

Arrêt commercial

Audience publique du huit juillet deux mille quinze

Numéro 39697 du rôle.

Composition :

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

Entre :

1. Alain HONDEQUIN, pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société LUXALPHA SICAV, domiciliée au siège de la société anonyme UBS (Luxembourg) à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy,

2. René EGGER, pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société LUXALPHA SICAV, domiciliée au siège de la société anonyme UBS (Luxembourg) à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy,

3. Ralf SCHROETER, pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société LUXALPHA SICAV, domiciliée au siège de la société anonyme UBS (Luxembourg) à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy,

4. Herman KRANZ, pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société LUXALPHA SICAV, domiciliée au siège de la société anonyme UBS (Luxembourg) à L-1855 Luxembourg, 33A, avenue John F. Kennedy,

appelants aux termes d'exploits de l'huissier de justice suppléant Véronique Reyter en remplacement de l'huissier de justice Jean-Claude Steffen d'Esch-sur-Alzette des 21 décembre 2012 et 28 janvier 2013,

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 par Maître Véronique Hoffeld, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société d'investissement à capital variable LUXALPHA SICAV, 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 98.874, déclarée en liquidation judiciaire par jugement du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 2 avril 2009 sur base de l'article 104 (1) de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les organismes de placement collectifs, représentée par ses liquidateurs actuellement en fonctions, 1) Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, et 2) 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 de la société d'investissement à capital variable LUXALPHA SICAV, en liquidation, préqualifiée,

3. Paul LAPLUME, réviseur d'entreprise, demeurant à L-6113 Junglinster, 42, rue des Cerises, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire de la société d'investissement à capital variable LUXALPHA SICAV, en liquidation, préqualifiée,

intimés aux fins de l'exploit Reyter,

sub 1) – 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 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 270.3.004.646.4., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

intimées aux fins de l'exploit Reyter,

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

8. la société anonyme ACCESS MANAGEMENT Luxembourg, en liquidation volontaire, établie et ayant son siège social à L-2340 Luxembourg, 34B, rue Philippe II, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 94.564, représentée par son liquidateur,

9. Patrick LITTAYE, pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société LUXALPHA SICAV, demeurant à B-1180 Bruxelles, 777, Chaussée de Saint Job,

10. Pierre DELANDMETER, pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société LUXALPHA SICAV, demeurant professionnellement à L-2132 Luxembourg, 8-10, avenue Marie-Thérèse,

intimés aux fins de l'exploit Reyter,

sub 8) -10) comparant par Maître Laurence Payot, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

11. Roger HARTMANN, pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société LUXALPHA SICAV, 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 à L-2324 Luxembourg, 11, avenue Jean-Pierre Pescatore,

intimé aux fins de l'exploit Reyter,

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

12. Bernd STIEHL, pris en sa qualité d'ancien membre du conseil d'administration de la société LUXALPHA SICAV, ayant eu son domicile à F-78630 Orgeval, 3, allée des Bruyères, actuellement domicilié à B.P. 15606 Yaoundé, Cameroun, Zone Résidentielle Nouvelle Route Bastos,

intimé aux fins de l'exploit Reyter,

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 par Maître Véronique Hoffeld, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

13. la société anonyme ERNST & YOUNG, établie et ayant son siège social à L-5365 Munsbach, 7, rue Gabriel Lippmann, Parc d'Activité Syrdall, 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 de l'exploit Reyter,

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

14. la COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER (CSSF), établissement public, établie 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,

intimée aux fins de l'exploit Reyter,

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

15. les ETATS-UNIS D'AMERIQUE, représentés par le département du Ministère de la Justice des Etats-Unis, ayant ses bureaux au 950, Avenue de Pennsylvanie, NW, Washington DC, 20530-0001, à son domicile élu en l'étude de Maître Patrick Kinsch, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1661 Luxembourg, 47, Grand-Rue,

intimés aux fins de l'exploit Reyter,

comparant par Maître Patrick Kinsch, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

16. Irving H. PICARD, syndic de la liquidation ayant fait l'objet d'une consolidation substantive de Bernard L. Madoff Investment Securities LLC et Bernard L. Madoff, établi à 458, Rockefeller Plaza, 11th floor, New York, NY010111 USA,

intimé aux fins de l'exploit Reyter,

ne comparant pas,

17. FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY (FINRA), agissant par son chairman en fonctions Richard Ketchium, avec siège social à 1735, K Street, NW, Washington DC, 20006-1506 USA,

intimée aux fins de l'exploit Reyter,

ne comparant pas,

18. UNITED STATES SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (SEC), agissant par son chairman en fonctions, établie et ayant son siège social à 100 F Street, NE Washington, DC 20549, USA,

non valablement touché par l'acte d'appel,

défaillante.

LA COUR D'APPEL :

Par **exploits d'huissier de justice des 17 et 18 décembre 2009**, la société d'investissement à capital variable LUXALPHA SICAV en liquidation, Maître Alain RUKAVINA et Monsieur Paul LAPLUME, agissant en leur qualité de liquidateurs judiciaires et de représentants des investisseurs et créanciers de la société d'investissement à capital variable LUXALPHA SICAV en liquidation, ont donné assignation à 1) la société anonyme UBS (LUXEMBOURG), 2) la société anonyme UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY, 3) la société anonyme UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG), 4) la société de droit suisse UBS AG, 5) la société anonyme ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG S.A., 6) Roger HARTMANN, 7) Ralf SCHROETER, 8) René EGGER, 9) Alain HONDEQUIN, 10) Hermann KRANZ, 11) Patrick LITTAYE, 12) Pierre DELANDMETER, 13) Bernd STIEHL, 14) la société anonyme ERNST & YOUNG et 15) la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile, pour :

voir condamner la défenderesse UBS (LUXEMBOURG) à restituer les titres et instruments financiers énumérés dans l'exploit annexé et à payer à titre de dommages-intérêts pour frais engagés, taxe d'abonnement réglée et autres débours un montant de 10 millions d'euros ou toute somme supérieure à déterminer par voie d'expertise comptable avec les intérêts au taux légal à partir de la demande en justice,

voir condamner solidairement sinon in solidum les parties défenderesses, hormis la CSSF, à payer le montant de 1.323.852.143,93 US \$, 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,

voir condamner les parties défenderesses, hormis la CSSF, solidairement sinon in solidum avec l'obligation de restitution de BMIS qui a fait l'objet de la déclaration de créance du 27 février 2009 que LUXALPHA a déposée à titre conservatoire et de façon contrainte.

Les demandeurs ont requis à l'encontre de toutes les parties défenderesses, à l'exception de la CSSF, la majoration du taux de l'intérêt légal, la condamnation solidaire sinon in solidum à une provision de 500.000.000 euros et à une indemnité de procédure de 50.000 euros, l'exécution provisoire du jugement nonobstant toute voie de recours, sans caution, sur minute et avant enregistrement.

Par exploits de l'huissier de justice des 13 avril et 17 mai 2010, la société anonyme ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG, Pierre DELANDMETER et Patrick LITTAYE ont donné assignation en intervention à 1) la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF), 2) la United States Securities and Exchange Commission (SEC), 3) la Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), 4) IRVING H. PICARD, 5) la société anonyme UBS (LUXEMBOURG), 6) la société anonyme UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY, 7) la société anonyme UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG), 8) la société de droit suisse UBS AG et 9) la société anonyme ERNST & YOUNG à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile, pour voir dire que les assignés en intervention doivent prendre fait et cause pour les demandeurs en intervention, en principal, intérêts et frais, voir évaluer la demande en intervention aux mêmes montants que la demande originaire, voir dire que la CSSF a failli à son obligation de surveillance dans l'intérêt public, s'entendre solidairement, sinon in solidum condamner à tenir les demandeurs en intervention quittes et indemnes de toute condamnation pouvant intervenir à leur encontre en principal, intérêts et frais, s'entendre condamner à des dommages et intérêts personnels pour chaque demandeur en intervention, de l'ordre de 500.000 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de

l'assignation jusqu'à solde, s'entendre condamner au vu de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile solidairement sinon in solidum au paiement d'un montant de 10.000 EUR.

Par **exploit de l'huissier de justice du 8 juillet 2010**, la société anonyme ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG, Pierre DELANDMETER et Patrick LITTAYE ont donné assignation en intervention à 1) la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF), 2) les Etats-Unis d'Amérique, 3) la Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), 4) IRVING H. PICARD, 5) la société anonyme UBS (LUXEMBOURG), 6) la société anonyme UBS THIRD PARTY MANAGEMENT COMPANY, 7) la société anonyme UBS FUND SERVICES (LUXEMBOURG), 8) la société de droit suisse UBS AG et 9) la société anonyme ERNST & YOUNG à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile, pour voir dire que les assignés en intervention doivent prendre fait et cause pour les demandeurs en intervention, en principal, intérêts et frais, voir évaluer la demande en intervention aux mêmes montants que la demande originaire, voir dire que la CSSF a failli à son obligation de surveillance dans l'intérêt public, s'entendre solidairement, sinon in solidum condamner à tenir les demandeurs en intervention quittes et indemnes de toute condamnation pouvant intervenir à leur encontre en principal, intérêts et frais, s'entendre condamner à des dommages et intérêts personnels pour chaque demandeur en intervention, de l'ordre de 500.000 euros avec les intérêts légaux à partir du jour de l'assignation jusqu'à solde, s'entendre condamner au vu de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile solidairement sinon in solidum au paiement d'un montant de 10.000 euros.

Statuant à la demande des parties par un **jugement séparé du 4 mars 2011** sur une demande en communication de pièces dirigée contre la CSSF, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, statuant par défaut avec effet contradictoire à l'encontre des parties FINRA et Irving H. PICARD et contradictoirement à l'égard des autres parties, a joint les demandes principale et en intervention, a donné acte à la société ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG, Pierre DELANDMETER et Patrick LITTAYE du désistement de leur demande dirigée contre la SEC, s'est déclaré incompétent à connaître de la demande incidente en communication de pièces et a enjoint à la CSSF de transmettre aux liquidateurs de LUXALPHA les informations précisées au dispositif de la décision. Le jugement a rejeté la demande en octroi d'une indemnité de procédure des parties ACCESS MANAGEMENT LUXEMBOURG, Pierre DELANDMETER et Patrick LITTAYE.

Les sociétés UBS ont interjeté appel contre ce jugement par exploits d'huissier de justice des 10 mai 2011 et 10 juin 2011, la société ERNST & YOUNG a interjeté appel par exploit d'huissier de justice du 14 juin 2011 et les parties ACCESS MANAGEMENT,

Pierre DELANDMETER et Patrick LITTAYE ont interjeté appel suivant exploit d'huissier de justice du 5 mai 2011.

Par un **jugement du 23 mars 2012**, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, suivant la procédure civile, le juge de la mise en état entendu en son rapport, a rejeté la demande en surséance à statuer formulée par les parties autres que la société LUXALPHA et ses liquidateurs basée sur le principe que le pénal tient le civil en état.

En date du 25 mai 2012, les parties Ralf SCHROETER, René EGGER, Alain HONDEQUIN et Hermann KRANZ ont interjeté appel contre ce jugement.

Par une **ordonnance du 4 juillet 2012**, Monsieur le premier Vice-président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant comme juge de la mise en état, a rejeté la demande en sursis à statuer formulée par les parties autres que la société LUXALPHA et ses liquidateurs. Cette demande en sursis à statuer était motivée par l'appel interjeté contre le jugement du 23 mars 2012 et l'effet suspensif de ce recours déduit de l'article 588 du Nouveau code de procédure civile. La surséance a été rejetée par le juge de la mise en état au motif que l'effet suspensif a seulement pour conséquence qu'aucun acte d'exécution forcée ne peut être diligenté par le gagnant en vue de contraindre le perdant à se conformer au jugement. Aucun gagnant susceptible d'entamer une procédure d'exécution n'ayant été désigné par le jugement du 23 mars 2012, l'instruction de l'affaire soumise au tribunal pouvait commencer malgré l'existence de l'appel.

Par exploit d'huissier de justice des 21 décembre 2012 et 28 janvier 2013, Ralf SCHROETER, René EGGER, Alain HONDEQUIN et Hermann KRANZ ont interjeté appel contre cette ordonnance du juge de la mise en état.

Suivant conclusions notifiées en date du 6 novembre 2014, Bernd Stiehl a interjeté appel incident contre cette ordonnance.

C'est cet appel qui fait l'objet du présent arrêt.

Motifs de l'appel:

Motifs déduits de l'irrégularité du jugement du 4 mars 2011 :

Selon les appelants Ralf SCHROETER, René EGGER, Alain HONDEQUIN et Hermann KRANZ, le jugement du 4 mars 2011 a irrégulièrement joint les affaires portant les numéros du rôle 127 298, 130 643 et 132 174, il a donné une fausse indication des constitutions d'avocat et dans sa motivation, il a irrégulièrement

donné acte aux demandeurs de leur « désistement de la demande » dirigée contre la partie SEC.

Selon les appelants, ces irrégularités affectent irrémédiablement toute la procédure subséquente et la vicie de sorte à la rendre nulle et de nul effet, y compris le jugement du 23 mars 2012 et l'ordonnance du 4 juillet 2012.

Motifs déduits de l'irrégularité du jugement du 23 mars 2012 :

Selon les appelants Ralf SCHROETER, René EGGER, Alain HONDEQUIN et Hermann KRANZ, ce jugement contient les mêmes irrégularités que le jugement du 4 mars 2011, mais s'y ajoute qu'il mentionne l'existence d'un juge de la mise en état qui, selon ces parties, n'a pas été désigné, qu'il fait état d'un rapport de ce juge qui n'a pas été fait à l'audience et qu'il évoque une ordonnance de clôture du 25 janvier 2012 qui n'existe pas. Les appelants relèvent que ce jugement ne prononce pas l'exécution provisoire de cette décision.

Selon les appelants, l'ensemble de ces manquements affecte irrémédiablement toute la procédure subséquente de sorte à la rendre nulle et de nul effet, y compris l'ordonnance du 4 juillet 2012.

Motifs déduits de l'ordonnance du 4 juillet 2012 :

Par cette ordonnance, le juge de la mise en état a refusé de suspendre l'instruction des affaires au vu de l'appel interjeté le 25 mai 2012 contre le jugement du 23 mars 2012 par lequel le tribunal a refusé le sursis à statuer par application du principe que le pénal tient le civil en état.

Les griefs invoqués par les parties appelantes à l'encontre de l'ordonnance du juge de la mise en état du 4 juillet 2012 elle-même tiennent de ce que :

- cette décision a été rendue par le président statuant comme juge de la mise en état bien qu'aucun tel juge n'ait été désigné,
- elle n'a pas été rendue en audience publique et ne porte pas de mention y relative,
- elle viole les droits de la défense et le droit à un procès équitable,
- elle a qualifié à tort la demande de suspension de l'instruction d'exception dilatoire,
- elle a dit à tort que l'appel n'avait pas d'effet suspensif,

- elle a retenu à tort qu'il n'existe aucun empêchement à ce que l'instruction de l'affaire commence.

Concernant la recevabilité de l'appel dirigé contre la décision du juge de la mise en état, les appelants ont reconnu que certes l'article 217 du Nouveau code de procédure civile prévoit que les ordonnances de mise en état ne peuvent être frappées d'appel qu'avec le jugement sur le fond, mais ils ont estimé 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 d'un 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 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.

Selon les appelants, cette solution ne s'applique pas seulement aux jugements avant-dire-droit par rapport auxquels le droit d'appel est différé, mais également aux ordonnances du juge de la mise en état. En l'espèce, aucune procédure de mise en état n'aurait été déclenchée dans les termes prévus par la loi, de sorte qu'une ordonnance dans le cadre d'une telle mise en état n'aurait pu être prononcée. Aucun juge de la mise en état n'aurait été nommé, ce qui aurait été formellement rappelé dans le jugement du 4 mars 2011. Aucune nomination d'un tel juge ne serait intervenue dans la suite. La première mention de l'existence d'un juge de la mise en état serait celle figurant dans l'ordonnance du 4 juillet 2012 elle-même. Dans ces conditions, le prononcé d'une ordonnance par le juge de la mise en état constituerait un excès de pouvoir manifeste. Cette façon de procéder violerait gravement la loi et la répartition des pouvoirs qu'elle prévoit. Elle correspondrait partant à un excès de pouvoir.

S'y ajouterait que le juge s'est arrogé des pouvoirs qui ne sont pas reconnus au juge de la mise en état par les textes, qualifiant

faussement la demande qui lui était soumise d'exception dilatoire. Le juge aurait par ailleurs méconnu l'effet suspensif et l'effet dévolutif de l'appel. Ce serait à tort qu'il aurait restreint l'effet suspensif de l'appel au motif qu'il n'y aurait pas de perdant et de gagnant dans la décision attaquée. Quant à l'effet dévolutif, le juge aurait été dessaisi de l'entière du litige.

Les appelants ont ajouté que l'ordonnance du 4 juillet 2012 a enfreint les exigences du procès équitable prévues à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. La décision constituerait à la fois une prolongation et une aggravation des violations engendrées par le jugement du 23 mars 2012. S'y ajouteraient les conditions dans lesquelles la décision est intervenue, prenant les parties par surprise et sans que la procédure écrite n'ait été respectée.

Pour l'ensemble de ces motifs, les appelants ont conclu à la nullité de l'ordonnance du 4 juillet 2012.

Arguments des intimés :

La société LUXALPHA et ses liquidateurs :

La société LUXALPHA et ses liquidateurs ont soutenu que les éléments du procès à trancher dans le cadre de l'appel dirigé contre l'ordonnance du juge de la mise en état du 4 juillet 2012 sont uniquement à rechercher dans cette décision, partant sur l'effet suspensif attaché à l'appel interjeté contre le jugement du 23 mars 2012. Ils ont conclu qu'il n'y a pas lieu de se prononcer dans le cadre de cet appel sur le principe que le pénal tient le civil en état. Subsidiairement, cette demande serait à qualifier de demande nouvelle.

Ils ont conclu à l'irrecevabilité de l'appel dirigé contre l'ordonnance du juge de la mise en état alors que cette décision constitue un simple acte d'administration judiciaire qui ne saurait être remis en cause par l'appel-nullité invoqué par les appelants. Cet appel serait par ailleurs dépourvu d'utilité pour les appelants, puisque quelle que soit la solution retenue dans le cadre de l'appel dirigé contre le jugement du 23 mars 2012, la décision sur l'appel dirigé contre l'ordonnance du juge de la mise en état du 4 juillet 2012 sera sans objet.

La société LUXALPHA et ses liquidateurs se sont rapportés à prudence de justice quant à la régularité de la procédure et la recevabilité des conclusions prises au nom de Bernd STIEHL, en l'absence de notification d'une constitution en bonne et due forme pour cette partie et en l'absence de l'indication du domicile réel de cette partie.

Les ETATS UNIS D'AMERIQUE :

Cette partie a soutenu que la UNITED STATES SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (« SEC ») est une simple agence et n'a pas de personnalité juridique et que la FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY (« FINRA ») est une entité privée non représentée par les ETATS UNIS D'AMERIQUE. Ce serait partant à tort que l'acte d'appel mentionne que cette entité est représentée par les ETATS UNIS D'AMERIQUE. Pour le surplus, cette partie a déclaré ne pas prendre position par rapport à la recevabilité de l'appel et son bien-fondé.

Les sociétés UBS :

Ces sociétés ont appuyé l'argumentation des appelants quant à la possibilité de remettre en cause l'ordonnance du juge de la mise en état du 4 juillet 2012 par la voie de l'appel-nullité. Elles ont soutenu que cet appel peut être introduit contre une ordonnance du juge de la mise en état et que ce recours est ouvert en cas d'excès de pouvoir et de violation d'une règle essentielle de procédure.

En l'espèce, on serait en présence d'un excès de pouvoir en ce que le juge de la mise en état a été nommé ex post sans respecter les droits des parties, qu'il s'est arrogé des compétences dont il ne disposait pas et qu'il a décidé de la continuation de l'instruction de l'affaire au mépris de l'effet suspensif de l'appel et du principe que le pénal tient le civil en état.

La COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER (« CSSF ») :

Cette partie a conclu à voir déclarer l'appel irrecevable sinon mal-fondé en se rapportant aux arguments développés par la société LUXALPHA et ses liquidateurs.

La société ERNST & YOUNG :

Cette société s'est ralliée aux conclusions des parties appelantes et des parties UBS et a demandé à voir déclarer l'appel recevable et fondé.

La partie Roger HARTMANN :

Cette partie s'est ralliée aux conclusions des parties appelantes et des parties UBS et a demandé à voir déclaré l'appel recevable et fondé.

Appréciation de la demande :

Quant à l'intérêt pour agir des appelants :

La société LUXALPHA et ses liquidateurs ont soutenu que l'appel est irrecevable faute d'intérêt des appelants à la solution du litige. Quelle que soit la solution retenue dans le cadre de l'appel interjeté par les appelants contre le jugement du 23 mars 2012, l'appel contre l'ordonnance du 4 juillet 2012 serait sans intérêt pour eux.

Les appelants ont soutenu qu'ils ont un intérêt à voir constater la nullité de l'ordonnance du juge de la mise en état du 4 juillet 2012 afin de garantir un procès équitable et le respect des droits de la défense.

Il est de principe que l'intérêt pour agir doit exister au jour de la demande en justice. En l'espèce, l'existence de l'intérêt à agir doit partant être analysée à la date de l'introduction de l'appel contre l'ordonnance du juge de la mise en état, à savoir au 21 décembre 2012. A cette date, l'appel introduit contre le jugement du 23 mars 2012 refusant le sursis à statuer par application du principe que le pénal tient le civil en état n'avait pas encore été tranché et les appelants avaient intérêt qu'en attendant que cet appel soit vidé, une décision vienne décider de l'effet suspensif de ce recours. Si en fin de compte l'appel du 21 décembre 2012 n'a pas été vidé avant l'appel interjeté contre le jugement du 23 mars 2012, ceci ne remet pas en cause qu'à la date à laquelle les appelants ont interjeté appel contre l'ordonnance du juge de la mise en état du 4 juillet 2012, ils avaient un intérêt à interjeter ce recours. Ce moyen de la société LUXALPHA et ses liquidateurs doit partant être rejeté.

Quant à la SEC :

Dans le jugement du 4 mars 2011, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a donné acte aux parties demandereses en intervention ACCESS MANAGEMENT Luxembourg SA, Pierre DELANDMETER et Patrick LITTAY qu'ils renonçaient à leur demande dirigée contre la SEC. Cette partie ne figure pas dans l'ordonnance du juge de la mise en état du 4 juillet 2012 qui a été critiquée dans le cadre de la présente procédure. L'acte d'appel ne lui a pas été signifié par les autorités compétentes aux Etats-Unis, au motif que cette partie ne disposait pas de la personnalité juridique.

Au vu de ces éléments et en l'état actuel du dossier, la partie SEC ne saurait être considérée comme ayant une personnalité juridique propre. L'acte d'appel ne lui a pas été valablement signifié de sorte qu'elle n'est pas partie à l'instance d'appel. L'appel dirigé contre cette partie est partant à déclarer irrecevable. Le présent arrêt est rendu par défaut à son égard.

Quant à la FINRA :

Concernant la personnalité juridique de l'intimée FINRA, il faut constater que l'acte d'appel a été valablement signifié à cette partie à l'adresse sise à 1735, K Street NW, Washington DC 20006 aux Etats-Unis. Il s'en déduit que cette entité dispose de la personnalité juridique. C'est néanmoins à bon droit que la partie ETATS – UNIS D'AMERIQUE a affirmé que cette entité n'est pas représentée par le département du Ministère de la Justice des Etats-Unis. En effet un tel pouvoir de représentation ne résulte pas des éléments soumis à la Cour et est contredit par les modalités de signification de l'acte d'appel duquel il résulte que cet acte de procédure n'a pas pu être valablement signifié à la partie FINRA à l'adresse dudit ministère. Dans les qualités du présent arrêt, les références au Ministère de la Justice des Etats-Unis sont partant à supprimer relativement à la partie FINRA.

Quant aux moyens d'appel :

Dans l'acte d'appel du 21 décembre 2012 dirigé contre la décision du juge de la mise en état du 4 juillet 2012, les parties appelantes ont reproduit le contenu de l'appel du 25 mai 2012 dirigé contre le jugement du 23 mars 2012. Ils ont écrit que les mêmes motifs s'opposent à ce que la procédure se poursuive au moyen de l'ordonnance du 4 juillet 2012.

La société LUXALPHA et ses liquidateurs ont répondu que les moyens fondant l'appel contre l'ordonnance du juge de la mise en état du 4 juillet 2012 sont uniquement à rechercher dans cette décision.

Les parties appelantes ont répliqué que le litige doit être apprécié dans sa globalité, sans se limiter au simple contenu de l'ordonnance du 4 juillet 2012. Un des principaux reproches adressé au juge de la mise en état serait « de ne pas avoir tenu compte des différents éléments procéduraux intervenus dans cette instance qui auraient nécessairement dû mener à la suspension de l'instruction de l'affaire, en attendant l'issue des autres procédures d'appel en cours, conformément aux règles de procédure en vigueur ».

Le contenu de l'ordonnance du juge de la mise en état du 4 juillet 2012 est de la teneur suivante :

« Revu le jugement No 459/2012 du vingt-trois mars deux mille douze qui a rejeté la demande de surséance et ordonné aux parties d'instruire l'affaire au fond selon l'échéancier à émettre par le juge de la mise en état ;

Revu l'échéancier du 23 mars 2012 ;

Vu les conclusions de Maître Marc Elvinger du 31 mai 2012, de Maître Marc Kleyr du 15 juin 2012, de Maître Lucy Dupong du 18 juin 2012 et de Maître Véronique Hoffeld du 28 juin 2012 qui demandent que l'affaire soit gardée en suspens en attendant l'issue de l'appel interjeté le 25 mai 2012 par les administrateurs Alain HONDEQUIN, Herman KRANZ, René EGGER et Ralf SCHROETER contre le jugement du 23 mars 2012 au motif que cet appel serait suspensif en vertu de l'article 588 du Nouveau Code de procédure civile ;

Vu les conclusions de la partie demanderesse tendant à voir continuer l'instruction ;

Attendu que l'article 212 du Nouveau Code de procédure civile dispose que le juge de la mise en état est compétent pour statuer sur les exceptions dilatoires ; qu'en vertu de l'article 214, alinéa 2 du même code, il statue par une ordonnance motivée ;

Attendu que l'article 588 du Nouveau Code de procédure civile dispose que l'appel sera suspensif, si le jugement ne prononce pas l'exécution provisoire dans les cas où elle est autorisée ;

Mais attendu que l'effet suspensif a seulement pour conséquence qu'aucun acte d'exécution forcée ne pourra être diligenté par le gagnant pour contraindre le perdant à se conformer au jugement (Jurisclasseur, procédure civile, fasc. 716, n° 2) ;

Que le jugement du 23 mars 2012 n'a pas désigné de gagnant susceptible d'entamer une procédure d'exécution et qu'il n'existe aucun empêchement à ce que l'instruction de l'affaire commence ;

Qu'il convient donc d'instruire l'affaire selon le nouvel échéancier détaillé au dispositif.

Par ces motifs

Nous, Jean-Paul Hoffmann, premier vice-président du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, statuant comme juge de la mise en état,

Rejetons la demande de suspension,

Fixons les délais suivants pour l'instruction de l'affaire :

... ».

Il résulte de la lecture de cette décision qu'elle se rapporte uniquement à la demande de suspension de l'instruction des affaires

en attendant que l'appel dirigé contre le jugement du 23 mars 2012 soit vidé. Elle ne considère absolument pas la demande de surséance de l'instruction par application du principe que le pénal tient le civil en état, demande qui a fait l'objet du jugement du 23 mars 2012 dont appel. Dans sa décision, le juge de la mise en état n'a fait qu'analyser les conséquences de l'appel dirigé contre la décision du 23 mars 2012 sur l'instruction des affaires dont le tribunal était saisi. Dans ces conditions, les considérations sur le bien-fondé de la décision du 23 mars 2012 ne sauraient servir de moyens dans le cadre de l'appel dirigé contre la décision du juge de la mise en état du 4 juillet 2012. Ces moyens seront analysés dans le cadre de l'appel dirigé contre ce jugement.

Il est vrai que dans l'acte d'appel du 21 décembre 2012 contre la décision du juge de la mise en état du 4 juillet 2012, les appelants ont demandé à voir surseoir à statuer sur les affaires en attendant la fin des instances pénales.

La société LUXALPHA et ses liquidateurs ont soutenu que cette demande constitue une demande nouvelle prohibée en instance d'appel.

Cette argumentation des parties LUXALPHA et de ses liquidateurs est fondée puisque, comme il vient d'être retenu, l'ordonnance du juge de la mise en état est étrangère à la question de la surséance de l'instruction en attendant la fin des affaires pénales. Il ne résulte d'aucun élément du dossier que cette demande ait été formulée en première instance devant le juge de la mise en état. Elle constitue donc une demande nouvelle, irrecevable en instance d'appel.

Il y a lieu d'ajouter pour être complet que concernant les moyens tenant de l'irrégularité de la jonction ordonnée par le jugement du 4 mars 2011, de l'indication des constitutions d'avocat dans cette décision et du désistement y acté, ces moyens ne sauraient être tranchés dans le cadre de l'appel dirigé contre l'ordonnance du juge de la mise en état du 4 juillet 2012. En effet aucun reproche ne saurait être adressé de ce chef au juge de la mise en état qui a rendu la décision du 4 juillet 2012 et qui n'a pu que reprendre l'affaire dans l'état dans lequel elle lui était soumise. Il en va de même des moyens tenant de la violation des règles de la mise en état qui auraient été commises au niveau de la procédure qui a abouti à la décision du 23 mars 2012. En effet, ces moyens devront être analysés dans le cadre de l'appel dirigé contre cette décision. La régularité de la décision prise par le juge de la mise en état en date du 4 juillet 2012 ne peut être appréciée que par rapport à la situation telle qu'elle se présentait à lui lorsqu'il a eu à connaître de l'affaire.

Quant à l'existence d'un appel-nullité en droit luxembourgeois:

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^{ème} 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^{ème} éd, n° 129 et s. ; C. Puigelier : La pratique de la cassation en matière sociale, Lexisnexis, 2^{ème} éd., n° 937 et s.).

La théorie dite de « l'appel nullité a pareillement été consacrée par la Cour de cassation belge dans un arrêt du 1^{er} 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 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^{ème} chambre, 29 novembre 2012, JLMB, 2013, p.1954 ; Cour d'appel de Liège, 7^{ème} 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^{ème} chambre, 28 juin 2013, J.T. 2014/32, n° 6576 p.624-625 ; Cour d'appel de Bruxelles, 16^{ème} 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, saisie 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^{ère}, 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 à 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 Compernelle « Le double degré de juridiction et les exigences du procès équitable » in J. Van Compernelle 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^{er} 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^{er} 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^{er} 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)

C'est à bon droit que les appelants ont soutenu sur base de la jurisprudence qu'ils ont versée que l'appel-nullité s'applique en matière d'ordonnances du juge de la mise en état qui, suivant l'article 776 du Code de procédure civile français et l'article 217 du Nouveau code de procédure civile luxembourgeois, ne sont en principe appelables qu'avec le jugement sur le fond. Les spécificités de l'article 776 du Code de procédure civile français par rapport à la disposition luxembourgeoise ne sont pas de nature à empêcher la transposition en droit luxembourgeois de la solution prétorienne dégagée en France.

C'est à tort que la société LUXALPHA et ses liquidateurs ont soutenu que la théorie de l'appel-nullité ne saurait être invoquée en l'espèce, alors que la décision attaquée constitue un simple acte d'administration judiciaire. Il se dégage en effet des textes applicables à la procédure de la mise en état que ce n'est que lorsque le juge se contente de veiller au bon déroulement de l'instruction et qu'il contrôle l'échange des écritures entre les parties qu'il agit par simples mesures d'administration judiciaire. Mais dès qu'il prend une décision sur base des articles 210 à 213 du Nouveau code de procédure civile, il rend une ordonnance motivée tel que ceci est précisé à l'article 214 alinéa 2 de ce même code. Si cette décision n'a pas autorité de chose jugée au principal, elle n'en a pas moins un caractère juridictionnel et ne saurait être qualifiée de simple acte d'administration judiciaire. Cet argument de la société LUXALPHA et de ses liquidateurs ne saurait partant valoir.

Recevabilité de l'appel-nullité en l'espèce :

L'appel-nullité n'est ouvert qu'à trois séries de conditions : 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 (Jurisclasseur, 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 par l'absence d'un appel de droit commun. En outre l'appel-nullité est déclaré irrecevable lorsqu'un autre recours permet d'invoquer la nullité de la 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. (Jurisclasseur, 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'espèce.

Encore faut-il définir l'excès de pouvoir et déterminer si un tel excès de pouvoir est donné en l'espèce.

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, telle qu'elle est seule envisageable en l'espèce, 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^{ème} éd., n° 59).

En l'espèce, il est reproché au juge de la mise en état d'avoir rendu la décision du 4 juillet 2012 bien qu'il n'ait pas été régulièrement nommé et d'avoir excédé ses pouvoirs en prenant une mesure qui ne rentrait pas dans ses attributions.

Concernant le premier grief, les appelants ont affirmé que le déclenchement de la procédure de la mise en état proprement dite n'a jamais été décidé, de même qu'un juge de la mise en état n'a jamais été désigné, de sorte que le prononcé d'une ordonnance du juge de la mise en état constitue à un excès de pouvoir manifeste. Pour étayer cette argumentation, les appelants ont comparé les principes de la procédure de la mise en état avec la procédure suivie dans le cadre des instances en cause, pour arriver à la conclusion que ces principes n'ont pas été respectés tout au long de l'instruction des affaires.

Il résulte de l'analyse de la procédure antérieure à l'ordonnance du 4 juillet 2012 que si le jugement du 4 mars 2011 retient en sa page 11 qu'aucun juge de la mise en état n'avait été désigné, le jugement du 23 mars 2012, dans son dispositif, a ordonné aux parties d'instruire l'affaire au fond selon l'échéancier à émettre par le juge de la mise en état. Le jugement a ensuite refixé l'affaire à une conférence de la mise en état.

Il se déduit de ces dispositions du jugement du 23 mars 2012 qu'au plus tard à partir du prononcé de ce jugement, l'instruction des affaires était soumise aux règles de la procédure de la mise en état. La procédure de la mise en état était enclenchée et l'instruction de l'affaire était soumise à l'autorité d'un juge de la mise en état. Suivant l'ordonnance elle-même, un échéancier avait été émis le 23 mars 2012. Si cet échéancier a été émis par le greffier plutôt que par le juge de la mise en état lui-même, tel qu'affirmé par les appelants, cette circonstance ne saurait remettre en cause l'application des règles de la procédure à partir du jugement du 23 mars 2012, le greffier devant être considéré comme transmettant aux parties les délais fixés par le juge de la mise en état. De même le fait que l'injonction de conclure émise le 31 mai 2012 a été émise par un juge au nom du Président de la chambre, ne saurait signifier que la procédure de la mise en état n'était pas enclenchée, tel qu'ordonnée par le jugement du 23 mars 2012. Cette mention doit être considérée comme erreur matérielle, le juge ayant signé cette ordonnance devant être considéré comme ayant agi en sa qualité de juge de la mise en état.

Il faut ajouter que les irrégularités dans l'enclenchement de la procédure de la mise en état et la désignation du juge de la mise en état qui ont pu être commises avant le jugement du 23 mars 2012 ne sauraient entacher de nullité l'ordonnance du 4 juillet 2012, puisqu'à la date à laquelle cette décision a été rendue, ces irrégularités, si elles devaient avoir existé, n'existaient plus et l'instruction des

affaires se déroulait clairement dans le cadre des règles applicables en matière de mise en état.

Au vu des éléments qui précèdent, il ne saurait être valablement soutenu que l'ordonnance du 4 juillet 2012 a été rendue par un juge qui s'est arrogé des pouvoirs qui ne lui avaient pas été confiés. Aucune irrégularité y relative ne saurait partant être reprochée au juge de la mise en état qui a rendu l'ordonnance du 4 juillet 2012. A fortiori, aucun excès de pouvoir ne saurait lui être imputé de ce chef.

Il y a lieu d'ajouter que les griefs relatifs à ce que l'ordonnance n'a pas été rendue en audience publique, respectivement que les droits de la défense n'ont pas été respectés, ne sont pas constitutifs, par référence aux principes qui ont été retenus plus haut, d'un excès de pouvoir. En effet il a notamment été retenu plus haut que la violation des règles de procédure, de même que l'inobservation des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme n'est pas constitutive d'un excès de pouvoir (le cas cité plus haut relatif à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme a trait au droit d'accès à un tribunal, mais par analogie la même solution doit s'appliquer au droit à un procès équitable également prévu dans cette disposition). Ces griefs ne sauraient partant ouvrir le droit aux appelants d'interjeter appel-nullité contre l'ordonnance du juge de la mise en état du 4 juillet 2012.

Concernant le reproche consistant à dire que le juge de la mise en état a erronément qualifié la demande qui lui était soumise d'exception dilatoire pour s'arroger le droit d'en décider, il faut estimer qu'à le supposer établi, le juge de la mise en doit être considéré comme ayant commis un excès de pouvoir. L'appel-nullité est partant recevable relativement à ce grief.

Encore faut-il que cet excès de pouvoir soit donné.

Il y a lieu de rappeler que les appelants avaient demandé au juge de suspendre l'instruction des affaires en attendant que l'appel interjeté contre le jugement du 25 mars 2012 soit vidé, cette décision ayant rejeté leur demande de surseoir à statuer par application du principe que le pénal tient le civil en état. Pour requérir la suspension des affaires en attendant que l'appel contre le jugement du 25 mars 2012 soit vidé, les appelants se sont basés sur les dispositions de l'article 588 du Nouveau code de procédure civile prévoyant le caractère suspensif de l'appel. C'est cette demande qui a été qualifiée d'exception dilatoire par le juge dans son ordonnance du 4 juillet 2012 et qui a été rejetée.

Les appelants reprochent au juge de première instance d'avoir erronément qualifié leur demande d'exception dilatoire pour s'arroger le droit d'en décider seul par application de l'article 212 du Nouveau

code de procédure civile. Ils en ont déduit que sa décision encourt la nullité.

Suivant l'article 212 point a) du Nouveau code de procédure civile, le juge de la mise en état est seul compétent, lorsque la demande est présentée devant lui postérieurement à sa désignation, pour statuer sur les exceptions dilatoires.

L'exception dilatoire est définie comme l'exception invoquée par le défendeur pour voir suspendre l'instance, respectivement pour voir retarder l'examen de la demande.

Le paragraphe IV du titre XI du Nouveau code de procédure civile est intitulé « Des exceptions dilatoires ». Il y est prévu sous les articles 265 à 278 qu'un délai peut être accordé à l'assigné en matière de partage pour faire inventaire, de même qu'en matière d'appel en garantie.

La question qui s'est posée en jurisprudence et en doctrine est de savoir si les hypothèses prévues aux articles 265 à 278 du Nouveau code de procédure civile sont limitatives ou si d'autres cas peuvent être envisagés. La question sera analysée ci-dessous par référence à la doctrine française, en étant précisé qu'il est tenu compte dans cette analyse des différences de texte entre la Code de procédure civile français et le Nouveau code de procédure civile luxembourgeois, notamment eu égard aux dispositions de l'article 110 du code français qui n'ont pas d'équivalent en droit luxembourgeois.

Pour la majorité des auteurs, l'énumération des exceptions dilatoires prévues au titre XI du Nouveau code de procédure civile n'est pas limitative, de sorte que sont à qualifier comme telles toutes les demandes reposant sur un texte légal prévoyant pour le défendeur le droit de se faire accorder un délai pour se défendre contre l'assignation, parce qu'il ne peut y répondre pour le moment ou parce qu'il a le droit de jouir d'un terme (Dalloz, codes annotés, code de procédure civile, éd. 1876, sub article 174, n° 4). Dans cette acception, il est reconnu que constitue une exception dilatoire le moyen tiré par le défendeur des dispositions de l'article 1225 du code civil (demande de délai par l'héritier du débiteur assigné pour mettre en cause les cohéritiers), de l'article 121 du Nouveau code de procédure civile (exercice prématuré de l'action pétitoire), des articles 2170 et 2171 du Code civil (bénéfice de discussion invoqué par le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué) et de l'article 2021 du code civil (bénéfice de discussion de la caution) (cf Encyclopédie Dalloz, procédure civile et commerciale, éd. 1955, v° exceptions et fins de non-recevoir, n° 16 et s.).

L'idée que les hypothèses des exceptions dilatoires prévues aux articles 265 à 278 du Nouveau code de procédure civile ne sont pas limitatives est partagée par la doctrine luxembourgeoise (cf Th. Hoscheit : Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, n° 832). L'auteur cite parmi les exceptions dilatoires les deux cas de figure prévus littéralement par les articles 265 à 278 du Nouveau code de procédure civile, mais y ajoute la caution judiciaire, la mise en cause des organismes de sécurité sociale, la surséance à statuer, la question préjudicielle et le défaut profit-joint. Les travaux préparatoires à la loi du 11 août 1996 ayant introduit la procédure de l'article 212 point a) du Nouveau code de procédure civile prévoyant le pouvoir pour le juge de la mise en état de toiser les exceptions dilatoires, énumèrent comme faisant partie de ces exceptions « notamment » celles invoquées pour faire inventaire et délibéré ou celles invoquées à l'appui d'un bénéfice de discussion ou de division ou celles invoquées pour l'appel en garantie (Travaux parlementaires n° 3771, commentaire des articles p. 47). Il faut en déduire que pour l'auteur de ce texte, cette énumération n'est pas limitative.

Par déduction des développements qui précèdent, doit être qualifiée d'exception dilatoire toute demande du défendeur tendant à se voir accorder un délai pour se défendre, découlant de droits qui lui sont reconnus par la loi.

L'article 588 du Nouveau code de procédure civile prévoit que l'appel contre une décision est suspensif. Sur base de cette disposition, les appelants avaient requis la mise en suspens des affaires au vu de l'appel interjeté contre le jugement du 23 mars 2012 qui leur a refusé le droit à surséance en vertu du principe que le pénal tient le civil en état. Cette demande a été rejetée par le juge de la mise en état qui a ordonné la poursuite de l'instruction de l'affaire.

La demande de mise en suspens des appelants tendait à voir reconnaître aux appelants un délai avant de devoir se défendre contre la demande dirigée contre eux, en attendant que l'appel contre une décision antérieure soit vidé. Le droit à la mise en suspens de l'affaire découlait d'une disposition légale, à savoir l'article 588 du Nouveau code de procédure civile. Cette demande doit être considérée comme étant relative à une exception dilatoire au sens de l'article 212 point a) du nouveau code de procédure civile et le juge de la mise en état était en droit de la toiser. Aucun excès de pouvoir n'a donc été commis par ce juge et les conditions d'un appel-nullité ne sont pas données. L'appel est partant irrecevable.

Quant à l'intimé Bernd STIEHL, la société LUXALPHA et ses liquidateurs se sont rapportées à prudence de justice « quant à la régularité de la procédure et quant à la recevabilité des conclusions prises au nom de Monsieur Bernd STIEHL, compte tenu notamment

de l'absence de notification d'une constitution d'avocat à la Cour en bonne et due forme et quant à l'absence d'indication de domicile réel de Monsieur Bernd STIEHL ».

Concernant la constitution d'avocat, ce moyen est à rejeter, dès lors qu'une constitution d'avocat pour cette partie a été valablement notifiée.

Concernant l'adresse de l'intimé Bernd STIEHL, cette partie, après avoir figuré dans l'ordonnance du juge de la mise en état du 4 juillet 2012 comme étant domiciliée en France a indiqué dans les conclusions notifiées en cours de procédure qu'elle demeurait au Cameroun.

La société LUXALPHA et ses liquidateurs sont restés en défaut de préciser en quoi la régularité de la procédure serait affectée par cette modification de l'adresse de la partie Bernd STIEHL en cours de procédure. En tout état de cause, aucune irrecevabilité de conclusions notifiées en cours de procédure n'est prévue par les textes de lois. Ce moyen de la société LUXALPHA et de ses liquidateurs ne saurait partant valoir.

L'intimé Bernd STIEHL ayant constitué avocat en cours de procédure, l'arrêt est rendu contradictoirement à son égard.

Les parties intimées FINRA et Irving H. PICARD, bien qu'assignées à personne, n'ont pas constitué avocat. L'arrêt est partant réputé contradictoire à leur encontre.

PAR CES MOTIFS :

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant par défaut à l'encontre de l'UNITED STATES SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION (SEC), par arrêt réputé contradictoire à l'encontre de la FINANCIAL INDUSTRY REGULATORY AUTHORITY (FINRA) et d'Irving H. PICARD et contradictoirement à l'égard des autres parties,

dit les appels principal et incident irrecevables,

condamne Ralf SCHROETER, René EGGER, Alain HONDEQUIN et Hermann KRANZ aux frais et dépens de l'instance d'appel dirigée contre l'ordonnance du juge de la mise en état du 4 juillet 2012, avec distraction au profit de Maître Patrick Kinsch qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

