

O R D O N N A N C E

qui suit:

Par exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 2 janvier 2009, la société anonyme ODDO ASSET MANAGEMENT S.A. a fait donner assignation à 1. la société anonyme UBS (Luxembourg) S.A. et 2. la société d'investissement à capital variable LUXALPHA SICAV (ci-après « LUXALPHA SICAV ») à comparaître devant le juge des référés aux fins d'enjoindre à la société UBS (Luxembourg) S.A., vu l'urgence, d'exécuter l'ordre de paiement reçu de LUXALPHA SICAV, c'est-à-dire de procéder immédiatement au paiement de 30.072.217,90 euros, sous astreinte de 5.000.000.- euros par jour de retard et de voir condamner la société UBS (Luxembourg) S.A. à lui payer une indemnité de procédure de 10.000.- euros en application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, ainsi que de voir déclarer commune l'ordonnance à intervenir à LUXALPHA SICAV.

La société ODDO ASSET MANAGEMENT expose ce qui suit :

« ODDO ASSET MANAGEMENT est gestionnaire de Fonds Communs de Placement GAP 1 an, GAP 2 ans, GAP Euro, GAP Réactif Multi Stratégie (ci-après « les FCP »). Les FCP ont investi dans la SICAV Lux Alpha, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue J.F. Kennedy.

En vertu du prospectus émis par la SICAV Lux Alpha, le « *dépositaire et principal agent payeur* », c'est-à-dire la banque dépositaire est la société UBS (Luxembourg) S.A.. En date du 4 novembre 2008, la requérante a donné un ordre de rachat de 21.346.587 parts de la SICAV Lux Alpha.

Les 21.346.587 parts ont été rachetées par la SICAV Alpha Lux pour un montant de 30.072.217,90 euro (à la valeur d'inventaire au 17 novembre 2008).

Le 10 décembre 2008, tel que cela ressort des informations de la plateforme de règlement livraison Fundsettle utilisée par UBS (Luxembourg) S.A. les 21.346.587 parts de la SICAV Lux ALPHA ont été débitées du compte du créancier, et l'instruction de paiement a été enregistrée par l'agent administratif de la SICAV (UBS Fund Services) sur Fundsettle.

Parallèlement, par télécopie du 10 décembre 2008, UBS Fund Services a confirmé à la partie demanderesse le rachat de 21.346.587 actions de LUXALPHA SICAV pour un montant de 30.072.217,90 euros et a confirmé le paiement au 15 décembre 2008.

Le 15 décembre 2008 le paiement annoncé de 30.072.217,90 euros en faveur de la créancière n'est pas intervenu.

Il a été procédé à une demande de paiement restée sans réponse suivant notification de défaut en date du 16 décembre 2008, adressée par la société ODDO & CIE, en qualité de dépositaire des FCP, mandatée à cette fin par la requérante.

Postérieurement une saisie-arrêt a été pratiquée par un créancier, la société anonyme de droit français SOFRA sur les comptes de LUXALPHA SICAV auprès de la banque dépositaire UBS (Luxembourg) S.A..

Ledit créancier a procédé, le 29 décembre 2008, par courrier officiel de son mandataire Maître Karine VILRET-HUOT, adressé à la partie demanderesse, à LUXALPHA SICAV et à UBS, au cantonnement et à la mainlevée partielle de la saisie.

Le conseil d'administration de LUXALPHA a envoyé un ordre de paiement à UBS (Luxembourg) S.A., banque dépositaire de la SICAV.

Les comptes de la SICAV auprès du dépositaire sont crédités d'un montant suffisant pour procéder au paiement et sont libérés de toute saisie.

UBS (Luxembourg) S.A. refuse de procéder au paiement, en n'exécutant pas l'ordre reçu de la LUXALPHA SICAV et malgré disponibilité des fonds.

La partie demanderesse subit du fait de cette situation un préjudice considérable alors que les FCP concernés sont régulièrement contraints de valoriser quotidiennement leurs actifs ; cela l'expose à des problèmes extrêmement graves à l'égard de l'Autorité des Marchés Financiers en France.

Le refus de UBS (Luxembourg) S.A. a des conséquences comptables et financières très importantes pour la partie demanderesse au vu du montant des sommes dont la banque dépositaire refuse de se libérer.

De plus, cela l'expose à des répercussions catastrophiques sur sa clientèle, notamment sur la confiance que celle-ci lui accorde et sur l'image de la partie demanderesse.

Il y a urgence caractérisée, alors que le refus par UBS d'exécuter l'ordre de paiement de la LUXALPHA SICAV place la partie demanderesse, au vu du montant de la somme due et des conséquences du non paiement ci-dessus décrites dans une situation intenable. »

La partie demanderesse agit principalement sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile et subsidiairement sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du même code.

Quant au moyen tiré du libellé obscur :

La société UBS (Luxembourg) S.A. soulève en premier lieu l'irrecevabilité de la demande pour libellé obscur. Comme la société ODDO ASSET MANAGEMENT agit tant en nom personnel qu'en sa qualité de gestionnaire de quatre fonds communs de placement (« FCP ») de droit français utilisant tous la dénomination de GAP, la société UBS (Luxembourg) S.A. serait dans l'impossibilité de préparer utilement sa défense, la partie créancière pouvant être soit la société ODDO ASSET MANAGEMENT, soit les quatre « FCP », soit la société ODDO ASSET MANAGEMENT en sa qualité de gestionnaire des quatre « FCP ». La demande serait encore incomplète, sinon ambiguë, faute par la requérante de préciser la date de l'ordre de payer, le bénéficiaire dudit ordre et le compte à créditer, ainsi que la date de valeur.

Quant au libellé obscur, il découle de l'article 154 du nouveau code de procédure civile que l'exploit d'ajournement doit contenir, à peine de nullité, l'indication de l'objet de la demande et un exposé sommaire des moyens. Pour être conforme aux exigences de cette disposition, il faut mais il suffit que l'exploit soit suffisamment clair de façon que le défendeur ne puisse se méprendre sur la portée de l'action dirigée contre lui.

En l'espèce, il résulte de l'exploit introductif d'instance que la requérante a précisé de façon suffisante l'objet de sa demande, à savoir l'injonction d'exécuter, au vu de l'urgence, l'ordre lui donné par LUXALPHA SICAV de payer à la société ODDO ASSET MANAGEMENT, agissant en sa qualité de gestionnaire des Fonds communs de placement de droit français GAP 1 an, GAP 2 ans, GAP Euro, GAP Réactif Multi Stratégie, la somme de 30.072.217,90 euros, ce montant représentant le prix de vente dans le cadre du rachat de 21.346.587 actions de LUXALPHA SICAV et dont la société ODDO ASSET MANAGEMENT est le bénéficiaire.

La défenderesse n'a partant pas su se méprendre sur la portée de l'action, ni sur la qualité selon laquelle agit la société ODDO ASSET MANAGEMENT.

Le moyen tiré du libellé obscur est dès lors à rejeter.

Quant à la qualité à agir dans le chef de la requérante :

La société UBS (Luxembourg) S.A. soulève ensuite l'irrecevabilité de la demande motif pris du défaut de qualité à agir dans le chef de la requérante, et ce notamment au vu du principe de l'effet relatif des contrats prévu à l'article 1165 du code civil. La société UBS (Luxembourg) S.A. conteste l'existence d'un ordre de paiement lui adressé par LUXALPHA SICAV au profit de la société ODDO ASSET MANAGEMENT. Elle soutient que, même à supposer qu'une telle obligation de payer existe dans le chef de la société UBS (Luxembourg) S.A., seule LUXALPHA SICAV pourrait en demander l'exécution et non la société ODDO ASSET MANAGEMENT qui est un tiers par rapport à ce contrat. Finalement elle souligne que l'ordre de payer qui lui a été adressé par courrier du 6 janvier 2009, donc postérieurement à la date des premières plaidoiries, prévoit comme bénéficiaire la société ODDO & CIE et non pas la société ODDO ASSET MANAGEMENT.

Parmi les conditions de recevabilité tenant à la personne du sujet qui agit figure la qualité, c'est-à-dire l'aptitude d'une personne à saisir la justice dans une situation concrète donnée ou le titre qui permet à un plaideur d'exiger du juge qu'il statue sur la demande. La doctrine se montre assez tolérante quant au point de savoir si la condition de la qualité à agir doit nécessairement être remplie au jour de l'assignation. Il est généralement admis que la procédure peut être régularisée en cours d'instance à condition que l'irrégularité ayant existé auparavant n'ait porté atteinte aux intérêts des parties adverses (Cour d'Appel, 18.12.2002, n° 25072 du rôle).

Il convient dès lors d'analyser si actuellement la requérante dispose de la qualité à agir en justice.

Ainsi en date du 6 janvier 2009, LUXALPHA SICAV a adressé à la société UBS (Luxembourg) S.A. un courrier de la teneur suivante:

« Following the various discussions and e-mails exchange we had together relating to the payment instructions for the redemption payments for NAV November 17, 2008 and for the rejection of the subscriptions made on NAV November 28 et December 15, 2008, please find in attachment for the payments relating to the redemption requests for NAV November 17, 2008 detailing the name of each concerned shareholders as well their corresponding banking details duly signed by ourselves.

Please consider the above mentioned documents as formal payment instructions to be executed, completing earlier instructions sent.

With reference to the subscription monies received for NAV November 28 and December 15, 2008 (see in attachment the details of the concerned investors), please be informed that all these amounts are still on the Nostro account of UBS (LUXEMBOURG) S.A. and should simply be rejected via swift message and that for such payments, you do not need any banking details.

We thank you in advance to confirm acknowledge receipt of the letter and to confirm you have all requested information to perform all requested payments.

..... »

A la prédite lettre était joint un relevé des différents bénéficiaires, dont notamment ODDO & CIE pour un montant de 30.072.217,90 euros.

Il importe de relever, tel qu'il est résulté des plaidoiries en date du 12 janvier 2009, qu'il n'est pas contesté que la société ODDO & CIE agit en qualité de banque dépositaire de celui qui est le bénéficiaire du rachat des actions, à savoir la société ODDO ASSET MANAGEMENT. En effet les opérations entre d'une part le dépositaire et principal agent payeur des actions LUXALPHA SICAV, à savoir la société UBS (Luxembourg) S.A., et, d'autre part, le bénéficiaire du rachat des actions, en l'espèce la société ODDO ASSET MANAGEMENT, sont exécutées par l'intermédiaire de leurs banques dépositaire respectives, à savoir la société UBS FUND SERVICES (Luxembourg) S.A. et la société ODDO & CIE.

Il en découle que la requérante est le bénéficiaire du prédit ordre de payer du 6 janvier 2009.

En l'espèce l'ordre de payer donné à la société UBS (Luxembourg) S.A. en faveur de la société ODDO ASSET MANAGEMENT s'analyse en une stipulation pour autrui qui est un contrat en vertu duquel une personne, appelée *stipulant*, demande à une autre personne, appelée *promettant*, de s'engager envers une troisième personne, le tiers bénéficiaire. Il s'agit d'une opération à trois personnes qui a pour objet de créer immédiatement au profit d'une personne, qui n'est pas partie au contrat conclu entre le stipulant et le promettant, un droit direct contre le promettant. Comme le laisse entendre l'article 1165 du code civil, la stipulation pour autrui constitue une exception au principe de l'effet relatif des contrats (Juris-Classeur, civil, verbo stipulation pour autrui, n° 1).

Dès lors la société ODDO ASSET MANAGEMENT, en tant que bénéficiaire de l'ordre de payer donné par LUXALPHA SICAV, a qualité à agir directement contre le promettant, à savoir la société UBS (Luxembourg) S.A..

Le moyen d'irrecevabilité tiré du défaut de qualité à agir dans le chef de la requérante doit partant être déclaré non fondé.

La demande basée sur l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile:

Aux termes de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, le juge des référés peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

La voie de fait peut se définir comme étant constituée par une atteinte manifestement illicite et intolérable à un droit certain et évident d'autrui par des actes matériels posés par leur auteur en vue d'usurper un droit qu'il n'a pas ou pour se rendre justice à soi-même.

Il résulte de cette définition que, pour qu'il y ait voie de fait, il faut qu'il y ait commission d'actes matériels commis au préjudice des droits d'autrui et par lesquels l'auteur du trouble usurpe un droit qu'il n'a pas ou se fait justice à soi-même, en d'autres termes, l'une des conditions pour qu'il y ait voie de fait au sens de l'article 933 du nouveau code de procédure civile précité est l'existence d'une attaque, d'une entreprise délibérée par laquelle l'auteur porte atteinte aux droits d'autrui pour s'arroger un droit qu'il sait ne pas avoir ou pour se procurer un droit qu'il croit avoir et qu'en réalité il n'a pas.

Aussi ne saurait-il y avoir commission d'une voie de fait dans le cas d'une attitude purement passive, fût-elle fautive, gardée face à une situation donnée ou en présence de prétentions d'ordre juridique, même fondées, élevées par autrui.

Force est de constater que le refus de la société UBS (Luxembourg) S.A. d'exécuter l'ordre de paiement de LUXALPHA SICAV relève d'une attitude passive et ne saurait dès lors constituer une voie de fait.

Cette demande est partant irrecevable sur la base de l'article 933, alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

La demande basée sur l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile:

Aux termes de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, le président du tribunal ou le juge qui le remplace peut ordonner en référé, dans tous les cas d'urgence, toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différent.

L'urgence est une condition première et déterminante de la saisine du juge des référés sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

Le référé urgence présuppose la réunion de deux conditions, l'une relative à l'urgence, l'autre relative à l'absence de contestation sérieuse.

La première condition d'exercice de ce référé, à savoir l'urgence, est donnée en l'espèce. Elle résulte objectivement des éléments du dossier. En effet sur injonction de son autorité de tutelle, l'Autorité des Marchés Financiers, la société ODDO ASSET MANAGEMENT a été contrainte d'informer les porteurs des FCP qu'une créance de plus de 30 millions d'euros était en retard de paiement du fait d'un blocage consécutif au rachat des actions de la LUXALPHA SICAV et que les souscriptions rachats sur ce fonds ont été suspendues de manière temporaire jusqu'au 5 janvier 2009.

Il en découle qu'il y a urgence à agir, alors que tout retard apporté dans l'exécution du paiement du montant de 30.072.217,90 euros est susceptible d'entraîner pour la requérante un préjudice financier substantiel au vu de la perte de confiance de ses clients et du risque de la perte de sa clientèle et des avoirs à gérer.

La mesure à instituer sur la base du référé-urgence ne doit d'autre part pas se heurter à une contestation sérieuse.

Pour s'opposer à la demande, la société UBS (Luxembourg) S.A. fait état d'une saisie-arrêt effectuée en date du 19 décembre 2008 sur le compte de LUXALPHA SICAV auprès de UBS (Luxembourg) S.A. à la requête d'une société SOFRA, saisie qui l'empêcherait à exécuter l'ordre de payer.

Or force est de constater que par ordonnance de référé en date du 15 janvier 2009 et suite à l'accord entre la partie saisissante et le débiteur saisi, le cantonnement fut ordonné pour un montant de 1.000.000.- euros et décharge fut donnée pour le surplus à la partie tierce saisie, UBS (Luxembourg) S.A..

Cette ordonnance de référé étant exécutoire par provision, la banque dépositaire est en conséquence déchargée des effets de ladite saisie-arrêt.

Invoquant encore le défaut d'indication du compte du bénéficiaire, la société UBS (Luxembourg) S.A. soutient être dans l'impossibilité d'exécuter l'ordre de paiement.

Cet argument est à rejeter, étant donné que l'instruction donnée par LUXALPHA SICAV par courrier du 6 janvier 2009 contient tous les détails bancaires permettant à UBS (Luxembourg) S.A. d'exécuter ledit ordre de paiement.

La société UBS (Luxembourg) S.A. soutient finalement que les fonds dont dispose LUXALPHA SICAV pour payer la société ODDO ASSET MANAGEMENT seraient affectés par le *freezing order* contenu dans une ordonnance n° Civ. 08-10791 rendue en date du 15 décembre 2008 par un certain « Louis L. STANTON, United States District Judge », affirmation qui est contestée par la partie requérante.

S'il est vrai que la décision invoquée du 15 décembre 2008, dont une copie est versée en cause, a été rendue dans le cadre de la liquidation judiciaire de BMIS, société appartenant à Bernard L. MADOFF, et qu'elle contient une interdiction à toute personne concernée de disposer d'avoirs qui proviennent de BMIS en liquidation, la société UBS (Luxembourg) S.A. reste en défaut d'établir d'une part que ladite ordonnance est directement exécutoire au Luxembourg et applicable en droit luxembourgeois et d'autre part que les avoirs de la requérante devant être employés à l'exécution de l'ordre de payer litigieux proviennent de BMIS en liquidation.

Il en suit que le moyen opposé par la société UBS (Luxembourg) S.A. relatif au *freezing order* est à rejeter.

Même si la mesure sollicitée dépasse le cadre des mesures conservatoires ou provisoires auxquelles se limitent, en principe, les mesures ordonnées dans le cadre du référé d'urgence et qui sont d'un impact moins incisif que celles qui peuvent être sollicitées en matière de référé sauvegarde, lesquelles comportent également des mesures de remise en état (E. Penning, Les procédures rapides en matière civile, commerciale et de droit du travail, n° 71 et 86, Bulletin du Cercle François Laurent, 1993, II), il est vrai qu'il y a des situations où la mesure sollicitée – telle une mesure de restitution –, même si elle dépasse le cadre des simples mesures provisoire ou conservatoire, s'impose avec une telle évidence qu'elle apparaît comme ne pouvant se heurter à aucune contestation sérieuse, de sorte qu'elle peut être prise par le juge des référés sur la base de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile, à condition qu'elle s'avère urgente (cf. Cour 22 février 2005, RCI FINANCIAL SERVICES c. TAXIS BENELUX, 7^e chambre, n° 29405 ; Cour 19 avril 1994, BIL-LEASE c. LUX-CONSTRUCTIONS, 7^e chambre, n° 16355 ; RTDC 1965, p. 180, n° 11, note Pierre HEBRAUD).

En l'espèce il résulte des développements qui précèdent qu'on se trouve en présence d'une pareille situation exceptionnelle, où le refus d'exécution de l'ordre de paiement apparaît comme étant à l'évidence et manifestement non justifié. Comme la demande d'injonction ne se heurte à aucune contestation sérieuse, elle est à déclarer fondée, au vu de l'urgence, sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

La demande en paiement d'une astreinte :

La société UBS (Luxembourg) s'oppose encore à la demande de voir assortir l'injonction d'une astreinte, et ce au vu des termes de l'article 2059 alinéa 2 du code civil qui dispose que « toutefois, l'astreinte ne peut être prononcée en cas de condamnation au paiement d'une somme d'argent ». Elle estime que l'exécution d'un ordre de transfert d'avoirs équivaut à une condamnation au paiement d'une somme d'argent.

Or, l'obligation de faire, ayant pour objet une somme d'argent, mais dont le but n'est pas d'en assurer directement le paiement à la partie créancière, est susceptible d'être assortie d'une

astreinte. En revanche, la condamnation qui se borne à consacrer une obligation de paiement, alors que ce paiement peut être assuré à l'encontre de la partie condamnée et au profit de son bénéficiaire par le recours aux voies d'exécution, rentre dans l'exclusion visée par le présent article. S'agissant de la possibilité d'assortir d'astreinte une obligation relative à une somme d'argent, la question essentielle est celle de savoir si le bénéficiaire de la condamnation dispose ou non à l'égard du condamné d'une voie d'exécution permettant – au moins théoriquement – d'assurer l'exécution de cette condamnation (cf. Jacques van Compernelle, L'astreinte, p. 53).

Or, en l'espèce, si la société ODDO ASSET MANAGEMENT aurait pu pratiquer saisie-arrêt sur les avoirs de LUXALPHA SICAV, elle ne dispose pas d'une telle mesure de coercition à l'encontre de la banque dépositaire UBS (Luxembourg) S.A. afin d'obtenir paiement du montant lui redû par LUXALPHA SICAV.

Il en suit que la demande d'injonction peut être assortie d'une astreinte.

Compte tenu de l'attitude de la partie défenderesse qui, en tant que banque dépositaire, refuse d'exécuter l'ordre de paiement lui donné par LUXALPHA SICAV, il y a lieu de prononcer une mesure coercitive de nature à inciter la partie défenderesse à exécuter ledit ordre.

Eu égard à l'enjeu de l'affaire, il y a lieu de fixer l'astreinte journalière à payer en cas d'inexécution de l'ordonnance à la somme de 3.000.000.- euros.

Les demandes en allocation d'une indemnité de procédure :

A l'audience publique du 5 janvier 2009, la société UBS (Luxembourg) S.A. a réclamé l'allocation d'une indemnité de procédure de 10.000.- euros en application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Eu égard à l'issue du litige, cette demande est à rejeter.

Compte tenu de tous les éléments de la cause, et surtout de l'attitude récalcitrante de la société UBS (Luxembourg) S.A., il paraît équitable d'allouer à la partie demanderesse une indemnité de procédure de 10.000.- euros.

PAR CES MOTIFS:

Nous Monique FELTZ, Vice-Présidente au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement du Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant contradictoirement;

recevons la demande en la forme;

Au principal renvoyons les parties à se pourvoir devant qui de droit, mais dès à présent et par provision,

déclarons irrecevable la demande sur base de l'article 933 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile;

la déclarons recevable sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile;

enjoignons à la société UBS (Luxembourg) S.A. d'exécuter l'ordre de paiement reçu de la société LUXALPHA SICAV, c'est-à-dire de procéder au paiement du montant de 30.072.217,90 euros (trente millions soixante-douze mille deux cent dix-sept virgule quatre-vingt-dix euros), au plus tard dans les 24 heures de la signification de la présente ordonnance ;

disons qu'à défaut d'exécuter ledit ordre dans le délai ci-avant fixé, la société UBS (Luxembourg) S.A. sera redevable d'une astreinte de 3.000.000.- euros par jour de retard ;

rejetons la demande de la société UBS (Luxembourg) S.A. tendant à l'octroi d'une indemnité de procédure;

condamnons la société UBS (Luxembourg) S.A. à payer à la société ODDO ASSET MANAGEMENT une indemnité de procédure de 10.000.- euros ;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant toutes voies de recours et sans caution;

déclarons la présente ordonnance commune à la société LUXALPHA SICAV;

condamnons la société UBS (Luxembourg) S.A. aux frais et dépens de l'instance.

A large, stylized handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke.A smaller, more compact handwritten signature in black ink, featuring a circular loop and a vertical stroke.