

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/4439/2006

ACJC/1567/2007

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile
statuant par voie de procédure ordinaire

AUDIENCE DU VENDREDI 14 DECEMBRE 2007

Entre

BANQUE Y_____SA, sise _____ à Genève, appelante d'un jugement rendu par la 9ème Chambre du Tribunal de première instance de ce canton le 29 mars 2007, comparant par Me Pierre-André Morand, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

et

X_____, _____ à Zurich, intimée, comparant par Me Jean-François Ducrest, avocat, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 19.12.2007.

EN FAIT

A. Le 22 février 2006, la BANQUE Y_____SA, (ci-après : Y_____ ou la BANQUE), a assigné X_____, par devant le Tribunal de première instance, en paiement de 1'000'000 fr. sur la base d'une police d'assurance couvrant notamment les sinistres résultant d'actes malhonnêtes de ses employés et la protection juridique y relative.

D'entrée de cause, X_____, qui a excipé de prescription et de péremption, a conclu au déboutement de la BANQUE.

La BANQUE a conclu au rejet des conclusions prises par le X_____, avec suite de dépens.

B. Par jugement du 29 mars 2007, reçu le 16 avril 2007 par Y_____, le Tribunal a réservé le bien fondé des notes d'honoraires du 27 juillet 2006 [recte : 2004], de 1'895 fr. 30, et du 15 octobre 2004, de 2'971 fr. 10 (ch. 1 du dispositif), puis a débouté Y_____ de toutes ses conclusions (ch. 2), avec suite de dépens, comprenant une indemnité de procédure de 30'000 fr. valant participation aux honoraires d'avocat de X_____ (ch. 3).

C. Par acte déposé au greffe de la Cour de justice le 16 mai 2007, Y_____ appelle de ce jugement, dont elle sollicite l'annulation. Elle conclut au déboutement de X_____ des fins de son "*incident*" et au renvoi de la cause au Tribunal pour instruction sur le fond, avec suite de dépens.

X_____ sollicite qu'il soit dit et constaté que toutes les prétentions de Y_____ sont prescrites et que son action est périmée. Elle conclut à la confirmation du jugement entrepris et au déboutement des conclusions prises par sa partie adverse, avec suite de dépens. Subsidiairement, elle conclut à la confirmation du jugement entrepris, avec suite de dépens. Elle formule en outre une offre de preuve.

D. Les faits pertinents suivants résultent de la procédure :

a) A_____ SA (ci-après : A_____) en Belgique, courtier, est le mandataire de Y_____.

B _____ Ltd., courtier en assurances, et C _____ Limited, sont les représentants du syndicat d'assureurs, le X_____.

Le 16 décembre 1998, Y_____ (anciennement BANQUE Z _____) a reçu, de la part de son courtier, un document émis par B _____ Ltd. intitulé "*COVER NOTE NO_____.*", relatif à la police d'assurance conclue entre la BANQUE et le X_____. Cette police, intitulée "*COMBINED CRIME INSURANCE*", couvre

notamment les risques de "Bankers Blanket Bond" à concurrence de 1'000'000 fr. La couverture d'assurance prenait effet le 15 novembre 1998 à 12h01 et se terminait le 15 novembre 1999 à 12h01. La prime se montait à 28'750 fr.

La police d'assurance suisse du X_____ pour banques, dont la version anglaise fait foi, mais dont les parties s'accordent sur sa traduction française, dispose ce qui suit :

"CLAUSE D'ASSURANCE 1

Malhonnêteté des employés

Sont assurés les sinistres résultant uniquement et directement de tout acte malhonnête ou frauduleux de tout employé, que ces actes soient commis seul ou de connivence avec d'autres. Ces actes ayant été commis par ledit employé avec l'intention soit de faire subir une perte au Preneur d'Assurance, soit d'obtenir un gain pécuniaire irrégulier pour soi-même.

Conditions spéciales

1. Nonobstant ce qui précède, il est entendu et convenu qu'en ce qui concerne des crédits ou des opérations, cette clause d'assurance couvrira uniquement les pertes financières directes résultant d'actes malhonnêtes et frauduleux commis par un employé et lui permettant ainsi d'obtenir un gain pécuniaire irrégulier.

2. Salaires, honoraires, commissions, bonus, augmentations de salaire, avancements, participations aux profits et d'autres émoluments ou bénéfiques comprenant également tous les frais de représentation, ne constituent pas un gain pécuniaire irrégulier.

(Les autres clauses d'assurance, no 2 à no 7, couvrent, respectivement, la perte de biens dans des locaux commerciaux ou en cours de transport, les sinistres découlant des chèques et papiers-valeurs contrefaits, la fausse monnaie et l'endommagement des locaux commerciaux).

(...).

EXCLUSIONS GENERALES

NE SONT PAS COUVERTS par la présente Police :

1. Tout sinistre :

(a) survenu avant la date rétroactive ou tout sinistre impliquant tout acte, transaction ou événement qui a eu lieu ou commencé avant la date rétroactive, ou

(b) découvert avant la période de validité de cette Police, telle qu'elle est indiquée dans le Profil du contrat

(...)

CONDITIONS GENERALES

1. Frais et dépenses judiciaires

[§ 1] Les Assureurs indemniseront le Preneur d'Assurance des frais de justice et honoraires d'avocat raisonnablement encourus et payés par le Preneur d'Assurance, après avoir obtenu le consentement

préalable des Assureurs, pour défendre tout procès ou action en justice entamé contre le Preneur d'Assurance, à l'égard desquelles le Preneur d'Assurance établit que l'acte ou les actes qui ont été commis, ou les événements qui sont survenus, lui donneraient droit à une indemnisation au titre de cette Police. Le montant des honoraires d'avocat et frais de justice payés par les Assureurs pour défendre tout procès ou toute action en justice devra être déduit, conformément à la Condition générale 6, de la Limite globale de garantie et de la sous-limite de la Clause de garantie applicable.

(...)

[§ 5] Les Assureurs ne seront pas tenus d'indemniser le Preneur d'Assurance pour les frais de justice et honoraires d'avocat avant la décision ou le règlement final de tout procès ou action en justice.

(...)

[§ 7] Les frais de justice et honoraires d'avocat payés par les Assureurs pour la conduite d'un procès ou action en justice seront appliqués en déduction de la Limite globale de garantie et la sous-limite de la Clause de garantie applicable.

(...)

6. Limite d'indemnité

(a) Selon cette clause, la responsabilité des assureurs pour tous les sinistres, y compris les frais et dépens judiciaires, est limitée au montant du contrat (1'000'000 fr.).

7. Avis et découverte de sinistre

Il est une condition préalable au droit d'indemnité sous cette Police que les Assureurs soient informés par écrit dès que possible, mais au plus tard dans les trente (30) jours après la découverte par le Preneur d'Assurance de tout sinistre sous cette Police.

Pour l'application de cette Police le sinistre sera censé être découvert au moment où le Preneur d'Assurance se rend compte de faits qui selon le jugement d'une personne sensée pourraient laisser à supposer qu'un sinistre du genre couvert par cette Police pourrait ou a déjà eu lieu. Dans ce cas il ne sera pas tenu compte du moment auquel ses actes, transactions ou événements causant ou contribuant audit sinistre se sont produits ou si le Preneur d'Assurance avait suffisamment d'information à ce moment pour prouver qu'un tel sinistre est couvert selon les termes et conditions de cette Police, même si le montant et les éléments d'un tel sinistre ne sont pas encore connus.

Le terme de découverte signifie également le moment où le Preneur d'Assurance est informé d'un sinistre effectif ou potentiel dont le Preneur d'Assurance est responsable envers un tiers et ceci dans des circonstances qui pourraient représenter un sinistre couvert sous cette police, si ces informations s'avéreraient correctes, même si le montant ou les éléments d'un tel sinistre ne sont pas encore connus.

Tout sinistre ou tous sinistres découverts par le Preneur d'Assurance et qui sont imputables à des actes ou omissions d'une personne, sans tenir compte qu'il s'agit ou non d'un employé seront considérés comme un seul sinistre.

(...)

10. Règlement de sinistres et expiration

(a) Le paiement de l'indemnité n'est pas échu tant que le sinistre fait l'objet d'une enquête par la Police ou d'une instruction pénale et que la procédure n'est pas terminée par un verdict ou d'une autre manière.

(b) Les créances qui dérivent de cette assurance se prescrivent par deux (2) ans à dater de la réalisation de l'événement qui cause un sinistre en vertu de ce contrat. Si la créance du Preneur d'Assurance se fonde sur un verdict prononcé contre lui-même, la créance du Preneur d'Assurance contre les Assureurs ne se prescrit que par deux ans à dater du jour où le verdict est devenu exécutoire.

Les demandes d'indemnité rejetées par les Assureurs qui n'ont pas fait l'objet d'une action en justice dans les 2 ans qui suivent la réalisation du risque, sont frappées de déchéance.

En anglais :

10. Payment and Expiration of Claims

(a) Payment of claims does not become due as long as police or criminal investigation is pending in respect of the event of claim and the procedure is not terminated by judgment or otherwise.

(b) Claims arising from the insurance are time-barred two years after the events have taken place which have caused the claim, except that any action or proceeding to recover hereunder on account of any judgment against the Assured in any suit may be commenced within two years from the date upon which the judgment in such suit shall become final.

Repudiated claims expire two years after the event if no court action has been commenced.

Le for était convenu, notamment, au domicile suisse du Preneur d'Assurance (clause n° 11).

12. Interprétation

Sauf stipulation contraire du présent contrat, les dispositions de la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance sont applicables. Dans la mesure où cette Police contient des dispositions contraires à celles des provisions obligatoires du LCA, ces dispositions seront censées être modifiées pour se conformer à la loi".

b) Y_____ a engagé D_____ en qualité d'apporteur d'affaires du 1er avril 1998 au 31 mars 1999, date à laquelle son contrat a pris fin, l'employé n'ayant pas réussi à atteindre l'objectif qui lui avait été assigné de doter la BANQUE de 20'000'000 fr. de fonds nouveaux.

En juillet 1999, à l'occasion de la contestation d'un relevé de compte par E_____, justificatifs à l'appui - qui se révéleront être des faux -, Y_____ a suspecté D_____ de malversations et a porté plainte pénale contre lui, le 5 novembre 1999.

Le 16 septembre 1999, Y_____ a annoncé le sinistre oralement à A_____, qui en a informé immédiatement B _____ Ltd. La perte était estimée à 1'280'000

US\$, à la suite d'agissements de D_____, qui avait recommandé à des clients de la BANQUE d'investir 850'000 US\$ dans un fonds de placement, qui s'est révélé être inexistant, et qui avait proposé à deux clients des investissements de 200'000 US\$ [E_____], respectivement 230'000 US\$ [I_____ et F_____Ltd.], argent qui avait été encaissé, mais dont toute trace a disparu (voir ci-dessous).

Par arrêt de la Cour correctionnelle avec jury du 9 avril 2002, D_____ a été reconnu coupable d'abus de confiance simple et aggravé, d'escroquerie, de faux dans les titres et a été condamné à trois ans de réclusion.

Par arrêt du 5 novembre 2002, la Cour de cassation a partiellement admis le pourvoi du condamné, intimant à la Cour correctionnelle de prendre en considération la circonstance atténuante du temps relativement long et la violation du principe de célérité du procès pénal.

Par arrêt du 13 janvier 2003, le Tribunal fédéral a déclaré irrecevable le recours de D_____ contre la décision de la Cour de cassation du 5 novembre 2002.

D_____ a été rejugé par la Cour correctionnelle avec jury, qui l'a condamné le 13 mars 2002 à trente-trois mois de réclusion.

D_____ s'est pourvu en vain en cassation (arrêt du 30 juillet 2003), puis au Tribunal fédéral, qui a rejeté son recours par décision du 23 février 2004.

c) Y_____ invoque quatre dommages :

- Dommege no 1 : F_____Ltd., G_____Inc., H_____ et I_____

H_____ est l'ayant droit économique des sociétés G_____Inc. et F_____Ltd., qui avaient ouvert des comptes auprès de Y_____. Par leur intermédiaire, I_____, demi-frère et représentant de H_____, avait donné à D_____ des ordres de placement, notamment dans un fonds dénommé C_____ Fund, recommandé par D_____. Cette opération, qui a été extournée du compte de G_____Inc., pour être attribuée à F_____Ltd., sur instruction de H_____, s'est révélée avoir été un investissement crédité sur un compte ordinaire, qui a été vidé au profit de D_____, par l'intermédiaire d'un complice.

Le 10 août 2000, F_____Ltd. a fait notifier une poursuite no 1 à l'encontre de Y_____, totalisant plus de 4'000'000 fr. Le 29 septembre 2000, la BANQUE a conclu une convention avec F_____Ltd., G_____Inc., H_____ et I_____, aux termes de laquelle elle leur versait une somme de 983'175 US\$ pour solde de tout compte, qui comprenait l'avoir perdu dans le pseudo fonds de placement, avec les intérêts, ainsi qu'une somme de 30'000 US\$ due à F_____Ltd., plus les intérêts. La somme totale a été créditée par la BANQUE

sur le compte de F_____Ltd. le 29 septembre 2000, jour où le dollar valait 1.73305 francs suisses.

A ce titre, Y_____ élève une prétention contre X_____, de 1'709'479 fr. 41 (contre-valeur de 983'175 US\$ au taux précité), plus intérêts à 5% dès le 9 août 2001, à titre de dommage principal.

En sus, Y_____ indique que les honoraires et frais engendrés pour la défense de ses intérêts dans le cadre de la négociation amiable se sont montés à 34'190 fr. 40. Toutefois, elle se réfère à des pièces, dont les montants facturés totalisent 59'863 fr. 15 (pièces 32 et 33).

En dépit de l'accord du 29 septembre 2000, F_____Ltd. a derechef notifié, le 9 juillet 2001, une poursuite no 2 - en remplacement de la poursuite no 1 - à l'encontre de Y_____, qui s'y est opposée. F_____Ltd. et I_____ ont assigné la BANQUE en paiement, le 10 octobre 2001, mais ont été déboutés de leur action, par jugement du 28 novembre 2002, confirmé par la Cour de justice par arrêt du 12 décembre 2003, devenu définitif.

Dans le cadre de ces litiges, F_____Ltd. a été condamnée à verser des indemnités de procédure à Y_____, valant participation aux honoraires de son avocat, de 40'000 fr. en première instance et de 25'000 fr. en seconde instance.

Y_____ chiffre à 97'244 fr. 80 les honoraires et frais relatifs à la défense de ses intérêts contre les prétentions injustifiées de F_____Ltd. et de I_____, comprenant également la procédure ci-dessous (dommage no 2). Autrement dit, sa prétention en relation avec le dommage no 1 est arrêtée à 86'257 fr. 30 d'honoraires (demande p. 48 ch. 5.1.1 § 3). Selon les pièces produites, le total des honoraires se monte toutefois à 65'202 fr. 85, avant déduction des sommes allouées à titre de participation aux honoraires d'avocat (notes d'honoraires du 30.04.02 : 12'495 fr. 25; du 31.03.03 : 47'370 fr. 90; du 07.08.03 : 2'365 fr. 60; du 15.10.04 : 2'971 fr. 10).

- Dommage no 2 : I_____

En octobre 1998, I_____, qui n'était pas client de Y_____, et F_____Ltd., ont investi respectivement 200'000 US\$ et 30'000 US\$, sur le conseil de D_____, sur le compte de U_____ SA, domiciliée aux Iles Vierges Britanniques, dont D_____ était le directeur. Profitant des pouvoirs dont il disposait sur ce compte, D_____ a utilisé les fonds dans son propre intérêt (ACJC 13 juin 2003, p. 4, 1^{er} §).

Le 10 août 2000, I_____ a fait notifier une poursuite no 00132336 F à Y_____, de 330'480 fr. (contre-valeur de 200'000 US\$), plus les intérêts, qui l'a frappée d'opposition. Puis, I_____ et F_____Ltd. ont assigné Y_____

par devant le Tribunal, le 10 octobre 2001, en paiement de 330'480 fr. Leurs prétentions ont été rejetées par jugement du 28 novembre 2002, confirmé par arrêt de la Cour de justice du 13 juin 2003, duquel il ressort que F_____Ltd. avait été indemnisée, à concurrence de 30'000 US\$, dans le cadre de la convention du 29 septembre 2000, que la BANQUE n'avait pas la légitimation passive pour défendre à l'action, puisque I_____ n'était pas client auprès d'elle, et, qu'au surplus, D_____ avait agi à l'occasion de son travail, et non pas dans le cadre de l'exécution de celui-ci.

Au cours des procédures précitées, I_____ a été condamné à verser des indemnités de procédure à Y_____, valant participation aux honoraires de son avocat, de 15'000 fr. en première instance et de 5'000 fr. en seconde instance.

Selon Y_____, son dommage relatif aux honoraires et frais qui lui ont été facturés dans le cadre du dommage I_____ se montent à 10'987 fr. 50, plus intérêts à 5% dès la date du dépôt de la demande. Elle est arrivée à ce résultat en répartissant le montant de la note d'honoraires de 97'244 fr. 80 au pro rata des prétentions élevées par I_____ (330'480 fr.) et F_____Ltd. (2'594'424 fr.).

- Dommage no 3 : E_____

E_____ a investi 200'000 US\$ dans un produit financier à très haut rendement que lui avait proposé D_____. Sur l'insistance de E_____, il a reçu le remboursement de 50'000 US\$, mais n'a jamais obtenu le solde de son investissement, auquel a fait place un solde débiteur. Par courriers des 28 juillet et 13 août 1999, ce client a contesté le relevé de Y_____, faisant valoir qu'il était dans l'attente d'être crédité d'une somme supérieure à 450'000 US\$.

Y_____ a indemnisé E_____ à concurrence de 113'736 US\$ 57, à la suite de la signature d'une convention du 29 mai 2000, exécutée par la BANQUE le même jour. Ce total représente une somme de 192'512 fr. 22 (taux du dollar : 1.692615 fr.).

Les honoraires et frais d'avocat liés à la défense des intérêts de la BANQUE dans le cadre de ce litige se montent à 26'557 fr. 85 selon les pièces produites (notes d'honoraires des 15.05.00 : 15'367 fr. 10 et 15.09.00 : 11'190 fr. 75).

- Dommage no 4 : Honoraires et frais subis par Y_____ pour la défense de ses intérêts par devant les juridictions pénales

A ce titre, la prétention de Y_____ est de 96'971 fr. 65 selon les pièces produites (notes d'honoraires du 15.05.00 : 11'416 fr. 50; du 15.09.00 : 32'013 fr. 50; du 26.02.01 : 13'299 fr. 90; du 25.07.01 : 19'842 fr. 45; du 07.12.01 :

11'682 fr. 15; du 28.02.02 : 2'690 fr.; du 20.01.03 : 4'131 fr. 85; du 27.07.04 : 1'895 fr. 30).

Au total, les prétentions de Y_____ sont supérieures au montant de la couverture d'assurance, raison pour laquelle elle a arrêté celles-ci à 1'000'000 fr.

d) A la suite de l'annonce du sinistre du 16 septembre 1999, A_____ , la BANQUE et C _____ Limited se sont rencontrés afin de préparer le travail de l'expert mandaté par les assureurs. Jusqu'en septembre 2000, les précités ont élaboré un état de faits ("*Statement of facts*"), dont la version finale a été arrêtée le 27 novembre 2000.

Le 5 octobre 2000, Y_____ a demandé à A_____ d'obtenir une position claire de la part des assureurs.

Le 15 novembre 2000, C _____ Limited a répondu à la BANQUE qu'il n'était pas encore certain que les pertes annoncées soient couvertes par la police d'assurance, compte tenu de certaines clauses d'exclusion de responsabilité, telles que la connaissance du dommage antérieure à la période de validité de la police, ce qui était le cas à son sens dans l'affaire du pseudo fonds de placement; la signature de deux transactions sans en référer à l'accord préalable des assureurs; l'annonce tardive du sinistre; l'absence de preuve, à ce jour, d'une intention malhonnête de D_____, ainsi que de l'étendue d'une éventuelle responsabilité légale encourue par la BANQUE dans le cadre des pertes subies par E_____ et F_____ Ltd.

Y_____ a répondu à cette lettre le 11 janvier 2001, dont C _____ Limited a accusé réception le 23 janvier 2001.

Le 14 mai 2001, A_____ s'est plainte auprès de B _____ Ltd. de la lenteur inacceptable de ce dossier et lui a imparti un délai de 30 jours pour lui communiquer une réponse formelle des assureurs.

B _____ Ltd. a répondu le lendemain qu'elle demeurait dans l'attente d'une réponse des assureurs et faisait part de la position de N_____, de C _____ Limited, qu'aucune indemnité au titre de la police d'assurance ne pouvait être versée tant que les procédures pénales n'étaient pas terminées.

Le 17 mai 2001, B _____ Ltd. s'est adressée à T_____, en le sollicitant de communiquer la position de son syndicat quant à l'indemnisation du sinistre.

Le 24 mai 2001, C _____ Limited, répondant au courrier de la BANQUE du 11 janvier 2001, lui a indiqué qu'elle était maintenant en mesure de lui faire part de la détermination des assureurs, reprenant les griefs évoqués dans son courrier du 15 novembre 2000 : s'agissant de la connaissance antérieure du dommage, les

assureurs sollicitaient de plus amples investigations avant d'adopter une position finale. Selon ces derniers, il n'avait toujours pas été établi que D_____ avait perçu un gain personnel irrégulier. C _____ Limited se référait en outre aux obligations de la BANQUE relatives à l'annonce du sinistre et à sa coopération, et sollicitait la remise de divers documents.

Y_____ a adressé les documents requis à C _____ Limited par courrier du 12 juillet 2001 et a requis une réponse de cette dernière par courrier du 26 septembre 2001.

Le 8 octobre 2001, C _____ Limited écrivait à la BANQUE qu'elle demeurait dans l'attente de la réponse des avocats suisses constitués pour la défense des intérêts des assureurs.

A_____ a également relancé C _____ Limited par fax du 30 novembre 2001.

C _____ Limited a répondu le 5 décembre 2001 au courrier de Y_____ du 12 juillet 2001, confirmant que les assureurs persistaient dans leur position exprimée par lettre du 24 mai 2001. Les assureurs étaient néanmoins disposés à considérer tout document supplémentaire issu de la procédure pénale et persistaient à solliciter la remise d'un audit externe de la BANQUE, que cette dernière leur avait refusé pour des raisons de confidentialité.

Le 18 décembre 2001, Y_____ a requis une prise de position claire de la part des assureurs, sans les intermédiaires A_____ ou C _____ Ltd.

Par réponse du 5 février 2002, Me C_____, avocat de X_____ à Zurich, a confirmé que les assureurs s'exprimeraient uniquement par l'intermédiaire de leurs représentants et a indiqué à la BANQUE qu'ils avaient clairement décliné la prise en charge du sinistre par courriers des 15 novembre 2000 et 24 mai 2001.

Le 12 avril 2002, la BANQUE a avisé C_____ de la première condamnation de D_____ à trois ans d'emprisonnement.

Le Tribunal fédéral ayant statué en dernier lieu le 23 février 2004 sur le recours interjeté par D_____, Y_____ a, par courrier du 31 janvier 2005, mis en demeure les assureurs, par l'intermédiaire de C_____, de se déterminer avant le 28 février 2005.

Surpris d'être sollicité pour cette affaire dont la dernière correspondance remontait "*à trois années en arrière*", C_____ a indiqué, le 25 février 2005, que les assureurs n'avaient reçu ni l'arrêt de la Cour correctionnelle du 9 avril 2002 à l'encontre de D_____ ni le jugement du 28 novembre 2002 entre Y_____ et F_____ Ltd., sollicitant la remise de copies avant de pouvoir se déterminer sur la réponse à donner à Y_____.

Y_____ a relancé les assureurs le 12 avril 2005, en leur intimant un délai pour répondre à fin avril 2005. Elle avait annexé les documents requis à son courrier.

C_____ en a accusé réception le 29 avril 2005, soulignant qu'il manquait encore un document.

Par la suite, Y_____ a requis en vain la communication des noms et adresses des assureurs, ainsi qu'une copie de la police d'assurance à C_____ et à B _____ Ltd. Seul K_____, représentant général de X_____ en Suisse, semblait être en mesure de la lui remettre dans le délai d'un mois.

Le 30 décembre 2005, C_____, répondant à un courrier de la BANQUE du 5 décembre 2005, a confirmé l'absence de responsabilité des assureurs dans le cadre de cette affaire et, qu'en tout état de cause, ses prétentions étaient prescrites.

- E. Le Tribunal a considéré que les prétentions de Y_____ en remboursement du montant des indemnités qu'elle avait versées aux victimes des malversations commises par D_____ étaient prescrites et périmées, puisqu'elle avait connaissance, depuis septembre 2001, du refus des assureurs de l'indemniser, cela en raison de sa connaissance des faits litigieux au moment de la conclusion du contrat. Leur refus avait été en outre confirmé par C_____ le 2 [recte : 5] février 2002.

Par ailleurs, les prétentions de Y_____ en paiement d'indemnités de protection juridique étaient également prescrites, sauf celles des 15 octobre 2004, de 2'941 fr. 10 [recte : 2'971 fr. 10] et 27 juillet 2006 [recte : 2004], de 1'895 fr. 30, car le délai de prescription avait commencé à courir à compter de l'exigibilité des notes d'honoraires, payables dans les trente jours de leur communication à Y_____.

EN DROIT

1. L'appel a été formé dans le délai utile et selon la forme prescrite par la loi (art. 296 et 300 LPC).

Compte tenu de la valeur litigieuse, le pouvoir d'examen de la Cour est complet.

1. **2.1.** En substance, l'appelante fait grief au premier juge d'avoir ignoré la clause 10 des conditions générales (CG) de la police, selon laquelle les créances issues du contrat n'étaient exigibles qu'à l'issue de la procédure pénale, soit le 23 février 2004, et d'être arrivé à la conclusion erronée qu'une prétention pouvait se prescrire avant d'être exigible. De plus, les prétentions litigieuses étaient consécutives aux agissements d'un employé, de sorte qu'il s'agissait d'un seul sinistre au sens de la clause 7 CG. Quant à la péremption des demandes d'indemnités dans les deux

années d'une décision de rejet des assureurs, le délai ne pouvait commencer à courir qu'à partir de leur exigibilité, sauf à contrevenir à l'art. 46 al. 2 LCA.

Selon l'intimée, la première prétention de l'assurée résultant de l'indemnisation de F_____Ltd., G_____Inc., H_____ et I_____ selon la convention du 29 septembre 2000, de 1'709'479 fr. 41, s'était prescrite le 29 septembre 2002. La seconde prétention issue de l'indemnisation de E_____, par convention du 29 mai 2000 et à concurrence de 192'512 fr. 22, s'était prescrite le 29 mai 2002. Les notes d'honoraires n'étaient pas documentées à concurrence de 120'447 fr. 70, mais de 65'202 fr. 85. De plus, les indemnités allouées à titre de participation aux honoraires d'avocat devaient être déduites de ce montant, soit 65'000 fr. au total, de sorte que la prétention s'élevait au maximum à 202 fr. 85. Toutefois, la prescription relative au remboursement des notes d'honoraires avait, à son sens, commencé à courir dès le jour où l'appelante avait reçu un commandement de payer de F_____Ltd., soit le 10 août 2000 (poursuite no 1), de sorte que la prescription était acquise le 10 août 2002. Il en allait de même de la poursuite notifiée le 9 juillet 2001 (poursuite no 2), dirigée à son encontre par le même poursuivant, si bien que la prescription était acquise au plus tard le 9 juillet 2003 pour la prétention en remboursement d'honoraires d'avocat contre les prétentions injustifiées de F_____Ltd. La prétention relative aux honoraires dans le cadre de la procédure intentée par I_____ contre l'appelante, de 10'987 fr. 50, était éteinte par la perception d'indemnités de procédure totalisant 20'000 fr. et s'était prescrite le 10 août 2002, soit deux ans après la notification du commandement de payer d'I_____. L'intimée admet toutefois que la prétention en remboursement de la note d'honoraires du 15 octobre 2004, de 2'971 fr. 10, n'est pas prescrite. La prétention relative aux 26'557 fr. 85 d'honoraires payés dans le cadre de la négociation de la convention conclue avec E_____ était prescrite depuis le 13 août 2001, ce client ayant élevé des prétentions le 13 août 1999. Quant à celle de 96'971 fr. 65 relative à la défense des intérêts de l'appelante devant les juridictions pénales, elle n'était pas comprise dans la couverture d'assurance, qui stipulait uniquement la prise en considération des honoraires liés à la défense du preneur d'assurance contre tout procès qui lui est intenté.

2.2.1. Le contrat d'assurance de responsabilité civile (RC) engage l'assureur, moyennant le paiement de primes, à garantir le patrimoine de l'assuré contre les atteintes financières qui pourraient résulter de l'obligation de se défendre contre les prétentions injustifiées d'un tiers ou, en cas d'engagement de sa responsabilité, de verser des indemnités au lésé (MEUWLY, La durée de la couverture d'assurance privée, 1994, p. 95). Il s'agit d'une assurance contre les dommages et, plus précisément, d'une assurance du patrimoine (BREHM, Le contrat d'assurance RC, 1997, n. 7 et 9 p. 27).

2.2.2. Selon l'art. 130 al. 1 CO, la prescription court dès que la créance est devenue exigible. Selon l'al. 2, si l'exigibilité de la créance est subordonnée à un avertissement, la prescription court dès le jour pour lequel cet avertissement pouvait être donné.

Selon l'art. 41 al. 1 LCA, la créance qui résulte du contrat est échue quatre semaines après le moment où l'assureur a reçu les renseignements de nature à lui permettre de se convaincre du bien-fondé de la prétention. Selon l'al. 2, est nulle la clause prévoyant que la prétention n'est échue qu'après avoir été reconnue par l'assureur ou constatée par un jugement définitif.

Selon l'art. 46 al. 1 LCA, première phrase, les créances qui dérivent du contrat d'assurance se prescrivent par deux ans à dater du fait d'où naît l'obligation.

L'art. 46 al. 1 LCA est une *lex specialis*, qui déroge tant à l'art. 41 al. 1 LCA qu'à l'art. 130 al. 1 CO et qui seule fait règle dans le domaine régi par la loi sur le contrat d'assurance (ATF n. p. 5C.237/2004 du 23 mars 2005 et les réf. citées). Le moment de l'exigibilité de la créance n'a aucune incidence sur le début du cours de la prescription (ATF n. p. précité).

Selon la jurisprudence, le moment à partir duquel court la prescription des créances découlant du contrat d'assurance n'est pas uniforme, mais dépend du genre d'assurance et de prestation. Ce moment est celui où les éléments qui fondent l'obligation de l'assureur sont établis (ATF 127 III 268 = SJ 2001 p. 480). Autrement dit, le point de départ de la prescription est fixé de manière objective : seul importe donc le moment où sont établis les éléments de fait qui fondent l'obligation de l'assureur de fournir sa prestation, à l'exclusion de celui où l'assuré a eu connaissance des faits propres à justifier sa prétention (ATF n. p. 5C.237/2004 du 23.03.05).

Ainsi, dans l'assurance responsabilité civile, il ne convient pas de se baser sur le moment de la survenance du sinistre, mais sur celui où la responsabilité de la personne assurée est constatée par un tribunal et que la condamnation à verser une indemnité au lésé est définitive et exécutoire (ATF 127 III 268 = SJ 2001 480, consid. 2b; ATF n. p. 5C.215/1999 du 9 mars 2000, consid. 7a; ATF 126 III 278 consid. 7a; 119 II 468 consid. 2 b).

La transaction est assimilée à la condamnation civile (BREHM, op. cit., n. 30 p. 32-33 et n. 790 p. 281 et VIRET, Droit des assurances privées, 1991, p. 135).

En revanche, en matière d'assurance de protection juridique, le "*fait d'où naît l'obligation*" est la réalisation du risque, qui correspond à l'apparition du besoin d'assistance, lorsque le différend juridique entre l'assuré et le tiers se concrétise

(ATF n. p. 5C.215/1999 du 9 mars 2000, consid. 7b, ATF publié in SJ 2001 I 480, consid. 2b, ATF 119 II 468 consid. 2c).

L'art. 46 LCA est une disposition relativement impérative, à laquelle il ne peut pas être dérogé par convention au détriment du preneur d'assurance ou de l'ayant droit (art. 98 al. 1 LCA).

Est nulle, selon l'art. 46 al. 2 première phrase LCA, en ce qui a trait à la prétention contre l'assureur, toute stipulation d'une prescription plus courte ou d'un délai de déchéance plus bref.

Selon la jurisprudence, la loi tolère la stipulation d'un délai de déchéance dans le contrat d'assurance, à condition que la durée du délai prévu ne soit pas plus courte que le délai de prescription de deux ans prévu à l'art. 46 al. 1 LCA (ATF n. p. 5C.215/1999 du 9 mars 2000, consid. 3 et les réf. citées).

2.3. En l'occurrence, il convient de ne pas préjuger du bien fondé ou non des prétentions de l'appelante, puisque le litige porte uniquement sur la question de savoir si ses prétentions sont ou non prescrites, voire périmées.

2.3.1. De la prescription en matière d'assurance de responsabilité civile

Tout d'abord, la clause 10 let. a) CG - selon laquelle le paiement de l'indemnité n'est pas échu tant que le sinistre fait l'objet d'une enquête par la Police ou d'une instruction pénale et que la procédure n'est pas terminée par un verdict ou d'une autre manière - concerne le moment de l'exigibilité de la créance, lequel n'a en principe pas d'incidence sur le début du cours de la prescription (ATF n. p. 5C.237/2004 du 23 mars 2005).

La clause 10 b) CG première phrase - qui dispose que les créances qui dérivent de cette assurance se prescrivent par deux ans à dater de la réalisation de l'événement qui cause un sinistre en vertu de ce contrat - est nulle, en application des art. 46 al. 2 et 98 al. 1 LCA, car elle fixe le point de départ du délai de prescription, en matière d'assurance de responsabilité civile, à un moment antérieur au "*fait d'où naît l'obligation*" de l'assureur, qui correspond au moment à partir duquel la responsabilité de l'assuré est constatée par un tribunal (ATF 127 III 268 = SJ 2001 480, consid. 2b; ATF 126 III 278 consid. 7a; 119 II 468 consid. 2 b).

La clause 10 b) CG deuxième phrase - si la créance du Preneur d'Assurance se fonde sur un verdict prononcé contre lui-même, la créance du Preneur d'Assurance contre les Assureurs ne se prescrit que par deux ans à dater du jour où le verdict est devenu exécutoire - est conforme à la jurisprudence fédérale, puisque la condamnation pénale définitive d'un employé, antérieure à la constatation définitive de la responsabilité civile de l'assuré, lui permet de disposer d'un délai

de deux ans pour solliciter l'indemnisation de son assureur et interrompre la prescription y relative.

Lorsque la responsabilité pénale définitive d'un employé n'est constatée que postérieurement à la responsabilité civile exécutoire de l'assuré, la prétention de ce dernier en indemnisation de la part de l'assureur est susceptible de se prescrire (clause 10 let. b), avant même d'être devenue exigible (clause 10 let. a).

Selon le Tribunal fédéral, le fait que l'action soit prescrite avant d'être née est "*inadmissible*" (ATF n. p. 5C.215/1999 du 9 mars 2000, consid. 7a = publié en partie in ATF 126 III 278) et conduit à un résultat "*peu satisfaisant*" (ATF 127 III 268 = SJ 2001 480).

Selon MEUWLY, il est contraire à l'institution de la prescription que celle-ci puisse commencer à courir, voire pourrait être acquise avant même que la prétention soit née : la prescription est au service du droit et n'est pas un but pour elle-même (La prescription des créances d'assurance privée (art. 46 al. 1 LCA) au regard de la dernière jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 126 III 278 et 127 III 268) in AJP/PJA 2003 p. 303, p. 308). La prescription protège l'assureur en éteignant la prétention que l'assuré a négligé de faire valoir suffisamment tôt ou a renoncé tacitement à réclamer. Elle réprime sa négligence ou son désintérêt. Cette conséquence ne peut l'atteindre que s'il était en mesure de réclamer son dû et que sa créance existait déjà. Il résulte de son but qu'elle ne peut courir avant la naissance de la prestation afférente. A défaut, cela signifierait que la prescription puisse déjà agir, alors qu'elle serait encore sans objet, ce qui est choquant et qui va à l'encontre des principes les plus élémentaires du droit (MEUWLY, AJP op. cit., p. 311). Pour écarter une telle éventualité, le justiciable serait amené à interrompre préventivement la prescription, solution qui heurte le sentiment de justice et qui serait réservée aux seuls juristes attentifs (MEUWLY, AJP op. cit., p. 309).

BREHM est du même avis : il faut empêcher que les droits de l'assuré contre l'assureur RC se prescrivent avant les droits du lésé contre l'assuré (op. cit., n. 790 p. 281).

Il résulte de cette analyse que la spécificité de l'assurance responsabilité civile conclue pour se protéger des conséquences pécuniaires résultant d'actes malhonnêtes d'employés (clause 1) implique non seulement la condamnation de l'assuré au plan civil envers des tiers lésés, à l'instar des autres assurances RC, mais également la constatation définitive du caractère frauduleux de l'acte commis par le subordonné, sans quoi l'assureur n'est pas tenu de fournir sa prestation. Il ne s'agit pas de confondre le dies a quo de la prescription avec celui de l'exigibilité, mais de constater que le "*fait d'où naît l'obligation*" dépend nécessairement de la réalisation de ces deux conditions, ce qui a pour conséquence que le point de départ de l'exigibilité de la prestation coïncide avec celui de la prescription.

2.3.2. De la prescription en matière d'assurance de protection juridique

Selon la jurisprudence citée ci-dessus, le "*fait d'où naît l'obligation*" correspond à l'apparition du besoin d'assistance, lorsque le différend juridique entre l'assuré et le tiers se concrétise (ATF n. p. 5C.215/1999 du 9 mars 2000, consid. 7b; ATF publié in SJ 2001 I 480, consid. 2b, ATF 119 II 468 consid. 2c). Le Tribunal fédéral a écarté l'opinion des auteurs qui soutenaient que le dies a quo commençait le jour de la liquidation du litige par un jugement passé en force ou une transaction, parce que dans ce type d'assurance, l'assureur fournit un service sous forme d'assistance juridique, ainsi qu'une prestation pécuniaire. Son obligation ne s'épuise pas dans le versement des frais encourus dans le cadre du litige, puisque dès son début il s'oblige envers l'assuré à lui garantir le paiement desdits frais. Leur paiement après le terme du litige constitue en outre l'exécution d'un engagement préexistant. De plus, dès la survenance du litige, l'assuré peut prétendre à une garantie de couverture et, en cas de refus, ouvrir action contre l'assureur en vue de l'y contraindre. La prétention de l'assuré à l'assistance juridique est une créance globale, de sorte que la garantie accordée par l'assureur pour une partie du litige équivaut au paiement d'un acompte, qui interrompt la prescription pour l'entier de la créance de l'assuré à raison de ses frais (ATF 119 II 468 consid. 2b).

Au contraire, MEUWLY préconise que les interventions de l'assureur visant la défense de l'assuré contre les prétentions injustifiées du lésé forment une seule prestation, la fin de cette activité permettant d'en découvrir la globalité et marquant en même temps le début de la prestation indemnitaire (AJP op. cit., p. 309). Autrement dit, la défense juridique de l'assuré est une prestation unique, globale, et, en tant que telle, elle porte sur l'ensemble de ce que la compagnie d'assurance peut et doit entreprendre pour la sauvegarde des intérêts juridiques à protéger. Ainsi, les particularités de cette assurance font que c'est l'obligation générale de la défense juridique qui se prescrit, non les mesures particulières de mise en œuvre de cette créance (les frais d'avocat, d'expertise, etc.), qui constituent sa substance et lui donnent son unité (MEUWLY, La durée, op. cit., p. 377).

Dans le même sens, BREHM soutient que le délai de prescription ne commence à courir qu'à la fin de la défense, soit au moment de la transaction ou du jugement. Tant que le procès dure, l'assureur RC doit assumer la protection juridique de l'assuré. Cet acte ne prend fin qu'à l'issue du procès. Ce n'est qu'à cette date que le fait d'où naît l'obligation de défense juridique s'est totalement réalisé et que le délai de prescription peut commencer à courir. Il convient d'éviter d'obliger l'assuré à agir contre l'assureur RC avant même d'avoir fini d'en découdre avec le lésé et préserver l'appareil judiciaire d'actes interruptifs répétés à pur but "*prophylactique*" (op. cit., n. 788 et 789, p. 280 et 281).

En l'occurrence, la police d'assurance en cause réserve le droit de l'assureur de ne pas indemniser le preneur pour les frais de justice et honoraires d'avocat avant la décision ou le règlement final de tout procès ou action en justice (clause 1 § 5 CG). Cela signifie que le lésé, bien qu'il soit assuré, doit avancer lesdits honoraires et frais, de surcroît au risque que sa créance se prescrive avant même d'être exigible, puisque le moment où il nécessite l'assistance juridique précède toujours de loin celui où le litige sera tranché définitivement et sera exécutoire. De plus, l'assuré n'est pas en mesure d'actionner l'assureur en paiement d'une avance, à défaut d'exigibilité de sa prestation (clause 1 § 5 CG), de sorte que les considérations sur lesquelles le Tribunal fédéral a rendu sa jurisprudence précitée ne sont concrètement pas réunies dans le cas d'espèce.

En outre, il convient de relever que la mise en œuvre de l'assurance juridique dépend de la réalisation de l'une des clauses d'assurance n° 1 à 7. Il s'agit dès lors d'une assurance juridique subsidiaire combinée avec une responsabilité civile principale.

En effet, le caractère accessoire de l'assurance protection juridique par rapport à la protection civile ressort de la structure de la police : les conséquences financières résultant de la malhonnêteté d'employés sont spécifiées à la clause 1 de celle-ci, tandis que la protection juridique y relative n'y figure que dans les conditions générales (clause 1 § 1 CG). Cette accessoriété résulte également des clauses 1 § 1 dernière phrase CG et 6 let. a) CG, selon lesquelles le montant versé au titre de la protection juridique est compris dans la limite maximale d'indemnisation du sinistre. Enfin, la clause 7 CG, - selon laquelle tous sinistres découverts par le preneur et qui sont imputables à des actes ou omissions d'une personne, seront considérés comme un seul sinistre - abonde dans ce sens que l'un est l'accessoire de l'autre et doit être considéré comme un tout.

Cela a pour conséquence que le "*fait d'où naît l'obligation de l'assureur*" ne correspond pas systématiquement avec l'apparition du besoin d'assistance de l'assuré, en particulier lorsque l'assureur s'est réservé le droit de reporter son obligation au moment où les litiges civils et pénaux auront fait l'objet d'une décision exécutoire.

Il s'ensuit de ce caractère accessoire de la créance en protection juridique, voire de son unicité avec le litige principal, que le dies a quo de la prescription des notes de frais et d'honoraires de l'appelante a commencé à courir le 23 février 2004, date de la dernière décision judiciaire, sauf celles des 15 octobre 2004 (2'971 fr. 10) et 27 juillet 2004 (1'895 fr. 30), qui sont postérieures à ces dates.

En assignant l'intimée en justice le 22 février 2006, l'appelante a dès lors valablement interrompu la prescription de ses droits vis-à-vis de la totalité de ses prétentions.

2.3.3. De la péremption

La clause 10 al. 2 CG - stipulant la déchéance des demandes d'indemnités rejetées par les assureurs qui n'ont pas fait l'objet d'une action en justice dans les deux ans suivants la réalisation du risque - revient à fixer, en matière d'assurance de responsabilité civile, un délai de péremption inférieur aux réquisits légaux de l'art. 46 al. 2 LCA et de la jurisprudence sus indiquée, de sorte que cette clause est dépourvue d'effet juridique.

Au surplus et contrairement à l'appréciation du Tribunal, les lettres de l'intimée des 15 novembre 2000 et 24 mai 2001 ne traduisent pas sa position de refuser clairement et définitivement toute prestation à l'assurée. En effet, le 15 novembre 2000, il n'était pas encore certain que les pertes annoncées soient couvertes ou non par la police. Le 15 mai 2001, l'intimée était d'avis qu'il convenait d'attendre le terme des procédures pénales. Le syndicat de T_____ a été invité à se prononcer par courrier du 17 mai 2001, démarche qui aurait été superflue si la décision de rejet avait été sans appel. Quant au courrier du 24 mai 2001, il évoque notamment la nécessité de plus amples investigations et sollicite la remise de divers documents. Ensuite, les avocats des assureurs ne s'étaient pas déterminés le 8 octobre 2001. Enfin, l'intimée a requis de l'appelante des documents supplémentaires les 5 décembre 2001, 25 février 2005 et 29 avril 2005.

Il en résulte que les prétentions de l'appelante ne sont pas périmées.

3. Le jugement entrepris sera annulé et modifié en ce sens que les prétentions de l'appelante ne sont ni prescrites ni périmées.

La cause sera ainsi retournée au premier juge pour instruction et décision sur le fond du litige.

Vu l'issue du litige, il convient de faire masse des dépens de première instance et d'appel (art. 176 al. 1 et art. 181 LPC) et condamner l'intimée, qui succombe entièrement dans ses conclusions, au paiement des dépens précités ainsi qu'à une indemnité de procédure valant pour les deux instances. En première instance, le Tribunal avait alloué à l'intimée une indemnité de procédure de 30'000 fr., notamment parce que son jugement clôturait le litige, puisqu'il avait admis la péremption des prétentions litigieuses. Or, le présent arrêt tranche un incident qui ne met pas un terme au litige, puisque la cause est retournée au premier juge, si bien que le montant de l'indemnité de procédure alloué à la partie victorieuse doit être moins élevé que pour une décision finale.

* * * * *

PAR CES MOTIFS,

LA COUR :

A la forme :

Déclare recevable l'appel interjeté par BANQUE Y_____SA contre le jugement JTPI/4755/2007 rendu le 29 mars 2007 par le Tribunal de première instance dans la cause C/4439/2006-9.

Au fond :

Annule ce jugement.

Et, statuant à nouveau :

1. Constate que les prétentions de la BANQUE Y_____SA à l'encontre de X_____ ne sont ni prescrites ni périmées.
2. Condamne X_____ au paiement des dépens de première instance et d'appel, comprenant une unique indemnité de procédure de 25'000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat de la BANQUE Y_____SA.
3. Renvoie la cause au Tribunal de première instance pour instruction et décision sur le fond.
4. Déboute les parties de toutes autres ou contraires conclusions.

Siégeant :

Madame Florence KRAUSKOPF, présidente; Monsieur Christian MURBACH, Monsieur Pierre CURTIN, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

La présidente :

Florence KRAUSKOPF

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF supérieure ou égale à 30'000 fr.