

## **Jugement commercial 2025TALCH15/00700**

Audience publique du lundi, dix-neuf mai deux mille vingt-cinq.

### **Numéro TAL-2022-02782 du rôle**

Composition :

Anne LAMBÉ, Vice-présidente ;  
Fernand PETTINGER, juge ;  
Chris BACKES, juge-délégué ;  
Ken BERENS, greffier.

### **Entre :**

- 1) la société à responsabilité limitée de droit maltais **SOCIETE1.) LTD**, établie et ayant son siège social à ADRESSE1.) (ADRESSE1.), ADRESSE1.), représentée par ses organes sociaux actuellement en fonctions et immatriculée auprès du registre de commerce de Malte sous le numéro NUMERO1.), venant aux droits de la société anonyme SOCIETE2.) SA, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE2.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO2.),
- 2) la société à responsabilité limitée **SOCIETE3.) SARL**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO3.),
- 3) la société à responsabilité limitée **SOCIETE4.) SARL**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE3.), représentée par son conseil de gérance actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO4.),
- 4) Monsieur **PERSONNE1.)**, sans état connu, demeurant à NY ADRESSE4.) (Etats-Unis d'Amérique), ADRESSE4.),
- 5) la société de droit américain **SOCIETE5.) LLP**, établie et ayant son siège social à NY ADRESSE5.) (Etats-Unis d'Amérique), ADRESSE5.), représentée par ses organes sociaux actuellement en fonctions, immatriculée au *NYS Department of State* sous le numéro NUMERO5.),

**demandeurs**, aux termes de l'acte de l'huissier de justice Guy ENGEL de Luxembourg en date du 28 mars 2022,

comparant par la société à responsabilité limitée MOLITOR AVOCATS A LA COUR SARL, représentée aux fins de la présente par Maître Michel MOLITOR, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg,

**et :**

la société anonyme **SOCIETE6.) SA**, établie et ayant son siège social à L-ADRESSE6.), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro NUMERO6.),

**défenderesse**, aux fins du prédit acte ENGEL du 28 mars 2022,

comparant par la société anonyme ARENDT & MEDERNACH SA, représentée aux fins de la présente par Maître Sandrine SIGWALT, avocat à la Cour constitué, demeurant à Luxembourg.

---

## **L e T r i b u n a l :**

### **Faits et procédure**

Monsieur PERSONNE1.) (ci-après « Monsieur PERSONNE1.) ») a été nommé administrateur de la société anonyme SOCIETE2.) SA, une société d'investissement à capital variable constituée sous la forme d'un fonds d'investissement spécialisé (ci-après « SOCIETE2.) ») en date du 31 décembre 2013, gérant de la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) SARL (ci-après « SOCIETE3.) ») en date du 16 décembre 2013 et gérant administratif de la société à responsabilité limitée SOCIETE4.) SARL (ci-après « SOCIETE4.) ») en date du 15 décembre 2011.

SOCIETE2.) a souscrit pour son compte et pour le compte de SOCIETE3.) et d'SOCIETE4.) un contrat d'assurance responsabilité des administrateurs et dirigeants n°150941 « *Directors and Officers Liability Policy* » (ci-après le « Contrat d'assurance D&O »), auprès de la société anonyme SOCIETE6.) SA (ci-après « SOCIETE6.) ») dont la période de couverture prend effet le 1<sup>er</sup> septembre 2015.

En date du 13 décembre 2018, le Ministère Public espagnol a initié, sur base des articles 305 et 305 *bis* paragraphes 2 a) et 1 C) du Code pénal espagnol, une procédure pénale pour 6 délits présumés au préjudice du Trésor public contre Madame PERSONNE2.) (ci-après « Madame PERSONNE2.) ») et encore entre autres contre Monsieur PERSONNE1.), aux termes de laquelle, il est reproché à

Madame PERSONNE2.) d'avoir utilisé diverses structures de sociétés, dont SOCIETE2.), SOCIETE3.) et SOCIETE4.) font partie, pour éluder le paiement d'impôts en Espagne pour les exercices fiscaux 2012, 2013 et 2014 (ci-après la « Plainte »).

Le 22 janvier 2019, le tribunal d'instruction de Esplugues de Llobregat a accepté l'ouverture d'une procédure préliminaire sur base de la Plainte.

En date du 11 mars 2019, une notification de réclamation d'assurance dans le cadre du Contrat d'assurance D&O a été effectuée pour le compte de Monsieur PERSONNE1.) en sa qualité d'administrateur/gérant/gérant administratif d'SOCIETE2.), SOCIETE3.) et SOCIETE4.), et adressée à SOCIETE6.).

Le 27 mars 2019, SOCIETE6.) a refusé toute couverture d'assurance au titre du Contrat d'assurance D&O.

Par acte d'huissier de justice du 28 mars 2022, SOCIETE2.), SOCIETE3.), SOCIETE4.), Monsieur PERSONNE1.) et la société de droit américain SOCIETE5.) LLP (ci-après « SOCIETE5. ») (ci-après ensemble les « Demandeurs ») ont fait donner assignation à SOCIETE6.) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, selon la procédure civile.

En date du 24 mai 2022, la Cour d'appel espagnole a rendu un arrêt ordonnant le non-lieu provisoire partiel et le classement de la procédure pénale concernant Monsieur PERSONNE1.).

En cours de procédure, sans précision d'une date exacte, SOCIETE2.) a fait l'objet d'une dissolution sans liquidation entraînant la transmission universelle de son patrimoine au profit de la société à responsabilité limitée de droit maltais SOCIETE1.) LTD (ci-après « SOCIETE1. ») laquelle vient aux droits d'SOCIETE2.).

L'instruction de l'affaire a été clôturée par ordonnance de clôture du 13 décembre 2024 et l'affaire a été prise en délibéré à l'audience du 19 février 2025.

### **Prétentions et moyens des parties**

Aux termes de l'assignation, les **Demandeurs** sollicitent la condamnation de SOCIETE6.) à payer à SOCIETE4.), sinon à Monsieur PERSONNE1.), le montant de 49.300.- EUR, avec les intérêts sur les montants déjà échus à la date du jugement, des intérêts moratoires au taux d'intérêt légal, à partir du 11 mars 2019, sinon du 29 avril 2019, sinon à partir de l'assignation en justice, sinon à partir du jugement, jusqu'à solde.

Ils sollicitent en outre une indemnité de procédure d'un montant de 2.500.- EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile, l'exécution provisoire du jugement sans caution et la condamnation de SOCIETE6.) aux frais et dépens de l'instance, avec distraction au profit de leur mandataire, qui affirme en avoir fait l'avance.

Au dernier état de leurs conclusions, les Demandeurs augmentent leur demande en condamnation de SOCIETE6.) au montant de 139.700.- EUR.

A l'appui de leur demande, les Demandeurs soutiennent que la Plainte vise Monsieur PERSONNE1.) en ce qu'il s'est maintenu durant la période litigieuse comme « *director/officer/manager* » de diverses sociétés propriétés directes ou indirectes de Madame PERSONNE2.), telle que SOCIETE3.) et SOCIETE4.), et qu'elle énumère des sociétés utilisées par Madame PERSONNE2.) en indiquant, le cas échéant, le poste occupé par Monsieur PERSONNE1.).

Ils exposent que pour assurer sa défense dans la cadre de la procédure judiciaire en Espagne, Monsieur PERSONNE1.) a reçu une offre de frais fixes d'un cabinet d'avocats espagnol, dont les honoraires ont été fixés à 171.720,56 EUR TTC. Le 4 avril 2019, Monsieur PERSONNE1.) a accepté une offre à hauteur de 120.000.- EUR et le cabinet d'avocats espagnol a marqué son accord quant à un paiement échelonné des honoraires. Ils ajoutent que Monsieur PERSONNE1.) a également été assisté par le cabinet d'avocats Spark Consulting SL qui a émis une facture d'un montant de 30.000.- EUR.

Ils plaident que SOCIETE5.) a payé l'intégralité des honoraires, dont une avance de 75.000.- EUR qui a été refacturée à SOCIETE4.).

Les demandeurs invoquent l'article 1134 du Code civil ainsi que les articles 2 à 4 du Contrat d'assurance D&O, pour conclure que SOCIETE6.) doit exécuter son obligation visant à accorder sa couverture d'assurance selon les termes contractuels, en rapport avec les frais et honoraires d'avocat engagés pour la défense de Monsieur PERSONNE1.) devant les tribunaux espagnols.

Les Demandeurs invoquent en outre l'article 29 de la loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance (ci-après la « Loi de 1997 »), selon lequel, d'une part, l'assureur doit effectuer la prestation convenue aussitôt qu'il est en possession de tous les renseignements utiles concernant la survenance et les circonstances du sinistre, et, le cas échéant, le montant du dommage, et, d'autre part, les sommes dues par l'assureur doivent en tout cas être payées dans les trente jours de leur fixation et qu'au-delà de ce terme, les intérêts moratoires au taux d'intérêt légal courent de plein droit.

En réplique au moyen d'irrecevabilité invoqué par la défenderesse, les Demandeurs font valoir que SOCIETE5.) a initialement procédé au règlement des honoraires d'avocats pour la défense de Monsieur PERSONNE1.) avant que ceux-ci ne fassent l'objet d'un remboursement par SOCIETE4.).

Les Demandeurs sont d'avis que ces honoraires ont été déboursés afin d'assurer la défense des intérêts de Monsieur PERSONNE1.) dans le cadre de la Plainte, pour des faits en relation avec son rôle au sein de SOCIETE2.), SOCIETE3.) et SOCIETE4.), de sorte qu'il ne revenait pas à SOCIETE5.) de supporter ces honoraires.

Selon les Demandeurs, la confirmation de cette position par le tribunal présente un avantage certain à SOCIETE5.), à savoir celui d'être assurée de ne pas être

confrontée à une demande de prise en charge des honoraires d'avocats pour la défense de Monsieur PERSONNE1.) émanant des autres parties demanderesses.

Ils concluent partant à l'existence d'un intérêt à agir et d'une qualité à agir dans le chef de SOCIETE5.).

Ils contestent dans ce contexte que la refacturation des honoraires à SOCIETE4.) ait été motivée par le seul but de faire valoir une demande de prise en charge par l'assureur des frais de défense.

Après avoir défini de manière générale le contrat d'assurance et la répartition de la charge de la preuve en la matière, les Demandeurs font valoir que l'existence du Contrat d'assurance D&O n'est pas contestée et que le risque assuré s'est réalisé, conformément à la déclaration de sinistre transmise en date du 8 mars 2019 à SOCIETE6.), en lien avec la mise en cause de la responsabilité de Monsieur PERSONNE1.) dans le cadre de la Plainte.

Les Demandeurs soutiennent que la preuve que les conditions d'application de l'assurance sont données est également rapportée, « *alors que la finalité première de la souscription d'une police d'assurance D&O est la garantie du dirigeant d'entreprise assuré contre une éventuelle action en responsabilité et, sur le plan pénal, il s'agit de la prise en charge des frais de défense en cas de poursuites pénales lorsqu'une telle prise en charge est prévue contractuellement* ».

En citant des extraits de la Plainte, ils estiment qu'il n'est pas contestable que Monsieur PERSONNE1.) était poursuivi en sa qualité de dirigeant et que les termes du Contrat d'assurance D&O indiquent aux articles 2 à 4 que les frais engagés du fait d'investigations ou de poursuites judiciaires à l'encontre des dirigeants sont couverts. Ils précisent que l'un des reproches formulés à l'encontre de Monsieur PERSONNE1.) était « *d'avoir fait prétendument usage de ses fonctions de dirigeant au sein des Société assurées et des pouvoirs qu'il y détenait afin que les Société assurées participent à un montage global par le biais de participations dans d'autres sociétés permettant que les revenus de la Prévenue atterrissent dans des paradis fiscaux et, partant, permettant à cette dernière d'éluder l'impôt espagnol* ».

Les Demandeurs considèrent ensuite que la définition de « *Wrongful Act* » couvre les faits reprochés à Monsieur PERSONNE1.).

En réplique aux moyens adverses, ils soutiennent que les stipulations relatives à la couverture de l'assureur ne contiennent aucune référence au mot « *solely* », mais que celui-ci n'apparaît que dans la définition de « *Wrongful Act* », laquelle est construite en deux parties distinctes, et la condition de « *solely* » ne se rapporte qu'à la deuxième partie de la définition, sans incidence sur le cas d'espèce.

Ils font valoir que la définition du « *Wrongful Act* » inclut la notion de « *alleged act* » et la couverture d'assurance prévoit la prise en charge des frais de représentation du dirigeant dans toute procédure, et en particulier le fait que le dirigeant puisse être indemnisé même en cas de poursuite pour fraude à hauteur des « *frais de justice liés à la réussite de la défense dans le cadre d'une procédure engagée au titre de cet acte illicite* ».

Ils répliquent à SOCIETE6.) que « *le fait que l'accusation n'a pas étayé ses propos sur une liste de tâches qu'aurait accomplies Monsieur PERSONNE1.) en tant que dirigeant de société n'enlève rien au fait que cette accusation était dirigée contre lui, pour cette fonction précise* » et que le fait qu'il était poursuivi en sa qualité de conseiller juridique global de Madame PERSONNE2.) n'invalide pas le fait qu'il était aussi poursuivi en sa qualité de dirigeant de société, les actes de poursuites ne mentionnant par ailleurs pas qu'une poursuite serait accessoire à l'autre.

Etant donné qu'une partie des faits reprochés dans la Plainte tombent dans le champ d'application de la première partie de la définition du terme « *Wrongful Act* », les Demandeurs concluent à l'application de la couverture et de l'extension de couverture du Contrat d'assurance D&O sur base des articles 2, 3 et 4.

Les Demandeurs concluent à titre subsidiaire à l'interprétation par le tribunal des stipulations du Contrat d'assurance D&O en faveur de l'assuré, alors qu'ils considèrent qu'elles ne sont pas claires, vu que les parties respectives en ont une lecture « *diamétralement opposée* ».

Les Demandeurs contestent que le paiement des frais de défense par SOCIETE5.) constitue une reconnaissance que la responsabilité de Monsieur PERSONNE1.) était recherchée en sa qualité d'avocat-conseil de Madame PERSONNE2.) et que leur refacturation à SOCIETE4.) aurait été faite dans le seul but de faire valoir une demande de prise en charge par SOCIETE6.).

Quant à l'exclusion de garantie pour cause de fraude prévue à l'article 5 (v) du Contrat d'assurance D&O invoquée par SOCIETE6.), les Demandeurs plaident qu'il appartient à SOCIETE6.) de prouver les faits qui démontrent que cette exclusion de garantie s'applique. Ils font valoir que le terme « *fraud* » n'est pas défini au contrat et que les articles du Code pénal espagnol à la base de la poursuite en Espagne de Monsieur PERSONNE1.) ne sont pas assimilables à la définition de la fraude telle que connue en droit luxembourgeois.

A titre subsidiaire, les Demandeurs estiment, en invoquant l'article 16 de la Loi de 1997, que l'article 5 (v) du Contrat d'assurance D&O n'est pas clair et requiert une interprétation en faveur des Demandeurs.

Ils soutiennent, en tout état de cause, qu'une exception à l'application de cette exclusion de couverture est applicable en l'espèce, à savoir l'issue favorable de la procédure pénale en Espagne et l'acquittement de Monsieur PERSONNE1.).

Quant au dommage, les Demandeurs expliquent que les virements bancaires identifient les différents cabinets d'avocats impliqués dans la défense de Monsieur PERSONNE1.) et que les virements sont débités en dollars américains.

Ils précisent que le montant de 139.700.- EUR correspond au montant effectivement facturé par les cabinets d'avocats espagnols à leur mandant et qu'il a été payé par SOCIETE5.) comme suit :

- 12.100.- EUR (13.994,86 USD) le 5 juin 2019 ;
- 900.- EUR (1.039,68 USD) le 10 juillet 2019 ;

- 24.200.- EUR (27.617,04 USD) le 30 juillet 2019 ;
- 24.200.- EUR (27.617,04 USD) le 31 juillet 2019 ;
- 48.400.- EUR (51.487,92 USD) le 1<sup>er</sup> juillet 2022 ;
- 30.000.- EUR (31.533.- USD) le 12 août 2022.

Ils soutiennent que « *du fait que le règlement des honoraires d'avocats s'effectuait par voie de paiements échelonnés, il avait été convenu, par facilité administrative, que [SOCIETE4.)] procède d'ores et déjà à un paiement forfaitaire à hauteur de USD 75.000 à la société SOCIETE5.) LLP* » pour conclure que c'est bien SOCIETE4.) qui a subi le préjudice.

**SOCIETE6.)** se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité de l'assignation du 28 mars 2022.

Elle demande de dire irrecevable sinon non fondée la demande de SOCIETE5.) pour défaut d'intérêt, sinon de qualité à agir et de débouter les Demandeurs de l'intégralité de leurs demandes.

Dans ses conclusions récapitulatives et additionnelles n°2, SOCIETE6.) se rapporte encore à prudence de justice quant à la recevabilité de la demande au regard de la dissolution d'SOCIETE2.) et du fait que SOCIETE1.) soit autorisée à venir aux droits de la première.

A l'appui de son moyen d'irrecevabilité de la demande en ce qu'elle émane de SOCIETE5.), SOCIETE6.) fait valoir que celle-ci n'est ni une société assurée au titre du Contrat d'assurance D&O ni un administrateur ou dirigeant d'une de ces sociétés, de sorte qu'elle ne peut en aucun cas prétendre à un droit à la garantie d'assurance, objet du litige.

Elle conteste que l'avis des Demandeurs suivant lequel SOCIETE5.) ne doit pas supporter les honoraires déboursés pour assurer la défense des intérêts de Monsieur PERSONNE1.) dans la procédure en Espagne puisse justifier l'intérêt à agir de celle-ci. Elle ajoute qu'aucune demande n'est formulée au nom de SOCIETE5.) à l'exception d'une demande en allocation d'une indemnité de procédure et en conclut qu'elle n'a ni intérêt ni qualité à agir en justice contre SOCIETE6.).

SOCIETE6.) fait valoir que les risques couverts par le Contrat d'assurance D&O sont repris à l'article 2 des conditions générales intitulé « *insuring clause* », suivant lequel la garantie d'assurance porte sur l'indemnisation des administrateurs ou dirigeants de la/des société(s) assurée(s) contre les pertes découlant de toute réclamation faite contre eux conjointement ou solidairement, pendant la période d'assurance en raison de tout acte fautif (« *Wrongful Act* ») posé en leur qualité d'administrateur ou de dirigeant de la/des société(s) assurée(s).

Elle poursuit que la notion de « *Wrongful Act* » est définie à l'article 3 du Contrat d'assurance D&O et explique que pour qu'un événement soit qualifié comme tel, il faut que le manquement soit nécessairement imputé à l'administrateur ou au dirigeant en raison de cette qualité. Elle conteste l'appréciation adverse suivant laquelle cette définition doit être « *saucissonnée* » afin que la condition tenant à la qualité dans

laquelle l'acte de gestion a été posé ou omis ne se rapporte qu'à une partie de la proposition et pas à l'ensemble.

Elle précise que le Contrat d'assurance D&O couvre également, conformément à son article 4, les frais de défense exposés dans le cadre d'une action pénale ou autre, poursuivie contre l'administrateur ou le dirigeant de société en raison d'un « *Wrongful Act* » considéré comme fautif dans le cadre de sa fonction dans la société.

Elle conclut qu'à la lecture conjointe de ces stipulations contractuelles, la garantie d'assurance vise à garantir les montants que l'administrateur ou le dirigeant de la ou des société(s) assurée(s) pourrait être tenu de payer à l'occasion ou à la suite de la mise en cause de sa responsabilité à raison des faits relevant strictement de son mandat d'administrateur ou dirigeant de la ou des société(s) assurée(s).

Elle conteste ainsi toute contradiction entre les clauses du Contrat d'assurance D&O et elle conteste que les clauses ne seraient pas claires. Elle considère en tout état de cause que, même dans le contexte d'une interprétation des stipulations contractuelles, celles-ci sont claires et cohérentes en ce que l'assureur n'entend pas garantir les conséquences dommageables des services professionnels rendus par un administrateur hors mandat social, tel que c'est le cas en l'espèce.

Elle ajoute que le Contrat d'assurance D&O est soumis au droit luxembourgeois et que le champ d'application « *Worldwide* » du Contrat d'assurance D&O signifie que la garantie peut s'appliquer lorsque des poursuites contre un dirigeant d'une des sociétés assurées sont engagées et ce quel que soit l'Etat dans lequel ces poursuites sont initiées.

SOCIETE6.) expose qu'aux termes de la Plainte, il est reproché à Monsieur PERSONNE1.) d'avoir agi, durant les exercices 2012, 2013 et 2014, comme conseiller juridique global de Madame PERSONNE2.), qu'il engageait en son nom des conseillers dans d'autres juridictions et que Madame PERSONNE2.) avait pu compter sur sa collaboration en tant qu'avocat pour la création d'un montage de sociétés de droit luxembourgeois et de droits étrangers dans lesquelles il occupait par ailleurs, durant les exercices 2012 à 2014, un poste de dirigeant.

Elle soutient qu'aux termes de l'arrêt de la Cour d'appel espagnole du 24 mai 2022, Monsieur PERSONNE1.) se défendait en tant que conseiller juridique et fiscal de la prévenue et soutenait que le poste de direction occupé « *dans l'une des entreprises commerciales à travers lesquelles Mme PERSONNE2.) exerce son activité professionnelle (...) ne contribue pas ou ne signifie rien en termes de participation à la fraude fiscale* ».

Elle ajoute que l'arrêt retient que Monsieur PERSONNE1.) « *a été l'avocat et le conseiller de Mme PERSONNE2.) pendant les années indiquées et a collaboré au maintien de la structure corporative qui va maintenant être décrite et érigée pour éviter de payer des impôts en Espagne* », que « *sa mise en accusation est fondée sur le statut « d'avocat et conseil général » de Mme PERSONNE2.)* », que la participation de Monsieur PERSONNE1.) à la fraude fiscale n'est pas établie alors que l'accusation ne prouve aucun « *comportement typique* » dans son chef et que l'accusation n'a pas identifié de « *tâches spécifiques* » que Monsieur PERSONNE1.) aurait pu accomplir

dans l'exercice de ses fonctions de dirigeant, sans préciser dans quelle société il exerçait lesdites fonctions de dirigeant.

SOCIETE6.) en conclut que les poursuites à l'encontre de Monsieur PERSONNE1.) n'ont pas été soutenues au regard de fautes commises en sa qualité de dirigeant d'une société de droit luxembourgeois assurée, mais uniquement en tant qu'avocat et conseiller fiscal de Madame PERSONNE2.). Elle considère que cette appréciation est confirmée par le fait que les autorités espagnoles n'ont pas entamé de poursuites à l'encontre d'autres des nombreux dirigeants des sociétés impliquées dans le montage corporatif à visée fiscale.

Elle considère dès lors que la garantie d'assurance n'est pas due alors que le sinistre n'entre pas dans le champ de garantie du Contrat d'assurance D&O. Elle explique que le seul fait d'être administrateur de sociétés, d'avoir constitué des sociétés et de maintenir en place une structure corporative n'est pas visée par l'objet du Contrat d'assurance D&O.

Elle conclut que les Demandeurs n'établissent pas en quoi la garantie d'assurance souscrite jouerait, c'est-à-dire que le sinistre déclaré serait couvert par la définition contractuelle d'un « *Wrongful Act* ».

Elle conteste partant que Monsieur PERSONNE1.) ait été poursuivi en sa qualité de dirigeant d'SOCIETE2.), de SOCIETE3.) et d'SOCIETE4.) et elle conteste que les poursuites relèvent d'un « *Wrongful Act in the capacity of Director or Officer of the Company* ».

Elle soutient que le fait qu'accessoirement Monsieur PERSONNE1.) siège également au conseil d'administration de diverses sociétés, dont les sociétés assurées, n'est évoqué qu'au titre du contexte factuel de la Plainte et aucun acte ou manquement dans la gestion desdites sociétés ou posé en violation des statuts et/ou loi régissant ces sociétés ne lui est reproché.

SOCIETE6.) estime que le paiement des honoraires des avocats espagnols par SOCIETE5.), « *qui n'est autre que le cabinet new-yorkais dans lequel Mr PERSONNE1.) exerce sa profession d'avocat et de conseiller juridique de Mme PERSONNE2.)* », constitue une reconnaissance que sa responsabilité était recherchée en sa qualité d'avocat-conseil de Madame PERSONNE2.).

Elle ajoute que le Contrat d'assurance D&O n'est pas une assurance responsabilité civile professionnelle de l'avocat et du conseiller juridique, conformément aux dispositions de l'article 5 (x) dudit contrat.

Pour le cas où le tribunal venait à considérer que les faits reprochés à Monsieur PERSONNE1.) tombent dans le champ de la garantie et dans la définition de « *Wrongful Act* », SOCIETE6.) fait valoir que l'article 5 (v) du Contrat d'assurance D&O prévoit plusieurs causes d'exclusion de garantie, en particulier en cas de fraude. Or, elle expose que la Plainte concerne une fraude fiscale présumée et elle déclare maintenir son moyen malgré l'arrêt espagnol du 24 mai 2022, alors qu'elle ignore la portée exacte et le caractère définitif de cette décision ayant prononcé un « *non-lieu provisoire partiel et le classement de la procédure* ».

SOCIETE6.) conteste enfin que le dommage invoqué soit établi, alors qu'SOCIETE4.), au bénéfice de laquelle la demande en condamnation est formulée, n'établit pas qu'elle a payé les honoraires des avocats espagnols d'un montant de 139.700.- EUR et elle ajoute qu'il est impossible de savoir à quel type de prestations ou services correspond le montant invoqué de 139.700.- EUR et s'il est en relation causale avec des frais de défense engagés pour la défense de Monsieur PERSONNE1.) en sa qualité d'administrateur des sociétés assurées.

## **Motifs de la décision**

### **I. Recevabilité**

#### **1. La qualité et l'intérêt à agir dans le chef de SOCIETE5.)**

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

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

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

En l'espèce, il convient de constater que SOCIETE5.) ne formule pas de demande en nom propre dans le cadre de la présente procédure, de sorte que celle-ci ne saurait améliorer sa condition juridique et ne présente, dès lors, aucune utilité.

Il convient d'ajouter que l'avis partagé des Demandeurs selon lesquels SOCIETE5.) ne doit pas supporter les honoraires exposés pour la défense de Monsieur PERSONNE1.), est étranger au litige opposant des sociétés assurées au titre du Contrat d'assurance D&O à la compagnie d'assurance SOCIETE6.).

Le jugement ayant par ailleurs autorité de chose jugée *erga omnes*, SOCIETE5.) ne justifie pas non plus d'un intérêt à agir au motif qu'elle veut être assurée de ne pas être confrontée à une demande de prise en charge des honoraires d'avocats de Monsieur PERSONNE1.) émanant des autres parties demanderesses.

Dans ces circonstances, SOCIETE5.) n'étant pas en mesure de voir sa situation juridique améliorée aux termes de la présente action, il convient de dire que l'intérêt à agir fait défaut dans son chef, de sorte à déclarer son action irrecevable.

#### **2. L'incidence de la dissolution d'SOCIETE2.) sur la recevabilité de l'assignation**

Le fait pour une partie de se rapporter à prudence de justice équivaut à une contestation. Toutefois, une contestation non autrement étayée est à écarter, étant donné qu'il n'appartient pas au juge de suppléer à la carence des parties et de

rechercher lui-même les moyens juridiques qui auraient pu se trouver à la base de leurs conclusions.

Dès lors, étant donné que SOCIETE6.) reste en défaut de préciser dans quelle mesure l'assignation ne serait pas recevable du fait de la dissolution d'SOCIETE2.) et du fait que SOCIETE1.) vient aux droits de celle-ci, le moyen d'irrecevabilité encourt le rejet, étant relevé que le tribunal n'entrevoit pas non plus de cause d'irrecevabilité d'ordre public qui serait à soulever d'office.

## **II. Remarque générale**

Le tribunal note que dans le dispositif de l'assignation et des conclusions récapitulatives et ampliatives II, les Demandeurs sollicitent du tribunal de :

- « *dire pour droit que Monsieur PERSONNE1.) est visé dans la plainte du Ministère Public espagnol déposée en date du 13 décembre 2018 en sa qualité d'administrateur/gérant des Sociétés assurées et que, partant, la couverture d'assurance au titre de la Directors and Officers Liability Policy n°150941 doit être accordée par l'assureur, la société anonyme de droit luxembourgeois SOCIETE6.) SA* »,
- « *constater que les poursuites initiées à l'encontre de Monsieur PERSONNE1.) ont été classées sans suite par la Cour d'appel espagnole* »,
- « *dire que l'exclusion prévue au point 5 (v) de la Police ne peut trouver application en l'espèce, sinon, dire que, le classement sans suite de la plainte à l'encontre du Prévenu constitue une exception à l'application de ladite exclusion au titre de laquelle un remboursement des honoraires des avocats espagnols de Monsieur PERSONNE1.) est contractuellement dû* », et de
- « *dire que les frais de défense pour lesquels la garantie d'assurance est appelée sont établis à suffisance* ».

De même, SOCIETE6.) demande aux termes du dispositif de ses conclusions récapitulatives et additionnelles n°2 de « *constater* » divers éléments.

Or, ces formules ne constituent pas de réelles prétentions mais simplement un rappel déguisé des moyens de fait et de droit qui ont été précédemment développés dans la motivation. Ce genre de demandes ne constitue pas des demandes en justice visant à ce qu'il soit tranché un point litigieux, de sorte que le tribunal n'en est pas valablement saisi (*cf.* Cour d'appel (4<sup>e</sup> chambre), 11 janvier 2022, n°CAL-2020-00481 du rôle).

## **III. La demande en paiement du montant de 139.700.- EUR**

En vertu de l'article 58 du Nouveau Code de procédure civile « *il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention* ». Dans le même sens, l'article 1315 du Code civil dispose que « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se*

*prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».*

En vertu de ces principes directeurs, il appartient au demandeur qui réclame la garantie de l'assureur de prouver l'existence de cette garantie et la survenance d'un risque assuré et il appartient à l'assureur qui invoque une limitation ou exclusion de garantie de la prouver.

L'article 1134 du Code civil dispose que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

L'article 2 du Contrat d'assurance D&O est de la teneur suivante :

(...)

La notion de « *Wrongful Act* » est définie comme suit à l'article 3 (e) du Contrat d'assurance D&O :

*« "Wrongful Act" shall mean any actual or alleged breach of duty, breach of trust, neglect, error, misstatement, misleading statement, omission, breach of warranty of authority or other act done or wrongly attempted by any Director or Officer as well as any other matter claimed against a Director or Officer solely because of his/her capacity as Director or Officer of the Company ».*

La notion de « *Loss* » recouvre suivant l'article 3 (f) du Contrat d'assurance D&O les « *(i) (a) damages or judgments or settlements, (b) costs and expenses awarded against a Director or Officer to any claimant or claimants, (c) defence costs, (ii) all other costs and expenses incurred with the written consent of the Underwriters* ».

La notion de « *Claim* » recouvre :

*« (i) a written demand from any person or organization, other than by or on behalf of the Company (except in case of shareholders derivative actions and shareholders derivative demandes), seeking compensation or other legal remedy for a specified Wrongful Act;*

*(ii) an administrative, a regulatory or arbitration proceeding seeking compensation or other legal remedy for a specified Wrongful Act;*

*(iii) a civil suit or civil proceeding for monetary damages or other relief, including non-pecuniary relief, for a specified Wrongful Act;*

*(iv) a criminal proceeding for a specified Wrongful Act ».*

L'article 4 du Contrat d'assurance D&O stipule par ailleurs ce qui suit :

(...)

Aux termes des clauses contractuelles précitées, SOCIETE6.) s'est engagée à indemniser les dirigeants (« *directors or officers* ») des sociétés assurées, des

dommages, y compris les frais et honoraires d'avocat, résultant d'une action, y compris une action pénale, intentée à leur encontre du fait d'un acte fautif commis en leur qualité de dirigeants de celles-ci.

Ces clauses contractuelles ne souffrent d'aucune imprécision ou ambiguïté qui requerrait un exercice d'interprétation de la part du tribunal.

En particulier, il résulte de manière claire et concordante de l'ensemble de ces stipulations contractuelles que la garantie d'assurance n'a vocation à s'appliquer qu'en présence d'un acte commis dans l'exercice du mandat social confié aux dirigeants.

Ce n'est donc pas la qualité-même de dirigeant dans laquelle Monsieur PERSONNE1.) a, le cas échéant, été poursuivi qui déclenche la garantie souscrite, mais des poursuites en raison d'un acte spécifique que Monsieur PERSONNE1.) a posé en cette qualité.

Il appartient dès lors aux Demandeurs d'établir que la poursuite pénale espagnole dirigée contre Monsieur PERSONNE1.) l'a été du fait d'un acte fautif commis par ce dernier dans sa qualité de dirigeant des sociétés assurées.

Le ministère public espagnol a motivé les poursuites envisagées à l'encontre de Monsieur PERSONNE1.) comme suit dans la Plainte (cf. pièce n°2 de Maître Molitor) :

*« La prévenue (...) avec la volonté de ne pas contribuer fiscalement, a utilisé un cadre corporatif/un montage de sociétés (...) dont elle s'est servie au cours des exercices 2012, 2013 et 2014, pour cacher à l'agence d'Etat de l'administration fiscale (AEAT) les revenus perçus et à l'administration fiscale de Catalogne (ATC) la fortune qu'elle possédait au cours de ces exercices, pour ainsi ne pas avoir à faire entre au sein du Trésor Public espagnol et catalan les montants qui lui étaient redus au titre de l'impôt sur le revenu des personnes physiques (IRPF) et l'impôt sur la fortune (IP).*

*Pour la création et le maintien du cadre corporatif/du montage de sociétés, la prévenue a pu compter sur la collaboration des avocats nord-américains PERSONNE3.) et PERSONNE1.) (...).*

*Le prévenu PERSONNE1.) (...) au cours de ces exercices 2012, 2013 et 2014 a continué à conseiller la prévenue et à collaborer au maintien du cadre corporatif/ du montage de sociétés pour éviter le paiement d'impôts en Espagne. Ainsi, au cours de cette période, il s'est maintenu comme conseiller juridique global de la prévenue et comme director/officer/manager de diverses sociétés propriétés directes ou indirectes de la prévenue. En particulier, il a occupé les postes suivants : president and director de SOCIETE3.), secretary de SOCIETE7.) Ltd., assistant secretary de SOCIETE8.) Ltd, director de SOCIETE9.) Ltd et administrative manager de SOCIETE4.). De plus, il avait un pouvoir de signature sur les comptes bancaires de certaines sociétés et fut celui qui, au nom de la prévenue, a contacté et a contracté directement avec le cabinet SOCIETE10.), pour le conseil juridique en Espagne ».*

Le tribunal constate que, même si le ministère public espagnol a relevé dans le chef de Monsieur PERSONNE1.) la qualité de dirigeant de diverses sociétés impliquées dans les infractions reprochées à Madame PERSONNE2.), il n'a motivé sa plainte à

l'encontre de Monsieur PERSONNE1.) par aucun acte fautif qu'il aurait commis en ces qualités.

La décision d'admission de la plainte du 22 janvier 2019 ne spécifie pas davantage un acte fautif commis par Monsieur PERSONNE1.) en sa qualité de dirigeant des sociétés assurées pour lequel il serait poursuivi (cf. pièce n°3 de Maître Molitor).

La 10<sup>e</sup> Section de la Cour d'appel de Barcelone a retenu dans sa décision du 24 mai 2022 que Monsieur PERSONNE1.) « a été l'avocat et le conseiller de Mme PERSONNE2.) pendant les années indiquées et a collaboré au maintien de la structure corporative qui va maintenant être décrite et érigée pour éviter de payer des impôts en Espagne.

(...)

*Il est considéré que les parties faisant l'objet de l'enquête ont utilisé une série d'entreprises commerciales afin d'apparaître comme les propriétaires des revenus et des biens de Mme PERSONNE2.), qui n'apparaissait qu'en dernier lieu et dans des entreprises basées dans des territoires considérés comme des paradis fiscaux*

(...)

*Par conséquent, en ce qui concerne M. C., l'imputation de son implication ne se limite pas uniquement à son éventuelle collaboration pour « déguiser » la résidence réelle de Mme PERSONNE2.) en Espagne, mais elle peut également couvrir toute contribution qu'il a pu apporter à la création et au fonctionnement des différentes sociétés liées à cette dernière. En effet, c'est précisément sur ce point que l'exposé circonstanciel des faits de l'ordonnance du 20 juillet 2021 décrit l'implication du requérant, « il a collaboré au réseau d'entreprises qui va maintenant être présenté, mis en place pour échapper au paiement des impôts en Espagne ».*

*Maintenant, la question est de savoir si ces termes de description de l'implication sont suffisants pour considérer qu'ils sont assez pertinents et s'il y a suffisamment de preuves dans le cas pour soutenir l'accusation.*

*Le ministère public partage les arguments du requérant et, dans cette optique, demande l'admission de l'appel et, en outre, a déjà déposé un mémoire demandant le non-lieu à titre provisoire partiel à l'encontre de M. C.. Il apparaît formellement comme administrateur, président ou secrétaire de l'une des entreprises utilisées pour dissimuler les revenus et les biens de Mme PERSONNE2.), qui a été mise en cause, mais il ne figure pas dans les dossiers des tâches spécifiques qu'il a pu accomplir dans l'exercice de ces fonctions. (...)*

*Selon le recours et le rapport du ministère public et, après avoir examiné l'ordonnance, il n'y a aucune référence aux actes spécifiques qui sont provisoirement attribués au requérant et qui représentent une contribution pertinente au délit spécifique examiné. (...) Le rapport de l'agent ne fait état que du statut de directeur ou d'administrateur des entreprises basées à Malte (appartenant à 100% à Mme PERSONNE2.)), au Luxembourg et aux Pays-Bas par l'intermédiaire desquelles sont passés des contrats générant des revenus publicitaires. Mais aucun acte spécifique n'est défini, notamment les contrats signés, la reddition des comptes, la préparation des comptes, etc. qui peuvent être attribués au requérant. En d'autres termes, il est impossible de préciser en quoi aurait pu consister la participation qui lui est attribuée en tant que comportement typique » (cf. pièce n°13 de Maître Molitor).*

Il résulte de l'arrêt précité, et en particulier des phrases soulignées par le tribunal, que les poursuites engagées en Espagne contre Monsieur PERSONNE1.) n'ont jamais été motivées par un acte spécifique qu'il aurait posé en sa qualité de dirigeant des sociétés assurées et qu'en plus, l'enquête menée par le ministère public espagnol n'a visé aucun acte spécifique qu'il aurait posé.

Le tribunal relève par ailleurs que les Demandeurs ne font eux-mêmes état d'aucun acte spécifique posé par Monsieur PERSONNE1.) pour lequel il aurait été poursuivi et aucune pièce soumise à l'appréciation du tribunal ne permet d'identifier un seul acte qui aurait été concrètement posé par celui-ci et qui aurait motivé la poursuite pénale en Espagne.

Les Demandeurs restent partant en défaut d'établir que le risque assuré au titre du Contrat d'assurance D&O s'est réalisé et qu'il appartiendrait, par conséquent, à SOCIETE6.) d'indemniser SOCIETE4.), sinon Monsieur PERSONNE1.) des honoraires d'avocats déboursés pour la défense de ce dernier devant les autorités espagnoles.

Il s'ensuit que la demande des Demandeurs en condamnation de SOCIETE6.) au paiement du montant de 139.700.- EUR n'est pas fondée et encourt le rejet, sans qu'il n'y ait lieu d'analyser les autres développements des parties.

Eu égard à l'issue du litige, la demande en allocation d'une indemnité de procédure sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile est à rejeter et les frais et dépens de l'instance resteront à la charge des Demandeurs, conformément à l'article 238 du Nouveau Code de procédure civile.

Enfin, il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire sans caution du présent jugement, les conditions de l'article 567 du Nouveau Code de procédure civile n'étant pas remplies en l'espèce.

### **Par ces motifs :**

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale suivant la procédure civile, statuant contradictoirement,

**dit** la demande de la société de droit américain SOCIETE5.) irrecevable,

**dit** la demande recevable pour le surplus mais non fondée, partant la **rejette**,

**rejette** la demande en allocation d'une indemnité de procédure de la société à responsabilité limitée de droit maltais SOCIETE1.) LTD, de la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) SARL, de la société à responsabilité limitée SOCIETE4.) SARL et de Monsieur PERSONNE1.),

**dit** qu'il n'y a pas lieu d'ordonner l'exécution provisoire du jugement sans caution,

**laisse** les frais et dépens de l'instance à charge de la société à responsabilité limitée de droit maltais SOCIETE1.) LTD, de la société à responsabilité limitée SOCIETE3.) SARL, de la société à responsabilité limitée SOCIETE4.) SARL, de Monsieur PERSONNE1.) et de la société de droit américain SOCIETE5.).