

ATF 142 III 746 | TF, 03.10.2016, 4A_81/2016*

Faits

Une société sise au Panama ouvre un compte auprès d'une banque vaudoise. La société confie à la banque un mandat de gestion discrétionnaire et signe un acte de gage et cession général qui prévoit que la société accorde à la banque un droit de gage et de nantissement en garantie de 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 la société.

Suite à la découverte de la chaîne de Ponzi mise en œuvre par Bernard Madoff, le *trustee* de la masse en faillite d'une société de Madoff intente une action contre un fonds de placement dans lequel la banque avait investi pour le compte de la société panaméenne. Le *trustee* entend également actionner un second fonds de placement dans lequel la banque avait investi pour le compte de la société panaméenne. La banque, qui avait vendu les parts de ces deux fonds avant l'action du *trustee*, a été informée par le *trustee* que, si ce dernier ne pouvait pas obtenir le remboursement d'un certain montant par le premier fonds, il se retournerait contre la banque en sa qualité de *subsequent transferee*.

La société panaméenne sollicite de la banque la restitution complète de ses avoirs. La banque retient cependant environ USD 800'000, afin de se prémunir contre le risque de *clawback*, et également environ USD 350'000 à titre de garantie.

La société panaméenne ouvre alors action contre la banque. Sur proposition du juge, les parties se mettent d'accord de limiter en premier lieu la procédure à la question de l'existence ou non d'un droit de gage de la banque sur les avoirs de la société.

Tant la Chambre patrimoniale du canton de Vaud que la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois considèrent que le droit de gage est valable au motif que ce dernier porte sur une créance future et éventuelle suffisamment déterminée ou déterminable. En effet, la société ne pouvait ignorer que les investissements étaient faits dans des fonds à risque. En outre, la banque est actuellement sérieusement exposée à des poursuites judiciaires.

La société exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral qui doit déterminer la

validité du droit de gage.

Droit

Le contrat constitutif de gage est un contrat innommé qui doit contenir les éléments essentiels suivants : l'obligation du constituant de constituer le droit de gage mobilier, la désignation de l'objet grevé et la désignation de la créance garantie. La créance garantie peut être simplement éventuelle, il suffit qu'elle soit suffisamment déterminable au moment de la conclusion du contrat, c'est-à-dire lorsque les parties devaient raisonnablement compter sur sa survenance. Le Tribunal fédéral précise qu'il est nécessaire que cette créance découle clairement des rapports d'affaires entre la banque et le client et que les parties aient pu ou dû raisonnablement penser, lors de la conclusion du contrat constitutif de gage, qu'elle pourrait prendre naissance.

En l'espèce, le Tribunal fédéral considère simplement que, bien que les créances que la banque invoque soient connexes à la relation d'affaires entre les parties, ces créances n'étaient pas suffisamment prévisibles et donc déterminables au moment de la conclusion du contrat constitutif de gage. Malgré un acte de gage formulé de manière large, ni la volonté réelle des parties ni même la volonté objective des parties ne permettent d'arriver à une autre solution puisque la créance future éventuelle doit être prévisible au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, une action révocatoire d'un tiers ou une autre action à la suite d'une fraude n'entre pas dans cette catégorie.

Partant, le Tribunal fédéral admet le recours et réforme l'arrêt en ce sens que la banque n'est pas titulaire d'un droit de gage sur les avoirs de la société panaméenne pour les créances futures éventuelles qu'elle invoque en relation avec les deux fonds de placement.

Note: revirement silencieux de jurisprudence?

La Cour d'appel avait retenu que la créance de la banque à l'encontre de la société était une créance en responsabilité selon l'art. 402 al. 1 CO. Le Tribunal fédéral considère que le fondement de la créance - l'art. 402 CO ou le contrat - n'est pas déterminant en l'espèce.

Le Tribunal fédéral a déjà longuement analysé la question de l'application de l'art. 402 CO

dans d'autres cas semblables, également suite à la faillite de Madoff, dans l'arrêt 4A_429/2014. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait toutefois finalement laissé la question ouverte puisque la créance trouvait son origine dans le contrat, l'application de l'art. 402 CO n'ayant alors aucun impact.

Dans une seconde affaire, concernant également les créances libératoires de la banque à l'encontre d'un client suite à la faillite Madoff, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question du droit de gage (4A_540/2015). Alors que la Cour de justice de Genève avait considéré qu'il n'était pas prévisible que l'investissement dans des produits Madoff soit en fait une fraude, le Tribunal fédéral était arrivé à la conclusion inverse et avait considéré que le droit de gage était valable au motif que « la créance dont se prévaut la banque est étroitement liée à une opération d'investissement s'inscrivant dans des relations d'affaires prévisibles » .

Il est intéressant de noter que, dans l'arrêt résumé ici, le Tribunal fédéral ne se réfère pas à l'arrêt 4A_540/2015 qui porte toutefois exactement sur le même sujet.

Il existe une principale différence entre l'état de fait de l'arrêt 4A_540/2015 et celui de l'arrêt résumé ici: dans le premier arrêt, le client avait décidé lui-même d'investir dans les fonds Madoff. Dans l'arrêt résumé ici, la banque avait un pouvoir discrétionnaire et a donc décidé elle-même d'investir dans ces fonds.

Une distinction juridique concernant l'analyse de la prévisibilité dans ces deux arrêts pourrait être la suivante: dans l'arrêt 4A_540/2015, le Tribunal fédéral met l'accent sur la relation d'affaires qui est prévisible (4A_540/2015, c. 2.3.3), alors que dans l'arrêt résumé ici, le Tribunal fédéral se demande si la créance est prévisible.

On peut espérer que le Tribunal fédéral aura l'occasion prochainement de clarifier sa jurisprudence sur la validité des droits de gage dans des cas semblables, la faillite Madoff n'ayant sûrement pas encore fini de faire parler d'elle... (cf. dans le même sens : Luc Thévenoz, Clawback Madoff : Revirement inexplicable du Tribunal fédéral , publié le: 28 Oct 2016 par le Centre de droit bancaire et financier, <https://www.cdbf.ch/957/>)

Proposition de citation : CLIAN HIRSCH, Le droit de gage de la banque suite à la faillite de Madoff, in:
<https://lawinside.ch/333/>