



POUVOIR JUDICIAIRE

C/22711/2003-8

JTP1/9860/2006

JUGEMENT

DU TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE

8ème Chambre

DU JEUDI 22 JUIN 2006

Entre

X, demanderesse

comparant par Me Philippe NEYROUD, avocat, en l'Etude duquel elle élit domicile.

Et

Y, représentés par leur mandataire général

pour la Suisse, défendeurs comparant par Me Wolfgang PETER, avocat, en l'Etude duquel ils élisent domicile.

Le présent jugement est communiqué pour notification aux parties par le greffe le

EN FAIT

1. La société D (ci-après D) était une banque dont le siège était à Genève. Le 19 juin 2002, la D a fusionné avec X (ci-après X) qui en a repris l'actif et le passif (pièces 1 et 2 dem.).
2. Le 10 mars 1999, les auditeurs internes de la D a rendu un rapport portant sur l' « *administration et surveillance des crédits, et contrôles divers* » pour la succursale de Lugano de la D (rapport n° 11/99 ; pièce 1 déf.).

Les auditeurs ont sélectionné un certain nombre de clients et ont vérifié que les engagements et mancos étaient couverts par des facilités de crédit dûment approuvées. En conclusion, les auditeurs relèvent qu'il n'ont « *pas relevé de problème particulièrement important comportant un risque pour la banque. Des recommandations pour corriger ou améliorer des points mineurs ont été formulées et acceptées pour la plupart* ». Ils précisent qu'ils entendaient effectuer un contrôle de la mise en place de ces recommandations et qu'ils feraient un rapport ultérieur.

3. Le 1^{er} septembre 2000, C a été nommé directeur de la succursale de Lugano, remplaçant le directeur précédent, en place depuis 30 ans, qui prenait sa retraite. Dans les faits, C assurait déjà la direction de la succursale depuis avril 2000. Le directeur précédent assurait correctement la marche des affaires de la succursale (pièce 186 bis dem., pv d'audition de P dans la procédure pénale tessinoise, p. 3).
4. Le 15 octobre 2000, les auditeurs de la D ont rendu un nouveau rapport concernant la succursale de Lugano, portant cette fois-ci sur « *l'administration, surveillance de la gestion et contrôles divers* » (rapport n° 18/2000 ; pièce 2 déf.).

Ce rapport, qui était rédigé à l'intention de la direction de la banque et de C, comportait un document récapitulatif (pièce 2 déf.), auquel était annexé des notes détaillées (pièce 440 dem.)

Le document récapitulatif indique que la révision portait sur la revue des méthodes de travail de la gestion et la vérification du respect des règles et procédures internes de la banque. Les auditeurs ont également effectué le suivi des recommandation émises suite à leur rapport de mars 1999 (pièce 2 déf.).

Les auditeurs concluait que les directives de la direction étaient appliquées et qu'il n'y avait pas de crédit comportant un risque pour la banque. Les auditeurs relevaient trois points principaux à savoir :

L'existence d'investissements effectués par deux gestionnaires sur la base d'un mandat de gestion verbale. Cette pratique comportait pour la banque un risque qualifié d'élevé par les auditeurs, car la confiance entre le client et le gestionnaire ne mettait pas la banque à l'abri d'une contestation. Les auditeurs préconisaient d'obtenir pour tous les dossiers des instructions écrites de la part du client (pièce 440 dem., p. 2).

Dans le cas d'une transaction portant sur CHF 404'000.- sur un compte de passage, le formulaire permettant d'identifier l'arrière plan économique de la transaction n'avait pas été rempli. Les auditeurs qualifiaient le risque de fort au regard des règles sur le blanchiment et demandaient de la documentation sur ce dossier, documentation qui leur a été fournie par la Direction (pièce 440 dem., p. 3).

217 clients avaient des titres qualifiés à risques selon les instructions de l'Association suisse des banquiers (ASB) et n'avaient pas signé le formulaire indiquant qu'ils étaient conscients des risques. Les auditeurs qualifiaient le risque de moyen et préconisaient que la brochure « *Opérations sur valeurs mobilières à risque particuliers* » soit envoyée à tous les clients, ce qui a été fait (pièce 440 dem., p. 6).

Des opérations spéculatives avaient été remarquées sur les comptes n° XXX, dont la titulaire était M (pièce 13 dem., p. 6) et n° YYY, étant précisé que le titulaire du premier compte gérait le second et que les avoirs du second compte étaient nantis pour garantir le premier. L'auditeur a demandé que le titulaire du compte nanti soit averti par lettre, ce qui a été immédiatement fait, de sorte que la situation a été qualifiée de régularisée. Le risque était qualifié de moyen (pièce 440 dem., p. 2 et 3).

Les autres points relevés dans les notes détaillées annexées au rapport concernaient diverses questions accessoires en relation avec la documentation relative aux comptes, pour lesquelles le risque était qualifié de moyen à faible.

5. La D était assurée depuis plus d'une quinzaine d'année auprès d'un syndicat de Y's pour les dommages résultant d'une fraude de ses employés ; chaque année, elle devait remplir un questionnaire, étant précisé qu'il fallait du temps pour rassembler les informations, de sorte qu'il était usuel que la police soit conclue avec effet rétroactif. Chaque contrat était conclu pour une durée d'une année (témoins Didier PE, pv du 3 mai 2005, p. 2 et 3 ; Henri K, pv du 7.6.05, p. 17).

-
6. Le 22 décembre 2000, la D a conclu avec un syndicat d'assureurs Y's (ci-après l'assureur), par l'intermédiaire des courtiers d'assurance G à Genève et W Ltd (ci-après W) à Londres, une police d'assurance ME ZZZ, avec effet rétroactif au 29 novembre 2000.
 7. Dans le cadre de la conclusion de cette police, la D a répondu à un questionnaire qui lui avait été soumis par W (pièce 3 déf.).

La D a répondu négativement à la question n° 15 ayant la teneur suivante :
« *Le Contractant, après avoir fait une recherche approfondie, a-t-il connaissance de, ou des informations sur quelque circonstance susceptible de donner lieu à une constatation de sinistre ou une réclamation formulée à son encontre, ou n'importe laquelle de ses filiales ou succursales concernées par ce questionnaire ? En cas de réponse positive, veuillez préciser* » (pièce 3 déf., p. 15).

8. La clause d'assurance n° 1 de cette police, intitulée « *Infidélité* » couvre « *La perte, y compris la perte de biens, en raison de et directement causée par un ou plusieurs actes malhonnêtes et frauduleux d'un des employés de l'Assuré, où qu'ils aient été commis et qu'ils aient été commis seul ou en collusion avec d'autres, que ces actes aient été commis par l'employé avec l'intention de provoquer une perte à l'Assuré, ou, dans la mesure où l'Assuré en est juridiquement responsable, à l'un des clients de l'Assuré, ou d'obtenir un gain financier pour lui ou pour un tiers agissant en collusion avec ledit employé.*

Toutefois, en matière de prêts et de négoce, il est convenu que la présente police couvre seulement la perte résultant directement d'actes malhonnêtes et frauduleux commis par un employé de l'Assuré afin d'en retirer (1) un avantage pécuniaire pour l'Employé, ou (2) un avantage pécuniaire pour une autre personne ou organisation avec lesquelles l'employé commettant l'acte malhonnête et frauduleux était de connivence.

Les salaires, commission, 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.).

Le contrat précise à cet égard que le terme « *Négoce inclut toutes opérations effectives, fictives ou prétendues d'achat, vente ou échange, ainsi que d'autres opérations sur titres et instruments similaires, devise, monnaies et matières premières, ainsi qu'une participation en elles, des instruments dérivés sur swaps, options, futur, indices et autres instruments similaires* » (art. 13 b) des définitions générales ; pièce 3 bis dem., p. 14).

L'art. 6 des conditions générales, prévoit, sous le titre « *Honoraires et frais de procédure* » que « *Les souscripteurs dédommageront l'Assuré de tous les honoraires, frais et dépenses raisonnables engagés et payés par l'Assuré pour se défendre contre toute demande, prétention, action ou procédure judiciaire en regard desquelles l'Assuré établi que l'acte ou les actes qui ont été commis lui donneraient droit à une indemnité aux termes de la présente police, dans la mesure où il en résulterait un quelconque dommage. Une telle indemnité viendra en sus des limites prévues au point 6 du tableau récapitulatif de la police* » (pièce 3 bis dem., p. 21).

L'art. 5 des conditions générales prévoit, sous le titre « *Annonce du dommage ; preuve du dommage ; procédure* » que, « *Comme condition de son droit d'être indemnisé aux termes de la présente police, l'Assuré devra, aussitôt que possible, et en tous les cas dans les 30 jours dès la découverte par l'Assuré d'un dommage assuré, annoncer ledit dommage par écrit aux Souscripteurs.*

L'Assuré devra également, dans les 6 mois ou dans un autre délai convenu avec le Souscripteur principal après ladite découverte, fournir aux Souscripteurs la preuve positive du dommage avec tous les détails.

Une procédure judiciaire en recouvrement de tout dommage couvert par la présente police ne pourra pas être engagée après l'échéance d'une durée de 2 ans à compter de la découverte d'un tel dommage, sous réserve d'une action ou procédure en recouvrement fondée sur tout jugement rendu contre l'Assuré dans le cadre d'un quelconque procès qui pourra être engagé dans les 2 ans à compter du moment où ledit jugement sera entré en force.

Si le délai précité de 2 ans devait être interdit par une quelconque loi applicable à la présente police, ledit délai serait modifié pour être rendu égal au délai minimal autorisé par ladite loi. » (pièce 3 bis dem., p. 5).

Selon le contrat, tout sinistre doit être notifié à G à Genève (pièce 3 dem., p. 1).

La police d'assurance prévoit que le Tribunal compétent en cas de litige est celui du domicile suisse de l'assuré ou du bénéficiaire, étant précisé que le mandataire général pour la Suisse des souscripteurs de Y's est autorisé à les représenter pour tout litige (art. 8 des conditions générales figurant au début de la police, pièce 3 bis dem., p. 3).

Le droit applicable est le droit suisse, en particulier les dispositions de la Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (art. 10 des conditions générales figurant au début de la police). L'interprétation et le sens des dispositions prévues par la police d'assurance doivent être déterminés

conformément au droit suisse et au texte anglais (art. 7 des conditions générales figurant à la fin de la police) (pièce 3 bis dem., p. 3 et 22).

9. Le 2 mars 2001, l'auditeur interne de la D a rendu un nouveau rapport n° 5/2001 concernant la succursale de Lugano et portant sur les points suivants : « *Compte n° 000, administration et surveillance de la gestion* » (pièce 21 dem.). Des notes détaillées étaient annexées à ce rapport (pièce 441 dem.).

Ce rapport a été rendu suite à une demande de la Direction générale qui a constaté des mancos de marge que la succursale n'arrivait pas à réduire. Le contrôle, effectué du 23 janvier au 2 mars 2001, a porté sur le dossier de crédit n° 000 et a mis en évidence les points suivants : a) dossier lombard couvert par des titres hautement spéculatifs traités souvent au troisième marché du Nasdaq b) titres parfois traités hors-bourse et dans des volumes assez faibles ne permettant pas la vente rapide c) cessions de titres à d'autres clients au prix de revient avec règlement en compte d) dépassement de compétence lors de transferts qui auraient dû être entérinés par le siège. Les opérations effectuées sur ce compte ont été faites d'entente avec le client (pièce 441 dem., p. 5).

A part le compte n° 000, l'auditeur relève I, responsable de la gestion coordonnée depuis novembre 1999, a mis dans les dossiers offensifs et les dossiers mixtes des clients un certain nombre de valeurs à haut risque, qui ne sont pas cotées dans un marché organisé mais sur l'OTC et qui n'entrent pas dans les caractéristiques du mandat de gestion de l'ASB, et les a recommandés aux autres gestionnaires. 250 clients semblent concerné et le risque potentiel de réclamation est estimé à CHF 14,7 millions. Le rapport préconise une révision de l'évaluation des titres afin d'éviter le maintien d'anciens prix ou du prix de souscription ainsi qu'une révision de l'organisation et de la surveillance de la gestion coordonnée pour empêcher qu'un employé puisse influencer ses collègues à investir dans des titres ne devant pas entrer dans la politique de gestion de la banque.

Dans les notes détaillées, les auditeurs relèvent, comme ils l'avaient déjà fait dans leur précédent rapport, qu'il y a plusieurs dossiers qui sont gérés sans que le client ait conféré de mandat écrit sur la formule ad hoc de l'ASB. Selon les auditeurs, cela crée un risque très élevé de réclamation de la part des clients (pièce 441 dem., p. 11).

Les notes détaillées précisent en outre que I, qui a acheté ces valeurs sur le conseil du client n° 000, qui était lui-même intéressé dans ces sociétés (pièce 441 dem., p. 11), a bénéficié de trop de liberté pour choisir ses investissements et a commis, ainsi que ses collègues, l'erreur de ne pas réagir lorsque les sociétés ne sont pas entrées en bourses comme convenu. C, directeur de la succursale n'a pas correctement surveillé ses

collaborateurs. Le rapport précise que les deux révisions effectuées en 2000 n'ont pas révélé le problème dans toute son ampleur.

L'auditeur qualifie d'élevé le risque de réclamation lié à l'achat de titres spéculatifs (pièce 441 dem., p. 9) et d'élevé le risque lié au défaut de surveillance des employés de la succursale de Lugano (pièce 441 dem., p. 14).

10. Le 10 avril 2001, I a démissionné avec effet immédiat (pièce 467 bis dem.).
11. Dès le 10 avril 2001, la D a commencé à indemniser certains clients qui avaient formulé des réclamations au motif que des titres spéculatifs avaient été placés sans leur accord dans leurs portefeuilles (réplique, p. 13, ch. 30).
12. Le 11 avril 2001, la D a accusé réception de cette démission, précisant que la relation de travail n'aurait pas pu se poursuivre au motif que les agissements de I, « *contraires à toute logique et surtout contraires à toutes procédures en vigueur* » pouvaient amener la banque à subir de considérables pertes (pièce 468 dem.).

La D précisait qu'elle continuait ses investigations et qu'elle réservait tous ses droits à son encontre.

13. Le 20 avril 2001, la D a écrit à G en ces termes : « *Suite à notre entretien téléphonique de ce jour, nous vous notifions qu'un contrôle auprès de notre succursale de Lugano a fait apparaître qu'un certain nombre de transactions sur titres, intervenues principalement au cours de l'automne 2000, n'avaient pas été effectuées dans le strict respect des réglementations professionnelles en vigueur dans notre branche d'activité. Nos premières investigations ne permettent pas de conclure qu'un/des employé(s) de notre succursale de Lugano ont commis des actes délictueux. Toutefois le cours ordinaire des choses nous donne à penser qu'il n'est pas exclu que des actes d'ordre pénal aient été commis avec un dessein d'enrichissement illégitime. Nous continuons à investiguer activement et reviendrons vers vous. Nous ne pouvons à ce stade chiffrer le dommage auquel nous sommes exposés si des transactions ont été effectuées sans l'accord des clients concernés. Le risque potentiel s'élève à plusieurs millions* » (pièce 5 dem.).
14. Le 27 avril 2001, la D a signifié un blâme à C, au motif que des erreurs graves de gestion avaient été relevées dans la succursale dont il était responsable (pièce 175 dem.).

La D reprochait à son employé d'avoir omis de contrôler les affaires de la succursale, de n'avoir pas respecté les règles professionnelles et les procédures internes et d'avoir autorisé ou procédé, pour le compte de clients, à des

investissements qui ont provoqué des pertes importantes. De plus, C n'avait pas informé la Direction générale en temps voulu.

Le paiement du bonus de C a été suspendu. La banque précisait qu'elle poursuivait ses investigations sur les dommages et les responsabilités et réservait ses droits. Elle ajoutait que C devait contacter la clientèle lésée, lui expliquer la situation et obtenir de sa part des bien-trouvés détaillés.

15. Le 13 juillet 2001, à l'issue d'une réunion avec les responsables de la banque (pièce 10 dem.) C a signé deux déclarations (pièce 9 dem.) indiquant qu'il avait reçu divers avantages de Mme M et de V soit :

De la part de Mme M : « *des cadeaux divers pour plusieurs milliers de CHF, quelques milliers de CHF en cash, des cadeaux à l'occasion de [son] mariage en septembre 2000 et la promesse de [lui] faire participer à ses gains boursiers, au moyen de primes* ».

De la part de V : « *des cadeaux pour plusieurs milliers de CHF à l'occasion de [son] mariage en septembre 2000, des repas dans des restaurants renommés à Milan principalement, ainsi qu'à Lugano, des sorties dans des boîtes de nuit à Milan, des cadeaux divers style cravates, assiettes Hermès* ».

16. Le 24 juillet 2001, C a signé un document ayant la teneur suivante : « *Je reconnais par la présente d'avoir commis des irrégularités dans un but d'obtenir un enrichissement personnel. Je regrette d'avoir mis la banque dans cette situation et je m'excuse* » (pièce 6 dem.). Ce document a été signé par C à l'issue d'une réunion avec les responsable de la D. Le texte de ce document a été rédigé par A, employé de la D (témoin K, pv du 7.6.05, p. 20 ; pièce 10 dem.).
17. Le 25 juillet 2001, C a donné sa démission avec effet au 31 juillet 2001 (pièce 176 bis dem.).
18. Le même jour, la D accusait réception de la lettre de C et lui indiquait que, vu les circonstances, elle considérait que les rapports de travail prenaient fin immédiatement (pièce 177 bis dem.).
19. Le 13 août 2001, la D a écrit en ces termes à G, suite à une réunion qui s'était tenue le 8 courant et suite à des entretiens téléphoniques antérieurs : « (...) *nous vous confirmons les points ci-dessous : En référence à notre lettre du 20 avril écoulé, nos investigations n'ont pas permis d'établir à ce jour que le cadre de Lugano que nous visions dans notre susdite lettre, à savoir*
-

l'ex-responsable de la cellule mandat de gestion (gestion coordonnée), avait commis des actes pénalement répréhensibles avec dessein d'enrichissement illégitime. Nous avons toutefois déjà été amenés à indemniser un certain nombre de clients. Nos investigations ont néanmoins permis de découvrir qu'un autre cadre important de notre succursale de Lugano, à savoir son directeur, avait effectué des transactions comparables à celles visées dans notre lettre du 20 avril. Interrogé, celui-ci a admis avoir agi dans un but d'enrichissement personnel. Il n'est aujourd'hui plus membre de notre personnel. L'équipe d'audit interne de la banque est actuellement sur place pour faire une analyse complète de la situation. Elle doit rendre un rapport détaillé d'ici la fin du mois d'août. Les investissements litigieux portent en tous cas sur plus de 10 millions de francs suisse. Comme convenu, nous ne manquerons pas de vous informer du résultat des investigations en cours, au plus tard début septembre (pièce 5 bis dem.).

20. Le 31 août 2001, la société R Ltd, qui est devenue par la suite CT Services (ci-après CT) a fait savoir à G qu'elle avait été mandatée par l'assureur afin de procéder à une enquête sur le sinistre annoncé par la D (pièce 4 bis déf.).

CT demandait à la D de remplir un questionnaire et de préparer divers documents. Elle proposait en outre de rencontrer les auditeurs de la D.

21. Le 7 septembre 2001, les auditeurs de la D ont rendu un nouveau rapport intitulé «*suivi de notre rapport n° 5/2001* » (pièce 179 dem.) auquel des notes détaillées sont annexées (pièce 180 dem.).

Ce rapport vise à déterminer le risque potentiel en analysant les clients concernés par les investissements spéculatifs dans la nouvelle économie et dans des marchés très étroits.

Les auditeurs relèvent dans les notes détaillées que la plupart des souscriptions de titres spéculatifs ont été faites par I ; ils ajoutent que la banque n'a pas respecté son devoir d'information en omettant d'informer les clients des risques encourus sur ce genre d'investissements (pièce 180 dem., p. 4).

Au 5 septembre 2001, des arrangements avaient été signés avec 20 clients pour un montant de CHF 2'767'393.-. Au 31 août 2001, la banque avait encore fait des propositions de remboursement à 16 clients pour un montant de CHF 1'237'800.-.

Il est mentionné qu'un client a déposé plainte pénale contre la banque et l'a retirée contre un dédommagement de CHF 450'000.-, plus la couverture du débit du compte en CHF 115'997,90. Le procureur a décidé de classer l'affaire après avoir entendu I et C (pièce 180 dem., p. 6).

Le rapport énonce encore les mesures prises pour réorganiser la succursale de Lugano.

22. Le 18 septembre 2001, C a écrit à la D pour lui demander pour quelle raison les montants qui lui étaient dus à titre de solde de vacance, 13^{ème} salaire, [etc. au](#) jour de la résiliation du contrats ne lui avaient pas encore été versés. Il précisait qu'il pensait « *vous avoir démontré et apporté, au cours de ces dernières semaines, toute ma collaboration à l'égard de vos demandes* » (pièce 181 bis dem.).
23. Le 25 septembre 2001, la D a répondu à cette lettre en remettant à C un certificat de travail sous la forme d'une attestation sur la nature et la durée des rapports de travail (pièce 186 dem.).

La D soulignait qu'elle n'était pas en mesure de se prononcer sur son travail de son ex-employé tant que les investigations en cours de son audit interne ne seraient pas terminées, mais constatait que les actes de C étaient d'une gravité certaine et indiquait réserver ses droits. Elle ajoutait que toute somme qui serait due à C viendrait en déduction du montant du prêt qui lui avait été accordé en mai 2001, étant précisé que le montant restant dû était de CHF 88'451,95 en capital, plus intérêts.

24. Le 2 octobre 2001, CT a rencontré les responsables de la D (pièce 4 bis déf.).
- .
25. Le 10 octobre 2001, C a fait savoir à la D, par l'intermédiaire de son avocat, qu'il avait été forcé d'admettre avoir commis des irrégularités dans un but d'enrichissement personnel, ce qui était faux et qu'il avait été contraint de résilier immédiatement son contrat de travail sous menace de dénonciation pénale (pièce 182 dem.).

C relevait qu'il souffrait à l'époque de dépression de sorte qu'il n'était pas en état de prendre librement ses décisions. Il estimait n'avoir commis aucune faute et réclamait diverses indemnités (salaire, bonus, vacances).

26. Le 12 octobre 2001, CT a envoyé à W, à l'intention de l'assureur, un rapport préliminaire sur le sinistre annoncé par la D et a sollicité des instructions de la part de sa mandante (pièce 4 déf.).

CT relevait qu'elle estimait que la D n'avait pas fourni suffisamment d'informations pour qu'elle puisse se prononcer sur la question de savoir si la responsabilité de l'assureur était donnée. CT relevait en outre qu'il semblait que W avait été informée avec retard de la survenance du sinistre

-
27. Le 19 octobre 2001, W a répondu à CT qu'elle estimait que la D avait communiqué un avis de sinistre en avril. W précisait que la banque pensait que les irrégularités commises par le second employé étaient liées au premier sinistre, mais qu'elle ne s'est aperçue que plus tard qu'il s'agissait d'un sinistre différent (pièce 5 déf.).
28. Le 23 octobre 2001, les auditeurs de la D ont rendu un rapport portant sur «*Monsieur C - irrégularités constatées et risque potentiel*» (pièce 13 dem.)

Ce rapport indique que, suite aux déclarations de clients et aux irrégularités constatées à la succursale de Lugano, la direction a convoqué C le 13 juillet 2001 pour qu'il s'explique. A cette occasion, C a reconnu avoir reçu des avantages de la part de Madame M et de V (espèces, cadeaux, promesse de participation aux gains boursiers et invitations) et a confirmé ses déclarations par écrit. Le 24 juillet, à la fin du délai de réflexion qui lui avait été imparti, il a signé une déclaration complémentaire selon laquelle il reconnaissait avoir commis des irrégularités dans le but d'obtenir un enrichissement personnel. Le 25 juillet 2001, il a remis sa démission pour le 31 juillet 2001. Cette démission a été acceptée, mais avec effet immédiat.

Selon ce rapport, V, gérant externe, titulaire du comte n° VVV a été présenté à C par Mme M dans le courant du deuxième semestre 1999. V a proposé divers investissements qui ont été profitables dans un premier temps. Il a ensuite été un apporteur d'affaires puis un gérant externe. A ce titre il a ouvert 23 comptes où il avait un mandat de gestion. Des clients ont indiqué que C les avaient convaincus de conférer un mandat de gestion à V, qu'ils ne connaissaient pas.

V a perçu pour son activité des commissions en CHF 115'495.- entre le 1er janvier 2000 et le 31 mars 2001. La convention de rétrocession a été annulée par la banque le 26 septembre 2001 avec effet immédiat au motif de violation par le mandataire des lois et des règles de l'éthique bancaire et des ses obligations.

Les 17 juillet et 18 août 2000, C a prélevé CHF 12'000.- et CHF 9'420.- du compte de V, sans que l'on sache s'il a conservé cet argent ou s'il l'a remis à V.

Sur les conseils de C, la banque a pris des participations en Euros 1'280'160.- et 500'000.- dans les sociétés GE - S et A. La première de ces sociétés est un négociant italien en valeurs mobilières et la deuxième société n'a jamais eu d'activité et va être liquidée.

Le 13 décembre 2000, Monsieur V a annulé six mandats de gestions. C a conservé les documents relatifs à l'annulation de trois de ces mandats sans avertir les clients concernés et a continué à effectuer des opérations sur les comptes en question sans l'accord des clients.

Les auditeurs relèvent que deux placements privés conseillés par V comportent de gros risque à savoir les actions « RCSA » (anciennement « Co », ci-après « RC ») et « SS » (ci-après « SS »).

Ces deux sociétés devaient entrer en bourse fin 2000 début 2001, mais cela n'a pas été le cas. Les cours indiqués par C étaient arbitraires, étant précisé que ces actions n'étaient pas cotées officiellement. C a présenté, comme seul justificatif du prix, une copie caviardée d'un contrat de gré à gré daté de mars 2001 indiquant une vente de 15'000 actions effectuée au prix de CHF 270.-. Les clients n'étaient pas au courant des risques encourus avec ces placements.

Madame M avait quant à elle un mandat de gestion externe sur 8 comptes, sur lesquelles elle exerçait une gestion spéculative, ce qui avait déjà été relevé dans des rapports d'audit de 1999 et, 2000. Madame M a informé la banque le 2 septembre 2001 qu'elle avait remis en espèce ITL 179 millions qui auraient dû être transférés sur des comptes de clients mais qui ne l'ont pas été.

Les auditeurs ont recherché les preuves de l'intéressement de C et ont analysé ses comptes et ceux de sa famille. Ils ont constaté qu'il avait utilisé le compte de son père pour des opérations privées le concernant.

Les auditeurs relèvent que C a violé les règles internes de la banque et les règles professionnelles et éthiques en omettant de surveiller la gestion de Massimo I, en omettant d'aviser la Direction générale lorsque les problèmes sont apparus dans toute leur ampleur dans le dernier trimestre 2000 et en poussant les employés à violer les procédures internes et les règles éthiques.

Le rapport indique enfin qu'au 11 octobre 2001 la banque avait signé des arrangements avec 41 clients pour un montant de CHF 4'050'589,95.

29. Le 15 novembre 2001, la D a indiqué à G, conformément à sa requête, quelles étaient les mesures qu'elle avait prises suite au départ du directeur de la succursale de Lugano (pièce 14 dem.).
30. Le 11 décembre 2001, la D a écrit à G pour lui communiquer certains renseignements que celle-ci avait demandé concernant le fonctionnement de son audit interne. Elle ajoutait que, en dehors du cas de Lugano, les quelques

procès engagés contre elle à ce jour ne tombaient pas dans le champ de couverture de l'assurance (pièce 16 dem.).

31. Le 28 décembre 2001, la D a déposé plainte pénale à Lugano contre C pour gestion déloyale (pièce 174 bis dem.).

Cette plainte reprenait pour l'essentiel les éléments de fait ressortant du rapport d'audit du 23 octobre 2001.

La D exposait que C avait acheté pour des clients des titres spéculatifs à hauts risques (SS et RC) sans l'autorisation des clients et qu'il avait agi de la sorte afin de se procurer ou de procurer à d'autres un profit indu.

La D expliquait notamment que V, qui agissait comme gestionnaire externe pour la banque et comme apporteur d'affaires, avait reçu pour CHF 115'495.- de rétrocessions de la part de la banque et que C avait probablement reçu de l'argent de la part de V ; il avait en tout état de cause retiré CHF 21'420.- sur le compte de V.

La D relève également que M lui avait dit avoir remis de l'argent en espèce à C afin qu'il soit crédité sur des comptes, ce qui n'a pas été fait.

32. Le 15 février 2002, P, responsable du contrôle de l'audit interne de la D a été entendu par le Procureur de Lugano (pièce 186 bis dem.).

P a expliqué que l'audit effectuait en général deux inspections par an à Lugano. La première inspection avait eu lieu en janvier 2000 et la seconde en septembre 2000. C'est entre le 23 janvier et le 2 mars 2001 que des problèmes graves ont été détectés à Lugano en relation avec un compte 21'110 géré par I. Ce compte n'avait rien à voir avec « l'affaire RC » (pièce 186 bis dem., pv d'audition, p. 5).

Interrogé sur la question de savoir quel était le gain retiré par C, P a précisé ce qui suit : *«je n'ai pas observé de prélèvement direct de C au débit de comptes de clients, sauf dans un cas, celui du compte de V (...) pour un total de CHF 21'420.--. Toutefois, je n'exclus pas que le gain que C a pu tirer des opérations incriminées soit rapportable, par exemple, à des rétrocessions qu'il pourrait avoir partagées avec V (...) accordées par la banque. Je ne peux pas (...) exclure que le gain (...) puisse aussi être constitué de la quote-part de prime qu'il recevait de la banque et qui se rapportait à toute une série d'opérations générées par ses activités irrégulières. (...) C aurait reçu, aux dires de Mme M, 170'000'000 de liras italiennes en*

espèces afin qu'il les verse sur 3 comptes (...), circonstance qui, selon Mme M, ne s'est jamais vérifiée » (pièce 186 bis dem., pv d'audition, p. 5).

33. Le 1^{er} mars 2002, les auditeurs de la D ont rendu un rapport sur « *les irrégularités constatées et risque potentiel* » des opérations décrites dans les rapports précédents (pièce 442 dem.).

Le rapport relève qu'au 26 janvier 2002, les dédommagements octroyés étaient de CHF 14'859'214,50 et les dédommagements négociés de CHF 1'324'850.-.

Le risque potentiel à cette date pouvait être de CHF 4'000'000.- ou de CHF 12'800'000.- selon les critères pris en considération, étant précisé que la première possibilité était la plus probable.

34. Le 22 mai 2002, la D faisait savoir à G qu'elle avait déjà dédommagé des clients à hauteur de CHF 16'400'000.-.
35. Le 11 juin 2002, CT a eu un nouvel entretien avec les responsables de la D au sujet du sinistre.
36. Par e-mail du 17 juin 2002, CT a réclamé à la D toute une série d'informations, précisant que certains renseignements avaient déjà été requis par le passé (pièce 17 dem.).

CT demandait copie des documents fournis à l'appui des conclusions du rapport d'enquête initial de l'audit interne ; copie du dernier rapport d'audit interne concernant la succursale de Lugano, lequel avait été établi avant la découverte des faits incriminés ; copie des dossiers du personnel concernant C et du détail de ses actifs ; des renseignements sur le prêt accordé à C ; copie de la lettre de C par laquelle il confirmait avoir agi dans un but d'enrichissement personnel ; copie du manuel des procédures internes de la banque ; le montant des pertes remboursées à cette date ; l'évaluation du dommage total ; les documents exigés de la part des clients pour justifier leurs pertes et prouvant que les opérations litigieuses n'avaient pas été demandées par les clients eux-mêmes ; la raison pour laquelle les opérations litigieuses n'avaient été remarquées que le 23 mai 2001 alors qu'elles avaient été effectuées entre fin 2000 et début 2001 ; quelles étaient les intentions de la banque concernant des démarches pénales ; copie de tous les rapports d'enquête et d'audit interne concernant la plainte éventuelle ; copie de tous les contrats d'ouverture de comptes et de tous les mandats y relatifs conclus entre la banque et les clients lésés ; copie de tous les contrats/accords conclus entre la banque ou C et Monsieur V et Madame M.

37. Le 19 juin 2002, CT a établi un second rapport à l'intention de l'assureur (pièce 6 défi).
-

CT relevait que la D n'avait pas fourni suffisamment d'informations pour qu'elle puisse se prononcer sur la responsabilité de l'assureur, précisant qu'elle avait demandé des informations supplémentaires. Elle indiquait qu'elle restait dans l'attente des commentaires de l'assureur et qu'elle continuait ses investigations.

38. Par courrier du 20 septembre 2002, la X a remis à CT, suite à leurs entretiens et conformément à la demande de cette dernière, copie des documents suivants : rapports d'audit interne des 10 mars 1999 (n° 11/1999), 15 octobre 2000 (n° 18/2000) et 2 mars 2001 (n° 5/2001) ; documents relatifs aux procédures internes de la banque ; convention entre la banque et Mme M du 15 juillet 1997 ; convention entre la banque et V du 17 mars 2000 ; le récapitulatif des dédommagements versés aux clients au 10 septembre 2002 pour un total de CHF 16'530'727,50 ; les déclarations de C des 13, 24 et 25 juillet 2001 ; le certificat de travail de C du 24 septembre 2001 avec la lettre d'accompagnement du lendemain ; le procès-verbal d'entretien du 21 novembre 2001 avec Mme M ; un courrier du 24 octobre 2001 de Me RI sur la prescription de l'action pénale ; une lettre du 7 juin 2006 de Me RI au Procureur de Lugano ; deux lettres de la banque au Procureur des 10 et 12 septembre 2002 ; des procès-verbaux d'interrogatoire pour la période du 15 février au 23 août 2002 et une liste de transactions titres remises au procureur (pièce 18 dem.).

La X précisait que les autres documents souhaités, soit principalement les documents de travail de l'audit interne, le dossier personnel de C et les documents clients ne pouvaient être consultés que dans les locaux de la banque en Suisse et pour autant qu'ils ne soient pas couverts par le secret bancaire ou d'affaire.

La X ajoutait que la question du prêt octroyé à C début mai 2001 n'était *« pas liée au blâme avec suspension de paiement de bonus signifié fin avril 2001 »* et précisait qu' *« à l'époque on ne reprochait que des manquements d'ordre administratif à C, pas (encore) des agissements relevant du code pénal, et son salaire annuel seul était suffisamment élevé pour l'octroi de ce prêt »*.

39. Le 11 novembre 2002, CT a indiqué qu'elle souhaitait se rendre à Genève pendant une semaine pour examiner les documents mis à sa disposition par la X et rencontrer plusieurs personnes de la banque, notamment Messieurs PE et K, directeurs. CT proposait la semaine du 9 ou celle du 16 décembre 2002 (pièce 187 bis dem.).
40. Le 20 novembre 2002, W a fait savoir à CT que Messieurs PE et K allaient prendre leur retraite respectivement en novembre et en décembre et que tous les directeurs étaient occupés avec les problèmes relatifs à la fusion
-

entre la D et la X, de sorte qu'un rendez-vous d'une semaine avec les personnes responsables ne pourrait pas être arrangé avant fin janvier 2003. La X proposait d'envoyer elle-même à CT une réponse plus formelle en lui communiquant les coordonnées de la personne qui serait responsable du traitement de ce dossier (pièce 16 déf.).

41. Le 17 janvier 2003, un non-lieu a été prononcé par le Procureur de Lugano dans la procédure pénale dirigée contre C. Ce non-lieu a été annulé le 20 juin 2003 par la Chambre des recours pénaux, qui a renvoyé l'affaire au Procureur pour complément d'instruction (réplique, p. 21, ch. 57 et 58).
42. Le 23 mai 2003, la X a fait parvenir à W un e-mail lui indiquant que son avocat allait lui adresser un courrier pour lui annoncer les mesures mises en place par la banque pour l'assister dans son travail. Ces mesures seraient les suivantes : B serait son interlocuteur fixe et rédigerait un rapport détaillé à son intention, étant précisé qu'une « data room » serait mise à disposition de CT pour que celle-ci puisse consulter l'ensemble de la documentation relative au dossier et s'entretenir librement avec les collaborateurs de la banque (pièce 19 dem.).
43. Le courrier en question a été adressé à W le 16 juin 2003 (pièce 20 dem.).
44. Par courrier du 27 juin 2003 adressé au courtier W et transmis par celui-ci à la X le 24 juillet 2003, CT a fait savoir que l'assureur n'entendait pas verser d'indemnisation. CT relevait qu'il ressortait du dossier que les irrégularités dans la succursale de Lugano avaient été constatées dès le 23 mai 2001 et que l'assureur n'avait été informé de la perte que lors d'une réunion du 8 août 2001, ce qui était contraire aux exigences du contrat. En outre, selon CT, l'assuré n'avait toujours pas fait parvenir à l'assureur la preuve positive de la perte avec les justificatifs, en dépit des demandes de l'assureur en ce sens (pièce 6 ter dem.).
45. Par courrier de son avocat du 1^{er} septembre 2003, la X a contesté ne pas avoir respecté les délais prévus par le contrat d'assurance, précisant qu'elle avait systématiquement tenu G informée de l'avancement de ses enquêtes portant sur sa succursale tessinoise (pièce 7 dem.).

Concernant la preuve du dommage, elle relevait qu'en raison du secret bancaire, elle ne pouvait pas envoyer à Londres des documents relatifs aux comptes de ses clients, raison pour laquelle elle avait proposé de mettre à disposition de l'assurance une « data room » dans les locaux de la banque à Lugano. Des documents avaient en outre été envoyés directement à R le 20 septembre 2002.

La X soulignait encore à cet égard que l'assureur ne lui avait pas fait parvenir de mise en demeure conforme à l'art. 39 al. 2 ch. 2 de, la LCA. Elle ajoutait que l'enquête pénale se poursuivait et que le dommage n'était pas connu car elle était encore entrain d'analyser les demandes de remboursements de ses clients.

La X invitait ainsi l'assureur à lui confirmer la prise en charge du sinistre sous réserve de la question de l'éventuelle déchéance et à signer une déclaration de renonciation à la prescription, dans la mesure où celle-ci ne serait pas déjà acquise.

46. Le 16 octobre 2003, l'assureur, par l'intermédiaire de son avocat, a fait savoir à la X qu'il maintenait sa position et qu'il n'entendait pas signer de déclaration de renonciation à la prescription.
47. Par acte déposé au Tribunal de première instance le 22 octobre 2003, la X a formé une demande en paiement à l'encontre de Y, LONDON, concluant à ce que les défendeurs soient condamnés à l'indemniser « *pour le dommage résultant des malversations commises de 1999 à 2001 notamment par C et I, dommage non encore déterminé, mais qui peut d'ores et déjà être chiffré en l'état à CHF 17'580'593.- plus EUR 2'780'270.- le tout avec intérêts à 6% depuis le 31 décembre 2001* » et à ce que le droit d'amplifier sa demande lui soit réservé.

La X expose que la D a été victime de malversations commises par C et ses complices au sein de la succursale de Lugano et que ces malversations lui ont causé un dommage dont les défendeurs doivent l'indemniser. Selon elle, le dommage correspond aux indemnités versées à ses clients en CHF 17'080'593.- au 15 octobre 2003, plus EUR 2'780'270.- correspondant aux prix des participations acquises par C pour le portefeuille de la banque, qui sont des « *non-valeurs* », plus CHF 500'000.- au titre de frais et honoraires « *liés à cette affaire* ».

La X précise qu'elle continue à être l'objet de réclamation de clients qu'elle doit indemniser, de sorte que l'étendue du dommage n'est pas connue.

48. Le 17 mai 2004, la X a déposé un mémoire complémentaire, réduisant ses prétentions à CHF 17'602'476.- plus Euros 1780'160.-.

Elle expose que C et I ont acquis pour environ 150 comptes de la succursales de Lugano des titres non cotés, à haut risque, dont certains étaient des « *non-valeurs* » totalement non négociables. Ces investissements ont été faits à la fois pour des clients qui avaient confié un mandat de gestion à la banque et pour des clients qui ne lui avaient pas confié un tel mandat.

-
49. Le 20 septembre 2004, les défendeurs ont déposé un mémoire en réponse concluant préalablement à ce que le Tribunal ordonne à la demanderesse de produire diverses pièces et rende *«un premier jugement sur les questions de l'absence de couverture, la péremption, la prescription, d'un droit aux prestations d'assurance et la déchéance de celui-ci pour avis de sinistre tardif et absence de justification des prétentions »*.

A titre principal, les défendeurs ont conclu au déboutement de la demanderesse de toutes ses conclusions.

Les défendeurs font valoir que le contrat d'assurance est nul car le sinistre était déjà survenu au moment de la conclusion du contrat étant précisé que la défenderesse connaissait ou devait connaître son existence (art. 9 LCA). Ils ajoutent que la demanderesse a commis une réticence (art. 6 LCA) car elle n'a pas répondu de manière exacte aux questions posées par l'assureur au moment de la conclusion du contrat

Selon eux, les prétentions de la demanderesse sont en outre périmées car la demande a été déposée plus de deux ans après la date de la connaissance du sinistre, contrairement à ce que prévoient les conditions générales. Les prétentions seraient également prescrites en application de l'art. 46 al. 1 LCA. Ils estiment aussi que l'avis de sinistre est tardif et que, contrairement à ce que prévoient les conditions générales, la demanderesse n'a pas fourni toutes les preuves du dommage dans les 6 mois dès la connaissance du sinistre.

Les défendeurs font par ailleurs valoir le fait que le dommage n'a pas été causé directement par les irrégularités, puisque la demanderesse a accepté spontanément de rembourser ses clients. Ils ajoutent que la banque n'a pas démontré que les indemnités versées sont liées aux malversations de C.

En tout état de cause, l'indemnité doit être réduite, voire supprimée pour cause de faute concomitante car la banque n'a pas respecté son devoir d'information envers l'assureur.

50. Le 30 novembre 2004, la X a déposé une réplique et a amplifié sa demande de CHF 627'245.-, par rapport à ses précédentes conclusions.

Concernant le mécanisme de la fraude, la X explique que C avait acheté des titres SS et RC qui n'étaient pas cotés en bourse, sans l'accord des clients concernés et leur avait attribué une valeur fictive. Ces titres avaient été recommandés par V. Selon la banque, C a perçu des bonus indus car les performances exceptionnelles dont il se prévalait étaient en réalité fictives. Elle ajoute qu'il est suspecté d'avoir prélevé indûment des montants du compte de V et de s'être approprié indûment une somme qui lui avait été confiée par M.

La X ajoute que l'instruction de la procédure pénale à l'encontre de C est en cours et que, le 25 mars 2004, M a été condamnée par la Cour d'assises de Lugano à deux ans d'emprisonnement pour escroquerie et faux dans les titres commis au préjudice d'une cliente de la D.

La X indique qu'elle a répondu de manière exacte au questionnaire qui lui avait été soumis au moment de la conclusion du contrat car, à l'époque, aucun acte frauduleux ou malhonnête n'avait été révélé dans la succursale de Lugano. Elle ajoute qu'en tout état de cause, si les défendeurs entendaient se prévaloir d'une réticence, ils auraient dû se départir du contrat dans les quatre semaines à compter de la connaissance de la réticence, ce qu'ils n'ont pas fait.

Selon elle, l'action n'est pas prescrite, car le délai de deux ans commencera à courir lorsque tous les clients auront été indemnisés, ce qui n'est pas encore le cas.

Elle relève que, jusqu'à fin octobre 2001, elle ne pensait pas que ses clients avaient été lésés par des actes malhonnêtes et frauduleux de ses employés, mais qu'elle pensait que sa responsabilité civile était engagée, raison pour laquelle elle a commencé à indemniser ses clients ; elle estime avoir ainsi signalé à temps le dommage à l'assureur.

Elle fait valoir qu'elle a fourni en temps voulu toutes les preuves du dommage et souligne qu'en application de l'art 39 LCA, les défendeurs auraient dû la mettre en demeure par écrit en lui rappelant les conséquences de la demeure, ce qu'ils n'ont pas fait.

Elle souligne en outre que les défendeurs commettent un abus de droit en se prévalant de la prescription et de la péremption car ils lui ont laissé croire qu'ils ne soulèveraient pas ces arguments.

51. Le 2 mars 2005, les défendeurs ont déposé une duplique, persistant dans leurs précédentes conclusions.
52. Par ordonnance du 15 mars 2005, le Tribunal a ordonné l'ouverture des enquêtes, précisant que leur champ n'était pas limité aux questions préalables soulevées par les défendeurs. Les éléments suivants ressortent des enquêtes :

Il y avait une pratique ancienne et courante au Tessin, selon laquelle les clients ne signaient pas forcément de mandat de gestion écrit, mais le conféraient verbalement à leur gestionnaire. Cette pratique n'avait par le passé jamais causé de problème (témoin PE, pv du 3.5.05, p.7 ; témoin P, pv du 3.5.05, p. 10 ; témoin K, pv du 7.6.05, p. 19).

Les dirigeants de la D ont indiqué n'avoir eu connaissance d'éléments solides indiquant l'existence d'une fraude qu'au moment de la réception du rapport d'audit du 23 octobre 2001 (pièce 13 dem.) (témoin PE, pv du 3.5.05, p. 5 ; témoin K, pv du 7.6.05, p. 18).

Les dirigeants de la D connaissaient le rapport du 15 octobre 2000 (pièces 2 [déf. et](#) 440 dem.) au moment où ils ont répondu à la question 15 du questionnaire des défendeurs, le 22 décembre 2000. Selon eux, ce rapport n'impliquait pas une réponse positive à ladite question, étant rappelé que la police ne couvrait que les cas de fraude et de malhonnêteté (témoin PE, pv du 3.5.05, p. 3 ; témoin K, pv du 7.6.05, p. 19).

A la lecture du rapport d'audit du 2 mars 2001 (pièce 21 dem.), les dirigeants de la D ont constaté qu'il y avait un problème de non-respect des procédures de crédits mais n'ont pas suspecté que des actes frauduleux avaient été commis (témoin PE, pv du 3.5.05, p. 3 et 7; témoin K, pv du 7.6.05, p. 18).

La D n'a pas porté plainte contre I car il s'agissait de mauvaise gestion de sa part ; rien ne permettait de penser qu'il avait agi dans un dessein de lucre, étant précisé qu'après son départ il a rejoint la Banque cantonale du Tessin et que si la D estimait qu'il s'était rendu coupable d'une fraude elle aurait dû informer la Commission fédérale des banques, ce qu'elle n'a pas fait (témoin PE, pv du 3.5.05, p. 4 et 7).

Le rapport d'audit de mars 2001 (pce 21 dem.) a été effectué suite à une demande de la direction au début janvier 2001, car il avait été remarqué, à l'occasion d'une demande de crédit, qu'il y avait un dépassement de marge à la succursale de Lugano. Les auditeurs ont constaté qu'il y avait des problèmes particuliers avec les dossiers de I qui avait acheté pour des clients des titres à haut risque, notamment des titres traités en hors bourse (OTC) sur la bourse de Vancouver qui est une bourse très spéculative. Les auditeurs ont cherché à vérifier si les clients avaient donné des ordres en ce sens et si avait agi dans un but d'enrichissement personnel. Les auditeurs sont arrivés à la conclusion que I n'avait pas respecté les règles de l'ASB, car il avait inclus des titres spéculatifs dans des dossiers de clients qui avaient demandé une gestion conservatrice. Par contre, il n'a pas été démontré que I avait été rétribué indûment pour ses agissements (témoin P, pv du 3.5.05, p. 9 et 10).

Les titres qui posaient problème pour I n'étaient pas des SS et RC, mais d'autres titres achetés sur le marché, contrairement

aux titres achetés par C (audition d'Emilio RE, pv du 7.6.05, p. 14).

Les titres SS et RC avaient été achetés par C à l'insu des autres employés de la banque. C avait fait en sorte que les titres, qui n'étaient pas cotés officiellement, restent estimés informatiquement à leur prix d'achat, de sorte qu'ils n'ont pas perdu de valeur quand les autres titres des nouvelles technologies ont baissé. SS étant une start-up, il était normal qu'au départ elle ne soit pas cotée. C avait dit qu'il connaissait bien cette société (audition d'E, pv du 7.6.05, p. 14).

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, compte tenu de la position prise par leur assureur dans des cas précédents (témoin PE, pv du 3.5.05, p. 4 et 5).

Le témoin K a indiqué que, le 21 novembre 2001, lors d'un entretien dans les bureaux de la D Lugano, Madame M avait déclaré que V avait reçu 80000 liras italiennes (env. 20 Euros) pour chaque action SS vendue et qu'il y avait tout lieu de penser que C avait perçu une partie de ce montant. Madame M a indiqué avoir offert des cadeaux en nature à C au début d'une valeur de minimum 15 millions de liras chacun. Par la suite, C lui aurait dit qu'il préférait recevoir de l'argent, soit 10% des profits. Madame M lui aurait ainsi remis à plusieurs reprises 30 à 40 millions de liras italiennes et une fois 50 millions (pièce 15 dem. ; témoin K, pv du 7.6.05, p. 20).

C était cité en exemple aux autres gestionnaires car il faisait de bons chiffres (témoin PE, pv du 3.5.05).

L'année 2000 était l'année de la nouvelle économie, les clients voulaient acquérir des titres qui procuraient d'importants profits. A l'époque, la banque n'avait pas réalisé à quel point ces titres étaient spéculatifs. Ces titres avaient beaucoup baissé dans le courant du deuxième semestre 2000, ce qui a provoqué des problèmes de marges, suite auxquels un rapport a été demandé à l'audit de la banque (témoin P, pv du 3.5.05, p. 10 et 11).

Après avoir constaté les problèmes, la banque a demandé aux gestionnaires de faire signer des bien-trouvés aux clients afin qu'ils soient conscients de

ce qui s'était passé, l'idée étant de régulariser l'absence de mandat de gestion écrit (témoin P, pv du 3.5.05, p. 11).

Les clients de la D ont été entièrement indemnisés pour les pertes liées aux titres SS et RC qui ne valaient rien, à l'exception d'un client qui avait demandé ces titres. Des indemnisations, dont le montant a été négocié, ont également porté sur d'autres titres (audition d'E, pv du 7.6.05, p. 14 ; témoin K, pv du 7.6.05, p. 18).

En juin 2005, des clients formulaient encore des réclamations relatives aux titres SS et RC (audition d'E, pv du 7.6.05, p. 14 ; audition de DE, pv du 7.6.05, p. 16).

Le rédacteur des rapports établis par CT à l'intention des défendeurs a confirmé la teneur desdits rapports, précisant que ceux-ci n'avaient pas été communiqués à la D (témoin J, pv du 20.9.05, p. 24).

Il a ajouté qu'il ressortait de la discussion qu'il avait eue avec les dirigeants de la banque le 2 octobre 2001 que celle-ci avait découvert en mai 2001 les problèmes en relation avec C (témoin J, pv du 20.9.05, p. 22).

Des représentants des défendeurs ont en outre été entendus lors des enquêtes et ont confirmé la position de ceux-ci (pv du 25.10.05, p. 28 à 35).

53. A l'issue des enquêtes, la demanderesse a sollicité une expertise et la cause a été fixée pour plaider sur expertise.
54. Par courrier de leurs conseils du 2 février 2006, les parties ont demandé que le Tribunal statue à titre préalable sur les questions de prescription, péremption, déchéance et principe de la couverture d'assurance.
55. Par ordonnance du 6 février 2006, le Tribunal a accepté cette requête et la cause a été fixée à plaider sur ces questions préalables.
56. Le 25 avril 2006, la X a déposé un mémoire après enquêtes concluant, sur jugement partiel, à ce que le Tribunal dise que la police d'assurance XXX n'est pas entachée de nullité, dise que les agissements malhonnêtes et frauduleux de C et I ayant généré un dommage pour les clients de la défenderesse sont couverts par la police d'assurance, dise que l'action n'est pas prescrite, n'est pas périmée et que la demanderesse n'est pas déchue de ses droits par une quelconque clause de déchéance.

Sur le fond, la X a persisté dans ses précédentes conclusions.

Elle fait valoir que les défendeurs ont admis à plusieurs reprises dans le cadre de la présente procédure que C avait commis des malversations et que cette admission constitue un aveu judiciaire.

57. Le 25 avril 2006, les défendeurs ont également déposé une écriture après enquêtes, persistant dans leurs précédentes conclusions.

Ils relèvent notamment que les conditions posée par le contrat ne sont pas réalisées car la demanderesse n'a pas démontré que I et C avaient commis des actes malhonnêtes et frauduleux dans un but d'enrichissement personnel. Ils ajoutent que le dommage n'est en tout état de cause pas dû aux actes de ces personnes mais au crash boursier survenu en avril 2000 sur le marché des valeurs technologiques, étant précisé que la D a indemnisé spontanément ses clients, pour des raisons commerciales, car le processus de fusion avec la X avait déjà été entamé.

En ce qui concerne les actions acquises par la banque elle-même, les défendeurs relèvent que c'est le siège de Genève qui a pris la décision de les acheter, et non C.

Les défendeurs estiment que la banque a émis une prétention frauduleuse au sens de l'art. 40 LCA et des conditions générales car elle savait que le cas de sinistre n'était pas réalisé; ils s'estiment ainsi déliés de toute obligation envers la X.

58. Lors de l'audience de plaidoirie du 27 avril 2006 les conseils des parties ont plaidé et la cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience.

Les arguments des parties seront repris en tant que de besoin ci-dessous.

EN DROIT

- A. Le Tribunal est compétent *ratione loci* en application de l'art. 8 des conditions générales figurant au début du contrat d'assurance, ce qu'aucune des parties ne conteste.

Le droit applicable est le droit suisse (art. 7 des conditions générales figurant à la fin du contrat d'assurance).

- B. Les défendeurs soutiennent en premier lieu que la demanderesse a commis une réticence, ce que celle-ci conteste.

a)

Selon l'art. 6 LCA, si celui qui devait faire la déclaration a, lors de la conclusion

du contrat, omis de déclarer ou inexactement déclaré un fait important qu'il connaissait ou devait connaître (réticence), l'assureur n'est pas lié par le contrat, à condition qu'il s'en soit départi dans les quatre semaines à partir du moment où il a eu connaissance de la réticence.

La jurisprudence relative à l'art. 6 LCA a précisé que le proposant doit déclarer tous les faits importants pour l'appréciation du risque, soit de nature à influencer sur la détermination de l'assureur de conclure le contrat ou de le conclure aux conditions convenues, qui lui sont connus ou doivent être connus de lui, et qui font l'objet de questions écrites (art. 4 al. 1 et 2 LCA), en tenant compte des circonstances du cas particulier, notamment de ses qualités telles que son intelligence, sa formation et son expérience (ATF 118 II 333 consid. 2b; RBA XVI n. 6; XV n. 73).

Sont réputés importants les faits au sujet desquels l'assureur a posé par écrit des questions précises, non équivoques (art. 4 al 3 LCA).

Selon la jurisprudence, on ne doit admettre qu'avec la plus grande réserve l'existence d'un cas de réticence (ATF 116 II 338 consid. Id; 101 I 339 consid. 2b, JdT 1976 I 627; RBA XIII no 6).

La preuve de la réticence est à la charge de l'assureur (ATF 72 II 124, JdT 1946 I 622; RBA X no 11, IV no 148).

b)

Les défendeurs font valoir que la lecture du rapport d'audit du 15 octobre 2000 (pièce 2 déf.) aurait dû amener la demanderesse à répondre positivement à la question de savoir si elle avait connaissance de circonstances susceptibles de donner lieu à une constatation de sinistre ou une réclamation formulée à son encontre.

Le rapport en question indique en conclusion que les directives de la direction sont appliquées et que les auditeurs n'ont pas relevé de crédit comportant un risque pour la banque. Cette conclusion n'était pas de nature à éveiller d'inquiétude particulière chez les dirigeants de la demanderesse.

Les auditeurs relevaient par ailleurs dans ce rapport que certains gestionnaires agissaient sur la base d'un mandat de gestion verbal, et non écrit, contrairement aux directives de l'ASB. Cependant, cela n'impliquait pas en soi une circonstance susceptible de donner lieu à une constatation de sinistre ou une réclamation couverte par la police d'assurance. En effet, en premier lieu, une réclamation ne pouvait survenir que dans l'hypothèse où des ordres étaient donnés par les gestionnaires de manière contraire aux indications des clients, hypothèse qui n'est pas envisagée par le rapport en question. En second lieu, le contrat d'assurance

couvrait que les dommages provoqués par des actes malhonnêtes et frauduleux d'un employé de la banque, dans le but d'obtenir un enrichissement personnel. Or le rapport en question ne contient aucun indice permettant de penser qu'un des employés de la D avait commis de tels actes dans un dessein de lucre.

En décembre 2000, la demanderesse avait d'autant moins de raisons de considérer que l'absence de mandats de gestion écrits était concrètement susceptible de provoquer des réclamations à son encontre que cela faisait de nombreuses années que des comptes étaient gérés sur la base d'un mandat oral et que cela n'avait jamais provoqué de problème par le passé.

Compte tenu de ce qui précède, le Tribunal retiendra que la demanderesse pouvait légitimement répondre par la négative à la question 15 du questionnaire, de sorte qu'elle n'a pas commis de réticence.

En tout état de cause, les défendeurs n'ont pas respecté le délai de 4 quatre semaines pour se départir du contrat, ce sorte qu'il sont déchus du droit d'invoquer une réticence.

Il faut en effet considérer que les défendeurs ont eu connaissance de la réticence qu'ils allèguent lorsqu'ils ont reçu le rapport d'audit du 15 octobre 2000, qui leur a été adressé par courrier du 20 septembre 2002 (pièce 18 dem.).

Or les défendeurs se sont prévalus de la réticence pour la première fois dans leur mémoire en réponse du 16 septembre 2004, de sorte que le délai de 4 semaines prévus par l'article 6 LCA n'a pas été respecté.

Les défendeurs font valoir qu'il n'ont eu connaissance de l'existence de la réticence qu'en prenant connaissance des notes détaillées annexées au rapport du 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.

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

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 (dupliche, 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 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.).

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 famille 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

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).

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).

**PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE**

Statuant contradictoirement :

1. Déboute la X de toutes ses conclusions.
2. Condamne la X aux dépens de la procédure,
lesquels comprennent une indemnité de CHF 50'000.- à titre de participation aux honoraires d'avocat des Y.
3. Déboute les parties de toutes autres conclusions.

La Gvffière :

Anne-Sylvies AN PEREIRA
—

La Juge

Fabienne GEIS,INGER-MARIETHOZ

FGE