

307



**Arrêt en matière commerciale :**

I.)

1.) la société d'investissement à capital variable sous forme d'une société anonyme Luxembourg INVESTMENT FUND

2.) Maître Alain RUKAVINA

3.) Paul LAPLUME

c/

1.) Alain HONDEQUIN

2.) René EGGER

3.) Ralf SCHROETER

4.) la société anonyme UBS (Luxembourg)

5.) la société anonyme UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY

6.) la société anonyme UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG)

7.) la société anonyme de droit suisse UBS AG

8.) Roger HARTMANN

9.) Bernd STIEHL

10.) la société anonyme ERNST & YOUNG

11.) la COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER (CSSF)

II.)

1.) la société d'investissement à capital variable sous forme d'une société anonyme Luxembourg INVESTMENT FUND

2.) Maître Alain RUKAVINA

3.) Paul LAPLUME

c/

1.) Alain HONDEQUIN

2.) René EGGER

3.) Ralf SCHROETER

4.) la société anonyme UBS (Luxembourg)

5.) la société anonyme UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY

6.) la société anonyme UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG)

7.) la société anonyme de droit suisse UBS AG

8.) Roger HARTMANN

9.) Bernd STIEHL

10.) la société anonyme ERNST & YOUNG

11.) la COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER (CSSF)

**du huit juillet deux mille quinze**

\*\*\*\*\*

**Maître Alain RUKAVINA**

\*\*\*\*\*

**Nous Henri,**

**Grand-Duc de Luxembourg,**

**Duc de Nassau,**

Faisons savoir :

que la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, **quatrième** chambre, siégeant en **matière commerciale**, a rendu en son audience publique du **huit juillet deux mille quinze** l'arrêt qui suit dans la cause inscrite sous le numéro **37692 et 37778** du rôle.



Arrêt commercial

Audience publique du huit juillet deux mille quinze

Numéros 37692 et 37778 du rôle.

Composition :

Roger LINDEN, président de chambre;  
Marianne HARLES, conseillère;  
Elisabeth WEYRICH, conseillère;  
Eric VILVENS, greffier assumé.

SIGNÉ: LINDEN, VILVENS.

**Entre :**

l)

**1. la société anonyme UBS (Luxembourg)**, établie et ayant son 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 11.142, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**2. la société anonyme UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY**, établie et ayant son 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 45.991, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**3. la société anonyme UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG)**, établie et ayant son 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 58.535, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**4. la société anonyme de droit suisse UBS AG**, établie et ayant son siège social à CH-8001 ZURICH, Bahnhofstrasse 45 et à CH-4051 Bâle, Aeschenvorstadt, 1, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Zurich et Bâle sous le numéro CH 270.3.004.6464., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions

**appelants** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Josiane Gloden d'Esch-sur-Alzette des 10 mai 2011, 10 juin 2011 et d'un acte de réassignation du 29 février 2012,



sub 1) à 4) comparant par Maître Marc Elvinger, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;

**e t :**

**1. la société d'investissement à capital variable sous forme d'une société anonyme LUXEMBOURG INVESTMENT FUND** en liquidation judiciaire, établie et ayant son 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 professionnellement à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, et Monsieur Paul LAPLUME, réviseur d'entreprise, demeurant professionnellement à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerises,

**2. Maître Alain RUKAVINA**, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire et de représentant 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,

**3. Paul LAPLUME**, réviseur d'entreprise, demeurant professionnellement à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerises, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire et de représentant des investisseurs et créanciers de la société d'investissement à capital variable LUXEMBOURG INVESTMENT FUND, en liquidation, préqualifiée, suivant les dispositions du jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 30 avril 2009,

**intimés** aux fins des susdits exploits Gloden des 10 mai et 10 juin 2011 ,

sub 1) à 3) comparant par Maître Alain Rukavina, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;

**4. Roger HARTMANN**, anciennement président du conseil d'administration de la société LUXEMBOURG INVESTMENT FUND, employé privé, demeurant à L-1455 Howald, 22, rue de l'Ecole, en son domicile élu en l'étude de Maître Lucy Dupong, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2324 Luxembourg, 11, avenue Jean-Pierre Pescatore,



**intimé** aux fins des susdits exploits Gloden des 10 mai et 10 juin 2011 ,

comparant par Maître Lucy Dupong, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**5. Alain HONDEQUIN**, membre du conseil d'administration de la société LUXEMBOURG INVESTMENT FUND, domicilié au siège de la société anonyme UBS (Luxembourg) à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy;

**6. Ralf SCHROETER**, actuel président du conseil d'administration de la société LUXEMBOURG INVESTMENT FUND, domiciliée au siège de la société anonyme UBS (Luxembourg) à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy,

**7. René EGGER**, membre du conseil d'administration de la société LUXEMBOURG INVESTMENT FUND, domicilié au siège de la société anonyme UBS (Luxembourg) à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy;

**8. Bernd STIEHL**, ancien membre du conseil d'administration de la société LUXEMBOURG INVESTMENT FUND, ayant demeuré à F-78630 Orgeval, 3, allée des Bruyères, actuellement à BP 15606 Yaoundé, Cameroun, zone résidentielle Nouvelle route Bastos,

**intimés** aux fins des susdits exploits Gloden des 10 mai et 10 juin 2011, l'intimé STIEHL ayant en outre été réassigné par acte d'huissier du 29 février 2012,

sub 5) à 8) comparant par la société à responsabilité limitée Loyens & Loeff Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2540 Luxembourg, 18-20, rue Edward Steichen, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite à la liste V du tableau de l'ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Véronique Hoffeld, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

**9. la société anonyme ERNST & YOUNG**, établie et ayant son siège social à L-5365 Munsbach, 7, rue Gabriel Lippmann, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 47.771, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**intimée** aux fins des susdits exploits Gloden des 10 mai et 10 juin 2011,

comparant par Maître Marc Kleyr, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,



**10. l'établissement public COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER (CSSF)**, établi à L-1150 Luxembourg, 110, route d'Arlon, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro J26, représentée par sa direction actuellement en fonctions,

**intimé** aux fins des susdits exploits Gloden des 10 mai et 10 juin 2011 ,

comparant par Maître Albert Rodesch, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

II)

**Entre :**

**la société anonyme ERNST & YOUNG**, établie et ayant son siège social à L-5365 Munsbach, 7, rue Gabriel Lippmann, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 47.771, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique Reyter en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude Steffen d'Esch-sur-Alzette du 14 juin 2011,

comparant par Maître Marc Kleyr, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**et :**

**1. la société d'investissement à capital variable sous forme d'une société anonyme LUXEMBOURG INVESTMENT FUND** en liquidation judiciaire, établie et ayant son 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 professionnellement à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, et Monsieur Paul LAPLUME, réviseur d'entreprise, demeurant professionnellement à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerises,

**2. Maître Alain RUKAVINA**, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire et de représentant 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,

**3. Paul LAPLUME**, réviseur d'entreprise, demeurant professionnellement à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerises, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire et de représentant des investisseurs et créanciers de la société d'investissement à capital variable LUXEMBOURG INVESTMENT FUND, en liquidation, préqualifiée, suivant les dispositions du jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 30 avril 2009,

**intimés** aux fins du susdit exploit Reyter,

sub 1) à 3) comparant par Maître Alain Rukavina, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg;

**4. la société anonyme UBS (Luxembourg)**, établie et ayant son 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 11.142, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**5. la société anonyme UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY**, établie et ayant son 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 45.991, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**6. la société anonyme UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG)**, établie et ayant son 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 58.535, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**7. la société anonyme de droit suisse UBS AG**, établie et ayant son siège social à CH-8001 ZÜRICH, Bahnhofstrasse 45 et à CH-4051 Bâle, Aeschenvorstadt, 1, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Zurich et Bâle sous le numéro CH 270.3.004.6464., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par ses organes statutaires en fonctions, sinon par ses représentants statutaires ou légaux en fonctions,

**intimées** aux fins du susdit exploit Reyter,

sub 4) à 7) comparant par Maître Marc Elvinger, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,



**8. Roger HARTMANN**, employé privé, demeurant à FL-9490 Vaduz, Pflugstrasse, en son domicile élu en l'étude de Maître Lucy Dupong, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-2324 Luxembourg, 11, rue Jean-Pierre Pescatore,

**intimé** aux fins du susdit exploit Reyter,

comparant par Maître Lucy Dupong, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**9. Ralf SCHROETER**, sans état connu, domicilié au siège de la société anonyme UBS (Luxembourg) à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy,

**10. René EGGER**, sans état connu, domicilié au siège de la société anonyme UBS (Luxembourg) à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy;

**11. Alain HONDEQUIN**, sans état connu, domicilié au siège de la société anonyme UBS (Luxembourg) à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy;

**12. Bernd STIEHL**, sans état connu, ayant demeuré à F-78630 Orgeval, 3, allée des Bruyères, actuellement à BP 15606 Yaoundé, Cameroun, zone résidentielle Nouvelle route Bastos,

**intimés** aux fins du susdit exploit Reyter, l'intimé STIEHL ayant été réassigné par acte d'huissier du 29 mars 2012,

sub 9) à 12) comparant par la société à responsabilité limitée Loyens & Loeff Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-2540 Luxembourg, 18-20, rue Edward Steichen, représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite à la liste V du tableau de l'ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Véronique Hoffeld, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

**13. l'établissement public COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER (CSSF)**, établi à L-1150 Luxembourg, 110, route d'Arlon, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro J26, représentée par sa direction actuellement en fonctions,

**intimé** aux fins du susdit exploit Reyter,

comparant par Maître Albert Rodesch, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.



## LA COUR D'APPEL :

### **I. Les rétroactes**

Par exploit d'huissier de justice 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 donné assignation à 1. la société anonyme UBS (LUXEMBOURG) S.A.(UBS 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. Roger HARTMANN, 6. Alain HONDEQUIN, 7. Bernd STIEHL, 8. René EGGER, 9. Ralf SCHRÖTER, 10. la société anonyme ERNST & YOUNG S.A. et 11. 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 UBS 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 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, y voir condamner solidairement sinon in solidum les parties défenderesses, hormis la CSSF, à payer le montant de 426.502.364,47 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 LIF a déposée à titre conservatoire et de façon contrainte. Les demandeurs ont encore requis que les montants réclamés soient majorés du taux de l'intérêt légal, à se voir allouer une provision de 186.000.000 € et une indemnité de procédure de 50.000 €.*

Les demandeurs ont en outre demandé à voir déclarer le jugement commun à la CSSF et à lui voir enjoindre 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 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 25.02.2009 et au communiqué de presse dans l'affaire UBS/LUXALPHA SICAV de la même date,

(ii) 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 20.12.2002 et la Circulaire IML 91-75,

(iii) 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-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 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 nécessaires conformément à l'injonction lui adressée et en accord avec les standards professionnels applicables au Grand-Duché de Luxembourg.

Les parties ont d'un commun accord demandé au tribunal de toiser avant tout autre progrès en cause la demande dirigée contre la CSSF.

### ***Le jugement du 4 mars 2011***

Le tribunal a intégralement fait droit à la demande des deux liquidateurs judiciaires de la sicav LIF et enjoint à la CSSF de leur transmettre les documents (i) à (iv) tels que repris ci-dessus.

Le tribunal a écarté le moyen des parties défenderesses tiré des articles 284 et 288 du NCPC, qui ne constitueraient pas le « cadre approprié » pour présenter une demande d'échange d'informations à l'encontre de la CSSF, au motif que l'article 59 du NCPC 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. La demande des liquidateurs a été déclarée recevable.



Quant au moyen des parties défenderesses qui estimaient qu'il appartiendrait au juge de la mise en état de statuer par voie d'ordonnance conformément à l'article 211 du NCPC, le tribunal a répondu que la production forcée de pièces peut être demandée *au juge*, en vertu de l'article 60 du NCPC et que serait donc compétente la juridiction saisie du litige dans le cadre duquel est soulevée la question de la production des pièces. Il a ajouté qu'étant donné qu'aucun juge de la mise en état n'avait encore été désigné, la formation de jugement pouvait prononcer des mesures d'instruction ou ordonner une production ou communication de pièces.

Le tribunal a qualifié la demande des liquidateurs de « demande de production forcée des pièces » qui serait à distinguer de la demande en communication des pièces qui consiste à assurer le principe de la contradiction.

Il a dit ensuite, après avoir retenu qu'un demandeur ne saurait assigner en déclaration de jugement commun 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, que la CSSF était à considérer comme « tiers » et pouvait à cet égard invoquer l'empêchement légitime tiré du secret professionnel.

Le tribunal a analysé la demande au regard de l'article 134 de la loi du 17 décembre 2010 concernant les opcv, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 par application du principe que les règles gouvernant les modes de preuve sont celles en vigueur au moment où le juge statue.

Il en a déduit 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 opcv pour l'accomplissement de leur mission, à la condition que ces informations tombent sous le secret professionnel des personnes qui les reçoivent et que 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.

La juridiction du premier degré a ensuite relevé que le législateur national avait omis de transposer en droit interne l'article 102.1 alinéa 2 de la directive 2009/65/CE relatif au secret professionnel de l'organe de surveillance (*i.e.* CSSF) qui dispose que lorsqu'un opcv 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, mais qu'il incombait au juge national, par application du principe de l'interprétation conforme, en



vertu duquel une juridiction 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, de tenir compte de cette entorse au secret professionnel de la CSSF dans le cadre du litige.

Il a partant examiné la demande introduite au nom des liquidateurs, mais non pas au nom de la société LIF qui n'est pas soumise au secret professionnel.

Il l'a dit fondée en ce que les liquidateurs ont pour mission 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 de l'opcvn de sorte que dans la perspective d'une action en responsabilité exercée en accomplissement de leur mission, les liquidateurs étaient en droit de demander la production du dossier d'enquête UBSL-LUXALPHA établi par la CSSF.

Il a rejeté le moyen des sociétés défenderesses tiré de la violation du principe de l'égalité des armes et des droits de la défense basé sur le fait 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, au motif que les liquidateurs seraient, en cas de production des informations mis dans la même situation que les sociétés défenderesses déjà en possession de ces documents.

Il a enfin rejeté le moyen de défense de l'ancien administrateur Bernd STIEHL qui était basé sur le fait que l'absence de communication des pièces litigieuses à toutes les parties contreviendrait tant aux dispositions de l'article 65 du NCPC régissant le principe du contradictoire, qu'au principe du procès équitable, visé par l'article 6.1 de la CEDH.

Ce jugement a été signifié les 5 et 6 mai 2011 aux parties UBS et ERNST & YOUNG.

## ***II. La procédure devant la Cour d'appel***

### ***Les appels des 10 mai et 10 juin 2011 des sociétés UBS***

Par acte d'huissier de justice du 10 mai 2011, les sociétés UBS (Luxembourg), UBS THIRD PARTY MANAGEMENT, UBS FUND SERVICES et UBS AG (ci-après les sociétés UBS) ont interjeté appel contre le jugement du 3 mars 2011 et ont demandé à le voir réformer, partant dire non fondée la demande de production de pièces présentée par les liquidateurs contre la CSSF.



Par acte d'huissier de justice du 10 juin 2011, les mêmes sociétés ont interjeté appel contre le jugement du 3 mars 2011 et ont demandé, en complément à l'acte d'huissier de justice du 10 mai 2011, à voir annuler le jugement du 3 mars 2011, sinon à le voir réformer.

Par acte d'huissier de justice du 29 février 2012, l'intimé Bernd STIEHL, non touché en personne par le premier acte d'huissier de justice, et qui n'avait pas constitué avocat, a été réassigné. Il a constitué avocat par la suite.

Ces deux affaires ont été enregistrées auprès de la Cour d'appel sous le numéro du rôle 37792.

### ***L'appel du 14 juin 2011 de la société ERNST & YOUNG***

Par acte d'huissier de justice du 14 juin 2011, la société ERNST&YOUNG a interjeté appel contre le jugement du 3 mars 2011 et a conclu à son annulation pour excès de pouvoir et violation de la loi, sinon à sa réformation et à voir dire non fondée la demande de production de pièces présentée par les liquidateurs contre la CSSF. Elle a encore demandé à voir dire que c'est à tort que le tribunal a joint les demandes principale et en intervention, étant donné que les assignations en intervention des 17 mai et 8 juillet 2010 ne lui ont pas été signifiées.

Cette affaire a été enregistrée auprès de la Cour d'appel sous le numéro du rôle 37778.

Par acte d'huissier de justice du 29 mars 2012, l'intimé Bernd STIEHL, non touché en personne par le premier acte d'huissier de justice, et qui n'avait pas constitué avocat, a été réassigné. Il a constitué avocat par la suite.

Ces appels ont fait l'objet d'une ordonnance de jonction du magistrat de la mise en état du 26 septembre 2013.

### ***Discussion***

1. La société LIF et les liquidateurs concluent d'abord à l'irrecevabilité de l'appel des sociétés UBS du 10 juin 2011 pour avoir le même objet que celui du 10 mai 2011.

Ce moyen est à rejeter étant donné que l'objet du second acte d'appel est de compléter le premier acte d'appel du 10 mai 2011 en ce que les sociétés appelantes demandent à la Cour dans le second acte d'appel, principalement, d'annuler le jugement du 4 mars 2011 pour excès de pouvoir et, subsidiairement, de le réformer, la demande subsidiaire étant identique à celle formulée dans le premier





acte d'appel. L'objet des deux actes d'appel n'étant que pour partie identique, le second appel est recevable dans la mesure où les appelants demandent à la Cour autre chose que ce qu'ils ont déjà demandé dans le premier acte d'appel. L'appel du 10 juin 2011 en ce qu'il tend à la réformation du jugement du 4 mars 2011 est cependant irrecevable en ce que son objet est identique à celui du 10 mai 2011.

2. La société LIF et les liquidateurs concluent encore à l'irrecevabilité pour cause de tardivité des appels des sociétés UBS et ERNST&YOUNG, au motif que les défendeurs avaient estimé en première instance que la demande en production forcée des pièces devait être adressée au juge de la mise en état et non pas au tribunal, de sorte qu'ils auraient dû interjeter appel contre cette ordonnance dans le délai de 15 jours à partir de la signification du jugement, délai non respecté en l'espèce, ce qui devrait entraîner l'irrecevabilité pour cause de tardivité.

Ces développements sont hors sujet, étant donné qu'il y a lieu de statuer sur la recevabilité d'un appel interjeté contre un jugement qui a ordonné la production desdites pièces, et non pas contre une ordonnance qui n'a pas été rendue.

3. La société LIF et les liquidateurs concluent encore à l'irrecevabilité de l'« appel incident » que les parties HONDEQUIN, EGGER, SCHRÖTER et STIEHL disent former contre le jugement du 4 mars 2011 en ce que le tribunal a fait droit à la demande dirigée par les liquidateurs contre la CSSF, au motif qu'un tel appel incident d'intimé à intimé serait irrecevable.

L'appel incident doit être dirigé contre un volet du jugement qui n'a pas été entrepris par l'appel principal.

Étant donné que les parties HONDEQUIN, EGGER, SCHRÖTER et STIEHL s'étaient opposées en première instance ensemble avec les sociétés UBS et ERNST & YOUNG à la demande en production de pièces et qu'elles poursuivaient donc un but identique à celui des sociétés appelantes au principal, leurs développements actuels ne sont pas à qualifier d'appel incident qui, par définition, soumet à la juridiction d'appel un volet du litige dont elle n'est pas encore saisie par l'appel principal. Il s'agit, en l'espèce, de la réitération de moyens qui n'ont pas été accueillis par le tribunal du premier degré. Les intimés HONDEQUIN, EGGER, SCHRÖTER et STIEHL ne font partant que se joindre aux moyens développés dans le cadre de l'appel principal.

Toujours est-il que ces intimés font valoir des moyens de nullité contre le jugement de première instance qui n'ont pas été invoqués par les appelants au principal.



Etant donné que la partie ERNST & YOUNG a déclaré se rallier entièrement aux conclusions des parties HONDEQUIN, EGGER, SCHRÖTER et STIEHL et se les approprier et que la production de moyens nouveaux en appel à l'appui d'une demande y formulée est recevable, il appartiendra à la Cour, le moment venu, de les intégrer ces moyens dans l'examen qu'elle sera amenée à faire ci-après.

Il n'y a pas lieu de suivre celles des parties qui discutent des conséquences que serait susceptible d'exercer sur la recevabilité de « l'appel incident » de Bernard STIEHL le fait pour celui-ci d'avoir indiqué dans ses conclusions une adresse où il demeure, ce qui a amené la société LIF et les liquidateurs, au vu des doutes qu'ils expriment par rapport à l'exactitude de cette adresse à se rapporter sur ce point à la prudence de la Cour, étant donné que l'indication exacte du domicile est prévue à peine de nullité dans l'acte d'huissier de justice portant assignation, mais non pas dans les écritures échangées entre avocats.

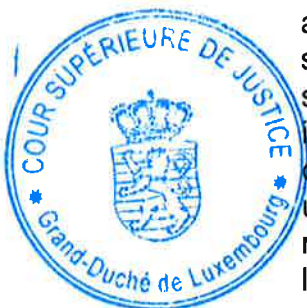
4. La société LIF et les liquidateurs soulèvent encore l'irrecevabilité des appels des sociétés UBS et ERNST&YOUNG en ce qu'elles n'auraient aucun intérêt pour relever appel, étant donné que l'injonction de produire les pièces s'adresse à la CSSF et que cette dernière, seule lésée, aurait partant seule qualité pour interjeter appel contre cette décision. Or, il ressortirait des conclusions de la CSSF qu'elle accepte le jugement. De même les appelantes ne feraient-elles état d'aucune lésion de leurs droits.

Les sociétés appelantes UBS et ERNST & YOUNG de même que les autres intimés, à l'exception de la CSSF et de Roger HARTMANN qui se rapporte à prudence de justice, concluent à voir dire que les sociétés UBS et ERNST&YOUNG ont intérêt pour interjeter appel.

La société ERNST&YOUNG soutient avoir qualité et intérêt pour relever appel en ce que le tribunal aurait commis un excès de pouvoir et que dès lors toute partie au procès serait en droit de relever appel sur ce point spécifique.

Les parties HONDEQUIN, EGGER, SCHRÖTER et STIEHL font valoir que la production forcée des pièces nuit à leurs intérêts étant donné que le tribunal a ordonné que la CSSF communique les pièces aux seuls liquidateurs, et qu'une telle mesure viole les droits de la défense de toutes les parties en cause, qui n'auraient pas accès à ces pièces.

Quant à la CSSF qui s'était rapportée à prudence de justice en première instance à la demande en production forcée des pièces (voir jugement, page 6), elle demande acte en instance d'appel qu'elle accepte le jugement du 4 mars 2011 et qu'elle est disposée à l'exécuter dans toute sa forme et teneur, mais demande à être



autorisée à voir occulter dans les documents dont la communication sera ordonnée les noms des tiers et les informations confidentielles sans rapport avec la sicav et/ou avec la perte de ses actifs. Elle informe encore la Cour d'appel de ce qu'elle a, en exécution d'une ordonnance de perquisition et de saisie du 22 juillet 2009 émise par un juge d'instruction de Luxembourg agissant sur commission rogatoire d'autorités judiciaires françaises, remis les pièces litigieuses à la police judiciaire chargée de l'exécution de ladite ordonnance.

Le tribunal a enjoint à la CSSF de produire quatre séries de pièces et de les remettre aux liquidateurs. L'injonction vise uniquement la CSSF qui a cependant déclaré accepter le jugement.

La lettre de la CSSF du 22 septembre 2009 adressée aux liquidateurs judiciaires est de la teneur suivante :

*« ... Dès que l'affaire MADOFF a éclaté, la CSSF a également ouvert une enquête en relation avec les obligations prudentielles des entités surveillées. Dans son enquête, la CSSF a, en accord toujours avec ses missions légales, contrôlé de manière prioritaire, la qualité de l'organisation administrative générale et du contrôle interne des entités surveillées (en vue de garantir de manière générale la protection de tous les investisseurs en relation d'affaires avec ces entités). Il s'agissait, en tant qu'autorité de surveillance, de déterminer dans ce contexte les violations éventuelles par les différents intervenants et prestataires de services de leurs obligations légales respectives.*

*Nos recherches et contrôles sur place ont ainsi notamment fourni les éléments nécessaires pour aboutir à une conclusion par rapport aux obligations d'UBS (Luxembourg) SA (« UBSL ») le 25 février 2009. Ainsi, conformément à ses pouvoirs légaux, la CSSF a enjoint à UBSL 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 à la Circulaire IML 91/75. Nous sommes d'avis que par la publication de notre communiqué de presse daté du 25 février 2009 — précisant entre autres que la CSSF a notamment relevé dans le dossier UBSL / LUXALPHA SICAV que « la mauvaise exécution de l'obligation de « due diligence » constitue un manquement grave au devoir de surveillance d'une banque dépositaire et peut par conséquent constituer une violation d'une obligation contractuelle substantielle dans le contexte de la responsabilité de UBSL au sens de l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002 » - nous avons clairement indiqué la position de la CSSF en ce qui concerne les manquements organisationnels de la banque dépositaire. Il a également été clarifié que la CSSF a enjoint à UBSL « 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 UBSL devra veiller à réparer les dommages en relation avec les manquements ci-avant relevés 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 judiciaire en la matière. » En mai 2009, UBSL a remis à la CSSF un rapport final détaillé concernant les améliorations apportées à son infrastructure et les modifications substantielles de ses procédures internes liées à la fonction de banque dépositaire. Après analyse dudit rapport, la CSSF retient que UBSL 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. La CSSF, en tant qu'autorité de surveillance prudentielle, veillera, notamment par des contrôles sur place, au respect continu en pratique de ces mesures.*

*Les investigations de la CSSF ne se sont pas limitées à la seule banque dépositaire concernées. Des contrôles sur place ont ainsi été effectués auprès de UBS Third Party Management Company SA., de UBS Fund Services Luxembourg et de Access Management Luxembourg. »*

Il en ressort que cette enquête visait dans un premier temps la société UBS Luxembourg prise en sa qualité de banque dépositaire de la sicav LUXALPHA. Des contrôles ont encore été effectués sur place auprès des sociétés UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY, d'UBS FUND SERVICES LUXEMBOURG et d'ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG. Ces sociétés ont partant intérêt pour relever appel du jugement dès lors que les pièces à communiquer aux liquidateurs les concernent directement.

Les pièces visées sub iv) du jugement sont constituées par la copie du rapport final détaillé et daté de mai 2009 que la société UBS Luxembourg 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, ce qui a permis à la CSSF de retenir que UBSL avait 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.

Ledit rapport concerne partant « les améliorations apportées par UBSL à son infrastructure et les modifications substantielles de ses procédures internes liées à la fonction de banque dépositaire ».

Le problème consiste dans le fait que l'intérêt pour agir des appelants est fonction du contenu des pièces qui peuvent les concerner directement ou indirectement, individuellement ou collectivement. Le contenu de ces pièces n'est cependant pas connu par la Cour, sa révélation étant précisément l'objet de l'appel.

Il ressort cependant de l'assignation principale lancée à la requête de la sicav et des liquidateurs que la CSSF a été assignée en déclaration de jugement commun et que la demande dirigée à son encontre en production des pièces a nécessairement pour finalité de l'aveu même des liquidateurs de leur permettre d'y puiser des éléments susceptibles de justifier leur action en responsabilité





introduite contre tous les assignés.

Même si le contenu de ces pièces n'est du moins officiellement pas à la connaissance des parties - les documents concernant la société UBS prise en sa qualité de dépositaire de même que le rapport qu'elle a établi à la requête de la CSSF est nécessairement à sa connaissance et à celle des autres entités UBS - et qu'il est partant impossible d'en déterminer le caractère concluant à l'égard de chaque partie défenderesse, la procédure judiciaire initiée par les demandeurs au principal qui tend à la production d'éléments de preuve qu'ils entendent faire valoir contre les défendeurs établit dans le chef de ceux-ci un intérêt né et actuel pour quereller la décision du tribunal.

Ce moyen d'irrecevabilité de l'appel est partant à rejeter.

5. La société LIF et les liquidateurs soulèvent encore l'irrecevabilité des appels par application des articles 579 et 580 du NCPC au motif que le tribunal n'a au dispositif du jugement, ni tranché une partie du principal et ordonné une mesure d'instruction ou une mesure provisoire, ni statué sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident qui met fin à l'instance.

Les développements des intimés HONDEQUIN, EGGER, SCHROETER et STIEHL qui font valoir que l'intégralité de la demande dirigée par les demandeurs au principal contre la CSSF aurait été tranchée sont à écarter étant donné que la mesure d'instruction ordonnée ne vient pas se greffer sur une partie du principal.

Les appels sont irrecevables dans la mesure où les appelants concluent à la réformation du jugement, étant donné que le tribunal n'a pas tranché une partie du principal et ordonné une mesure d'instruction ou une mesure provisoire et qu'il n'a pas non plus mis fin à l'instance.

L'appel introduit le 10 mai 2011 par les sociétés UBS est donc irrecevable. Les frais d'assignation et de réassignation resteront à charge de celles - ci.

Les sociétés appelantes UBS et ERNST & YOUNG et les intimés à l'exception de Roger HARTMANN font valoir qu'il y a lieu de faire application de la théorie de l'appel-nullité pour déclarer leur appel recevable. Ils ont exposé que l'appel-nullité est possible, en l'absence de texte prévoyant spécifiquement un recours contre une décision de justice et même en présence d'un texte le prohibant ou le reportant, en cas d'excès de pouvoir, de violation grave des droits de la défense, de violation d'un principe fondamental de procédure, d'erreurs grossières ou de vices particulièrement graves. Ils ont soutenu que les trois conditions pour la recevabilité d'un tel appel sont les suivantes : un texte exclut ou repousse la possibilité du



recours ; aucune autre voie de recours ne permet de remédier immédiatement à l'anomalie de la décision et la décision est atteinte d'un vice particulièrement grave.

Les appelants ont précisé que dans ce contexte, la notion d'excès de pouvoir est à interpréter largement et englobe toute transgression grave par le juge des devoirs de sa fonction, notamment lorsqu'il s'arroge des pouvoirs que la loi ne lui reconnaît pas. Un tel excès de pouvoir serait pareillement donné lorsque le juge commet un manquement grave aux devoirs des magistrats en relation avec les principes fondamentaux de la procédure, notamment le respect des droits de la défense.

Les sociétés appelantes UBS et ERNST & YOUNG et les intimés à l'exception de Roger HARTMANN font valoir qu'il y a lieu de faire application de la théorie de l'appel-nullité pour déclarer leur appel recevable. Ils ont exposé que l'appel-nullité est possible, en l'absence de texte prévoyant spécifiquement un recours contre une décision de justice et même en présence d'un texte le prohibant ou le reportant, en cas d'excès de pouvoir, de violation grave des droits de la défense, de violation d'un principe fondamental de procédure, d'erreurs grossières ou de vices particulièrement graves. Ils ont soutenu que les trois conditions pour la recevabilité d'un tel appel sont les suivantes : un texte exclut ou repousse la possibilité du recours ; aucune autre voie de recours ne permet de remédier immédiatement à l'anomalie de la décision et la décision est atteinte d'un vice particulièrement grave.

Les appelants font valoir que la notion d'excès de pouvoir est à interpréter largement et englobe toute transgression grave par le juge des devoirs de sa fonction, notamment lorsqu'il s'arroge des pouvoirs que la loi ne lui reconnaît pas. Un tel excès de pouvoir serait pareillement donné lorsque le juge commet un manquement grave aux devoirs des magistrats en relation avec les principes fondamentaux de la procédure, notamment le respect des droits de la défense.

Quant à la notion d'appel-nullité, il résulte de l'étude de la doctrine et de la jurisprudence françaises invoquées par les parties qu'au cas où la loi interdit tout appel ou en diffère l'exercice, il est possible d'interjeter un appel-nullité en cas d'excès de pouvoir commis par le juge qui a rendu la décision attaquée. Ce recours trouve sa source dans la constatation qu'aucune disposition légale ne peut interdire de faire constater, selon les voies de recours de droit commun, la nullité d'une décision entachée d'excès de pouvoir (Jurisclasseur, procédure civile, fasc. 530, n° 114 et s. ; J.-L. Gallet : La procédure civile devant la Cour d'appel, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., n° 56 et s ; *cf pour l'application des mêmes principes en matière de cassation : J. Boré et L. Boré : La cassation en matière civile, Dalloz Action 2009/ 2010, n° 73.51 et s. ; Droit et pratique de la cassation en matière civile, Lexisnexis, 3<sup>ème</sup> éd, n° 129 et s. ; C. Puigellier : La pratique de la cassation en matière sociale, Lexisnexis, 2<sup>ème</sup> éd., n° 937 et s.).*



La théorie dite de « l'appel nullité, importée de la jurisprudence française, a pareillement été consacrée par la Cour de cassation belge dans un arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2006 ( Pas. 2006, p.1252). La Cour de cassation a jugé que l'article 1402 du Code judiciaire, qui en principe interdit au juge d'appel de revenir sur l'exécution provisoire accordée par le premier juge, ne faisait pas obstacle à ce que le juge d'appel puisse toutefois annuler cette mesure « lorsqu'elle n'a pas été demandée, lorsqu'elle n'est pas autorisée par la loi, ou encore lorsque la décision a été prise en méconnaissance des droits de la défense ». Depuis cet arrêt, les juridictions de fond ont consacré cette théorie ( voir p.ex. Cour d'appel de Liège, 14<sup>ème</sup> chambre, 29 novembre 2012, JLMB, 2013, p.1954 ; Cour d'appel de Liège, 7<sup>ème</sup> chambre, 28 novembre 2013, J.T. 2014/2, n° 6546, p.27-28 commenté par Hoc A. ; voir également Cour d'appel de Bruxelles, 16<sup>ème</sup> chambre, 28 juin 2013, J.T. 2014/32, n° 6576 p.624-625 ; Cour d'appel de Bruxelles, 16<sup>ème</sup> chambre, 9 juillet 2014, J.T. 2014/ 32 n° 6576 p.622-624).

Au vu des nombreuses décisions rendues en la matière par les cours et tribunaux français et belges, l'existence d'un tel recours ne fait plus de doute dans ces systèmes juridiques. Il n'existe pas de motifs de ne pas transposer cette solution en droit luxembourgeois.

Concernant la décision du 3 mai 1996 de la Cour d'appel luxembourgeoise citée par la société LUXALPHA et ses liquidateurs, décision qui, selon ces parties, a rejeté l'application de l'appel-nullité en droit luxembourgeois, il résulte de la lecture de cet arrêt que, saisi du moyen de la partie appelante que l'appel est recevable contre la décision ayant ordonné une communication de pièces, dès lors que le juge a commis un excès de pouvoir, la Cour a répondu qu'il n'y a pas eu d'excès de pouvoir puisque les articles 191 et 192 du code de procédure civile autorisent le juge à enjoindre à une partie ou à un tiers de communiquer une pièce. Rejetant l'existence d'un excès de pouvoir, la Cour n'a pas eu à se prononcer sur la possibilité d'attaquer la décision par un appel-nullité. Cet arrêt ne saurait partant être considéré comme ayant rejeté l'application en droit luxembourgeois de la création prétorienne de l'appel-nullité.

Quant aux cas de figure dans lesquels un tel recours est autorisé, il convient de constater que jusqu'à un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation française du 28 janvier 2005, l'appel-nullité était autorisé, outre en cas d'excès de pouvoir, en cas de violation d'un principe essentiel ou fondamental de procédure. Par son arrêt du 28 janvier 2005, la chambre mixte de la Cour de cassation a mis fin à cette extension de l'appel-nullité, en rappelant que ce recours est réservé au seul cas où un excès de pouvoir a été commis ( Bull. civ. 2005, chbre mixte, n° 1). Cette solution a été critiquée par certains auteurs ( cf notamment : J. Boré et L. Boré : La cassation en matière civile, Dalloz Action, 2009/2010, 73.57), mais approuvée par d'autres ( cf notamment : S. Guichard : Droit et pratique de la procédure civile,



Dalloz Action 2006/2007, n° 541-08). Elle constitue actuellement la position de la Cour de cassation française et elle a été rappelée par un arrêt de la chambre civile de cette même Cour en date du 20 février 2007 ( cf R. Perrot, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 20 février 2007, dans RTDC 2007, p. 386). La Cour de cassation a rappelé dans cette décision que seul un excès de pouvoir consistant pour le juge de méconnaître l'étendue de son pouvoir de juger pouvait justifier l'ouverture d'un appel-nullité.

En Belgique, cette théorie reçoit une portée plus large qu'en France dans la mesure où dans ce pays, elle ne se cantonne pas à l'hypothèse dans laquelle le juge aurait commis un excès de pouvoir stricto sensu, c'est-à-dire dans laquelle il aurait statué sans pouvoir de juridiction ( J. Van Compennolle « Le double degré de juridiction et les exigences du procès équitable » in J. Van Compennolle et A. Saletti, Le double degré de juridiction - Etude de droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.6-9) . C'est ainsi qu'en Belgique, dès un arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> avril 2004 ( Pas. 2004, p.557), il fut entendu que le droit d'appel pouvait renaître lorsque la décision avait été rendue « en violation des droits de la défense ». L'arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2006 y a ajouté l'hypothèse où le juge a statué ultra petita et celle dans laquelle il a statué contra legem. La généralité des termes employés par la Cour de cassation dans son arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2006 avait laissé songer que la théorie dite de « l'appel nullité » puisse être étendue à d'autres domaines. La jurisprudence belge est actuellement fixée en ce sens que la violation des droits de la défense, en ce comprises l'hypothèse où le juge statue ultra petita et celle où il méconnaît le principe de la contradiction, doit continuer à permettre au juge d'appel, que ce soit dans le cas particulier de l'exécution provisoire ou dans un autre contexte, à revenir sur la décision du premier juge même dans le cas où la loi supprime ou restreint cette possibilité. ( commentaire des deux arrêts rendus par la Cour d'appel de Bruxelles des 28 juin 2013 et 9 juillet 2014 par Hoc A. « Principe de la contradiction , obligation de motivation et appel-nullité » J.T. 2014/32, n° 6576, p.613-617).

La Cour adopte la solution dégagée par la Cour de cassation française. Les principes régissant la matière sont identiques dans les deux systèmes juridiques. Les mêmes motifs que ceux invoqués devant les juges français et retenus par ces derniers, soutenus par une large partie de la doctrine, doivent conduire à admettre la même solution en droit luxembourgeois que celle reconnue en droit français. S'agissant en outre d'une voie de recours non prévue par la loi, mais de création prétorienne, son domaine d'application doit être restreint et rester cantonné à l'excès de pouvoir.( voir pour les conditions d'un appel-nullité, Cour d'appel de Versailles, n° de RG 14/03872 du 19 février 2015)

L'appel-nullité n'est ouvert que si trois séries de conditions sont remplies: qu'un texte apporte une atteinte au double degré de juridiction; que la décision à l'encontre de laquelle l'appel est interjeté





soit affectée par un vice suffisamment grave et qu'en outre, aucun autre recours ne soit ouvert ( JCL procédure civile, Fasc.724 Appel-Appel nullité, Fonctions d'annulation de l'appel n° 17 et suivants).

Quant à la première et la troisième condition, il y a lieu de relever que la recevabilité de l'appel-nullité est conditionnée à la prohibition d'un appel de droit commun. En outre l'appel-nullité est déclaré irrecevable lorsqu'un autre recours permet d'invoquer la nullité d'une décision entachée d'un vice grave. L'irrecevabilité de l'appel-nullité suppose que le plaideur ne dispose d'aucun recours immédiatement recevable. Si le recours est différé par la loi, l'appel-nullité redevient immédiatement recevable. ( JCL procédure civile, Fasc.724 Appel-Appel nullité, Fonctions d'annulation de l'appel n° 30 et suivants).

Il n'est pas contesté que ces deux conditions sont remplies en l'occurrence.

Encore faut-il définir l'excès de pouvoir.

Il est reconnu que l'excès de pouvoir peut se manifester de façon positive, lorsque le juge a outrepassé ses pouvoirs, mais également de façon négative, lorsqu'il n'a pas exercé son pouvoir. L'existence de la deuxième acception est critiquée en doctrine (voir notamment R. Perrot, note précitée).

La notion d'excès de pouvoir positif ne se cantonne pas à l'hypothèse de la transgression de la séparation des pouvoirs, mais elle vise encore les situations telles que lorsque :

le juge transgresse une règle d'ordre public par laquelle la loi a circonscrit son autorité,

il viole un principe fondamental de l'organisation judiciaire,

il statue au mépris d'une immunité de juridiction ou de la compétence exclusive communautaire.

Ne constitue par contre pas un excès de pouvoir :

l'inobservation par le juge de dispositions qui portent atteinte au droit d'accès à un tribunal au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme,

un mal jugé par une erreur de droit,

la méconnaissance de dispositions d'ordre public,

la violation de règles de procédure ( cf pour tous ces exemples : J.-L. Gallet : La procédure civile devant la Cour d'appel, Litec, 2<sup>ème</sup> éd., n° 59).

Il convient tout d'abord d'écarter pour ne pas être pertinents les moyens développés par les parties HONDEQUIN, EGGER, SCHROETER et STIEHL dans leurs conclusions du 20 janvier 2015 qui viennent s'ajouter à ceux développés par les sociétés UBS et ERNST&YOUNG.



Le fait pour le président de chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, de ne pas avoir désigné conformément à l'article 202 du NCPC de juge de mise en état de sorte qu'il a « par là même violé la loi » est inopérant, étant donné que le NCPC n'impose au président de chambre de désigner un juge de la mise en état que dans les affaires qui ne sont pas renvoyées à l'audience, cette décision relevant de sa seule appréciation. La décision que prend le président lorsqu'il se borne à transmettre au juge de la mise en état une affaire qu'il estime ne pouvoir renvoyer à l'audience n'a pas de caractère juridictionnel, mais constitue une mesure d'administration judiciaire. (JCL, procédure civile, fasc. 220, numéro 14)

Le fait pour le tribunal d'avoir dit siéger en matière civile alors que ce dernier a été saisi en matière commerciale amène ces mêmes parties à demander l'annulation du jugement pour violation d'une formalité substantielle pour relever de l'organisation judiciaire. Cette indication fût-elle erronée n'est pas constitutive d'un excès de pouvoir.

Le fait pour le tribunal d'avoir « dans les qualités du jugement procédé à une fausse indication des constitutions d'avocat » n'ouvre pas droit à un appel-nullité, car non constitutif d'un excès de pouvoir. Il s'y ajoute que les qualités ne font pas partie intégrante du jugement et que les intimés ne sont pas concernés par cette prétendue irrégularité.

En ce qui concerne les moyens tirés de l'excès de pouvoir tels que développés notamment dans les conclusions des sociétés UBS et ERNST&YOUNG, la Cour d'appel renvoie, dès l'ingrès, à l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation française du 27 janvier 1999 (n° de pourvoi 96-44460), cité par le tribunal, qui a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 mai 1996 qui avait dit irrecevable l'appel interjeté par une banque contre un jugement qui lui avait ordonné de verser au greffe un rapport de la commission bancaire française. La Cour d'appel avait dit que l'atteinte prétendument portée au secret bancaire ne peut faire obstacle au pouvoir reconnu au juge d'ordonner communication de tous documents détenus par une partie. Pour fonder sa décision, la Cour de Cassation a retenu qu'« en statuant ainsi, alors que la production ordonnée se heurtait à un empêchement légitime tenant au secret bancaire, en sorte que l'excès de pouvoir entachant la décision des premiers juges rendait l'appel immédiatement recevable », la Cour d'appel avait violé les articles 10, 142 et 545 du NCPC (français). Dans son attendu de principe, la Cour de Cassation a dit que « le pouvoir du juge civil d'ordonner la production des éléments de preuve détenus par les parties est limité par l'existence d'un empêchement légitime; que l'appel des jugements qui se bornent à



ordonner une mesure d'instruction est immédiatement recevable en cas d'excès de pouvoir ».

La Cour qui se rallie aux principes retenus dans cette décision va partant déterminer s'il entrerait dans les pouvoirs du tribunal d'arrondissement d'ordonner à la CSSF de remettre les pièces aux liquidateurs, étant rappelé que la demande de la sicav LIF en production de ces pièces a été rejetée par le tribunal et qu'elle n'a pas relevé appel incident de ce volet du jugement.

La juridiction du premier degré a qualifié la demande des liquidateurs de demande en production de pièces dirigée contre la CSSF prise en qualité de tiers qui est en droit d'invoquer un empêchement légitime dans son chef tiré du secret professionnel.

Le tribunal a déclaré applicable à la solution du litige l'article 134 paragraphe (5) de la loi du 10 décembre 2002 sur les opcvn telle que modifiée par celle du 17 décembre 2010.

Il en a conclu qu'il résulte de cette disposition 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, dans la mesure où le secret professionnel de ces personnes offre des garanties au moins équivalentes au secret professionnel auquel est soumise la CSSF.

Il a encore invoqué l'article 102.1 alinéa 2 relatif au secret professionnel de la directive 2009/65/CE qui prévoit que lorsqu'un opcvn 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.

Il a enfin dit que 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.

Les intimés HONDEQUIN, EGGER, SCHROETER et STIEHL font valoir que le tribunal a appliqué au litige la loi du 17 décembre 2010 alors que l'ordonnance de clôture date du 25 décembre 2010 et qu'ils



n'ont pas rouvert les débats pour permettre aux parties de prendre position. Ils concluent à la réformation du jugement en ce que les juges ont commis une erreur de droit.

L'erreur de droit n'est pas constitutive d'un excès de pouvoir.

Pour autant que les conclusions des intimés seraient à interpréter comme demande en annulation du jugement en ce que le tribunal aurait violé les droits de la défense en ne soumettant pas la question de l'applicabilité de la loi du 17 décembre 2010 à débat contradictoire, il y a lieu de rappeler que cette violation, dût - elle avoir eu lieu, ne donne pas ouverture à appel-nullité, dès lors que le tribunal n'a ce faisant pas non plus commis un excès de pouvoir.

Pour déclarer applicable la loi nouvelle du 17 décembre 2010, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, le tribunal a retenu qu'« 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.1<sup>re</sup>, 3 mai 2006, Bull. civ.I n° 2007 (*note de la Cour : en réalité il s'agit du n°207*), Civ. 1<sup>re</sup> 31 janvier 2008, Bull. civ. I n° 32 et Com. 30 mars 2010 Bull. IV n° 69) et qu'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 184/871 du 25 mars 1987). »

Les appelants font valoir qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la loi du 17 décembre 2010 qui ne serait pas une loi de procédure et rappellent que la liquidation judiciaire de la sicav LIF a été prononcée par jugement du 2 avril 2009 et que les pièces dont la production est demandée ont été établies soit par la CSSF(les trois premières), soit par UBS (le rapport) dans la première moitié de l'année 2009, de sorte que les règles de preuve à appliquer seraient celles qui étaient en vigueur à cette époque, partant celles prévues à l'article 98 de la loi du 20 décembre 2002 sur les opcvn.

Ils font encore grief au tribunal d'avoir dit que le législateur aurait omis de transposer l'article 102.1 alinéa 2 de la directive 2009/65/CE relatif au secret professionnel, dès lors que ce texte communautaire ne fait pas obligation aux Etats membres de transposer ces dispositions en droit national, le contenu dudit article ne faisant que prévoir une possibilité pour les Etats membres de transposer ou non cette disposition en droit national, ce que le Grand-Duché de Luxembourg aurait sciemment omis de faire. Ils reprochent partant au tribunal d'avoir interprété la loi de 2002 telle que modifiée par





celle de 2010 à la lumière d'un article de la directive dont il n'y avait pas lieu de tenir compte, le législateur ayant fait le choix de ne pas le transposer

Les liquidateurs qui concluent à la confirmation du jugement font valoir qu'il y a concordance presque parfaite entre l'article 98 de la loi de 2002 et l'article 134 de la loi de 2002 modifiée par celle de 2010, sauf que l'ajout *au Luxembourg* inséré dans la loi du 17 décembre 2010 ne signifierait pas que la transmission d'informations régie par la loi de 2002 n'était possible qu'entre autorités se situant dans l'Union Européen, mais pas au Luxembourg.

Les liquidateurs qui concluent à la confirmation du jugement font valoir qu'il y a concordance presque parfaite entre l'article 98 de la loi sur les opcvn de 2002 et l'article 134 de la même loi telle que modifiée par celle de 2010, sauf que l'ajout *au Luxembourg* inséré dans la loi du 17 décembre 2010 ne signifierait pas que la transmission d'informations régie par la loi de 2002 n'était possible qu'entre autorités se situant dans l'Union Européenne, mais pas au Luxembourg.

Les dispositions transitoires de la loi du 17 décembre 2010 ne concernent pas la question litigieuse, ladite loi étant entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011, sauf certaines dispositions qui ne sont entrées en vigueur qu'au 1<sup>er</sup> juillet 2012. (articles 183-186).

La contradiction n'est qu'apparente entre les articles 192 de la loi de 2010 qui dispose que « la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectif est abrogée avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2012, à l'exception des articles 127 et 129 qui sont abrogés avec effet au 1<sup>er</sup> janvier 2011 » et l'article 194 qui dispose que la présente loi entre en vigueur le premier jour du mois suivant sa publication au Mémorial » soit en l'espèce le 1<sup>er</sup> janvier 2011, vu que la loi a été publiée au Mémorial le 24 décembre 2010.

En effet, la loi de 2010 prévoit des dispositions transitoires qui ont pour but de permettre aux opcvn créés sous l'empire de la loi de 2002 de se mettre en conformité avec la loi nouvelle, l'article 183-4 accordant un tel délai jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2012, raison pour laquelle celle-ci n'a été abrogée qu'à cette date. (voir le rapport de la commission des finances et du budget du 8 décembre 2010, doc. 6170-4, pages 38 ss)

La question de savoir s'il y a lieu à application de la loi du 20 décembre 2002 qui a transposé la directive 85/611 ou de la loi du 17 décembre 2010 qui a transposé la directive 2009/65/CE est toute relative, voire même sans intérêt pratique.

La Cour note que l'article 134 de la loi du 17 décembre 2010 est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2011 et que le tribunal a retenu à bon



droit que les règles relatives à la preuve concernant la seule œuvre du juge sont celles déterminées par la loi en vigueur au jour où il statue. Il a encore dit à bon droit, en se référant à plusieurs décisions rendues par la Cour de Cassation française, que cette loi 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 tranché au moment où il statue.

La solution serait la même par application de la loi de 2002.

Il convient à cet effet d'abord de déterminer les destinataires pouvant bénéficier de l'échange d'informations.

Les appelants soutiennent au vu du contenu de l'article 134 de la loi de 2010 qui dispose que le secret professionnel de la CSSF ne s'oppose pas à l'échange d'informations à l'intérieur de l'Union Européenne *ou au Luxembourg* et de l'article 98 de la loi de 2002 qui ne contenait pas cet ajout (*ou au Luxembourg*), a contrario que ce dernier article, qui serait applicable en l'espèce, limitait partant l'échange d'informations de la CSSF aux personnes, autorités ou organes situés dans les Etats membres de l'Union Européenne, à l'exception du Luxembourg.

Ce moyen est à rejeter.

Rien dans les directives concernées, ni dans les travaux préparatoires des lois afférentes de 2002 et 2010 ne permet d'accréditer la thèse selon laquelle la CSSF n'aurait été en droit de transmettre des informations confidentielles qu'à des personnes, autorités ou organes situés sur le territoire des Etats membres de l'Union Européenne, mais non pas à des personnes, autorités ou organes situés au Luxembourg.

Les articles 98 (5) a) tiret 2 de la loi du 20 décembre 2002 et de l'article 134 (5) a) tiret 2 de la loi du 17 décembre 2010, sont de contenu identique, sauf l'ajout *ou au Luxembourg* figurant dans la loi de 2010.

L'interprétation de la directive 2009/65/CE au regard de ses considérants et de son contenu ne permet pas de retenir qu'elle entendait modifier son champ d'application en ce qui concerne les autorités, personnes ou organes pouvant bénéficier de la coopération et qu'il serait plus étendu que celui visé par la directive 85/611 telle que modifiée en ce qu'elle s'appliquerait désormais également au territoire national de l'Etat qui jusqu'à présent ne pouvait qu'accorder une coopération transfrontalière.

Tant les directives que les lois nationales de transposition consacrent des dispositions particulières à la coopération internationale de l'organe de surveillance prudentiel, tel qu'en



l'espèce la CSSF avec les autres organes de surveillance situés soit dans l'Union Européenne, soit dans un pays membre de l'AELE, soit dans tout autre pays tiers. Il en est ainsi des articles 98 de la loi de 2002 et 134 de la loi de 2010 en leurs paragraphes respectifs (1) à (4). Cette coopération ne peut qu'être transfrontalière, étant donné que chaque pays membre notamment de l'Union Européenne ne dispose que d'un organe de surveillance des opcvn et qu'il tombe sous le sens que la CSSF ne saurait échanger des informations avec elle-même, de sorte que l'échange d'informations avec les autorités des autres Etats membres de l'Union Européenne dont question au paragraphe (2) des lois concernées de 2002 et de 2010 ne concerne que les autorités de surveillance situées sur le territoire des autres Etats membres de l'Union Européenne, à l'exception du Luxembourg. Il est par ailleurs inutile de souligner que l'ajout *ou au Luxembourg* ne concerne pas les paragraphes (1) à (4) de l'article 134 de la loi sur les opcvn.

Le paragraphe (5) a) de l'article 98 de la loi de 2002 et de l'article 134 de la loi de 2010 concernent l'échange d'informations avec des entités autres que les organes de surveillance, dès lors des autorités, organes et personnes exerçant leur fonction sur le territoire sur le territoire de chacun des Etats membres de l'Union Européenne.

L'article 98 de la loi de 2002 a notamment réglementé l'échange d'informations à l'intérieur de l'Union Européenne tant en ce qui concerne celui à pratiquer entre les organes nationaux de surveillance qu'entre l'organe national de surveillance et d'autres entités. L'article 98 a retenu que cet échange d'informations se faisait à l'intérieur de l'Union Européenne Cette dernière est composée entre autres du Grand-Duché de Luxembourg.

Cette disposition est claire et n'a pas besoin d'interprétation supplémentaire.

Ce n'est pas parce que la loi du 17 décembre 2010 a ajouté *ou au Luxembourg* que le texte général et clair de 2002 devrait a posteriori recevoir une interprétation différente.

L'ajout inséré dans la loi de 2010 est à lire en combinaison avec l'article 102. paragraphe (5) de la directive 2009/65/CE qui dispose que *« les paragraphes 1 et 4 ne font pas obstacle à l'échange d'informations à l'intérieur d'un Etat membre ou entre Etats membres, lorsque cet échange doit avoir lieu entre une autorité compétente et a) les autorités de surveillance des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, des entreprises d'assurance ou d'autres institutions financières ou les autorités chargées des marchés financiers; b) les organes impliqués dans la liquidation ou la faillite d'opcvn ou d'entreprises qui concourent à leur activité ou les organes impliqués dans des procédures similaires, c) .....*  Selon l'article 102 paragraphe (5) in fine, les informations transmises au



titre du premier alinéa (i.e. « les paragraphes 1 et 4 ne font pas obstacle à l'échange d'informations à l'intérieur d'un Etat membre ou entre Etats membres, lorsque cet échange doit avoir lieu entre une autorité compétente ») sont soumises au secret professionnel prévu au paragraphe 1. Ledit paragraphe dispose en sa deuxième phrase que toutefois, lorsqu'un opcvu 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 civile ou commerciale.

Il ressort des considérants 75 et 76 de la directive 2009/65 aux termes desquels

*Il convient de prévoir la possibilité d'échanges d'informations entre les autorités compétentes et des autorités ou organismes qui contribuent, de par leur fonction, à renforcer la stabilité du système financier. Toutefois, pour préserver le caractère confidentiel des informations transmises, il convient de limiter strictement les destinataires de ces échanges.*

*Il est nécessaire de prévoir dans quelles conditions de tels échanges d'informations sont autorisés,*

qu'elle a, dans un souci de clarté, distingué la coopération transfrontalière entre autorités compétentes (l'article 97 dispose que les Etats les désignent; elles sont chargées de l'agrément et de la surveillance des opcvu; il s'agit en l'espèce de la CSSF et des autorités de surveillance des autres Etats membres) de l'échange d'information qui se fait entre l'autorité compétente et notamment les organes impliqués dans la liquidation ou la faillite d'opcvu ou d'entreprises qui concourent à leur activité ou les organes impliqués dans des procédures similaires, ces organes pouvant être situés tant à l'intérieur de l'Etat dont relève l'autorité compétente que dans un autre Etat membre.

Les documents parlementaires relatifs à la loi de 2010 ne font d'ailleurs à aucun endroit état de cet ajout, à plus forte raison de la nécessité de l'insérer dans la loi, sauf qu'il est retenu dans l'exposé des motifs et dans le rapport de la commission des finances et du budget, en des termes identiques, que l'article 134 reprend dans une large mesure l'article 98 de la loi modifiée du 20 décembre 2002 et traite du secret professionnel de la CSSF et des dérogations à celui-ci (doc. parl. 6170, p.109 et 6170-4, p.33). Il n'est nulle part indiqué celles des dispositions qui seraient exclues de la large mesure y mentionnée.

Il serait à tout le moins étonnant que si la loi de 2002 avait limité la communication d'échange d'informations par la CSSF aux organes de surveillance et autres entités, organes ou personnes situés dans tous les Etats faisant partie de l'Union Européenne, à l'exception du





Luxembourg, et que si le législateur de 2010 avait entendu intégrer le Luxembourg dans la liste des Etats pouvant en bénéficier, ce qui aurait constitué une innovation des plus substantielles, il n'en eût pas fait état dans un des deux documents cités ci-dessus, l'intention expresse du législateur national ayant été en 2010 de simplement reprendre *dans une large mesure* les dispositions issues de la loi du 20 décembre 2002. Il est ajouté à titre surabondant qu'il n'existe aucune raison objective pour un pays de permettre à l'autorité de surveillance nationale de réserver des informations confidentielles qu'elle a reçues dans l'exercice de sa mission à des personnes, autorités ou organes se situant sur le territoire d'un Etat membre de l'Union Européenne, mais de ne pas lui permettre d'en faire bénéficier des personnes, autorités ou organes situés sur le territoire de l'Etat dont elle relève.

Le Grand-Duché de Luxembourg n'a pas transposé dans l'article 134 de la loi de 2010 tel quel l'article 102 paragraphe 1, 2<sup>ème</sup> phrase de la directive 2009/65/CE auquel renvoie le paragraphe 5 in fine. La juridiction du premier degré a retenu qu'il ne l'avait pas transposé du tout et qu'il appartiendrait dès lors aux juridictions nationales d'interpréter l'article 134 au regard de cette disposition communautaire dont il y aurait lieu de tenir compte.

Les articles 98.1 deuxième phrase de la loi de 2002 et 134.1. deuxième phrase de la loi de 2010 permett(a)ent sans restriction aucune à la CSSF l'échange d'informations à l'intérieur de l'Union Européenne avec les organes impliqués dans la liquidation d'un OPC, les textes étant restés identiques sur le point concerné .

Ce faisant, la loi nationale en ce qu'elle règle le secret professionnel de la CSSF à l'égard de ces organes a un domaine d'application plus large que la directive 2009/65/CE qui limite l'échange d'informations confidentielles à effectuer par l'organe prudentiel au profit des organes de la liquidation forcée d'un opcvn aux procédures civiles et commerciales. Le fait pour la directive 2009/65/CE de retenir que « les informations confidentielles...peuvent être divulguées dans le cadre de procédures civiles ou commerciales » signifie que le secret professionnel de la CSSF ne s'applique pas, dès lors que l'échange d'informations se fait à l'occasion de procédures civiles et commerciales au profit des organes chargés de la liquidation d'un opcvn, de sorte que l'interprétation des appelants selon lesquels ces dispositions non reprises dans le droit national ne seraient, faute de transposition, pas applicables au Luxembourg, est à rejeter.

Il n'y a pas lieu dans ces conditions de s'interroger sur la compatibilité des lois de 2002 et 2010 avec les directives qu'elles transposent dès lors qu'elles n'en limitent pas leur portée. Il en serait autrement si l'échange d'informations devait avoir lieu dans une procédure autre que civile ou commerciale.



L'échange d'informations devant en l'espèce s'opérer dans un litige de nature commerciale, il n'y a pas de motif légitime dans le chef de la CSSF qui l'empêcherait de transmettre les informations aux liquidateurs de la sicav LIF.

C'est dans ce contexte à tort que les appelants soutiennent que la CSSF aurait la faculté, mais non pas l'obligation de transmettre les pièces.

Il y a en effet lieu de rappeler que la CSSF est d'accord à produire les pièces faisant l'objet de l'injonction prononcée par le tribunal. Il s'y ajoute que dès lors que le détenteur de la pièce ne peut faire valoir un empêchement légitime, la production est obligatoire.

C'est encore à tort que les intimés HONDEQUIN, EGGER, SCHROETER et STIEHL font valoir que la CSSF serait amenée à produire des pièces qui pourraient être utilisées contre elle dans le cadre de la demande en intervention ou encore si sa responsabilité devait à l'avenir être recherchée par les liquidateurs qui se sont réservé cette possibilité dans l'assignation introductive d'instance.

La Cour est en effet d'avis que si ce moyen devait être présenté, il ne pourrait l'être que par la CSSF qui s'est déclarée d'accord à la production des pièces réclamées. Il n'appartient pas aux intimés de plaider au nom et pour le compte de la CSSF.

Le tribunal a exposé à bon droit 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, ce secret professionnel devant offrir des garanties au moins équivalentes au secret professionnel auquel est soumise la CSSF.

La mission des liquidateurs nommés par le jugement du 2 avril 2009 du tribunal d'arrondissement de Luxembourg consiste notamment à intenter et soutenir toutes actions judiciaires dans le cadre de la récupération des actifs de la société, de la distribution des actifs aux créanciers et d'un éventuel boni de liquidation aux investisseurs que sont les actionnaires.

La demande en condamnation dirigée contre les prestataires de services ayant été liés contractuellement à la sicav LIF et les administrateurs de celle-ci s'insère dans le cadre de la mission confiée aux liquidateurs qui consiste à récupérer des actifs de la société ou à tout le moins à obtenir une indemnisation du fait d'agissements qui lui ont porté préjudice.



Les parties UBS font plus particulièrement valoir que l'échange d'informations ne devrait porter que sur l'opcvn en liquidation forcée, mais non pas sur les tiers qui ont été liés, tel qu'en l'espèce, à ce dernier moyennant des contrats de prestation de services. Ils soutiennent dans ce contexte que la CSSF a d'ailleurs communiqué aux liquidateurs quatre dossiers concernant directement la sicav, tels que les agréments décernés.

Cette interprétation se heurte au texte même des directives concernées qui disposent que cet échange est permis dans le cadre de procédures civiles ou commerciales.

L'objet de ces procédures n'étant pas autrement défini, la Cour retient, pour donner un sens plein et entier à cette entorse au secret professionnel de la CSSF, tout en la limitant au strict nécessaire, et en considération de ce qui a été retenu ci-dessus, que cette procédure englobe notamment des actions en responsabilité contractuelle, délictuelle ou basée sur un texte légal spécifique que les organes de la liquidation de l'opcvn, tels qu'en l'espèce les liquidateurs, poursuivent à l'encontre des prestataires de services liés à la sicav ou encore ses administrateurs actuels ou passés.

L'excès de pouvoir commis par le tribunal aurait encore consisté, selon les appelants, à ordonner la production de pièces qui, d'une part, ne seraient pas utiles pour l'accomplissement de la mission des liquidateurs et, d'autre part, seraient le fruit d'une enquête administrative diligentée par la CSSF en sa qualité d'organe prudentiel contre les sociétés UBS et ACCESS MANAGEMENT, partant des pièces subjectives, car émanant de l'organe de surveillance, et postérieures aux faits litigieux, documents partant inconciliables avec l'objectivité qui doit caractériser tout élément de preuve. Les sociétés UBS d'ajouter que du fait que la CSSF serait entre temps partie au litige, elle aurait été en droit de se préconstituer des preuves et disposerait, en produisant les pièces, d'un avantage par rapport aux autres parties, créant de ce fait une rupture de l'égalité entre parties.

Les liquidateurs ont justifié leur demande à l'égard de la CSSF de la façon suivante (pages 112 et 113 de l'assignation du 18 décembre 2009):

« la CSSF est en possession de divers documents, dont les demandeurs ont requis la communication en date du 10 juillet 2009 suite à une réunion du 19 juin 2009. Ce courrier a par la suite fait l'objet d'autres lettres adressées par les liquidateurs à la CSSF le 27 juillet 2009, 8 octobre 2009 et enfin 30 octobre 2009. La CSSF a répondu par lettre du 22 juillet 2009, 3 août 2009 et 5 novembre 2009. Le 25 février 2009 la CSSF avait en effet rendu public un communiqué de presse précisant entre autres que la CSSF aurait notamment relevé dans le dossier UBSL-LUXALPHA que « *la mauvaise*



exécution de l'obligation de « due diligence » constitue un manquement grave aux devoirs de surveillance d'une banque dépositaire et peut par conséquent constituer une violation d'une obligation contractuelle substantielle dans le contexte de la responsabilité de UBSL au sens de l'article 36 de la loi du 20 décembre 2002 ».

Les liquidateurs judiciaires ont ensuite demandé le 27 juillet 2009 à la CSSF de leur communiquer une copie des conclusions de l'enquête menée par la CSSF.

Dans la lettre du 22 septembre 2009, la CSSF prend alors position comme suit : (note de la Cour : voir ci-dessus, pages 14 et 15 de l'arrêt)

Comme les liquidateurs judiciaires ont ensuite insisté dans leur courrier du 08 octobre 2009 et 30 octobre 2009 pour obtenir une copie des enquêtes menées par la CSSF, respectivement la réponse de UBS, la CSSF a pris position comme suit dans la lettre du 05.11.2009: *« En réponse à votre demande, nous devons vous informer que les pièces et renseignements transmis à la CSSF dans le cadre de l'obligation légale en rapport avec ses missions et compétences, sont couverts par le secret professionnel, auquel la CSSF est tenue en vertu de la loi. Nous vous renvoyons dans ce contexte notamment à l'article 16, relatif au secret professionnel, de la loi du 23 décembre 1998 portant création d'une Commission de Surveillance du Secteur Financier telle qu'elle a été modifiée. »*

*Nous pouvons rajouter que la CSSF, en tant qu'autorité publique de surveillance, enquête sur les responsabilités des différents intervenants en application des textes légaux et réglementaires. De manière générale, la CSSF ne peut cependant pas, dans le cadre de ses investigations, communiquer des appréciations sur les administrés soumis à sa surveillance. »*

Comme les liquidateurs judiciaires représentent les intérêts de la partie contractuelle dont les droits ont été violés, ils estiment que le secret professionnel invoqué par la CSSF ne leur est pas opposable.

S'y ajoute que la CSSF peut en outre être en possession de documents dont les demandeurs n'ont pas nécessairement connaissance au jour de la signification de la présente assignation ou de documents qui sont déterminants ou qui pourraient se révéler déterminants au regard du contentieux que le tribunal devra trancher. »

Tout en se réservant le droit d'augmenter leur demande en cours d'instance, les demandeurs ont requis de condamner la CSSF sur base des articles 279 et suivants du Nouveau Code de Procédure Civile à présenter au tribunal le(s) document(s) dont déjà question ci-dessus.

Les pièces dont la production forcée a été requise en première instance sont celles dont la CSSF a fait état dans les courriers échangés avec les liquidateurs.





Ces derniers étaient non seulement en droit, mais avaient pour obligation d'essayer d'entrer à l'aide des moyens légaux à leur disposition en possession desdits documents qui laissent en effet présumer des violations de ses obligations légales à tout le moins par la banque dépositaire.

C'est particulièrement à tort que les intimés soutiennent qu'en ordonnant la production des pièces, la juridiction pallierait à la carence des liquidateurs dans l'administration de la preuve, étant donné que la mesure sollicitée est la seule légalement envisageable.

Il est une fois encore rappelé que le contenu des quatre pièces est, par définition, encore secret. La juridiction saisie d'une demande en production de pièces détenues par une partie au litige ou un tiers ne saurait, dans ces conditions, que s'en tenir aux apparences qui, en l'espèce, font fortement présumer que leur contenu sera utile aux liquidateurs dans l'exécution de la mission qui est la leur.

Le fait que les pièces à produire sont le fruit d'une enquête diligentée à la requête de la CSSF a posteriori n'enlève pas à celles-ci le caractère de pièces dont question aux articles 279 à 288 du NCPC, l'assertion des appelantes que ces pièces ou éléments de preuve ne devraient concerner que des faits de nature à commander la solution à donner à un litige et être constituées de pièces antérieures ou concomitantes aux faits qu'un plaideur allègue se heurtant au libellé général des textes en question. Il convient de rappeler que les textes légaux et communautaires permettent la divulgation dans le cadre de procédures civiles ou commerciales d'informations confidentielles aux organes chargés de la liquidation d'un opcvn,

Que les informations aient été communiquées ou recueillies par l'autorité prudentielle et que cette dernière ait, au regard des informations ainsi collectées, dressé un rapport dont la production est entre autres demandé par les liquidateurs n'est pas un obstacle à leur production en justice, la valeur probante desdites pièces ou informations devant être appréciée après leur production dans le cadre de la procédure civile ou commerciale.

Il ne saurait encore être reproché aux juges du premier degré de s'être arrogés le droit d'ordonner la production de telles pièces qui émaneraient d'une partie au litige, de sorte qu'ils auraient conféré à la CSSF le droit de produire des pièces dont elle est l'auteur, source de rupture de l'égalité entre les parties et de la violation du droit à un procès équitable.

Ainsi que l'a rappelé la Cour ci-dessus, l'objet de l'assignation principale des liquidateurs consistait à voir déclarer commun le jugement à intervenir et à voir condamner la CSSF à produire certaines pièces et que la production de ces pièces par la CSSF, dût-



elle-même être considérée comme partie au litige et ces pièces dussent-elles même être son œuvre, est permise, ce d'autant plus que l'établissement de celles-ci relevait de la mission de surveillance légale de la partie en cause.

Les appelants et les intimés qui se sont joints à l'appel font encore valoir que l'échange d'informations ne pourrait pas se faire en faveur des liquidateurs qui, ès qualité, ne seraient pas soumis à un secret professionnel pour le moins équivalent à celui de la CSSF. Ils font valoir que du fait que la divulgation doit se faire dans le cadre d'une action judiciaire, les liquidateurs en faisant usage des pièces produites violeraient le secret professionnel auquel ils sont soumis.

Ces derniers répliquent qu'ils sont soumis au secret professionnel en leur qualité d'avocat et de réviseur d'entreprises.

Cette réplique n'a pas été autrement contestée par les appelants et ces derniers n'ayant pas soutenu que le secret professionnel des liquidateurs serait d'une envergure moindre que celui auquel est soumis la CSSF, la Cour tient pour avéré que la production des pièces peut se faire aux liquidateurs dans le cadre de la procédure engagée.

L'argument que l'usage des pièces à faire par les liquidateurs les conduirait à violer leur secret professionnel ne saurait tenir sous peine d'ôter tout effet à la dérogation au secret professionnel de la CSSF instituée en faveur des organes chargés de la liquidation forcée d'un opcv, cette dérogation n'étant permise que dans les limites strictes d'une procédure civile ou commerciale.

Il faut en conclure que l'usage est uniquement permis dans le cadre de la procédure, sans exception aucune de sorte qu'un usage excédant ce qui est nécessaire et utile dans l'exécution de leur mission par les liquidateurs est interdit.

Le moyen est à écarter.

Le moyen des appelants selon lesquels il y aurait violation du principe du contradictoire dès lors que la production des pièces n'a été ordonnée qu'au profit des liquidateurs, mais non pas au profit des autres parties au litige n'est pas à analyser, étant donné que cette discussion est à mener, non pas au stade de la production des pièces, mais au stade de la communication des pièces, pour le cas où les liquidateurs devaient décider de faire usage desdites pièces.

La juridiction du premier degré n'ayant pas excédé ses pouvoirs, les appels - nullité sont irrecevables.

La demande de la société LIF et des liquidateurs en allocation d'une indemnité de procédure de chaque fois 5.000 € à payer par les

parties UBS et la société ERNST&YOUNG, sinon une indemnité de procédure de 10.000 € à prononcer à la charge solidaire des sociétés appelantes est à rejeter, faute par ceux-ci d'établir l'iniquité requise pour faire application de l'article 240 NCPC.



**PAR CES MOTIFS :**

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, le magistrat de la mise en état entendu en son rapport,

dit irrecevables les appels tendant à la nullité du jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 4 mars 2011 interjetés par actes d'huissier de justice des 10 et 14 juin 2011,

dit irrecevables les appels tendant à la réformation dudit jugement interjetés par les actes d'huissier de justice des 10 mai et 10 juin 2011,

rejette la demande de la société LIF et des liquidateurs en allocation d'une indemnité de procédure,

laisse les frais engendrés par les actes d'appel et de réassignation à charge des parties appelantes respectives et les condamne pour le surplus au solde des frais et aux dépens de l'instance et en ordonne la distraction au profit de Maître Alain Rukavina, avocat constitué, sur ses affirmations de droit.



signé: LINDEN, VILVENS.

\*\*\*\*\*

Ainsi fait, jugé et prononcé par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, **quatrième** chambre, siégeant en **matière commerciale**, en son audience publique du **huit juillet deux mille quinze**, à la Cité Judiciaire à Luxembourg, Plateau du Saint-Esprit, composée de:

Roger LINDEN, président de chambre,  
Marianne HARLES, conseillère,  
Elisabeth WEYRICH, conseillère,  
Eric VILVENS, greffier assumé.

signé: LINDEN, VILVENS.

\*\*\*\*\*

Ordonnons à tous huissiers, sur ce requis, de mettre le présent arrêt à exécution;

A Notre Procureur Général d'Etat et à Nos Procureurs d'Etat près les tribunaux d'arrondissement d'y tenir la main;

Et à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte, lorsqu'ils en seront légalement requis.

En foi de quoi, le présent arrêt a été signé et scellé du sceau de la Cour Supérieure de Justice.

Pour expédition conforme,  
délivrée sur demande à **Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour des parties intimées, la société d'investissement à capital variable sous forme d'une société anonyme Luxembourg INVESTMENT FUND, Maître Alain RUKAVINA et Paul LAPLUME.**

Luxembourg, le **21 juillet 2015.**

Pour le greffier en chef de la Cour,

Le greffier assumé,

Fabio SPEZZACATENA

