

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20060622\_f\_ge\_u\_02 vom 22. Juni 2006**

FINMA Versicherungsrecht, 2006-06-22, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20060622\\_f\\_ge\\_u\\_02](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20060622_f_ge_u_02)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20060622\_f\_ge\_u\_02 du 22 juin 2006

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20060622\_f\_ge\_u\_02 del 22 giugno 2006

## **Erwägungen**

### **E. 15**

octobre 2000, notes qu'ils ont reçues le 3 juin 2005. Cet argument ne saurait être retenu. En effet, le rapport d'audit principal mentionne de manière complète les problèmes relevés par les auditeurs, en particulier le fait que des comptes étaient gérés sans mandat écrit. Le fait que les défendeurs aient invoqué la réticence le 16 septembre 2004, soit avant de recevoir le rapport détaillé qui leur a été remis le 3 juin 2005, démontre d'ailleurs que la teneur du rapport principal était suffisante pour leur permettre de se former une opinion sur ce point. C'est par conséquent à tort que les défendeurs se prévalent de l'art. 6 LCA. C. Les défendeurs contestent que la couverture d'assurance soit donnée, faisant valoir que la demanderesse n'a pas démontré que le dommage qu'elle allègue est dû à des actes frauduleux et malhonnêtes de ses employés, commis avec l'intention d'obtenir un gain financier. C/2271 1/2003-8

- 26/32 - a) Selon l'art. 8 CC chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Selon la jurisprudence, l'assuré qui intente une action contre l'assureur doit satisfaire aux principes généraux du fardeau et de l'administration de la preuve découlant de l'art. 8 CC. Il appartient à celui qui réclame l'intervention de l'assureur de prouver que les conditions de la responsabilité de l'assureur sont réalisées in concreto (Olivier Carré, Loi fédérale sur le contrat d'assurance, Lausanne 2000, p. 282 et réf. citées). En procédure civile genevoise, le témoignage ne peut être qu'oral, toute autre forme est exclue et la déposition faite par écrit ou les propos recueillis par une autre personne que le juge n'ont aucune valeur de témoignage (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, Commentaire LPC, ad art. 222, ch. 1). Les déclarations écrites émanant de personnes étrangères au procès et qui se limitent à attester des faits pour les besoins de la cause sont sans aucune portée probante quelconque. La partie à laquelle une telle déclaration est opposée n'a pas l'obligation d'en contester le contenu, car ce procédé se heurte aux dispositions impératives de la loi en matière de preuve testimoniale (Bertossa/Gaillard/Guyet/Schmidt, op. cit., ad art. 186, ch. 4). b) Il convient d'examiner si les conditions prévues par la clause d'assurance n° 1 sont réalisées. In casu, le dommage allégué par la demanderesse provient de l'achat, par C et I, d'actions dénuées de valeur. Le domaine concerné est par conséquent celui du négoce (art. 13 b) des Définitions générales du contrat, pièce 3 bis dem., p. 14). En matière de négoce, la responsabilité de l'assureur n'est engagée que si la perte résulte directement d'actes malhonnêtes et frauduleux commis par un employé afin d'en retirer un avantage pécuniaire pour lui-même ou pour une autre personne avec laquelle il était de connivence, étant précisé que les salaires, commissions, honoraires, boni, promotions, récompenses, participations aux bénéfices, pensions et autres avantages ou émoluments de l'employé ne constituent pas un avantage pécuniaire (pièce 3

bis dem., p. 7 ; traduction dem., non contestée par les déf.). Il convient par conséquent de déterminer si (1) C et I ont commis des actes malhonnêtes et frauduleux, (2) afin d'en retirer un G22711/2003-8 P.114

- 27/32- avantage pécuniaire et si (3) la perte subie par la banque résulte directement de ces actes malhonnêtes et frauduleux (1) Commission d'actes malhonnêtes et frauduleux Les deux parties s'accordent à dire que les termes « malhonnêtes et frauduleux » ne supposent pas la commission d'une infraction pénale. Les défendeurs exposent que le terme malhonnête recouvre toute violation de l'obligation de diligence et de fidélité au sens de l'art. 321 a CO et que le terme frauduleux, signifie en droit anglais, une fausse représentation en raison d'une affirmation faite ou d'un comportement adopté intentionnellement ou par négligence afin d'obtenir un avantage matériel (duplique, p. 63 et 64 ; pièce 19 déf.). Selon le dictionnaire., une fraude est une tromperie ou une falsification punie par la loi. En ce qui concerne I, aucun élément de la procédure ne permet de retenir qu'il a commis des actes malhonnêtes et frauduleux afin d'en retirer un avantage pécuniaire. Le 13 août 2001, la demanderesse a effet écrit à la défenderesse pour lui indiquer que ses investigations n'avaient pas établi que I avait commis des actes pénalement répréhensibles avec un dessein d'enrichissement illégitime (pièce 5 bis dem.). Cela a été confirmé lors des enquêtes par les témoins PE et P qui ont tous les deux indiqué que I n'avait pas respecté les règles de diligence professionnelle mais qu'il n'avait pas agi dans le but de s'enrichir indûment, raison pour laquelle la banque n'avait pas déposé plainte pénale contre lui, étant précisé que I travaille actuellement pour la Banque cantonale du Tessin (pv du 3.5.05, p. 4, 7, 9 et 10). Le Tribunal retiendra par conséquent que la responsabilité des défendeurs n'est pas engagée en ce qui concerne les pertes subies par la banque et résultant des actes de I. En ce qui concerne C, il ressort de la procédure qu'il a acheté pour des clients qui souhaitaient une gestion conservatrice des titres SS et RC, qui étaient très spéculatifs et non cotés en bourse, sans l'accord des clients en question. C a attribué une valeur fictive à ces titres, ce qui a eu pour résultat de faire croire, dans un premier temps, à la banque et aux clients que ces titres n'avaient pas perdu de valeur au moment où le marché des nouvelles technologies s'est effondré (pièce 13 dem. ; audition d'E, pv du 7.6.05, p. 14). Les chiffres de C étaient bons et il était cité en exemple aux autres gestionnaires (témoin PE, pv du 3.5.05), ce qui lui permettait d'obtenir des primes et des bonus. C/22711/2003-8 P J

- 28/32- C a caché aussi longtemps qu'il l'a pu la situation réelle, tant à ses employeurs qu'à ses clients (pièces 13 dem.). Il y a lieu de considérer que les actes précités sont malhonnêtes au sens où le définissent les défendeurs, à savoir qu'il s'agit d'actes violant le devoir de fidélité de l'employé et du mandataire. Ces actes sont également frauduleux, en ce sens qu'ils sont constitutifs de tromperie, car C a trompé tant son employeur que ses clients sur la nature et sur la valeur des titres acquis pour les clients de la banque. Les défendeurs n'ont d'ailleurs, comme le relève la demanderesse, contesté l'existence d'actes malhonnêtes et frauduleux de C ni dans leur réplique, ni dans leur duplique. (2) Actes commis afin d'en retirer un avantage pécuniaire pour l'employé ou pour un tiers Il convient maintenant de déterminer si C a commis ces actes afin d'en retirer un avantage pécuniaire autre que des" primes, commissions ou bonus, hypothèses qui sont expressément exclues de la couvertures d'assurance. La position de la demanderesse est essentiellement étayée par trois documents manuscrits signées par C à l'issue d'entretiens qu'il a eu avec les représentants de la banque, à savoir deux déclarations datées du 13 juillet 2001 (pièce 9) et une déclaration datée du 24 juillet 2001, rédigée par Monsieur A employé de la banque, mais signée par C (pièce 6

dem., témoin K, pv du 7.6.05, p. 20). Dans ces documents, C reconnaît d'une part avoir reçu des cadeaux de M et V et, d'autre part, avoir commis des irrégularités dans le but d'obtenir un enrichissement personnel. Ces documents sont pas suffisants pour démontrer que les conditions prévues par le contrat d'assurance sont réalisées. En effet, en application des principes de procédure civile genevois exposés ci-dessus (art. 222 LPC), ces déclarations n'ont pas valeur de preuve dans la mesure où elle n'ont pas été confirmées oralement par leur auteur. Aucune des personnes concernées (C, M, V ou Monsieur A) n'a d'ailleurs été citée comme témoin. De plus, C est revenu sur la teneur de ces déclarations quelques mois plus tard, en octobre 2001, indiquant qu'il avait agi sous la contrainte d'une dénonciation pénale par la banque (pièce 182 dem.). C/22711/2003-8 P,114

- 29/32- Le compte rendu par Monsieur K des déclarations M n'a pas non plus de valeur probante, pour les mêmes motifs (pièce 15 dem.). En tout état de cause, même si l'on devait retenir que les faits énoncés dans ces documents sont véridiques, cela ne suffirait pas à démontrer que la couverture d'assurance est donnée, et cela pour deux raisons. En premier lieu les avantages en nature décrits dans la pièce 6 dem. (cadeaux à l'occasion d'un mariage, présents venant de boutiques de luxe, sorties, repas) restent dans le cadre de ce qui est usuel dans le domaine de la banque privée, qui s'adresse à une clientèle particulièrement aisée. Les sommes en espèces que C dit avoir reçues de M, compte tenu de leur montant relativement modeste (quelques milliers de CHF), doivent quant à elles être considérées comme des commissions expressément exclues de la couverture d'assurance. D'ailleurs, lorsque les dirigeants de la banque ont pris connaissance de la déclaration de C du 13 juillet 2001 indiquant que celui-ci avait reçu divers avantages de la part de V et M, ils ont estimé que cela ne suffisait pas pour démontrer une fraude, (témoin PE pv du 3.5.05, p. 4 et 5). Deuxièmement, rien ne démontre que les cadeaux de V et M à C ont été offerts afin d'inciter à acheter des titres SS et RC. Or, c'est l'achat de ces titres qui a, pour l'essentiel, causé le dommage dont la banque se prévaut. En dehors des déclarations signées par C, aucun élément de la procédure n'établit que celui-ci aurait agi dans un but de retirer un avantage financier autre que l'augmentation de ses primes et bonus. Dans leur rapport du 23 octobre 2001, les auditeurs de la banque indiquent avoir analysé les comptes de C et de sa familles afin de rechercher des preuves de son intéressement. Ils n'ont rien trouvé de probant (pièce 13 dem., p. 6). Interrogé sur ce point par le Procureur tessinois, P, chef de l'audit, indiquait n'avoir pas constaté de prélèvement direct de C sur les comptes de clients, en dehors d'un prélèvement de CHF 21'420.- opéré sur le compte de V (pièce 186 bis dem., pv d'audition, p. 5). A cet égard, il convient de relever que C a indiqué avoir fait ce prélèvement à la demande de V, pour payer des factures (réplique, p. 26), et que V n'a jamais émis de réclamation concernant ce montant. P a également indiqué au juge d'instruction que M avait déclaré avoir remis de l'argent à C pour qu'il le verse C122711/2003-8 PJ14

- 30/32- sur les comptes de clients, ce qui, d'après elle, n'a pas été fait. Rien ne vient cependant étayer la véracité de ces allégations, qui n'ont pas été confirmées oralement par M, conformément à la LPC. Il convient également de relever que M a été condamnée pénalement pour ses agissements en rapport avec la D, de sorte que ses déclarations doivent être appréciées avec réserve. Dans sa plainte pénale, la D allègue que C aurait « probablement » reçu de V une partie des rétrocessions que la banque versait à celui-ci (pièce 174 bis dem.). Aucun élément de la procédure ne vient cependant corroborer ces allégations. La demanderesse s'est montrée particulièrement discrète sur le contenu de la procédure pénale à l'encontre de C. Elle n'a pas indiqué pour quel motif elle n'avait produit

aucun procès-verbal d'audience, à l'exception de celui relatif à l'audition de P qui avait été communiqué en 2002 à l'assurance, ni produit copie de la décision de non-lieu prononcée à l'égard de C, ni copie de l'arrêt annulant cette décision. Bien que ledit arrêt date de juin 2003, aucune information concrète n'a été fournie par la demanderesse sur l'état actuel de la procédure pénale. La demanderesse n'a pas allégué que C aurait commis les actes incriminés afin de procurer un avantage pécuniaire à un tiers avec lequel il était de connivence. Au demeurant les éléments figurant à la procédure ne démontrent pas que tel serait le cas. V a touché des commissions sur la base d'un contrat passé avec la banque, et il n'est pas démontré que ces commissions étaient en rapport avec l'achat par C des actions SS et RC (pièce 13 dem.). Aucune pièce ni aucun témoignage n'indique non plus que M a touché des avantages pécuniaires en relation avec les actes reprochés à C. Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal retiendra que les actes commis par C l'ont été uniquement afin d'augmenter son propre chiffre d'affaires et de percevoir des bonus supplémentaires, hypothèse expressément exclue de la couverture d'assurance. La demanderesse a d'ailleurs expressément indiqué dans sa réplique que C avait touché un gain indu, par le biais de bonus, en mettant en avant des performances fictives (réplique, p. 25). Cette hypothèse a aussi été mentionnée par P lors de son audition devant le juge d'instruction tessinois. Pa en effet déclaré que C avait reçu de la part de son employeur des primes se rapportant aux opérations générées par son activité irrégulière (pièce 186 bis dem., pv d'audition, p. 5).  
G22711/2003-8 PJ1J

- 31/32- Les conditions posées par la clause d'assurance n° 1 n'étant ainsi pas réalisées, la X doit être déboutée des fins de sa demande sans qu'il soit nécessaire d'examiner les autres arguments soulevés par les défendeurs. D. La demanderesse, qui succombe, sera condamnée aux dépens de la procédure qui comprendront une indemnité de CHF 50'000.- à titre de participation aux honoraires d'avocat des défendeurs (art. 176 al. i LPC).  
C/22711/2003-8 N.)14

- 32/32-

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.