

**Audience publique du 20 juin deux mille dix-huit**

Numéro CAL-2017-00098 du rôle.

Composition:

Marie-Laure MEYER, premier conseiller, président;  
Monique HENTGEN, premier conseiller;  
Yola SCHMIT, conseiller;  
Daniel SCHROEDER, greffier.

E n t r e :

C),

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Tom NILLES d'Esch/Alzette en date du 20 décembre 2017,

comparant par Maître Charles KAUFHOLD, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

**la société anonyme BANQUE X),**

intimée aux fins du susdit exploit NILLES du 20 décembre 2017,

comparant par Maître Annick WURTH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

## LA COUR D'APPEL :

Par ordonnance de référé du 3 octobre 2017 une vice-présidente du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés en remplacement de Madame le Président dudit tribunal, a déclaré irrecevable la demande de C) tendant à voir condamner la BANQUE X) SA à lui communiquer, sinon à communiquer à son mandataire, endéans la huitaine et sous peine d'astreinte, l'identité de la personne ayant présenté les titres D) (Code ISIN : XS-012295189-9), émis le 21 février 2001, dont 7 coupures de 1.000 euros (numéros des titres: 50.548 à 50.554) et 4 coupures de 10.000 euros (numéros des titres: 115.578 à 115.581) et à lui remettre tout document attestant de la véracité de cette identité, de même que tout document attestant de l'existence d'autres titres ayant appartenu à Madame S) présentés par une tierce personne à la banque F) (banque X)), et de l'identité de cette tierce personne.

La demande de C) sur base de l'article 240 du NCPC a été rejetée.

Pour statuer ainsi le premier juge a décidé que la mesure sollicitée n'est pas légalement admissible sur base de l'article 350 du NCPC motif pris que ni C), ni sa mère S), aux droits de laquelle la première agit en tant qu'héritière réservataire, n'étaient clients de la BANQUE X). Celle-ci pourrait dès lors valablement leur opposer son secret bancaire à la demande de communication de pièces (et d'informations) par un tiers.

La demande sur base de l'article 932 alinéa 1<sup>er</sup> du NCPC a été déclarée irrecevable étant donné que C) restait en défaut de caractériser l'urgence objective de l'intervention du juge des référés, la dépossession involontaire des titres litigieux datant de 2006.

La demande sur base de l'article 933 alinéa 1<sup>er</sup> du NCPC, qui exige que soit rapportée une voie de fait, a été déclarée irrecevable alors que selon le premier juge « le fait pour la société BANQUE X) SA de retenir les pièces et informations lui réclamées ne constitue pas une atteinte manifestement illicite et intolérable à un droit certain et évident de C) qui, en qualité de tiers, ne dispose pas de pareil droit à l'égard de la banque ».

Par exploit d'huissier du 20 décembre 2017, C) a régulièrement interjeté appel contre cette ordonnance qui lui avait été signifiée en date du 6 décembre 2017.

L'appelante conclut par réformation de la décision entreprise à voir condamner la partie intimée à lui communiquer, sinon à communiquer à son mandataire, endéans huitaine du prononcé de l'arrêt à intervenir, l'identité

de la personne ayant présenté les titres D) (Code ISIN : XS-012295189-9), émis le 21 février 2001, dont 7 coupures de 1.000 euros (numéros des titres: 50.548 à 50.554) et 4 coupures de 10.000 euros (numéros des titres: 115.578 à 115.581) en date du 17 mai 2006, sans préjudice quant à la date exacte et à lui remettre tout document attestant de la véracité de cette identité, de même que tout document attestant de l'existence d'autres titres ayant appartenu à Madame S) présentés par une tierce personne à la banque F) (banque X)), et de l'identité de cette tierce personne.

L'appelante demande à la Cour d'assortir cette condamnation d'une astreinte de 1.000 euros par jour de retard.

Elle rappelle qu'elle a recueilli la totalité et la pleine propriété de la succession de sa mère S), décédée le 1<sup>er</sup> février 2016.

Celle-ci avait souscrit le 27 février 2004 des titres D) (Code ISIN : XS-012295189-9), émis le 21 février 2001, dont 7 coupures de 1.000 euros (numéros des titres: 50.548 à 50.554) et 4 coupures de 10.000 euros (numéros des titres: 115.578 à 115.581) d'une valeur totale de 47.000 euros.

Ces titres ont été présentés le 17 mai 2006 au guichet de la banque F) au Grand-Duché de Luxembourg (actuellement banque X)) et ont fait l'objet d'un dépôt dans le système fongible de cet organisme.

N'ayant appris qu'en août 2007 que ces titres qui devaient se trouver au domicile de ses parents, avaient été volés, elle a le 1<sup>er</sup> octobre 2007, au nom et pour le compte de sa mère, déposé plainte pour vol des titres en question, contre D), l'ancienne infirmière de son beau-père, contre l'époux de celle-ci V), contre le père de celle-ci J), contre R), l'ancien voisin de sa mère, contre l'épouse de ce dernier à savoir L) ainsi que contre leur fille, M).

Elle a encore notifié, au nom et pour compte de sa mère, une opposition sur ces titres à l'Office National des Valeurs Mobilières en Belgique le 31 décembre 2007.

L'opposition fut publiée en Belgique le 8 janvier 2008.

En date du 23 janvier 2008, la banque F) demanda au Ministère des Finances à Bruxelles d'entamer la procédure de radiation d'office de ladite opposition, étant donné que l'opposition aurait été publiée postérieurement à la date de remise en dépôt fongible du physique le 17 mai 2006.

Par courrier du 29 janvier 2008 du Service Public Fédéral des Finances de Belgique, la requérante fut informée que l'opposition avait été radiée.

L'intimée (BANQUE X), qui reconnaît avoir été le dépositaire pour les titres « D », explique actuellement ignorer l'identité de la personne qui a déposé les titres motif pris que ceux-ci lui ont été transmis par une banque. Elle fait de même valoir que C) reste en défaut d'établir qu'elle, respectivement sa mère de laquelle elle tient ses droits, étaient propriétaires des titres litigieux, tout comme elle déclare ignorer s'il y a eu vol.

En droit, l'intimée fait plaider que les conditions légales pour la production forcée de pièces ne sont pas remplies en l'espèce. Ainsi, l'appelante resterait en défaut d'établir le caractère pertinent et utile de sa demande de communication de pièces concernant l'identité du déposant en vue d'un litige futur et l'appelante n'aurait pour le surplus pas précisé quel litige elle entamerait le cas échéant.

L'intimée expose encore que les pièces requises n'influenceraient pas sur le résultat de ce procès. Comme il faudrait éviter tout recours abusif à la procédure de communication forcée de pièces, la demande adverse devrait être déclarée irrecevable. La BANQUE X) fait valoir qu'il ne s'agirait en l'occurrence que d'une opération de « fishing » (sic).

Le motif d'agir de l'appelante ne serait pas légitime motif pris qu'elle aurait omis « d'établir qu'il existe d'ores et déjà des raisons suffisantes de penser qu'un litige pourrait naître ».

La banque fait valoir que lors de la pondération des intérêts en cause (droits de l'héritier réservataire et obligation de la banque au secret bancaire) auquel le juge saisi devrait procéder, la demanderesse resterait en défaut de justifier des raisons graves de nature à mettre en échec le secret bancaire.

Les pièces sollicitées ne seraient par ailleurs pas déterminées avec précision et l'appelante aurait omis de préciser « quelle autre mesure d'instruction devrait être ordonnée pour établir les faits qu'elle veut démontrer ».

La demande serait encore irrecevable sur base de l'article 932 alinéa 1<sup>er</sup> du NCPC la condition de l'urgence n'étant pas remplie, le vol ayant eu lieu en 2006.

La demande de production forcée de pièces serait de même « mal fondée » sur base des dispositions de l'article 933 alinéa 1<sup>er</sup> du NCPC pour absence de voie de fait. L'« attitude purement passive, consistant dans la rétention de pièces et le refus d'accorder l'accès à des documents qu'elle estime confidentiels » de la BANQUE X) ne pourrait constituer une voie de

fait laquelle exigerait une commission d'acte matériel au préjudice des droits d'autrui.

### **Appréciation**

L'application de l'article 350<sup>1</sup> du NCPC exige l'accomplissement de plusieurs conditions.

Ainsi, le demandeur doit, 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, 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

---

<sup>1</sup> « 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 ».

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).

La Cour constate que c'est à bon droit que le premier juge a dit que certaines conditions prévues par l'article 350 du NCPC étaient remplies.

Ainsi, la mesure sollicitée a été demandée avant tout procès au fond ; il est confirmé par les mandataires des parties qu'aucune action n'a actuellement été introduite par C).

Le premier juge a encore, à juste titre, retenu que la condition « que du fait dont il s'agit de conserver ou d'établir la preuve doit dépendre la solution d'un litige » est remplie.

Le moyen de la banque tendant à faire admettre que l'appelante n'aurait pas précisé quel serait le litige éventuel qu'elle entendrait soumettre aux tribunaux est donc à rejeter comme non fondé.

La probabilité d'un litige futur est donnée et l'appelante, qui s'estime lésée dans ses droits, a précisé à suffisance de droit le litige futur en vue duquel les informations sont sollicitées, à savoir une action en justice contre la personne ayant présenté les titres au porteur litigieux ayant appartenu à feu sa mère. C) pourra ainsi se faire indemniser du préjudice subi du fait de la soustraction frauduleuse desdits titres qui auraient normalement dû faire partie de la masse successorale dévolue à la requérante en sa qualité d'héritière unique de feu sa mère.

Vouloir connaître l'identité du déposant de titres volés dans le but de se voir indemniser n'a rien d'une opération de « fishing » et contrairement à ce qu'affirme la BANQUE X) la pièce établissant cette identité est de nature à influencer sur le résultat du procès ; elle est même indispensable pour permettre à C) d'agir. La pertinence et l'utilité des pièces sollicitées sont donc établies.

Au vu de ce qui précède, le motif d'agir de l'appelante est également légitime.

C'est toutefois à tort que le premier juge a retenu que la mesure sollicitée par C) n'est pas légalement admissible en raison de l'absence de relations contractuelles entre la banque et S) respectivement son héritière unique.

L'absence de relations contractuelles ne constitue pas un moyen suffisant pour rejeter la demande sur base de l'article 350 du NCPC (cf. Cour 22 juin 2016 rôle 43294).

Le problème soumis au juge dans le cadre du présent litige n'a pas trait à l'existence ou l'absence de relations contractuelles entre parties mais est de savoir si la banque peut opposer son secret bancaire au demandeur en communication forcée de pièces.

Autrement dit, il s'agit d'examiner si la mesure sollicitée sur base de l'article 350 du NCPC est légalement admissible au vu du secret professionnel invoqué par la banque.

Le secret professionnel, tel que défini à l'article 41 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, est prévu par l'article 458<sup>2</sup> du code pénal. Il est d'ordre public.

La production de pièces ou d'autres éléments de preuve détenus par une partie ou un tiers est sans nul doute une mesure « légalement admissible », mais le pouvoir du juge est limité par l'existence d'un empêchement légitime qui crée un obstacle juridique à la production des pièces sollicitées, que le juge aura néanmoins le droit d'évaluer et, le cas échéant, le droit de surmonter au moyen d'une motivation qui met en balance les intérêts légitimes des deux parties.

Il appartient donc à C) de démontrer que le secret professionnel n'est pas applicable en l'espèce.

La Cour rappelle que l'obligation au secret n'est en principe pas opposable à l'héritier réservataire qui agit afin de préserver ses droits héréditaires ni au propriétaire qui justifie qu'il a été spolié de tout ou partie de sa propriété.

C) agit en qualité d'héritière unique de feu sa mère qui était propriétaire des titres litigieux (cf. annexes du procès verbal du 14 novembre 2007 pièce 9 de Me KAUFHOLD). Il ressort du courrier de l'avocat de C) adressé le 19 janvier 2015 à banque F) (cf. pièce n° 14 de Me KAUFHOLD) que l'ensemble des pièces démontrant l'origine des titres appartenant à Madame S) ainsi que l'opposition faite par Madame C) avaient été communiquées à la banque.

---

<sup>2</sup> « Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 500 euros à 5.000 euros ».

L'affirmation de la BANQUE X) qu'elle ignore si jamais S) a été propriétaire des titres litigieux est donc manifestement inexacte.

L'appelante a de même valablement exposé que sa mère a été la victime d'un vol ; elle avait immédiatement après avoir appris la disparition des titres déposé une plainte pénale auprès du procureur du Roi de Mons.

L'affirmation de la BANQUE X) que le « *juge d'instruction belge n'a pas cru utile de faire procéder à une commission rogatoire au Luxembourg* » suite à la plainte pour vol déposée par C) est encore tout simplement inexacte alors que cette plainte a été classée, tel que l'a retenu le premier juge, pour des raisons purement procédurales à savoir l'absence de constitution de partie civile mais non pas comme le sous-entend la banque parce que le juge d'instruction aurait douté de l'existence du vol.

Or, le droit des héritiers d'agir afin de préserver leurs droits héréditaires, tout comme le droit d'agir du propriétaire spolié par un vol sont également d'ordre public.

La Cour se doit de rappeler, à l'instar du premier juge, que le juge saisi d'une demande en communication de pièces/informations a le droit d'évaluer et, le cas échéant, le droit de surmonter l'obstacle que représente le secret bancaire au moyen d'une motivation qui met en balance les intérêts légitimes des deux parties.

Dans son appréciation, il doit pondérer les intérêts des parties au litige et mesurer les effets de la demande. Il peut écarter le secret bancaire pour des raisons proportionnellement aussi graves, raisons qu'il appartient au demandeur à la mesure de justifier.

La Cour constate que C) a justifié à suffisance les raisons graves de nature à mettre en échec le secret professionnel de la BANQUE X).

Il ressort du courrier recommandé de la banque F) (pièce n°5 de Me KAUFHOLD) que la banque confirme un dépôt en fongibilité des titres portant les numéros 50548 à 50554 et 115578 à 115581. Dans cette confirmation, les titres sont indiqués avec toutes leurs références (notamment code SVM, code ISIN, code valeur).

D'ailleurs dans sa note de plaidoiries de première instance, versée en appel à titre de pièce, la BANQUE X) invoquait clairement son obligation envers le déposant. Elle y exposait qu'il « s'agit en l'espèce d'arbitrer le conflit qui oppose d'une part Madame C), en sa qualité d'héritière à la personne qui à l'époque a déposé les titres entre les mains de Fortis Banque



Luxembourg, laquelle est protégée par le secret professionnel, respectivement le secret bancaire ».

Dans son courrier du 27 janvier 2015 au mandataire de Madame C), la banque avait déjà indiqué que « pour des raisons tenant au secret bancaire, notre banque n'est malheureusement pas en droit de vous communiquer l'identité du présentateur de ces titres avant la publication officielle d'une opposition par votre mandant ».

Au vu des pièces versées en cause et notamment de la confirmation (pièce n° 5), il est établi que lors du dépôt les titres étaient encore individualisables ce qui contredit l'affirmation actuelle de la banque qu'elle aurait reçu lesdits titres de la part d'une autre banque ou d'un établissement de clearing.

La Cour constate qu'en première instance la banque avait nuancé ses propos en affirmant que les titres avaient été déposés chez elle et qu'elle ne les avait remis en compte fongible qu'après ce dépôt.

Le fait que les titres ne portent actuellement plus de numéro n'a donc aucune incidence sur la demande en communication de pièces concernant l'identité du déposant.

L'appel est donc fondé sur ce point.

Quant au contenu des informations auxquelles l'appelante peut prétendre, il y a lieu de faire les observations suivantes :

S'agissant d'une dérogation à l'obligation de secret, cette dérogation doit être interprétée restrictivement.

L'appelante conclut à la condamnation de la banque à lui communiquer, sinon à communiquer à son mandataire, endéans huitaine du prononcé de l'arrêt à intervenir, l'identité de la personne ayant présenté les titres D) (Code ISIN : XS-012295189-9), émis le 21 février 2001, dont 7 coupures de 1.000 euros (numéros des titres: 50.548 à 50.554) et 4 coupures de 10.000 euros (numéros des titres: 115.578 à 115.581) en date du 17 mai 2006, sans préjudice quant à la date exacte et à lui remettre tout document attestant de la véracité de cette identité, de même que tout document attestant de l'existence d'autres titres ayant appartenu à Madame S) présentés par une tierce personne à la banque F) (banque X)), et de l'identité de cette tierce personne.

Au vu des développements qui précèdent, C) a le droit d'obtenir de la banque BANQUE X) tous les renseignements concernant l'identité de la personne qui a déposé les titres. Toutefois, elle n'a pas le droit de se voir communiquer (à elle sinon à son mandataire) « tout document attestant de l'existence d'autres titres ayant appartenu à Madame S) présentés par une tierce personne à la banque F) (banque X)), et de l'identité de cette tierce personne » cette demande n'étant pas suffisamment précise.

Au vu des développements qui précèdent, il y a lieu, par réformation de l'ordonnance entreprise, de faire droit à la demande de C), celle-ci étant fondée en principe pour les documents et informations qu'elle sollicite ayant trait à l'identité de la personne ayant remis les titres, sauf qu'il faut bien évidemment que les pièces existent, étant rappelé que ce n'est pas la preuve de l'existence de la pièce que le demandeur doit établir mais la preuve de la vraisemblance de l'existence de la ou des pièces sollicitées.

Finalement, la Cour constate que la banque a non seulement insisté lourdement sur son secret professionnel l'empêchant de livrer les pièces demandées spontanément à C) mais elle a en outre réclamé successivement différentes pièces justificatives l'une après l'autre pour néanmoins en définitive refuser la communication de l'identité du déposant. Elle a encore changé de version en reconnaissant initialement qu'une personne avait déposé les titres puis en déclarant qu'elle ignore tout de la personne ayant déposé ces titres alors que ceux-ci lui auraient été transmis par une banque en compte fongible (affirmation qui s'est révélée être fausse au vu des pièces soumises en cause). Elle a également contesté, malgré le fait qu'elle avait été mise en possession de pièces prouvant le contraire, la qualité de propriétaire, voire même la qualité de détenteur des titres dans le chef d'S). Finalement elle avait, en contestant toutes les affirmations adverses, également contesté la probabilité du vol.

Au vu de ces éléments il y a lieu de craindre que la banque ne s'exécute pas spontanément même sur base du présent arrêt de sorte qu'il y a lieu de faire droit à la demande de C) et d'assortir la condamnation d'une astreinte de 1.000 euros par jour de retard. Cette astreinte est à plafonner à la somme de 50.000 euros.

La Cour constate que l'appelante n'a plus maintenu ses demandes sur base de l'article 240 du NCPC, ni dans le dispositif de son acte d'appel, ni à l'audience du 29 mai 2018. La Cour n'est donc pas valablement saisie de ces demandes.

**PAR CES MOTIFS :**

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

reçoit l'appel en la forme,

le déclare partiellement fondé,

par réformation de l'ordonnance n° 516/2017 du 3 octobre 2017, condamne la société anonyme de droit luxembourgeois BANQUE X) SA à communiquer à C), endéans la quinzaine du prononcé du présent arrêt, et sous peine d'une astreinte de 1.000 euros par jour de retard, l'identité de la personne ayant présenté (selon les déclarations de la banque) en date du 17 mai 2006, sans préjudice de la date exacte, les titres D) (Code ISIN : XS-012295189-9), émis le 21 février 2001, dont 7 coupures de 1.000 euros (numéros des titres: 50.548 à 50.554) et 4 coupures de 10.000 euros (numéros des titres: 115.578 à 115.581) et à lui remettre tout document attestant de la véracité de cette identité,

dit que l'astreinte est plafonnée à la somme de 50.000 euros,

condamne la société anonyme de droit luxembourgeois BANQUE X) SA aux frais et dépens des deux instances.

Les deux magistrats les plus anciens en rang étant dans l'impossibilité de signer, la minute du présent arrêt est signée, conformément à l'article 82 de la loi modifiée du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire, par Madame le conseiller Yola SCHMIT.