

*Droit des obligations - contrat d'escrow - ATC (Cour civile II) du 4 avril 2016, X. Anstalt c. Y. Inc. et Z. Ltd - TCV C1 15 156*

### **Consignation à titre de garantie ; contrat d'escrow**

- Notion de contrat de dépôt (art. 472 à 491 CO). Notions de consignation, de consignation à titre d'exécution, de consignation conservatoire, de consignation à titre de garantie ou de sûretés (contrat d'escrow) (consid. 4.1).
- Le contrat d'escrow est un dépôt ordinaire, effectué auprès d'un tiers, afin de garantir un créancier. Par cet accord, le débiteur à un rapport de base remet des biens mobiliers à un tiers, l'escrow agent, qui acquiert sur ceux-ci une maîtrise de fait, aux fins de garantir l'exécution d'une obligation envers le créancier au rapport de base (consid. 4.2).
- Notion de contrat de base sous-tendant le contrat d'escrow (art. 112 al. 2 CO ; consid. 4.2).
- Les conditions du contrat d'escrow doivent être aussi claires que possible (consid. 4.3).
- Conséquence lorsque les conditions du contrat d'escrow ne sont pas claires (art. 96 CO ; consid. 4.3).
- Eu égard à son caractère abstrait, le contrat d'escrow est en principe indépendant du rapport de base (art. 2 CC ; consid. 4.4).

### **Hinterlegung sicherungshalber; Escrow-Vertrag**

- Begriff des Hinterlegungsvertrages (Art. 472 bis 491 OR). Begriffe der Hinterlegung, der Hinterlegung erfüllungshalber, der Hinterlegung zwecks Aufbewahrung, der Hinterlegung sicherungshalber (Escrow-Vertrag) (E. 4.1).
- Der Escrow-Vertrag ist eine gewöhnliche Hinterlegung bei einem Dritten, um eine Forderung eines Gläubigers zu sichern. Bei diesem Vertrag hinterlegt der Schuldner eines Grundgeschäfts bewegliche Sachen bei einem Dritten, dem Escrow-Agenten, der über diese die tatsächlichen Herrschaft erlangt, um die Erfüllung einer Verpflichtung aus dem Grundgeschäft zu Gunsten des Gläubigers sicherzustellen (E. 4.2).
- Begriff des dem Escrow-Vertrag zugrundeliegenden Grundvertrages (Art. 112 Abs. 2 OR; E. 4.2).
- Die Bedingungen des Escrow-Vertrages müssen so klar wie möglich sein (E. 4.3).
- Folgen, wenn die Bedingungen des Escrow-Vertrages unklar sind (Art. 96 OR; E. 4.3).
- Angesichts seines abstrakten Charakters ist der Escrow-Vertrag grundsätzlich unabhängig vom Grundgeschäft (Art. 2 ZGB; E. 4.4).

## Faits (résumé)

**A.** A. SA cherche à exploiter un complexe touristique. En 2013, son capital-actions de x'xxx'xxx fr. (2000 actions de x'xxx fr. chacune) était réparti entre X. Anstalt, à concurrence de 1001 actions, et B. Sàrl, à concurrence de 999 actions.

**B.** Z. Ltd et X. Anstalt ont conclu un contrat intitulé "Acquisitions of up to 100 % of the share capital of A. SA". Selon cet accord, Z. Ltd achetait les actions d'A. SA détenues par X. Anstalt. Un montant de xx'xxx'xxx fr., voire de xx'xxx'xxx fr., était dû à X. Anstalt. D'autres sommes lui étaient promises en cas de réalisation de certaines conditions. Afin de faciliter et de garantir le versement des montants convenus, l'accord prévoyait que les parties concluraient un contrat d'escrow ("Escrow Agreement").

**C.** Le même jour, X. Anstalt et Z. Ltd, comme depositors, et Y. Inc., en qualité d'escrow agent, ont signé un contrat intitulé "Escrow Agreement". Y. Inc. libérerait les fonds qui lui seraient remis par Z. Ltd. X. Anstalt pourrait obtenir le versement des montants en présentant à l'escrow agent des requêtes en ce sens, dont le contenu était réglementé dans l'escrow agreement. X. Anstalt devait produire une requête, accompagnée d'une confirmation de cession du prêt émise par B.Ltd. La libération des montants dus en rapport avec l'obtention des permis de construire dépendait du dépôt de requêtes conformes aux documents requis. Le contrat d'escrow prévoyait également la conclusion d'un mandat conjoint, par lequel les depositors confieraient à C. le soin de faire à l'escrow agent un avis en rapport avec l'exercice d'un droit de souscription préférentiel en relation avec l'augmentation du capital d'A. SA. Le contrat d'escrow contenait une clause par laquelle l'escrow agent restituerait à Z. Ltd les fonds excédant x'xxx'xxx fr.

**D.** Conformément au contrat d'escrow, Z. Ltd a fourni xx'xxx'xxx fr. Par la suite, xx'xxx'xxx fr. ont été versés à X. Anstalt. x'xxx'xxx fr. restaient sur le compte, pour garantir les autres versements auxquels X. Anstalt pourrait éventuellement prétendre, en cas de réalisation de certaines conditions (2 x x'xxx'xxx fr. en rapport avec l'obtention des permis de construire; x'xxx'xxx fr. en rapport avec le "GBP Loan"; xxx'xxx fr. en rapport avec la cession d'un autre prêt d'actionnaire, intitulé "P. Loan").

**E.** En 2014, X. Anstalt a adressé à Y. Inc. une demande de libération des fonds en relation avec l'obtention des permis de construire. L'escrow agent lui a répondu que sa requête ne contenait pas la confirmation écrite de C. ; il l'invitait à produire ce document. X. Anstalt a adressé un courrier à l'escrow agent pour obtenir la libération du montant de x'xxx'xxx fr. L'escrow agent lui a répondu que les parties n'avaient nullement renoncé au mandat en faveur de C.

**F.** X. Anstalt a introduit auprès du tribunal de commerce de Zurich une requête de mesures provisionnelles à l'encontre de Y. Inc., tendant au blocage des avoirs séquestrés dans le cadre du contrat d'escrow. Le lendemain, le tribunal a ordonné les mesures sollicitées, à titre superprovisionnel. Par la suite, cette autorité a déclaré irrecevable la requête, en raison de l'incompétence en raison du lieu. X. Anstalt a encore adressé à Y. Inc. une demande correspondant à la rétribution due en contrepartie de l'obtention de la cession du "GBP Loan". A nouveau, l'escrow agent lui a répondu que les documents produits ne satisfaisaient pas aux exigences prévues par l'escrow agreement.

**G.** En 2015, X. Anstalt a saisi le tribunal de district d'une requête de mesures provisionnelles contre Y. Inc., tendant au blocage des avoirs détenus par celle-ci dans le cadre du contrat d'escrow. Y. Inc. a dénoncé l'instance à Z. Ltd. Y. Inc. a conclu au rejet de la requête. Le tribunal a rejeté la requête. X. Anstalt a interjeté appel. L'appel a été partiellement admis.

## **Considérants (extraits)**

**4.1** Le contrat de dépôt est réglé par les articles 472 à 491 CO. La loi traite d'abord du dépôt en général (art. 472-480 CO) ; elle complète ensuite la réglementation par quelques dispositions applicables à des types particuliers : le dépôt irrégulier (art. 481 CO), le contrat d'entrepôt (art. 482-482 CO) et le dépôt d'hôtellerie (art. 487-491 CO) (Tercier/Favre/Couchepin, in Tercier/Favre, Les contrats spéciaux, 2009, n° 6583). En plus des dépôts spéciaux régis par la loi, il en existe une forme particulière : la consignation. Elle se définit comme le contrat par lequel une personne remet une chose mobilière à une

autre en faveur d'un tiers bénéficiaire, le dépositaire s'engageant à la conserver jusqu'à ce que ce tiers ou le déposant soit autorisé à lui en réclamer la délivrance (Tercier/Favre/Couchepin, op. cit., no 6619). Suivant la cause de l'obligation du consignataire en faveur du bénéficiaire, il est possible de distinguer trois sortes de consignation : (1) la consignation à titre d'exécution; (2) la consignation conservatoire et (3) la consignation à titre de garantie ou de sûretés (contrat d'escrow). Quant à cette dernière, il s'agit d'un dépôt ordinaire, mais effectué auprès d'un tiers, afin de garantir un créancier (Tercier/Favre/Couchepin, op. cit., n<sup>os</sup> 6623 ss).

**4.2** Plus précisément, un contrat d'escrow est un accord par lequel un débiteur à un rapport de base remet des biens mobiliers à un tiers, l'escrow agent, qui acquiert sur ceux-ci une maîtrise de fait, aux fins de garantir l'exécution d'une obligation envers le créancier au rapport de base (Eisenhut, Escrow-Verhältnisse : das Escrow Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte, thèse Bâle 2008, p. 17).

Il existe ainsi nécessairement un rapport de base qui sous-tend le contrat d'escrow, celui-ci servant à garantir une ou plusieurs créances découlant de celui-là (Eisenhut, op. cit., p. 109). En principe, le contrat de base renferme une clause qui oblige les parties, ou uniquement le débiteur, à conclure un contrat d'escrow (Eisenhut, op. cit., p. 110). En effet, le contrat peut être bipartite, auquel cas il n'est conclu qu'entre le débiteur (au contrat de base) et l'escrow agent ; dans cette hypothèse, ceux-ci concluent une stipulation pour autrui au sens de l'article 112 al. 2 CO (Eisenhut, op. cit., p. 21). Il peut également être tripartite : tel est le cas lorsque le créancier (au contrat de base) y est également partie (Eisenhut, op. cit., p. 21; Gerster, Das Escrow Agreement als obligationenrechtlicher Vertrag, thèse Zurich 1991, p. 6 sv.).

**4.3** Par le contrat d'escrow, le but de garantie est atteint en tant que l'escrow agent se voit conférer la maîtrise sur les biens qui lui sont remis (Eisenhut, op. cit., p. 122). La situation n'est que provisoire. En effet, si certaines conditions sont réalisées ou à l'échéance d'un certain délai, l'escrow agent doit soit remettre les biens au créancier (qui dispose d'un Herausgabeanspruch), soit les restituer au débiteur (titulaire d'un Rückforderungsanspruch; Eisenhut, op. cit., p. 122).

Les conditions doivent être aussi claires que possible. Certains auteurs recommandent de les régler dans le contrat d'escrow de façon complète et indépendante, l'objectif étant d'éviter en particulier

qu'il ne faille recourir, pour leur interprétation, aux dispositions du rapport de base. Il conviendrait également de laisser à l'escrow agent une marge d'appréciation aussi étroite que possible et de ne pas lui faire endosser un rôle d'arbitre. Pour ces auteurs, il est ainsi préférable de ne pas faire dépendre la remise ou la restitution des biens placés chez l'escrow agent à la survenance de certains faits ou à l'exécution ou la violation de certains devoirs ; il s'agirait de ne les soumettre qu'à la remise de certains documents, la tâche de l'escrow agent consistant alors à constater que ceux-ci ont été fournis, à l'instar de ce qui prévaut en matière de crédit documentaire (Eisenhut, op. cit., p. 123 sv. ; Gerster, op. cit., p. 64 ss).

Lorsque les conditions ne sont pas claires, l'escrow agent doit, dans son propre intérêt, consulter les parties et tenter d'obtenir de celles-ci des instructions communes. Si les incertitudes ne peuvent être levées, ou si les instructions reçues de part et d'autre sont contradictoires, l'escrow agent se retrouve placé dans une situation inconfortable : qu'il remette les biens mobiliers au créancier et le débiteur pourra le cas échéant prétendre à des dommages-intérêts ; mais le refus de transférer lesdits biens pourra également engendrer des inconvénients pour le créancier. En cas de doute, l'escrow agent doit refuser de remettre les biens qui lui ont été confiés ; il a par ailleurs la faculté, en vertu de l'article 96 CO, de les consigner (Eisenhut, op. cit., p. 132 sv. ; Gerster, op. cit., p. 119). Ce devoir peut être déduit de son devoir de fidélité et de diligence, qu'il doit exercer envers le débiteur et le créancier au rapport de base dans la même mesure (sur ce devoir, Eisenhut, op. cit., p. 177 ; cf. ég., Gerster, p. 8). Le respect de cette obligation peut être obtenu en justice (cf. De Gottrau, *Le crédit documentaire et la fraude*, thèse Genève 1999, p. 404 ; sur la possibilité d'obtenir la condamnation du mandataire à exécuter son mandat, cf. Weber, *Commentaire bâlois*, 2015, n. 19 ad art. 398 CO).

**4.4** Le contrat d'escrow est en principe indépendant du rapport de base, sous réserve d'une réglementation différente voulue par les cocontractants. Il ne lie pas exactement les mêmes parties. Les droits et devoirs qui découlent du premier sont différents de ceux qui résultent du second. Le contrat d'escrow peut être conclu avant, simultanément ou après le contrat de base (Eisenhut, op. cit., p. 159).

Cela étant, il ne peut être fait totale abstraction du rapport de base.

En matière de garantie indépendante, la jurisprudence a posé ce qui suit. Une telle garantie n'est jamais totalement "dégagée" du contrat de base. Son caractère abstrait ou autonome trouve certaines limites, entre autres dans la loi ; l'indépendance de la dette résultant d'un contrat de garantie cesse lorsque son bénéficiaire s'en prévaut au mépris manifeste des règles de la bonne foi (art. 2 CC). La finalité d'un contrat de garantie est la couverture d'un risque particulier. La garantie n'est délivrée que pour le contrat de base ; elle ne peut s'appliquer à un autre contrat. Le droit d'obtenir le paiement de la garantie n'existe donc plus s'il doit servir une fin manifestement étrangère à l'objet de la garantie. Il en découle que le bénéficiaire ne peut pas valablement demander le paiement de la garantie pour couvrir l'inexécution d'un autre contrat que le contrat de base. Lorsqu'une garantie est appelée pour couvrir une prétention qu'elle n'avait pas pour but d'assurer, l'appel est abusif (ATF 122 III 321 consid. 4a). Pour éviter de porter atteinte au principe de l'indépendance de la garantie bancaire, l'abus de droit doit être manifeste. En d'autres termes, le refus de paiement d'une telle garantie, au motif que le bénéficiaire y fait appel de manière abusive, doit rester exceptionnel (arrêt 4A\_463/2011 du 5 octobre 2011 consid. 3.1).

Ces principes doivent être transposés au contrat d'escrow (Gerster, op. cit., p. 63). Que le contrat conclu soit totalement indépendant ou non, selon la réglementation convenue par les parties, il n'en conserve pas moins toujours un caractère accessoire. Aussi, si la créance garantie (issue du rapport de base) s'éteint, le contrat d'escrow n'a plus de raison d'être et le créancier, en vertu du principe de la bonne foi, est tenu de prêter son concours à la restitution des biens remis en mains de l'escrow agent (Eisenhut, op. cit., p. 161). De même, celui-ci doit refuser de transférer les biens au créancier si ce dernier les réclame de manière abusive, l'abus devant toutefois être manifeste (art. 2 al. 2 CC ; Gerster, op. cit., p. 63).

Ce qui précède ne saurait toutefois faire oublier que l'extinction de la créance garantie n'emporte pas l'obligation inconditionnelle de restituer les biens au débiteur. Le droit à la restitution naît avant tout en cas de réalisation des conditions y relatives prévues dans le contrat d'escrow (Eisenhut, op. cit., p. 127 et 129).

*Par arrêt du 25 mai 2016 (4A\_225/2016), le Tribunal fédéral (I<sup>er</sup> Cour de droit civil) a rejeté le recours interjeté par X. Anstalt contre ce jugement.*