demande dirigée contre la SEC.

Les demandeurs au principal demandent à voir déclarer le jugement commun à la CSSF et à voir enjoindre à la CSSF de leur communiquer les documents suivants:

(i) copie des conclusions de l'enquête menée par la CSSF - et plus amplement citées dans la lettre de la CSSF du 22.09.2009 adressée aux liquidateurs judicaires - sur la qualité de l'organisation administrative et générale et du contrôle interne des entités surveillées, à savoir **SOC2)** S.A., **SOC2)** TPM, **SOC2)** FS et **SOC3)** LUXEMBOURG S.A. - en vue de garantir de manière générale la protection de tous les investisseurs en relation d'affaires avec ses entités - enquête qui avait abouti à une conclusion par rapport aux obligations d'**SOC2)** S.A. le 25.02.2009 et au communiqué de presse de la même date,

(ii) copie de l'injonction adressée par la CSSF à **SOC2)** S.A. de mettre en place « *l'infrastructure nécessaire, c'est-à-dire, les moyens humains et techniques suffisants et les règles internes nécessaires pour accomplir l'ensemble des tâches liées à sa fonction de banque dépositaire d'OPC luxembourgeois* » conformément à la loi du 20.12.2002 et la Circulaire IML 91-75,

(iii) copie de l'injonction adressée par la CSSF à **SOC2)** S.A. « *d'analyser et de rectifier toutes les structures et procédures en relation avec son obligation de surveillance découlant de son statut de banque dépositaire et de ce que **SOC2)**L devra veiller à réparer les dommages en relation avec le manquement ci-avant relevé en accord avec les obligations d'une banque dépositaire soumise aux dispositions du droit luxembourgeois, sans préjudice de clauses contractuelles contraires valides et opposables et/ou le cas échéant, d'une éventuelle décision de justice en la matière* »,

(iv) copie du rapport final détaillé et daté de mai 2009 que **SOC2)** S.A. a remis à la CSSF concernant les améliorations apportées à son infrastructure et les modifications substantielles de ses procédures internes liées à la fonction de banque dépositaire ayant permis à la CSSF de retenir que **SOC2)**L a fourni les preuves et garanties d'avoir en place l'infrastructure et les règles d'organisation interne nécessaires conformément à l'injonction lui adressée et en accord avec les standards professionnels applicables au Grand-Duché de Luxembourg.

D'un commun accord les parties en cause ont demandé à voir toiser avant tout autre progrès en cause la demande dirigée par les demandeurs au principal contre la CSSF.

In limine litis la CSSF se rapporte à prudence de justice quant à la compétence ratione materiae du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale pour connaître des demandes dirigées à son encontre, ce qui équivaut à une contestation de la compétence du juge saisi.

C'est à bon droit que les demandeurs font valoir que c'est uniquement la procédure applicable qui conditionne la recevabilité de la demande dirigée contre la CSSF. Le

moyen « d'incompétence » soulevé par la CSSF tend en fait à voir déclarer la nullité de l'acte introductif de la demande formulée à son encontre.

Le tribunal d'arrondissement étant compétent pour les affaires civiles et commerciales non attribuées à une autre juridiction, le moyen opposé par la CSSF vise en fait la procédure d'introduction des demandes qui diffère dans les deux matières (cf. arrêt n° Numéros 23 054, 24 097 et 26 382 du rôle du 02.07.2001 de la Cour d'appel).

Comme l'article 547 alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile permet d'introduire une demande devant le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale selon la procédure applicable en matière civile, la fin de non-recevoir opposée n'est pas fondée.

La présente demande n'a pas trait à une contestation visée aux articles 631 et 634 du Code de commerce et la CSSF est un établissement public, de sorte qu'il y a lieu de dire que le tribunal, ayant à connaître de la présente demande dirigée contre elle, siège en matière civile.

Les parties défenderesses marquent leur opposition à la demande des liquidateurs en faisant valoir que l'article 284, respectivement l'article 288 du Nouveau Code de procédure civile, ne sont pas le cadre approprié pour présenter une demande d'échange d'informations à l'encontre de la CSSF.

Comme l'article 59 du Nouveau Code de procédure civile donne au juge le pouvoir d'ordonner toutes les mesures d'instruction légalement admissibles et que l'article 60 alinéa 2 du même code prévoit expressément qu'il peut, à la requête d'une partie, demander ou enjoindre la production de tous documents détenus par des tiers, il y a lieu de dire que la présente demande des liquidateurs est à déclarer recevable en la pure forme.

Quant à la demande d'obtention de documents, les parties défenderesses estiment qu'il appartient au juge de la mise en état de statuer par voie d'ordonnance conformément à l'article 211 du Nouveau Code de procédure civile.

En vertu de l'article 60 du Nouveau Code de procédure civile la production forcée peut être demandée au juge. Est donc compétente la juridiction saisie du litige à propos duquel est soulevée la question de production. Etant donné que dans la présente instance aucun juge de la mise en état n'a encore été désigné, la formation de jugement peut prononcer des mesures d'instruction ou ordonner une production ou communication de pièces.

Les parties demanderesses justifient la présence de la CSSF dans la présente instance par le rôle essentiel joué par celle-ci vis-à-vis de **SOC1)** et de ses différents acteurs. Les liquidateurs exposent qu'ils ont insisté pour obtenir copie des enquêtes menées par la CSSF.

Différentes parties défenderesses reprochent aux demandeurs d'avoir assigné la CSSF à la seule fin de présenter une demande de communication de pièces par elle détenues.

Il y a lieu de préciser la terminologie en cette matière de preuve par pièces. La production de pièces est *"le fait de verser aux débats tout document susceptible de permettre ou de favoriser la preuve de certains éléments du litige" (G. Couchez, Procédure civile, Sirey, 15e éd., 2008, n° 322)*. Il arrive qu'une partie ou un tiers détienne une pièce qui permettrait à une autre partie de rapporter la preuve de ses allégations. Celle-ci peut alors

demander au juge d'ordonner la production de cette pièce. De la production de pièces il convient de distinguer la communication de pièces qui constitue une manifestation du principe de la contradiction *(G. Couchez, op. cit., n° 328)*.

La production porte sur des pièces qui ne sont pas encore entrées dans le débat; elle consiste à soumettre au juge un élément de preuve librement ou sur injonction de ce dernier. En ce cas, elle est dite «production forcée» et concerne des pièces qui n'ont pas été invoquées au soutien de ses prétentions par l'une des parties, mais dont l'existence est connue d'une autre qui considère qu'elles pourraient lui être utiles sans pouvoir pour autant en faire état puisqu'elles sont détenues par l'autre partie ou par un tiers. Destinée avant tout à contribuer à la manifestation de la vérité, elle peut donc concerner les parties comme des tiers au procès. La communication est principalement et avant tout vouée à assurer la contradiction. Elle apparaît comme la conséquence de la production.

En considération des ces définitions et distinctions, il y a lieu de dire que la présente demande constitue une «demande de production forcée de pièces».

La CSSF rappelle qu'elle a communiqué quatre dossiers aux liquidateurs comprenant notamment toutes les pièces en rapport avec le dossier d'agrément de **SOC1)** SICAV dans la mesure où il y a lieu de considérer le liquidateur comme mandataire public et comme représentant légal de la société en liquidation.

La CSSF se rapporte à prudence de justice quant à la demande en production forcée des pièces, objets du présent litige.

Les autres parties défenderesses, à l'exception de la société anonyme **SOC3)** LUXEMBOURG S.A. actuellement en liquidation, **G)** et **F)**, concluent au rejet de la demande des parties demanderesses.

L'article 60 du Nouveau Code de procédure civile dit que: « Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction, sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime ».

Les articles 211, 280 et suivants du Nouveau Code de procédure civile règlent l'obtention de pièces détenues par une partie ou un tiers.

Les textes légaux relatifs à la production forcée d'éléments de preuve par une partie au procès ne réservent pas expressément le cas d'empêchement légitime de la partie sommée de produire, contrairement à l'article 287 du Nouveau Code de procédure civile relatif à l'obligation du tiers.

En effet, l'article 288 du Nouveau Code de procédure civile ne renvoie qu'aux articles 284 et 285 dudit code et non pas à l'article 287 du même code où est visée l'hypothèse de l'empêchement légitime.

Par ailleurs, le prédit article 60 alinéa 2 du Nouveau Code de procédure civile, contrairement à l'article 10 du Code civil français, ne prévoit pas non plus l'empêchement légitime de la partie au procès.

Cette absence d'un refus justifié par un motif légitime dans le chef d'une partie au procès explique également que les décisions relatives à la production de pièces par une partie ne sont pas directement appelables, mais seulement avec le jugement sur le fond (article 217 du Nouveau Code de procédure civile), contrairement à la décision ordonnant la production d'une pièce détenue par un tiers, contre laquelle ce dernier peut interjeter appel dans les quinze jours de son prononcé (article 287 in fine du Nouveau Code de procédure civile).

La chambre commerciale de la Cour de cassation française avait décidé en 1990 (Cass.com. 19 juin 1990 Bull. civ. IV, n°179) qu'aucun motif légitime ne pouvait être invoqué par la partie tenue de la production afin d'éviter cette dernière.

Toutefois, le 27 janvier 1999, la chambre sociale de la Cour de cassation française a adopté une autre position: elle a jugé que le pouvoir du juge civil d'ordonner la production d'élément de preuve détenu par une partie était limité par l'existence d'un empêchement légitime. Par ailleurs dans le cadre de cette décision, la Cour de cassation a considéré que la production forcée se heurtait à un empêchement légitime tenant au secret bancaire et que cet excès de pouvoir des premiers juges rendait l'appel immédiatement recevable.

Un arrêt civil, numéro 26588 du rôle, de la Cour d'appel du 5 novembre 2003 retient que: « Pareille mesure, imposée par le juge à une partie au litige ou même à un tiers, est possible sauf si la personne visée établit l'existence d'un motif légitime s'y opposant, comme une atteinte à sa vie privée ou le cas échéant le secret professionnel ». Les magistrats ne distinguent pas entre une partie au procès ou un tiers pour analyser l'empêchement légitime comme obstacle à la production forcée de pièces.

Dans un jugement civil no 289 / 2010 (première section) numéro 115304 du rôle du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg du 20 octobre 2010, les juges ont ordonné la communication d'un document par une partie en litige après avoir examiné le litige relatif à l'empêchement légitime invoqué.

La doctrine (H. Solus et R. Perrot) considère le secret professionnel comme un motif faisant légitimement obstacle à la production forcée, quelle que soit la personne à laquelle est destinée l'injonction de produire.

Toutefois, même si on se tient strictement aux textes de loi et si on en conclut qu'une partie ne peut se retrancher derrière un empêchement légitime pour refuser la production de pièces, il y a lieu, en l'occurrence, de dire qu'un demandeur ne saurait assigner en déclaration de jugement le détenteur d'une pièce, pour que ce dernier devienne partie au procès et qu'il ne puisse ainsi plus invoquer un empêchement légitime dans son chef.

Partant, à défaut par les parties demanderesses d'avoir dirigé une action en responsabilité contre la CSSF, il échet de dire qu'en principe cette dernière est à considérer comme tiers pouvant invoquer l'empêchement légitime, en l'occurrence le secret professionnel, dans son chef.

Dans ses conclusions la CSSF fait valoir qu'elle est tenue au secret professionnel en vertu des textes spéciaux : l'article 16 de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, l'article 44 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et l'article 98 de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif.

En ce qui concerne ce dernier texte il y a lieu de retenir qu'une nouvelle loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif est entrée en vigueur le 1er janvier 2011.

En vertu du principe que les règles gouvernant les modes de preuve sont celles en vigueur au jour où le juge statue, la nouvelle loi du 17 décembre 2010 est applicable aux pièces établies antérieurement à son entrée en vigueur, mais dont l'utilisation, respectivement la communication, fait l'objet d'un litige non encore définitivement tranché à cette date (Cour de cassation française Civ.1re, 3 mai 2006 , Bull. civ.I n° 2007, Civ. 1re 31 janvier 2008, Bull. civ. I n° 32 et Com. 30 mars 2010 Bull. IV n° 69).

En dehors des règles relatives à la preuve préconstituée, œuvre des parties, et aux présomptions légales, œuvre directe de la loi, les autres règles relatives à la preuve concernant la seule œuvre du juge, sont celles déterminées par la loi en vigueur au jour où il statue (P.Roubier, Paris 1962, p.239)(cf. Trib. arr. Luxbg numéro du rôle 184/87I du 25 mars 1987).

L'article 134 dit que : « *(1) Toutes les personnes exerçant ou ayant exercé une activité pour la CSSF, ainsi que les réviseurs d'entreprises agréés ou experts mandatés par la CSSF, sont tenus au secret professionnel visé à l'article 16 de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, telle que modifiée. Ce secret implique que les informations confidentielles qu'ils reçoivent à titre professionnel ne peuvent être divulguées à quelque personne ou autorité que ce soit, excepté sous une forme sommaire ou abrégée de façon à ce qu'aucun OPC, aucune société de gestion ni aucun dépositaire ne puisse être identifié individuellement, sans préjudice des cas relevant du droit pénal.*
(2) Le paragraphe (1) ne fait pas obstacle à ce que la CSSF échange avec les autorités de surveillance des autres États membres de l'Union européenne des informations dans les limites prévues par la présente loi.
Sont assimilées aux autorités de surveillance des États membres de l'Union européenne les autorités de surveillance des États parties à l'Accord sur l'Espace économique européen autres que les États membres de l'Union européenne, dans les limites définies par cet accord et des actes y afférents.
(3) Le paragraphe (1) ne fait pas obstacle à ce que la CSSF échange des informations avec:
– les autorités de pays tiers investies de la mission publique de surveillance prudentielle des OPC,
– les autres autorités, organismes et personnes visés au paragraphe (5), à l'exception des centrales de risques, et établis dans des pays tiers,
– les autorités de pays tiers visées au paragraphe (6).
La communication d'informations par la CSSF autorisée par le présent paragraphe est soumise aux conditions suivantes:
– les informations communiquées doivent être nécessaires à l'accomplissement de la fonction des autorités, organismes et personnes qui les reçoivent,
– les informations communiquées doivent être couvertes par le secret professionnel des autorités, organismes et personnes qui les reçoivent et le secret professionnel de ces autorités, organismes et personnes doit offrir des garanties au moins équivalentes au secret professionnel auquel la CSSF est soumise,
– les autorités, organismes et personnes qui reçoivent des informations de la part de la CSSF, ne peuvent les utiliser qu'aux fins pour lesquelles elles leur ont été communiquées et doivent être en mesure d'assurer qu'aucun autre usage n'en sera fait,
– les autorités, organismes et personnes qui reçoivent des informations de la part de la CSSF, accordent le même droit d'information à la CSSF,

– la divulgation par la CSSF d'informations reçues de la part d'autorités d'origine communautaire compétentes pour la surveillance prudentielle des OPC, ne peut se faire qu'avec l'accord explicite de ces autorités et, le cas échéant, exclusivement aux fins pour lesquelles ces autorités ont marqué leur accord.
Par pays tiers au sens du présent paragraphe, il faut entendre les États autres que ceux visés au paragraphe (2).
(4) La CSSF qui, au titre des paragraphes (2) et (3), reçoit des informations confidentielles, ne peut les utiliser que dans l'exercice de ses fonctions aux fins de:
– vérifier que les conditions d'accès à l'activité des OPCVM, des sociétés de gestion et des dépositaires et de toute autre société concourant à leur activité sont remplies et faciliter le contrôle de l'exercice de l'activité, des procédures administratives et comptables, ainsi que des mécanismes de contrôle interne; ou
– imposer des sanctions; ou
– former un recours administratif contre une décision de la CSSF; ou
– poursuivre dans le cadre de procédures juridictionnelles engagées contre les décisions prises par la CSSF au titre de la présente loi.
(5) Les paragraphes (1) et (4) ne font pas obstacle à:
a) l'échange d'informations à l'intérieur de l'Union européenne ou au Luxembourg, entre la CSSF et:
– les autorités investies de la mission publique de surveillance des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, des compagnies d'assurances et d'autres institutions financières ainsi que les autorités chargées de la surveillance des marchés financiers,
– les organes impliqués dans la liquidation, la faillite ou d'autres procédures similaires concernant des OPC, des sociétés de gestion et des dépositaires ou d'autres sociétés concourant à leur activité,
– les personnes chargées du contrôle légal des comptes des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, d'autres établissements financiers ou des compagnies d'assurances
pour l'accomplissement de leur mission,
b) la transmission, à l'intérieur de l'Union européenne ou au Luxembourg, par la CSSF aux organismes chargés de la gestion des systèmes d'indemnisation des investisseurs ou de centrales des risques, des informations nécessaires à l'accomplissement de leur fonction.
La communication d'informations par la CSSF autorisée par le présent paragraphe est soumise à la condition que ces informations tombent sous le secret professionnel des autorités, organismes et personnes qui les reçoivent, et, n'est autorisée que dans la mesure où le secret professionnel de ces autorités, organismes et personnes offre des garanties au moins équivalentes au secret professionnel auquel est soumise la CSSF.
En particulier, les autorités qui reçoivent des informations de la part de la CSSF, ne peuvent les utiliser qu'aux fins pour lesquelles elles leur ont été communiquées et doivent être en mesure d'assurer qu'aucun autre usage n'en sera fait.
Sont assimilés aux États membres de l'Union européenne les États parties à l'Accord sur l'Espace économique européen autres que les États membres de l'Union européenne, dans les limites définies par cet accord et des actes y afférents.
(6) Les paragraphes (1) et (4) ne font pas obstacle aux échanges d'informations, à l'intérieur de l'Union européenne ou au Luxembourg, entre la CSSF et:
– les autorités chargées de la surveillance des organes impliqués dans la liquidation, la faillite et autres procédures similaires concernant des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, des compagnies d'assurances, des OPC, des sociétés de gestion et des dépositaires,
– les autorités chargées de la surveillance des personnes en charge du contrôle légal des comptes des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, des compagnies d'assurances et d'autres établissements financiers.
La communication d'informations par la CSSF autorisée par le présent paragraphe est soumise aux conditions suivantes:

- *les informations communiquées sont destinées à l'accomplissement de la mission de surveillance des autorités qui les reçoivent, les informations communiquées doivent être couvertes par le secret professionnel des autorités qui les reçoivent et le secret professionnel de ces autorités doit offrir des garanties au moins équivalentes au secret professionnel auquel est soumise la CSS,*
- *les autorités qui reçoivent des informations de la part de la CSSF, ne peuvent les utiliser qu'aux fins pour lesquelles elles leur ont été communiquées et doivent être en mesure d'assurer qu'aucun autre usage n'en sera fait,*
- *la divulgation par la CSSF d'informations reçues de la part d'autorités de surveillance visées aux paragraphes (2) et (3) ne peut se faire qu'avec l'accord explicite de ces autorités et, le cas échéant, exclusivement aux fins pour lesquelles ces autorités ont marqué leur accord.*

Sont assimilés aux États membres de l'Union européenne les États parties à l'Accord sur l'Espace économique européen autres que les États membres de l'Union européenne, dans les limites définies par cet accord et des actes y afférents…

Les informations reçues par la CSSF en vertu des paragraphes (2) et (3) ne peuvent être divulguées, dans le cas visé au présent paragraphe, sans le consentement exprès des autorités de surveillance qui ont divulguées informations à la CSSF. ».

Il résulte de ces textes légaux que le secret professionnel de la CSSF ne fait pas obstacle à l'échange d'informations au Luxembourg, entre la CSSF et les organes impliqués dans la liquidation, la faillite ou d'autres procédures similaires concernant des OPC pour l'accomplissement de leur mission, à la condition que ces informations tombent sous le secret professionnel des personnes qui les reçoivent, et, ce transfert n'est autorisé que dans la mesure où le secret professionnel de ces personnes offre des garanties au moins équivalentes au secret professionnel auquel est soumise la CSSF.

L'article 102.1 alinéa 2 relatif au secret professionnel de la directive 2009/65/CE prévoit que lorsqu'un OPCVM ou une entreprise qui concourt à son activité a été déclaré en faillite ou que sa liquidation forcée a été ordonnée, les informations confidentielles qui ne concernent pas les tiers impliqués dans les tentatives de sauvetage peuvent être divulguées dans le cadre de procédures civiles ou commerciales.

Le législateur national a omis de transposer cette disposition en droit interne. Toutefois, comme la Cour de justice de l'Union européenne a dégagé le principe de l'interprétation conforme, en vertu duquel, une juridiction nationale appelée à interpréter le droit national est tenue de le faire, dans toute la mesure du possible, à la lumière du texte et de la finalité de la directive pour atteindre le résultat visé par celle-ci, il incombe aux juges saisis de tenir compte de cette entorse au secret professionnel de la CSSF dans le cadre du présent litige.

Quant à la critique des parties **D)**, **C)**, **B)** et **E)** disant que les demandeurs ne seraient pas soumis au secret professionnel et partant n'offriraient pas les garanties suffisantes permettant l'application des exceptions, il y a lieu de dire qu'en leur qualité d'avocat et de réviseur d'entreprise agréé les liquidateurs sont soumis au secret professionnel des informations qu'ils obtiennent dans le cadre de leur profession, de sorte que cet argument est à rejeter.

Le projet de loi n° 6165 modifiant l'article 41 de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier prévoit que toutes les personnes nommées dans le cadre d'une procédure de liquidation d'une personne soumise à la surveillance prudentielle de la CSSF sont obligées de garder secrets les renseignements confiés à eux dans le cadre de leur activité professionnelle. En l'occurrence, ce projet de loi ne fait que confirmer les règles d'ores-et-déjà appliquées en matière de liquidation judicaire, respectivement de faillite.

Seuls les liquidateurs sont soumis au secret professionnel et comme la demande en production forcée de pièces a également été présentée au nom de la société en liquidation, il y a lieu de n'examiner que la demande des liquidateurs, demandeurs sub 2).

L'article 134 de la nouvelle loi du 17 décembre 2010 se réfère expressément à la transmission des informations au Luxembourg, de sorte que le moyen des parties **D)**, **C)**, **B)** et **E)** disant que l'échange est limité à une coopération transfrontalière entre les autorités publiques, est également à rejeter.

Les sociétés défenderesses **SOC2)** S.A., **SOC2)** THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY, **SOC2)** Fund Services (Luxembourg) et **SOC2)** AG soutiennent que les documents dont la production est sollicitée ne forment pas des « preuves » pour les besoins du litige, étant donné qu'ils ont été produits postérieurement aux faits, qu'ils ne cristallisent pas les faits et qu'ils consignent les appréciations d'une partie.

L'article 134 de la nouvelle loi du 17 décembre 2010 ne se limite pas à des « preuves», mais il prévoit un échange d'informations entre la CSSF et les liquidateurs.

Par ailleurs, des mesures d'instructions comme visite des lieux, enquête et expertise forment toujours des éléments de preuve constitués postérieurement aux faits à établir. La CSSF, si elle est partie au présent litige, ne perd pas sa qualité d'organe de surveillance prudentielle et l'enquête par elle diligentée ne saurait être considérée comme simple appréciation d'une partie.

La CSSF fait valoir que les pièces dont la production forcée est demandée ne couvrent pas uniquement des informations recueillies à propos de **SOC1)** SICAV, mais également des informations recueillies par elle à l'encontre d'autres entités sous sa surveillance.

Il est constant en cause que ces entités, **SOC2)** S.A., **SOC2)** THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY, **SOC2)** Fund Services (Luxembourg) et **SOC3)** LUXEMBOURG S.A., étaient des cocontractants de **SOC1)** SICAV et que les enquêtes menées par la CSSF ont été déclenchées par l'affaire **L)** et ont donné lieu, notamment à un dossier **SOC2)**L-**SOC1)**, conformément au communiqué de presse de la CSSF.

Les liquidateurs trouvent dans la loi les moyens d'agir contre toute personne coupable d'avoir contribué, par ses agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif.

Dans la perspective d'une action en responsabilité exercée en accomplissement de leur mission, les liquidateurs sont en droit de demander production du dossier d'enquête **SOC2)**L-**SOC1)** établi par la CSSF.

Les différentes parties défenderesses soulèvent l'argument qu'il appartient aux demandeurs de faire la preuve des caractères utile et indispensable de la production de pièces. Elles soutiennent encore que seuls les documents qui sont la copropriété de **SOC1)** pourraient être remis.

En l'espèce, il n'appartient pas au juge d'apprécier si la CSSF, en invoquant un empêchement légitime, oppose à bon droit son secret professionnel aux liquidateurs, étant donné que le législateur a réglé ce problème en prévoyant clairement l'échange d'informations entre la CSSF et les liquidateurs de l'OPC pour l'accomplissement de leur mission, sans que le secret de la commission n'y fasse obstacle.

Le prédit article 134 n'est que le parallèle du principe établi à l'article 44 (2) de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier qui prévoit qu'en cas de liquidation d'un établissement de crédit ou d'une entreprise d'investissement, la CSSF peut divulguer les informations confidentielles dans le cadre de procédures civiles et commerciales et qui n'empêche pas la Commission d'échanger des informations confidentielles avec des

autorités compétentes, d'autres autorités, des organismes et personnes ou de leur transmettre des informations confidentielles dans les limites, sous les conditions et suivant les modalités définies par la loi et par d'autres dispositions légales régissant le secret professionnel de cette Commission.

Comme les prédits articles 134 et 44 comportent le terme « informations » l'échange ne se limite certainement pas aux documents dont **SOC1)** est copropriétaire, mais vise toutes les données utiles pour l'accomplissement de la mission des liquidateurs.

La CSSF souligne le caractère non pertinent de la demande, dans la mesure où le contenu du dispositif des injonctions prononcées par la CSSF à l'encontre d'**SOC2)** S.A. fut reproduit intégralement dans des communiqués de presse.

Les documents requis sub i) par les liquidateurs sont les conclusions de l'enquête menée par la CSSF citée dans la lettre du 22 septembre 2009 adressée aux liquidateurs. En effet, si la CSSF peut informer le grand public du dispositif de ses injonctions, elle est tenue dans le cadre de l'échange d'informations prévu à l'article 134 de la loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement de continuer aux liquidateurs les conclusions de l'enquête qui ont abouti au dispositif des injonctions, ainsi que les motifs même des injonctions.

La CSSF soutient dans ses conclusions que les demandes sub i) à sub iii) ne visent qu'un seul document.

Le point sub i) se réfère aux conclusions de l'enquête menée par la CSSF et les points sub ii) et sub iii) mentionnent à chaque fois une injonction adressée par la CSSF à **SOC2)** S.A..

Pour autant que les points sub ii) et sub iii) de la demande ne visent qu'un seul et même document, alors la CSSF n'est tenue de communiquer que celui-ci.

La CSSF critique que l'indication des pièces requises n'est pas suffisamment précise, au motif que le document demandé sub iv) n'est pas clairement identifiable, faute d'être daté de manière précise.

Les liquidateurs demandent la production forcée de la «copie du rapport final détaillé et daté de mai 2009 que **SOC2)** SA a remis à la CSSF ».

Dans sa lettre adressée le 22 septembre 2009 aux liquidateurs, la CSSF a elle-même mentionné ledit rapport final en notant «en mai 2009, **SOC2)**L a remis à la CSSF un rapport final détaillé concernant les améliorations apportées à son infrastructure … », de sorte qu'elle ne saurait actuellement se prévaloir de la non-identification claire du document en question.

Les sociétés défenderesses **SOC2)** S.A., **SOC2)** THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY, **SOC2)** Fund Services (Luxembourg) et **SOC2)** AG soutiennent que la demande de production se heurte aux principes d'ordre public, de l'égalité des armes et des droits de la défense, au motif que permettre à toutes les parties, autres que la CSSF, d'accéder au produit d'une enquête menée par cette dernière battrait en brèche les règles régissant la preuve dans les affaires civiles, les autres parties n'étant tenues à aucune

obligation de coopération et de transparence similaire à celle qui aura pesé sur le professionnel du secteur financier dans le cadre de l'enquête menée par la CSSF.

Dans les litiges opposant des intérêts privés, l'égalité des armes implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause – y compris les preuves – dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire.

Pour autant que l'enquête en cause contient des informations relatives aux prédites sociétés défenderesses, les liquidateurs ne seront pas, du fait de l'échange d'informations par la CSSF, dans une situation plus avantageuse que ces parties défenderesses, au contraire, ils seront en possession d'informations détenues également par ces sociétés. Partant, on ne saurait dire que cet échange d'informations désavantagerait les parties défenderesses **SOC2)** S.A., **SOC2)** THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY, **SOC2)** Fund Services (Luxembourg) et **SOC2)** AG par rapport aux parties demanderesses.

L'ancien administrateur **H)** fait valoir que l'absence de communication des pièces litigeuses à toutes les parties contrevient tant aux dispositions de l'article 65 du Nouveau Code de procédure civile régissant le principe du contradictoire, qu'au principe du procès équitable, tel que visé par l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

L'article 65 du Nouveau Code de procédure civile impose au juge le respect du contradictoire. En l'état actuel de la procédure, le tribunal n'est pas saisi d'une demande de communication de pièces par une des parties défenderesses. Tant que les pièces dont les liquidateurs se prévaudront à l'encontre des parties défenderesses leur seront communiquées et tant que ces dernières pourront en discuter contradictoirement, les principes du contradictoire et de l'égalité de armes sont respectés.

Par ailleurs, une décision de la Cour de cassation française, chambre commerciale, du 15 mai 2007 (Bull.civ.IV n° 130) a retenu que « constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions; que par ailleurs, toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence ».

Un arrêt de la Cour d'appel du 5 novembre 2003 enjoint, sur base de l'article 280 du Nouveau Code de procédure civile, à la banque la production d'une pièce au motif que pareille mesure, imposée par le juge à une partie au litige ou même à un tiers, est possible, sauf si la personne visée établit l'existence d'un motif légitime s'y opposant, comme une atteinte à sa vie privée ou le cas échéant le secret professionnel, mais la Cour dit que ce secret ne constitue pas une cause d'empêchement absolue, qu'il cède devant la sauvegarde d'un droit d'une partie légalement reconnu ou judiciairement constaté, en l'occurrence, la connaissance de la réalité des faits capitale pour la solution du litige.

En considération des développements qui précèdent, il y a lieu de faire droit à la demande des liquidateurs.

La présente décision se trouve encore corroborée par un rapport du 25 janvier 2011 relatif à l'indemnisation des préjudices subis par les épargnants et les investisseurs établi à la demande de l'AMF, autorité des marchés financiers français, et publié sur le site internet de cette dernière. En effet, le groupe de travail propose d'assurer aux personnes recherchant une indemnisation devant une juridiction civile l'accès aux documents utiles du rapport de contrôle ou du rapport d'enquête de l'AMF; le juge civil ayant ainsi la possibilité d'obtenir de l'AMF le résultat de ses investigations.

Cette proposition montre que toutes les réticences et oppositions exprimées par les parties défenderesses dans la présente instance relatives à l'accès aux rapports d'enquête par les liquidateurs ne sont nullement partagées par l'autorité de contrôle française.

Demande incidente

Par conclusions du 3 septembre 2010 les parties représentées par Maître Entringer demandent au tribunal d'ordonner à la CSSF «*la communication des pièces demandées dont celle invoquée par le présent corps de conclusions (lettre du 27.01.2009 de **SOC2)** (Luxembourg) à la CSSF* », au motif qu'il s'agit d'un document important que la CSSF produit contre **F)**, mais qu'elle refuse de communiquer dans une procédure administrative parallèle.

La CSSF fait valoir que la pièce dont communication forcée est demandée ne présente pas le moindre lien avec la présente instance.

Le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs interdit aux juridictions de l'ordre judiciaire à empiéter sur le terrain du contentieux administratif, de sorte que le tribunal saisi est incompétent pour connaître de la demande.

Au vu du sort réservé à leur demande, la société anonyme **SOC3)** LUXEMBOURG S.A. actuellement en liquidation, **G)** et **F)** sont à débouter de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure, alors qu'il est de principe que la partie qui succombe ne saurait bénéficier des dispositions de l'article 240 du Nouveau Code de Procédure Civile.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière civile, statuant par défaut avec effet contradictoire à l'égard de FINRA et **K)** et contradictoirement à l'égard des autres parties,

avant tout autre progrès en cause :

reçoit les demandes en la forme ;

joint les demande principale et en intervention ;

donne acte à la société anonyme **SOC3)** LUXEMBOURG S.A. actuellement en liquidation, **G)** et **F)** du désistement de leur demande dirigée contre la SEC ;

se **déclare** incompétent pour connaître de la demande incidente en communication de pièces ;

fait droit à la demande des liquidateurs dirigée contre la CSSF ;

enjoint à la CSSF de transmettre aux liquidateurs de **SOC1)** SICAV les informations suivantes :

(i) copie des conclusions de l'enquête menée par la CSSF - et plus amplement citées dans la lettre de la CSSF du 22.09.2009 adressée aux liquidateurs judicaires - sur la qualité de l'organisation administrative et générale et du contrôle interne des entités surveillées, à savoir **SOC2)** S.A., **SOC2)** TPM, **SOC2)** FS et **SOC3)** LUXEMBOURG S.A. - en vue de garantir de manière générale la protection de tous les investisseurs en relation d'affaires avec ses entités - enquête qui avait abouti à une conclusion par rapport aux obligations d'**SOC2)** S.A. le 25.02.2009 et au communiqué de presse de la même date,

(ii) copie de l'injonction adressée par la CSSF à **SOC2)** S.A. de mettre en place « *l'infrastructure nécessaire, c'est-à-dire, les moyens humains et techniques suffisants et les règles internes nécessaires pour accomplir l'ensemble des tâches liées à sa fonction de banque dépositaire d'OPC luxembourgeois* » conformément à la loi du 20.12.2002 et la Circulaire IML 91-75,

(iii) copie de l'injonction adressée par la CSSF à **SOC2)** S.A. « *d'analyser et de rectifier toutes les structures et procédures en relation avec son obligation de surveillance découlant de son statut de banque dépositaire et de ce que **SOC2)**L devra veiller à réparer les dommages en relation avec le manquement ci-avant relevé en accord avec les obligations d'une banque dépositaire soumise aux dispositions du droit luxembourgeois, sans préjudice de clauses contractuelles contraires valides et opposables et/ou le cas échéant, d'une éventuelle décision de justice en la matière* »,

(iv) copie du rapport final détaillé et daté de mai 2009 que **SOC2)** S.A. a remis à la CSSF concernant les améliorations apportées à son infrastructure et les modifications substantielles de ses procédures internes liées à la fonction de banque dépositaire ayant permis à la CSSF de retenir que **SOC2)**L a fourni les preuves et garanties d'avoir en place l'infrastructure et les règles d'organisation interne nécessaire conformément à l'injonction lui adressée et en accord avec les standards professionnels applicables au Grand-Duché de Luxembourg ;

rejette la demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile présentée par la société anonyme **SOC3)** LUXEMBOURG S.A. actuellement en liquidation, **G)** et **F)** ;

laisse les frais de la demande en intervention dirigée contre la SEC et introduite par exploits des 13 avril et 17 mai 2010 à charge de la société anonyme **SOC3)** LUXEMBOURG S.A. actuellement en liquidation, de **G)** et de **F)** ;

réserve les frais du présent incident.