

Blocage d'avoirs en lien avec «l'affaire madoff»

Sujet: **Bourse / dépôt** Numéro de cas: **2018/16**

Le client, représenté par un avocat, souhaitait mettre un terme à la relation d'affaires qu'il entretenait avec la banque. Celle-ci a toutefois refusé de restituer un montant à six chiffres, faisant valoir un droit de gage en garantie des éventuelles créances qui pourraient être invoquées dans le cadre de «l'affaire Madoff». S'appuyant sur un arrêt du Tribunal fédéral, l'avocat du client a réclamé à la banque le versement des avoirs retenus. Ses efforts étant restés infructueux, il a demandé à l'Ombudsman d'engager une procédure de médiation, mais celui-ci n'a pas pu donner suite à sa requête.

Le montant retenu par la banque correspondait à la somme qui avait été créditée sur le compte du client à la suite de remboursements de parts de fonds associés à «l'affaire Madoff». Les trustees ou les liquidateurs de ces fonds avaient actionné plusieurs établissements financiers aux Etats-Unis et aux îles Vierges britanniques, leur réclamant le remboursement des montants provenant de la vente de parts qu'ils détenaient et avaient vendues en leur propre nom, mais pour le compte et aux risques des clients, avant que l'escroquerie ne soit révélée. Figurant parmi les établissements concernés, la banque estimait toutefois être autorisée à garder l'argent en vertu d'une déclaration de mise en gage valable. Elle souhaitait ainsi se protéger dans l'éventualité où une décision judiciaire l'obligerait effectivement à rembourser ces montants aux trustees ou aux liquidateurs.

Le client a nié avoir conclu un contrat de gage avec la banque. Plusieurs déclarations de mise en gage portant des dates différentes se trouvaient cependant parmi les documents relatifs au cas. Les plus anciennes déclarations avaient été signées par le client, tandis que les plus récentes lui avaient toutes été remises en banque restante et n'avaient jamais été contestées par celui-ci. Au fil des ans, ces déclarations de mise en gage avaient été formulées de manière toujours plus détaillée, en particulier s'agissant de la description des créances garanties de la banque. Après s'être adressé directement à celle-ci et avoir invoqué l'erreur afin de contester les déclarations de mise en gage, y compris celles qu'il avait signées, le client a fait valoir auprès de l'Ombudsman qu'il n'avait jamais convenu avec la banque qu'elle devait conserver sa correspondance. Par conséquent, la banque ne pouvait pas considérer qu'il avait tacitement accepté une déclaration de mise en gage remise en banque restante sous prétexte qu'il ne l'avait pas contestée.

Le client a en outre cité l'arrêt du Tribunal fédéral ATF 142 III 746, dans lequel celui-ci a conclu qu'une banque ne pouvait pas s'appuyer sur une déclaration de mise en gage spécifique pour retenir des avoirs en lien avec «l'affaire Madoff», dans la mesure où le client concerné ne pouvait pas prévoir, à la signature du contrat de gage, que de telles créances futures éventuelles étaient garanties par le droit de gage.

En l'espèce, la première difficulté consistait à déterminer quelle déclaration de mise en gage était valable, un point sur lequel les deux parties étaient en désaccord. En tant que médiateur neutre, l'Ombudsman est tenu de respecter la crédibilité des parties et ne peut donc pas engager une procédure d'administration des preuves pour établir de façon définitive des faits contestés. Compte tenu des circonstances particulières et des accusés de réception relatifs à la banque restante délivrés par la banque et signés par le client, il a toutefois conseillé à celui-ci de reconsidérer sa position. Il lui

a en outre donné des indications sur le cas, qui sont récapitulées ci-dessous.

A la connaissance de l'Ombudsman, les tribunaux suisses, notamment le Tribunal fédéral, connaissent régulièrement de litiges dans lesquels des clients réclament la restitution d'avoirs que les banques retiennent en garantie de prétentions que les trustees ou les liquidateurs de «fonds Madoff» font valoir envers elles et qui font l'objet de procédures judiciaires aux Etats-Unis ou aux îles Vierges britanniques. Outre l'ATF 142 III 746 cité par le client, les arrêts du Tribunal fédéral 4A_429/2014 et 4A_540/2015 sont également connus. Dans l'arrêt 4A_429/2014, se fondant sur des considérations relevant du droit du mandat, le Tribunal fédéral a accordé à l'établissement financier concerné le droit de conserver les avoirs d'un client liés au remboursement de parts de fonds. Dans l'arrêt 4A_540/2015, il s'agissait de déterminer s'il est permis de se fonder sur une clause conférant un droit de gage pour retenir des avoirs en garantie de créances futures que pourraient invoquer des trustees ou des liquidateurs, ce à quoi le Tribunal fédéral a également répondu par l'affirmative. Or, selon les constatations de l'Ombudsman, la clause dont il était question dans cet arrêt était pratiquement identique aux déclarations de mise en gage plus anciennes et moins détaillées que le client avait signées.

Quelques mois plus tard, le Tribunal fédéral a rendu l'arrêt contradictoire auquel l'avocat du client s'est référé. Etant donné que l'arrêt 4A_540/2015 antérieur n'y est jamais mentionné, la volonté du Tribunal fédéral reste obscure: voulait-il modifier fondamentalement sa jurisprudence (ce qui serait étonnant compte tenu du fait que l'autre arrêt n'avait été rendu que peu de temps auparavant), ou a-t-il conclu à une situation différente et dès lors rendu un jugement différent? Cette question est vivement débattue par les juristes. Quoi qu'il en soit, il est frappant de constater que l'ATF 142 III 746 portait sur un mandat de gestion discrétionnaire dans le cadre duquel le client n'avait nullement influencé la décision de la banque d'acquérir et de revendre des parts de «fonds Madoff», tandis que le client concerné par l'arrêt 4A_540/2015 avait lui-même choisi de réaliser de tels investissements. Malheureusement, en raison de la situation équivoque qu'ont fait naître ces deux arrêts contradictoires du Tribunal fédéral, il s'avère généralement impossible de régler les litiges de cette nature par le biais d'une procédure de médiation.

Au vu de ce qui précède et du manque de clarté des dispositions contractuelles pertinentes en l'espèce, l'Ombudsman a estimé qu'une procédure de médiation portant sur le droit de la banque, contesté par le client, de retenir des avoirs en lien avec le remboursement de parts de «fonds Madoff», était d'emblée vouée à l'échec. Ainsi, l'Ombudsman a dû laisser à l'avocat du client le soin de décider de lui recommander, ou non, de saisir les voies de droit ordinaires.