Jugement commercial II No 459/2012

Audience publique du vendredi, vingt-trois mars deux mille douze.

Numéros 127 298, 130 643 et 132 174 du rôle

Composition :

Jean-Paul HOFFMANN, 1er vice-président ;
Nadine WALCH, 1er juge ;
Nathalie HILGERT, juge ;
Claude FEIT, greffier.

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

1) la société d'investissement à capital variable **LUXALPHA SICAV,** en liquidation judiciaire, avec siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 98 874, 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-1325 Luxembourg, 1, rue de la Chapelle, 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 LUXALPHA 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 LUXALPHA 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, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) la société anonyme **UBS (LUXEMBOURG) S.A.**, avec siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 11 142 ;

2) la société anonyme **UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY S.A.**, avec siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 45 991 ;

3) la société anonyme **UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG) S.A.**, avec siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 58 535 ;

4) la société anonyme de droit suisse **UBS AG**, avec siège social à CH-8001 Zürich, Bahnhofstraβe 45, et à CH-4051 Bâle, Aeschenvorstadt 1, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce de Bâle et de Zürich sous le numéro CH-270.3.004.646-4 ;

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Gilles HOFFMANN,

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

5) la société anonyme **ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A.**, avec siège social à L-2340 Luxembourg, 34a, rue Philippe II, 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 94 564 ;

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Gilles HOFFMANN,

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

6) Monsieur **A.)**, pris en sa qualité d'ancien président du conseil d'administration de la société LUXALPHA 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) Monsieur **B.)**, pris en sa qualité de président du conseil d'administration de la société LUXALPHA SICAV au moment de la mise en liquidation judiciaire, domicilié au siège de la société UBS (LUXEMBOURG) S.A. à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy ;

8) Monsieur **C.)**, pris en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société LUXALPHA SICAV, domicilié au siège de la société UBS (LUXEMBOURG) S.A. à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy ;

9) Monsieur **D.)**, pris en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société LUXALPHA SICAV, domicilié au siège de la société UBS (LUXEMBOURG) S.A. à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy ;

10) Monsieur **E.)**, pris en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société LUXALPHA SICAV, domicilié au siège de la société UBS (LUXEMBOURG) S.A. à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy ;

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Gilles HOFFMANN,

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

11) Monsieur **F.)**, pris en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société LUXALPHA SICAV, domicilié au siège de la société UBS (LUXEMBOURG) S.A. à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy, sinon à B-1180 Bruxelles, Chaussée de Saint Job ;

12) Monsieur **G.)**, pris en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société LUXALPHA SICAV, domicilié au siège de la société UBS (LUXEMBOURG) S.A. à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy ;

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Gilles HOFFMANN,

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

13) Monsieur **H.)**, pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société LUXALPHA 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 **ERNST & YOUNG S.A.**, avec siège social à L-5365 Munsbach, 7, Parc d'activité Syrdall, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 47 771 ;

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 **ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A.**, avec siège social à L-2340 Luxembourg, 34A, rue Philippe II, actuellement en liquidation volontaire, agissant par son son liquidateur actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 94 564 ;

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 LUXALPHA 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 LUXALPHA 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 Benoît ENTRINGER, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

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 **FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY**, (ci-après FINRA), agissant par son chairman en fonctions Richard KETCHIUM, avec siège social à 1735, K Street, NW, Washington DC, 20006-1506 USA (301) 590-6500 ;

3) J.) (le « Syndic de liquidation »), syndic de la liquidation ayant fait l'objet d'une consolidation substantive de Bernard L. Madoff Investment Securities LLC (« BLMIS ») et **K.)**, établi à 45, Rockefeller Plaza, 11th Floor, New York, NY 10111, USA ;

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Geoffrey GALLE,

défaillantes,
4) la société anonyme **UBS (LUXEMBOURG) S.A.**, avec siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 11 142 ;

5) la société anonyme **UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY S.A.**, avec siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy, représentée par son conseil

d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 45 991 ;

6) la société anonyme **UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG) S.A.**, avec siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 58 535 ;

7) la société anonyme de droit suisse **UBS AG**, avec siège social à CH-8001 Zürich, Bahnhofstraβe 45, et à CH-4051 Bâle, Aeschenvorstadt 1, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce de Bâle et de Zürich sous le numéro CH-270.3.004.646-4 ;

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Geoffrey GALLE,

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

8) la société anonyme **ERNST & YOUNG S.A.**, avec siège social à L-5365 Munsbach, 7, Parc d'Activité Syrdall, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 47 771 ;

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 **ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A.**, avec siège social à L-2340 Luxembourg, 34A, rue Philippe II, actuellement en liquidation volontaire, agissant par son son liquidateur actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 94 564 ;

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 LUXALPHA 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 LUXALPHA 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 Benoît ENTRINGER, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

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 Richard KETCHIUM, établie et ayant son siège social à 1735, K Street, NW, Washington DC, 20006-1506 USA (301) 590-6500 ;

4) J.) (le « Syndic de liquidation »), syndic de la liquidation ayant fait l'objet d'une consolidation substantive de Bernard L. Madoff Investment Securities LLC (« BLMIS ») et **K.)**, établi à 45, Rockefeller Plaza, 11th Floor, New York, NY 10111, USA ;

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Pierre BIEL,

défaillantes,

5) la société anonyme **UBS (LUXEMBOURG) S.A.**, avec siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 11 142 ;

6) la société anonyme **UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY S.A.**, avec siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 45 991 ;
7) la société anonyme **UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG) S.A.**, avec siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 58 535 ;

8) la société anonyme de droit suisse **UBS AG**, avec siège social à CH-8001 Zürich, Bahnhofstraβe 45, et à CH-4051 Bâle, Aeschenvorstadt 1, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce de Bâle et de Zürich sous le numéro CH-270.3.004.646-4 ;

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Pierre BIEL,

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

9) la société anonyme **ERNST & YOUNG S.A.**, avec siège social à L-5365 Munsbach, 7, Parc d'Activité Syrdall, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 47 771 ;

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 :

Procédure.

Par exploits d'huissier des 17 et 18 décembre 2009, la société d'investissement à capital variable LUXALPHA 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 LUXALPHA SICAV en liquidation, ont assigné 1. la société anonyme UBS (LUXEMBOURG) S.A., 2. la société anonyme UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY S.A., 3. la société anonyme UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG) S.A., 4. la société de droit suisse UBS AG, 5. la société anonyme ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A., 6. **A.)**, 7. **B.)**, 8. **C.)**, 9. **D.)**, 10. **E.)**, 11. **F.)**, 12. **G.)**, 13. **H.)**, 14. la société anonyme ERNST & YOUNG S.A et 15. la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) pour voir condamner UBS S.A. à restituer différents titres et instruments financiers 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, voir condamner solidairement sinon in solidum les parties défenderesses, hormis la CSSF, à payer le montant de 1.323.852.143,93 USD augmenté du 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, 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 LUXALPHA a déposée à titre conservatoire et de façon contrainte.

Les demandeurs ont encore requis 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 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 Maître Alain Rukavina, l'exécution provisoire du jugement nonobstant toute voie de recours, sans caution, sur minute et avant enregistrement.

Par exploits d'huissier des 13 avril et 17 mai 2010, la société ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A., **G.)** et **F.)** ont assigné en intervention 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. **J.)**, 5. la société anonyme UBS (LUXEMBOURG) S.A. (UBS S.A.), 6. la société anonyme UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY S.A., 7. la société anonyme UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG) S.A., 8. la société de droit suisse UBS AG et 9. la société ERNST & YOUNG S.A. 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 condamner solidairement, sinon in solidum, 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 d'huissier du 8 juillet 2010, la société ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A., **G.)** et **F.)** ont assigné en intervention 1. la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF), 2. les Etats-Unis d'Amérique, 3. la Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), 4. **J.)**, 5. la société anonyme UBS (LUXEMBOURG) S.A. (UBS S.A.), 6. la société anonyme UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY S.A., 7. la société anonyme UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG) S.A., 8. la société de droit suisse UBS AG et 9. la société ERNST & YOUNG S.A. 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 condamner solidairement, sinon in solidum 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 un jugement n°296/11 du 4 mars 2011 le tribunal de ce siège a reçu les demandes en la forme.

Il a joint les demandes principale et en intervention et a donné acte à la société anonyme ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A. actuellement en liquidation, **G.)** et **F.)** du désistement de leur demande dirigée contre la SEC.

Il s'est déclaré incompétent pour connaître de la demande incidente en communication de pièces mais a fait droit à la demande des liquidateurs dirigée contre la CSSF et il a enjoint

à la CSSF de transmettre aux liquidateurs de LUXALPHA SICAV les informations suivantes :

- copie des conclusions de l'enquête menée par la CSSF - et plus amplement citées dans la lettre de la CSSF du 22 septembre 2009 adressée aux liquidateurs judicaires - sur la qualité de l'organisation administrative et générale et du contrôle interne des entités surveillées, à savoir UBS S.A., UBS TPM, UBS FS et ACCESS MANAGEMENT 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'UBS S.A. le 25 février 2009 et au communiqué de presse de la même date,

- copie de l'injonction adressée par la CSSF à UBS 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 décembre 2002 et la Circulaire IML 91-75,

- copie de l'injonction adressée par la CSSF à UBS 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 UBSL 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 »,

- copie du rapport final détaillé et daté de mai 2009 que UBS 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 UBSL 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.

Le tribunal a rejeté la demande basée sur l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile présentée par la société anonyme ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A. actuellement en liquidation, **G.)** et **F.)** et laissé 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 ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A. actuellement en liquidation, de **G.)** et de **F.)**.

Suite à ce jugement du 4 mars 2011, les parties ont entamé un débat sur la question de savoir si une action publique engagée entre-temps par le Parquet devait amener le tribunal à sursoir à statuer dans la présente affaire civile.

Une ordonnance de clôture de l'instruction est intervenue le 25 janvier 2012 pour toiser cette question.

Le juge rapporteur a été entendu en son rapport oral à l'audience du 29 février 2012.

<u>Prétentions et moyens des parties.</u>

La société anonyme UBS (LUXEMBOURG) S.A.(UBS S.A.), la société anonyme UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY S.A., la société anonyme UBS FUND SERVICES (Luxembourg) S.A., la société de droit suisse UBS AG (ci-après « UBS ») demandent au tribunal de sursoir à statuer tant que l'action publique engagée suivant réquisitoire du Procureur d'Etat du 31 mars 2011 sera en cours.

Ces parties font état de rapports du service de police judiciaire des 10 avril 2010 et 8 février 2011 évoqués dans trois ordonnances de perquisition datées du 2 mai 2011 qui leur ont été notifiées le 8 juin 2011 dont il résulterait que le Procureur d'Etat a, moyennant réquisition du 31 mars 2011, requis l'ouverture d'une instruction pénale pour faux et usage de faux contre inconnu, ce qui aurait mis en mouvement l'action publique moyennant saisie du juge d'instruction.

Les faits donnant lieu à l'instruction pénale en cours seraient les mêmes que ceux donnant lieu à l'action civile en responsabilité engagée en décembre 2009 par les liquidateurs à l'encontre des parties défenderesses dans la présente instance.

Pour ces parties, la règle suivant laquelle le criminel tient le civil en l'état est d'ordre public et l'instruction pénale permettrait d'ailleurs de faire justice de l'affirmation que les investisseurs dans LUXALPHA auraient été tenus dans l'ignorance de l'implication de BMIS et de Monsieur **K.)** dans la Sicav. Il en irait de leurs droits de la défense.

Elles estiment que le sursis à statuer emporte nécessairement sursis à instruire. Le risque d'une violation du délai raisonnable prévu à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne serait pas admis par les juridictions civiles luxembourgeoises pour refuser le sursis et il incomberait aux autorités de poursuite de faire en sorte que les affaires pénales soient évacuées dans des délais raisonnables pour que les affaires civiles y liées puissent l'être à leur tour.

ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A. actuellement en liquidation, **G.)** et **F.)** concluent également au sursis pour les mêmes motifs. Ces parties ajoutent que la société de droit français GEORGE V ASSET MANAGEMENT S.A. ainsi que **L.)** et **M.)**, **N.)** et **O.)** ont émis une citation directe à l'encontre des anciens administrateurs de LUXALPHA par laquelle ils leur reprochent, soit une escroquerie, soit un abus de confiance.

ERNST & YOUNG S.A. conclut également qu'il y a lieu de sursoir en attendant la décision définitive à intervenir dans l'affaire pénale engagée sur base du réquisitoire du Ministère Public du 31 mars 2011. Pour autant que de besoin et en cas de doute sur l'identité des faits, cette défenderesse demande au tribunal d'ordonner au Ministère Public de lui communiquer son réquisitoire du 31 mars 2011, le courrier de la CSSF du 28 décembre 2009, ainsi que les rapports du service de police judiciaire des 19 avril 2010 et 8 février 2011.

Cette partie estime que l'article 3 du Code d'Instruction criminelle n'est pas mis en cause par la Cour européenne des Droits de l'homme. En effet, il ne faudrait pas confondre les causes et les conséquences. Le sursis ne serait pas la cause de la violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et du citoyen, mais uniquement la longueur de la procédure pénale. Elle examine certaines décisions de la Cour de

Strasbourg pour conclure que le délai raisonnable est fonction de la complexité de l'affaire.

B.), **C.)**, **D.)** et **E.)** concluent pareillement au sursis en attendant la décision définitive dans l'affaire pénale et à la suspension de l'instruction au fond.

A.) prend les mêmes conclusions en renvoyant à l'action directe et à l'instruction pénale.

Les ETATS-UNIS D'AMERIQUE et la CSSF se rapportent à prudence de justice.

Les parties demanderesses originaires, à savoir la société d'investissement à capital variable LUXALPHA 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 LUXALPHA SICAV en liquidation, demandent au tribunal de déclarer non fondée l'exception dilatoire soulevée par les parties défenderesses que « le pénal tient le civil en l'état ».

Plus subsidiairement, elles concluent à la continuation de l'instruction au civil, en jugeant que l'incident n'a pas pour effet de suspendre l'instruction et elles demandent qu'un nouvel échéancier soit émis pour l'instruction au fond.

A l'appui de leur demande, les liquidateurs invoquent en ordre principal une jurisprudence de la Cour de Cassation belge qui, après avoir constaté que le fondement de la surséance à statuer est l'autorité de la chose jugée au pénal sur le civil, a dit que l'autorité de la chose jugée ne fait cependant pas obstacle à ce que, lors d'un procès civil ultérieur, une partie ait la possibilité de contester les éléments déduits du procès pénal, lorsqu'elle n'a pas été partie à l'instance pénale. Or, à partir du moment où cette autorité ne serait plus opposable à une tierce partie au procès pénal, elle serait tout simplement dépourvue d'utilité.

Subsidiairement, les liquidateurs contestent le lien direct, effectif et sérieux entre les faits faisant l'objet de l'instruction pénale et ceux cités par eux dans leur assignation au motif que la responsabilité recherchée serait essentiellement contractuelle.

Plus subsidiairement, ils estiment que « sursis à statuer » n'est pas synonyme de « sursis à instruire ». Dans ce cadre, ils concluent que l'instruction au civil n'a qu'un caractère purement préparatoire et ne saurait être influencée par la procédure pénale.

La doctrine et la jurisprudence belge admettraient d'ailleurs que la règle selon laquelle le criminel tient le civil en l'état n'empêche que le jugement de l'action civile, mais non l'initiation, l'exercice et l'instruction de l'action civile.

La solution préconisée par les parties défenderesses contreviendrait également à l'article 6 de la CEDH exigeant le respect du délai raisonnable. Dans une affaire complexe comme celle de l'espèce, l'instruction pénale risquerait de durer des années, voire plus de 10 ans et dans ce contexte, le Luxembourg aurait déjà été condamné par la Cour européenne des droits de l'homme.

Finalement, la thèse d'un sursis nuirait gravement à la réputation internationale des juridictions luxembourgeoises.

Appréciation :

Le principe de l'article 3, alinéa 2 du CIC.

Aux termes de l'article 3, alinéa 2 du code d'Instruction criminelle, l'exercice de l'action civile est suspendu tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l'action civile.

La jurisprudence luxembourgeoise admet que la règle « le criminel tient le civil en l'état » ne requiert pas, comme condition d'application, l'identité de la personne, ni même l'identité des faits en cause dans les actions civile et pénale, mais il faut et il suffit que la décision à intervenir sur l'action publique soit susceptible d'influer sur celle qui sera rendue par la juridiction civile, ce qui est le cas chaque fois que le juge pénal sera amené à trancher une question sur laquelle le juge civil sera lui-même amené à prendre partie lorsqu'il rendra son jugement, le but du sursis à statuer étant d'éviter une éventuelle contrariété des décisions à intervenir.

Il est également admis que le résultat du procès pénal n'est pas opposable aux tiers.

En l'espèce, il est établi que, le 31 mars 2011, le Ministère Public a rédigé un réquisitoire et que, par la suite, le juge d'instruction NILLES a ouvert une information contre inconnu. Les procès-verbaux de police notifiés le 8 juin 2011 à la société anonyme UBS (LUXEMBOURG) S.A., la société anonyme UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY S.A. et la société anonyme UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG) S.A. renseignent que l'information est ouverte du chef de faux et usage de faux (articles 193, 196 et 197 du Code pénal).

Il ressort encore des pièces soumises au tribunal que, le 20 juin 2011, la société de droit français GEORGE V ASSET MANAGEMENT S.A. ainsi que **L.)** et **M.)**, **N.)** et **O.)** ont lancé une citation directe contre les anciens administrateurs de LUXALPHA, à savoir **A.)**, **B.)**, **C.)**, **H.)**, **D.)**, **E.)**, **G.)** et **F.)** pour se voir déclarer coupables du chef d'escroquerie, sinon d'abus de confiance, sinon de toute autre qualification pénale à retenir par le tribunal correctionnel, le tout parce qu'ils auraient su, mais caché au public, que UBS ne remplissait pas le rôle de dépositaire de la Sicav et que ACCESS n'assurait pas le contrôle des exécutions en bourse des opérations effectuées pour ses clients investisseurs, de même qu'ils auraient fait, des fonds leur confiés, une affectation contraire à celle qui était convenue, doublée d'une dissimulation.

Les parties ont par ailleurs informé le tribunal que, lors de l'audience correctionnelle, cette citation directe avait été remise sine die en attendant la suite de l'instruction de l'affaire pénale instruite au cabinet d'instruction, au motif que les faits seraient identiques.

Au vu de ces renseignements, il apparaît que l'affaire pénale est susceptible (selon le terme consacré de l'interprétation extensive de la jurisprudence luxembourgeoise) d'avoir une incidence sur l'affaire civile, sans qu'il ne soit cependant possible de déterminer, à l'heure actuelle, ni les suites, ni le taux d'influence éventuel de cette affaire pénale.

Dans son arrêt du 13 juillet 2004 R. c. LUXEMBOURG (Requête n°73983/01) la Cour européenne des Droits de l'Homme a conclu à une violation de l'article 6 § 1 de la Convention aux motifs suivants :

« La Cour note d'emblée qu'en l'espèce, le résultat de la procédure pénale « peut influer sur l'issue du litige débattu devant les juridictions [civiles] » et entre ainsi en ligne de compte pour calculer la période à examiner (voir, mutatis mutandis, R.-M. c. Espagne, arrêt du 23 juin 1993, série A no 262, § 35). La Cour admet que le fait de se prononcer sur la procédure civile avant que la procédure pénale ne soit achevée pouvait éventuellement ne pas être compatible avec le principe d'une bonne administration de la justice. Néanmoins, l'ajournement de la procédure civile dans l'attente de l'issue de la procédure pénale a eu pour conséquence de faire durer la procédure civile plus de huit ans et la Cour rappelle qu'il incombe aux autorités nationales d'organiser leur système judiciaire de manière à assurer que la condition du délai raisonnable prévue à l'article 6 soit garantie à chacun.
La procédure a débuté le 11 mars 1996. Le 30 juin 1999, la cour d'appel sursit à statuer sur la demande en validité de la saisie-arrêt pratiquée, par application du principe selon lequel « le criminel tient le civil en l'état ». La procédure n'ayant pas encore pris fin à l'heure actuelle, elle a déjà duré un peu plus de huit ans. Pareil laps de temps paraît a priori trop long. »

Antérieurement, la Cour avait décidé à plusieurs reprises que l'article 6 § 1 oblige les Etats contractants à organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent remplir chacune de ses exigences (voir notamment arrêt du 28 novembre 2000, affaire L. c. France, Requête n°38398/97).

Constatant que la règle du Code de procédure pénale français d'après laquelle le criminel tient le civil en l'état, identique à celle du texte luxembourgeois, datant du 19e siècle et destinée à l'origine à éviter toute contradiction entre les juridictions pénales et civiles, était devenue une source de lenteur de la justice, la France a réagi par la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 (JO du 6 mars 2007, p. 4206), tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, dont l'article 20 a modifié l'article 4 du Code de procédure pénale français comme suit :

« L'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction prévue par l'article 2 peut être exercée devant une juridiction civile, séparément de l'action publique.
Toutefois, il est sursis au jugement de cette action tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement.
La mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil. »

En France, le sursis à statuer, a donc perdu son caractère automatique et le juge peut se prononcer avant la décision pénale, sauf dans des actions civiles en réparation du préjudice direct résultant de l'infraction pour laquelle le juge pénal est saisi.

Au Luxembourg, le texte de l'article 3 du Code d'Instruction criminelle reste en vigueur et le tribunal ne saurait en faire abstraction en prévoyant d'ores et déjà que la procédure pénale, qui nécessitera le cas échéant des analyses financières et juridiques complexes,

tant au Luxembourg qu'à l'étranger, conduira à bloquer la décision civile pendant de longues années, ou en tout cas pendant un laps de temps qui sera nécessairement jugé excessif par la Cour de Strasbourg.

Il reste toutefois qu'en vertu du principe de son autorité relative, une éventuelle décision pénale ne sera opposable qu'à certaines parties au présent litige mais non à toutes et que les éléments de l'affaire pénale et ceux de l'affaire civile ne se recouperont éventuellement qu'en partie.

La question qui se pose au stade actuel est donc celle de savoir si la nécessité de suspension de l'exercice de l'action civile empêche la mise en état, du moins partielle, de l'affaire civile. En effet, l'examen du fond de l'affaire civile n'a pas encore débuté, les parties défenderesses n'ayant conclu que par rapport à la procédure mais non au fond.

Or, l'article 3, alinéa 2 du Code d'Instruction criminelle, en se référant à l'exercice de l'action civile, n'empêche que le jugement, mais non la mise en état de cette action.

Pour concilier tous les impératifs ci-dessus exposés, pour vérifier à la fois l'évolution du litige pénal et la circonscription du litige civile, tout en tenant compte du délai raisonnable, il convient donc de décider que l'instruction de l'affaire civile continuera selon l'échéancier à émettre par le juge de la mise en état.

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 commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement, le juge de la mise en état entendu en son rapport,

rejette la demande de surséance ;

ordonne aux parties d'instruire l'affaire au fond selon l'échéancier à émettre par le juge de la mise en état ;

refixe l'affaire à la conférence de mise en état du 4 juillet 2012 ;

réserve les frais.