

Jugement commercial II No 458/2012

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

Numéro du rôle 130 012

Composition :

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

Entre :

1) la société d'investissement à capital variable sous forme d'une société anonyme **LUXEMBOURG INVESTMENT FUND**, 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 88 859, déclarée en liquidation judiciaire par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 30 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 **LUXEMBOURG INVESTMENT FUND** 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 **LUXEMBOURG INVESTMENT FUND**, en liquidation judiciaire préqualifiée, suivant les dispositions du jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 30 avril 2009 ;

parties demanderesses aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg en date du 22 mars 2010,

comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat constitué, demeurant à Luxembourg,

et :

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, Bahnhofstraße 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 Patrick KURDYBAN,

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

5)

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Patrick KURDYBAN,

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

6)

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Patrick KURDYBAN,

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

7)

partie défenderesse aux fins du prédit exploit Patrick KURDYBAN,

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

8)

9)

parties défenderesses aux fins du prédit exploit Patrick KURDYBAN,

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

10) 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 Patrick KURDYBAN,

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

11) 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 Patrick KURDYBAN,

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

Le Tribunal:

Procédure.

Par exploit d'huissier du 22 mars 2010, la société d'investissement à capital variable sous forme d'une société anonyme LUXEMBOURG INVESTMENT FUND (LIF) 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 LUXEMBOURG INVESTMENT FUND 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.

6. 7. 8. 9.

SCHROETER, 10. la société anonyme ERNST & YOUNG S.A. et 11. la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) pour voir condamner UBS S.A. à restituer les titres et instruments financiers énumérés dans l'exploit d'assignation et à payer à titre de dommages-intérêts pour frais engagés, taxe d'abonnement réglée et autres débours un

montant de 5 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 426.502.364,47 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 LIF 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 186.000.000,- 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 affirmant en avoir fait l'avance, l'exécution provisoire du jugement nonobstant toute voie de recours, sans caution, sur minute et avant enregistrement.

Les demandeurs ont assigné la CSSF en déclaration de jugement commun et pour lui enjoindre de communiquer certains documents.

Par un jugement n°297/11 du 4 mars 2011 le tribunal de ce siège a reçu les demandes en la forme, a fait droit à la demande des liquidateurs dirigée contre la CSSF et il a enjoint à celle-ci de transmettre aux liquidateurs de LIF les informations suivantes :

copie des conclusions de l'enquête menée par la CSSF - et plus amplement citées dans la lettre de la CSSF du 8 octobre 2009 adressée aux liquidateurs judiciaires - 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 - 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 dans l'affaire UBS/LUXALPHA SICAV 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. le 25 février 2009, sans préjudice quant à la date exacte « 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-dessus 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.

Il a réservé les frais.

Suite à ce jugement du 4 mars 2011, les parties ont entamé un débat sur la question de savoir si l'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 poser cette question.

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

Prétentions et moyens des parties.

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 les entités « 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 résultera 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 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 mars 2010 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 LIF auraient été tenus dans l'ignorance de l'implication de BMIS et de Monsieur MADOFF 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 CEDH 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.

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 CEDH. 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 CEDH, 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.

concluent pareillement au sursis en attendant la décision définitive dans l'affaire pénale et à la suspension de l'instruction au fond.

prend les mêmes conclusions en renvoyant à une citation directe qui lui a été signifiée en date du 20 juin 2011 en sa qualité d'ancien administrateur de LUXALPHA ainsi qu'à l'instruction pénale.

La CSSF se rapporte à prudence de justice.

Les parties demanderesses originaires, à savoir la société d'investissement à capital variable LIF, en liquidation, Maître Alain RUKAVINA et Monsieur Paul LAPLUME agissant en leur qualité de liquidateurs judiciaires et de représentants des investisseurs et créanciers de LIF, 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 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.

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

et ont lancé une citation directe contre les anciens administrateurs de LUXALPHA et que les faits dans LUXALPHA sont le cas échéant comparables aux faits dans LIF.

Au vu des renseignements fournis, 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 REZETTE 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, Ruiz-Mateos 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 LECLERCQ 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 19^e 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.

Par ces motifs :

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 en l'état actuel 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 ;

réservé les frais.

