

**No. Rôle: TAL-2019-03479**  
**No. 2019TALREFO/00294**  
**du 28 juin 2019**

Audience publique extraordinaire du vendredi, 28 juin 2019, tenue par Nous Malou THEIS, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de rétractation d'ordonnance rendue en matière de commission rogatoire internationale basée sur la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale, assistée du greffier assumé Juan VILLANUEVA.

---

## **DANS LA CAUSE**

### **ENTRE**

la société anonyme **SOC1**) THIRD PARTY (...) S.A., établie et ayant son siège social à L- (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

comparant par la société anonyme ELVINGER HOSS PRUSSEN, établie et ayant son siège social au 2, Place Winston Churchill, L-1340 Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce; et des Sociétés sous le numéro B209469, inscrite à la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, qui est constituée et occupera et auprès de laquelle domicile est élu,

**partie demanderesse comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat, demeurant à Luxembourg,**

### **ET**

- 1) Martine SOLOVIEFF, prise en sa qualité de Procureur Général d'Etat, Parquet Général, Cité judiciaire, L-2080 Luxembourg, autorité centrale au sens de l'article 2 de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale,
- 2) la société d'investissement à capital variable **SOC2**), en liquidation judiciaire, établie et ayant son siège social à L- (...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...),. déclarée liquidation judiciaire par jugement du -tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 30 avril 2009 sur base de l'article 104 (1) de la loi modifiée du 20 décembre 2002 concernant les

organismes de placement collectifs, représentée par ses liquidateurs judiciaire Maître Alain RUKAVINA, avocat à la Cour, demeurant à L-1142 Luxembourg, 9, rue Pierre d'Aspelt, et Monsieur Paul LAPLUME, réviseur d'entreprises, demeurant à L-6131 Junglinster, 42, rue des Cerises, sinon subsidiairement, Maître Alain Rukavina et Monsieur Paul Laplume préqualifiés, agissant en leur qualité de liquidateurs-judiciaires et de représentants de la société d'investissement à capital variable **SOC2**) en liquidation judiciaire, préqualifiée,

- 3) la société anonyme **SOC3**), établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

**partie défenderesse sub.1) comparant par Monsieur Stéphane DECKER, substitut, près le Parquet du tribunal d'arrondissement de Luxembourg,**

**partie défenderesse sub.2) comparant par Maître Alain RUKAVINA, avocat, demeurant à Luxembourg,**

**partie défenderesse sub.3) comparant par KLEYR GRASSO, société en commandite simple, établie à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, RCS n° B220509, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, qui est constituée et occupera et en l'étude de laquelle domicile est élu, représentée par son gérant KLEYR GRASSO GP S.à.r.l., établie à la même adresse, RCS n° B220442, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc KLEYR, avocat, demeurant à Luxembourg,**

**en présence de :**

Irving H. PICARD, demeurant aux USA, à NY10111, New-York, 45 Rockefeller Plaza, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire (Trustee) de la société **D**) (...) LLC, société de droit américain, ayant eu son siège social aux USA à (...), déclarée en état de liquidation par jugement du 15 décembre 2008 rendu par la United States District Court for the Southern District of New-York,

élisant domicile en l'étude de SCHILTZ & SCHILTZ S.A., société anonyme inscrite au Barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1610 Luxembourg, 24-26, avenue de la Gare, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B 220251, représentée aux fins des présentes par Maître Franz SCHILTZ, avocat à la Cour, déclare par la présente qu'il entend intervenir volontairement dans l'instance introduite par

**partie intervenant volontairement comparant par Maître Franz SCHILTZ, avocat, demeurant à Luxembourg.**

---

**F A I T S :**

A l'appel de la cause à l'audience publique extraordinaire des référés du vendredi matin, 7 juin 2019, Maître Marc ELVINGER donna lecture de l'assignation ci-avant transcrite et exposa ses moyens.

Maître Alain RUKAVINA, Maître Marc KLEYR et Maître Franz SCHILTZ furent entendus en leurs explications et moyens.

Le représentant du ministère public fut entendu en ses observations.

Sur ce, 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 :**

En vertu d'une ordonnance présidentielle du 24 avril 2019 et par exploit d'huissier de justice Josiane GLODEN du 29 avril 2019, la société anonyme **SOC1) THIRD PARTY (...)** SA (ci-après **SOC1) THIRD PARTY**) a fait donner assignation à Madame le Procureur Général d'Etat, à la société d'investissement à capital variable **SOC2) SICAV** (ci-après **SOC2))** et à la société anonyme **SOC3) SA** (ci-après **SOC3))** pour :

- principalement, voir ordonner la rétractation pure et simple de l'ordonnance présidentielle du 15 mars 2019 pour inobservation, *ab initio*, du principe du contradictoire,
- subsidiairement, voir modifier l'ordonnance conformément aux observations de la demanderesse,

partant voir donner acte à la demanderesse qu'elle ne s'oppose à ce qu'il lui soit ordonné de produire, pour autant qu'ils existent et qu'ils soient en sa possession, les documents faisant l'objet des demandes portant les numéros 2-6, 8-57, 61, 63, 72, 81-84,

voir dire que la demanderesse est néanmoins susceptible d'être amenée à invoquer un empêchement légitime à la production de certains de ces documents,

voir fixer une date, postérieure de trois mois à l'ordonnance à venir, à laquelle les parties apparaîtront devant Madame la Présidente, ou tel juge qu'elle désignera à cet effet, pour que la demanderesse puisse faire état du progrès des travaux de recherche réalisés et des difficultés le cas échéant rencontrées et pour qu'il puisse, le cas échéant moyennant ordonnance complémentaire, être statué sur ces difficultés ainsi que sur le délai dans lequel les documents devront être délivrés.

Irving H. PICARD, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire (Trustee) de la société **D) (...)** LLC (en abrégé **D)-(...)**) (ci-après le liquidateur de **D)-(...)**) a déclaré intervenir volontairement dans l'instance.

Acte lui en est donné.

### 1. Les faits et rétroactes:

Suivant ordonnance du 15 mars 2019, un magistrat siégeant en remplacement du président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg a ordonné à **SOC1) THIRD PARTY** de remettre dans un délai de 40 jours calendriers à partir de la signification de l'ordonnance à l'huissier de justice commis à cet effet, 208 documents plus amplement renseignés au dispositif de l'ordonnance présidentielle.

L'ordonnance présidentielle du 15 mars 2019 a été rendue en exécution d'une commission rogatoire en vertu de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale (ci-après la Convention de La Haye) et dispose comme suit :

*"Vu la commission rogatoire du 6 mars 2018 émanant de son Honneur Stuart M. Bernstein, United States Bankruptcy Judge auprès de la United Court for the Southern District of New York ;*

*Vu les articles 9, 10 et 14 de la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale ;*

*Vu les articles 212 et 288 du Nouveau Code de procédure civile ;*

**Ordonnons à la société anonyme SOC1) THIRD PARTY (LUXEMBOURG) SA, établie et ayant son siège social à L-(...), inscrite au registre du commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,**

**de remettre dans un délai de 20 jours calendriers à partir de la signification de la présente ordonnance à l'huissier de justice commis à cet effet, les documents suivants:**

- 1. The documents concerning an "overdraft position" in SOC2)'s D)-(...) account, as identified by A) of SOC1) Fund Services (Luxembourg) S.A., and SOC1)'s attempt to obtain an explanation for that "leverage situation," referred to in the emails dated July 27 and July 28, 2006 annexed as Exhibit 1.*
- 2. The documents concerning SOC5) SOC4) S.A.'s decision to "not allow any more subscriptions into" SOC2) as indicated in the email from B) to C) of SOC1) (Luxembourg) S.A. dated February 14, 2007 annexed as Exhibit 2.*
- 3. The documents concerning SOC1) (Luxembourg) S.A.'s assent to close SOC2) to new subscriptions as indicated in the email dated March 28, 2007 annexed as Exhibit 3.*
- 4. The documents concerning a conversation and negotiation on or about December 14, 2004 between B) to C) of SOC1) (Luxembourg) S.A. SOC1) SA to obtain the SOC1) Defendants' support for the formation of a new fund—SOC2)-USEP—and SOC1) (Luxembourg) S.A.'s assent to serve as SOC2)-USEP's official sponsor, custodian, and administrator, as indicated in the email dated December 14, 2004 annexed as Exhibit 4.*
- 5. The documents relating to the statement that "SOC2)-USEP option counterparties are approved by the promoter (SOC1) AG)" as indicated in Section IV (4) of the document entitled "Description of the Risk Management System" for SOC2)-USEP annexed as Exhibit 5.*
- 6. The documents concerning communications on or about November 29, 2006 regarding SOC3)'s preparation of the March 31, 2006 Long Form Report for SOC2) and SOC1)'s*

instruction to **SOC3**) to eliminate “the name of **D**) in all of the report,” referred to in the emails dated November 14, 2006 annexed as Exhibit 6.

7. The documents concerning **SOC1**)’s decision to not update the July 2006 **SOC2**) sales prospectus to disclose **SOC2**)-USEP’s delegation of management duties to **D**)-(...) despite language in the July 2006 **SOC2**) sales prospectus stating that any such delegations would be disclosed in an updated prospectus, as indicated on page 22 of the July 2006 sales prospectus, an excerpt of which is annexed as Exhibit 7.
8. The documents concerning the negotiation and preparation of the Central Administration and Domiciliation Agreement dated December 8, 2004, between **SOC2**) and **SOC1**) Fund Services (Luxembourg) S.A. annexed as Exhibit 8.
9. The documents concerning the negotiation and preparation of the Sub-Custodian Agreement dated August 18, 2005, between **SOC1**) (Luxembourg) S.A. and **D**)-(...) annexed as Exhibit 9.
10. The documents concerning the negotiation and preparation of the Trading Authorization dated August 18, 2005 between “**SOC1**) (Luxembourg) S.A. ref **SOC2**) - U.S. Equity Plus” and **D**)-(...) annexed as Exhibit 10.
11. The documents concerning the negotiation and preparation of the Customer Agreement with **D**)-(...) signed by **SOC1**) (Luxembourg) S.A. ref. **SOC2**) annexed as Exhibit 11.
12. The documents concerning the negotiation and preparation of the Option Agreement between **D**)-(...) and “**SOC1**) (Luxembourg) S.A. ref. **SOC2**) - U.S. Equity Plus” annexed as Exhibit 12.
13. The documents concerning the negotiation and preparation of the Central Administration and Domiciliation Agreement dated December 8, 2004 between **SOC2**) and **SOC1**) Fund Services (Luxembourg) S.A., annexed as Exhibit 13.
14. The documents concerning the negotiation and preparation of the Portfolio Management Agreement dated August 18, 2005 between **SOC2**) and **SOC1**) (Luxembourg) S.A. annexed as Exhibit 14.
15. The documents concerning the negotiation and preparation of the Portfolio Advisory Agreement dated August 18, 2005, among **SOC2**) and **SOC1**) (Luxembourg) S.A. and **SOC6**) (Gibraltar) Ltd. concerning **SOC2**)-USEP, annexed as Exhibit 15.
16. The documents concerning the negotiation and preparation of the Consultancy and Exclusive Introducing Agreement dated September 1, 2005, between **SOC1**) (Luxembourg) S.A. and **SOC5**), **SOC4**), S.A. concerning **SOC2**), annexed as Exhibit 16.
17. The documents concerning the negotiation and preparation of the Distribution Agreement dated January 1, 2006, between **SOC2**) and **SOC5**), **SOC4**), S.A. concerning **SOC2**), annexed as Exhibit 17.
18. The documents concerning the negotiation and preparation of the Management Company Services Agreement dated May 2, 2006, between **SOC2**) and **SOC1**) Third Party (...) S.A. concerning **SOC2**), annexed as Exhibit 18.
19. The documents concerning the negotiation of the commission **SOC1**) Third Party (...) S.A. was to earn for managing **SOC2**), set forth in Schedule II dated September 28, 2007, annexed as Exhibit 18.
20. The documents concerning the negotiation and preparation of the Central Administration and Domiciliation Agreement with appendices 1-3 dated May 2, 2006, between **SOC2**), **SOC1**) Third Party (...) S.A. and **SOC1**) Fund Services (Luxembourg) S.A., annexed as Exhibit 19.

21. *The documents concerning the negotiation of the commission **SOC1** Fund Services (Luxembourg) S.A. was to earn for administering **SOC2**, set forth in Appendix III, dated September 28, 2007, of the Central Administration and Domiciliation Agreement annexed as Exhibit 19.*
22. *The documents concerning the negotiation of the commission **SOC1** Fund Services (Luxembourg) S.A. was to earn for administering **SOC2**, as set forth in Appendix III, dated August 8, 2008, to the Central Administration and Domiciliation Agreement, annexed as Exhibit 19.*
23. *The documents concerning the negotiation of the commission **SOC1** Fund Services (Luxembourg) S.A. was to earn for administering **SOC2**, as set forth in Appendix III, dated November 15, 2008, to the Central Administration and Domiciliation Agreement, annexed as Exhibit 19.*
24. *The agreement dated March 12, 2004 under which **SOC2** appointed **SOC1** (Luxembourg) S.A. as **SOC2**)-USEP's custodian.*
25. *The documents concerning the negotiation and preparation of the custodian agreement dated March 12, 2004 under which **SOC2** appointed **SOC1** (Luxembourg) S.A. **SOC2**)-USEP's custodian, referred to in the document annexed as Exhibit 20.*
26. *The Custodian Bank and Paying Agency Agreement dated May 2, 2006 under which **SOC2** appointed **SOC1** (Luxembourg) S.A. **SOC2**)-USEP's custodian, as referred to in the document annexed as Exhibit 20.*
27. *The documents concerning the negotiation and preparation of the Custodian Bank and Paying Agency Agreement dated May 2, 2006 under which **SOC2** appointed **SOC1** (Luxembourg) S.A. **SOC2**)-USEP's custodian, as referred to in the document annexed as Exhibit 20.*
28. *The documents concerning the negotiation and preparation of Appendix 1, dated September 28, 2007, to the Custodian Bank and Paying Agency Agreement, which established the fees **SOC1** (Luxembourg) S.A. was to earn as **SOC2**)-USEP's custodian, as referred to in the document annexed as Exhibit 20.*
29. *Appendix 1, dated September 28, 2007, to the Custodian Bank and Paying Agency Agreement, which established the fees **SOC1** (Luxembourg) S.A. was to earn as **SOC2**)-USEP's custodian, as referred to in the document annexed as Exhibit 20.*
30. *The documents concerning the negotiation and preparation of the Distribution Agreement dated May 2, 2006, under which **SOC5** was appointed distributor of **SOC2**)-USEP, as referred to in the document annexed as Exhibit 20.*
31. *The Distribution Agreement dated May 2, 2006, under which **SOC5** was appointed distributor of **SOC2**)-USEP, as referred to in the document annexed as Exhibit 20.*
32. *The documents concerning the negotiation and preparation of the Agreement for Consitution of An Advisory Committee dated May 2, 2006 between **SOC1** Third Party (...) S.A. and **SOC1** (Luxembourg) S.A., annexed as Exhibit 21.*
33. *The documents concerning the preparation of the Simplified Prospectus for **SOC2**)-USEP dated June 2005 annexed as Exhibit 22.*
34. *The documents concerning the preparation of the Simplified Prospectus for **SOC2**)-USEP dated July 2005 annexed as Exhibit 23.*
35. *The documents concerning the preparation of the Simplified Prospectus for **SOC2**)-USEP dated August 2005 annexed as Exhibit 24.*

36. *The documents concerning the preparation of the Prospectus for **SOC2**)-USEP dated August 2005, the cover page of which is annexed as Exhibit 25.*
37. *The documents concerning the preparation of the Simplified Prospectus for **SOC2**)-USEP dated July 2006 annexed as Exhibit 26.*
38. *The documents concerning the preparation of the Prospectus for **SOC2**)-USEP dated July 2006, annexed as Exhibit 27.*
39. *The documents concerning the preparation of the Simplified Prospectus for **SOC2**)-USEP dated December 2006, the cover page of which is annexed as Exhibit 28.*
40. *The documents concerning the preparation of the Prospectus for **SOC2**)-USEP dated December 2006, the cover page of which is annexed as Exhibit 29.*
41. *The documents concerning the preparation of the Simplified Prospectus for **SOC2**)-USEP dated October 2007 annexed as Exhibit 30.*
42. *The documents concerning the preparation of the Prospectus for **SOC2**)-USEP dated October 2007, the cover page of which is annexed as Exhibit 31.*
43. *The documents concerning the preparation of the Simplified Prospectus for **SOC2**)-USEP dated September 2008 annexed as Exhibit 32.*
44. *The documents concerning the preparation of the Simplified Prospectus for **SOC2**)-USEP dated September 2008, the cover page of which is annexed as Exhibit 33.*
45. *The documents concerning the preparation of the **SOC2**)-USEP Semi-Annual Report dated September 30, 2005, the cover page of which is annexed as Exhibit 34.*
46. *The documents concerning the preparation of the **SOC2**)-USEP Annual Report dated March 31, 2006, the cover page of which is annexed as Exhibit 35.*
47. *The documents concerning the preparation of the Complement to the **SOC2**)-USEP Audited Annual Report as of March 31, 2006, the cover page of which is annexed as Exhibit 36.*
48. *The documents concerning the preparation of **SOC2**)-USEP Long Form Report dated March 31, 2006, the cover page of which is annexed as Exhibit 37.*
49. *The documents concerning the preparation of the **SOC2**)-USEP Semi-Annual Report dated September 30, 2006, the cover page of which is annexed as Exhibit 38.*
50. *The documents concerning the preparation of the **SOC2**)-USEP Abridged Annual Report dated March 31, 2007, the cover page of which is annexed as Exhibit 39.*
51. *The documents concerning the preparation of the **SOC2**)-USEP Annual Report dated March 31, 2007, the cover page of which is annexed as Exhibit 40.*
52. *The documents concerning the preparation of the **SOC2**)-USEP Long Form Report dated March 31, 2007, the cover page of which is annexed as Exhibit 41.*
53. *The documents concerning the preparation of the **SOC2**)-USEP Semi-Annual Report dated September 30, 2007, the cover page of which is annexed as Exhibit 42.*
54. *The documents concerning the preparation of the **SOC2**)-USEP Abridged Annual Report dated March 31, 2008, the cover page of which is annexed as Exhibit 43.*
55. *The documents concerning the preparation of the **SOC2**)-USEP Annual Report dated March 31, 2008, the cover page of which is annexed as Exhibit 44.*
56. *The documents concerning the preparation of the **SOC2**)-USEP Long Form Report dated March 31, 2008, the cover page of which is annexed as Exhibit 45.*
57. *The documents concerning the preparation of the **SOC2**)-USEP Semi-Annual Report dated September 30, 2008, the cover page of which is annexed as Exhibit 46.*
58. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2**) dated January 30, 2004 annexed as Exhibit 47.*

59. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2** dated February 1, 2004 annexed as Exhibit 48.*
60. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2** dated June 30, 2004 annexed as Exhibit 49.*
61. *The documents relating to the “Annual General Meeting of Shareholders” of **SOC2** held in Luxembourg on August 2, 2004, which meeting is referred to in the June 30, 2004 Board Resolution annexed as Exhibit 49.*
62. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2** dated June 30, 2005 annexed as Exhibit 50.*
63. *The documents relating to the “Annual General Meeting of Shareholders” of **SOC2** held in Luxembourg on August 1, 2005, which meeting is referred to in the June 30, 2005 Board Resolution annexed as Exhibit 50.*
64. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2** dated July 22, 2005, annexed as Exhibit 51.*
65. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2** dated December 7, 2005 annexed as Exhibit 52.*
66. *The documents relating to the action contemplated under the resolution adopted at the Meeting of Shareholders on July 31, 2006 (“la résolution prise lors de l’Assemblée Générale du 31 juillet 2008”) for **SOC2**, which resolution is referred to in the document annexed as Exhibit 53.*
67. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2** October 2006 annexed as Exhibit 54.*
68. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2** November 28, 2006 annexed as Exhibit 55.*
69. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2** December 11, 2006 annexed as Exhibit 56.*
70. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2** dated January 25, 2007 annexed as Exhibit 57.*
71. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2** dated June 20, 2007, annexed as Exhibit 58.*
72. *The documents relating to the “Annual General Meeting of Shareholders” of **SOC2** held in Luxembourg on July 31, 2007, which meeting is referred to in the June 20, 2007 Board Resolution annexed as Exhibit 58.*
73. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2** dated July 16, 2007 annexed as Exhibit 59.*
74. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2** dated December 21, 2007 annexed as Exhibit 60.*
75. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2** dated July 17, 2007 annexed as Exhibit 61.*
76. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2** dated October 1, 2007 annexed as Exhibit 62.*
77. *The documents relating to the action contemplated under the resolution adopted at the Meeting of Shareholders on July 31, 2008 (“la résolution prise lors de l’Assemblée Générale du 31 juillet 2008”) for **SOC2**, which resolution is referred to in the document annexed as Exhibit 53.*

78. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2**) dated December 15, 2008 annexed as Exhibit 63.*
79. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2**) dated February 4, 2009 annexed as Exhibit 64.*
80. *The documents relating to the action contemplated under the “Circular Resolution of the Board of Directors” of **SOC2**) dated February 6, 2009 annexed as Exhibit 65.*
81. *The 2005 **SOC2**)-USEP Operating Mémorandum.*
82. *The 2006 **SOC2**)-USEP Operating Mémorandum.*
83. *The 2007 **SOC2**)-USEP Operating Mémorandum.*
84. *The 2008 **SOC2**)-USEP Operating Mémorandum.*

**Commettons Madame Michèle WANTZ, huissier de justice, immatriculée près le tribunal d’arrondissement de Luxembourg, établie professionnellement à L-1528 Luxembourg, 6, boulevard de la Foire aux fins de signification et d’exécution de la présente ordonnance et de tous autres devoirs de droit en la matière et avec la mission d’en dresser procès-verbal ;**

Mettons les frais afférents à charge de l’autorité requérante;

Réserveons tous autres droits, dus, moyens et actions.

Et vu l’urgence, déclarons la présente ordonnance exécutoire sur minute et avant enregistrement. »

L’ordonnance présidentielle du 15 mars 2019 a été signifiée à **SOC1) THIRD PARTY** le 26 mars 2019.

## 2. Les moyens des parties

**SOC1) THIRD PARTY** s’interroge quant aux bases légales indiquées dans l’ordonnance présidentielle du 15 mars 2019, seuls les articles 60 et 288 du nouveau code de procédure civile permettant la production de pièces, pour conclure à une erreur matérielle concernant la référence à l’article 212, ensemble l’article 288 du même code.

Elle conclut en ordre principal à la rétractation de l’ordonnance présidentielle du 15 mars 2019 pour violation du principe du contradictoire, l’ordonnance présidentielle précitée ayant été rendue à son insu, de sorte qu’elle a été mise dans l’impossibilité matérielle de faire valoir ses moyens de défense.

Elle considère que les conditions d’application de l’article 66 du nouveau code de procédure civile, qui permet au président du tribunal de prendre des mesures unilatérales à l’insu d’une partie, lorsque la loi le permet ou la nécessité le commande, ne seraient pas données en l’espèce.

Quant au fond, **SOC1) THIRD PARTY** donne à considérer qu'elle n'entend pas s'opposer à la production, au mieux de ses possibilités et dans les limites de ce que la loi permet, d'une partie importante des documents visés dans l'ordonnance litigieuse, alors même que par application du droit interne luxembourgeois, la production de ces documents ne serait pas susceptible d'être ordonnée sur base des articles 284, 285 et 288 du nouveau code de procédure civile.

Elle précise qu'en considération des critères dégagés par la jurisprudence en droit national concernant la production forcée de pièces, qui sont l'exigence d'une détermination suffisante et la preuve de l'existence de la pièce et de sa détention par la personne visée par la mesure, elle serait en droit de s'opposer à la production de la plupart, sinon de tous les documents visés, alors que d'une manière générale, (i) les documents dont la production est sollicitée sont circonscrits de manière très vague, (ii) il n'est pas démontré que les documents tels que ceux auxquels il est fait référence existent (iii) ni que **SOC1) THIRD PARTY** serait en leur possession.

**SOC1) THIRD PARTY** de préciser que nonobstant ces considérations, elle ne s'oppose pas à la recherche et à la production des documents portant les numéros 2-6, 8-57, 61, 63, 72 et 81-84, pour autant qu'après recherches, il s'avérerait que ces documents existent et sont en sa possession, et qu'il n'existe aucun empêchement légitime à leur production, telle obligation de confidentialité, secret professionnel, protection de la vie privée, protection des données.

**SOC1) THIRD PARTY** demande en conséquence à se voir accorder, pour ces seuls documents, un délai d'au moins trois mois, afin de faire les recherches quant à l'existence et la détention de ces pièces, en vue d'un débat ultérieur quant à un éventuel empêchement légitime en relation avec les documents identifiés et détenus par elle.

Elle s'oppose néanmoins à la production des documents numéros 1, 7, 8, 58-60, 62, 64-71 et 73-80, motif pris que les documents seraient renseignés de manière trop vague (documents numéros 58-60, 62, 64-71 et 73-80), qu'il s'agirait de documents nécessitant un exercice divinatoire et aléatoire de sa part (document numéro 1), respectivement qu'ils seraient fondés sur des allégations, procès d'intention, du Trustee de **D**-(...) (document numéro 7).

Le liquidateur de **SOC2)** se rapporte à prudence de justice concernant la demande en rétractation de l'ordonnance présidentielle du 15 mars 2019. Concernant la demande subsidiaire de **SOC1) THIRD PARTY**, il demande à voir fixer l'affaire à au moins trois mois à partir du prononcé de l'ordonnance à intervenir, afin de permettre à **SOC1) THIRD PARTY** de renseigner les parties sur le progrès des travaux de recherches réalisés en relation avec les documents visés par la mesure.

Il donne à considérer qu'en essayant d'obtenir des pièces de **SOC1) THIRD PARTY** et des autres entités **SOC1)**, le Trustee de **D)-(...)** espère pouvoir démontrer leur responsabilité comme prestataires de services des Sicav **SOC7)** et **SOC2)** dans la genèse du scandale **D)**, pour ensuite imputer la responsabilité des entités **SOC1)**, **SOC2)** et **(...)**, ce qui permettrait au trustee on seulement d'avoir gain de cause dans son action dite « *claw back* » contre les Sicav, mais également de pouvoir rejeter définitivement leurs déclarations de créances déposées dans le cadre de la faillite **D)-(...)**.

**SOC3)** se rallie aux observations de **SOC1) THIRD PARTY** concernant les moyens invoqués à l'appui de la demande en rétractation de l'ordonnance présidentielle du 15 mars 2019, motif pris (i) que l'ordonnance ne contient aucune mention de l'Autorité Centrale luxembourgeoise au sens de l'article 2 de la Convention de La Haye, (ii) que les articles 212 et 288 du nouveau code de procédure civile, visés dans l'ordonnance, ne sont pas applicables en l'espèce, (iii) que les dispositions d'ordre public des articles 65 et 66 du nouveau code de procédure civile auraient été violées, le principe du contradictoire n'ayant pas été respecté, (iv) que la communication des pièces ordonnées violerait la réserve faite par le Grand-Duché de Luxembourg au titre de l'article 23 de la Convention de La Haye et (v) que la mesure de communication de pièces ne serait pas légalement admissible au regard des critères dégagés par la jurisprudence luxembourgeoise, à défaut de désignation et d'identification précise des pièces réclamées, la demande de communication de pièces étant une « *fishing expedition* » prohibée en droit luxembourgeois..

Elle se rallie également aux développements de **SOC1) THIRD PARTY** concernant la demande subsidiaire.

Le Trustee de **D)-(...)** donne à considérer que dans le procès pendant aux Etats-Unis, les parties, dont **SOC1) THIRD PARTY**, ont marqué leur accord avec la collecte de pièces dans le cadre d'une commission rogatoire internationale en vertu de la Convention de La Haye.

Il précise que l'absence de référence à l'Autorité Centrale dans l'ordonnance du 15 mars 2019 ne saurait porter à conséquence, en ce que l'Autorité Centrale visée à l'article 2 de la Convention de La Haye n'est pas la partie requérante à l'exécution d'une commission rogatoire internationale, mais uniquement l'autorité chargée de la réception et de la transmission de la commission rogatoire, la requête initiale émanant du juge américain.

Il donne également à considérer que l'exécution d'une commission rogatoire internationale en vertu de la Convention de La Haye ne serait pas régie en droit national luxembourgeois, de sorte qu'une éventuelle indication d'une base légale erronée dans l'ordonnance du 15 mars 2019, moyennant référence aux articles 212 et 288 du nouveau code de procédure civile, ne saurait porter à conséquence.

Le représentant du ministère public se rapporte à prudence de justice concernant la recevabilité et le bien-fondé de la demande de **SOC1) THIRD PARTY** et donne à considérer que la présente affaire se situe dans un cadre procédural particulier, celui de l'exécution d'une commission rogatoire internationale en vertu de la Convention de La Haye et que la seule limite posée à l'exécution de ladite mesure serait posée par l'article 23, de sorte qu'il conviendrait d'analyser le présent litige par rapport aux critères posés par la Convention de La Haye, le juge de l'Etat requis étant sans pouvoir pour modifier la décision prise par le juge de l'Etat requérant.

Le mandataire de SOC1) THIRD PARTY déclare maintenir l'argument invoqué à l'appui de la demande principale, à savoir la violation du principe du contradictoire, mais ne pas avoir mandat pour invoquer l'article 23 de la Convention de La Haye et l'éventuelle violation de l'ordre public luxembourgeois, en ce que la mesure requise par l'autorité américaine s'apparenterait à une « *fishing expedition* ». Il considère que **SOC3)** n'a pas qualité pour soulever le moyen de nullité de l'ordonnance présidentielle du 15 mars 2019 pour violation de l'article 23 de la Convention de La Haye et contrariété à l'ordre public luxembourgeois, tandis que le mandataire de SOC3) considère que s'agissant d'une question d'ordre public, il incombe au juge saisi de vérifier d'office si la production forcée des documents requise est conforme à notre ordre public national et à l'article 23 de la Convention, le Luxembourg ayant spécialement marqué une réserve quant à l'exécution de commissions rogatoires qui ont pour objet une « *pre-trail discovery of documents* », procédure connue dans les Etats du *common-law*, tel le cas en l'espèce.

### 3. L'appréciation de la demande

#### 3.1. Le contexte de la présente affaire

Dans la suite du scandale **D)**, le Trustee est chargé du recouvrement des créances de la faillite **D)-(...)**, tout en se défendant de plaintes dirigées à l'égard de la faillite en relation avec les éventuels agissements frauduleux ayant conduit à la faillite, se prévalant notamment de la connaissance de **SOC1) THIRD PARTY** des agissements frauduleux.

Suivant « *stipulation and order authorizing international discovery* » délivré le 18 mai 2006 par le juge Stuart M. Bernstein de la *United States Bankruptcy Court Southern District of New York* dans le cadre des procédures pendantes entre les investisseurs, le liquidateur de **D)-(...)** et les entités **SOC1)**, **SOC2)**, **SOC2)** et autres, les parties ont été autorisées à effectuer la découverte de documents, sous toutes réserves et sans reconnaissance ni renonciation préjudiciable aucune dans le chef des parties.

#### 3.2. Le cadre procédural de la présente instance

Suivant jugement du 6 mars 2018, le juge Stuart M. Bernstein a ordonné, par voie de commission rogatoire en vertu de la Convention de La Haye, à **SOC1) THIRD PARTY** de produire les 208 pièces plus amplement renseignées dans son jugement.

La commission rogatoire internationale a été transmise le 28 mars 2018 au Procureur Général d'Etat, désigné comme Autorité Centrale du Grand-Duché de Luxembourg, en vertu de l'article 2 de la Convention de La Haye, pour être continuée à Madame le Président du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, qui a chargé un magistrat aux fins d'exécution de la commission rogatoire internationale.

En exécution de ladite commission rogatoire internationale, a été prise l'ordonnance du 15 mars 2019 actuellement litigieuse, sans que **SOC1) THIRD PARTY**, personne visée par la communication de pièces, n'ait été préalablement entendue par le magistrat chargé de l'exécution de la commission rogatoire internationale.

**SOC1) THIRD PARTY** et **SOC3)** de conclure à la violation du principe du contradictoire, les conditions d'application de l'article 66 du nouveau code de procédure civile, ayant permis au magistrat de déroger au principe du contradictoire, sous certaines conditions, n'ayant pas été remplies au moment où le magistrat a rendu son ordonnance.

La Convention de La Haye, instrument de coopération internationale dans le cadre de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale, a, pour rationaliser la transmission des commissions rogatoires internationales, mis en place un système de transmission via le système des autorités centrales, l'exécution des commissions rogatoires internationales étant en principe obligatoire pour l'Etat requis, le juge de l'Etat requis exécutant la commission rogatoire conformément à sa propre loi « en ce qui concerne les formes à suivre », sauf formes particulières demandées par la juridiction requérante (art. 9).

Le Procureur Général d'Etat ayant été désigné comme Autorité Centrale telle que prévue par l'article 2 de la Convention, avec des missions bien déterminées, notamment celle de recevoir et de transmettre la commission rogatoire (art. 2, 6, 13, 24, 27a), 28a) 28<sup>e</sup>) et 32) et de vérifier si les dispositions de la Convention ont été respectées (art. 5) à défaut de quoi l'autorité de l'Etat requérant est à informer des griefs articulés à l'encontre de la demande, le Procureur Général d'Etat ne saurait être considéré comme partie requérante à la commission rogatoire internationale, de sorte que l'absence de référence dans l'ordonnance portant exécution d'une commission rogatoire, au Procureur Général d'Etat en qualité d'Autorité Centrale, ne saurait porter à conséquence.

La contestation afférente est dès lors écartée.

Aucune forme particulière quant à l'exécution de la commission rogatoire internationale n'ayant en l'occurrence été demandée par le juge Stuart M. Bernstein, le juge

luxembourgeois était tenu d'exécuter la commission rogatoire par application de ses règles procédurales nationales.

Le Grand-Duché de Luxembourg n'ayant pas prévu de procédure particulière en droit national concernant l'exécution des commissions rogatoires internationales, il y a lieu de se référer aux principes généraux régissant (i) l'obtention des preuves en droit national, régie par les articles 58 à 60 du nouveau code de procédure civile et (ii) la communication des pièces, régie par les articles 279 à 288 du même code.

Contrairement aux développements de **SOC1) THIRD PARTY**, l'exécution de la commission rogatoire internationale ne requiert pas d'appeler dans une première phase la personne visée par la mesure de communication de pièces, à l'instar du tiers à un procès qui se voit ordonner de délivrer un document, alors qu'il n'a pas eu la possibilité de prendre position par rapport à la demande qui le concerne, justement par ce qu'il est tiers au procès<sup>1</sup>, l'article 66 du nouveau code de procédure civile prévoyant expressément qu'une mesure puisse être ordonnée à l'insu d'une partie, lorsque la loi le permet, tel le cas en l'espèce, en vertu de l'article 287 du nouveau code de procédure civile.

Il en suit que l'ordonnance du 15 mars 2019, portant exécution de la commission rogatoire internationale au Luxembourg à l'égard du destinataire de la mesure ordonnée par le juge Stuart M. Bernstein a comme base légale les articles 60 et 284 à 288 du nouveau code de procédure civile, à l'exclusion de l'article 212 du même code.

La référence à l'article 212 du nouveau code de procédure civile dans l'ordonnance du 15 mars 2019 constituant une erreur matérielle, il y a lieu de la redresser.

Afin de sauvegarder les droits de la personne visée par la mesure ordonnée à son insu, l'article 287 du nouveau code de procédure civile lui ouvre la possibilité de s'adresser au juge qui a rendu la décision, pour lui demander de rétracter ou de modifier la décision litigieuse. Le recours au juge qui a rendu la décision litigieuse n'est soumis à aucun formalisme particulier, le juge pouvant être saisi par voie de requête.

Le fait que **SOC1) THIRD PARTY** ait introduit son recours contre l'ordonnance du 15 mars 2019 par voie d'assignation ne porte pas à conséquence, étant cependant à préciser qu'en saisissant le président du tribunal d'arrondissement, siégeant comme juge des référés, de son recours sur base de l'article 66 du nouveau code de procédure civile, alors que l'ordonnance litigieuse n'a pas été rendue par le juge des référés, l'assignation du 29 avril 2019 contient une erreur purement matérielle quant à la qualité du magistrat saisi du recours en rétractation, qu'il convient de redresser.

---

<sup>1</sup> Thierry HOSCHEIT : Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, éd. 2012, n° 676

Il y a dès lors lieu de déclarer recevable en la forme le recours de **SOC1) THIRD PARTY** contre l'ordonnance du 15 mars 2019 sur base de l'article 287 du nouveau code de procédure civile, ensemble l'article 66 du même code.

### 3.3. La demande en rétractation de l'ordonnance du 15 mars 2019

L'ordonnance du 15 mars 2019 a été rendue à l'insu de **SOC1) THIRD PARTY**, qui quant au fond, fait valoir une impossibilité matérielle d'identifier certaines des 208 pièces, compte tenu de leur caractère vague et imprécis, outre un éventuel empêchement légitime à la suite de la collecte et de l'analyse des documents identifiables. **SOC1) THIRD PARTY** demande principalement la rétractation de l'ordonnance du 15 mars 2019 pour violation du principe du contradictoire, les conditions d'application de l'article 66 du nouveau code de procédure civile n'ayant pas été remplies.

Tel qu'il résulte de l'analyse qui précède sub 3.1., le juge luxembourgeois requis de l'exécution d'une commission rogatoire internationale exécute la mesure ordonnée par application de ses règles de procédure découlant des articles 60 et 284 à 288 du nouveau code de procédure civile, sans obligation d'appeler au préalable la personne visée par la mesure ordonnée par la juridiction de l'Etat requérant, de sorte que la demande est à rejeter pour autant que la rétractation est basée sur la violation du principe du contradictoire.

Aux termes de l'article 287 du nouveau code de procédure civile, la rétractation ou la modification de la décision ordonnant la production de pièces peut être ordonnée dans deux cas : (i) la survenance de difficultés et (ii) l'existence d'un empêchement légitime.

La difficulté visée par le texte peut être un obstacle matériel ou juridique à l'exécution de la décision : inexistence de la pièce, absence de détention de la pièce par la personne obligée de la produire, impossibilité d'identifier clairement la pièce visée. L'empêchement légitime visé par le texte peut résider dans des considérations de protection de la vie privée, de protection de données ou de secret professionnel<sup>2</sup>.

S'agissant cependant du cas particulier de la communication de pièces en exécution d'une commission rogatoire internationale en vertu de la Convention de la Haye, un moyen de rétractation peut également résulter de l'article 23 de la Convention, aux termes duquel « *Tout Etat contractant peut déclarer qu'il n'exécute pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les Etats du commun law sous le nom de « pre-trial discovery of documents ».*

Le Grand-Duché de Luxembourg a fait une réserve concernant l'article 23, déclarant que « *les commissions rogatoires qui ont pour objet la procédure de « pre-trial discovery of documents » ne seront pas exécutées.*

---

<sup>2</sup> Thierry HOSCHEIT : Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, éd. 2012, n° 676

Compte tenu de la réserve afférente, le juge requis de l'exécution de la commission rogatoire doit vérifier d'office si la mesure requise n'a pas pour objet une *de « pre-trial discovery of documents »*, auquel cas il doit refuser l'exécution de la commission rogatoire. Aussi, dans le cadre de la présente procédure, il importe peu que **SOC1) THIRD PARTY** n'invoque pas une violation de la réserve de l'article 23 précité, respectivement conteste la qualité de **SOC3)** à invoquer une violation de la réserve, de sorte qu'il n'y a pas lieu de statuer quant au moyen tiré du défaut de qualité de **SOC3)** d'invoquer une violation de l'article 23 de la Convention.

La « *pre-trial discovery* » visée à l'article 23 est une procédure connue dans les Etats de *common law* qui couvre les demandes de preuve soumises après le dépôt d'une action mais avant l'audience finale sur le fond<sup>3</sup>, tel le cas en l'espèce, une instance au fond étant pendante devant la *United States Bankruptcy Court Southern District of New York* entre, d'une part, **SOC8)** et **D)-(..)**, d'autre part entre le Trustee de **D)-(..)** et les entités **SOC1)**, dont **SOC1) THIRD PARTY** et différentes autres parties défenderesses, dont également le liquidateur de **SOC2)** et de **SOC7)**.

Dès lors, de prime abord, les conditions semblent remplies en l'espèce pour retenir que la réserve du Grand-Duché de Luxembourg à l'article 23 de la Convention sont remplies, obligeant le juge de l'Etat requis à refuser l'exécution de la Commission rogatoire internationale.

Cependant la réserve de l'article 23 doit être située dans le contexte de la Convention, étant donné qu'il est apparu que le texte de l'article 23 a été source de malentendus.

Il résulte ainsi des conclusions et recommandations adoptées par la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions, Apostille, Obtention des preuves et Notifications de 2003 (en abrégé ci-après « CS »)<sup>4</sup> que :

### « III. CONVENTION OBTENTION DES PREUVES

#### Considérations d'ordre général

27. La CS rappelle l'importance de la Convention Obtention des Preuves comme constituant un pont entre les systèmes de traditions de droit civil et de Common law concernant l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale.

28. Afin de surmonter certaines des différences apparues entre certains Etats parties dans l'interprétation de la Convention, notamment la portée d'une éventuelle

---

<sup>3</sup> Conférence de La Haye de droit international privé, Septembre 2010, Aperçu Convention preuves,

<sup>4</sup> Conférence de La Haye de droit international privé, Octobre-Novembre 2003 : Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions, Apostille, Obtention des preuves et Notifications de 2003, 28 octobre au 4 novembre 2003

réserve en vertu de l'article 23, la CS examine attentivement certains des principes et pratiques liés à la Convention.

#### Réserves en vertu de l'article 23

29. La CS reconnaît que les termes de l'article 23, qui permet à un Etat contractant de déclarer «qu'il n'exécute pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les Etats du Common Law sous le nom de *«pre-trial discovery of documents»*», sont une source continue de malentendus. Eu égard à l'histoire de la disposition, la CS est d'avis que l'article 23 était destiné à permettre aux Etats d'assurer qu'une demande de production de documents soit suffisamment étayée afin d'éviter des requêtes dans lesquelles une partie cherche simplement à découvrir les documents qui pourraient être en la possession de l'autre partie à la procédure. La CS relève que la rédaction de la déclaration spécifique du Royaume-Uni (c'est à dire, l'initiateur de cette disposition) reflète cet objectif de manière plus adéquate que les termes de l'article 23. La déclaration du Royaume-Uni est la suivante:

« Conformément à l'article 23 le Gouvernement de Sa Majesté déclare que le Royaume-Uni n'exécute pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure de *«pre-trial discovery of documents»*. Le Gouvernement de Sa Majesté déclare ensuite que le Gouvernement de Sa Majesté entend «les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure de *«pre-trial discovery of documents»* pour les fins de la déclaration précédente comme comprenant toute commission rogatoire qui exige d'une personne de:

- a. déclarer quels documents concernant le cas auquel la commission rogatoire a trait, se trouvent ou se sont trouvés en sa possession, garde ou pouvoir; ou
- b. présenter des documents autres que les documents particuliers spécifiés dans la commission rogatoire comme des documents qui paraissent à la Cour saisie être, ou probablement être, en sa possession, garde ou pouvoir.»

30. La CS note en outre que l'article 16 du Protocole additionnel de 1984 à la Convention Interaméricaine sur l'obtention des preuves à l'étranger reflète également de manière plus adéquate le souci exprimé par les initiateurs de l'article 23. L'article 16 est le suivant:

«Les Etats parties au présent Protocole procèdent à l'exécution des commissions rogatoires par lesquelles sont sollicitées la production et la transcription de documents, lorsque les conditions ci-après ont été réunies:

- a. l'instance a été ouverte;
- b. les documents ont été raisonnablement identifiés en ce qui a trait à leur date, leur teneur ou toute autre information pertinente, et
- c. ont été spécifiés des faits ou circonstances qui permettent raisonnablement à la partie demanderesse de croire que les documents sollicités sont connus de la personne à qui ils sont demandés ou que ces documents se trouvent ou se trouvaient en sa possession, sous son contrôle ou encore sous sa garde.

La personne à qui sont demandés les documents en question peut, le cas échéant, nier qu'ils soient en sa possession, sous son contrôle ou sous sa garde, ou peut s'opposer

à la production et à la transcription des documents, conformément aux règles établies dans la Convention.

Tout Etat peut, au moment de la signature, de la ratification du présent Protocole, ou de l'adhésion à ce Protocole, déclarer qu'il ne procédera à l'exécution des commissions rogatoires visées au présent article que lorsqu' y est bien précisée la relation entre la preuve ou l'information sollicitées et le procès en cours.»

31. La CS constate que dans certains cas, les Etats ayant fait une déclaration générale, non-spécifique, en vertu de l'article 23, peuvent croire par erreur qu'ils s'opposent seulement aux demandes de preuves soumises préalablement à l'ouverture d'une procédure dans l'Etat d'origine. En réalité, le «*pre-trial discovery*» couvre les demandes de preuves soumises après le dépôt d'une action mais avant l'audience finale sur le fond.

32. Outre les malentendus qui ont incité certains Etats à faire une déclaration générale en vertu de l'article 23 afin de refuser le «*pre-trial discovery of documents*», la CS relève que, dans certains cas, les autorités judiciaires d'un Etat d'origine en déduisent qu'aucune demande de production de documents en vertu de la Convention ne serait permise dans un Etat ayant fait une telle déclaration. Cela peut conduire à l'application par l'Etat d'origine de sa propre loi nationale pour l'obtention de preuves contre des parties étrangères.

33. La CS prend note que suite aux discussions relatives à cette même question pendant la CS de 1989, certains Etats ont modifié leur déclaration faite en vertu de l'article 23 afin de refléter les termes plus spécifiques de la déclaration du Royaume-Uni. Au même moment, un autre Etat partie a informé la CS des changements relatifs à son droit national visant à limiter davantage la portée du «*pre-trial discovery*», notamment en augmentant le contrôle des juges sur les procédures d'obtention de preuves.

34. A la lumière de ce qui précède, la CS recommande aux Etats qui ont fait une déclaration générale, non-spécifique, en vertu de l'article 23 de reconsidérer leur déclaration en envisageant de la modifier dans le sens de la déclaration faite par le Royaume-Uni ou de l'article 16 du Protocole Interaméricain. Dans ce contexte, la CS recommande aussi la rédaction d'un nouveau *Manuel pratique* sur le fonctionnement de la Convention.

#### Champ d'application de l'article 23

35. La CS relève que l'article 23 se réfère expressément aux «documents» et que la portée de cette disposition ne devrait pas être étendue aux témoignages oraux. »

Déjà en 1978, la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention avait relevé que<sup>5</sup>

#### B. Pre-trial discovery of documents

---

<sup>5</sup> Conférence de La Haye de droit international privé 1984: Manuel pratique sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 18 mars 1970, 2<sup>ème</sup> partie, §2, page 65

Une longue discussion s'est engagée sur la procédure dite de *-pre-trial discovery of documents* - connue dans les Etats de commun law. L'article 23 contient en effet une réserve, demandée par le Royaume-Uni, aux termes de laquelle «Tout Etat contractant peut déclarer qu'il n'exécute pas les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure connue dans les Etats du commun la sous le nom de «*pre-trial discovery of documents*». Tous les Etats contractants, à l'exception des Etats-Unis ont fait cette réserve. Il est apparu qu'une grave équivoque régnait sur la notion de «*pre-trial discovery of documents*». Des explications données par l'Expert américain il résulte que toute procédure de *pre-trial discovery* implique nécessairement qu'une procédure soit bien engagée dans l'Etat requérant et que la preuve requise soit demandée sous l'autorité d'un juge. Or, c'est exactement ce qui se passe dans les autres systèmes juridiques où les actes d'instruction sont demandés après que le procès ait été engagé et avant que l'audience n'ait lieu. La procédure de *pre-trial discovery* n'intervient donc pas de manière générale avant qu'un procès soit intenté comme cela se fait dans l'enquête à futur destinée à sauvegarder des preuves avant tout litige. Il est apparu qu'en faisant cette réserve les Etats contractants n'entendaient certes pas rejeter tout acte d'instruction demandé par les autorités judiciaires américaines avant que l'audience (*trial*) ne soit entamée devant le jury. Finalement, à la suite des explications données par les Experts du Royaume-Uni qui avaient proposé la réserve, il est apparu que celle-ci avait essentiellement pour but de lutter contre des demandes d'actes d'instruction manquant de spécificité et ne décrivant pas avec une précision suffisante, les documents à obtenir ou à examiner. Il a d'ailleurs été noté qu'en effectuant la réserve le Royaume-Uni a tenu à en limiter la portée. Pour l'application de cette réserve le Gouvernement du Royaume-Uni déclare en effet qu'il entend « les commissions rogatoires qui ont pour objet une procédure de *pre-trial discovery of documents* ...» comme comprenant toute commission rogatoire qui exige d'une personne de

- a) déclarer quel(s) document(s) concernant le cas auquel la commission rogatoire a trait, se trouve ou se sont trouvés en sa possession, garde ou pouvoir; ou
- b) présenter des documents autres que les documents particuliers spécifiés dans la commission rogatoire comme des documents qui paraissent à la Cour saisie être ou probablement être en sa possession, garde ou pouvoir.

A la suite de ces explications, il a semblé aux experts que sur ce point, la Convention était mal rédigée du fait de l'équivoque soulevée par l'expression employée «*pre-trial discovery*». La réserve ne devrait être raisonnablement invoquée que dans des cas où le manque de spécificité de la commission rogatoire ne permet pas d'identifier suffisamment les documents à produire ou à examiner. C'est pourquoi la Commission a émis le vœu que les Etats parties à la Convention ou ceux qui le deviendront retirent ou ne fassent pas cette réserve ou encore restreignent par déclaration la réserve aux demandes de commissions rogatoires qui ne sont pas suffisamment spécifiques, en s'inspirant de la déclaration effectuée par le Royaume-Uni. »

Même si le Grand-Duché de Luxembourg n'a pas encore suivi la recommandation de la Commission spéciale de 2003 de reconsidérer sa déclaration générale, non-spécifique, en vertu de l'article 23, il ne saurait cependant être fait abstraction de l'esprit du texte de la Convention et du consensus qui semble s'être dégagé en 2003 de ne pas écarter purement

et simplement toute commission rogatoire internationale provenant d'un pays du common law, notamment des Etats-Unis, au motif qu'il s'agit d'une « *pre-trial discovery* », sans rechercher si la commission rogatoire est suffisamment explicite sur l'identification et la pertinence des informations demandées.

Concernant les documents ou ensemble de documents numérotés 58-60, 62, 64-71 et 73-80, il y a lieu de retenir, conformément aux développements de **SOC1) THIRD PARTY**, que la formulation « *documents relating to* », respectivement « *documents concerning* », sans précision quant aux documents visés, est trop vague et imprécise, mettant **SOC1) THIRD PARTY** dans l'impossibilité de déterminer quels documents doivent être recherchés.

Concernant le document numéroté 1, il y a lieu de retenir, conformément aux développements de **SOC1) THIRD PARTY**, que la définition qui en est donnée fait référence à ce que « telle personne a pu penser » ou quelles ont été ses pensées ou motivations, toutes choses que **SOC1) THIRD PARTY** ne saurait prendre sur elles de deviner ou d'interpréter, de sorte que l'identification du document visé est aléatoire.

Concernant le document numéroté 7, il convient de relever que si **SOC1) THIRD PARTY** conteste les insinuations du Trustee pour obtenir la production de ce document, pareille contestation n'est pas suffisante pour faire échec à la demande en communication, pour ne pas constituer un des critères permettant de refuser l'exécution de la commission rogatoire en vertu de la réserve de l'article 23.

Il y a cependant lieu de donner acte à **SOC1) THIRD PARTY** qu'elle récuse formellement la formulation dont le Trustee, et à sa suite l'ordonnance du 15 mars 2009, use, pour désigner le document numéroté 7.

En conclusion, il y a lieu de retenir que la communication des documents ou ensemble de documents numérotés 1, 58-60, 62, 64-71 et 73-80 n'est pas identifiée avec suffisamment de précision dans la commission rogatoire internationale du 6 mars 2018, de sorte à justifier l'application de la réserve de l'article 23 en ce qui concerne ces pièces et de refuser la commission rogatoire internationale en relation avec les documents précités.

Il y a dès lors lieu de rétracter l'ordonnance du 15 mars 2019 en ce qu'il a été ordonné à **SOC1) THIRD PARTY** de produire les documents ou ensemble de documents numérotés 1, 58-60, 62, 64-71 et 73-80.

En ce qui concerne les documents ou ensemble de documents numérotés 2-6, 8-57, 61, 63, 72 et 81-84, il y a lieu de donner acte à **SOC1) THIRD PARTY** qu'elle ne s'oppose pas à ce qu'il lui soit ordonnée de produire ces pièces, pour autant qu'après recherches, il s'avérerait que ces documents existent et sont en sa possession, et qu'il n'existe aucun

empêchement légitime à leur production, telle obligation de confidentialité, secret professionnel, protection de la vie privée, protection des données.

Il y a dès lors lieu de refixer l'affaire à l'audience publique extraordinaire du vendredi, 25 octobre 2019 à 9.0 heures, salle TL.3.06, pour continuation des débats quant au progrès des travaux de recherche réalisés quant à la détention matérielle par **SOC1) THIRD PARTY** des documents ou ensemble de documents numérotés 2-57, 61, 63, 72 et 81-84, des difficultés le cas échéant rencontrées, des empêchements légitimes à la production des documents et du délai dans lequel les documents devront être délivrés.

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

Nous Malou THEIS, Vice-Président au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière de rétractation d'ordonnance rendue en matière de commission rogatoire internationale basée sur la Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale, assistée du greffier assumé Juan VILLANUEVA ;

recevons la demande en la forme ;

recevons l'intervention volontaire de Irving H. PICARD, agissant en sa qualité de liquidateur judiciaire (Trustee) de la société **D) (...)** LLC, société de droit américain, déclarée en état de liquidation par jugement du 15 décembre 2008 rendu par la United States District Court for the Southern District of New-York, en la forme ;

déclarons recevable et fondée la demande en rétractation de l'ordonnance rendue le 15 mars 2019 en ce qui concerne les documents ou ensemble de documents numérotés 1, 58-60, 62, 64-71 et 73-80 ;

partant ordonnons la rétractation de l'ordonnance rendue le 15 mars 2019 en ce qu'elle a ordonné à la société société anonyme **SOC1) THIRD PARTY (...)** SA, de remettre dans un délai de 20 jours calendriers à partir de la signification de l'ordonnance à l'huissier de justice commis à cet effet, les documents ou ensemble de documents numérotés 1, 58-60, 62, 64-71 et 73-80;

donner acte à **SOC1) THIRD PARTY** qu'elle récusé formellement la formulation dont le Trustee, et à sa suite l'ordonnance du 15 mars 2009, use, pour désigner le document numéroté 7 ;

donnons acte à société société anonyme **SOC1) THIRD PARTY (...)** SA qu'elle ne s'oppose pas à ce qu'il lui soit ordonné de produire les documents ou ensemble de

documents numérotés 2-57, 61, 63, 72 et 81-84, pour autant qu'après recherches, il s'avérerait que ces documents existent et sont en sa possession, et qu'il n'existe aucun empêchement légitime à leur production, telle obligation de confidentialité, secret professionnel, protection de la vie privée, protection des données ;

**refixons l'affaire à l'audience publique extraordinaire du vendredi, 25 octobre 2019 à 9.00 heures, salle TL.3.06,** pour continuation des débats quant à la demande en rétractation visant les documents ou ensemble de documents numérotés 2-57, 61, 63, 72 et 81-84;

disons que copie certifiée conforme de la présente ordonnance sera notifiée par les soins du greffe à l'huissier de justice Michelle WANTZ, commis de l'exécution de l'ordonnance du 15 mars 2019;

réserveons les droits des parties.