

No. Rôle: TAL-2018-00312

No. 2018TALREFO/82

du 23 février 2018

Audience publique extraordinaire des référés du vendredi, 23 février 2018, tenue par Nous Malou THEIS, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant comme juge des référés, en remplacement de Madame le Président du Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, assistée du greffier assumé Sarah NEZI.

DANS LA CAUSE

ENTRE

1. la société anonyme REDITUM S.A., établie et ayant son siège social à L-2540 Luxembourg, 14, rue Edward Steichen, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B197680, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,
2. la société à responsabilité limitée de droit néerlandais LARMAG REAL ESTATE 2 B.V., établie et ayant son siège social à NL-1101 BS Amsterdam, Hessenbergweg 109, inscrite au registre de commerce des Pays-Bas sous le numéro RSIN 855169679, représentée par ses organes statutaires,

élisant domicile en l'étude de Maître Mathieu RICHARD, avocat, demeurant à Luxembourg,

parties demanderesses comparant par Maître Mathieu RICHARD, avocat, demeurant à Luxembourg,

ET

la société anonyme CLEARSTREAM BANKING S.A., établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 42, avenue J.F. Kennedy, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B9248, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat, demeurant à Luxembourg.

F A I T S :

A l'appel de la cause à l'audience publique des référés ordinaires du lundi matin, 5 février 2018, Maître Mathieu RICHARD donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Nicolas THIELTGEN fut entendu en ses explications.

Sur ce le juge 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 du 10 janvier 2018, la société anonyme REDITUM et la société à responsabilité limitée de droit néerlandais LARMAG REAL ESTATE 2 B.V. ont fait comparaître la société anonyme CLEARSTREAM BANKING pour l'entendre condamner à faire cesser immédiatement la voie de fait qu'elle fait subir à REDITUM et à LARMAG REAL ESTATE 2 B.V. et pour se voir enjoindre à transférer, sur présentation de la minute de l'ordonnance à intervenir, les 170.000 obligations enregistrées sous le numéro ISIN XS **compte6**), détenues par la société américaine SOUTHWEST EOR OPERATING, LLC auprès de la banque JP MORGAN de New-York, sur le compte de REDITUM n° **compte1**) auprès de la banque suisse EFG BANK ZURICH, correspondant au compte CLEARSTREAM N° **compte2**), sous peine d'astreinte de 50.000 euros par jour de retard à l'exécution du transfert.

Les requérantes demandent également, sur base de l'article 350 du nouveau code de procédure civile, la condamnation de l'assignée, à leur révéler, sur présentation de la minute de l'ordonnance à intervenir, les informations qu'elle a transmises à la BANQUE DE PATRIMOINE PRIVES et qui ont causé la fermeture du compte.

Les moyens des parties

A l'appui de leur demande, REDITUM et LARMAG REAL ESTATE 2 B.V. exposent que REDITUM est une société financière, faisant partie du groupe LARMAG GROUP, dont l'activité principale consiste à émettre des obligations cotées en bourse et à les placer auprès d'investisseurs professionnels ou institutionnels. Les sommes ainsi perçues sont ensuite réinvesties dans des projets immobiliers du groupe LARMAG.

REDITUM a ainsi effectué une émission de 200.000 obligations d'une valeur nominale de 1.000 euros, suivant prospectus du 8 juillet 2015.

Conformément au prospectus d'émission, ces obligations sont cotées à la Bourse Irlandaise et enregistrées sous le numéro ISIN XS **compte6**), et elles sont placées par REDITUM auprès de potentiels acheteurs au fur et à mesure, par tranche, via CLEARSTREAM. L'argent ainsi récolté est ensuite prêté à LARMAG REAL

ESTATE 2 B.V. qui l'investit principalement dans des projets immobiliers et financiers.

La société américaine SOUTHWEST EOR OPERATING, LLC ayant accepté de prendre 170.000 obligations en sûreté d'un prêt qu'elle était disposée à accorder à REDITUM suivant contrat de prêt du 12 juillet 2017, REDITUM aurait transféré le 25 juillet 2017, 170.000 obligations à SOUTHWEST EOR OPERATING, LLC sur un compte détenu par celle-ci auprès de JP MORGAN à New York. Ce transfert aurait été opéré par ING Luxembourg auprès de laquelle REDITUM était cliente.

Le 20 septembre 2017, ING Luxembourg a, contre toute attente, décidé de mettre un terme avec effet immédiat aux relations contractuelles.

Parallèlement, SOUTHWEST EOR OPERATING, LLC n'aurait pas exécuté ses obligations de mise à disposition des fonds en application du contrat de prêt et le 17 octobre 2017, SOUTHWEST EOR OPERATING, LLC et REDITUM auraient décidé de commun accord de mettre un terme audit contrat de prêt et de rapatrier les 170.000 obligations qui avaient été transférées à titre de sûreté du contrat de prêt.

Le 24 octobre 2017, REDITUM aurait sollicité le retour des obligations sur le compte CLEARSTREAM n° **compte2**) tenu auprès de la banque suisse EFG BANK ZURICH. Ce transfert aurait échoué sur instigation de CLEARSTREAM et les titres auraient été retournés à SOUTHWEST EOR OPERATING, LLC.

Le 17 novembre 2017, REDITUM se serait adressée à BANQUE DE PATRIMOINES PRIVES qui aurait accepté d'ouvrir un compte en vue de réceptionner les titres.

Le 21 novembre 2017, REDITUM fut informée que CLEARSTREAM avait à nouveau bloqué le transfert des obligations.

Le même jour, BANQUE DE PATRIMOINES PRIVES aurait décidé de clôturer le compte de REDITUM.

REDITUM expose qu'elle se trouve dans une situation extrêmement délicate du fait de ce blocage qui compromettrait sérieusement sa pérennité économique. Son préjudice financier s'aggraverait de jour en jour alors qu'elle serait empêchée de placer les obligations à des preneurs intéressés, bien qu'elle dispose d'offres d'acquisition des titres. A cela s'ajouterait que SOUTHWEST EOR OPERATING, LLC aurait la possibilité de céder ces obligations à des tiers bien qu'elle n'ait rien payé en contrepartie des titres qu'elle détient actuellement indûment.

Plus grave encore, REDITUM serait censée s'acquitter, le 15 janvier 2018, de la somme de 6.187.500 euros à titre d'intérêts sur les obligations émises, dont 5.312.500 euros au titre des 170.000 obligations détenues indûment par SOUTHWEST EOR OPERATING, LLC.

Or, les fonds censés servir au paiement des obligations n'ayant jamais été versés à REDITUM, celle-ci n'aurait pu les investir et elle aurait dû renoncer à des projets d'acquisition immobiliers, très prometteurs, tel le projet immobilier LP 98 du fait du blocage intempestif de ses obligations.

Selon REDITUM, seul un rapatriement immédiat des obligations serait à même d'empêcher qu'il soit irrémédiablement porté atteinte à sa réputation et à sa crédibilité sur les marchés financiers. Elle considère dès lors la situation générée par CLEARSTREAM comme arbitraire et contraire au droit, de nature à être constitutive d'une voie de fait qu'il y aurait lieu de faire cesser d'urgence, moyennant injonction donnée à CLEARSTREAM de cesser le blocage du transfert des obligations litigieuses.

CLEARSTREAM conteste formellement les reproches lui adressés concernant une intervention active de sa part dans le blocage du transfert des 170.000 obligations, précisant que dans le cadre du transfert de titres cotés en bourse, tel le cas en l'espèce, elle agirait comme dépositaire central de titres, conformément au règlement n°909/2014 du Parlement Européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration de règlement de titres dans l'Union Européenne et les dépositaires centraux de titres.

A ce titre, CLEARSTREAM serait chargée d'enregistrer chaque changement de détention des titres par inscription en compte (appelée le « règlement-livraison »), et pour ce faire, elle devrait disposer de deux instructions concordantes : un ordre de transfert du participant du système de règlement, qui livre les titres, et une instruction du participant au système, qui accepte de recevoir la livraison des titres. Seuls les adhérents au système CLEARSTREAM seraient à même de donner ces instructions, et tel ne serait pas le cas pour une personne physique ou une société ordinaire.

Aussi, outre l'ordre au transfert des 170.000 obligations litigieuses, émanant pour le compte du détenteur actuel des obligations litigieuses SOUTHWEST EOR OPERATING, LLC, d'un compte détenu par celle-ci auprès de JP MORGAN à New, adhérent au système CLEARSTREAM, il faudrait une instruction concordante d'un adhérent au système CLEARSTREAM de réceptionner ledit transfert, pour compte de REDITUM.

Or, pour des raisons inconnues des parties, différents intervenants au système de règlement-livraison des titres litigieux, contactés à ces fins par REDITUM, tels la banque CREDIT SUISSE SECURITIES (EUROPE) LIMITED, la banque suisse EFG BANK ZURICH et la BANQUE DE PATRIMOINES PRIVES auraient clôturé les comptes de REDITUM et refusé de prendre livraison des titres, malgré des ordres de livraison afférents de JP MORGAN, de sorte que CLEARSTREAM n'aurait pas pu enregistrer la livraison des titres litigieux au profit de la banque désignée par REDITUM pour recevoir les titres.

CLEARSTREAM de contester dès lors qu'il y ait eu de sa part un acte dommageable en relation avec l'échec des tentatives de livraison des titres litigieux. Elle demande

en conséquence à voir débouter les parties requérantes de leurs demandes et sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure évaluée au montant de 15.000 euros.

Les faits

Il résulte des explications de REDITUM et des pièces versées en cause qu'en date du 12 juillet 2017 et après plusieurs tentatives infructueuses de placement des titres émis, REDITUM a conclu un contrat de prêt avec la société SOUTHWEST EOR OPERATING LLC, qui a accepté de prendre 170.000 obligations d'une valeur nominale de 170.000.000 euros en garantie du remboursement d'un montant de 141.000.000 euros à prêter à REDITUM. En date du 14 juillet 2017, REDITUM a ordonné à sa banque, ING LUXEMBOURG SA, de transférer les titres inscrits sur le compte n°**compte3**) d'ING auprès de CLEARSTREAM vers le compte n°**compte4**) de JP MORGAN, banque de SOUTHWEST EOR OPERATING LLC, auprès d'EUROCLEAR.

Les instructions de livrer et recevoir d'ING et de JP MORGAN via EUROCLEAR ayant été concordantes, CLEARSTREAM a inscrit en compte la transaction en date du même jour.

En date du 20 septembre 2017, ING a mis fin à ses relations bancaires avec REDITUM.

SOUTHWEST EOR OPERATING LLC n'ayant pas mis à disposition de REDITUM le montant de 141.000.000 euros, un accord a été conclu le 17 octobre 2017 entre SOUTHWEST EOR OPERATING LLC et REDITUM afin de résilier le contrat de prêt. Cet accord prévoyait que SOUTHWEST EOR OPERATING LLC devrait donner ordre à JP MORGAN de transférer les titres inscrits sur le compte n°**compte4**) de JP MORGAN auprès d'EUROCLEAR vers le compte n°**compte5**) de CREDIT SUISSE SECURITIES (EUROPE) LIMITED auprès d'EUROCLEAR.

Cette transaction n'a cependant pas abouti, pour des raisons inconnues.

En date du 24 octobre 2017, SOUTHWEST EOR OPERATING LLC et REDITUM ont conclu un amendement à l'accord du 17 octobre 2017, stipulant que SOUTHWEST EOR OPERATING LLC devrait désormais donner ordre à JP MORGAN de transférer les titres inscrits sur le compte n°**compte4**) de JP MORGAN auprès d'EUROCLEAR vers le compte n°**compte2**) d'une troisième banque, EFG BANK ZURICH, auprès de CLEARSTREAM.

En date du 25 octobre 2017, une deuxième tentative de transfert des titres inscrits sur le compte de JP MORGAN vers le compte EFG BANK ZURICH n'a pas non plus pu aboutir.

En date du 7 novembre 2017, REDITUM a ouvert un compte auprès d'une quatrième banque. Le 21 novembre 2017, BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE met fin à sa relation contractuelle avec REDITUM en clôturant le compte de REDITUM avec

effet immédiat, de sorte que le transfert de titres à partir du compte de JP MORGAN vers le compte BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE n'a pas pu aboutir.

REDITUM, suspectant à son égard une mesure de blocage dans le cadre de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, s'adressa à la Cellule de renseignement financier (CRF) du parquet économique et financier de Luxembourg qui lui confirma qu'elle ne faisait pas l'objet de pareille mesure.

REDITUM d'en conclure que CLEARSTREAM est à l'origine du blocage des deux tentatives de rapatriement des 170.000 obligations émises par elle et détenues par SOUTHWEST EOR OPERATING LLC auprès de JP MORGAN, via la délivrance des titres sur les comptes EFG BANK ZURICH et BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE participant au système CLEARSTREAM.

Le système de règlement des opérations sur titres

A titre de remarque préliminaire, il convient de relever que les titres actuellement litigieux, destinés à être « rapatriés » à REDITUM suite à la résiliation du contrat de prêt entre REDITUM et SOUTHWEST EOR OPERATING LLC, sont des titres cotés à la Bourse Irlandaise.

En tant que titres cotés en bourse, le dénouement d'une opération de transfert de titres est fait à l'intérieur d'un système de règlement des opérations sur titres qui offre des garanties juridiques particulières. D'une manière générale, le dénouement d'une opération sur titres est l'exécution des obligations, souvent réciproques, impliquant la livraison du titre et le paiement du prix. Le dénouement est composé par deux phases : la liquidation (« *clearing* ») et le règlement (« *settlement* »). Il est précédé d'une phase préliminaire appelée le rapprochement (« *matching* »).

Le rapprochement se fait d'abord au niveau des instructions : lorsqu'un investisseur a transmis un ordre d'achat ou de vente, le négociateur en confirmera, le cas échéant, l'exécution. Il s'agit à ce niveau, d'ajuster l'ordre et son exécution : c'est le rapprochement des instructions. Celui-ci se fait par les deux contreparties, chacune avec son négociateur¹.

La plupart des transactions dénouées par les systèmes de règlement-livraisons requièrent des instructions concordantes entre l'ordre de transfert du participant qui livre un actif et l'ordre de réception émanant de sa contrepartie qui reçoit ce même actif.²

CLEARSTREAM a mis en place un système de liquidation et de règlement transfrontalier d'opérateurs sur titres, appelé « système Clearstream ».

¹ Paul Mousel et Franz Fayot, « La circulation des titres », Droit bancaire et financier luxembourgeois, ALJB, volume 3, 2004, nos 39-76 et 39-77,

² Murielle BROUILLET-Mc SORLEY et Laurent-Christian VAN BRUIK, « le cadre juridique des systèmes de règlement des opérations sur titres en droit luxembourgeois », Droit bancaire et financier luxembourgeois, ALJB, volume 3, 2004, no 40-60,

CLEARSTREAM est un dépositaire central de titres³ à caractère international (ensemble avec EUROCLEAR BANKING) et est en tant que tel chargé d'enregistrer chaque changement de détention des titres par inscription en compte, ce qui est appelé le « règlement-livraison ».

La relation entre CLEARSTREAM et ses clients est une relation contractuelle, régie par les documents directeurs, qui sont les « Clauses et Conditions Générales » et le « Manuel du Client ». CLEARSTREAM n'agrée comme client que des banques, d'autres professionnels du secteur financier et des sociétés commerciales ou industrielles ayant un accès professionnel aux marchés financiers. Les particuliers ne sont pas admis comme client⁴.

Il en suit que REDITUM, en tant que société commerciale ordinaire, n'est pas un client direct de CLEARSTREAM, susceptible de donner des ordres d'achat ou de vente de titres, respectivement un ordre de recevoir la livraison d'un titre, mais elle doit recourir aux services d'un participant agréé par CLEARSTREAM.

En l'espèce, il s'agissait, concernant les deux dépositaires centraux de titres à caractère international EUROCLEAR et CLEARSTREAM, des participants agréées JP MORGAN, CREDIT SUISSE SECURITIES (EUROPE) LIMITED, EFG BANK ZURICH et BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE

De même, pour pouvoir inscrire en compte du participant au système de règlement-livraison, une transaction sur le titre, CLEARSTREAM doit disposer de deux ordres concordants : un ordre de livraison/vente et un ordre de réception.

1. La recevabilité de la demande

CLEARSTREAM conteste la qualité et l'intérêt à agir dans le chef des parties demanderesse, précisant que LARMAG REAL ESTATE serait totalement étrangère aux transactions litigieuses et n'aurait pas vocation à recevoir les titres litigieux, et que REDITUM, qui ne serait ni membre de CLEARSTREAM, ni en relation contractuelle avec CLEARSTREAM, n'aurait de ce chef pas vocation à donner des instructions de livrer et recevoir des titres.

Il faut, pour agir, pouvoir invoquer l'atteinte portée à un droit subjectif.

En l'espèce, REDITUM expose faire partie du groupe LARMAG GROUP et avoir émis des obligations cotées en bourse et les avoir placées auprès d'investisseurs, l'argent ainsi récolté étant ensuite prêté à LARMAG GROUP qui l'investi dans des projets immobiliers. Du fait de l'échec des tentatives de rapatriement des obligations émises par REDITUM, REDITUM serait dans l'impossibilité d'honorer ses

³ conformément au règlement numéro 909/2014 du Parlement Européen et du Conseil du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement des titres dans l'Union Européenne et les dépositaires centraux de titres

⁴ Paul Mousel et Franz Fayot, « La circulation des titres », Droit bancaire et financier luxembourgeois, ALJB, volume 3, 2004, nos 39-82,

engagements et LARMAG GROUP aurait dû renoncer à des projets d'acquisition immobiliers prometteurs. Les parties demanderesse invoquent dès lors chacune une atteinte portée à un droit subjectif.

Le droit est alors le fondement de l'action et celle-ci est subordonnée à l'existence d'un intérêt et d'une qualité à agir.

Par ailleurs, si la notion de qualité à agir fait l'objet de deux approches différentes, toujours est-il que la conception la plus retenue par la jurisprudence est celle qui revient à dire que celui qui se prétend être titulaire du droit litigieux a la qualité pour agir, c'est-à-dire la qualité pour saisir le juge afin qu'il se prononce sur l'existence et l'étendue de ce droit (*Thierry HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, p. 463, no 899*).

Ainsi, d'après la jurisprudence, la qualité étant le pouvoir en vertu duquel une personne exerce l'action en justice, il s'ensuit que la qualité n'est pas une condition particulière de recevabilité de l'action en justice lorsque l'action est exercée par celui-là même qui se prétend titulaire du droit, car, en principe, le fait de se prétendre titulaire d'un droit confère nécessairement le pouvoir de saisir la justice afin d'en obtenir la sanction. (*Cour d'Appel du 23 octobre 1990, P. 28, p. 70 ; Cour d'Appel du 25 octobre 2006, no 28477 du rôle*) Par ailleurs, quant à cette conception, la qualité à agir n'est qu'un aspect particulier de l'intérêt à agir et est absorbée par celui-ci. (*Cour d'Appel du 16 juin 2011, no 34910 du rôle*)

Dès lors, l'existence du droit invoqué en l'espèce par les demanderesse n'est pas une condition de recevabilité de la demande puisqu'il faut permettre à la juridiction saisie de vérifier l'existence de ce droit, vérification impossible si la demande était déclarée irrecevable.

Le moyen d'irrecevabilité de la demande, tiré du défaut d'intérêt et de qualité à agir dans le chef des parties demanderesse, est partant à rejeter.

2. La demande en exécution du transfert des titres sous peine d'astreinte

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

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

Aux termes de cet article, le président ou le juge qui le remplace, peut toujours prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite.

La voie de fait peut se définir comme étant constituée par une atteinte manifestement illicite et intolérable à un droit certain et évident d'autrui par des actes matériels posés

par leur auteur en vue d'usurper un droit qu'il n'a pas ou pour se rendre justice à soi-même. Il résulte de cette définition que, pour qu'il y ait voie de fait, il faut qu'il y ait commission d'actes matériels commis au préjudice des droits d'autrui et par lesquels l'auteur du trouble usurpe un droit qu'il n'a pas ou se fait justice à soi-même. En d'autres termes, l'une des conditions pour qu'il y ait voie de fait au sens de l'article 933 du nouveau code de procédure civile est l'existence d'une attaque, d'une entreprise délibérée par laquelle l'auteur porte atteinte aux droits d'autrui pour s'arroger un droit qu'il sait ne pas avoir ou pour se procurer un droit qu'il croit avoir et qu'en réalité il n'a pas. A partir du moment où la voie de fait imminente ou consommée est caractérisée, il importe peu qu'elle soit le résultat d'une action positive ou d'une abstention. Ce qui importe, c'est le constat d'une atteinte manifestement illicite et intolérable à un droit certain et évident d'autrui et qu'il y soit mis fin dans l'intérêt de la victime, sans égard au mode de réalisation de cette atteinte.

S'il est incontestable que du fait de l'inexécution du transfert des 170.000 obligations émises par REDITUM et toujours détenues par SOUTHWEST EOR OPERATING LLC malgré la résiliation du contrat de prêt conclu entre parties, REDITUM ne peut disposer librement des titres par elle émis, il ne résulte cependant d'aucune pièce versée en cause que CLEARSTREAM soit l'auteur du blocage des deux transferts initiés dans un premier temps entre JP MORGAN et EFG BANK ZURICH et dans un deuxième temps entre JP MORGAN et BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE.

Il ne résulte ainsi d'aucune pièce du dossier pour quelles raisons ING LUXEMBOURG SA a mis fin à ses relations contractuelles avec REDITUM, ni pour quelles raisons les trois banques contactées par REDITUM pour recevoir les titres litigieux [CREDIT SUISSE SECURITIES (EUROPE) LIMITED dans le cadre du premier transfert de titres devant se faire par l'intermédiaire de EUROCLEAR, respectivement EFG BANK ZURICH et BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE dans le cadre des deux tentatives de transfert ultérieures, devant se faire par l'intermédiaire de CLEARSTREAM] aient refusé de recevoir le transfert des titres.

De même, il ne résulte d'aucun élément probant du dossier que EUROCLEAR et CLEARSTREAM, occupant chacun la fonction de dépositaire central de titres, soient intervenus activement auprès des trois banques devant recevoir le transfert de titres, pour qu'elles renoncent à la réception dudit transfert.

Il est à cet égard intéressant de relever que si les parties demanderesses reprochent à CLEARSTREAM un acte dommageable dans le cadre de l'échec des tentatives de transfert devant se faire via le compte de ses adhérents EFG BANK ZURICH et BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE, l'échec de la première tentative de transfert via le compte CREDIT SUISSE SECURITIES (EUROPE) LIMITED, adhérent au système EUROCLEAR [partant une tentative de transfert qui concernait exclusivement le dépositaire central de titres EUROCLEAR et non pas CLEARSTREAM], ne semble pas faire l'objet de critiques de la part des parties demanderesses à l'égard de EUROCLEAR.

Le tribunal de relever encore que REDITUM ne verse pas de pièces émises par les trois banques par elle contactées aux fins de réception des transferts de titres dans le

système de règlement-livraison de titres EUROCLEAR et CLEARSTREAM, fournissant une explication quant aux raisons de leur refus de réception des transferts litigieux.

Aussi, la simple suspicion des parties demanderesse que CLEARSTREAM soit à l'origine du refus des deux banques EFG BANK ZURICH et BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE de recevoir le transfert des titres litigieux n'est pas suffisante pour caractériser dans le chef de CLEARSTREAM un acte constitutif d'une atteinte manifestement illicite et intolérable au droits de REDITUM.

Il en suit que la demande est à déclarer irrecevable sur base du référé-sauvegarde.

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

Aux termes de cet article, 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 différend.

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

Tel qu'il résulte de l'analyse des faits ci-dessus, il n'est pas établi que CLEARSTREAM soit à l'origine du refus d'exécution des deux transferts des titres litigieux, respectivement du refus des deux banques EFG BANK ZURICH et BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE de recevoir le transfert des titres.

La demande de REDITUM est dès lors sérieusement contestable et à déclarer irrecevable sur base du référé-urgence.

3. La demande en communication de pièces

Au titre de son assignation, REDITUM demande la condamnation de CLEARSTREAM à lui révéler les informations qu'elle a transmises à BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE et qui ont causé la fermeture du compte de REDITUM par BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE, et par conséquent l'impossibilité matérielle de réaliser le transfert des titres, dont l'exécution aurait pourtant déjà été mise en place entre les banques JP MORGAN et BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE.

REDITUM agit sur base de l'article 350 du nouveau code de procédure civile aux termes duquel, 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.

Non subordonnée aux conditions de l'urgence et de l'absence de contestations sérieuses, la demande basée sur l'article 350 précité a un caractère autonome et ne

doit répondre qu'aux exigences posées par ledit texte lesquelles sont, à part l'absence de procès au fond, l'existence d'un motif légitime d'établir, par mesure d'instruction légalement admissible, la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige.

Le juge des référés n'est valablement saisi que si la conservation ou l'établissement de la preuve est sollicité avant tout procès. Le référé, dit préventif, est exclu après la saisine du juge du fond, car dans un tel cas l'intérêt de l'action n'est plus éventuel, mais actuel.

Il faut en outre que l'objet et le fondement de la mesure soient suffisamment caractérisés. Les faits ne doivent pas relever du domaine hypothétique et la mesure ne peut être utilisée pour intimider ou faire pression sur la partie adverse.

Les faits offerts en preuve doivent présenter un caractère pertinent et utile par rapport à un litige éventuel et il faut qu'il s'agisse de faits à prouver lesquels doivent fournir les éléments matériels constitutifs du litige futur (*Cour, 2e chambre, 4 janvier 1988, numéro 9852 du rôle*).

La notion de mesure d'instruction figurant à l'article 350 du nouveau code de procédure civile est interprétée dans un sens large, en ce qu'elle englobe des mesures qui, même s'il ne s'agit pas de mesures d'instruction proprement dites, sont cependant susceptibles d'éclairer la juridiction ultérieurement saisie d'un éventuel litige au fond.

Il en est ainsi précisément de la production de pièces ou de documents (*Jurisclasseur civil, Référés Spéciaux, fasc. 235-1, n° 25, édition 1996 ; Cour sup. de Justice, 11 mars 2003, numéro 26964 du rôle*).

En l'occurrence, aucun procès au fond n'est pendant entre les parties à la présente instance.

En outre, l'objet et le fondement de la mesure sont suffisamment caractérisés.

Il faut encore que la mesure ordonnée sur la base de l'article 350 du nouveau code de procédure civile soit légalement admissible et que la requérante justifie d'un motif légitime.

En ce qui concerne la condition du motif légitime de l'article 350 du nouveau code de procédure civile, celui-ci consiste le plus souvent dans l'intérêt qu'a une partie pour des raisons morales ou pécuniaires de gagner un procès futur.

Cependant, la légitimité du motif dans le chef de celui qui sollicite la mesure d'instruction ne peut s'apprécier sans que soient, en même temps, pris en considération les intérêts, non moins légitimes, de la partie adverse.

Le demandeur ne doit pas recourir à la procédure de l'article 350 de façon abusive, afin de pallier à ses erreurs ou négligences et d'obtenir par ce biais certains éléments qu'il aurait parfaitement pu se procurer d'une manière différente, s'il avait été

diligent. Le juge qui apprécie la légitimité du motif invoqué par le demandeur doit le mettre en balance avec la légitimité des arguments développés par le défendeur; il ne doit autoriser la mesure sollicitée que si les intérêts légitimes de la défense ne sont pas plus atteints que ceux du demandeur. Rentre dans cette appréciation le sérieux et la consistance du litige éventuel au fond.

De même, les pièces dont la production est sollicitée doivent être formulées avec la précision nécessaire pour permettre au défendeur d'identifier les pièces sollicitées et au juge saisi de prononcer une condamnation avec astreinte (*Cour, 25 novembre 2009 numéros 35263 et 35386 du rôle*). Ainsi, les demandes en communication indéterminées ou indéterminables en ce qui concerne la qualification, la nature et la date du document, respectivement les parties détentrices, intervenantes, émettrices, réceptrices ou contractantes sont irrecevables pour autant qu'elles sont formulées d'une manière vague et imprécise ne permettant pas au tribunal de désigner le document à remettre et la partie détentrice à condamner à la communiquer en assortissant la condamnation au paiement d'une astreinte en cas de refus.

Il s'agit également d'éviter, que par une demande en communication de documents indéterminées ou indéterminables, la demande en production de pièces équivaut à une perquisition générale (« *fishing expedition* ») dans les archives de l'adversaire ou d'un tiers, pour découvrir des pièces susceptibles d'appuyer les prétentions du demandeur (*Cour, 15 mai 1996, numéro 17765 du rôle*), pareille demande se heurtant au principe posé par l'article 351 du nouveau code de procédure civile, qui dispose qu'en aucun cas, une mesure d'instruction ne peut être ordonnée pour suppléer la carence d'une partie dans l'administration de la preuve.

Finalement, la mesure sollicitée ne saurait permettre au demandeur d'enfreindre une prescription légale ni violer une liberté fondamentale ou une règle déontologique, tel le secret professionnel. Si les obstacles que représente le secret professionnel ne sont pas nécessairement insurmontables, il faut cependant, pour les écarter, des raisons proportionnellement aussi graves, et dont il incombe au demandeur de justifier (*Revue trimestrielle de Droit Civil 1990, Jurisprudence Française en matière de droit judiciaire privé, Jacques NORMAND, p. 134*).

A l'audience publique du 5 février 2018, REDITUM précise qu'elle demande la communication des deux ordres de transfert des titres par la banque JP MORGAN et les deux ordres de refus d'acceptation du transfert par les banques EFG BANK ZURICH et BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE, afin de lui permettre de vérifier si l'absence de deux ordres concordants entre la banque donneur d'ordre du transfert et les banques bénéficiaire du transfert ont, tel que l'affirme CLEARSTREAM, empêché l'exécution des deux transferts de titres. REDITUM de préciser qu'elle suspecte dans le chef de CLEARSTREAM des actes dommageables à son égard, en relation avec l'inexécution des deux ordres de transfert des titres litigieux, d'autant que tout aurait été mis en œuvre entre JP MORGAN et BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE pour réaliser le transfert.

Il résulte en effet d'un échange de courriel versé en cause que le 29 novembre 2017 à 14.55 heures, A) de la banque JP MORGAN s'enquiert auprès de B) de BANQUE

DE PATRIMOINE PRIVE de l'état du transfert des titres, précisant que JP MORGAN a mis en place toutes les instructions en vue de la délivrance des titres.

Le 29 novembre 2017 à 15.02 heures, **B)** informe **A)** que le transfert a été annulé.

Si REDITUM en déduit un accord entre JP MORGAN et BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE pour délivrer et recevoir les titres litigieux, et une nécessaire intervention de CLEARSTREAM auprès de BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE pour faire avorter le transfert des titres, cet échange de courriel témoigne tout au plus du fait que JP MORGAN, qui avait tout mis en place en vue de la délivrance des titres à BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE, n'a été mise au courant de l'annulation du transfert qu'en date du 29 novembre 2017, alors que BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE avait déjà rompu toute relation contractuelle avec REDITUM en date du 21 novembre 2017, de sorte que le transfert des titres était impossible à partir de cette date.

Si REDITUM se focalise sur le rôle joué par CLEARSTREAM, essentiellement dans l'échec du transfert entre JP MORGAN et BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE et accessoirement dans l'échec du transfert entre JP MORGAN et EFG BANK ZURICH, il convient cependant de relever qu'une première tentative de transfert des titres entre JP MORGAN et CREDIT SUISSE SECURITIES (EUROPE) LIMITED, par l'intermédiaire du dépositaire central de titres EUROCLEAR, a également échoué, sans que la responsabilité éventuelle de cet échec ne puisse être attribuée à CLEARSTREAM, et sans qu'il ne soit établi que la responsabilité éventuelle en incombe à EUROCLEAR.

Dans la mesure où les trois ordres de transferts émis par JP MORGAN n'ont pas rencontré un ordre de réception des banques participant au règlement des titres dans le cadre du transfert des 170.0000 titres actuellement litigieux, à savoir CREDIT SUISSE SECURITIES (EUROPE) LIMITED, EFG BANK ZURICH et BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE, le destinataire de la demande en communication des informations relatives à l'échec des tentatives de transfert n'est pas le dépositaire central de titres, à savoir EUROCLEAR, respectivement CLEARSTREAM, mais la banque participant au règlement des titres et devant recevoir ledit règlement, à savoir CREDIT SUISSE SECURITIES (EUROPE) LIMITED, EFG BANK ZURICH et BANQUE DE PATRIMOINE PRIVE.

Il en suit que les conditions d'application de la demande en communication de pièces à l'égard de CLEARSTREAM, tirées de la légitimité du motif et du caractère légalement admissible de la mesure sollicitée, ne sont pas remplies et que la demande est à déclarer irrecevable.

4. Les indemnités de procédure

REDITUM et LARMAG REAL ESTATE réclament l'allocation d'une indemnité de procédure de 5.000 euros et CLEARSTREAM sollicite l'allocation d'une indemnité de procédure de 15.000 euros.

L'article 240 du nouveau code de procédure civile permet au juge de condamner l'une des parties à payer à l'autre une indemnité lorsqu'il paraît inéquitable de laisser à la charge de cette partie les sommes réellement exposées par elle et non comprises dans les dépens (*Cass. 27 février 1992, no 7/92*).

Pour cerner la notion d'équité, il est nécessaire que le juge se réfère à des critères objectifs qui tiennent soit à la nature du litige, soit à la position prise par les parties.

L'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (*Cass. fr., civ. 2^{ème}, arrêt du 10 octobre 2002, Bulletin 2002 II n° 219 p. 172*).

REDITUM et LARMAG REAL ESTATE ayant succombé dans leurs prétentions, elles ne sauraient prétendre à l'allocation d'une indemnité de procédure, de sorte que leur demande afférente est à rejeter.

Eu égard à l'issue du litige, il serait cependant inéquitable de laisser à l'unique charge de CLEARSTREAM l'entièreté des frais de justice exposés pour la défense de ses intérêts, de sorte qu'il y a lieu de faire droit à sa demande sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Quant au montant à allouer, le tribunal ne peut prendre en considération que les honoraires d'avocat pour évaluer l'indemnité à allouer étant donné que CLEARSTREAM n'a ni allégué ni prouvé avoir eu à supporter d'autres frais que des honoraires d'avocat qui, eu égard au caractère confidentiel qui leur est attaché, n'ont pas à être documentés par des pièces justificatives. Compte tenu de l'import de l'affaire, des difficultés qu'elle comporte et des soins qu'elle exige, l'indemnité est à évaluer au montant de 2.500 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 ;

Nous déclarons compétent pour en connaître ;

rejetons le moyen d'irrecevabilité de la demande, tiré du défaut d'intérêt et de qualité à agir dans le chef des parties demanderesses ;

déclarons les demandes irrecevables ;

rejetons la demande de la société anonyme REDITUM et de la société à responsabilité limitée de droit néerlandais LARMAG REAL ESTATE 2 B.V. en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamnons la société anonyme REDITUM et la société à responsabilité limitée de droit néerlandais LARMAG REAL ESTATE 2 B.V. à payer à la société anonyme CLEARSTREAM BANKING la somme de 2.500 euros sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile ;

condamnons la société anonyme REDITUM et de la société à responsabilité limitée de droit néerlandais LARMAG REAL ESTATE 2 B.V. aux frais et dépens de l'instance ;

ordonnons l'exécution provisoire de la présente ordonnance nonobstant toute voie de recours.