



Journée 2016 de droit bancaire et financier

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

Prof. Luc Thévenoz



± 2010 : quatre « nouveaux » risques de l'activité bancaire

- Les services transfrontières sont fortement limités par des réglementations protectrices des clients et protectionnistes
 - La clientèle étrangère (et suisse) amène avec elle son risque fiscal
 - Les exigences et la responsabilité liées à la gestion et au conseil croissent significativement
- La simple activité de banque dépositaire expose à des risques significatifs (prétentions de tiers, mesures judiciaires ou administratives)







Notre sujet

Les avoirs d'un client garantissent-ils la banque contre le risque de prétentions d'une contrepartie, d'un tiers ou d'une autorité résultant de:

- de sa propre responsabilité envers un tiers
- de la faillite d'un tiers (e.g. révocation)..
- d'un enrichissement illégitime ou gain illicite au préjudice d'un tiers
- de la dette fiscale d'un client ou de sa propre dette fiscale
- des coûts des procédures judiciaires et administratives

... en rapport direct avec des opérations exécutées pour le compte de ce client et conformément à ses instructions ?





Exemples

- Le liquidateur de fonds Madoff agit en justice contre des banques suisses qui ont obtenu le remboursement de parts peu de temps ou longtemps avant la découverte de la fraude
- Suite à l'exécution d'un mandat d'encaissement, le fisc suisse prélève l'impôt anticipé sur le paiement au client des sommes recouvrées par le mandataire
- Une autorité fiscale séquestre les avoirs d'une banque suisse aux USA pour obtenir l'exécution d'une dette fiscale prétendue de USD 118m contre des clients de cette banque
- Une banque suisse craint que des créanciers d'une société commerciale étrangère devenue insolvable invoquent sa responsabilité en rapport avec un crédit qu'elle a octroyé à titre fiduciaire pour le compte d'un client





Hors sujet ici

- Séquestre et autres mesures affectant directement les avoirs du client en mains de la banque
- Amendes et autres sanctions à caractère pénal prononcées contre la banque
- Mise en cause procédurale du client dans la procédure introduite contre la banque
- Refus de remettre les avoirs du client en raison
 - d'une interdiction judiciaire ou administrative visant le client
 - d'une interdiction (réelle ou supposée) résultant d'une disposition légale suisse ou étrangère
 - des doutes de la banque sur la légitimation active du client





Plan

1. La banque a-t-elle une ou plusieurs créances contre son client qui la garantissent contre les prétentions de tiers?
2. Si c'est le cas, quels sont les droits que la banque peut exercer pour se protéger ou se désintéresser?
3. Convient-il de revoir les contrats existants afin de mieux protéger la banque?





1. Créances de la banque contre son client

1. **La banque a-t-elle une ou plusieurs créances contre son client qui la garantissent contre les prétentions de tiers?**
 - Qui, du client ou de la banque, supporte le risque de cette prétention dans les rapports internes?
2. Si c'est le cas, quels sont les droits que la banque peut exercer pour se protéger ou se désintéresser?
3. Convient-il de revoir les contrats existants afin de mieux protéger la banque?





1. Créances de la banque contre son client

- rémunération – CO 394 III *
- remboursement des avances et des frais – CO 402 I *
- libération des obligations contractées – CO 402 I *
- indemnisation du dommage subi – CO 402 II *
- porte-fort ou autre garantie du client – **contrat**

* Peut être modifié par contrat.





Art. 402

III. Obligations
du mandant

¹ Le mandant doit rembourser au mandataire, en principal et intérêts, les avances et frais que celui-ci a faits pour l'exécution régulière du mandat, et le libérer des obligations par lui contractées.

² Il doit aussi l'indemniser du dommage causé par l'exécution du mandat, s'il ne prouve que ce dommage est survenu sans sa faute.

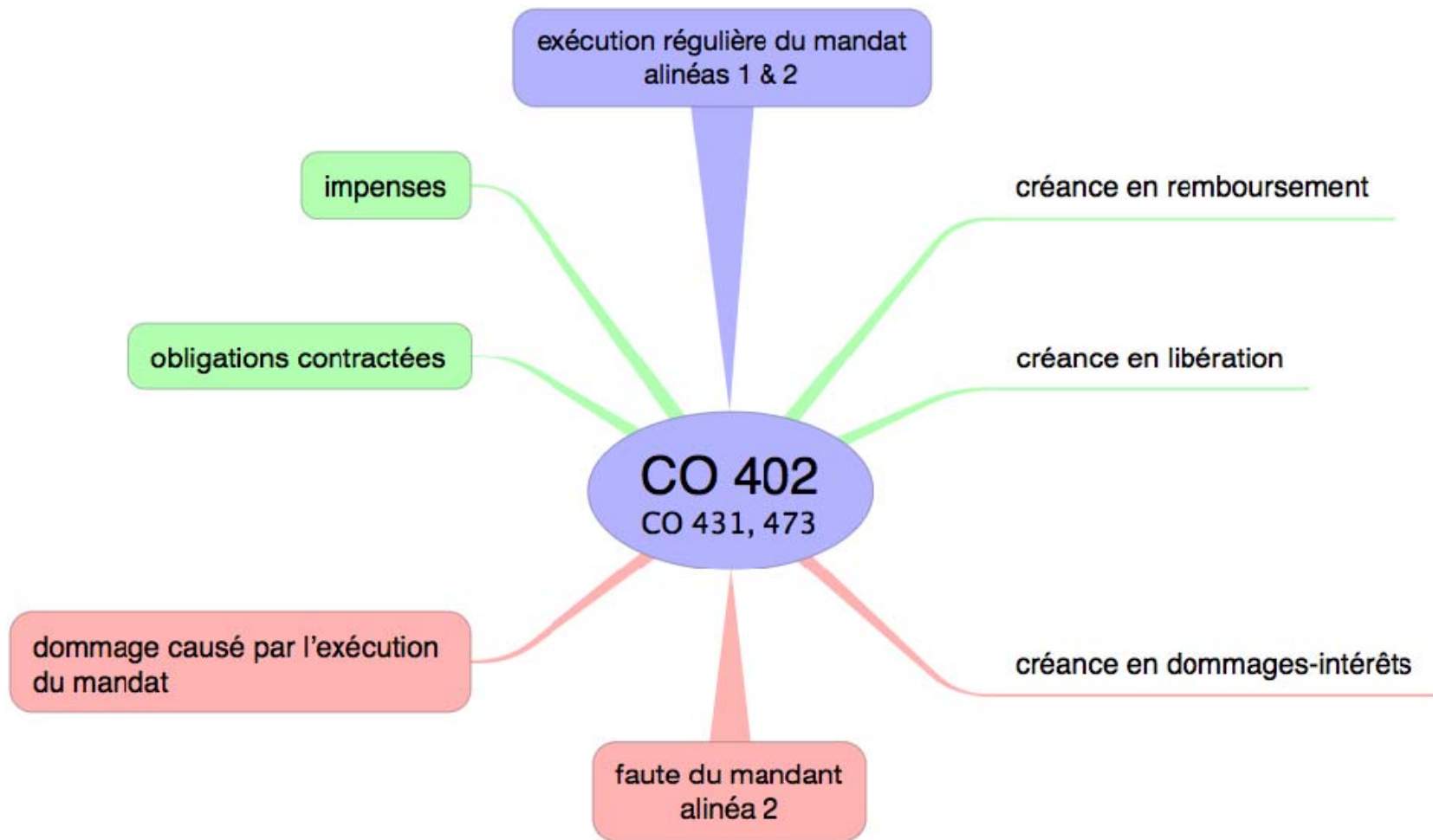
Art. 402

III. Ver-
pflichtungen des
Auftraggebers

¹ Der Auftraggeber ist schuldig, dem Beauftragten die Auslagen und Verwendungen, die dieser in richtiger Ausführung des Auftrages gemacht hat, samt Zinsen zu ersetzen und ihn von den eingegangenen Verbindlichkeiten zu befreien.

² Er haftet dem Beauftragten für den aus dem Auftrage erwachsenen Schaden, soweit er nicht zu beweisen vermag, dass der Schaden ohne sein Verschulden entstanden ist.







CO 402 I – Impenses

- « Avance et frais » ≠ « Auslagen und Verwendungen »
 - terminologie fluctuante: dépenses, **impenses**, frais, débours...
- *Auslage*: dépense volontaire d'une somme d'argent
- *Verwendung*: consommation ou usage volontaire d'une autre ressource (chose, service)





CO 402 I – Impenses

- « pour l'exécution régulière du mandat »
 - succès du mandat (résultat) sans pertinence
 - diligence du mandataire déterminante
 - doit être appréciées ex ante (utilité prévisible de la dépense)
 - mais une impense privée de son utilité par la mauvaise exécution du mandat exclut le droit au remboursement





CO 402 I – Impenses

- Les frais généraux (*Generalunkosten*) ne sont pas des impenses
 - Critère de distinction: utile au mandat spécifique ou à l'établissement du mandant?
 - Distinction floue, peut être réglée par contrat, évolue avec les usages (e.g. frais forfaitisés...)





CO 402 I – Impenses

- La créance en remboursement d'une impense a pour objet une somme d'argent quelle que soit la nature de l'impense
- « Principal et intérêts » exigibles dès la diminution de l'actif du mandataire





CO 402 I – Obligations contractées par le mandataire

- Même alinéa 1 que les impenses car lien étroit
 - une impense est en principe le règlement d'une obligation contractée

- Même condition: dans l'exécution régulière du mandat





CO 402 I – Obligations contractées par le mandataire

- Le texte français parle des « obligations contractées » par le mandataire
- L'allemand « *eingegangene Verbindlichkeiten* » paraît plus large
- Controverse sur les obligations non contractuelles encourues par le mandataire dans l'exécution régulière du mandat
 - obligations accessoire fondée sur la loi
 - e.g. garantie du commissionnaire vendeur
 - obligations de restitution
 - en cas de nullité ou d'invalidation de la transaction avec le tiers
 - en cas de faillite du tiers
 - obligation de droit public
 - e.g. TVA





CO 402 I – Libération du mandataire

- La libération par le mandant peut prendre diverses formes :
 - désintéresser le tiers créancier
 - reprendre l'obligation et libérer le mandataire (reprise privative)
 - CO 175 III: droit à sûretés si le tiers refuse de libérer le mandataire
 - fournir des sûretés au mandataire

- La créance en libération naît avec l'augmentation du passif du mandataire
 - c'est-à-dire la naissance de l'obligation contractée
 - indépendamment de son exigibilité, des conditions qui la grèvent, de sa contestation par le mandataire ou de l'indétermination de son montant





CO 402 II – Dommage causé par l'exécution du mandat

- Diminution involontaire du patrimoine du mandataire
- Causée par l'exécution régulière du mandat
- Procure une créance en dommages-intérêts
 - intérêt négatif du mandataire
- Prétention exclue par preuve libératoire du mandant non fautif





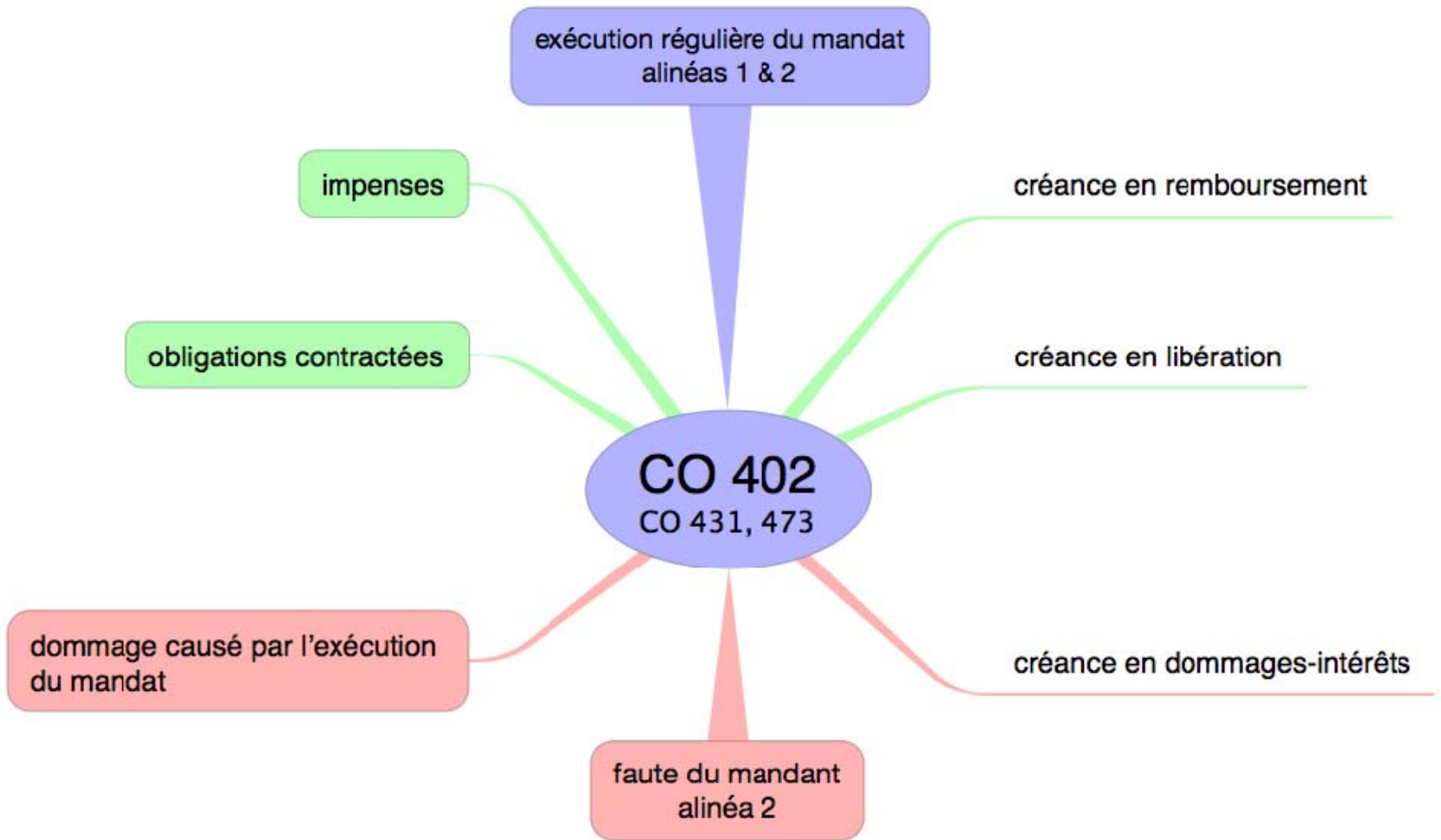
Obligation contractée ou dommage?

- L'obligation (contestée) d'une banque de rembourser au liquidateur de BMLIS ou d'un fonds nourricier les rachats de parts obtenus sur instruction et pour le compte de clients est-elle...
 - une obligation contractée (*eingegangene Verbindlichkeit*) par la banque dans l'exécution régulière du mandat?
 - ou un dommage causé à la banque par l'exécution régulière du mandat?

- Même question pour le règlement transactionnel accepté par Credit Suisse à New York en règlement de l'action dirigée par les autorités fiscales des Iles Vierges contre Credit Suisse et ses clients Millard

- Enjeu: preuve libératoire de CO 402 II







L'affaire des charbonnages polonais

ATF 46 II 440, *Comptoir d'escompte de Genève*

- la responsabilité du mandant résulte ici du mandat spécial de résister à l'administration forcée
- « En l'absence d'une stipulation particulière, le mandant ne peut bénéficier des avantages de l'exécution du mandat à l'exclusion des charges qu'elle implique. »
- CO 402 II « 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 et qui ... d'après l'al. 1, tombent à la charge du mandant. »





Les effets de l'inconvertibilité de la livre

ATF 59 II 245, *Schaffhauser Kantonalbank*



- Distingue entre impense (volontaire) et dommage (involontaire), mais relève que la distinction n'est pas « tranchée »
- Si dommage, indemnisation exclue en l'absence d'une faute du mandant (CO 402 II via CO 425 II)
- Le TF penche plutôt pour une impense (CO 431 I), dont remboursement exclu par négligence du commissionnaire qui a conservé le risque de change sur la provision pendant le week-end





La Guardia veille

ATF 110 II 283, JdT 1985 I 16, X c. W.



- CO 402 I exclu: « N'exécute pas régulièrement son mandat la banque suisse qui procède à un virement dans une monnaie soumise à un contrôle des changes sans prendre les précautions nécessaires à assurer que la couverture ne sera pas séquestrée par les autorités douanières. »
- CO 402 II exclu car absence de faute du mandant
- Situation pas couverte par la clause des conditions générales visant le risque des mesures étrangères affectant les dépôts en monnaies étrangères





Les millions de Millard

Trib. commerce Zurich HG110247 du 23 février 2015
RSDA 2015 400 r14

- CO 402 I inapplicable car le paiement transactionnel de la banque aux autorités fiscales n'est pas une dépense volontaire en raison de la contrainte subie par la banque (astreintes, frais d'avocats)
- CO 402 II: pas d'indemnisation car les clients n'ont pas commis de faute en n'informant pas la banque spontanément de leur contentieux fiscal
- [Sous réserve de CO 402 II] l'exposition aux procédures résultant de la présence de Credit Suisse aux Etats Unis constitue un risque professionnel que la banque supporte seule





Madoff, affaire zurichoise

- Tribunal de commerce de Zurich HG110013 du 7 juillet 2011
- TF 4A_443/2011 du 22 février 2012
- Tribunal de commerce de Zurich HG120079 du 27 mai 2014
- TF 4A_429/2014 du 20 juillet 2015





Madoff, affaire genevoise



- Cour de justice de Genève ACJ/972/2015 du 20 août 2015
- TF 4A_540/2015 du 1^{er} avril 2016





Tribunal de commerce de Zurich

- Les « obligations contractées » au sens de CO 402 I comprennent toutes les obligations résultant d'un acte juridique accompli par le mandataire dans l'intérêt du mandant
- Le mandant doit libérer le mandataire si l'obligation du mandataire existe, même si le mandataire la conteste envers le liquidateur





Cour de justice de Genève

- Ne décide pas si CO 402 I s'applique également à une obligation résultant d'un acte illicite ou d'un enrichissement illégitime
- Le droit du mandataire de requérir la libération n'entre en considération que lorsque l'obligation contractée est fixée, notamment quant à son montant, et inconditionnelle.
- En outre, la créance de la banque n'entre pas dans le cercle des obligations garanties par le gage





Tribunal fédéral

- Les notions d'impenses, d'obligations contractées et de dommage se recourent dans certaines circonstances
 - un troisième alinéa avait été envisagé à l'art. 402, écarté sans que les travaux préparatoires permettent de comprendre pourquoi
- Le TF évite de décider si les « obligations contractées » se limitent à celles résultant d'un acte juridique
- CO 402 est de droit dispositif
- Le TF qualifie les deux états de fait comme relevant d'une convention (non écrite) de fiducie





Tribunal fédéral

- Dans une fiducie-gestion (*cum amico*), le fiduciaire agit en son propre nom mais exclusivement dans l'intérêt, pour le compte, aux profits et aux risques du fiduciaire
- Le fiduciaire supporte le risque que les parts aient été surévaluées et rachetées par le fonds à un prix trop élevé
- Aucun reproche ne peut être formulé contre la banque (conseil, suivi de l'investissement) = exécution régulière du mandat
- Le TF retient l'obligation du client de libérer la banque
 - sur le fondement de la convention de fiducie
 - sans prendre position sur l'interprétation de CO 402





La figure de la fiducie est-elle nécessaire?

« ... la banque avait agi en tant que fiduciaire, en son propre nom mais pour le compte de la cliente... De même que la cliente assumait les profits et les risques d'une hausse ou baisse de cours tant qu'elle conservait ses parts, de même retirait-elle les profits et les risques découlant de la vente de parts exécutées régulièrement par la banque sur la base de ses instructions.

« Quoi qu'il en soit, l'élément déterminant ... est que l'accord convenu faisait assumer entièrement par la cliente les profits et les risques de son investissement dans le fonds Fairfield, en particulier le risque de perte de valeur tant qu'elle conservait ses parts, et partant le risque d'une demande de remboursement en cas de surévaluation des parts revendues. »





Trois perspectives possibles

1.– Interprétation de la volonté des parties

- convention implicite de fiducie admise dans les affaires Madoff
- résultat inverse pour un redressement CHF 14m en l'absence d'un accord écrit entre la banque et la société réduisant son capital (Trib. commerce ZH HG090269 du 31 janvier 2012)
- éventuelle promesse d'indemnisation (*indemnities*, porte-fort)





Trois perspectives possibles

2.– Admettre une responsabilité pour risque (sans preuve libératoire) du mandant ou du maître

- CO 422 I pour la gestion d'affaires sans mandat
 - appliqué par analogie aux mandats gratuits
 - ATF 61 II 95, JdT 1935 I 615, *Wüest c. Haltiner*
 - aux actes de complaisance
 - ATF 129 III 181, JdT 2003 I 236, SJ 2003 I 481
 - mais seulement à la survenance du risque de l'activité dangereuse entreprise dans l'intérêt du maître, pas au risque général de la vie... ou au risque professionnel
- Pour le mandat onéreux, suppose qu'on admette une lacune proprement dite de la loi par une réduction téléologique





Trois perspectives possibles

3.– Interprétation extensive de CO 402 I (impenses et obligations contractées) :

- ATF Comptoir d'escompte de Genève (1920)
- ATF souverains d'or
- Trib. cant. SG BZ.2005.93 du 23 janvier 2006 (impôt anticipé)

... s'étendant aux risques (excédant le risque professionnel) encourus dans l'intérêt exclusif du mandant:

- BK-Fellmann, N 24 & 147 ad CO 402, inspiré par la doctrine allemande
- Plus facile car repose sur l'interprétation de la loi, mais le résultat est-il différent du raisonnement précédent?





Prise de position

- Tout mandant (et pas seulement le fiduciaire) supporte les profits, les coûts et les risques d'une gestion diligente et loyale par le mandataire
- Impenses et obligations contractées sont les deux faces du même principe
- Les coûts et les pertes prévisibles et imprévisibles doivent être supportés par le mandant si le mandataire prouve l'exécution régulière du mandat et des instructions (CO 402 I)
- En revanche, le mandataire professionnel supporte les risques de son activité professionnelle (risque professionnel), sous réserve de CO 402 II
- Le meilleur critère de distinction entre CO 402 I et II n'est pas le caractère volontaire de la dépense ou de l'obligation assumée par le mandataire, mais le **rattachement de la dépense ou de l'obligation au risque propre à l'affaire gérée malgré une exécution diligente et loyale**





2. Moyens de la banque

1. La banque a-t-elle une ou plusieurs créances contre son client qui la garantissent contre les prétentions de tiers?
- 2. Si c'est le cas, quels sont les droits que la banque peut exercer pour se protéger ou se désintéresser?**
3. Convient-il de revoir les contrats existants afin de mieux protéger la banque?





Moyens de la banque

En admettant l'existence d'une créance fondée sur CO 402, la banque peut-elle, sur les avoirs du client sous son contrôle:

- exercer un droit de gage?
- exercer un droit de rétention réel ou contractuel?
- compenser?





Gage de la banque

- Objets
 - titres intermédiés
 - choses mobilières et papiers-valeurs
 - créances du client contre la banque
 - immeuble





Gage de la banque

- Un gage peut garantir l'exécution de toute forme d'obligation (pas seulement dettes d'argent)
 - fonction de garantie
- ... pour autant que cette obligation soit susceptible d'être convertie en une dette d'argent
 - fonction de désintéressement (réalisation)
- CC 824 I (gage immobilier), jurisprudence et doctrine (gage mobilier) admettent qu'un gage garantisse des créances futures, conditionnelles, ou « simplement éventuelles », dans les limites de CC 27 II
 - fonction de garantie
- ... mais pas de réalisation avant qu'une somme d'argent est exigible
 - fonction de désintéressement (réalisation)





Application aux créances fondées sur CO 402

1. Interprétation de la volonté des parties exprimée dans le contrat d'engagement (conditions générales, nantissement spécial)
 - quant aux créances garanties
 - quant aux actifs objets du gage
2. Licéité de l'engagement selon CC 27 II = prévisibilité pour le client

« Le client a acquis des parts dans un fonds d'investissement, puis les a revendues et touché le produit de vente, que la banque a encaissé pour lui...; les liquidateurs du fonds réclament à la banque la restitution du produit de vente au motif que les parts ont été surévaluées. La créance dont se prévaut la banque est étroitement liée à une opération d'investissement s'inscrivant dans des relations d'affaires prévisibles.»





CO 402 I : rétention ou réalisation des avoirs du mandant?

- **Rétention et réalisation** possibles dès le moment où une **impense** (« avances et frais ») a été faite par le mandataire dans l'exécution régulière du mandat

- **Rétention** seule possible dès la naissance d'une « obligation contractée » par le mandataire envers un tiers dans l'exécution régulière du mandat, car le mandant est tenu –
 - de désintéresser le tiers
 - de reprendre à son compte la dette du mandataire et de le libérer
 - ou fournir des sûretés au mandataire (CO 175 III)
 - mais non de payer une somme d'argent au mandataire





CO 402 I : rétention ou réalisation?

- En revanche, **réalisation** possible dès que le mandant est tenu de payer une somme d'argent au mandataire en rapport avec une « obligation contractée » dans l'exécution régulière du mandat, soit –
 - les montants payés le mandataire à un tiers (impense)
 - lorsque l'existence et le montant de l'obligation envers le tiers sont certains, car le mandataire n'est pas tenu d'en faire l'avance (sauf convention contraire)
 - en particulier, lorsque la dette du mandataire envers le tiers a été constatée judiciairement





Droits de rétention réel

- Comme les gages, les droits de rétention réels
 - garantissent toute obligation susceptible de donner naissance à une dette d'argent
 - mais pas de réalisation possible sans conversion en dette d'argent
- La distinction entre rétention et réalisation est donc semblable à celle qui s'applique aux gages contractuels
- Les droits de rétention réels
 - ne présentent donc un intérêt qu'en l'absence d'un gage garantissant la créance selon CO 402
 - mais ne s'appliquent qu'aux créances désignées par la base légale pertinente





Droits de rétention réel

- CC 895 pour les choses et papiers-valeurs
 - exige connexité naturelle entre actifs retenus et créance CO 402
 - généralement réalisée lorsque l'impense ou l'obligation se rapporte aux actifs retenus
 - ou l'impense ou l'obligation résulte du même rapport juridique ou d'un même complexe de rapports juridiques que la conservation des avoirs retenus

- LTI 21 pour les titres intermédiés
 - limité aux créances « résultant de la conservation des titres intermédiés ou du financement de leur acquisition »

- Pas de droit de rétention réel sur les créances du client contre la banque
 - sauf CO 434 pour le prix de vente du commissionnaire à la vente





Droits de rétention contractuels

- Reconnaissance doctrinale d'un droit contractuel de rétention malgré l'absence d'un rapport synallagmatique *stricto sensu*
 - entre restitution des avoirs du mandant (not. CO 400)
 - et remboursement des impenses et libération des obligations du mandataire CO 402

- Mais pas de droit de réalisation





Compensation

- Objet: dettes d'argent de la banque envers son client
- Fondée sur la loi CO 120 ss, cas échéant complétée par une clause contractuelle (e.g. conditions générales)
- La créance compensante fondée sur CO 402 est exigible dès la diminution du patrimoine du mandataire
- Sauf quand elle se traduit par une dette d'argent du mandant, l'obligation de libérer (désintéresser le tiers, reprendre l'obligation, fournir des sûretés) n'est **pas de même nature** que les dettes de la banque envers le client
- Donc la banque ne peut compenser que lorsqu'elle aurait un droit de réaliser dans l'hypothèse d'un gage ou d'un droit de rétention réel





Quid si l'obligation du mandataire s'avère infondée?

- Si l'obligation du mandataire envers le tiers s'avère inexistante
 - le gage ou le droit de rétention sont infondés, les actifs doivent être restitués
 - la dette compensée ne s'est pas éteinte
- A mon avis, pour autant que la banque a agi avec diligence (« exécution régulière du mandat »), elle ne répond pas du dommage causé au mandant par l'indisponibilité temporaire des avoirs
 - car le client aurait pu reprendre l'obligation (et le procès) de la banque envers le tiers
 - car la contestation de l'obligation de la banque envers le tiers était dans l'intérêt du client... et lui a finalement bénéficié





En guise de conclusion

1. La banque a-t-elle une ou plusieurs créances contre son client qui la garantissent contre les prétentions de tiers?
2. Si c'est le cas, quels sont les droits que la banque peut exercer pour se protéger ou se désintéresser?
- 3. Convient-il de revoir les contrats existants afin de mieux protéger la banque?**





Revoir les contrats

- Description des créances garanties dans les contrats de gage
- Prévoir des garanties spéciales du client contre certains risques liés à ses avoirs et les transactions exécutées pour son compte?
- Permettre la compensation entre avoirs monétaires du client et une éventuelle obligation de fournir des sûretés à la banque?

