



Article scientifique

Article

2017

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La banque exposée aux prétentions des tiers : art. 402 CO et rétention d'actifs de clients

Thévenoz, Luc

How to cite

THÉVENOZ, Luc. La banque exposée aux prétentions des tiers : art. 402 CO et rétention d'actifs de clients. In: Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2017, vol. 89, n° 2, p. 126–143.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:94652>

La banque exposée aux prétentions de tiers : art. 402 CO et rétention d'actifs de clients

Luc Thévenoz*

The so-called claw-back suits filed by the liquidators of Fairfield Sentry and other feeder funds involved in Bernard Madoff's bankruptcy have prompted the defendant banks to secure their recourse against their clients by withholding money and other assets in their custody. This article analyses the legal basis for the retention of client assets under Swiss law. It concludes that, except when the bank has improperly performed its service (e.g., negligent advice), it has a recourse against its client in respect of the repayment obligations such as the

ones currently litigated in the U.S. Claw-back claims allocate losses among investors. Whatever their outcome, it is part of the investment risks. Despite contradictions between two recent cases, assets pledged by investors in the context of the investments services they contract secure the bank's right of recourse. Absent a contractual pledge or a legal lien, the bank may also require security (sûretés) to cover its expected expenses and the potential payment it would be liable to make if the liquidators should prevail.

Table des matières

Introduction

- I. Créances de la banque contre le client
 - 1. Le remboursement des impenses
 - 2. La libération des obligations contractées
 - 3. L'indemnisation du dommage
 - 4. La distinction délicate entre obligation contractée et dommage
 - 5. Application à la situation de la banque face aux prétentions des liquidateurs des fonds Madoff
- II. La rétention et la réalisation des avoirs de clients
 - 1. Droits de rétention
 - 2. Droit de gage
- III. Quel est l'effet sur les droits de la banque de la contestation des actions auxquelles elle défend ?
- IV. Conclusion

Introduction

La perception des risques associés aux services d'investissement aux particuliers fortunés (*private banking*) a profondément changé au cours des dix dernières années. Traditionnellement considérée comme présentant un risque opérationnel faible, cette activité a vu se concrétiser une série de risques juri-

diques avec un impact financier majeur. On pense d'abord aux risques pénaux résultant des services offerts en rapport avec des avoirs soustraits à l'impôt dans l'Etat de résidence des clients étrangers. La réglementation des services financiers de ces mêmes Etats présente d'innombrables chausse-trappes pour la prestation de services transfrontières. En outre, les attentes, les obligations légales et la responsabilité pour le conseil en placement et la gestion ont connu un renforcement d'au moins un ordre de grandeur.

Même la souscription de parts de fonds pour le compte de clients a vu émerger des risques inattendus. Ainsi des actions révocatoires (*claw-back claims*) introduites contre de nombreux établissements suisses par le liquidateur de la faillite de Bernard L. Madoff Investment Securities LLC à New York et par les liquidateurs de certains fonds nourriciers (« fonds Madoff »). Dans cette fraude à la Ponzi,¹ où les mises de fonds des derniers investisseurs servent à rembourser le capital et les gains fictifs des investisseurs antérieurs, les tribunaux de l'Etat de New York sont appelés à décider si le liquidateur peut exiger la restitution des gains fictifs versés aux investisseurs au cours des six années précédant la faillite.² Les banques ont ef-

* Professeur à l'Université de Genève, directeur du Centre de droit bancaire et financier. Ce texte résulte d'une conférence prononcée à la Journée de droit bancaire et financier organisée à Genève le 6 octobre 2016. L'auteur n'a donné aucune consultation en rapport avec les circonstances qui servent de contexte factuel à la présente analyse.

¹ Genève a gardé le souvenir d'un prédécesseur flamboyant, Bernard «Bernie» Cornfeld, dont la société Investors Overseas Services (IOS) a connu une faillite retentissante en 1969.

² Le *Privy Council* du Royaume Uni, statuant en dernière instance sur les actions introduites aux Iles Vierges par les liquidateurs du fonds Fairfield Sentry, a jugé en 2014 que le droit des Iles Vierges, applicable à Fairfield et à sa faillite, ne permet pas une telle révocation, cf. *Fairfield Sentry Ltd v Migani & others*, [2014] UKPC 9, sur appel du jugement de la *Eastern Caribbean Supreme Court*, *Quilvest Finance Ltd v Fairfield Sentry Ltd (in liq.)*, HCVAP 2011/041.

fectué ces investissements en leur propre nom pour le compte de leurs clients – comme c'est usuel pour les fonds offshore. Liées par le secret bancaire du droit suisse, elles ne peuvent sans leur consentement révéler l'identité des clients pour qui elles agissaient et se retrouvent personnellement recherchées pour les montants résultant des rachats de parts effectués avant la faillite, sommes qu'elles ont reçues du fonds et créditées aux comptes des clients concernés. Tant que le sort de ces actions révocatoires est incertain, les banques retiennent les avoirs des clients à qui elles ont versé (il y a maintenant huit ans et plus) des remboursements de « fonds Madoff » pour garantir les éventuelles restitutions qu'elles pourraient être condamnées à faire par les tribunaux de New York ou d'ailleurs.

Cette constellation de fait a déjà été examinée à trois reprises par le Tribunal fédéral.

Dans ce que, à défaut de noms des parties, on appellera ici l'affaire Madoff n° 1, le Tribunal fédéral a jugé en juillet 2015 qu'une banque zurichoise avait agi à titre fiduciaire pour son client en acquérant, détenant et obtenant le rachat des parts du fonds Fairfield Sentry Ltd. Il résulte de cette relation fiduciaire que le client doit libérer la banque des prétentions élevées contre elle à New York par les liquidateurs du fonds. Cette prétention est garantie par le droit de gage contractuel et par le droit de rétention de la banque, qui avaient été admis par le Tribunal de commerce de Zurich et n'étaient plus contestés devant le Tribunal fédéral.³

En avril 2016 dans ce qu'on appellera ici l'affaire Madoff n° 2, le Tribunal fédéral a confirmé la qualification fiduciaire des rapports contractuels qu'il avait retenue dans Madoff n° 1 et donc l'obligation du client de libérer la banque des prétentions formulées par le liquidateur de Fairfield Sentry Ltd. Alors que la question restait disputée, il a en outre expressément admis que la banque pouvait invoquer son droit de gage en garantie des prétentions contre son client,

annulant de ce fait le jugement de la Cour de justice de Genève qui l'avait nié.⁴

Six mois plus tard, l'arrêt Madoff n° 3 aboutit à la conclusion inverse. La procédure était limitée à la portée du gage contractuel de la banque : couvrirait-il les prétentions éventuelles de la banque contre son client ? Le Tribunal cantonal vaudois l'avait admis. Sans même mentionner son propre arrêt Madoff n° 2, la Première Cour de droit civil du Tribunal fédéral décida cette fois en sens contraire, considérant pour l'essentiel qu'une éventuelle future action révocatoire des liquidateurs contre la banque n'était pas prévisible lors de la conclusion de la convention de gage.⁵

Cet article examine trois questions.

I. – Lorsqu'un mandataire, tel qu'une banque ou un autre intermédiaire financier, est exposé aux prétentions de tiers en rapport avec des services qu'il rend ou a rendus à un client, à quelles conditions peut-il se faire rembourser, indemniser ou libérer par son mandant ?

II. – A supposer que la banque dispose d'une telle créance, peut-elle retenir les avoirs du client la mesure nécessaire à garantir cette créance ?

III. – Le fait que la banque conteste les prétentions dirigées contre les liquidateurs des fonds Madoff affecte-t-elle ses prétentions contre ses clients ?

Les conditions générales et les contrats standardisés des banques et des négociants suisses en valeurs mobilières soumettent au droit suisse les relations avec leurs clients et désignent la compétence des tribunaux suisses pour régler leurs différends. En outre, le droit suisse s'applique aux droits constitués sur les titres intermédiés qui constituent l'essentiel du portefeuille des clients.⁶ Nous examinerons donc

³ Tribunal fédéral 4A_429/2014 du 20 juillet 2015, confirmant la décision du Handelsgericht Zürich HG120079 du 27 mai 2014. L'affaire avait fait un premier passage au Tribunal fédéral qui refusa de considérer que la demande du client constituait un cas clair au sens de l'art. 257 CPC: Tribunal fédéral 4A_443/2011 du 22 février 2012, sur recours contre Handelsgericht Zürich HG11013 du 7 juillet 2011.

⁴ Tribunal fédéral 4A_540/2015 du 1^{er} avril 2016, annulant la décision de la Cour de justice de Genève ACJC/972/2015 du 28 août 2015.

⁵ ATF 142 III 746 (4A_81/2016 du 3 octobre 2016), annulant la décision du Tribunal cantonal vaudois n° 458 du 9 septembre 2015.

⁶ En tant que loi désignée dans la convention de compte, cf. art. 108c LDIP et art. 4 de la Convention de La Haye du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (<www.hcch.net/fr/instruments/conventions/full-text/?cid=72>, consulté le 1.3.2017). Lorsqu'ils figurent dans les portefeuilles de clients, d'autres actifs que les titres intermédiés, tels que les métaux précieux physiques ou en compte métallique et les instruments dérivés non titrisés (*over-the-counter*), sont soumis à leurs propres règles de rattachement.

les deux questions au regard du droit suisse, sans perdre de vue cependant que, pour les clients privés résidant sur le territoire d'un autre Etat partie à la Convention de Lugano,⁷ l'application combinée des art. 15 à 17 de cette Convention et de l'art. 6 du Règlement «Rome-I»⁸ peut fonder la compétence des tribunaux de l'Etat du domicile et l'application des règles impératives du droit de cet Etat qui seraient plus favorables au client.

I. Créances de la banque contre le client

Les prétentions des liquidateurs des diverses faillites liées à Madoff ne constituent pas une situation unique pour les banques. Comme tout mandataire, celles-ci sont exposées de multiples manières à des prétentions de tiers (et notamment d'autorités) en relation avec les services qu'elles rendent ou ont rendus à leurs clients. La jurisprudence récente nous montre des situations diverses, qui comprennent notamment la créance d'impôt anticipé (au taux de 53,8%) sur le versement fait par une banque à son mandant domicilié en Allemagne au titre d'un mandat d'encaissement⁹ ou celle dirigée contre une autre banque qui a conseillé et assisté une société holding pour lui permettre de réduire son capital en minimisant sa charge fiscale.¹⁰ On mentionnera le paiement transactionnel fait par Credit Suisse pour se libérer d'une procédure civile à New York à la suite du séquestre obtenu par les autorités fiscales des Iles Marianne à l'encontre des époux Millard.¹¹ On en trouve dans la jurispru-

dence plus ancienne, analysée plus loin, et on pourrait en imaginer bien d'autres.

La créance éventuelle de la banque contre son client trouve son fondement dans la prétention qu'un tiers ou une autorité dirige contre elle en rapport plus ou moins étroit avec des services qu'elle rend ou a rendus à son client. Fréquemment, cette prétention de tiers est d'abord contestée par la banque, qui va déployer des ressources parfois importantes pour s'y opposer. Dans le meilleur des cas, la prétention sera abandonnée ou reconnue infondée par un tribunal, souvent après que la banque a encouru des coûts et des frais de conseil et de représentation. Dans le pire, la banque sera condamnée à payer divers montants, auxquels s'ajoutent ses propres coûts et frais.

Il convient donc de distinguer clairement

- les prétentions du tiers contre la banque, auquel le mandant n'est généralement pas directement partie, même s'il est indirectement concerné ;
- la créance de la banque contre son mandant en remboursement des dépenses, des coûts ou des dommages qu'elle a subis en rapport avec la prétention du tiers.

Quand les prétentions d'un tiers contre la banque font-elles naître une créance de la banque contre son mandant ? On peut distinguer trois hypothèses principales :

- 1) Dûment interprété, le contrat entre la banque et son mandant prévoit que le client indemnise la banque en rapport avec la prétention du tiers.
- 2) La banque et le mandant sont solidairement débiteurs envers le tiers, de sorte que la banque a un recours contre le mandant. Cette hypothèse dépend du rapport juridique avec le tiers (qui n'est pas nécessairement soumis au droit suisse) et des rapports internes entre codébiteurs.¹²
- 3) Règles de droit supplétif, l'art. 402 confère au mandataire et l'art. 473 CO au dépositaire le droit de se faire défrayer ou dédommager par leur client.

La première solution est fréquemment retenue par les tribunaux. Ainsi, dans les deux premières affaires Madoff tranchées par le Tribunal fédéral, celui-ci –

⁷ Convention de Lugano du 30 octobre 2007 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, RS 0.275.12.

⁸ Règlement (CE) 593/2008 du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO L 177/6 du 4 juillet 2008.

⁹ Mandant condamné à rembourser l'impôt anticipé, qualifié de débours (*Auslage*) du mandataire au sens de l'art. 402 al. 1 CO, Tribunal cantonal de Saint-Gall, BZ.2005.93, du 23 janvier 2006.

¹⁰ Prétention en remboursement de la banque écartée sur la base de l'interprétation du contrat avec le mandant, Tribunal de commerce de Zurich HG090269 du 31 janvier 2012, RSDA 2012 330 r10.

¹¹ Prétention en remboursement de la banque écartée au motif que le risque de la procédure new-yorkaise est une sorte de risque professionnel, qui résulte de la présence de Credit Suisse aux Etats Unis, et non des services rendus aux époux Millard : Tribunal de commerce de Zurich HG110247 du 23 février 2015, RSDA 2015 400 r14.

¹² Lesquels, s'ils sont soumis au droit suisse, doivent être analysés au regard des bases légales applicables, notamment les art. 50, 51, 148, 402, 473, etc. du Code des obligations.

sans citer le texte des conventions entre les parties – a considéré que la banque avait souscrit à titre fiduciaire les parts de fonds, que c'est aussi à titre fiduciaire qu'elle en avait demandé et obtenu le remboursement, et qu'il est inhérent à la convention de fiducie que le fiduciant supporte les profits, les risques et les coûts de l'opération, de sorte que le client doit rembourser à la banque la somme que celle-ci pourrait être amenée à reverser au liquidateur de la faillite :¹³ « ... l'accord convenu faisait assumer entièrement par la cliente les profits et les risques de son investissement... »¹⁴. Dans la même veine, c'est en se fondant sur l'interprétation du contrat que le Tribunal de commerce de Zurich a nié une créance de la banque contre la holding à hauteur du montant du redressement fiscal dont elle avait été l'objet au titre de l'impôt anticipé.¹⁵

La jurisprudence ne semble pas fournir d'exemple de la deuxième solution. Soucieuse de toujours distinguer les engagements des clients de ses propres engagements (principe de l'abstraction des rapports bancaires),¹⁶ la banque ne se porte en principe jamais volontairement codébitrice solidaire de son client. Lorsqu'elle ajoute son crédit à celui de son client, la banque le fait en principe par un engagement juridique distinct tel qu'une garantie ou un cautionnement. La situation pourrait se présenter en revanche lorsque la loi fondant la prétention du tiers prévoit elle-même une solidarité passive (on pourrait l'imaginer pour certaines contributions publiques ou dettes fiscales), ou encore lorsque la banque et le client sont tous deux déclarés civilement responsables dans un même contexte de fait (complicité d'un acte de blanchiment ou blanchiment du produit d'une infraction fiscale).¹⁷

La troisième solution repose sur l'interprétation de deux bases légales, l'art. 402 CO pour le mandat et son proche cousin, l'art. 473 CO pour le dépôt. Ces dispositions sont de droit supplétif;¹⁸ elles ne s'appliquent donc qu'en l'absence d'accord des parties.

Cette section analyse plus en détails les prétentions qui résultent de l'art. 402 CO.

Le droit du mandat (et très subsidiairement celui du dépôt) imprègne l'ensemble de la relation entre la banque (ou le négociant en valeurs mobilières) qui souscrit ou achète des valeurs mobilières pour le compte de son client, est dépositaire des titres inter-médiés, les administre, les revend pour le compte de son client. C'est pourquoi, à défaut d'accord exprès entre les parties concernant d'éventuelles prétentions de tiers dirigées contre la banque, ce sera presque toujours l'art. 402 CO qui règlera la question.

Les deux alinéas de l'art. 402 CO fondent trois prétentions différentes du mandataire contre le mandant :

- 1) le remboursement des impenses faites pour l'exécution régulière du mandat ;
- 2) la libération des engagements contractés dans l'exécution régulière du mandat ; et
- 3) l'indemnisation du dommage causé par l'exécution du mandat.

C'est au regard de cette triple distinction qu'il convient de qualifier les prétentions que des tiers peuvent faire valoir contre la banque.

1. Le remboursement des impenses

Le texte français de l'art. 402 al. 1 CO parle d'avances et de frais, l'italien de *anticipazioni e spese*, et l'allemand de *Auslagen und Verwendungen*. Français et italien visent ainsi des sommes d'argent, soit avancées à un tiers en garantie d'un paiement futur, soit acquittées. L'allemand distingue entre la dépense volontaire de sommes d'argent (*Auslagen*) et la consommation volontaire d'autres ressources (*Verwendungen*).

Le remboursement (en argent) n'est dû par le mandataire que si ces impenses ont été faites dans l'exécution régulière (*richtige Ausführung, regolare esecuzione*) du mandat. L'exécution régulière du mandat ne suppose pas l'obtention du résultat poursuivi, car le mandat fonde une obligation de moyens, et non de résultat. Le mandataire promet sa diligence et sa loyauté, il ne garantit pas le résultat de son activité. L'exécution régulière suppose donc diligence et loyauté du mandataire. Une impense est faite avec diligence et loyauté si le mandataire devait, au moment où elle est faite, la considérer comme utile au résultat poursuivi (le médecin exécute un examen utile au diagnostic, l'avocat paie l'honoraire d'introduction de

¹³ Tribunal fédéral 4A_429/2014 du 20 juillet 2015, c. 6.3.

¹⁴ Tribunal fédéral 4A_548/2015 du 1^{er} avril 2016, c. 3.3.3, se référant expressément au précédent.

¹⁵ Handelsgericht Zürich HG090269 du 31 janvier 2012, c. 2.2.1.

¹⁶ *Tevini du Pasquier*, Le crédit documentaire en droit suisse, thèse Genève 1990, p. 76 ss.

¹⁷ Art. 50 et 51 CO.

¹⁸ Tribunal fédéral 4A_429/2014 du 20 juillet 2015, c. 6.2.5, et référence citée (doctrine unanime).

la procédure). L'utilité s'apprécie *ex ante*, au moment où l'impense est engagée. Elle ne disparaît pas si le résultat recherché n'est pas obtenu (le résultat de l'examen est négatif ou non concluant, le procès est perdu).¹⁹ En revanche, il faut admettre qu'une impense perd son utilité (et ne donne donc pas droit à remboursement) lorsqu'un comportement ultérieur contraire aux obligations du mandataire la prive de son utilité (le médecin se trompe d'échantillon, l'avocat manque un délai).²⁰

La créance en remboursement d'une impense est toujours une dette d'argent, quelle que soit la nature de l'impense. Elle naît au moment de la diminution du patrimoine du mandataire. Le remboursement est dû « en principal et intérêts », l'intérêt au taux légal de 5% courant depuis la naissance du droit au remboursement.

2. La libération des obligations contractées

Le même alinéa 1 de l'art. 402 CO fonde une deuxième prétention : le droit à la libération des engagements contractés par le mandataire. Il existe un lien étroit entre obligation du mandataire envers un tiers et impense. Les « débours » (*Auslagen*) acquittent une obligation que le mandataire a préalablement contractée, voire qu'il avait garantie par une avance. Obligation envers un tiers, avance et débours sont trois facettes d'un même processus. Dans un arrêt de 1952, le Tribunal fédéral écrivait d'ailleurs : « Une impense au sens de cette disposition est tout sacrifice dans l'exécution régulière du mandat, qu'il prenne la forme d'un paiement en argent, de la prise d'un engagement ou de toute autre diminution du patrimoine du mandataire. »²¹

Ce lien étroit explique que le droit à libération n'existe, comme le droit au remboursement des impenses, que lorsque l'obligation a été encourue par le mandataire dans l'exécution régulière du mandat.

Malgré ce lien étroit, il subsiste une différence notable entre le remboursement d'une impense faite et la libération d'un engagement contracté. Le pre-

mier se fait par le paiement d'une somme d'argent. La deuxième peut prendre quatre formes différentes :²²

1. Le mandant désintéresse directement le tiers. C'est la solution la plus expédiente pour le mandataire, qu'elle libère immédiatement et complètement, mais elle ne peut pas être mise en œuvre si, comme dans les affaires Madoff, le mandataire ou le mandant contestent l'obligation envers le tiers.
2. Le mandant reprend la dette du mandataire envers le tiers. Le contrat par lequel le mandant reprend la dette ne libère le mandataire que si le tiers y consent (art. 176 al. 3 CO), consentement que ce dernier a intérêt à refuser car il n'est pas avantageux pour lui de renoncer à s'en prendre au mandataire, ici une banque avec la solvabilité que cela offre. En l'absence de consentement, le mandataire reste (co)débiteur du tiers et supporte le risque de devoir le désintéresser, ce qui l'autorise à exiger que son mandant lui fournisse des sûretés (art. 175 al. 3 CO). Lorsqu'un procès est pendant entre le mandataire et le tiers, il faut encore que le mandant se substitue au mandataire comme partie défenderesse, ce qui peut poser des difficultés procédurales.
3. Les deux premières possibilités étant exclues en pratique dans le contexte de faits qui nous intéressent ici, le mandant doit s'acquitter de son obligation en fournissant au mandataire une provision (*Deckung*) adéquate, c'est-à-dire une somme d'argent suffisant à couvrir le paiement dû au tiers et les frais et débours raisonnablement prévisibles du mandataire.²³ Une provision est due dès qu'une obligation envers un tiers existe, même si celle-ci est soumise à une condition suspensive.²⁴
4. Lorsque l'obligation envers le tiers est incertaine ou que son exigibilité est lointaine, de sorte que le paiement immédiat d'une provision (en espè-

²² Sur l'ensemble, voir BK-Fellmann, Art. 402 OR N 98 ss ; CR CO I-Werro, Art. 402 CO N 11 ; BSK-Weber, Art. 402 OR N 8.

²³ BK-Fellmann, Art. 402 OR N 99.

²⁴ Tribunal fédéral 4A_443/2011 du 22 février 2012, c. 2.3 (dans le contexte des affaires Madoff). Malgré l'opinion de BSK-Weber, Art. 402 N 8, la jurisprudence relative au crédit documentaire confirme que l'avènement de la condition rend immédiatement exigible le remboursement de l'impense (et non la fourniture d'une provision), cf. ATF 132 III 620, c. 2.1 ; ATF 130 III 462 c. 5.1 ; ATF 78 II 48, 51, c. 4.

¹⁹ BK-Fellmann, Art. 402 OR N 37 et 75 ; BSK-Weber, Art. 402 OR N 6 ; CR CO I-Werro, Art. 402 CO N 7.

²⁰ BK-Fellmann, Art. 402 OR N 76.

²¹ ATF 78 II 42, 51, *Julius Bär & Co. et Cotramet Anstalt c. S.A. Leu & Co.*

ces) ne peut pas raisonnablement être exigé du mandant, le mandant peut fournir des sûretés adéquates,²⁵ un droit que le mandataire peut également exercer lorsque le mandant reprend sa dette sans le libérer (art. 175 al. 3 CO). Comme la créance en remboursement des impenses ou en paiement d'une provision, celle tendant à la fourniture de sûretés peut être exécutée par la voie de la poursuite pour dettes (art. 38 al. 1 LP).

Il faut souligner que le droit du mandataire à être libéré (d'une manière ou d'une autre) par son mandant naît en même temps que son obligation envers le tiers.²⁶ En effet, le patrimoine du mandataire est obéré par la simple existence de l'obligation envers le tiers, que celle-ci soit grevée d'un terme ou de conditions, qu'elle soit encore indéterminée quant à son montant, voire même que son existence ou son étendue soit contestée par le mandataire ou par le mandant. Aux conditions de l'art. 402 al. 1 CO, le mandataire n'en a pas moins le droit d'être libéré de cette obligation qui grève son patrimoine. Lorsque l'obligation est contestée – comme c'est le cas des actions révocatoires dirigées par les liquidateurs des faillites Madoff – le mandant n'a pas intérêt à désintéresser le tiers et ne veut pas nécessairement se charger du procès, où d'ailleurs la substitution de parties n'est pas possible ou pas pratique. Tant que l'obligation reste incertaine quant à son existence et son montant, le mandataire se trouve en pratique limité à demander une provision ou des sûretés à son mandataire.

3. L'indemnisation du dommage

À la différence du remboursement des impenses et de la libération des obligations encourues par le mandataire (art. 402 al. 1 CO), l'indemnisation du dommage causé au mandataire par l'exécution du mandat est soumise à la condition d'une faute du mandant, que l'art. 402 al. 2 CO présume. L'alinéa 2 est une norme de responsabilité. La notion de dommage – diminution involontaire du patrimoine du mandant – y est la même qu'ailleurs dans le Code des obligations, et notamment aux art. 41 et 97 CO.

La doctrine dominante considère que la faute (présumée) du mandant se rapporte nécessairement à la manière dont il accomplit ses obligations envers le mandataire.²⁷ Il n'y a pas de faute s'il n'y a pas de devoir. Les obligations pertinentes du mandant ne sont pas explicitées par la loi, elles résultent principalement des règles de la bonne foi (art. 2 al. 1 CC). Par exemple, le mandant doit informer le mandataire aussi complètement et exactement qu'il le peut sur la situation et le contexte dans lequel s'inscrit le mandat et les risques qui le menacent. La jurisprudence admet la responsabilité du mandant même pour une faute légère.²⁸ En revanche, le mandant ne répond pas du dommage que le mandataire subit par sa faute, notamment par l'exécution irrégulière de son mandat.²⁹ En outre, le mandant ne répond pas du dommage qui concrétise un risque général de l'existence ou le risque professionnel propre à l'activité du mandataire.

4. La distinction délicate entre obligation contractée et dommage

Les prétentions que font valoir les liquidateurs des fonds Madoff contre les banques dépositaires sont-elles des obligations envers un tiers au sens de l'alinéa 1 ou des dommages au sens de l'alinéa 2 de l'art. 402 CO ?

La réponse à cette question commence par une difficulté linguistique. Le français parle des obligations « contractées » par le mandataire. Des auteurs francophones en déduisent que seules des obligations fondées sur un contrat, ou éventuellement un autre acte juridique du mandataire, entrent dans le champ d'application de l'alinéa 1. Les obligations ayant d'autre fondement (responsabilité, enrichissement illégitime, révocation dans la faillite, obligations légales) y échapperaient et devraient donc être considérées comme des dommages du mandataire que le mandant ne doit indemniser que s'il est fautif (art. 402 al. 2

²⁵ ATF 88 II 162, c. 4; BK-Fellmann, Art. 402 OR N 116; ZK-Oser/Schönenberger, Art. 402 OR N 9.

²⁶ Tribunal fédéral 4A_443/2011 du 22 février 2012, c. 2.3; citant ATF 78 II 48, c. 4; BK-Fellmann, Art. 402 OR N 117 ss.

²⁷ BK-Fellmann, Art. 402 OR N 151–155; BSK-Weber, Art. 402 OR N 12; Hofstetter, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, 2^e éd., Bâle 2000, p. 88; et leurs références. CR CO I-Werro, Art. 402 CO N 12, ne mentionne que la faute, ce qui s'explique probablement par l'idée qu'il existe un devoir général de diligence dont la faute n'est que la face subjective.

²⁸ ATF 51 II 183, JdT 1925 I 456, c. 3.

²⁹ ATF 110 II 283, JdT 1985 I 16, c. 3.

CO).³⁰ Les textes allemand et italien sont plus larges : le législateur parle de *eingegangene Verbindlichkeiten*, *d'assunte obbligazioni*. D'autres auteurs admettent donc que le droit à libération ne se limite pas aux obligations volontairement assumées par le mandataire dans le cadre d'un contrat, mais vise un cercle plus large d'obligations encourues dans l'exécution régulière du mandat.³¹ En admettant par exemple que l'obligation du mandant de rembourser l'impôt anticipé supporté par le mandataire – obligation légale qui naît indépendamment de tout acte juridique ou de tout consentement du débiteur – relève de l'art. 402 al. 1 CO, le Tribunal cantonal de Saint-Gall a suivi une interprétation inspirée par les versions allemande et italienne du texte.³² Mais il faut relever qu'en français aussi, le mot contracter ne se limite pas aux actes juridiques, et l'on peut contracter un vice, une maladie, une manie, une habitude, ou une infirmité.³³

Il n'en est pas moins vrai que la distinction entre les domaines respectifs des deux alinéas de l'art. 402 CO est beaucoup moins claire qu'il n'y paraît d'emblée. Le caractère volontaire de la dépense faite par le mandataire, comme la nature contractuelle de son obligation envers un tiers, ne suffisent pas à caractériser l'alinéa 1 pour le distinguer de l'alinéa 2 et du dommage, diminution involontaire du patrimoine. Cela fait bientôt un siècle que les tribunaux s'interroge sur cette distinction.

En 1920, le Tribunal fédéral a confirmé l'obligation de la *S.A. des Charbonnages, Mines et Usines de Sosnowice* de rembourser au *Comptoir d'Escompte de Genève* tous les frais causés par le séquestre des avoirs du Comptoir auprès de la *Diskontgesellschaft* à Berlin.³⁴ Ce séquestre avait été ordonné par les autorités allemandes pour contraindre le Comptoir à leur remettre les avoirs en compte de la Société des Charbonnages. Celle-ci contestait bien sûr la mesure de contrainte et avait donné au Comptoir le mandat de résister aux prétentions des autorités allemandes. Par des démarches judiciaires et diplomatiques, le Comp-

toir obtint la mainlevée du séquestre dont il était personnellement l'objet en Allemagne et recréa le compte de sa cliente des montants ainsi libérés, diminués cependant d'une perte de change et de frais d'avocat. La Société contestait devoir supporter ces pertes et ces coûts. Le Tribunal fédéral les mit pourtant à sa charge en se fondant sur l'art. 402 al. 1 CO : «... le mandant ne peut bénéficier des avantages de l'exécution du mandat à l'exclusion des charges qu'elle implique (art. 402 al. 1 CO).» L'alinéa 2 n'était pas applicable car il «vise le dommage survenu fortuitement au cours de l'exécution du mandat, mais non pas les frais nécessaires que le mandataire a dû faire pour exécuter sa mission...»

En 1933, le Tribunal fédéral adopta la même approche mais parvint au résultat inverse lorsqu'il mit une perte de change à la charge du mandataire.³⁵ La *Schaffhauser Kantonalbank* avait reçu un vendredi la commission d'acheter pour GBP 43 000 de souverains d'or. Elle avait transmis l'ordre à son courtier londonien et déjà acquis les livres anglaises (contre francs suisses) qui lui étaient nécessaires lorsqu'elle apprit que la Banque d'Angleterre venait de suspendre l'émission des souverains d'or jusqu'à nouvel avis. La banque de Schaffhouse décida de ne pas changer ses positions pendant le weekend. Le gouvernement anglais supprima la convertibilité en or de la livre anglaise le dimanche 20 septembre 1931 au soir, lui causant ainsi une perte de change. La dépréciation de la provision en sterlings, nécessaire à la souscription de souverains d'or, était-elle une impense ou un dommage ? Le Tribunal fédéral commence par constater que le commissionnaire ne pourrait ici se faire indemniser d'un dommage selon l'art. 402 al. 2 CO (par renvoi de l'art. 425 al. 2 CO) en l'absence d'une faute imputable au commettant.³⁶ Il relève ensuite que la distinction entre dommage et impense n'est pas clairement tranchée (*nun freilich nicht scharf*). «Celui qui, dans l'intérêt d'autrui, expose sa chose à un danger, accepte le dommage qui résulte de sa réalisation et agit en fait comme s'il faisait une impense. C'est pourquoi la doctrine lui reconnaît un droit au remboursement de son impense fondé sur l'art. 431 al. 1 CO en lien avec l'art. 402 al. 1 CO.»³⁷ L'arrêt retient, au cas d'espèce, que l'achat de la couverture en ster-

³⁰ CR CO I-Werro, Art. 402 CO N 10 ; Tercier/Bieri/Favre, Les contrats spéciaux, 5^e éd., Zurich 2016, N 4573.

³¹ BK-Fellmann, Art. 402 OR N 89 ; BK-Gautschi (3^e éd., 1971), Art. 402 OR N 15a.

³² Kantonsgericht St Gallen BZ.2005.93 du 23 janvier 2006.

³³ Cf. notamment Le Grand Robert de la langue française (version électronique, consultée le 1^{er} mars 2017), v^o contracter.

³⁴ ATF 46 II 440.

³⁵ ATF 59 II 245, *Schaffhauser Kantonalbank c. Fides Treuhandvereinigung*.

³⁶ *Idem*, c. 5.

³⁷ *Idem*, c. 6, traduction libre.

lings et la perte de change qui s'ensuit relèvent davantage de l'impense que du dommage. Il écarte cependant tout droit au remboursement en établissant sur trois pages la négligence (et donc la responsabilité) du commissionnaire, sans que l'on puisse reprocher de faute concomitante au commettant.

Cinquante ans plus tard, c'est une violation de la législation italienne sur le contrôle des changes qui était soumise aux juges de Mon Repos.³⁸ Un client avait chargé sa banque (en Suisse) de virer une somme (en liras italiennes) à son compte (en liras italiennes) auprès d'une autre banque (en Suisse). La première banque exécuta cette instruction (art. 397 CO) sans prendre les précautions nécessaires pour éviter que le règlement interbancaire de la couverture, qui passait par une banque correspondante à Milan, fasse l'objet d'un séquestre fondé sur les dispositions italiennes relatives au contrôle des changes. Le Tribunal fédéral exclut l'application de l'art. 402 al. 1 CO en peu de phrases. «Le défendeur n'a pas exécuté régulièrement le virement litigieux. Il n'a pas droit au remboursement de ses frais.» De même pour une indemnisation selon l'art. 402 al. 2 CO : «La perte subie par le défendeur est due à sa propre négligence...» Mais il ne tranche pas entre les deux dispositions, qui produisent le même résultat.

On notera encore la décision, plus discutable, du Tribunal de commerce de Zurich dans l'affaire qui opposait *Credit Suisse* aux époux *Millard*.³⁹ Les autorités fiscales des Iles Marianne avaient fait valoir une créance d'impôt de USD 118 millions contre les époux Millard avant que ceux-ci n'ouvrent divers comptes auprès de la Banque Clariden Leu en Suisse, ultérieurement absorbée par Credit Suisse. Recherchant l'exécution forcée de sa créance d'impôt, le gouvernement des Iles Marianne obtint d'un tribunal à New York un séquestre en mains de Credit Suisse. En dehors des procédures de l'entraide internationale, Credit Suisse se vit notamment enjoindre de révéler la valeur des comptes de ses clients sous peine d'astreinte. Les époux Millard s'y opposant, cette révélation aurait constitué une violation du secret bancaire. Pour l'éviter, Credit Suisse obtint la mainlevée du séquestre dans le cadre d'une transaction avec le gouvernement créancier moyennant un paiement de

USD 1.4 million, puis il demanda à ses clients de rembourser cette somme et ses dépens judiciaires. Le Tribunal de commerce de Zurich a rejeté cette prétention dans une décision du 23 février 2015 entrée en force.

Le jugement considère que les coûts de la transaction pour Credit Suisse ne sont pas des impenses (*Auslagen*) au sens de l'art. 402 al. 1 CO. Bien que la transaction constitue un contrat, il estime que la dépense n'était pas volontaire puisque Credit Suisse y était contraint par la pression du séquestre. En outre, cette transaction n'a pas été conclue dans l'intérêt des mandants, mais dans celui de la banque, les mandants n'ayant d'ailleurs pas été consultés à ce propos. Retenant ainsi la qualification de dommage, le jugement exclut une obligation d'indemniser fondée sur l'art. 402 al. 2 CO. Il considère que les clients n'avaient pas d'obligation d'informer spontanément Clariden Leu de l'existence de prétentions fiscales lors de l'ouverture de leurs comptes.⁴⁰ En outre, le dilemme auquel la banque était confrontée dans cette procédure n'était pas imputable au comportement des clients, mais résultait du risque assumé par la banque lorsqu'elle déploie ses activités aux Etats Unis.

5. Application à la situation de la banque face aux prétentions des liquidateurs des fonds Madoff

Comme on l'a vu, le Tribunal fédéral relève depuis longtemps que la distinction entre les deux alinéas de l'art. 402 CO est délicate, imprécise et controversée. Dans son arrêt dans l'affaire *Madoff* n° 1, il note d'ailleurs que la commission d'experts chargée de la révision du Code des obligations était consciente de cette difficulté.⁴¹ Considérant que certaines situations n'étaient pas couvertes par les deux alinéas repris du Code de 1881, le professeur bâlois et conseiller national *Carl Christoph Burckhardt* avait proposé un troisième alinéa permettant au juge d'exercer son pouvoir d'appréciation pour mettre certains dommages du mandataire à la charge du mandant non fautif. Cette proposition ne fut pas reprise par la commission d'experts, sans que l'on puisse trouver d'explication dans les travaux préparatoires.

³⁸ ATF 110 II 283, JdT 1985 I 16.

³⁹ Handelsgericht Zürich HG110247 du 23 février 2015, rés. RSDA 2015 400 r14.

⁴⁰ A raison me semble-t-il, cf. *Thévenoz*, Conformité fiscale : obligations et responsabilité du client envers la banque, RSDA 2016 110, 115 s.

⁴¹ Tribunal fédéral 4A_429/2014 du 20 juillet 2015, c. 6.2.3.

Cet arrêt, le premier où le Tribunal fédéral se prononce sur prétentions de la banque assignée en révocation par les liquidateurs d'un fonds Madoff, confirme par substitution de motifs un jugement du Tribunal de commerce de Zurich.⁴² Celui-ci avait fondé sur l'art. 402 al. 1 CO le droit de la banque d'exiger de son client qu'il la libère de l'obligation (encore contestée devant les tribunaux de New York) de restituer la différence entre le montant obtenu lors du rachat des parts du fonds Fairfield Sentry (en septembre 2008) et leur valeur effective (presque) nulle, quelle que soit la nature de l'action dirigée contre la banque devant les tribunaux de l'Etat de New York. «La notion d'obligations contractées (all: *eingegangene Verbindlichkeiten*) ne comprend pas seulement les obligations principales spécifiquement contractées par le mandataire, comme de celle de payer le prix d'achat. Elle s'étend aux obligations ayant d'autres fondements juridiques, pour autant que celles-ci aient leur origine dans un acte juridique que le mandataire a fait en son propre nom dans l'intérêt du mandant et que ces obligations lieraient directement le mandant si le mandataire avait agi en tant que représentant direct pour le compte du mandant.»⁴³

Le Tribunal fédéral confirme la décision zurichoise en fondant le droit de la banque non pas sur l'art. 402 CO, mais directement sur l'accord des parties. Sur instruction du client, la banque avait, en son propre nom mais pour le compte de son client, acheté des parts du fonds Fairfield Sentry, les avait détenues pendant plusieurs années, puis (sur de nouvelles instructions du client) en avait obtenu le remboursement, dont elle avait crédité le produit (moins sa commission) au compte de son client. Le Tribunal fédéral constate que l'intervention de la banque dépassait le cadre d'une simple commission d'achat et de vente. Pendant toute la durée de l'investissement (de 2000 à 2008), la banque le détenait à *titre fiduciaire*. Elle était certes inscrite dans le registre des actionnaires de Fairfield Sentry Ltd en son propre nom, mais elle agissait pour le compte, aux instructions, au profit et aux risques de son client. Le Tribunal fédéral retient cette qualification fiduciaire sur la base de l'état de fait établi par l'instance inférieure, mais sans s'appuyer sur des clauses contractuelles spécifiques

ou les déclarations des parties. Et il en tire les conséquences dans ces termes :

«Ce n'étaient pas seulement les gains et les pertes de valeur du bien fiduciaire... pendant la durée de la détention qui se produisaient au profit ou à la charge [du client], mais aussi le risque résultant de l'exécution conforme aux instructions de l'achat ou du remboursement qui devait être supporté par lui seul... Le risque que la valeur des parts présentées au remboursement peu avant la faillite [de Madoff] soit proche de zéro déjà au moment du remboursement était, selon l'accord contractuel, à la charge [du client]. Que cette (quasi) absence de valeur n'ait pas été constatée à ce moment et qu'un montant trop élevé ait été remboursée ne change rien à la chose... La prétention [de la banque] tendant à la libération des actions en remboursement intentées contre elle aux Etats Unis résulte immédiatement de l'accord des parties que l'affaire serait exécuté pour le compte du [client].»⁴⁴

Confirmant ainsi la rétention des avoirs du client en se fondant sur la volonté des parties déduite de la nature fiduciaire de leurs rapports (et sur un gage dont la validité n'était plus contestée devant lui), le Tribunal fédéral laisse cependant ouverte la question de l'interprétation de l'art. 402 CO.

Neuf mois plus tard, il retient la même solution dans l'affaire Madoff n° 2.⁴⁵ La Cour de justice genevoise avait exclu l'art. 402 al. 1 CO, non dans son principe, mais en considérant que la créance des liquidateurs contre la banque étant encore contestée, la banque ne pouvait pas (encore) exiger sa libération par son mandant.⁴⁶ Le Tribunal fédéral prend le contrepied de l'arrêt cantonal. Après avoir rappelé son raisonnement dans l'affaire zurichoise, il écrit : «Au moment d'acquérir des parts du fonds litigieux, le client... a signé une déclaration certifiant qu'il avait ordonné à la banque d'entreprendre cette opération pour son propre compte et à ses propres risques... Tous ces éléments démontrent que les parties se sont accordées sur le fait que le client assumait entière-

⁴² Handelsgericht Zürich, HG120079 du 27 mai 2014, RSDA 2015 399 r13.

⁴³ *Idem*, c. 3.4.1 (traduction libre).

⁴⁴ Tribunal fédéral 4A_429/2014 du 20 juillet 2015, c. 6.3 (traduction libre).

⁴⁵ Tribunal fédéral 4A_540/2015 du 1^{er} avril 2016. Cet arrêt et celui de la Cour de justice est discuté par Liégeois, Diligence du banquier en matière d'investissement et droit de rétention sur les avoirs du client, in La pratique contractuelle 5, Pinchonnaz/Werro (éds), Zurich 2016, 131 ss, p. 145-150.

⁴⁶ Cour de justice de Genève, ACJC/972/2015 du 28 août 2015, c. 4.2.3.

ment les profits et les risques de l'investissement dans le fonds Fairfield... En bref, la banque peut déduire de sa relation contractuelle avec le client un droit d'être libérée de la prétention en remboursement formée contre elle dans la procédure américaine.⁴⁷ Ici, le Tribunal fédéral n'a plus besoin d'invoquer la figure juridique de la fiducie : il se fonde sur une déclaration du client, qui assume les risques de l'investissement exécuté par la banque pour son compte.

Six mois plus tard, dans son arrêt du 3 octobre 2016 sur recours contre une décision vaudoise, le Tribunal fédéral ne revient pas sur le fondement (art. 402 al. 1 CO ou accord des parties) de la créance de la banque, car il exclut le gage de la banque pour une autre raison sur laquelle on reviendra au chapitre III ci-dessous.

Où cela nous laisse-t-il quant au droit de la banque de se faire libérer par son mandant ? Dans les deux arrêts où il a confirmé le droit de retenir des avoirs de son client pour se garantir contre une éventuelle condamnation à New York, le Tribunal fédéral a pris soin de se référer à l'accord des parties. En juillet 2015, il a invoqué la figure juridique de la fiducie-gestion. En avril 2016, il s'est fondé sur une déclaration expresse par laquelle le mandant assume les risques de l'investissement. Quelle serait la solution si le juge ne pouvait pas établir la volonté des parties et devait donc appliquer la règle supplétive de l'art. 402 CO ?

En réalité, la fiducie-gestion et la déclaration du mandant assumant les risques du placement reflètent exactement ce qui vaut pour tout mandat. Le mandat est le contrat de services indépendant par lequel le mandataire promet de gérer l'affaire d'autrui avec diligence et loyauté, mais sans promettre et encore moins garantir le résultat de sa gestion. Le mandataire fournit son savoir-faire, son expertise, son réseau, ses ressources pour obtenir le meilleur résultat, mais c'est le mandant qui conserve les profits et les risques de l'affaire gérée. Les règles légales reflètent le principe général que le mandataire diligent et fidèle agit aux profits (art. 400 et 401 CO) et aux risques (art. 402 CO) du mandant. C'est pourquoi la fiducie dans l'intérêt du fiduciant (fiducie-gestion, *fiducia cum amico*)

relève du mandat, selon une jurisprudence maintes fois confirmée.⁴⁸

Les obligations du mandat ne se retrouvent pas seulement dans la commission d'achat et de vente dans la fiducie-gestion. Elles sous-tendent l'ensemble des services d'investissement. Ainsi, les règles de comportement des négociants en valeurs mobilières (art. 11 LBVM) et des assujettis en matière de placements collectifs (art. 20 LPCC) reprennent les trois obligations fondamentales du mandataire : diligence, loyauté et information de l'investisseur. Néanmoins, c'est un principe tout à fait général de la réglementation des services d'investissement – et du droit du mandat, dont la commission d'achat et de vente, la fiducie-gestion et le contrat de placement collectif sont des types particuliers – que les risques des placements sont supportés par l'investisseur, sous deux exceptions :

- lorsque le mandataire a, par un manquement (faute) à ses obligations, causé tout ou partie du dommage subi par l'investisseur et donc engagé sa responsabilité (art. 398 CO) ;
- ou lorsque, cas rare, le mandataire a garanti un résultat, un rendement, une valeur.⁴⁹

C'est dans ce contexte que s'inscrit l'art. 402 al. 1 CO. Tous les coûts, prévus et imprévus, encourus par le mandataire dans l'exécution régulière du mandat en lien direct avec l'activité déployée pour le mandant sont à la charge du mandant, que ce coût ait déjà fait l'objet d'un déboursement (impense) ou qu'il s'agisse d'une dette grevant le patrimoine du mandataire (libération des « obligations contractées », ou plutôt des *eingegangene Verbindlichkeiten*). S'agissant d'un placement et de sa réalisation, il n'y a pas lieu de traiter différemment les frais de transaction versés à des tiers (commissions dites de courtage), les prélèvements exigés par le droit fiscal applicable (droit de timbre, impôt anticipé, impôt à la source), les paiements échangés avec des tiers en rapport avec le placement

⁴⁷ Tribunal fédéral 4A_540/2015 du 1^{er} avril 2016, c. 3.3.3.

⁴⁸ ATF 91 II 442, c. 6, JdT 1966 I 561, *Thorwart* ; ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588, *Feras Anstalt c. Banque Vallugano*, discuté par Thévenoz, La fiducie, cendrilla du droit Suisse, RDS 1995 II 253, 276 s. ; ATF 115 II 468, JdT 1990 I 374, c. 2b ; ATF 130 III 312, JdT 2005 I 260, c. 5 (et c. 4 non reproduit dans le recueil officiel) ; etc.

⁴⁹ Voir par exemple Tribunal fédéral 4A_208/2014 et 4A_212/2014 du 9 octobre 2014, confirmant le jugement du Tribunal de commerce de Zurich HG080025 du 21 février 2014.

(souscription ou rachat). En particulier, la rectification ou l'invalidation d'un paiement encaissé par le mandataire pour le compte du mandant lorsque le paiement était affecté d'un vice juridique (erreur essentielle ou erreur de calcul ou de conversion, dol, etc.) doit être supportée par l'investisseur, à moins qu'elle ne soit imputable à un manquement aux obligations du mandataire.

Une autre manière de comprendre la *ratio legis* de l'art. 402 al. 1 CO consiste à examiner l'hypothèse où le mandant aurait personnellement géré l'affaire dont il a en réalité chargé le mandataire. Si, dans cette hypothèse, le mandant aurait encouru telle impense ou telle obligation envers un tiers, alors il n'y a aucune raison que l'intervention du mandataire décharge le mandant de l'impense ou de l'obligation encourue par le mandataire, à moins que (i) le mandataire ait promis de prendre cette impense ou cette obligation à sa charge (par exemple dans le cadre d'une rémunération forfaitaire, d'un *all-in fee*) ou (ii) que le mandataire eût pu et dû éviter cette charge s'il avait mis en œuvre la diligence que le mandant était en droit d'attendre.

Si l'on applique ce test à l'action révocatoire exercée (à tort ou à raison) par les liquidateurs des fonds Madoff en rapport avec des remboursements faits avant la faillite, un investisseur qui aurait pu investir directement, en son nom, dans le fonds y serait tout autant exposé que l'intermédiaire financier qu'il a chargé de le faire pour son compte. Il n'y a aucune raison que la banque qui a exécuté et détenu cet investissement dans l'intérêt et pour le compte de son client – que l'on qualifie cette intervention de fiduciaire ou pas – conserve à sa charge le risque d'une procédure et l'éventuel remboursement auquel elle pourrait être condamnée, à moins bien sûr que cette obligation envers la masse en faillite et la procédure eussent pu être évitées par l'exécution régulière du mandat.

En résumé, il faut conclure ce premier chapitre en retenant que le risque d'un remboursement aux liquidateurs de la faillite de Bernard Madoff et des fonds qui l'alimentaient (et les coûts des procédures qui s'y rapportent) est un risque lié à l'investissement et qu'il doit être supporté par l'investisseur. A moins que la banque ait manqué à son obligation de diligence ou de loyauté en recommandant cet investissement ou en l'exécutant pour le compte de son client, elle peut exiger des clients concernés qu'ils la libèrent des obligations et procès encourus (cf. supra I.3).

Comme les clients ne souhaitent généralement pas apparaître en leur propre nom dans la procédure étrangère pour appuyer ou se substituer à la banque et comme d'autre part la banque conteste les actions intentées contre elles (et économiquement contre ses clients), son droit d'être libéré prend la forme du droit de se faire garantir des coûts qu'elle encourt dans l'intérêt de ses clients. Ces coûts comprennent un éventuel remboursement (en cas de condamnation), mais aussi une part proportionnelle des frais de justice qu'elle a engagés.

A défaut d'être effectivement libéré de son procès contre un tiers, le mandataire peut exiger de son mandant le remboursement des frais au fur et à mesure qu'ils sont encourus ainsi que des sûretés pour les frais futurs et le montant de la créance (contestée) du tiers (cf. art. 175 al. 3 CO). C'est dans ce contexte qu'il faut maintenant examiner le droit de la banque de retenir les avoirs des clients concernés à hauteur des prétentions que l'on vient d'analyser.

II. La rétention et la réalisation des avoirs de clients

Etant admis que le client doit libérer la banque des prétentions des liquidateurs des fonds Madoff en rapport avec le remboursement de ses parts, quels droits la banque peut-elle exercer sur les avoirs dont elle est la dépositaire? On examinera d'abord les droits de rétention fondés sur la loi (II.1), puis les éventuels gages de la banque (II.2).

1. Droits de rétention

Les droits de rétention sont de deux sortes : les droits personnels (aussi appelés contractuels) de retenir sa prestation, fondés sur le rapport d'obligations entre les parties, et les droits de rétention réels grevant la chose d'autrui.⁵⁰ Les premiers, qui prennent la forme d'une exception du débiteur, se limitent à la rétention temporaire de prestations qui seraient autrement dues. Les seconds, qui sont de nature réelle, permettent la rétention et éventuellement la réalisation des avoirs en satisfaction de la créance garantie.

⁵⁰ Sur cette distinction, cf. *Steinauer*, Les droits réels, t. III (4^e éd.), Berne 2012, N 3177a; *Kuhn*, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Berne 2011, § 17 N 7–9; *ZK-Oftinger/Bär* (1981), Art. 895 ZGB N 23.

Les droits de rétention réels font l'objet de règles différentes suivant la nature des avoirs qu'ils grèvent. S'agissant des avoirs de clients en mains de la banque, il faut principalement distinguer :

- Les dettes d'argent de la banque envers son client, résultant généralement du solde de comptes libellés en monnaie suisse ou étrangère (comptes monétaires).
- Des titres intermédiés inscrits au crédit d'un compte de titres dont le client est le titulaire ou en faveur de qui une convention de contrôle a été conclue (art. 25 LTI).
- Des choses mobilières tels que des papiers-values qui n'ont pas la qualité de titres intermédiés ou des métaux précieux en nature.⁵¹

L'exercice d'un droit de rétention suppose en principe que la créance garantie soit exigible (cf. art. 895 al. 1 CC, art. 21 al. 1 LTI), à moins que le débiteur soit insolvable (art. 897 CC). La créance garantie peut être une dette d'argent ou une autre dette ; elle n'est pas nécessairement liquide, son montant n'est pas forcément déterminé.⁵² Exercer un droit de rétention sur les avoirs du client pour garantir la créance en libération (art. 402 al. 1 CO) n'est pas en soi exclu, pour autant bien sûr que cette créance entre dans le cercle de celles qui sont visées par chaque droit de rétention, ce qui reste à examiner.

1.1 Sur des comptes monétaires ou des comptes métaux précieux

Ni choses mobilières, ni titres intermédiés, les comptes monétaires sont des rapports contractuels qui intègrent des créances réciproques pour produire une dette d'argent égale correspondant au solde du compte, en faveur de la banque ou en faveur du client. Cette dette est libellée en francs suisses ou en une autre monnaie. Pour les comptes en métaux précieux, elle est exprimée par une certaine quantité (poids) de métal, dont le client peut ou non exiger une livraison

physique.⁵³ Il n'existe pas de droit de rétention réel sur une solde créancier en faveur du client, mais la banque peut faire valoir diverses exceptions (droits de rétention personnels) et, éventuellement, un droit de compensation.

Une fois le mandat achevé (par résiliation ou par accomplissement de son but), l'obligation du mandataire de rendre compte et de remettre au mandant ce qu'il a reçu du chef de sa gestion (art. 400 CO) peut être retenue (son exécution différée) en garantie de ses prétentions. Le Tribunal fédéral l'a reconnu depuis longtemps pour la fin des rapports fiduciaires⁵⁴ et l'a confirmé dans le contexte de crédits documentaires.⁵⁵ Si le rapport synallagmatique entre la rémunération du mandataire et la remise des valeurs acquises pour le compte du mandant est indiscutable (art. 82 CO), les auteurs qui doutent du caractère synallagmatique entre l'*actio mandati* de l'art. 400 CO et l'*actio mandati contraria* de l'art. 402 CO admettent néanmoins un droit contractuel général de retenir sa prestation (*allgemeines Zurückbehaltungsrecht*) :⁵⁶ même sans rapport d'échange au sens strict, l'on ne saurait, lors de la liquidation des rapports contractuels, imposer au mandataire de payer ce qu'il doit sans exiger du mandant la réciprocité. Le Tribunal de commerce de Zurich a admis ce droit de rétention dans l'affaire Madoff n° 1 lequel n'était plus en débat devant le Tribunal fédéral.⁵⁷

⁵¹ Il ne s'agit pas ici des comptes-métal, qui sont de simples dettes de genre portant sur certaine quantité de métaux précieux.

⁵² ZK-Oftinger/Bär, Art. 895 ZGB N 75, qui relèvent que la réalisation de la chose retenue suppose une conversion préalable en une somme d'argent.

⁵³ Cf. Pasquier/König, Das Edelmetallkonto – Rechtliche Erfassung einer verbreiteten Anlagemethode, Anwaltsrevue 2016 119.

⁵⁴ ATF 94 II 263, JdT 1970 I 41, c. 4a : « les prétentions réciproques des parties sont venues à échéance par la révocation du rapport de fiducie ; à défaut d'une convention contraire, elles devaient être exercées trait pour trait... L'art. 82 CO est donc en tout cas applicable, que l'on se trouve en présence d'un mandat onéreux (remboursement des frais et dépenses plus la rémunération) ou gratuit (indemnisation pour les frais et dépenses). »

⁵⁵ ATF 113 III 26, JdT 1989 II 79, c. 3c, *Soprodec* : « La doctrine reconnaît un droit de rétention ou du moins un droit fondé sur le droit des obligations de retenir la chose aussi longtemps que la banque assignée n'a pas été défrayée, selon l'art. 402 al. 1er CO, des obligations contractées, que ses frais et sa 'commission' n'ont pas été remboursés. »

⁵⁶ BK-Fellmann, Art. 402 OR N 54 ; BSK-Weber, Art. 402 OR N 17.

⁵⁷ Handelsgericht Zürich, HG120079 du 27 mai 1994, c. 4.4 ; Tribunal fédéral 4A_429 du 20 juillet 2015, c. 4.

Le droit de rétention du mandataire en faillite est réservé à l'art. 401 al. 3 CO ; il est statué à l'art. 434 CO pour le commissionnaire à l'achat et à la vente.⁵⁸

La banque peut exercer son droit de rétention personnel sur les soldes des comptes monétaires et métaux précieux dès qu'une prétention fondée sur l'art. 402 al. 1 CO est exigible. Les *impenses* encourues donnent droit au remboursement en argent, créance qu'elle peut porter en compte ou déclarer compenser avec sa dette de solde (art. 120 ss CO). On trouve systématiquement dans les conditions générales le droit de compenser les valeurs déposées (dérogant ainsi à l'art. 125 ch. 1 CO) et la renonciation à l'identité d'espèces entre créance compensante et dette compensée. En revanche, le droit de la banque à être libérée de ses engagements envers les tiers permet la rétention des avoirs en comptes, mais ni leur réalisation ni leur compensation puisque cette créance n'est pas une créance d'argent.

1.2 Sur des titres intermédiés

Aux droits de rétention personnels examinés plus haut s'ajoutent, pour les titres intermédiés, le droit de rétention et de réalisation du dépositaire de l'art. 21 LTI. Ce droit réel garantit « toute dette exigible du titulaire de ce compte résultant de la conservation des titres intermédiés ou du financement de leur acquisition. » Les auteurs admettent que les créances de l'art. 402 CO bénéficient de ce droit de rétention pour autant qu'il existe un rapport de connexité entre ces prétentions et la conservation de titres intermédiés.⁵⁹

Il est douteux que les parts de fonds Madoff puissent être qualifiés de titres intermédiés. Comme le Tribunal fédéral l'a relevé en 2015 et 2016, la banque détenait ces parts à titre fiduciaire. Son inscription au registre des actionnaires ne réalise probablement pas les conditions de la création de titres intermédiés par un dépositaire en Suisse (art. 6 LTI) et il douteux que ce mode de détention soit considéré par le droit étranger applicable (ici celui des Iles Vierges Britan-

niques) comme ayant une fonction comparable à nos titres intermédiés (art. 3 al. 1^{bis} LTI). En outre et surtout, la créance de la banque selon l'art. 402 CO, résultant des prétentions dirigées contre elles par les liquidateurs de ces fonds, n'est pas en rapport de connexité avec la conservation de ces parts, mais avec leur remboursement. Hormis le cas où la banque aurait financé cette acquisition, la créance de la banque ne bénéficie donc pas du droit de rétention spécial de l'art. 21 LTI.

A défaut d'un droit de rétention et de réalisation au sens de l'art. 21 LTI, la banque peut faire valoir ses droits personnels examinés plus haut : l'*exceptio non adimpleti contractus* de l'art. 82 CO et le *allgemeines Zurückbehaltungsrecht* reconnu par la jurisprudence et la doctrine. Elle peut ainsi retenir les titres intermédiés, mais elle ne peut pas les réaliser.

1.3 Sur des choses mobilières

Certains avoirs de clients détenus par la banque n'ont pas le caractère d'une créance ni d'un titre intermédié. Des papiers-valeurs conservés sans création de titres intermédiés, des métaux précieux physiques sous forme de lingots ou de pièces, etc., sont des choses mobilières susceptibles de réalisation et donc soumises au droit de rétention de l'art. 895 CC.

Dans le cas général, un droit de rétention existe lorsqu'une créance exigible est en rapport naturel de connexité avec l'objet retenu. Ce rapport de connexité fait l'objet d'une abondante jurisprudence (qu'on évoque plus bas) et de nombreux exposés doctrinaux.⁶⁰ On admet que la connexité peut résulter d'un même rapport juridique. Dans des arrêts anciens, mais qui n'ont pas été remis en question, le Tribunal fédéral a nié cette connexité entre des cédulas hypothécaires et des créances qui ne sont pas des honoraires ou le remboursement d'impenses pour des prestations qui ne concernent pas ces cédulas, telles que leur création ou leur conservation.⁶¹ Il l'a admise entre un portefeuille de titres placés sous la garde d'un avocat et les créances d'honoraires de cet avocat pour des conseils et services rendus qui ne se limitaient pas aux questions relatives à ces valeurs.⁶² Lorsque le client est un « commerçant », c'est-à-dire

⁵⁸ Le droit de rétention du commissionnaire a un double caractère personnel et réel, cf. CR CO I-von Planta/Flegbo-Berney, ad Art. 434 CO.

⁵⁹ BSK-Schleiffer/Fischer, Art. 21 BEG N 30; Haeberli, in: Kommentar zum Bucheffektengesetz, Zurich 2013, Art. 21 BEG N 20; Dalla Torre et al., Sicherheiten nach Bucheffektengesetz – theoretische und praktische Aspekte, recht 2010 16, 25.

⁶⁰ Voir surtout Steinauer (n. 50), § 104; Kuhn (n. 50), §§ 17 et 18.

⁶¹ Cf. not. ATF 65 II 150, JdT 1939 I 549.

⁶² ATF 86 II 355, c. 4, JdT 1961 I 302.

une personne physique ou morale tenue de s'inscrire au registre du commerce et qui exploite effectivement une entreprise en la forme commerciale,⁶³ l'art. 895 al. 2 CC admet le rapport de connexité lorsque la possession de la chose retenue et la créance résultent de leurs relations d'affaires.

On doit probablement déduire de ce qui précède qu'il existe un rapport de connexité (au sens de l'art. 895 al. 1 CC) entre l'ensemble des valeurs qui constituent un portefeuille bancaire et les créances qui résultent pour la banque de la création du portefeuille, de la conservation, de l'administration et des transactions (y compris la souscription et le remboursement) sur les valeurs constituant ce portefeuille. Il en résulte que le droit de rétention de l'art. 895 CC couvre un cercle de créances plus larges que celui de l'art. 21 LTI. Bien entendu, l'art. 895 CC n'est pas applicable aux titres intermédiés du fait que ceux-ci ne sont pas des choses mobilières et que l'art. 21 LTI est une *lex specialis*.

2. Droit de gage

Les conditions générales des banques suisses incluent toutes la constitution d'un gage général de la banque sur les avoirs du client. Le libellé de ces clauses varie, mais toutes visent à garantir un cercle aussi large que possible de créances de la banque. On trouve des formules telles que «pour toutes les prétentions résultant des relations d'affaires avec le client sans égard à leur échéance»⁶⁴ ou encore «all claims against the Client, including in particular those arising from the granting of loans and credit facilities»⁶⁵.

En plus des conditions générales, l'octroi de crédits ou la fourniture de services d'investissement implique presque toujours la signature d'un véritable contrat de gage, plus complet. Typiquement, ces contrats garantissent «toutes les dettes et obligations, présentes ou futures découlant de leurs relations d'affaires que la Banque a ou pourrait avoir à l'avenir avec» son client.⁶⁶ Ils sont souvent assez détaillés sur les créances garanties : «any loans, debits, advances, credit facilities, charges or any other facilities... any obligations (including any liabilities incurred on be-

half of the Pledgor by the bank, arising, for example, from rights of recourse)...»⁶⁷, ou encore «toutes dettes et obligations, actuelles ou futures, échues ou non, conditionnelles ou inconditionnelles, plus intérêts, commissions, frais et tous accessoires»⁶⁸.

Comme la loi en matière de gage immobilier,⁶⁹ la jurisprudence suisse relative aux gages mobiliers est fondamentalement libérale quant à la possibilité de garantir des créances futures, éventuelles, voire conditionnelles. En 1908, le Tribunal fédéral admit qu'un gage garantisse des créances futures, conditionnelles ou éventuelles pour autant que celles-ci soit suffisamment déterminables lors de la conclusion du contrat constitutif de gage.⁷⁰ Dès 1925, il rappela que l'art. 27 al. 2 CC protège le constituant du gage contre une limitation excessive de sa liberté économique et exigea donc que les créances garanties soient objectivement prévisibles lors de la conclusion du contrat, ce qu'il admit pour les obligations résultant des relations d'affaires existant ou envisagées entre les parties.⁷¹ Le critère des créances résultant des relations d'affaires entre les parties est approuvé par la doctrine.⁷² Il exclut par exemple les créances en responsabilité qu'une banque peut avoir contre un client qui est aussi son administrateur ou qu'elle viendrait à acquérir contre un client.⁷³

Dans la droite ligne de cette jurisprudence presque centenaire, le Tribunal fédéral admit dans son arrêt Madoff n° 2 que la banque peut invoquer son droit de gage contractuel pour retenir les avoirs du client en garantie de ses prétentions éventuelles résultant des actions des liquidateurs des fonds Madoff. Le contrat de gage signé par le client garantissait «toutes les créances actuelles ou futures de la banque envers le constituant». Une délimitation aussi vaste

⁶⁷ Handelsgericht Zürich, *idem*.

⁶⁸ ATF 142 III 746, c. A.

⁶⁹ Art. 824 al. 1 CC : «L'hypothèque peut être constituée pour sûreté d'une créance quelconque, actuelle, future ou simplement éventuelle.»

⁷⁰ ATF 34 III 772, c. 2.

⁷¹ ATF 51 II 273, c. 4 : «solche Verbindlichkeiten, deren Eingehung in den Bereich der bereits bestehenden oder doch in Aussicht genommenen geschäftlichen Beziehungen zwischen den Kontrahenten fielen.»

⁷² Foëx, Le contrat de gage mobilier, Bâle 1997, p. 230 ss ; CR CC II-Foëx, Art. 884 CC N 42-44 ; ZK-Oftinger/Bär, Art. 884 ZGB N 129 ; BK-Zobl/Thurnherr, Art. 884 ZGB N 469 ss ; BSK-Bauer, Art. 884 ZGB N 89 ss.

⁷³ ATF 106 II 257, JdT 1982 I 106, c. 6 ; Tribunal fédéral 4C.212/1006 du 6 décembre 2012.

⁶³ ATF 105 II 188, JdT 1980 I 290.

⁶⁴ Tribunal fédéral 4A_540/2015 du 1^{er} avril 2016, c. A.a.

⁶⁵ Handelsgericht Zürich HG120079 du 27 mai 2014, c. 4.1.1.

⁶⁶ Tribunal cantonal Vaud n° 458 du 3 septembre 2015, c. 2a.

étant excessive au regard de l'art. 27 al. 2 CC, elle doit être restreinte aux « créances résultant des relations d'affaires en cours ou envisageables entre la banque et le client. » Or le client était entré en relation d'affaires avec la banque pour procéder à des investissements financiers. Le Tribunal fédéral conclut, à juste titre, que « la créance dont se prévaut la banque est étroitement liée à une opération d'investissement s'inscrivant dans des relations d'affaires prévisibles. Contrairement à l'analyse de l'autorité précédente, il faut admettre qu'une telle créance est couverte par le droit de gage ». ⁷⁴

Six mois plus tard cependant, dans l'affaire Madoff n° 3, la même Cour renverse sa jurisprudence et prend le contrepied de son arrêt d'avril 2016 sans même le citer. ⁷⁵ L'arrêt du 3 octobre 2016, qui casse une décision vaudoise qui correspondait en tous points à l'arrêt du 1^{er} avril 2016, considère qu'une créance future ou éventuelle n'est suffisamment déterminable que si, *cumulativement*, elle est connexe à la relation d'affaires existant entre les parties et elle était prévisible au moment de la conclusion du contrat constitutif de gage. Alors que jusqu'ici le Tribunal fédéral, approuvé par la doctrine, admettait qu'une créance est suffisamment déterminable et prévisible lorsqu'elle résulte des relations d'affaires entre les parties, son arrêt du 3 octobre 2016 ajoute une condition de prévisibilité subjective. « Si les... créances sont certes connexes à la relation d'affaires entre la demanderesse et la banque..., lesdites créances n'étaient pas prévisibles au moment de la conclusion du contrat. » ⁷⁶ Dans un tout autre contexte bancaire, les juges de Mon Repos ont confirmé un mois plus tard cette double condition cumulative. ⁷⁷

Il est surprenant que l'arrêt du 3 octobre 2016 (« Madoff n° 3 »), publié au Recueil officiel, ne men-

tionne pas celui du 1^{er} avril 2016, dont il prend l'absolu contrepied, dans le raisonnement juridique comme dans le résultat. La Première Cour de droit civil, qui a rendu ces deux arrêts à six mois d'intervalle, n'explique pas pourquoi elle introduit une nouvelle condition au test de déterminabilité, qui protège le constituant du gage (art. 27 al. 2 CC), et aboutit donc à des solutions diamétralement opposées.

L'affaire Madoff n° 3 se distingue des deux précédentes par deux circonstances de fait : l'achat (puis le remboursement) des fonds de placement avait été décidé par la banque dans le cadre d'un mandat de gestion discrétionnaire ; la banque avait reçu une lettre du liquidateur envisageant la possibilité de l'assigner en justice, mais l'action n'était pas encore introduite lorsque le Tribunal fédéral rendit son arrêt. Ces deux circonstances font apparaître le risque que la banque vaudoise doive rembourser une somme au liquidateur comme un peu plus éloigné ou incertain que pour les banques zurichoise et genevoise des deux premières affaires. Mais cette différence factuelle ne semble pas justifier une différence dans le raisonnement ni dans la solution.

La motivation de l'arrêt Madoff n° 3 n'est pas convaincante. ⁷⁸ Le Tribunal fédéral n'explique pas pourquoi la condition de connexité avec les relations d'affaires comme critère de prévisibilité aux fins de l'art. 27 al. 2 CC, qu'il a suivie pendant 90 ans, ne suffit plus et qu'il faut y ajouter une condition de prévisibilité pour les deux parties. Ces conditions cumulatives créent une incertitude juridique nuisible. Fallait-il que les parties puissent, lors de la conclusion du contrat de gage, prévoir que, dans le cadre des services d'investissement qui étaient l'objet de leurs relations d'affaires, il se pourrait qu'un remboursement de parts de fonds qui ne sont pas encore en portefeuille s'avère entaché d'une fraude d'un tiers et oblige la banque à rembourser à la masse en faillite du fonds tout ou partie des versements reçus à tort ? C'est en substance la question que pose le Tribunal fédéral dans Madoff n° 3, et il y répond par la négative.

Ou faut-il se demander si les parties, lors de la conclusion du contrat de gage, voulaient et acceptaient que le client supporte les risques des placements faits par lui ou pour son compte, y compris le risque qu'un placement perd toute valeur en raison d'une faillite, frauduleuse ou non, sauf bien sûr si la

⁷⁴ Tribunal fédéral 4A_540/2015 du 1^{er} avril 2016, c. 2.3.3. Cf. discussion par Liégeois (n. 45), p. 145–150.

⁷⁵ ATF 142 III 746, commenté notamment par Haberbeck, Gedanken zum Urteil des Bundesgerichts 4A_81/2016 vom 3. Oktober 2016, Jusletter du 9 janvier 2017 ; Hirsch, <www.lawinside.ch/333/> ; Rauber, <www.swissblawg.ch/2016/10/4a812016-faustpfand-zur-sicherung-einer.html> ; Thévenoz, <www.cdbf.ch/957> (consultés le 1^{er} mars 2017).

⁷⁶ Tribunal fédéral 4A_81/2016 du 3 octobre 2016, c.2.4.2.

⁷⁷ Tribunal fédéral 4A_62/2016 du 8 novembre 2016 (rétention d'une somme due à un apporteur d'affaires en garantie du remboursement au client par la banque de rétrocessions qu'elle a déjà versées à l'apporteur d'affaires).

⁷⁸ Egaleme nt critique, Haberbeck (n. 75), N 20 ss.

banque a engagé sa responsabilité en recommandant ce placement ou en l'exécutant pour son compte ? C'est l'approche adoptée par le Tribunal fédéral dans son arrêt d'avril 2016 lorsqu'il écrit : « la créance dont se prévaut la banque est étroitement liée à une opération d'investissement s'inscrivant dans des relations d'affaires prévisibles. Contrairement à l'analyse de l'autorité précédente, il faut admettre qu'une telle créance est couverte par le droit de gage. »⁷⁹

Ce qui me semble distinguer les arrêts d'avril et d'octobre 2016, c'est que le premier examine tant la créance invoquée par la banque (art. 402 CO) que le gage, alors que le second est procéduralement restreint à la question du gage. Dans *Madoff* n° 2, le Tribunal fédéral constate que « l'accord convenu faisait assumer entièrement par la cliente les profits et les risques de son investissement dans le fonds Fairfield, et en particulier le risque de perte de valeur tant qu'elle conservait ses parts... »⁸⁰. Partant de cette interprétation de la volonté des parties, il aurait été difficile de conclure que la créance de la banque, clairement fondée dans la relation d'affaires entre les parties, ne pouvait être garantie par le gage car elle serait imprévisible. A l'inverse, dans *Madoff* n° 3, les parties ont limité la procédure devant le Tribunal cantonal et donc devant le Tribunal fédéral à la validité du gage. La Haute Cour n'avait pas besoin d'analyser la prétention de la banque, de constater combien étroitement elle est liée aux services fournis au client et aux risques de l'investissement supportés par celui-ci. L'éventualité d'une action judiciaire au fondement mal connu ou critiquable (« *claw back* ») contre la banque apparaissait comme un événement externe à la relation avec le client, exotique au regard de notre conception de l'action révocatoire, et donc imprévisible.

Je pense que l'arrêt *Madoff* n° 3 repose sur une erreur d'analyse. Que, en tant que constituant de gage, le client soit protégé contre des engagements excessifs par un critère de connexité ou de prévisibilité, la question n'est pas de savoir si, lors de la constitution du gage, les parties pouvaient imaginer, parmi mille variantes, que la banque serait une fois exposée à telle action fondée sur un droit étranger dont le client serait tenu de la libérer. La question à trancher est celle de savoir si la prétention dirigée par un tiers contre la banque appartient aux risques économiques,

financiers ou juridiques qui sont inhérents au placement et en tant que tel à la charge du client, sauf responsabilité de la banque. Si la réponse est positive, si la banque dispose contre son client d'une créance qui la garantit contre cet aléa de l'investissement fait pour le compte du client, alors il n'y a pas d'engagement excessif contre lequel le client doit être protégé (art. 27 CC). On a vu plus haut que la banque a un droit personnel de rétention voire un droit à la fourniture de sûretés. On ne voit pas pourquoi il ne lui serait pas possible de se prévaloir de son gage.

III. Quel est l'effet sur les droits de la banque de la contestation des actions auxquelles elle défend ?

L'art. 402 al. 1 CO envisage les obligations (*Verbindlichkeiten*) du mandataire envers un tiers. Le gage garantit des obligations existantes ou futures, mais pas des obligations inexistantes.⁸¹ Que se passe-t-il lorsque, comme dans les procédures introduites à New York ou ailleurs contre des banques, celles-ci contestent avec détermination ces obligations dont elles demandent à leurs clients de les relever ?

Une obligation contestée n'est pas nécessairement une obligation inexistante. La contestation signifie que l'existence de l'obligation est incertaine. Cette incertitude ne sera levée que lorsque l'obligation aura été reconnue par le débiteur, son inexistence admise par le créancier, ou la question décidée judiciairement avec l'autorité de la chose jugée. Cette incertitude affecte-t-elle les créances du mandataire envers le mandant et donc ses gages et droits de rétention ?

Du point de vue du droit du mandat, et notamment des créances fondées sur l'art. 402 CO, l'incertitude quant à l'obligation envers le tiers, son éventuelle inexistence ne modifient pas fondamentalement les obligations du mandant. Si celui-ci approuve la contestation, il doit indemniser le mandataire des frais que celui-ci encourt dans l'exécution régulière du mandat et fournir une provision ou des sûretés à hauteur du montant que le mandataire pourrait être condamné à payer. En théorie, il peut aussi offrir au tiers de reprendre l'obligation du mandataire. Si le mandant estime la contestation vaine ou sa mise en œuvre inutilement coûteuse, il peut désintéresser le

⁷⁹ Tribunal fédéral 4A_540/2015 du 1^{er} avril 2016, c. 2.3.3.

⁸⁰ *Idem*, c. 3.3.3.

⁸¹ Cf. BK-Zobl/Thurnherr, Art. 884 ZGB N 242 ss.

tiers ou encore instruire le mandataire de le faire. Il n'en doit pas moins fournir à ce dernier la provision nécessaire. Ainsi, dans tous les cas de figure, le mandataire a le droit de se faire rembourser les frais encourus dans l'exécution régulière de son mandat, y compris dans la contestation des prétentions de tiers.

En somme, si l'existence (ou l'étendue) de l'obligation du mandataire envers le tiers est contestée, les coûts de cette incertitude jusqu'à droit connu sont à la charge du mandant. Au titre du droit d'être libéré de ses obligations (contestées) envers le tiers et d'être indemnisé de ses frais, le mandataire a des prétentions contre son mandant.

Qu'elles tendent au paiement d'une somme d'argent (paiement en mains du tiers, remboursement du montant payé aux tiers ou des frais encourus) ou à un acte juridique du mandant (reprendre la dette du mandataire),⁸² ces prétentions fondées sur le mandat sont les créances garanties par les droits de rétention et les gages de la banque à l'encontre de son client. Indépendamment de l'existence (contestée) de la créance du liquidateur contre la banque, la créance de la banque contre son client existe, même si son étendue n'est pas encore connue. Titulaire d'un droit de gage, la banque peut exercer la première prérogative qu'il confère, celui de retenir les actifs qu'il grève. A supposer qu'elle ne dispose pas d'un gage qui garantisse sa prétention, l'art. 402 al. 1 CO lui permettrait d'exiger une provision ou des sûretés et d'exercer un droit de rétention personnel (art. 82 et 402 CO) ou réel (art. 895 CC, mais non art. 21 LTI) puisque ces prétentions sont en rapport de connexité étroite avec les valeurs qu'elle conserve pour son client dans le cadre des services d'investissement qu'elle lui fournit.

IV. Conclusion

Les services d'investissement (conservation, négoce, conseil en placement, gestion de fortune) reposent sur le principe que l'investisseur supporte le risque des placements effectués pour son compte, à moins que le prestataire en garantisse la valeur ou, hypothèse plus fréquente, qu'il ait engagé sa responsabilité (transaction non autorisée, conseil inadéquat, gestion fautive) et soit tenu d'indemniser le client. Cette règle et ses deux exceptions s'appliquent également

aux placements faits par les banques suisses pour leur clientèle dans des « fonds Madoff ». En pratique, sauf si l'investisseur n'a pas autorisé un tel placement ou si la banque a manqué à son obligation d'information, de diligence ou de loyauté, l'investisseur supporte le risque que ces placements aient perdu leur valeur par l'effet du comportement frauduleux de Bernard Madoff. Le plus grand nombre des procès jugés en Suisse et à l'étranger ont écarté la responsabilité des conseillers financiers et des dépositaires, laissant le dommage à la charge des investisseurs.⁸³

Quelle que soit la qualification juridique précise des actions (« *claw back* ») dirigées à l'étranger par les liquidateurs des fonds Madoff contre les banques suisses qui ont acquis, détenu et obtenu le remboursement de ces placements pour le compte de leurs clients, ces prétentions sont liées à la valeur (ou plutôt à l'absence de valeur) de ces placements. Aussi subjectivement imprévisibles qu'elles fussent, ces procédures ont pour objet l'allocation des pertes entre les investisseurs. La réponse qui y sera donnée et le coût encourus pour y parvenir font partie des risques que supportent les investisseurs dans leur ensemble, et chaque investisseur en particulier. Le Tribunal fédéral l'a ainsi jugé à deux reprises en qualifiant de fiduciaire le contrat entre la banque et l'investisseur. Mais le droit du mandat (dont la fiducie-gestion n'est qu'un cas particulier) ne dit rien d'autre. L'art. 402 al. 1 CO permet au prestataire de services financiers (banque, négociant en valeurs mobilières...) d'exiger du client la libération des obligations et le remboursement des frais encourus dans l'exécution régulière, diligente et loyale du service contracté.

⁸² BK-Zobl/Thurnherr (2010), Art. 884 ZGB N 193, BK-Zobl, Art. 895 ZGB N 167.

⁸³ Tribunal fédéral 4A_498/2013 du 19 mars 2014, SJ 2014 I 357, de Gottrau, <www.cdbf.ch/905>; Cour de justice de Genève ACJC/444/2015 du 24 avril 2015, RSDA 2016 218 r10; ditto, ACJC/112/2015 du 6 février 2015, RSDA 2015 395 r2; Li Kwok Heem v Standard Chartered International (USA) Ltd, [2016] HKEC 7 (Hong Kong); SSR II, LLC v John Hancock Life Insurance Company, et al. (NY SC 652793/2011); Trib. arrondissement de Luxembourg n° 126.443 et 126.923 du rôle, du 19 octobre 2011, Bulletin AJLB n° 50 (novembre 2012) 90. Cf. cependant Cour de justice de Genève ACJC/1030/2015 du 11 septembre 2015, RSDA 2016 216 r7 (responsabilité engagée parce que la gestion ne se conformait pas à la stratégie d'investissement convenue). Voir aussi FINMA, Affaire Madoff et distribution de produits Lehman : incidences sur les activités de conseil en placement et de gestion de fortune, 2 mars 2010.

Ce même Tribunal fédéral semble hésiter quant à l'étendue de la garantie que procurent aux banques les gages contractuels qu'elles font souscrire à leurs clients. Le cercle des créances garanties est d'abord une question d'interprétation du contrat. Ceux de la pratique bancaire sont très larges et couvrent généralement toutes les prétentions actuelles et futures résultant des relations d'affaires entre le client et la banque. En avril 2016, les juges de Mon Repos ont admis que la créance de la banque est étroitement liée à une opération d'investissement qui s'inscrivait dans les relations d'affaires nouées entre le client et la banque. Six mois plus tard, ils ont considéré que ce n'était pas le cas car l'action révocatoire d'un tiers ou autre action à la suite d'une fraude n'était pas prévisible lors de la conclusion du contrat de gage.

En tant qu'événements singuliers et uniques, la future débâcle de telle société cotée, la faillite de tel émetteur ou la fraude commise par tel gérant d'actifs sont rarement prévisibles. En tant que phénomènes

inhérents au système financier et aux entreprises et gouvernements qu'ils financent, le principe de ces événements et leur récurrence sont connus depuis aussi longtemps que les marchés financiers existent. La forme qu'ils prendront dans un cas particulier et le moment où ils se produiront sont imprévisibles, leur caractère statistiquement inéluctable est une réalité dont tout investisseur doit s'accommoder ou, sinon, s'abstenir. Permettre aux intermédiaires financiers de ne faire valoir leurs gages que si l'événement spécifique particulier qui affecte un placement ou ses conséquences procédurales étaient prévisibles lors de la conclusion du contrat de gage revient à renverser l'allocation des risques entre investisseurs et intermédiaires financiers, et entre les investisseurs entre eux. Protéger les investisseurs ne signifie pas les soustraire à certaines conséquences du risque de placement qu'ils assument, mais clarifier l'étendue et la qualité des services de conseil et de gestion de fortune qu'ils contractent.