

Clawback et droit de gage des banques

L'incertitude renaît en matière de blocage par les banques des avoirs de leurs clients en garantie des actions révocatoires américaines.



SERGE FASEL, avocat, FBT Avocats SA
ALEXIS DUBOIS-FERRIÈRE, avocat, FBT Avocats SA

Depuis la découverte de la fraude de Bernard Madoff en décembre 2008, les liquidateurs de la société de ce dernier (Bernard L. Madoff Investment Securities, BLMIS) et des fonds nourriciers qui lui étaient liés (feeder funds) ont entamé une vaste campagne de recouvrement par le biais d'actions révocatoires de droit américain (clawback). Celles-ci permettent la remise en cause des opérations effectuées dans les six années précédant la faillite d'une société américaine. De nombreuses banques suisses ont ainsi été attirées – ou sont menacées de l'être – par-devant les tribunaux new-yorkais par les liquidateurs des fonds nourriciers, respectivement par le liquidateur de BLMIS, qui réclament la restitution des remboursements des parts de fonds (redemptions) payés aux banques pour le compte de leurs clients.

Invoquant leur droit de gage en garantie de créances futures éventuelles, les banques poursuivies ont pris le parti de bloquer les actifs des clients qui ont bénéficié de redemptions sur la période à risque, cela en garantie d'une potentielle condamnation pécuniaire aux Etats-Unis. Certains clients ont contesté ces blocages devant les tribunaux suisses. Dans une affaire genevoise, par arrêt du 1^{er} avril 2016, le Tribunal fédéral (TF) a admis le bien-fondé de la rétention des avoirs du client par la banque, considérant que la créance de cette dernière en libération des prétentions dont elle fait l'objet à New York était suffisamment prévisible pour être couverte par le gage (ATF 4A_540/2015). Le TF s'est à nouveau penché sur la question dans une affaire vaudoise tranchée le 3 octobre 2016. Cette fois, contre toute attente, il a considéré que les créances en libération dont se prévalait la banque contre son client n'étaient pas couvertes par le gage car elles n'étaient pas suffisamment prévisibles au moment de sa constitution (ATF 4A_81/2016).

Cette dernière décision suscite la perplexité des juristes en raison de son caractère peu explicite et du fait qu'elle ne mentionne nullement l'arrêt d'avril. Le TF semble ainsi y adopter une position contradictoire dès lors que les deux affaires reposent, en apparence, sur les mêmes faits. D'aucuns y voient un revirement tacite de jurisprudence.

L'absence de mise à néant expresse de la jurisprudence d'avril dans l'arrêt d'octobre nous fait plutôt dire que ces décisions peuvent coexister. La clef de leur compatibilité réside dans l'interprétation de la volonté des parties qu'opère le TF dans chacun des cas d'espèce.

Dans l'arrêt du 1^{er} avril, c'est après avoir re-

LE TF SEMBLE ADOPTER UNE POSITION CONTRADICTOIRE. LA CLEF DE LA COMPATIBILITÉ RÉSIDE DANS L'INTERPRÉTATION DE LA VOLONTÉ DES PARTIES.

levé les éléments pertinents pour déterminer la volonté du client (ressortant notamment des documents contractuels que ce dernier avait signés), que le TF a jugé que la créance de la banque était couverte par son droit de gage. On signalera en particulier que le TF a retenu que les parties s'étaient «accordées sur le fait que le client assumait entièrement les profits et les risques de l'investissement dans le fonds» y compris «le risque d'une demande de remboursement en cas de surévaluation des parts revendues».

Dans l'arrêt d'octobre, un tel constat fait défaut. Le TF a considéré que la créance invoquée par la banque n'était pas prévisible au moment de la conclusion du contrat et qu'elle n'était donc pas couverte par le gage. Cependant, il relève expressément que la volonté des parties aurait pu conduire à un résultat différent: «ni la volonté réelle et commune, ni la volonté objective, ni même une volonté hypothétique des parties à cet égard ne peuvent être envisagées pour justifier une telle extension du droit de gage».

Ce qui est déterminant, en l'absence d'indication expresse dans le contrat, est donc de savoir si les parties ont voulu, ou non, étendre le droit de gage de la banque à la créance éventuelle future dont elle se prévaut. Le TF l'a confirmé dans un arrêt rendu le 8 novembre dernier (ATF 4A_62/2016). Ce sont les circonstances de la formation des relations d'affaires qui permettent de retenir si la créance invoquée par la banque était raisonnablement envisageable pour le client et partant couverte par le droit de gage. Aussi, l'arrêt du TF du 3 octobre 2016 n'a pas enterré le bien-fondé des blocages des avoirs de leurs clients par les banques en garantie des actions révocatoires américaines. Il a seulement fait renaître l'incertitude. ■