

No. rôle: 178022
Réf. no. 50/2016
du 27 janvier 2017

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi, 27 janvier 2017, tenue par Nous Malou THEIS, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame le Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, assistée du greffier Pit SCHROEDER.

DANS LA CAUSE

ENTRE

la société de droit anglais **SOC1.**), à l'adresse de sa succursale allemande établie et ayant son siège social à D-(...) (Allemagne), (...), immatriculée au Registre de Commerce de Frankfurt sous le no. HRB (...), représentée par son mandataire général, Monsieur **A.**),

élisant domicile en l'étude de Maître Jean WAGENER, avocat, demeurant à LUXEMBOURG,

partie demanderesse comparant par Maître Catherine HUBER, avocat, en remplacement de Maître Jean WAGENER, avocat, les deux demeurant à LUXEMBOURG,

ET

B.), demeurant à L-(...), (...)

partie défenderesse comparant en personne,

en présence de

1) la société anonyme de droit luxembourgeois **BQUE1.) LUXEMBOURG SA,** (anciennement dénommée **BQUE1'.) BANQUE LUXEMBOURG S.A.**), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de LUXEMBOURG sous le no. B (...),

2) la société de droit allemand **BQUE1.)** BANK AG, établie et ayant son siège social à D-(...), (...), immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de l’Amtsgericht de Munich sous le numéro HRB (...), représentée aux fins par ses représentants légaux et statutaires,

parties intervenant volontairement dans l’instance, comparant par Maître Philippe SYLVESTRE, avocat, en remplacement de Maître Philippe DUPONT, avocat.

F A I T S :

A l'audience publique de vacation des référés ordinaires du lundi matin 5 septembre 2016, Maître Catherine HUBER donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

B.) répliqua.

Sur ce, l'affaire fut prise en délibéré et le prononcé fixé au 9 septembre 2016.

Par courrier du 8 septembre 2016, le juge des référés ordonna la rupture du délibéré afin de permettre à Monsieur le Procureur d'Etat d'intervenir et de prendre ses conclusions par rapport à la demande de communication à un tiers du dossier pénal Not.9553/08/CD, communication qui concerne manifestement l'ordre public.

L'affaire fut refixée à l'audience publique des référés ordinaires du jeudi, 20 octobre 2016.

Après plusieurs remises, l'affaire fut utilement retenue à l'audience publique ordinaire du jeudi 12 janvier 2017, lors de laquelle Maître Catherine HUBER donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Philippe SYLVESTRE donna lecture des requêtes en intervention volontaire ci-avant transcrites et expose ses moyens.

B.) répliqua.

Le juge des référés prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique extraordinaire des référés de ce jour l'

O R D O N N A N C E

qui suit:

Par exploit d'huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg du 20 juin 2016, la société **SOC1.)** a fait donner assignation à **B.)** à comparaître devant le président du tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés, pour voir ordonner à **B.)**, de lui communiquer,

- principalement, l'ensemble du dossier pénal de l'affaire ministère public c/ **B.)**, dans laquelle la banque s'est constituée partie civile et aux termes de laquelle le jugement du 5 décembre 2013 a été rendu par la 12^{ème}

chambre du tribunal d'arrondissement de LUXEMBOURG dans le dossier n° 9553/08CD, jugement numéro 3168/2013,

- subsidiairement, copie du procès-verbal de l'interrogatoire de **B.**) par les enquêteurs des Services de Police le 24 juin 2008 ; copie des procès-verbaux d'interrogatoire de **B.**) par le juge d'instruction en date des 22 mars 2009, 16 octobre 2009, 30 avril 2010, 17 septembre 2010 (en ce compris la note rédigée par **B.**) à l'attention du juge d'instruction en date du 15 septembre 2009 et annexée procès-verbal du 17 septembre 2010), 3 février 2011, 25 mai 2011, 3 juin 2011, 7 novembre 2011 et 9 novembre 2011

dans un délai de huit jours à partir de la signification de l'ordonnance à intervenir, sous peine d'astreinte de 1.000 euros par jour de retard.

Moyens des parties

A l'appui de sa demande, la société **SOC1.)** expose que la société anonyme **BQUE1.) LUXEMBOURG SA**, anciennement **BQUE1'.) BANQUE LUXEMBOURG SA** en sa qualité d'ancien employeur de **B.**), a porté plainte avec constitution de partie civile, contre **B.**), du chef de faux, usages de faux, escroqueries et abus de confiance au préjudice de ses clients, et du chef de vols domestiques à son propre préjudice.

Dans la cadre de cette instance pénale, la banque aurait également formulé une demande civile en réparation du préjudice subi correspondant aux montants qu'elle a dû remboursés à ses clients, victimes des agissements frauduleux de son employé **B.**).

Suivant jugement correctionnel numéro 3168/2013 du 5 décembre 2013, **B.**) aurait été retenu dans les liens de prévention de faux, usage de faux, escroquerie, abus de confiance au préjudice des clients de la banque, avec condamnation de payer à la banque la somme de 37.294.771,73 euros.

La société **SOC1.)** de préciser que depuis des années, la banque aurait entrepris des démarches auprès de son assureur pour obtenir le remboursement des sommes qu'elle a dû exposer à titre d'indemnisation de ses clients ; une procédure d'arbitrage aurait été entamée entre la société **SOC1.)** et la banque, mais cette dernière s'en serait désistée en mai 2015, en vue de la saisine des juridictions du fond pour se faire indemniser.

Dans le cadre de l'affaire au fond actuellement pendante entre la société **SOC1.)** et la société de droit allemand **BQUE1.) BANK AG**, cocontractant au titre d'une police d'assurance dont le bénéficiaire est la société anonyme **BQUE1.)**

LUXEMBOURG SA, la société **SOC1.)** expose avoir besoin de la communication de l'intégralité du dossier pénal, afin de se défendre et d'établir que la Banque a failli à ses obligations de surveillance de son employé **B.)**, de nature à faire débouter la société de droit allemand **BQUE1.)** BANK AG de son action contre son assureur, la société **SOC1.)**.

La société **SOC1.)** agit principalement sur base de l'article 350 du nouveau code de procédure civile, subsidiairement sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du même code

A l'audience publique du jeudi 12 janvier 2017, **B.)** reconnaît détenir l'intégralité du dossier pénal et être disposé à remettre ledit dossier à la société **SOC1.)**, sous réserve que cette communication ne contrevienne pas au secret bancaire auquel il est tenu en tant qu'ancien employé de la société **BQUE1')** BANQUE LUXEMBOURG SA.

Par requête déposée au greffe du tribunal le 15 juillet 2016, la société anonyme de droit luxembourgeois **BQUE1.)** LUXEMBOURG SA, en sa qualité d'ancien employeur de **B.)**, a déclaré intervenir volontairement dans l'instance introduite suivant exploit d'huissier de justice GALLE du 20 juin 2016 à la requête de la société **SOC1.)** contre **B.)**, avec la précision qu'elle demande à faire valoir ses obligations au secret bancaire qui lui incombent au bénéfice de ses clients. Elle demande à voir déclarer la demande irrecevable sur base de l'article 350 du nouveau code de procédure civile, étant donné qu'une demande au fond est pendante devant le *Landgericht Frankfurt am Main* entre la société **SOC1.)** et la société anonyme **BQUE1.)** BANK SA. Elle invoque encore l'irrecevabilité de la demande, qui tenterait de suppléer à la carence de la société **SOC1.)** dans l'administration de la preuve dans le cadre de la procédure pendante au fond entre lesdites parties.

Par requête déposée au greffe du tribunal le 15 juillet 2016, la société de droit allemand **BQUE1.)** BANK AG a déclaré intervenir volontairement dans l'instance introduite suivant exploit d'huissier de justice GALLE du 20 juin 2016 à la requête de la société **SOC1.)** contre **B.)**, avec la précision qu'elle demande à voir déclarer la demande irrecevable sur base de l'article 350 du nouveau code de procédure civile, étant donné qu'une demande au fond est pendante devant le *Landgericht Frankfurt am Main* entre la société **SOC1.)** et la société anonyme **BQUE1.)** BANK SA. Elle invoque encore l'irrecevabilité de la demande, qui tenterait de suppléer à la carence de la société **SOC1.)** dans l'administration de la preuve dans le cadre de la procédure pendante au fond entre parties.

Les faits

Il résulte du jugement correctionnel numéro 3168/2013 du 5 décembre 2013 qu'en date du 7 mai 2008, la banque **BQUE1'.) BANQUE LUXEMBOURG SA**, actuellement **BQUE1.) LUXEMBOURG SA**, a porté plainte avec constitution de partie civile contre un de ses employés, à savoir **B.)**, après qu'un client s'était plaint le 8 février 2008 auprès du président du conseil d'administration sur la lenteur de l'exécution d'un ordre de virement par **B.)**.

Suite au contrôle interne qui s'en est suivi, la banque a découvert des irrégularités commises par **B.)** dans l'exercice de sa fonction de conseiller financier dans le département « *private banking* ».

Les responsables de la banque ont confronté **B.)** avec leurs constatations et il a reconnu avoir commis depuis des années des irrégularités et des falsifications de documents bancaires.

B.) a été congédié le 19 février 2008 et dans le cadre de l'audit interne réalisé par la banque, celle-ci a pu déterminer que **B.)** a, pendant des années, falsifié les relevés de comptes bancaires et des situations de fortune de certains clients en utilisant le papier à entête de la banque, de sorte que le client auquel était soumis le relevé falsifié, n'a pas eu de soupçon.

La banque a également constaté que **B.)** avait falsifié la signature de ses clients sur des documents bancaires dressés au nom des clients, ainsi que les documents internes de la banque pour justifier les ordres téléphoniques qu'il exécutait sur les comptes des clients sans leur consentement.

Suite à la plainte avec constitution de partie civile, le juge d'instruction a chargé, en date du 29 mai 2008, le Service de Police Judiciaire de procéder à l'enquête sur les faits reprochés à **B.)**. Les enquêteurs ont procédé à la saisie de différents documents et rapports qui ont été dressés par la banque **BQUE1'.)**, respectivement à leur demande par l'auditeur externe. Le Service de Police Judiciaire a également perquisitionné le domicile de **B.)** où ils ont pu saisir une quantité importante de documents bancaires en relation avec les clients suivis par **B.)**. Celui-ci avait déjà remis à la banque **BQUE1'.)**, avant la plainte, un certain nombre de documents qu'il avait stocké à son domicile.

Par jugement correctionnel numéro 3168/2013 du 5 décembre 2013, **B.)** a été retenu dans les liens de prévention de faux, usage de faux, escroquerie, abus de confiance au préjudice des clients de la banque, avec condamnation de payer à la banque la somme de 37.294.771,73 euros.

Suivant assignation du 19 novembre 2011, la société de droit allemand **BQUE1.) BANK AG** a fait comparaître la société **SOC1.)**, la société **ASS1.)**, succursale allemande et la société **ASS2.)**, succursale allemande, devant le *Landgericht Frankfurt am Main*, pour, concernant l'assignée, la société **SOC1.)**, s'entendre condamner à payer à la société anonyme **BQUE1.) LUXEMBOURG SA** les sommes de 15.000.000 euros en principal, 3.651.501,60 euros en principal et « *hilfsweise* », 849,767,11 euros en principal, en vertu d'un contrat d'assurance conclu entre la société **SOC1.)** et la société **BQUE1'')**, actuellement **BQUE1.) BANK AG**, dont est bénéficiaire est la société **BQUE1'.) BANQUE LUXEMBOURG SA**, actuellement **BQUE1.) LUXEMBOURG SA**.

Dans le cadre de la défense de ses intérêts, la société **SOC1.)** demande à voir obtenir la communication du dossier pénal dans l'affaire ministère public c/ **B.)**, motif pris que ce dossier pénal établirait les manquements des assurés, notamment de l'employeur de **B.)**, lors de la surveillance de ses employés, de nature à exclure la prise en charge du sinistre déclaré par la société de droit allemand **BQUE1.) BANK AG**.

Appréciation de la demande

1. Quant à la recevabilité des interventions volontaires

La société **SOC1.)** soulève en premier lieu l'irrecevabilité des interventions volontaires de la société anonyme de droit luxembourgeois **BQUE1.) LUXEMBOURG SA** et de la société de droit allemand **BQUE1.) BANK AG**, motif pris que les infractions commises par **B.)** l'auraient été dans le cadre de l'activité « *private banking* » de la banque. Dans la mesure où l'intégralité de l'activité « *private banking* » aurait été cédée par la banque, les demanderesses en intervention n'auraient pas intérêt à agir.

L'intérêt à agir peut se définir comme le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur. Dire d'une personne qu'elle a intérêt à agir, c'est dire que la demande formée est susceptible de modifier, en l'améliorant, sa condition juridique.

Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame a un intérêt à agir en justice.

L'intérêt à agir n'est donc pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui même qui se prétend titulaire du droit.

En l'occurrence, la société anonyme de droit luxembourgeois **BQUE1.) LUXEMBOURG SA** et la société de droit allemand **BQUE1.) BANK AG**, en ce qu'elles ont un intérêt à l'issue de l'instance pendante devant le *Landgericht Frankfurt am Main* tendant à l'indemnisation du préjudice subi du fait des agissements frauduleux de **B.**), demande que la société **SOC1.)** tend à voir déclarer non fondée en raison des défaillances de la banque au niveau de la surveillance de son salarié **B.**), ont nécessairement un intérêt à s'opposer à la communication du dossier sollicité par la société **SOC1.)** à titre de moyen de défense dans le cadre de l'instance allemande.

Aussi, le moyen d'irrecevabilité des interventions volontaires de la société anonyme de droit luxembourgeois **BQUE1.) LUXEMBOURG SA** et de la société de droit allemand **BQUE1.) BANK AG**, tiré du défaut d'intérêt à agir dans leur chef, est à rejeter.

2. Quant à la demande en production de pièces détenues par un tiers

La société anonyme de droit luxembourgeois **BQUE1.) LUXEMBOURG SA** et de la société de droit allemand **BQUE1.) BANK AG** s'opposent à la demande en production forcée de pièces, motif pris que par le biais de cette demande, la société **SOC1.)** contournerait la charge de la preuve qui pèse sur elle dans le cadre du moyen de défense opposé à leur demande devant la juridiction allemande.

L'obtention de pièces détenues par un tiers ou la production de pièces détenues par une partie sont réglées par les articles 284 et 288 du nouveau code de procédure civile, et le juge des référés ne saurait faire abstraction des principes énoncés par ces articles.

Pour prospérer dans sa demande en production forcée de pièces détenues par une partie ou un tiers, la partie demanderesse doit désigner la pièce réclamée de façon suffisamment précise afin qu'il soit possible de l'identifier. Elle doit en outre démontrer en quoi la production de cette pièce est pertinente pour la solution du litige. Il faut en effet éviter que sous le couvert d'une demande en production de pièces, une partie ne procède à une sorte de perquisition privée dans les archives de l'adversaire ou d'un tiers. Si l'exigence d'une spécification des pièces n'empêche pas une demande en production forcée d'une série de documents, il faut cependant que l'ensemble de pièces soit nettement délimité et que les documents soient identifiés sinon du moins identifiables.

En effet, seule une telle spécification permet de contrôler l'exécution de la décision et de sanctionner un éventuel refus d'exécution.

Les articles 284 et 285 du nouveau code de procédure civile permettent, à l'instar de l'article 11 du nouveau code de procédure civile français, au juge d'enjoindre à

la partie qui détient un élément de preuve de le produire, au besoin sous peine d'astreinte. L'obligation de produire peut même peser sur les tiers qui, pas plus que les parties, ne peuvent échapper aux « pouvoirs inquisitoriaux du juge ».

Ces pouvoirs du juge peuvent même s'exercer à l'égard de personnes investies d'un secret professionnel ou du secret bancaire, le secret bancaire n'étant pas absolu, même en matière civile (voir à ce sujet : Encyclopédie DALLOZ, Procédure, Production forcée de pièces, n° 51 et 52).

Il convient d'ajouter qu'aux termes de l'article 60 du même code, les parties sont tenues d'apporter leurs concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus.

a) quant à la précision de la description des documents demandés.

La partie demanderesse sollicite principalement l'intégralité du dossier pénal ayant justifié la condamnation de **B.**), subsidiairement les procès-verbaux de l'audition de **B.**) devant les agents de la police judiciaire et devant le juge d'instruction.

En l'occurrence, **B.**) déclare détenir l'intégralité du dossier pénal et ne pas avoir de problème à identifier les pièces qui lui sont réclamées, à savoir l'intégralité dudit dossier, lui remis par son avocat suite à l'instance pénale, de sorte que même si les différents documents du dossier pénal ne sont pas détaillés avec précision, la nature des documents à remettre est identifiable par **B.**).

La demande de communication ne se heurte dès lors, dans le présent cas d'espèce, pas à l'absence de précision de la description des documents demandés.

b) quant au secret bancaire.

L'article 41, paragraphe (1) de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier impose le secret professionnel sanctionné par l'article 458 du code pénal aux administrateurs, membres des organes directeurs et de surveillance, dirigeants, employés et autres personnes qui sont au service des établissements de crédit et des autres professionnels du secteur financier.

Mais le secret professionnel du banquier ne joue pas à l'égard du client lui-même, qui est maître de son secret. Le secret professionnel ne doit pas tourner au détriment du client. Le banquier ne doit pas se faire juge des intérêts de celui-ci (Trib. Lux. 24 avril 1991, P.28, 173.).

En l'occurrence, il est établi que la production de documents n'est pas demandée à l'égard des clients de la banque mais à l'égard des détenteurs du secret professionnel que sont la société anonyme de droit luxembourgeois **BQUE1.) LUXEMBOURG SA** et **B.**).

Cependant, le secret professionnel du banquier n'est pas absolu et il doit être mis en balance avec d'autres droits, intérêts ou principes juridiques.

S'agissant en l'occurrence de la protection des données des clients de la banque **BQUE1.) LUXEMBOURG SA**, victimes des agissements de **B.**), il peut être aisément satisfait à cette exigence par le biais d'une production anonymisée des données afférentes, de sorte que le secret bancaire invoqué par les parties défenderesse et en intervention volontaires pose en l'espèce, un faux problème.

c) quant à la pertinence de la production de pièce réclamée pour la solution du litige

Il est acquis en cause que les sociétés **SOC1.)** et **BQUE1.) BANK AG** sont liées par un contrat d'assurance dont la société **BQUE1.) LUXEMBOURG SA** est la bénéficiaire et que dans le cadre de la procédure pendante au fond, la société **SOC1.)**, cocontractante de la société **BQUE1.) BANK AG**, ne peut se défendre utilement au titre des conditions d'exclusion de garantie invoquées, prévues contractuellement, qu'en rapportant la preuve d'une faute commise par la société **BQUE1.) LUXEMBOURG SA**.

Dans la mesure où le fondement de la demande en indemnisation pendante devant la juridiction allemande constitue le jugement correctionnel ayant retenu **B.**) comme auteur des infractions, sur base desquels la société **BQUE1.) LUXEMBOURG SA**, bénéficiaire de la police d'assurance, a dû indemniser les victimes de **B.**), la production du dossier pénal afférent est pertinent pour la solution du litige au fond, dans la mesure où il est susceptible de révéler des dysfonctionnements au niveau de la **BQUE1.) LUXEMBOURG SA**, ayant permis la commission des infractions par **B.**)

Il en suit que la demande de la société **SOC1.)** rentre dans les cas de figure visés par les articles 284 et 288 du nouveau code de procédure civile, de sorte qu'il convient d'analyser s'il est dans les pouvoirs du juge des référés d'y faire droit.

3. Quant à la demande sur base de l'article 350 du nouveau code de procédure civile

L'article 350 du nouveau code de procédure civile dispose comme suit « *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 ...* », notamment par voie de référé.

Non subordonnée aux conditions de l'urgence et de l'absence de contestations sérieuses, la demande basée sur l'article 350 du nouveau code de procédure civile a un caractère autonome et ne doit répondre qu'aux exigences posées par ledit texte lesquelles sont, à part (i) l'absence de procès au fond, (ii) l'existence d'un motif légitime d'établir, (iii) par mesure d'instruction légalement admissible, (iv) la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

Ledit texte institue un référé qui est autant « préventif », en ce qu'il tend à éviter tout procès au fond, que « probatoire », en ce qu'il tend à conserver des éléments de preuve soumis au risque d'un dépérissement prochain ou à établir la preuve de faits qui se sont déjà produits et qui ne sont pas soumis au risque d'un changement ou d'une disparition prochains.

Le juge des référés ne peut ordonner de mesure d'instruction sur le fondement de l'article 350 du nouveau code de procédure civile que si le juge du fond n'est pas saisi du procès en vue duquel la mesure est sollicitée. L'article 350 du nouveau code de procédure civile ne fait pas de distinction entre instance pendant au fond devant le juge national ou devant une juridiction étrangère, de sorte qu'il n'y a pas lieu de faire de distinction, là où le texte de loi n'en fait pas.

Concernant la base de l'article 350 du nouveau code de procédure civile, il est admis que le juge des référés saisi d'une demande en expertise sur la prédite base ne peut statuer si une instance est pendante entre les mêmes parties devant le juge du fond et si la mesure sollicitée l'est dans l'éventualité du même litige (Cass. com. 16.4.1991, Bull. 144; Cass 2e civ. 24.10.1990, Bull. 216).

Si le procès en cours entre les parties est distinct de celui en vue duquel la mesure est sollicitée, il ne peut constituer un obstacle à l'usage du référé probatoire (Jacques et Xavier Vuitton: Les référés, Ed. Litec, n° 579).

La recevabilité du référé in futurum ne s'apprécie qu'eu égard au litige en vue duquel elle est intentée et non pas à l'ensemble des relations entre parties. (ibid page 100)

En l'espèce, il résulte des pièces versées en cause qu'une instance est pendante au fond devant le *Landgericht Frankfurt am Main* entre la société **SOC1.)** et la société de droit allemand **BQUE1.) BANK SA** et que la mesure probatoire est sollicitée en vue de la défense des intérêts de la société **SOC1.)** dans le cadre de cette instance.

Il en suit que la demande est irrecevable sur base de l'article 350 du nouveau code de procédure civile.

4. Quant à la demande sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile

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

Il n'appartient pas au juge des référés, qui ne peut pas dire et juger, de porter un jugement sur le fond du litige divisant les parties.

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

L'urgence correspond à la situation qui requiert une intervention rapide du juge, à peine de dommages irréversibles ou graves, lorsqu'une partie est exposée à un préjudice imminent qui pourrait être irréparable.

La condition de l'urgence est remplie en l'espèce, dans la mesure où la société **SOC1.)** doit se défendre dans le cadre de l'instance pendante devant le *Landgericht Frankfurt am Main*, la société de droit allemand **BQUE1.)** BANK AG demandant indemnisation du préjudice subi, dans les limites des polices d'assurances souscrites, du fait des paiements effectués par la société anonyme **BQUE1.)** LUXEMBOURG SA à titre d'indemnisation de ses clients, victimes des agissements frauduleux de **B.)**.

Dans la mesure où il n'est pas contesté par la société anonyme de droit luxembourgeois **BQUE1.)** LUXEMBOURG SA et la société de droit allemand **BQUE1.)** BANK AG que le contrat d'assurance conclu entre la société de droit allemand **BQUE1.)** BANK AG et la société **SOC1.)** prévoit des clauses d'exclusion de garantie en cas de défaillance de la société anonyme de droit luxembourgeois **BQUE1.)** LUXEMBOURG SA de surveiller de manière appropriée ses employés, la société **SOC1.)** justifie un intérêt probatoire certain et réel à disposer du dossier pénal de la société **SOC1.)**, afin de se défendre en temps utile devant la juridiction allemande, l'absence de communication du dossier pénal étant susceptible de lui causer un préjudice réel.

En cas d'urgence, et quand bien même une contestation sérieuse serait élevée par les parties, le juge des référés dispose du pouvoir d'ordonner des mesures, si celles-ci sont justifiées par l'existence du différent opposant les parties. L'existence d'un différent confère ici des pouvoirs au juge des référés, mais uniquement ceux lui permettant d'ordonner des mesures conservatoires.

L'existence d'un différend, qui met en œuvre la fonction conservatoire du juge des référés, consiste dans un conflit pendant entre les parties, quelles qu'en soient la nature et les modalités.

Le terme de « différend », synonyme de désaccord, n'implique aucune appréciation ni qualitative ni d'ampleur de celui-ci : sa cause, sa nature, son importance objective ou subjective sont indifférentes. Seul compte le fait que des parties s'opposent réellement (un litige artificiel ou factice n'entrant pas dans le jeu de l'article 808 du nouveau code de procédure civile) sans qu'il soit nécessaire que ce conflit ait eu au jour de l'ordonnance une traduction contentieuse. Le différend peut tenir dans une « situation conflictuelle ».

La notion de différend peut donc être comprise dans une acception extrêmement large. On peut certainement y voir, plus encore qu'ailleurs, la volonté affirmée de préserver, par l'intervention rapide d'un juge, une situation compromise ou que peut susciter le différend, pour éviter qu'une partie n'obtienne un avantage indu sur l'autre. Elle peut éventuellement aussi prévenir toute forme de justice privée que les « lenteurs de la justice » ne peuvent que favoriser. Cette définition générique est d'autant plus compréhensible que le juge des référés intervient à titre conservatoire (J. et X. Vuitton, les référés, n° 285 et suivants).

Force est de constater qu'en l'espèce, l'existence d'un tel différend ne saurait être contesté, ne fut-ce qu'au vu des longs développements juridiques faits par les parties en cause. Ainsi le différend porte notamment sur la conciliation entre les droits respectifs des parties, à savoir le droit de défense et le droit à un procès équitable, invoqués par la société **SOC1.**), et le droit au respect du secret bancaire, invoqué expressément par les parties demanderesse en intervention, et de manière implicite par **B.**).

En l'occurrence, le secret bancaire invoqué par la société anonyme de droit luxembourgeois **BQUE1.) LUXEMBOURG SA** et la société de droit allemand **BQUE1.) BANK SA** tend à faire obstacle à la communication du dossier pénal, sur base duquel **B.**) a été condamné et sur base duquel la société anonyme **BQUE1.) LUXEMBOURG SA** s'est vue allouer des dommages et intérêts par **B.**) du fait des agissements frauduleux de ce dernier, ayant nécessité l'indemnisation ses clients par **BQUE1.) LUXEMBOURG SA**.

Le secret bancaire invoqué tend dès lors à empêcher une analyse par la société **SOC1.**), en sa qualité d'assureur de la société de droit allemand **BQUE1.) BANK SA** et du bénéficiaire de l'assurance, la société anonyme de droit luxembourgeois **BQUE1.) LUXEMBOURG SA**, employeur de **B.**) au moment des infractions pénales, des documents pertinents et nécessaires à la défense de ses intérêts, dans

le cadre de l'instance pendante devant le *Landgericht Frankfurt am Main*, et connus d'une seule des deux parties à cette instance, en l'occurrence la société de droit allemand **BQUE1.) BANK SA**.

Ce faisant, le secret bancaire invoqué tend à mettre en échec un principe fondamental de tout système juridique, à savoir celui du procès équitable garanti par l'exercice, par chacune des parties au procès, de ses droits de la défense.

Dans le cadre du différend opposant les parties, il y a dès lors lieu de faire prévaloir les droits de défense et d'accès au procès équitable de la société **SOC1.)** sur le secret bancaire invoqué par **B.)** et les parties intervenant volontairement, **BQUE1.) BANK** et **BQUE1.) LUXEMBOURG SA**.

Concernant les documents sollicités par la société **SOC1.)**, il résulte des renseignements fournis en cause, notamment de l'échange de courriers des mandataires de **B.)** et de **BQUE1.) BANK AG** et **BQUE1.) LUXEMBOURG SA** avec le Ministère Public, suite à la rupture du délibéré prononcée le 8 septembre 2016, que la société **SOC1.)** reproche aux parties intervenant volontairement que les « *documents gênants pour la banque sont ceux où M. B.) avoue devant les services de police et devant le juge d'instruction que la banque était au courant, ou devait être au courant des agissements frauduleux de M. B.)* ».

Il en suit qu'il y a lieu de limiter la demande en communication aux seuls procès-verbaux des interrogatoires de **B.)** par les enquêteurs des Services de Police le 24 juin 2008 et par le juge d'instruction en date des 22 mars 2009, 16 octobre 2009, 30 avril 2010, 17 septembre 2010 (en ce compris la note rédigée par **B.)** à l'attention du juge d'instruction en date du 15 septembre 2009 et annexée procès-verbal du 17 septembre 2010), 3 février 2011, 25 mai 2011, 3 juin 2011, 7 novembre 2011 et 9 novembre 2011, la communication forcée de documents devant être limitée aux seuls documents nécessaires et pertinents à la sauvegarde des intérêts de celui qui sollicite la communication forcée.

S'agissant d'un nombre restreint de documents à communiquer par **B.)**, il y a lieu de retenir que ces documents devront être anonymisés par **B.)** concernant l'identité des clients de la banque et leurs comptes bancaires, de manière à assurer, nonobstant les développements qui précèdent concernant la primauté des droits de la défense et du droit au procès équitable sur le secret bancaire, ce dernier.

La demande de la société **SOC1.)** est dès lors à déclarer partiellement recevable sur base de l'article 932 alinéa 1^{er} du nouveau code de procédure civile.

B.) n'ayant pas contesté l'astreinte sollicitée par la société **SOC1.)** et les parties intervenant volontairement étant sans qualité pour s'opposer à ce que la

communication forcée se fasse sous astreinte, alors qu'elles ne sont pas les débitrices de l'obligation de s'exécuter, il y a lieu de faire droit à la demande de la société **SOC1.)** tendant à assortir l'exécution de la mesure à intervenir, d'une astreinte, qu'il y a lieu de fixer, conformément à la demande de la société **SOC1.)**, à la somme de 1.000 euros par jour de retard.

Compte tenu de l'obligation mise à charge de **B.)** d'anonymiser les documents à communiquer, il y a lieu d'accorder à **B.)** un délai de trente jours à partir de la signification de la présente ordonnance et de retenir qu'à partir du trente-et-unième jour, **B.)** sera redevable d'une astreinte de 1.000 euros par jour de retard, le montant maximum de l'astreinte encourue étant fixé à 150.000 euros.

P A R C E S M O T I F S :

Nous Malou THEIS, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de LUXEMBOURG, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame le Président du Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, statuant contradictoirement,

recevons la demande en la forme ;

recevons les requêtes en intervention volontaires en la forme,

rejetons le moyen d'irrecevabilité invoqué, tiré du défaut d'intérêt à agir dans le chef de la société anonyme de droit luxembourgeois **BQUE1.) LUXEMBOURG SA** et de la société anonyme de droit allemand **BQUE1.) BANK AG**,

Nous déclarons compétent pour connaître de la demande;

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

déclarons la demande irrecevable sur base de l'article 350 du nouveau code de procédure civile ;

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

ordonnons à **B.)** de remettre à la société **SOC1.)**, sous forme anonymisée concernant l'identité des clients de la société anonyme **BQUE1.) LUXEMBOURG SA**, anciennement **BQUE1'.) BANQUE LUXEMBOURG SA**

et leurs comptes bancaires, les procès-verbaux de ses interrogatoires par les enquêteurs des Services de Police en date du 24 juin 2008 et par le juge d'instruction en date des 22 mars 2009, 16 octobre 2009, 30 avril 2010, 17 septembre 2010 (en ce compris la note rédigée par **B.**) à l'attention du juge d'instruction en date du 15 septembre 2009 et annexée procès-verbal du 17 septembre 2010), 3 février 2011, 25 mai 2011, 3 juin 2011, 7 novembre 2011 et 9 novembre 2011, dans un délai de trente jours à partir de la signification de la présente ordonnance, sous peine d'une astreinte de 1.000 euros par jour de retard encourue à partir du trente-et-unième jour de la signification, le montant maximum de l'astreinte encourue étant fixé à 150.000 euros ;

condamnons **B.**) aux frais et dépens de l'instance ;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance, nonobstant toute voie de recours et sans caution.