

Audience publique du 10 mai deux mille dix-sept

Numéro 44265 du rôle.

Composition:

Astrid MAAS, président de chambre;
Marie-Laure MEYER, premier conseiller;
Monique HENTGEN, premier conseiller;
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

la société de droit espagnol G),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Nadine TAPELLA d'Esch/Alzette en date du 9 novembre 2016,

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

e t :

1. la société anonyme T),

intimée aux fins du susdit exploit TAPELLA du 9 novembre 2016,

comparant par Maître Ella SCHONCKERT, avocat, en remplacement de Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2. la société de droit de l'île de Man E) LTD,

intimée aux fins du susdit exploit TAPELLA du 9 novembre 2016,

comparant par Maître Ariel DEVILLERS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, qui se présente pour l'étude ARENDT & MEDERNACH.

LA COUR D'APPEL :

Le 2 septembre 2016, un Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame la Présidente du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, a rendu une ordonnance contradictoire dont le dispositif est libellé comme suit:

*« Quant à la demande dirigée à l'encontre d'E) :
Nous déclarons incompétent ratione loci pour en connaître,
Quant à la demande dirigée contre T) :
déclarons irrecevables les premiers et seconds volets de la demande,
Nous déclarons incompétent ratione materiae pour connaître du troisième volet de la demande,
disons non fondées les demandes en obtention d'une indemnité de procédure sollicitées par E) et par T),
condamnons G) aux frais et dépens de l'instance ».*

Par exploit d'huissier de justice du 9 novembre 2016, la société de droit espagnol G) a relevé appel limité de cette ordonnance laquelle, selon les déclarations des parties à l'audience du 4 avril 2017, ne lui avait pas été signifiée.

Les moyens de la partie appelante

L'appelante conclut à voir réformer l'ordonnance entreprise en ce que le premier juge s'est déclaré incompétent ratione loci, en ce qu'il a déclaré irrecevables les premier et second volets de la demande de G), en ce qu'il s'est déclaré incompétent ratione materiae pour connaître du troisième volet de la demande et finalement en ce qu'il a condamné G) aux frais et dépens.

L'appelante demande à la Cour de statuer à nouveau et de condamner les parties intimées, sur base de l'article 350 du NCPC et de l'article 5.a. de la convention n° E)001/10 entre G) et l'intimée E), à :

(i) transmettre à G) (par l'intermédiaire de son mandataire) copie de l'ensemble des échanges écrits généralement quelconques qui se sont déroulés, à tout le moins depuis mars 2013, sinon depuis juin 2013, sinon depuis octobre 2014, entre la partie T) (ou toute entité du groupe dont elle fait partie) et la partie E) (ou toute entité mère, filiale, ou sœur) au sujet d'une solution informatique pour l'administration de polices d'assurance et de sinistres (généralement dénommée « CIAD ») ou tous autres services ou missions à fournir par E) visés à l'annexe 2 du contrat T) - E), ainsi que incluant les échanges concernant l'accord de confidentialité dont l'existence a été confirmée par E) et T) ;

(ii) dans l'hypothèse où un ou des accord(s) fina(l)(aux) - incluant l'accord de confidentialité - ont été conclus entre T) (ou toute entité du groupe dont elle fait partie) et la partie E) (ou toute entité mère, filiale, ou sœur) au sujet d'une solution informatique pour l'administration de polices d'assurance et de sinistres (généralement dénommée « CIAD ») ou tous autres services ou missions à fournir par E) : transmettre à G) (par l'intermédiaire de son mandataire) copie complète de cet / ces accord(s) à G) ;

(iii) dans l'hypothèse où aucun accord final n'est encore conclu entre T) (ou toute entité du groupe dont elle fait partie) et la partie E) (ou toute entité mère, filiale, ou sœur) au sujet d'une solution informatique pour l'administration de polices d'assurance et de sinistres (généralement dénommée « CIAD ») ou tous autres services ou missions à fournir par E) : impliquer G), complètement et sans réserves, dans toutes discussions et négociations futures entre les parties T) et E) en lui transmettant, au fur et à mesure (par l'intermédiaire de son mandataire) copie de leurs échanges écrits généralement quelconques ;

le tout dans un délai de 5 jours ouvrables suivant la signification de l'ordonnance à intervenir (la Cour admet qu'il y a lieu de lire de l'arrêt à intervenir).

L'appelante conclut encore à voir assortir les condamnations (sub i) et ii)) d'une astreinte de chaque fois 500.- euros respectivement de 1.000.- euros par jour de retard ou de non respect et elle demande que le non respect de la condamnation prononcée sub iii) serait à assortir d'une astreinte de 10.000.- euros par infraction constatée.

Finalement, l'appelante conclut à la condamnation des parties assignées (il y a lieu de lire « intimées ») à lui payer une indemnité de procédure de 2.500.- euros pour l'instance d'appel.

A l'appui de son appel G) expose que les parties au litige étaient liées par deux contrats, l'un ayant été conclu entre G) et E) et l'autre ayant été conclu entre E) et T). G), tout en reconnaissant que T) s'était opposée à un accord tripartite, soutient néanmoins être au centre des relations existant depuis 2005 entre les trois parties (au sujet du logiciel « CIAD ») étant donné qu'elle avait rendu possible les relations entre E) et T). Elle fait valoir qu'elle devrait partant être partie aux discussions menées entre E) et T).

L'appelante reproche au premier juge d'avoir retenu qu'il n'était pas établi que le logiciel « CIAD » faisait partie des accords entre parties et elle renvoie aux pièces (numéros 2-1, 2-1 bis, 5-3, et 5-2) soumises en cause.

G) reproche au premier juge, après avoir retenu sa compétence territoriale sur base de l'article 8 point 1 du règlement UE 2015/2012 (il y a lieu de lire règlement UE 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale) pour connaître de la demande, d'avoir sur base de l'article 35 dudit règlement décliné de connaître de la demande de G) à l'encontre de E).

G) fait valoir que cette restriction au pouvoir du juge (que la mesure demandée doit pouvoir être exécutée dans son Etat) ne s'applique que si la compétence découle du seul article 31 (actuellement article 35 du règlement UE 1215/2012 précité) et non pas dès lors que l'Etat membre est également compétent pour connaître du fond.

L'appelante donne à considérer qu'une éventuelle action au fond serait également intentée au Luxembourg et elle conclut sur base de ces développements à la compétence du juge luxembourgeois pour ordonner aux deux parties intimées la production de documents. Finalement elle précise qu'elle ne sollicite pas l'exécution de mesures provisoires (i.e. la communication de documents) à l'étranger étant donné que cette communication devrait évidemment se faire au Luxembourg entre les mandataires des parties au litige.

Les observations des parties intimées

a) l'intimée E)

L'intimée E) soulève in limine litis l'incompétence du juge des référés pour connaître des demandes de G) à son encontre et elle rappelle que les règlements communautaires ne sont pas applicables à l'Ile de Man où elle a son siège, cette île ne faisant pas partie de l'UE.

Elle réfute encore l'argument de l'appelante que la communication des pièces devrait avoir lieu entre mandataires au Luxembourg et souligne que d'éventuels documents existeraient tout au plus sur l'Ile de Man. Les mesures sollicitées, devant partant être manifestement exécutées sur l'Ile de Man, ne sauraient donc être ordonnées par un juge de référés luxembourgeois. E) rappelle encore que l'avocat n'étant pas obligatoire en matière de référé, il ne saurait être argumenté que les mesures provisoires sollicitées par G) seraient exécutoires au Luxembourg entre mandataires.

L'intimée E) conteste ensuite l'affirmation de l'appelante qu'il appartiendrait le cas échéant au juge luxembourgeois de demander des mesures au juge étranger (en application du Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale) et elle rappelle que ces dispositions ne sont (i) pas applicables à l'Ile de Man et (ii) ne sont de toute façon pas possibles en matière de référé.

Subsidiairement et si par impossible la Cour retenait que le Règlement (UE) n° 1215/2012 serait applicable à l'Ile de Man, E) fait valoir qu'il ne saurait cependant être appliqué en matière de référé. A l'appui de sa thèse, elle renvoie aux arrêts C104-03 et C-391/95 *St. Paul Dairy Industries NV c/ Unibel Exser BVBA* rendus en date du 28 avril 2005 et *Van Uden Maritime BV, aG) s/ Van Uden Africa Line c/ Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e.a.*

Dans le premier arrêt (*St. Paul Dairy Industries NV c/ Unibel Exser BVBA*) rendu en date du 28 avril 2005, la Cour de justice avait été saisie de questions préjudicielles portant sur l'interprétation de l'article 24 de la convention modifiée du 27 septembre 1968. La Cour a rappelé que l'article 24 autorise une juridiction d'un Etat contractant à statuer sur une demande de mesure provisoire ou conservatoire alors qu'elle n'est pas compétente pour connaître du fond du litige mais que les règles de compétence qui dérogent au principe général de la convention ne peuvent se justifier que pour autant que la mesure demandée répond à la finalité dudit article.

Dans le deuxième arrêt (*Van Uden Maritime BV, aG) s/ Van Uden Africa Line c/ Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line e.a.*) dans lequel il s'aG)sait de déterminer ce qu'il faut entendre par mesures provisoires, la Cour a décidé que :

« l'article 5, point 1, de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, telle que modifiée doit être interprété en ce sens que la

juridiction compétente en vertu de cette disposition reste également compétente pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, sans que cette dernière compétence soit subordonnée à d'autres conditions ».

A titre encore plus subsidiaire, l'intimée E) conclut à l'irrecevabilité des demandes de G) au motif que les conditions de l'article 350 du NCPC ne seraient pas remplies dans la mesure ou les actes dont la communication est sollicitée ne seraient pas déterminés avec précision.

Elle fait encore valoir qu'au point (ii) du dispositif de l'acte d'appel de G) figure une demande nouvelle (à savoir la demande de communication de l'accord de confidentialité) qui devrait être déclarée irrecevable pour être nouvelle en instance d'appel.

L'intimée E) insiste sur le fait que l'appelante reste toujours en défaut d'établir que le logiciel « CIAD » faisait partie du champs contractuel existant entre E) et G). E) expose qu'en raison de pièces écrites il faudrait, afin de pouvoir déterminer si le logiciel « CIAD » fait partie ou non du contrat existant entre G) et E), procéder le cas échéant par voie d'expertise mais non pas par communication forcée de documents.

Finalement, l'intimée E) conclut à l'irrecevabilité du troisième volet de la demande de G) (tendant à voir ordonner - au cas où aucun accord final ne serait encore conclu entre T) et E) - que G) soit impliquée, complètement et sans réserves, dans toutes les discussions et négociations futures entre T) et E)), au motif que cette demande a trait à une obligation de faire que le juge des référés ne pourrait ordonner.

b) l'intimée T)

L'intimée T) conclut principalement à l'incompétence matérielle du juge des référés pour connaître des trois demandes de G) et subsidiairement elle conclut à la confirmation de l'ordonnance entreprise. Elle formule partant un appel incident.

T) expose qu'elle a conclu avec E) un contrat selon lequel E) devait lui fournir conseil et assistance dans ses activités d'élaboration de programmes de police d'assurances destinés à protéger les clients contre les risques en relation avec la détention et l'utilisation d'écouteurs de téléphones mobiles (« Handsets Insurance Programs »).

Selon ce contrat, la rémunération d'E) correspond à 3% de la prime totale reçue des souscripteurs d'assurance et la rémunération était limitée à 250.000.- euros par an et par pays.

Il existe un deuxième contrat, conclu entre E) et G) (auquel T) n'est pas partie) selon lequel G) devait être rémunérée sur base d'une commission payée par E). Cette commission était initialement fixée à 50% de la rémunération brute reçue par E) de T) (anciennement CASIOPEA).

L'intimée T) conteste formellement (i) que G) doive être incluse aux négociations concernant le logiciel « CIAD » (qui est un logiciel d'administration interne, non destiné à être vendu à des clients) et (ii) que G) doive recevoir une rémunération en cas de conclusion d'un accord entre T) et E) portant sur l'utilisation de « CIAD ».

T) expose que si G) devait être informée des communications entre E) et T) relatives à l'élaboration de programmes de polices d'assurance pour les clients détenteurs d'écouteurs pour téléphones mobiles, elle n'aurait toutefois aucun droit d'être au centre de toutes les discussions entre E) et T).

L'intimée explique encore qu'elle n'est partie à aucun contrat conclu avec G) et n'a de ce fait aucune obligation contractuelle envers elle, encore moins celle de lui communiquer de supposés documents ou correspondances entre elle et E) à propos de logiciels d'administration, étrangers au champ d'application du contrat.

T) conclut que la demande de G) d'être impliquée dans les discussions et négociations entre E) et T) requiert du juge des référés de se prononcer sur une obligation de faire, découlant d'une exécution d'un contrat auquel T) n'est pas partie. Elle souligne que le juge des référés est matériellement incompétent pour se prononcer sur l'exécution forcée d'une obligation de faire.

Elle soulève ensuite l'irrecevabilité de deux demandes formulées par G) au dispositif de son acte d'appel, concernant la communication de l'accord de confidentialité existant entre E) et T), motif pris que celles-ci seraient des demandes nouvelles.

A titre subsidiaire, elle conteste que les conditions prévues à l'article 350 du NCPC soient réunies en l'espèce. Elle explique qu'aucun litige éventuel (dont l'objet et le fondement ne seraient par ailleurs pas suffisamment caractérisés), n'est susceptible d'opposer G) à T) étant donné que T) et G) n'ont aucun lien contractuel et que pour le surplus la responsabilité de T) ne pourrait être recherchée par G) sur la base délictuelle.

Le motif de G) à la base de ses demandes ne serait pas légitime et tendrait uniquement à la découverte et la recherche de pièces. Les mesures sollicitées ne seraient pas légalement admissibles alors que G), qui serait un tiers, chercherait à s’immiscer dans les relations entre T) et E).

L’existence et la vraisemblance des pièces ne seraient pas établies et G) resterait en défaut d’établir la détention des pièces par T).

Finalement, la demande de G) tendant à la communication de pièces serait à rejeter pour être trop vague pour que les pièces sollicitées puissent être identifiées.

En tout dernier ordre de subsidiarité, T) donne à considérer que le délai de 5 jours endéans lequel la communication devrait se faire est irréaliste et le montant de l’astreinte serait à ramener à de plus justes proportions.

Appréciation

Les appels principal et incident, interjetés dans les forme et délai de la loi, sont recevables.

- quant à la compétence ratione loci du juge des référés

L’appelante G) conclut dans son acte d’appel (page 14) « *que l’ordonnance dont appel est à confirmer en ce qu’elle a retenu la compétence territoriale du juge luxembourgeois à l’égard de la partie E) sur la base de l’article 8 point 1 du Règlement UE 2015/2012* ».

Le premier juge avait, en effet, retenu sur base du prédit article 8 que « il est constant en cause que tandis G) et E) sont établies à l’étranger, dans des pays faisant partie de l’Union Européenne, G) est établie en Espagne et E) à l’Ile de Man, T) est établie sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg (...) ».

Il avait ensuite, sur base de l’article 35 du même règlement (qui dispose que « Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d’un État membre peuvent être demandées aux juridictions de cet État, même si les juridictions d’un autre État membre sont compétentes pour connaître du fond »), qui crée une règle de compétence supplémentaire selon laquelle une juridiction est autorisée à ordonner des mesures conservatoires ou provisoires même si elle n’est pas compétente au fond, déclaré être incompétent pour statuer sur la demande dirigée contre E) motif pris que l’exécution d’une éventuelle condamnation se ferait en territoire étranger. Il s’était basé sur un arrêt rendu par la Cour d’appel en date du 18 décembre 2002 (rôle 26883) qui a retenu que « les restrictions

des pouvoirs de la juridiction d'un Etat membre dont la compétence découle du seul article (35) ... consistent, d'une part en ce que les conditions d'application de l'article (35) requièrent que la décision du juge des référés et l'exécution de la mesure qu'il ordonne, interviennent dans le même ETAT ».

Dans le dispositif de l'ordonnance, le premier juge s'est partant déclaré incompétent *ratione loci* pour connaître de la demande dirigée à l'encontre de E).

L'intimée E) conclut à la confirmation de l'ordonnance par substitution de motifs. Elle demande à la Cour de confirmer la décision du premier juge concernant l'incompétence *ratione loci* du juge des référés luxembourgeois pour connaître d'une demande dirigée à son encontre mais elle fait valoir que cette décision devrait être motivée par la non applicabilité du règlement 1215/2012 à l'Ile de Man ; le premier juge ayant, à tort, retenu que EIB dont le siège est à l'Ile de Man est établie dans un pays faisant partie de l'Union Européenne.

L'appelante G) s'oppose formellement à cette demande et déclare que l'Ile de Man ferait partie du Royaume - Uni de sorte que le règlement 1215/2012 devrait s'appliquer à l'égard de l'intimée E).

Il y a partant lieu d'examiner si les règlements européens invoqués par l'appelante dont notamment le Règlement 1215/2012 sont applicables aux ressortissants de l'Ile de Man.

Au vu du Protocole n° 3 concernant les îles anglo-normandes et l'île de Man (Journal officiel des Communautés européennes, L73 du 27 mars 1972), du rapport du professeur Dr. P. Schlosser sur la convention du 9 octobre 1978 relative à l'adhésion du royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume –Uni (Journal officiel des Communautés européennes, C59 du 5 mars 1979 page 143 n° 252) selon lequel « Le terme « Royaume-Uni » ne couvre pas les îles anglo-normandes, l'île de Man, Gibraltar et les zones de souveraineté à Chypre. Il n'existe pas d'obligation pour le Royaume-Uni d'étendre le champ d'application de la convention à ces territoires dont il représente au demeurant les intérêts sur le plan international. Toutefois, il pourrait se révéler utile d'opérer une telle extension. Le Royaume-Uni doit y être autorisé. Dans cette éventualité, il lui appartient de procéder lui-même aux «adaptations » indispensables, sans qu'il soit nécessaire de les prévoir dans le texte de la convention d'adhésion à la convention du 27 septembre 1968. Les adaptations suivantes seraient alors nécessaires : énumération des compétences exorbitantes de l'article 3 deuxième alinéa ; indications concernant la question de savoir si, au sens des articles 30 et 38, tout recours est considéré comme recours ordinaire également dans les territoires nouvellement soumis à la convention et si un enregistrement effectué dans un tel territoire au titre de l'article 31 deuxième alinéa ne produit d'effets que pour celui-ci ; détermination des tribunaux compétents aux termes des articles 32, 37 et 40 et de la forme sous laquelle la requête doit être présentée, et applicabilité dans les territoires en question des dispositions prévues à l'article 37 deuxième alinéa et à l'article 41 en ce qui concerne le Royaume-Uni. Il s'y ajoutera, le cas échéant, des adaptations dans le cadre de l'article 55, s'il existe, pour un de ces territoires, des conventions internationales.

L'avant-dernier alinéa de l'adjonction proposée pour l'article 60 vise le fait que les décisions judiciaires rendues dans les territoires précités qui ne font pas partie du Royaume-Uni peuvent faire l'objet d'un recours en dernière instance devant le «Judicial Committee of the Privy Council». Il serait contraire à la logique d'inclure des décisions du « Privy Council » dans le champ d'application de la convention lorsqu'elles ont trait à des litiges nés dans des territoires auxquels cette convention ne s'applique pas »

du considérant (40) du Règlement (UE) n° 1215/2012 précité (selon lequel : « Conformément à l'article 3 du protocole sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande annexé au traité sur l'Union européenne et à l'époque au traité instituant la Communauté européenne, le Royaume-Uni et l'Irlande ont participé à l'adoption et à l'application du règlement (CE) n° 44/2001. Conformément à l'article 3 du protocole n° 21 sur la position du Royaume-Uni et de l'Irlande à l'égard de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, annexé au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ces États membres ont notifié leur souhait de participer à l'adoption et à l'application du présent règlement »

de l'article 355 (ex-article 299, paragraphe 2, premier alinéa, et paragraphe 3 à 6, TCE) point 5 c) du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne [selon lequel « *les dispositions des traités ne sont applicables aux îles Anglo-Normandes et à l'île de Man que dans la mesure nécessaire pour assurer l'application du régime prévu pour ces îles par le traité relatif à l'adhésion de nouveaux États membres à la Communauté économique européenne et à la Communauté européenne de l'énergie atomique, signé le 22 janvier 1972* ». Le régime ainsi visé est celui prévu au Protocole 3 précité en vertu duquel l'île de Man est considéré comme étant hors UE sauf pour des domaines spécialement déterminés (p.ex. en matière douanière)]

il est établi que le Règlement 1215/2012 n'est pas applicable à E), ressortissante de l'île de Man.

Contrairement à ce qu'a retenu le juge de première instance il n'y a donc ni lieu à application de l'article 8 point 1 du règlement CE 1215 du 12 décembre 2012 (qui dispose que : Une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut aussi être atraite:

1) s'il y a plusieurs défendeurs, devant la juridiction du domicile de l'un d'eux, à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément »,

ni lieu à application de l'article 354 du même règlement selon lequel « Les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un État membre peuvent être demandées aux juridictions de cet État, même si les juridictions d'un autre État membre sont compétentes pour connaître du fond ».

En droit international privé commun, la juridiction compétente se détermine conformément aux mêmes règles que celles qui définissent la compétence territoriale en droit interne.

Or, l'article 30 du NCPC dispose que « s'il y a plusieurs défendeurs, l'affaire sera portée devant la juridiction du domicile de l'un d'eux, au choix du demandeur ».

La jurisprudence a précisé que le défendeur devant le tribunal du domicile duquel sont attirés les codéfendeurs doit être un défendeur réel et sérieux. Tel n'est pas le cas lorsque ce défendeur ne figure au procès que par pur artifice, stratagème ou complaisance ou qu'il n'est pas directement et personnellement intéressé au litige.

La prorogation de compétence prévue à l'article 30 du NCPC, applicable dans l'ordre international, ne permet donc pas d'attirer, devant une juridiction luxembourgeoise, un défendeur demeurant à l'étranger lorsque la demande formée contre lui et le codéfendeur domicilié au Luxembourg ne présente pas, à l'égard de ce dernier, un caractère réel et sérieux.

Ce caractère réel et sérieux existe en l'espèce étant donné que T), qui a son siège social au Luxembourg, figure au procès au même titre que E) étant donné que G) réclame la communication de documents émis ou reçus par ces deux parties.

Contrairement à ce qu'a admis le juge de première instance, il était partant compétent *ratione loci* pour connaître de la demande dirigée contre E).

L'appel principal de G) est donc fondé sur ce point et il y a partant lieu à réformation de l'ordonnance en ce qui concerne la compétence territoriale du premier juge pour connaître de la demande dirigée à l'encontre de E).

- quant au moyen relatif à la compétence *ratione materiae*

L'appelante conclut à la réformation de l'ordonnance en ce que le premier juge s'est déclaré incompétent *ratione materiae* pour connaître du troisième volet de sa demande et elle donne à considérer qu'une éventuelle action au fond étant également possible au Luxembourg, le juge des référés serait compétent pour ordonner des mesures provisoires à exécuter sur le territoire d'un autre Etat.

G) a fait valoir que les mesures seraient à exécuter au Luxembourg par la remise des documents des mandataires de E) et T) au mandataire de G).

Elle n'a cependant pas contesté que les documents sollicités se trouvent aux sièges sociaux de respectivement E) et T) donc également à l'île de Man.

L'intimée E) a soulevé l'incompétence du juge des référés luxembourgeois pour ordonner des mesures provisoires à exécuter sur l'Ile de Man.

L'appelante G) conclut à la confirmation de l'ordonnance en ce qu'elle a retenu que d'éventuelles restrictions à la compétence du juge des référés luxembourgeois ne s'appliquent pas en ce qui concerne la partie T).

La Cour constate qu'en l'occurrence il ne se pose pas de problème de compétence *ratione materiae* du juge des référés à proprement parler, étant donné qu'au vu des développements ci-dessus le juge de référés luxembourgeois est territorialement compétent pour connaître des demandes de G). Il s'agit partant d'examiner uniquement si les demandes de G) sont recevables et fondées sur base de l'article 350 du NCPC.

Le moyen d'incompétence *ratione materiae* soulevé par T) au sujet du troisième volet de la demande de G) par lequel celle-ci demande à se voir impliquer dans les négociations entre les deux intimées relève également du fond de la demande et n'est pas à proprement parler un moyen d'incompétence du juge des référés valablement saisi d'une demande sur base de l'article 350 du NCPC.

Avant de procéder à l'examen de ces moyens, il convient de toiser d'abord le moyen d'irrecevabilité soulevé par E) et T) sur base de l'article 592 alinéa 1 du NCPC.

- quant aux demandes nouvelles

Les intimées E) et T) ont soulevé l'irrecevabilité des demandes formulées par G) au dispositif de son acte d'appel et tendant sub (i) à la communication forcée de l'ensemble des échanges, écrits généralement quelconques ... incluant les échanges concernant l'accord de confidentialité et sub (ii) à la communication forcée de l'accord de confidentialité conclu entre T) et E), motif pris que ces demandes (relatives à l'accord de confidentialité) seraient nouvelles en instance d'appel et partant irrecevables en tant que telles.

L'article 592 alinéa 1 du NCPC dispose qu'il ne sera formé, en cause d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agit de compensation, ou que la demande nouvelle ne soit que la défense à l'action principale.

S'il est vrai que les demandes nouvelles en appel sont en principe interdites, toujours est-il que ne constitue pas une demande nouvelle prohibée en appel, la demande qui, bien que n'ayant pas été expressément

formée en première instance, était implicitement ou virtuellement contenue dans la demande sur laquelle le premier juge a eu à statuer.

Tel est le cas en l'espèce étant donné que G) réclamait déjà en première instance sub (i) du dispositif de l'assignation à lui voir transmettre copie de l'ensemble des échanges écrits généralement quelconques et sub (ii) du dispositif de l'assignation « dans l'hypothèse où un ou des accord(s) fina(l) (aux) ont été conclus : transmettre copie complète de cet/ ces accord(s) ».

En instance d'appel, elle a précisé sub (i) à se voir transmettre copie de l'ensemble des échanges écrits généralement quelconques ... ainsi que incluant les échanges concernant l'accord de confidentialité et sub (ii) « dans l'hypothèse où un ou des accord(s) fina(l) (aux) - incluant l'accord de confidentialité - ont été conclus : transmettre copie complète de cet/ ces accord(s) ».

L'inclusion de « l'accord de confidentialité » parmi les documents dont la transmission en copie est sollicitée par G) ne constitue partant qu'une précision ou amplification et est recevable en tant que telle.

Le moyen d'irrecevabilité soulevé par E) et T) n'est pas fondé.

- quant au fond

La demande de l'appelante est basée sur l'article 350 du NCPC qui dispose que :

« S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé ».

Les conditions d'application de l'article 350 sont les suivantes :

- du fait dont il s'agit de conserver ou d'établir la preuve doit dépendre la solution d'un litige,
- le motif pour établir ce fait ou pour en conserver la preuve doit être légitime,
- la mesure d'instruction sollicitée doit être légalement admissible,
- elle doit être demandée avant tout procès au fond concernant le fait dont il échet d'établir ou de conserver la preuve.

Le demandeur doit donc, pour prospérer sur base de l'article 350 du NCPC, justifier d'un motif légitime à sa demande, qui doit tendre à la conservation ou à l'établissement de faits en vue d'un litige déterminable mais ultérieur (Jacques et Xavier VUITTON, Les référés, Editions du Juris-classeur, 2003, n° 532).

A la nécessité du motif légitime s'ajoute celle du caractère opérant, de la pertinence de la mesure sollicitée.

Le demandeur est ainsi tenu de démontrer, outre la légitimité de la mesure sollicitée, qu'elle est pertinente, c'est-à-dire adaptée, utile et proportionnée au litige ultérieur qui la requiert.

L'utilité de la mesure demandée s'apprécie au regard des faits caractérisant le motif légitime. L'adéquation de la mesure aux circonstances justifiant l'action au fond, les faits allégués, et sur lesquels porte la mesure d'instruction, doivent être suffisamment plausibles pour justifier les mesures.

Les faits à établir ou à préserver, et donc les mesures sollicitées, doivent être pertinents dans le litige éventuel futur et utile à la solution de ce litige.

Un lien doit donc être caractérisé par le demandeur entre le litige futur, la mesure sollicitée et les faits qui en sont à l'origine. A défaut, la mesure doit être rejetée (cf. Jacques et Xavier VUITTON, Les référés, Editions du Juris-classeur, 2003, n° 548 à 555).

La jurisprudence luxembourgeoise a également, à maintes reprises, rappelé que les faits fondant le futur litige envisageable doivent être suffisamment plausibles et caractérisés pour justifier l'intervention du juge. Cette exigence permet d'éviter de pervertir l'institution du référé probatoire, en empêchant qu'il ne devienne qu'un simple moyen de pression ou un moyen de poursuivre des buts étrangers à sa raison d'être. Une telle exigence est indispensable à la cohérence de l'institution, à défaut de quoi les conditions de recours au référé probatoire pourraient être facilement contournées par l'allégation d'un litige faux ou sans raison d'être (Cour d'appel, 27 février 2008, Pas. 34, p. 162).

Il convient de relever que les dispositions de l'article 350 sont d'application purement territoriale, de sorte que le juge des référés n'a le pouvoir d'ordonner les mesures urgentes visées dans cet article que par rapport à une situation de fait et de droit qui existe au Grand-Duché de Luxembourg. Le juge des référés est compétent pour autant que les documents dont la communication est sollicitée sont ou devraient être situés au Luxembourg. La juridiction compétente pour ordonner une mesure

provisoire ou conservatoire , ne peut être qu'une juridiction de l'Etat sur le territoire duquel la mesure doit être exécutée, la raison en étant que le juge du lieu où la mesure provisoire ou conservatoire doit être exécutée est, en raison de la proximité, le mieux placé pour suivre les opérations et statuer sur les incidents y afférents (cf. jurisprudences citées sub article 350 du NCPC, 1^{ère} éd. legitech).

La demande de G) sur base de l'article 350 du NCPC est partant irrecevable pour autant qu'elle est dirigée à l'encontre de E).

Quant au troisième volet de la demande de G) qui tend à voir ordonner par le juge des référés que G) est à impliquer dans les négociations entre E) et T), la Cour constate que cette demande n'est pas fondée sur base de l'article 350 précité étant donné que le juge des référés est incompétent pour prononcer l'exécution forcée d'une obligation de faire, découlant d'une exécution d'un contrat auquel T) n'est pas partie.

Au vu de ce qui précède, c'est à tort que le premier juge s'est d'abord déclaré incompétent *ratione materiae* pour connaître de cette demande basée sur l'article 350 du NCPC (au lieu de la déclarer non fondée) et l'a ensuite et « de surcroît » déclaré irrecevable pour être purement hypothétique (page 96 de l'ordonnance) .

L'ordonnance est partant à réformer sur ce point.

- quant à la demande en communication forcée de documents

L'expression « mesures d'instruction » visée par l'article 350 doit être considérée comme incluant les mesures de l'article 288 du NCPC permettant au requérant d'obtenir des preuves d'une autre partie.

La demande en communication de pièces est soumise à certaines conditions. Ainsi, les pièces dont la communication est demandée doivent être suffisamment déterminées, l'existence de la pièce doit être certaine (cf. Cass. 2e civ. 7mars 1979 ; Bull. civ. II, n° 71 ; Cass. 2e civ. 15 déc. 1971 Gaz. Pal. 1972, I, 285) mais surtout, il faut qu'il soit établi que la partie contre laquelle la demande en communication est dirigée détient cette pièce. Il y a également lieu de vérifier si le requérant a un intérêt à demander cette communication.

Il est un fait qu'il n'existe aucune relation contractuelle entre G) et T) et que G) reste toujours, comme en première instance, en défaut d'établir que le logiciel CIAD fasse partie du champ contractuel convenu entre G) et E). Sur base des pièces soumises en cause, la Cour ne peut que constater, à

l'instar du premier juge, que c'est à tort que G) fait plaider avoir été exclue à tort des négociations.

L'appelante n'a pas établi le motif légitime pour pouvoir prétendre à la communication de pièces détenues en partie par un tiers (T)) tout comme elle reste en défaut d'établir l'existence sinon la vraisemblance des pièces sollicitées, et de fournir des éléments permettant de les identifier.

Les demandes en communication d'écrits sur base de l'article 350 n'est donc pas fondée.

Les indemnités de procédure

L'appelante G) conclut à la condamnation solidaire, sinon in solidum des intimées à lui payer une indemnité de procédure de 2.500.- euros pour l'instance d'appel.

Les intimées E) et T) réclament chacune une indemnité de procédure de 5.000.- euros.

L'indemnité de procédure relève du pouvoir d'appréciation discrétionnaire du juge. La Cour considère qu'en l'occurrence ces demandes ne sont pas fondées.

PAR CES MOTIFS :

La Cour d'appel, septième chambre, siégeant en matière d'appel de référé, statuant contradictoirement,

reçoit les appels principal et incident en la forme,

dit non fondé l'appel incident,

dit l'appel principal partiellement fondé,

par réformation de l'ordonnance,

se déclare compétent ratione loci pour connaître de la demande dirigée à l'encontre de la société de droit de l'île de Man E) Ltd,

déclare non fondé le moyen d'irrecevabilité soulevé par la société anonyme T) SA et par la société de droit de l'île de Man E) Ltd, basé sur l'article 592 alinéa 1 du NCPC,

déclare les demandes sur base de l'article 350 du NCPC irrecevables à l'encontre de la société de droit de l'île de Man E) Ltd,

déclare les demandes sur base de l'article 350 du NCPC non fondées à l'encontre de la société anonyme T) SA,

confirme pour le surplus l'ordonnance du 2 septembre 2016,

déboute les parties de leurs demandes respectives sur base de l'article 240 du NCPC,

condamne la société de droit espagnol G) aux frais de l'instance d'appel.