

## **BGE 142 III 746**

Bundesgericht (BGE), 2016-01-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_142 III 746](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_142_III_746)

FR: ATF 142 III 746

IT: DTF 142 III 746

### **Regeste**

Regeste Art. 884 ff. ZGB; Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 19 Abs. 2 OR; Fahrnispfand zur Besicherung aller bestehenden und allfälligen künftigen Forderungen; Bestimmbarkeit der besicherten Forderung. Materielle Voraussetzungen des Pfandbestellungsvertrags, insbesondere bezüglich der Bezeichnung der besicherten Forderung oder Forderungen (E. 2.2.1). Erfordernis der genügenden Bestimmbarkeit allfälliger künftiger Forderungen (E. 2.2.2). Entstehung des Pfandrechts (E. 2.2.3) und Untergang des selbigen (E. 2.2.4). Übermässige Bindung (E. 2.3). Fehlen der genügenden Bestimmbarkeit im vorliegenden Fall, da es sich um einen Befreiungsanspruch der Bank handelt, der im Zeitpunkt des Abschlusses des Pfandbestellungsvertrags nicht vorhersehbar war (E. 2.4).

### **Erwägungen**

#### **E. 2**

L'action ouverte par la demanderesse est une action en restitution de ses avoirs, fondée sur le contrat de compte courant et de dépôt, soit un contrat innomé, qui est un contrat mixte ( ATF 101 II 117 consid. 5). Ledit contrat ayant été résilié, l'obligation de la banque de restituer les avoirs de sa cliente n'est en soi pas contestée, ni contestable. Toutefois, à son obligation de restitution, la banque oppose l'acte de gage et cession général signé par la demanderesse et soutient qu'il lui confère précisément un droit de gage mobilier sur les avoirs de celle-ci déposés sur le compte litigieux.

#### **E. 2.1**

Le droit de gage mobilier ne peut être constitué que sous l'une des formes expressément prévues par la loi (numerus clausus des droits réels) (PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, vol. III, 4 e éd. 2012, n. 3081; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4 e éd. 2012, n. 1868; ZOBL/THURNHERR, Berner Kommentar, 3 e éd. 2010, n° 291 ad art. 884 CC ). L'acquisition (ou constitution; Entstehung) d'un droit de gage sur des choses mobilières ( art. 884 ss CC ) ou sur des créances et autres droits ( art. 899 ss CC ) suppose un titre d'acquisition (Erwerbsgrund) et une opération d'acquisition (Erwerbsakt); cette dernière comprend elle-même un acte de disposition (Verfügungsgeschäft), soit un contrat réel entre le constituant et l'acquéreur, et un acte matériel, soit, pour les choses mobilières, le transfert de possession (STEINAUER, Les droits réels, vol. I, 5 e éd. 2012, n. 131 ss; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 1886 ss). Le titre d'acquisition est l'acte générateur de droit (Verpflichtungsgeschäft) par lequel le constituant s'oblige à constituer ce droit réel limité, c'est-à-dire le contrat constitutif de droit de gage mobilier. Ce titre n'a pas d'influence sur le droit réel lui-même, n'engendrant qu'une créance tendant à la constitution du droit réel (STEINAUER, Les droits réels, vol. I, op. cit., n. 132). L'acte de disposition est le contrat réel de disposition par lequel le constituant manifeste sa volonté de transférer au créancier gagiste, en exécution de l'obligation résultant du contrat constitutif

de gage, la chose ou le droit mis en gage. Il présuppose que le titre BGE 142 III 746 S. 752 d'acquisition soit juridiquement valable; l'acte de disposition est en effet causal, et non abstrait (principe de causalité; ATF 119 II 326 consid. 2c; ATF 121 III 345 consid. 2a; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 75 et 849; ZOBL/THURNHERR, op. cit., n° 298 ad art. 884 CC ). Il exige que le constituant ait le pouvoir de disposer (Verfügbungsmacht) de l'objet du gage. Si le droit mis en gage est une créance non incorporée dans un papier-valeur, le contrat de disposition requiert la forme écrite ( art. 900 al. 1 CC ; STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3146 et 3208g); il se confond avec le contrat constitutif en ce sens que le même acte exprime la volonté du constituant de créer le droit de gage et l'acte de disposition nécessaire à cette fin, un transfert de la possession étant impossible (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3208g; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 1953; THOMAS BAUER, in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, vol. II, 5 e éd. 2015, n° 3 ad art. 900 CC ) . L'acte matériel consiste dans le transfert de possession de la chose mobilière ou, si la créance est incorporée dans un titre, de ce titre (art. 900 al. 1 in fine CC; STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3208j). Le droit de gage sur des créances et autres droits doit être distingué de la cession fiduciaire de ces créances et droits, institution voisine du droit de gage mobilier; dans le premier cas, le titulaire de la créance ou du droit donné en garantie ne change pas alors que, dans le second cas, la créance ou le droit donné en garantie passe entièrement, à titre fiduciaire, au titulaire de la créance garantie (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3205b et 3106 ss; HANS-PETER WALTER, Die Sicherungszession im schweizerischen Recht, in Mobiliarsicherheiten, Berner Bankrechtstag 1998, p. 43 ss). La cession fiduciaire aux fins de garantie se rencontre souvent en matière de crédit commercial, dans lequel le débiteur accepte la cession globale de ses créances contre ses clients (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3106b; OFTINGER/BÄR, Zürcher Kommentar, 1981, Systematischer Teil, n. 273).

## **E. 2.2**

Le contenu du contrat constitutif de gage n'est pas réglementé spécialement par les art. 884 ss CC ; il s'agit d'un contrat innomé (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3146; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 1887). Les règles de la partie générale du Code des obligations lui sont applicables ( art. 7 CC ; STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., ibidem). Les conditions matérielles BGE 142 III 746 S. 753 de ce contrat (essentialia negotii), sur lesquelles l'accord des parties doit porter, sont l'obligation du constituant de constituer le droit de gage mobilier, la désignation de l'objet grevé et la désignation de la créance garantie (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 1887; STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3147a; BÉNÉDICT FOËX, Le contrat de gage mobilier, 1997, n. 482 ss). Le constituant doit s'obliger à constituer le droit de gage; autrement dit, le contrat doit contenir l'engagement de conclure l'acte de disposition et en plus, pour les choses mobilières et les créances incorporées dans un titre, l'acte matériel (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3208g ss). A propos de la désignation de l'objet grevé, seules des choses mobilières ou des créances ou des droits peuvent être grevés de droit de gage, conformément au principe de spécialité (en relation avec le principe de publicité qui s'applique en matière de droits réels; STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3135 ss et 3207 ss; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 1878; BAUER, op. cit., n° 44 ad art. 884 CC ).

### **E. 2.2.1**

En ce qui concerne la désignation de la créance garantie, le droit de gage mobilier peut être constitué, comme en matière d'hypothèque ( art. 824 al. 1 CC ), pour garantir une créance quelconque, actuelle (exigible ou non), future, conditionnelle ou simplement éventuelle ( ATF 71 II 262 consid. 1 p. 284; STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3132 et 3207a). Cette créance peut être de nature contractuelle, mais aussi une créance en dommages-intérêts de la banque contre le client en relation avec le contrat passé avec lui (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3134a) ou une créance pour enrichissement illégitime en raison de l'annulation, de la nullité ou de la révocation du contrat lorsque les parties en sont expressément convenues ou que cela doit être admis selon leur volonté hypothétique (BAUER, op. cit., n os 48 et 50 ad art. 884 CC ). Le principe de spécialité (Spezialitätsprinzip) ne s'applique pas strictement: la créance garantie ne doit être déterminée ni qualitativement, ni quantitativement (contrairement à l'hypothèque qui exige l'indication d'une somme maximale, cf. art. 794 al. 1 CC ) ( ATF 113 II 163 consid. 2c in fine; ZOBL/THURNHERR, op. cit., n° 267 ad art. 884 CC ). Au regard du principe de spécialité, il suffit que les créances garanties par le contrat de gage mobilier - rapport de BGE 142 III 746 S. 754 sûreté - soient déterminées ou suffisamment déterminables au moment de la conclusion du contrat de gage ( ATF 51 II 273 consid. 2 p. 276 ss; STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3133 et 3207; ZOBL/THURNHERR, op. cit., n° 379 ad art. 884 CC ; BAUER, op. cit., n os 48-49 ad art. 884 CC ), ce qu'elles sont lorsqu'elles sont connexes (Konnexität) aux relations d'affaires entre créancier et débiteur - rapport de base - ( ATF 106 II 257 consid. 5). Une telle connexité fait défaut lorsque le créancier gagiste s'est fait céder la créance par un tiers (BAUER, op. cit., n° 49 ad art. 884 CC ). Il résulte en outre du principe de l'accessoriété que le droit de gage mobilier ne peut pas exister indépendamment de la créance garantie. L'existence du droit de gage dépend donc de l'existence d'une créance garantie valable (SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, op. cit., n. 1873).

### **E. 2.2.2**

En ce qui concerne les créances futures éventuelles, en particulier des banques à l'égard de leurs clients, elles sont suffisamment déterminables au moment de la conclusion du contrat constitutif de gage lorsque les parties devaient raisonnablement compter avec leur survenance ( ATF 108 II 47 consid. 2 p. 49; arrêt 4A\_435/2009 du 11 novembre 2009 consid. 3.3.1; BAUER, op. cit., n° 55 ad art. 884 CC ). Autrement dit, il est nécessaire que ces créances découlent clairement des rapports d'affaires entre la banque et le client - connexité avec le rapport de base - et que les parties aient pu ou dû raisonnablement penser, lors de la conclusion du contrat constitutif de gage, qu'elles pourraient prendre naissance. Il importe en effet que le constituant du gage ait accepté de garantir de telles créances, ce qui présuppose qu'au moment de conclure le contrat constitutif de gage, lesdites créances aient été prévisibles (cf. FOËX, op. cit., n. 656; GUGGENHEIM/GUGGENHEIM, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 5 e éd. 2014, n. 589). Il peut donc s'avérer nécessaire de devoir interpréter la volonté des parties.

### **E. 2.2.3**

Le droit de gage mobilier sur une créance future (éventuelle ou conditionnelle) naît déjà au moment du transfert de possession de l'objet du gage ou, pour les créances et autres droits non incorporés dans un titre, au moment du contrat de disposition en la forme écrite, et ce en dépit du fait que la créance future ne soit pas encore née. Dans cette mesure, la jurisprudence a admis une exception au principe de l'accessoriété, dans l'intérêt des besoins

du commerce (BAUER, op. cit., n° 55 ad art. 884 CC ; ZOBL/THURNHERR, op. cit., n° 228 ad art. 884 CC ). BGE 142 III 746 S. 755 Toutefois, la banque n'est autorisée à retenir l'objet du gage que lorsque la créance future (éventuelle ou conditionnelle) est née (BAUER, op. cit., n° 56 ad art. 884 CC ; ZOBL/THURNHERR, op. cit., n° 237 ad art. 884 CC ).

#### **E. 2.2.4**

Il découle du principe de l'accessoriété que le droit de gage s'éteint par le paiement de la créance garantie ou pour une autre cause ( art. 889 al. 1 CC ). Tant que la créance garantie n'est pas éteinte, le droit de gage subsiste et permet à la banque de retenir les objets grevés. Si le gage garantit plusieurs créances, l'obligation de restituer les choses gagées ne prend naissance qu'au moment où la dernière créance garantie a été réglée (arrêt 4A\_435/2009 du 11 novembre 2009 déjà cité, consid. 3.3.2 et les références doctrinales). Il ne s'agit pas là de l'exercice du gage, c'est-à-dire de la réalisation forcée du gage ( art. 891 et 894 CC ).

#### **E. 2.3**

Lorsque le contrat constitutif de gage prévoit que le droit de gage garantit l'ensemble des créances actuelles et futures de la banque contre son client, la licéité de l'accord peut se poser au regard des art. 27 al. 2 CC et 19 al. 2 CO (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3134; cf., à propos du cautionnement, ATF 120 II 35 consid. 3). Comme le relève à juste titre WALTER (op. cit., p. 54) - à propos de la cession fiduciaire, ce qui vaut également pour le droit de gage -, l'exigence de la déterminabilité suffisante (Bestimmbarkeit) de la créance garantie, en particulier des créances futures, sert à l'individualisation de la créance garantie; en revanche, la protection des droits de la personnalité assurée par les art. 27 al. 2 CC et 19 al. 2 CO entend protéger celui qui s'oblige contre des engagements excessifs. L'engagement de garantir toutes les créances futures qu'une personne pourrait avoir envers une autre, sans que celles-ci soient définies par une limite dans le temps, par le genre d'affaires dont elles résultent ou par la manière dont le créancier les a acquises, est nul en vertu de ces dispositions (STEINAUER, Les droits réels, vol. III, op. cit., n. 3134).

#### **E. 2.4.1**

En l'espèce, il a été constaté dans l'arrêt déféré, en relation avec le compte litigieux (objet grevé du droit de gage), que la demanderesse a confié à la banque un mandat de gestion discrétionnaire et un mandat de gestion spécifique pour les investissements dans des fonds à risque. En son propre nom et pour le compte de ladite cliente, sans que celle-ci ait participé à la prise de décision à cet égard, la banque a acheté en 2004 et 2005, des parts de deux fonds de placement (X. et Y.) ayant investi dans la société C., puis les a BGE 142 III 746 S. 756 revendues respectivement en 2006 (avec un gain) et en 2005 (avec une perte) et a encaissé le prix de vente, qu'elle a versé sur le compte de la demanderesse, après en avoir déduit ses commissions et les droits de timbre. Les achats et reventes effectués en 2004 pour la société D. Inc. ont aussi été imputés par la banque à la demanderesse, au motif qu'elle est l'ayant droit économique de cette société. Le trustee - le liquidateur - de la masse en faillite de la société C. a ouvert en 2009 une action révocatoire de droit américain - l'arrêt cantonal ne précise pas contre quels défendeurs - afin de récupérer les montants versés au fonds Y. dans les six ans qui ont précédé la faillite de la société C. Il a également déposé une demande contre plusieurs établissements et fonds de placement, notamment contre le fonds X., afin d'obtenir la restitution des remboursements effectués durant la même période;

il entend en faire de même concernant le fonds Y. On ignore de quel genre d'action il s'agit. La banque défenderesse n'a pas encore été assignée en justice, mais a été informée par le trustee qu'en cas de défaut du fonds X., il pourrait se retourner contre elle. Selon la cour cantonale, la créance que la banque mandataire - qui a agi à titre fiduciaire dans l'intérêt et pour le compte de sa mandante - fait valoir contre sa cliente, en raison des prétentions en "responsabilité" de tiers, est une créance de l'art. 402 al. 1 CO. Dans l'arrêt 4A\_429/2014 du 20 juillet 2015 consid. 6.3, le Tribunal fédéral a toutefois jugé que la prétention en libération que la banque possède à l'égard de son client découle au premier chef du contrat qui la lie à ce dernier, l'art. 402 al. 1 CO étant de caractère dispositif. Il n'y a pas lieu d'examiner plus avant quelle est la nature de la créance (future éventuelle) de la banque défenderesse contre la demanderesse - fondée sur le rapport de base (apparemment un mandat de gestion) et donc sur les relations d'affaires avec la banque -, ni s'il a été allégué et prouvé dans la présente procédure que cette créance - d'un montant inconnu - a pris naissance du seul fait que le trustee de la faillite C. a informé la banque que, s'il "ne pouvait obtenir le remboursement par le fonds X. des transactions dont le juge américain aurait admis le caractère révocable, il pourrait alors se retourner contre elle en qualité de subsequent transferee". Il n'y a pas davantage lieu de se poser cette question en ce qui concerne le fonds Y. et la créance contre D. Inc., imputée par la banque à la demanderesse. BGE 142 III 746 S. 757 On peut également se dispenser d'examiner le grief d'arbitraire soulevé par l'intimée à l'encontre du fait que l'arrêt cantonal retient qu'il n'est pas contesté que la demanderesse n'a pas participé à la prise de décision d'acheter des parts des fonds litigieux. En effet, le droit de gage doit déjà être nié pour un autre motif.

#### **E. 2.4.2**

Les créances en libération (Befreiungsansprüche) dont se prévaut la banque à l'égard de la demanderesse en relation avec les opérations d'achat et de vente des fonds de placement Y. et X., comme celle en relation avec la société D. Inc., n'étaient pas suffisamment déterminables au moment de la conclusion du contrat constitutif de gage. Si les première et deuxième de ces créances sont certes connexes à la relation d'affaires entre la demanderesse et la banque (ce que la troisième - qui est dirigée contre une personne morale juridiquement indépendante - n'est vraisemblablement pas puisqu'elle n'entre pas dans "les relations d'affaires que la Banque a ou pourrait avoir à l'avenir avec (A.)", selon les termes de l'acte de gage et cession général), lesdites créances n'étaient pas prévisibles au moment de la conclusion de ce contrat. De fait, les parties n'ont pas pu prévoir ni raisonnablement dû prévoir que de telles créances futures éventuelles étaient garanties par le droit de gage. 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. Lorsque la banque intimée soutient que son acte de gage et cession général est formulé de manière large, pour se prémunir contre tout risque lié à des investissements risqués, des scandales financiers et faillites retentissants ayant déjà eu lieu par le passé, elle méconnaît que la créance future éventuelle à garantir doit être prévisible au moment de la conclusion du contrat et que l'action révocatoire d'un tiers ou autre action à la suite d'une fraude n'entre pas dans cette catégorie. Le recours de la demanderesse doit ainsi être admis et l'arrêt attaqué réformé en ce sens que la défenderesse n'est pas titulaire d'un droit de gage sur les avoirs de la demanderesse pour les créances éventuelles qu'elle invoque en relation avec les deux fonds X. et le fonds Y. Par conséquent, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs de la recourante, ni ceux de l'intimée. (...)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.