Audience publique du seize février deux mille dix-sept

Numéro 40931 du rôle

Composition:

Eliane EICHER, président de chambre,
Alain THORN, premier conseiller,
Danielle SCHWEITZER, conseiller,
Josiane STEMPEL, greffier.

E n t r e :

la A) , établie et ayant son siège social à, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

appelante aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 19 novembre 2013,

comparant par Maître Michel MOLITOR, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

la B), établie et ayant son siège social à, représentée par son organe de direction actuellement en fonctions, ayant une succursale belge, établie à, représentée par son représentant légal actuellement en fonctions,

intimée aux fins du susdit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Denis PHILPPE, assisté de Maître Marc GOUDEN, avocats à la Cour, les deux demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL :

Par exploit de l'huissier de justice Roland FUNK du 25 août 2009, la C) a fait donner assignation à la B) - ci-après B) - avec une succursale belge établie à Bruxelles, à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, pour la voir condamner à lui payer la somme de 9.500.000 €, y non compris les intérêts, sur base d'un contrat d'assurance responsabilité civile signé entre parties le 28 janvier 2005 ainsi qu'une indemnité de procédure de 4.000 € et à voir le jugement assorti de l'exécution provisoire sans caution.

Le litige porte sur la prise en charge de sinistres par l'assureur B) .

C) , alors dénommée D) , et actuellement dénommée A) - ci-après A) - a exposé qu'elle était à la fois le promoteur - fonction qu'elle partageait avec la E) - la banque dépositaire, le domiciliataire, l'agent administratif, l'agent payeur et l'agent de transfert de la société d'investissement à capital variable F) -ci-après F) - constituée en date du 22 mars 2001.

Par contrat du 2 janvier 2001, la demanderesse avait accepté de reprendre les fonctions de banque dépositaire, de domiciliataire, d'agent administratif, d'agent payeur et d'agent de transfert de la G) - ci-après G) -, initialement assumées par la banque H) acceptant en outre d'assumer le rôle de promoteur auprès de la Commission de Surveillance du Secteur Financier - ci-après la CSSF -.

Le 4 mars 2004, la CSSF décida de suspendre les émissions et rachats d'actions F) . Cette suspension fut levée par la CSSF en mai 2005, mais en raison de la suspension du calcul de la valeur nette d'inventaire par F) en septembre 2005, la CSSF retira la F) de la liste officielle des I) et par jugement du 23 décembre 2005, F) fut dissoute et mise en liquidation judiciaire sur requête de la CSSF.

Le 4 mars 2004, les émissions et rachats d'actions de G) furent également suspendues par la CSSF. La suspension fut levée le 28 juin 2005, puis suite à la suspension du calcul de la valeur nette d'inventaire à partir du 13 septembre 2005, G) fut retirée de la liste officielle des I) par la CSSF en date du 7 novembre 2005 et mise en liquidation judiciaire par jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 23 décembre 2005.

Suite à des assignations des 31 octobre 2006 et 13 décembre 2006 à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg que les liquidateurs judiciaires de la F) F) et de la F) G) avaient fait signifier à C)aux fins de voir retenir la responsabilité civile de celle-ci en sa qualité de banque dépositaire, d'agent enregistreur et d'agent administratif, de promoteur et d'administrateur de fait de G) et d'F) et d'obtenir paiement des sommes de 61.363.840,03 € et de 8.812.705,65 €, C), la F) G) ainsi que la F) F) , représentées par leurs liquidateurs en fonctions, et Maître Jacques DELVAUX et Maître Yvette HAMILIUS en leur qualité de liquidateurs des

sociétés G) et F) et de représentants de la masse des investisseurs/créanciers de ces deux sociétés, ont conclu en date du 21 mars 2008 une transaction aux termes de laquelle C)s'engageait à verser une indemnité transactionnelle de 21.500.000 € et les liquidateurs se désistaient de leurs actions introduites les 31 octobre 2006 et 13 décembre 2006.

La prise en charge à concurrence de 9.500.000 € demandée suite à cette transaction par C) à B) fut refusée par l'assureur qui soulevait plusieurs causes d'absence et d'exclusion de couverture.

B) conclut au débouté de la demande. Elle invoquait l'absence de couverture du risque d'antériorité pour des faits connus du souscripteur ; à titre subsidiaire, elle soulevait la nullité de la police d'assurance pour déclaration inexacte du risque, l'absence de couverture pour déclaration inexacte du risque ou absence de déclaration d'une aggravation du risque, sinon l'absence de couverture sur base du champ d'application de la police ; plus subsidiairement encore, elle invoquait diverses causes d'exclusion et faisait valoir que les problèmes rencontrés avec F) et G) constitueraient un seul et même sinistre et que l'indemnisation ne pourrait dès lors dépasser 5.000.000 € moins la franchise de 250.000 €. Elle conclut à l'octroi d'une indemnité de procédure de 20.000 €.

Par un jugement du 3 juillet 2013, le tribunal a dit qu'il est évident que C) avait au jour de la signature du contrat d'assurance en novembre 2004 connaissance de problèmes sérieux spécifiques aux F) F) et G) qui auraient mérité d'être portés à la connaissance de B) et que c'est en vain que C) fait plaider que B) avait ou aurait dû avoir connaissance de ces éléments.

Le tribunal a déclaré la demande de A) , qui avait repris l'action introduite par C), non fondée sur base de l'article 4 du contrat signé entre parties le 28 janvier 2005, et qui est relatif à la reprise du passé, au motif que les faits à l'origine du sinistre n'étaient pas couverts par l'assurance souscrite auprès de la défenderesse. Il a également débouté A) de sa demande présentée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

Il a condamné A) à payer à B) une indemnité de procédure de 5.000 € et l'a condamnée aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Denis PHILIPPE.

Par acte d'huissier de justice du 19 novembre 2013, A) a régulièrement relevé appel de cette décision que B) lui avait fait signifier par acte d'huissier de justice du 11 octobre 2013.

L'appelante demande de réformer le jugement entrepris, de condamner l'intimée à lui payer la somme de 9.500.000 € avec les intérêts légaux tels que de droit à compter de la signification de l'assignation de première instance et de dire que le taux d'intérêt légal sera majoré de trois points à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date de la signification de l'arrêt à intervenir.

Les sinistres visés sont ceux qui ont donné lieu, le 21 mars 2008, à la transaction entre C) et les liquidateurs des F) G) et F) suite aux actions en responsabilité intentées par ces derniers contre C), mentionnée supra.

A) base sa demande sur un contrat d'assurance responsabilité civile professionnelle conclu le 28 janvier 2005 par B) Luxembourg et J)- par après C)- . Par un avenant au contrat du 30 mai 2006, le contrat a été repris par B) INTERNATIONAL Belgique avec effet au 1^{er} février 2006, puis transféré le 11 septembre 2007 à B) INSURANCE IRELAND LIMITED, succursale belge.

Ce contrat a pour objet de garantir les conséquences pécuniaires de la responsabilité civile que l'assuré peut encourir individuellement ou solidairement à l'égard des tiers en cas de faute(s) professionnelle(s) réelle(s) ou présumée(s) commise(s) dans l'exercice de ses activités bancaires telles que décrites à l'article 2.6. des conditions particulières.

L'appelante entend voir dire que les sinistres en cause rentrent dans la couverture du contrat d'assurance.

L'intimée conclut à la confirmation du jugement de première instance en ce qu'il a débouté A) de sa demande en concluant, à titre principal, à l'absence de couverture du risque d'antériorité pour des faits connus du souscripteur.

A titre subsidiaire, elle soulève la nullité de la police d'assurance pour déclaration inexacte du risque ; à titre plus subsidiaire, l'absence de couverture pour déclaration inexacte du risque ou absence de déclaration d'une aggravation du risque ; à titre plus subsidiaire, l'absence de couverture sur la base du champ d'application de la police ; à titre tout à fait subsidiaire, l'appelante fait état de cas d'exclusion.

Quant à la nullité du contrat d'assurance invoquée par B)

Pour des raisons de logique juridique, le moyen de nullité de la police d'assurance sera examiné en premier lieu.

B) fait valoir que si l'assuré déclare, lors de la souscription de la police, intentionnellement le risque de manière inexacte, la police d'assurance est nulle. C)n'aurait rien révélé au sujet d'F) et de G) alors que l'extension de la garantie d'assurance visait précisément les activités de C) au sein de telles F) ; C)aurait sciemment émis une fausse déclaration sur l'absence de connaissance d'éléments pouvant donner lieu à un sinistre ; C)aurait poursuivi le processus d'extension de la police alors que les informations inquiétantes au sujet d'F) et de G) se sont multipliées et aurait tenu B) dans l'ignorance des problèmes rencontrés pendant les années 2004 et 2005. Il faudrait en déduire que C)a intentionnellement caché la situation réelle des F) F) et G) à B) dans le but d'obtenir une couverture d'assurance de sa responsabilité précisément dans le cadre de ces deux F).

L'appelante soulève l'irrecevabilité de la demande en nullité de B) du contrat d'assurance pour être prescrite. B) aurait eu connaissance de l'omission ou

de l'inexactitude intentionnelles invoquées à compter du courrier de C) du 6 février 2006 et aurait formulé sa demande en nullité du contrat d'assurance seulement par ses conclusions notifiées le 21 janvier 2010 en première instance. Elle ne pourrait pas non plus opposer l'exception de nullité étant donné que le contrat a reçu un commencement d'exécution et que la condition que l'assureur n'ait pas adopté un comportement de nature à laisser croire à l'assuré qu'il renonçait à invoquer la nullité n'est pas remplie.

Le contrat est régi par le droit luxembourgeois.

L'article 11 de la loi du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance dispose que : « Le preneur d'assurance a l'obligation de déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui et qu'il doit raisonnablement considérer comme constituant pour l'assureur des éléments d'appréciation du risque. Toutefois, il ne doit pas déclarer à l'assureur les circonstances déjà connues de celui-ci ou que celui-ci devrait raisonnablement connaître. (...) »

Aux termes de l'article 12, alinéa premier : « Sans préjudice de l'article 102 de la présente loi [relatif aux décisions d'agrément], lorsque l'omission ou l'inexactitude intentionnelles dans la déclaration induisent l'assureur en erreur sur les éléments d'appréciation du risque, le contrat d'assurance est nul. »

L'article 44.1. dispose dans ses alinéas 1 et 2 que : « Le délai de prescription de toute action du contrat d'assurance est de trois ans.

Le délai court à partir du jour de l'événement qui donne ouverture à l'action. Toutefois, lorsque celui à qui appartient l'action prouve qu'il n'a eu connaissance de cet événement qu'à une date ultérieure, le délai ne commence à courir qu'à cette date, sans pouvoir excéder cinq ans à dater de l'événement, le cas de fraude excepté. »

A l'argumentation développée par C) quant à l'écoulement d'un délai supérieur à trois ans entre la connaissance par l'assureur de l'omission ou de l'inexactitude intentionnelles qu'elle reproche à l'assurée et le moment où l'assureur a invoqué la nullité, B) répond que l'appelante perd de vue qu'elle n'exerce pas une action en nullité du contrat d'assurance, mais qu'elle oppose simplement par voie d'exception l'argument de nullité de la police d'assurance à la demande introduite par C).

Le moyen de nullité par elle opposé est donc à examiner en ce qu'il est présenté à titre d'exception.

B) fait valoir que l'exception de nullité est imprescriptible ; l'appelante fait plaider que l'exception de nullité ne peut être présentée qu'après l'écoulement du délai de prescription et que pour autant que le contrat n'ait pas encore été exécuté ou n'ait déjà reçu un commencement d'exécution, et ce quelle que soit la partie ayant exécuté le contrat.

L'exception de nullité n'est, conformément à l'adage « quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum », pas affectée par la

prescription, à condition que l'acte en cause n'ait reçu aucun commencement d'exécution par celui qui se prévaut de la nullité.

En l'espèce, B) a, dans deux courriers adressés au courtier d'assurances, la K), le 5 décembre 2007, relatifs à F) et à G) , estimé que l'assurée avait connaissance de faits ou de circonstances qui pouvaient donner lieu à un sinistre sous la police d'assurance conclue par les parties et qu'elle n'en a pas fait mention à l'assureur au moment de la signature du « warranty statement ». Or, c'est le fait par C) de n'avoir rien révélé au sujet d'F) et de G) et l'émission du « warranty statement » qu'elle qualifie de déclaration manifestement fausse et dolosive que B) reproche à l'appelante.

A la susdite date elle était dès lors au courant des faits qu'elle invoque dans le cadre de la présente procédure à l'appui de sa demande en nullité du contrat d'assurance.

Si elle n'a, par la suite, pas procédé à l'indemnisation sollicitée par l'assurée, elle ne conteste, toutefois, pas avoir continué à encaisser les primes d'assurance réclamées à l'assurée sur base des décomptes lui adressés pour les périodes du 1^{er} février 2008 au 9 octobre 2008, du 10 octobre 2008 au 9 octobre 2009 et du 10 octobre 2009 au 10 octobre 2010. L'exécution du contrat a donc été poursuivie ce qui est inconciliable avec la perception d'une cause de nullité du contrat. L'assureur ayant ainsi admis la validité du contrat, l'exception de nullité est à rejeter.

Quant à la reprise du passé

L'appelante fait grief au tribunal d'avoir rejeté sa demande en considérant que C) avait, au jour de la signature du contrat d'assurance, connaissance de problèmes sérieux concernant F) et G) qu'elle aurait dû porter à la connaissance de B) Lux et qu'à défaut, B) était fondée à invoquer l'absence de couverture du risque d'antériorité pour des faits connus du souscripteur pour refuser de garantir les sinistres. Elle soutient que le régime de reprise du passé ne trouve pas à s'appliquer.

Sub article 4 « Fonctionnement de la garantie » point 1/, les parties ont convenu quant à « Reprise du Passé » que : « La garantie du présent contrat est étendue, le cas échéant, aux réclamations liées à une ou des Fautes Professionnelles commises avant la Date d'Effet du présent contrat (Article 3 des Conditions Spéciales) et après la Date de Reprise du Passé (Article 4 des Conditions Spéciales), SOUS RESERVE que l'Assuré n'ait pas connaissance, à la prise d'effet du contrat, de faits ou circonstances pouvant donner lieu à un Sinistre au titre de celui-ci. »

L'appelante déclare que les activités en relation avec les fonds d'investissement qui constituent l'un des métiers de base de C) étaient déjà incluses dans la couverture du contrat d'assurance initial ; que lors du renouvellement de la police d'assurance en juillet 2003, les activités de fonds n'ont momentanément pas été couvertes dès lors que B) Lux, qui voulait

renégocier les termes relatifs à la couverture de cette activité, a souhaité faire procéder à un audit. Cette absence de couverture momentanée des activités de fonds ne constituerait qu'une sorte d'accident de parcours dû au contexte de renégociation. Si le jugement de première instance prend correctement acte de la date de reprise du passé, il se méprendrait sur la date de prise d'effet en retenant qu'il s'agit du 1^{er} juillet 2004 alors qu'elle serait clairement définie à l'article 3 des conditions spéciales comme étant le 10 juillet 2001 ; la période de validité du contrat aurait commencé le 10 juillet 2001. Les règles en matière de reprise du passé n'auraient vocation à s'appliquer qu'à l'égard des manquements situés entre le 10 juillet 2000 et le 10 juillet 2001. Les faits intervenus après le 10 juillet 2001, tel que c'est le cas en l'espèce, relèveraient du régime général de la couverture du contrat d'assurance.

L'appelante fait valoir que les sinistres découlent de fraudes opérées par des sociétés autrichiennes du groupe F) . Les faits prétendument cachés à B) remonteraient à 2004.

L'intimée répond que C)est, depuis juillet 2001, assurée auprès de B) pour ses activités bancaires ; qu'en juillet 2003, considérant qu'elle ne disposait plus de suffisamment d'éléments permettant d'apprécier correctement l'activité liée aux fonds de C)et des éclaircissements utiles n'ayant pu être apportés par C), elle a proposé de reconduire la police d'assurance, mais en excluant la couverture fonds, ce qui a été accepté par C).

B) explique qu'une nouvelle police fut émise le 10 novembre 2004, avec effet au 1^{er} juillet 2004, et signée le 28 janvier 2005, que la reprise du passé était fixée au 10 juillet 2000. Elle déclare que pour l'année d'assurance 2003-2004, l'activité liée aux fonds n'était pas assurée. Pour que C)puisse faire appel à la garantie pour des fautes professionnelles qui sont antérieures à la date de prise de cours de la garantie - le 1^{er} juillet 2004, vu que les fautes alléguées se rapportent à l'activité liée aux fonds - il faut que C)établisser qu'elle n'avait pas connaissance des faits ou circonstances qui peuvent donner lieu au sinistre.

B) fait valoir que la garantie de l'assureur n'a pas été accordée pour les fautes commises dans le cadre de l'activité liée aux fonds entre le 1^{er} juillet 2003 et le 30 juin 2004 et que ce n'est à nouveau qu'à partir du 1^{er} juillet 2004 que ces activités ont été couvertes ; que par conséquent, la question de savoir si B) doit couvrir un sinistre lié à l'activité fonds intervenu, selon C), en 2006, doit s'apprécier au regard de la prise de cours de cette couverture au 1^{er} juillet 2004, ce n'est que si les faits qui sous-entendent le sinistre n'étaient pas connus de C)au 1^{er} juillet 2004 que la couverture est acquise.

Il résulte des pièces versées en cause qu'en date du 8 octobre 2001 un contrat d'« assurance responsabilité civile professionnelle banque » fut conclu entre B) Luxembourg et la J) avec prise d'effet au 10 juillet 2001, date d'échéance fixée au 30 juin 2002 et tacite reconduction d'année en année sauf résiliation dans le respect d'un préavis de trois mois. Parmi les activités bancaires assurées figuraient in fine à l'article 6 des conditions particulières « la création, l'immatriculation, l'introduction en bourse, la domiciliation,

administration, la tenue de comptabilité de ou pour compte de tout véhicule d'investissement ou organisme de placement collectif. » La date de reprise du passé fut fixée au 10 juillet 2000.

Dans un avenant ayant pris effet au 1^{er} juillet 2003 les activités en rapport avec les fonds d'investissements ne figuraient plus dans la liste des activités bancaires assurées.

Dans le contrat conclu le 28 janvier 2005, « la création, l'immatriculation, l'introduction en bourse, la domiciliation, administration, la tenue de comptabilité de ou pour compte de tout véhicule d'investissement ou organisme de placement collectif » faisaient à nouveau partie des activités bancaires assurées. L'activité de teneur de registre et d'agent de transfert ainsi que les activités liées aux tâches de banque dépositaire et d'administration centrale furent ajoutées.

Le contrat a pris effet le 10 juillet 2001. La date de reprise du passé, fixée à l'article 4 des conditions spéciales, est le 10 juillet 2000.

Le contrat n'a pas prévu de prise d'effet différente pour la couverture d'assurance se rapportant à l'activité liée aux fonds. Cette activité était seulement exclue de la couverture d'assurance par l'avenant ayant pris effet le 1^{er} juillet 2003 à partir de cette date jusqu'au 1^{er} juillet 2004.

Dans un courrier adressé le 20 octobre 2008 au courtier d'assurance, la K), B) a, d'ailleurs, après avoir précisé que la couverture des activités liées aux fonds était conditionnée à la communication d'un « warranty statement », et « à défaut, la reprise du passé aurait été fixée au 01/08/2004 (et non pas au 10/07/2000) », confirmé que la reprise du passé était convenue au 10 juillet 2000.

L'intimée ne critique pas le jugement de première instance en ce qu'il a dit que B) reconnaît que la déclaration de sinistre se rapporte à de prétendues fautes professionnelles datant d'après 2001 et elle déclare avoir clairement indiqué qu'une reprise du passé au 10 juillet 2010 ne serait acceptable pour elle qu'à la condition que C)établissee un « warranty statement ».

Dans ses conclusions prises en instance d'appel, elle fait relever que les faits concernant F) et G) se rapportent à la période fin 2003 à mi-mai 2004. Les faits visés n'ont donc pas été commis pendant la période couverte par le régime du passé.

Le bien-fondé de la demande n'est dès lors pas à examiner par rapport à la clause de reprise du passé, mais par rapport à la couverture du contrat d'assurance en considération des moyens tels qu'opposés par B) .

Quant au moyen d'absence de couverture pour déclaration inexacte du risque

B) fait valoir, en ordre subsidiaire, qu'en cas de déclaration inexacte du risque non intentionnelle par l'assuré, l'assureur n'est tenu à aucune

prestation s'il établit qu'il n'aurait pas couvert le risque s'il avait eu connaissance de l'étendue exacte du risque. Elle demande de faire application de l'article 13.3. de la loi sur le contrat d'assurance.

L'appelante fait état de l'article 13.1. de la loi sur le contrat d'assurance et conclut que faute d'avoir proposé une modification du contrat d'assurance ou résilié celui-ci dans les délais impartis, B) ne peut se prévaloir de l'omission non intentionnelle de C).

L'article 11 de la loi sur le contrat d'assurance dispose que : « Le preneur d'assurance a l'obligation de déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui et qu'il doit raisonnablement considérer comme constituant pour l'assureur des éléments d'appréciation du risque. Toutefois, il ne doit pas déclarer à l'assureur les circonstances déjà connues de celui-ci ou que celui-ci devait raisonnablement connaître. (...) »

L'article 13 relatif à l'omission ou l'inexactitude non intentionnelles dispose que :

« 1. Lorsque l'omission ou l'inexactitude dans la déclaration ne sont pas intentionnelles, le contrat n'est pas nul.

L'assureur propose, dans le délai d'un mois à compter du jour où il a connaissance de l'omission ou de l'inexactitude, la modification du contrat avec effet au jour où il a eu connaissance de l'omission ou de l'inexactitude.

Si l'assureur apporte la preuve qu'il n'aurait en aucun cas assuré le risque, il peut résilier le contrat dans le même délai.

(...)

L'assureur qui n'a pas résilié le contrat ni proposé sa modification dans les délais indiqués ci-dessus ne peut plus se prévaloir à l'avenir des faits qui lui sont connus.

2. (...)

3. Si l'omission ou la déclaration inexacte peut être reprochée au preneur d'assurance et si un sinistre survient avant que la modification du contrat ou la résiliation ait pris effet, l'assureur n'est tenu de fournir une prestation que selon le rapport entre la prime payée et la prime que le preneur d'assurance aurait dû payer s'il avait régulièrement déclaré le risque.

Toutefois, si lors d'un sinistre, l'assureur apporte la preuve qu'il n'aurait en aucun cas assuré le risque dont la nature réelle est révélée par le sinistre, sa prestation est limitée au remboursement de la totalité des primes payées.

(...) »

B) allègue que sa garantie concernant l'activité liée aux fonds n'aurait été accordée que pour la période postérieure à juillet 2004 si elle avait eu connaissance des éléments qui étaient connus de C). Faute par elle d'avoir résilié le contrat, elle ne peut, toutefois, plus se prévaloir des faits qui lui sont connus.

L'article 13.3. ne règle que les conséquences quant aux prestations dues par l'assureur, d'abord, dans l'hypothèse où une omission ou une déclaration inexacte peut être reprochée au preneur d'assurance et si un sinistre survient avant que la modification du contrat ou la résiliation ait pris effet, et, ensuite,

dans l'hypothèse d'un sinistre par rapport auquel l'assureur prouve qu'il ne l'aurait en aucun cas assuré.

Les conditions posées par l'article 13.1. de la loi sur le contrat d'assurance n'étant pas remplies, B) ne peut pas faire état d'une absence de couverture pour omission ou inexactitude non intentionnelles.

La même conclusion s'impose quant au moyen tiré de l'absence de couverture pour absence de déclaration d'aggravation du risque, ce par application de l'article 34.1. aux termes duquel :

« 1. Le preneur d'assurance a l'obligation de déclarer, en cours de contrat dans les conditions de l'article 11, les circonstances nouvelles ou les modifications de circonstances qui sont de nature à entraîner une aggravation sensible et durable du risque de l'événement assuré.

Lorsque, au cours de l'exécution d'un contrat d'assurance, le risque de survenance de l'événement assuré est aggravé de telle sorte que, si l'aggravation avait existé au moment de la souscription, l'assureur n'aurait consenti l'assurance qu'à d'autres conditions, il doit, dans le délai d'un mois à compter du jour où il a eu connaissance de l'aggravation, proposer la modification du contrat avec effet rétroactif au jour de l'aggravation.

Si l'assureur apporte la preuve qu'il n'aurait en aucun cas assuré le risque aggravé, il peut résilier le contrat dans le même délai.

(...)

L'assureur qui n'a pas résilié le contrat ni proposé sa modification dans les délais indiqués ci-dessus ne peut plus se prévaloir à l'avenir de l'aggravation du risque. »

Quant à l'absence de couverture sur la base du champ d'application de la police d'assurance

A titre plus subsidiaire encore B) fait plaider que les conditions d'application de la police d'assurance ne sont pas remplies : la responsabilité de C) qui a été recherchée par les liquidateurs se rattacherait à une activité non assurée dans le cadre de la police d'assurance, F) et G) seraient des assurés au sens de la police et non pas des tiers et aucune faute ou responsabilité de C) ne seraient établies.

Concernant cette dernière cause d'absence de couverture d'assurance invoquée, B) se réfère à l'article 2 point 5/ des conditions particulières qui définit la faute professionnelle comme suit : « Toute erreur de fait ou de droit, toute faute ou manquement, négligence ou omission, toute infraction aux dispositions légales, réglementaires ou statutaires, commis au cours des Activités Bancaires de l'Assuré. »

B) soutient qu'il faut qu'une telle faute soit établie dans le chef de l'assuré, que dans la transaction avec les liquidateurs, C) accepte de mettre à disposition des liquidateurs la somme de 21.500.000 €, non pas parce qu'une responsabilité dans son chef aurait été établie, mais uniquement pour

s'acheter la tranquillité face aux liquidateurs et surtout face aux investisseurs/clients lésés ; aucune faute ou responsabilité de C)ne seraient retenues.

L'intimée fait relever que la transaction prévoit que les liquidateurs renoncent à leur action et leurs demandes à l'égard de C)et, surtout, s'engagent à tenir C)indemne de toute action qui serait intentée par un tiers contre C)sur la base des mêmes faits.

Selon B) , la cause du paiement fait par C)aux liquidateurs n'est donc pas la conséquence d'une faute professionnelle, au sens de la police d'assurance, établie, mais la volonté de C)de se prémunir contre toute action qui éventuellement déboucherait un jour sur la reconnaissance d'une telle faute. En concluant cette transaction, C)a pris une « assurance » contre des reconnaissances de responsabilité éventuelles futures. Une telle opération n'est pas couverte par la police d'assurance dont l'objectif n'est pas de prémunir l'assuré contre des actions en responsabilité, mais d'indemniser l'assuré des déboursements qu'il est amené à faire si sa responsabilité est effectivement retenue.

L'appelante fait plaider que l'argument de B) selon lequel C)aurait transigé à hauteur de 21.500.000 € avec les liquidateurs pour s'acheter la tranquillité face aux liquidateurs et surtout face aux investisseurs/clients lésés pourrait prêter à sourire, s'il ne manifestait pas la mauvaise foi caractérisée de B) dans son refus d'indemniser C)pour des fautes dont la réalité ne peut sérieusement être contestée aujourd'hui.

B) ne pourrait pas sans se contredire soutenir qu'il n'y aurait pas de faute professionnelle établie à l'encontre de C)et arguer que C)lui aurait caché des éléments susceptibles de mettre en jeu sa responsabilité et de caractériser un sinistre et que le sinistre serait intervenu après que B) a eu connaissance de ces éléments.

Une contradiction n'est pas à retenir puisque l'appelante indique elle-même que B) a argué que C)lui aurait caché des éléments susceptibles de mettre en jeu sa responsabilité, et non pas des éléments établissant sa responsabilité.

Contrairement aux conclusions de l'appelante, il ne saurait être retenu sur base des conclusions de B) visées ci-dessus que l'assureur aurait clairement fait l'aveu de la reconnaissance d'un sinistre et donc de l'existence de fautes professionnelles imputables à C).

Aux fins de bénéficier de l'assurance responsabilité civile professionnelle, il appartient à l'assurée d'établir que sa responsabilité est engagée.

Or, sa responsabilité n'a pas été constatée judiciairement et dans la transaction conclue entre C)et les liquidateurs d'F) et de G) le 21 mars 2008, il est retenu dans l'article 3 (2) que : « Le paiement du Montant Transactionnel ne constitue pas et ne saurait être interprété comme valant

reconnaissance explicite ou implicite dans le chef de SBL d'une négligence, faute ou responsabilité directe ou indirecte résultant du comportement de ses administrateurs, dirigeants, employés, préposés ou mandataires. »

Une responsabilité dans le chef de C) laissant d'être établie, sa demande ne saurait être accueillie pour ne pas rentrer dans le champ d'application de la police d'assurance.

Quant aux demandes présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile

C) demande de réformer le jugement de première instance en ce qu'il l'a condamnée au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 €. Elle conclut à l'octroi d'une indemnité de procédure de 4.000 € par instance.

B) demande de condamner C) à lui payer une indemnité de procédure de 20.000 € par instance. Ayant obtenu en première instance une condamnation à son profit au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 €, l'intimée interjette donc régulièrement appel incident sur ce point.

C) ayant succombé dans ses revendications ne saurait prétendre au bénéfice des dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile. Le jugement de première instance est donc à confirmer en ce qu'il a débouté C) de sa demande présentée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile et sa demande formulée pour l'instance d'appel est également à rejeter.

L'iniquité requise par l'article 240 du nouveau code de procédure civile laissant d'être établie, les demandes de B) ne sont pas non plus à accueillir. Le jugement de première instance est donc à réformer en ce qu'il a alloué une indemnité de procédure à B), l'appel incident n'est par conséquent pas fondé, et la demande de B) présentée pour l'instance d'appel est, à son tour, à rejeter.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat de la mise en état,

reçoit l'appel principal et l'appel incident,

déclare l'appel incident non fondé,

en déboute,

déclare l'appel principal partiellement fondé,

réformant :

dit non fondée la demande de la B) présentée sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile en première instance,

en déboute,

dit l'appel principal non fondé pour le surplus,

confirme le jugement du 3 juillet 2013 pour le surplus,

déclare les demandes présentées sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile par les deux parties en instance d'appel non fondées,

en déboute,

condamne la A) aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Denis PHILIPPE, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Eliane EICHER, président de chambre, en présence du greffier Josiane STEMPEL.