

VD_FINDINFO HC / 2015 / 1000 vom 3. September 2015

VD Tribunal cantonal, 2015-09-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2015___1000

FR: VD_FINDINFO HC / 2015 / 1000 du 3 septembre 2015

IT: VD_FINDINFO HC / 2015 / 1000 del 3 settembre 2015

Regeste

GAGE MOBILIER, DROIT BANCAIRE, NANTISSEMENT, DROIT DE RÉTENTION | 884 CC, 889 CC, 891 CC, 895 CC, 402 al. 1 CO, 402 CO

Erwägungen

E. 1

LOJV [loi vaudoise du 12 septembre 1979 d'organisation judiciaire ; RSV 173.01]) dans les trente jours à compter de la notification de la décision ou de la notification postérieure de la motivation (art. 311 al. 1 CPC). En l'espèce, comme le Tribunal fédéral l'a considéré dans son arrêt du 10 avril 2015, le jugement rendu par la Chambre patrimoniale cantonale pouvait être remis en cause devant l'autorité de recours comme une décision finale. Ainsi, interjeté en temps utile, par une partie qui y a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC), dans une cause patrimoniale dont la valeur litigieuse est supérieure à 10'000 fr., l'appel est recevable pour autant qu'il porte sur l'existence ou non d'un droit de gage de la défenderesse sur les avoirs de la demanderesse. En effet, les conclusions 4 à 9 de l'appelante, qui tendent au paiement de divers montants ainsi qu'à la mainlevée d'oppositions à plusieurs commandements de payer, vont au-delà de l'objet du jugement préjudiciel et sont donc irrecevables.

E. 2.1

L'appel peut être formé pour violation du droit ou pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC. Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Tappy, les voies de droit du nouveau Code de procédure civile, JT 2010 III 134 s). Cela étant, dès lors que, selon l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel doit être motivé – la motivation consistant à indiquer sur quels points et en quoi la décision attaquée violerait le droit et/ou sur quels points et en quoi les faits auraient été constatés de manière inexacte ou incomplète par le premier juge –, la Cour de céans n'est pas tenue d'examiner, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent si elles ne sont pas remises en cause devant elle, ni de vérifier que tout l'état de fait retenu par le premier juge est exact et complet, si seuls certains points de fait sont contestés devant elle (Jeandin, op. cit., n. 3 ad art. 311 CPC et la jurisprudence constante de la CACI, notamment CACI 1 er février 2012/57 c. 2a).

E. 2.2

Selon l'art. 317 al. 1 CPC, un moyen de preuve nouveau n'est pris en compte au stade de l'appel que s'il est produit sans retard (let. a) et ne pouvait l'être devant la première instance

bien que la partie qui s'en prévaut ait fait preuve de la diligence requise (let. b). Pour les pseudo nova, soit les faits ou moyens de preuve qui existaient déjà lors de l'audience de débats principaux, il appartient au plaideur qui entend les invoquer devant l'instance d'appel de démontrer qu'il a fait preuve de la diligence requise, ce qui implique notamment d'exposer précisément les raisons pour lesquelles le moyen de preuve n'a pas pu être produit en première instance (TF 5A_445/2014 du 28 août 2014 consid. 2.1 ; TF 5A_739/2012 du 17 mai 2013 consid. 9.2.2 ; TF 4A_334/2012 du 16 octobre 2012 consid. 3.1).

E. 2.3

En l'espèce, les pièces n° 3A et 4A, nouvellement produites par l'appelante dans son bordereau du 2 juin 2014 et qui sont postérieures à l'audience ayant donné lieu au jugement entrepris, sont recevables et ont été prises en compte dans la mesure de leur utilité. Il en va de même des pièces n° 178 à 180 produites par l'intimée à l'appui de sa réponse, qui sont également postérieures à l'audience du 16 mai 2013. La pièce n° 181, datée du 15 avril 2013, est quant à elle antérieure à l'audience précitée, de sorte qu'elle aurait dû être produite devant les premiers juges si l'intimée avait fait preuve de la diligence requise. Elle est donc irrecevable.

E. 3

L'objet du présent appel est de définir si les conditions d'exercice du droit de gage de la banque C._____SA sont ou non réalisées en l'état. Les premiers juges ont répondu à cette question par l'affirmative. Ils ont en effet estimé qu'il apparaissait très clairement que le gage portait sur tous les actifs détenus directement ou indirectement par la défenderesse et que la créance garantie par l'acte se rapportait expressément à toutes dettes et obligations, présentes ou futures qui découlent d'une relation d'affaires déterminée, soit celle conclue avec la demanderesse et portant sur le compte n° J._____. Les premiers juges ont notamment indiqué que l'objet du droit de gage était suffisamment déterminé au moment de sa constitution, la créance garantie étant quant à elle suffisamment déterminable, que la lecture du contrat de gage et cession général permettait de se faire une idée exacte de l'étendue de l'engagement pris et du risque encouru et que ce contrat apparaissait suffisamment précis en tant qu'il portait sur une relation d'affaires bien déterminée entre les parties et sur un compte bien précis. Ils en ont conclu qu'un droit de gage avait bel et bien pris naissance en faveur de la défenderesse. Au surplus, les premiers magistrats ont considéré que le créancier gagiste n'avait pas fait valoir son gage au sens de l'art. 891 al. 1 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210). Si la créance de la défenderesse était certes incertaine, éventuelle et future, il n'en demeurerait pas moins qu'elle n'avait pas à exister pour l'heure car il n'était pas question de faire réaliser l'objet du gage. La prétention de la défenderesse reposait sur l'art. 889 CC et l'objet du gage ne devrait être restitué que s'il était établi que la créance ne prendrait pas naissance ou que si la durée prévue était échue.

E. 4

L'appelante se plaint en premier lieu d'un état de fait partiellement erroné et incomplet. Elle conteste en effet que la banque intimée soit un jour poursuivie. Pour elle, on se trouve dans le domaine de l'hypothèse improbable du fait négatif indéterminé. Force est de constater — ces faits n'étant pas remis en cause dans le cadre de l'appel — qu'en l'espèce, une plainte (« amended complaint ») a été déposée, le 5 décembre 2010, par le Trustee à l'encontre d'un certain nombre d'établissements bancaires et de fonds de placement, dont notamment le fonds G._____. Dans le cadre de cette action, le Trustee cherche à obtenir le

remboursement de 692,3 millions de dollars du fonds G. _____ correspondant aux remboursements effectués dans les six années précédant la mise en faillite de la société R. _____. On se situe donc au-delà d'une simple hypothèse, même si la défenderesse n'a effectivement pas été assignée par le Trustee. Quant à la critique faite sous l'intitulé « De la Rémunération de la banque », qui fait état du comportement de l'intimée qui aurait agi « sans diligence et dans son propre intérêt », elle est dénuée de pertinence, au vu des développements qui vont suivre, notamment en lien avec la critique faite au sujet de l'art. 402 CO (Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220). On rappellera au demeurant que la question litigieuse se rapporte exclusivement à la question de savoir si un droit de gage a pris naissance en faveur de la banque et, dans l'affirmative, si ce droit de gage est ou non éteint.

E. 5.1

Les rapports entre la banque et ses clients s'articulent autour du compte bancaire ou plus exactement des divers comptes ouverts selon les besoins du client et des opérations qu'il veut effectuer (Lombardini, Droit bancaire suisse, 2 e éd., 2008, p. 321). La réglementation contractuelle entre une banque et son client fait intervenir simultanément des règles établies par la banque elle-même, soit les conditions générales, des formules types ou règlements également rédigés par la banque et enfin des usages bancaires. En tant que réglementation contractuelle, elle se réfère également aux dispositions générales et spéciales du code des obligations (Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4 e éd., 2000, p. 7). Les contrats bancaires sont considérés comme des contrats de la pratique, de sorte qu'ils ne peuvent être classés dans les catégories traditionnelles des contrats. Ils se rattachent plutôt à trois types de contrats réglementés dans le code des obligations, à savoir le contrat de dépôt, le contrat de prêt et le contrat de mandat (Guggenheim, op. cit., p. 47ss).

E. 5.2

A teneur de l'art. 899 al. 1 CC, les créances et autres droits aliénables peuvent être constitués en gage. L'alinéa 2 de cette disposition prévoit quant à lui que, sauf disposition contraire, les règles du nantissement sont applicables. Les dispositions contraires sont celles visées aux art. 900 à 906 CC qui ont trait à la constitution du gage et ses effets. La constitution d'un gage requiert la conclusion d'un contrat de gage entre le constituant du gage et le créancier gagiste et d'un contrat de disposition par lequel le constituant manifeste sa volonté de transférer le droit mis en gage (Steinauer, Les droits réels, tome III, 2012, nos 3157a et 3157g). Il faut en outre que l'objet du gage soit déterminé ou déterminable au moment de la constitution du gage (Steinauer, op. cit., no 3090) et que la créance garantie soit suffisamment déterminée. La jurisprudence et la doctrine admettent toutefois qu'il suffit que la créance soit déterminable (Zobl, Berner Kommentar – Band IV, 2010, n. 379 ad art. 884 ; Steinauer, op. cit., no 3133 et 3207) . La créance est déterminable si le créancier peut être identifié et si la cause de l'obligation est connue. Il n'est pas nécessaire que ces points ressortent du texte même de l'acte liant les parties ; ils peuvent résulter de l'interprétation de la volonté commune des parties, dégagée sur la base d'éléments extrinsèques (ATF 120 II 35 consid. 3a et les réf. citées ; Steinauer, op. cit., nos 3082 et 3156 ; Lombardini, op.cit., pp. 574-575). L'exigence de la détermination suffisante de la dette garantie se déduit plus généralement des art. 19 al. 2 CO et 27 al. 2 CC qui prohibent les engagements excessifs, contraires aux droits de la personnalité (ATF 120 II 35 consid. 3a et les réf. citées). Est licite au regard des art. 27 al. 2 CC et 19 al. 2 CO une clause prévoyant une garantie s'étendant à toutes les créances résultant des relations d'affaires

entre une banque et son client (prêts, comptes courants, garanties données à des tiers par la banque, prétentions en dommages-intérêts de la banque contre le client en relation avec l'un de ces contrats, etc., mais non aux créances en dommages-intérêts ayant leur origine en dehors de ces relations d'affaires : ATF 108 II 47, JdT 1984 II 92 ; ATF 106 II 263 JdT 1982 II 106 ; Steinauer, op. cit., no 3134a ; Zobl, op. cit., n. 469 et 472 ad art. 884 CC) et ce pour autant que les prétentions futures aient été comprises comme celles dont les parties pouvaient raisonnablement envisager la naissance au moment de la conclusion du contrat (ATF 120 II 35 consid. 4a). Seules seraient exclues de l'objet de la garantie des prétentions en responsabilité extracontractuelles lorsqu'elles sont sans rapport avec le contrat conclu entre la banque et son client, mais non des créances existantes et futures résultant d'une relation d'affaires (ATF 108 II 47 précité ; Zobl, loc. cit.). Une créance garantie est déterminée lorsqu'elle est concrètement mentionnée (« fixiert ») dans le contrat de gage. Elle peut cependant ne pas exister ou ne pas être exigible au moment de la constitution du gage et consister en une créance future – créance qui n'est pas encore née ou créance éventuelle (Zobl, op. cit., n. 234 ad art. 884 CC) – ou en une créance conditionnelle ou incertaine et être indéterminée, pourvu qu'elle soit déterminable. La constitution d'un droit de gage en vue de garantir une créance future est admise par la jurisprudence et la doctrine (Zobl, op. cit., n. 235 ad art. 884 CC et les réf. citées ; Steinauer, op. cit., no 3132a ; ATF 51 II 273), solution qui se déduit de l'art. 824 al. 1 CC (Steinauer, op. cit., no 3079a). Le droit de gage sur des créances futures ou conditionnelles existe nonobstant l'inexistence de la créance (Bauer, Basler Kommentar ZGB II, n. 54 et 55 ad art. 884 CC). Au contraire, au moment de l'exercice du droit de gage, la créance doit être existante (Zobl, op. cit., n. 237 ad art. 884 CC).

E. 5.3

Les règles prévues aux art. 888 et 889 CC régissent l'extinction du droit de gage et l'obligation du créancier gagiste de restituer le gage. Ces dispositions s'appliquent également au droit de gage sur les créances et autres droits (art. 899 al. 1 et 2 CC ; Bauer, Basler Kommentar ZGB II, 4 e éd., 2011, n. 51 ad art. 889 CC). La loi mentionne deux causes d'extinction du droit de gage : la perte de la possession, prévue à l'art. 888 CC, ainsi que l'extinction de la créance garantie, mentionnée à l'art. 889 CC. L'art. 889 al. 1 CC mentionne, outre l'extinction de la créance par le paiement, d'autres causes pouvant entraîner l'extinction du droit de gage. Sont visés un accord des parties, par exemple une remise de dette (art. 115CO), l'expiration de la durée convenue ou encore la consolidation (Bauer, op. cit., nn. 9ss ad art. 889 CC ; Steinauer, op. cit., no 3110ss). Cette disposition règle l'obligation de restitution du créancier gagiste et ainsi la question de savoir si et à quel moment celui-ci est tenu de restituer l'objet du gage, le cas échéant de le conserver. Il s'agit d'une conséquence de l'extinction du droit de gage. Le créancier gagiste n'est tenu à restitution que si le gage est éteint (Bauer, op. cit., n. 16 ad art. 889 CC) et le constituant du gage ne peut réclamer l'objet du gage avant l'extinction de la créance. En outre, le créancier gagiste n'est tenu de rendre tout ou partie du gage qu'après avoir été intégralement payé (art. 889 al. 2 CC). Pour la doctrine, si le nantissement garantit une créance future, la chose grevée ne doit être restituée que s'il est établi que la créance ne prendra pas naissance ou que si la durée prévue est échue (Steinauer, op. cit., no 3113a).

E. 6

.8 De l'enrichissement illégitime Le dernier grief de l'appelante traite de « De l'enrichissement illégitime ». Il intervient toutefois hors débat, en ce sens qu'il traite en

réalité de la compensation et ne permet pas de faire obstacle au résultat auquel sont parvenus les premiers juges, à savoir que la défenderesse est au bénéfice d'un droit de gage sur les avoirs de la demanderesse. La question de la compensation n'a du reste pas été examinée par les premiers magistrats, qui devront, cas échéant, trancher cette question dans l'examen du fond à venir.

E. 6.1

Du risque pour la banque en cas d'actions (improbables) à l'étranger L'appelante soutient qu'il convient de prendre en compte le fait que de nombreux jugements sont intervenus, au terme desquels des actions révocatoires ouvertes contre des banques (« clawbacks ») ont été rejetées, référence étant faite notamment à la pièce n° 3A. Outre le fait qu'on ignore si le jugement produit sous pièce n° 3A est définitif et exécutoire, la référence à d'autres affaires n'est pas pertinente dans la mesure où il s'agit précisément d'autres affaires, dont on ignore quelles étaient les réelles composantes. L'appelante indique que : « Il est probable que l'Intimée opte pour les mêmes arguments dans une procédure hypothétique. [...] Le jugement susmentionné permet néanmoins de supposer que selon toute probabilité la créance-clawback n'existe pas et que l'existence d'un droit de gage doit dès lors être niée ». Une telle argumentation, qui relève de la pure hypothèse, n'est pas à même de conduire à un résultat différent de celui auquel sont parvenus les premiers juges. D'ailleurs, on rappellera — comme relevé à juste titre par les premiers juges — que la créance garantie peut ne pas exister ou ne pas être exigible au moment de la constitution du gage, consister en une créance future ou en une créance conditionnelle ou incertaine et être indéterminée, pourvu qu'elle soit déterminable. Ce grief est infondé.

E. 6.2

Du principe d'accessoriété

E. 6.2.1

Les premiers juges ont indiqué que la créance de la défenderesse n'avait pas à exister pour l'heure car il n'était pas question de faire réaliser l'objet du gage ; la prétention de la défenderesse reposait sur l'art. 889 CC et l'objet du gage ne devrait être restitué que s'il était établi que la créance ne prendrait pas naissance ou que si la durée prévue était échue. Dans leur développement juridique, les premiers magistrats ont rappelé qu'au moment de l'exercice du droit de gage, la créance devait être existante.

E. 6.2.2

L'appelante souligne la contradiction apparente des premiers juges, en s'attachant à faire la distinction entre « Geltendmachung » et « Verwertungsrecht ». Elle soutient qu'en s'opposant à la restitution des avoirs mis en gage, le créancier gagiste ferait valoir son gage, de sorte que la créance devrait alors être exigible.

E. 6.2.3

La doctrine considère qu'au moment où le créancier gagiste exerce son droit, la créance doit exister. Le créancier gagiste ne peut exercer son droit de réalisation que lorsque la condition est réalisée et que la créance est exigible (Zobl, op. cit., n. 229 et 237 ad art. 884 CC). Autrement dit, le moment de la « Geltendmachung », soit le moment où le créancier fait valoir son gage, correspond au moment de la réalisation (« Verwertung ») visé à l'art. 891 CC. En l'espèce, c'est à juste titre que les premiers juges ont considéré qu'en s'opposant à la restitution des avoirs, la banque n'exerçait pas son droit de gage visé à l'art. 891 al. 1 CC

(soit son droit à la réalisation du gage), mais exerçait uniquement une prérogative résultant de l'art. 889 CC. Peu importe dès lors qu'il n'existe pas de jurisprudence du Tribunal fédéral sur la question de l'existence de la créance au moment de l'exercice du droit de gage, puisque ce n'est pas la question tranchée par les premiers juges. Ainsi, dans sa démonstration, l'appelante joue inutilement sur les mots, puisqu'il s'agisse d'exercice ou de réalisation, les premiers magistrats ont retenu que l'on ne se trouvait pas encore à ce stade. Le grief est infondé.

E. 6.3

Des limites contractuelles : la détermination de la créance lors de la conclusion de l'acte de gage

E. 6.3.1

Dans ce grief, l'appelante reproche aux premiers juges d'avoir retenu qu'« il ne fait aucun doute que l'objet du droit de gage était suffisamment déterminé dans le cas d'espèce au moment de sa constitution ». Selon elle, cette conclusion serait erronée, puisqu'il est impossible que les parties aient pu se faire une « idée exacte » d'une situation résultant d'une affaire « non prévisible », savoir l'affaire D._____. Cette situation n'étant pas prévisible, elle ne serait pas couverte par le droit de gage.

E. 6.3.2

Si l'appelante discute de l'objet du droit de gage, elle s'en prend en réalité, à bien lire son argumentation, à la créance garantie. Ainsi, la question est celle de savoir si l'on peut dire que la créance garantie était suffisamment déterminée, étant admis qu'il suffit qu'elle soit suffisamment déterminable (cf. consid. 5.2 supra). Si le risque de « clawback » en relation avec les fonds G._____ et T._____ Ltd, soit le risque pour la banque d'être un jour attaquée aux Etats-Unis ou ailleurs dans le cadre de la faillite de D._____, ne ressort pas du texte contractuel, qui n'apporte aucune précision sur la question, cela n'a guère d'importance, dès lors qu'il importe peu que le scandale lié à l'affaire D._____ ait été ou non prévisible. Il ne s'agit pas de déterminer l'existence d'une affaire en particulier, mais de prévoir un risque futur découlant des relations d'affaires liant les parties. Or, ce risque pouvait être lié aux conséquences financières d'actions judiciaires éventuelles et de rétrocessions possibles, dès lors qu'elles présentaient un lien avec la relation d'affaires liant les parties ; le texte contractuel ne dit en tout cas pas le contraire. Les documents contractuels signés par les parties sont clairs et c'est à juste titre que les premiers juges ont retenu que « la lecture du contrat de gage et cession général permet de se faire une idée exacte de l'étendue de l'engagement pris, et par conséquent, du risque encouru ». La créance garantie par l'acte se rapporte expressément à toutes dettes et obligations, présentes et futures qui découlent d'une relation d'affaires déterminée, soit celle conclue entre les parties et qui porte sur le compte no 01.279721-0. Ainsi, en tant qu'il porte sur une relation d'affaires bien déterminée entre les parties et sur un compte bien précis, le contrat de gage et cession général est suffisamment précis. On peut dès lors légitimement considérer que la créance garantie était suffisamment déterminée ou, à tout le moins, déterminable — ce qui est déjà suffisant. Il ne s'agit du reste pas de prétentions en responsabilité extracontractuelle sans rapport avec le contrat conclu entre la banque et son client, non couvertes par la garantie. Dans la mesure où l'appelante a souscrit à cette clause de garantie, elle doit en assumer les conséquences, dès lors que les termes utilisés sont conformes à la jurisprudence développée en la matière et qu'il n'est pas établi, et encore moins allégué, qu'elle aurait été

contrainte de signer une telle clause. L'appelante ne pouvait d'ailleurs pas ignorer que les investissements consentis sur le compte litigieux l'étaient aussi sur des fonds à risque, puisqu'elle a signé, en parallèle à l'acte de gage et cession général, un mandat de gestion spécifique pour les investissements dans des fonds à risque, ce qui justifie d'autant plus l'étendue de la clause de garantie. Les arguments avancés par l'appelante sont dès lors dénués de pertinence, étant rappelé que les créances futures sont admises pour autant que les parties pouvaient raisonnablement envisager leur naissance au moment de la conclusion du contrat (ou qu'elles soient déterminables) sans qu'il ne soit requis, comme semble le croire l'appelante, que les parties puissent se faire une « idée exacte » d'une situation résultant d'une affaire « non prévisible », ce critère n'étant pas pertinent comme élément d'analyse. Enfin, à supposer que la critique s'étende aussi à l'objet du droit de gage — qui doit également être déterminé ou déterminable —, il ne fait aucun doute, comme retenu par les premiers juges, que cette caractéristique était bien réalisée au moment de la constitution du gage, le chiffre 1 de l'acte de gage et cession général étant suffisamment clair sur la portée du gage, dont il était expressément prévu qu'il s'étendait à tous les actifs détenus directement ou indirectement par la banque intimée. En conséquence, le grief est infondé.

E. 6.4

supra). L'appelante réitère son argument selon lequel la banque n'a pas été actionnée, tout en soulignant qu'avec le temps, il est de moins en moins probable qu'elle le soit. De son point de vue, retenir les avoirs tant que la cliente ne prouve pas que la banque ne sera pas actionnée revient à octroyer un droit de gage de durée illimitée, ce qui est contraire au droit fédéral, plus précisément à l'art. 27 CC. En résumé, les clients de banques ne pourraient plus jamais demander remboursement, même après règlements des créances ouvertes, tant que la banque alléguerait un risque futur hypothétique.

E. 6.4.1

L'appelante conteste l'interprétation de la Chambre patrimoniale, selon laquelle « la chose grevée ne doit être restituée que s'il est établi que la créance ne prendra pas naissance ou que si la durée prévue est échue ». Elle reproche aux premiers juges d'avoir mis le fardeau de la preuve d'un fait négatif indéterminé sur elle-même exclusivement ; elle conteste une quelconque volonté des parties de donner un pouvoir discrétionnaire à la banque de retenir des fonds disponibles, tant que l'appelante, qui n'a pas participé directement à la gestion, n'aurait pas prouvé que jamais plus la banque n'encourrait de risque en rapport avec les investissements effectués par la banque.

E. 6.4.2

A teneur de l'art. 8 CC, chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit. Cette règle est considérée comme le principe de base de la répartition du fardeau de la preuve en droit privé. Lorsque l'intéressé doit apporter la preuve d'un fait négatif, les règles de la bonne foi (art. 2 CC) obligent l'autre partie à coopérer à la procédure probatoire (TF 5A_719/2010 du 6 décembre 2010 consid. 5.2 ; TF 5D_63/2009 du 23 juillet 2009 consid. 3.3 ; ATF 119 II 305 consid. 1b/aa ; ATF 106 II 29 consid. 2 et les arrêts cités ; TF 5C.13/2007 du 2 août 2007 consid. 6.1 publié in SJ 2008 I p. 125). Cette obligation ne touche cependant pas au fardeau de la preuve et n'implique nullement un renversement de celui-ci (ATF 119 II 305 précité, consid. 1b/aa ; ATF 106 II 29 consid. 2 et les arrêts cités ; TF 5P.344/2003 du 8 janvier 2004 consid. 2.2.2 ; Hausheer/Jaun, Die Einleitungsartikel des ZGB [Art. 1-10 ZGB], 2003, n. 56 ad art.

8, 9 et 10 ; Hohl, Procédure civile, t. I, 2001, n. 1083).

E. 6.4.3

En l'espèce, s'agissant de l'établissement d'un fait négatif, il appartenait effectivement à l'intimée de concourir à la preuve du contraire, mais cela n'entraîne toutefois pas de renversement du fardeau de la preuve. En outre, une plainte (« amended complaint ») a été déposée le 5 décembre 2010 par le Trustee à l'encontre d'un certain nombre d'établissements bancaires et de fonds de placement, dont le fonds G. _____ ; dans le cadre de cette action, le Trustee cherche à obtenir le remboursement de 692.3 millions de dollars du fonds G. _____ correspondant aux remboursements effectués dans les six années précédant la mise en faillite. Si la banque intimée n'a pas été assignée, elle a néanmoins été informée que si le Trustee ne pouvait obtenir le remboursement par le fonds G. _____, il pourrait se retourner contre elle en qualité de « subsequent transferee ». Les éléments au dossier permettent de retenir que l'intimée est à l'heure actuelle sérieusement exposée à des poursuites judiciaires. Des actions sont en cours, notamment aux Etats-Unis, visant à récupérer auprès des fonds de placement les montants des transferts effectués par ces fonds. Les actions contre les « subsequent transferee », dont l'intimée fait partie, sont ainsi différées et ne seront intentées que dans la mesure où les montants réclamés ne seront pas récupérés auprès des fonds concernés. On ne saurait donc dire, sur la base de ce qui précède, que la créance ne prendra pas naissance et l'on ne voit aucune violation du fardeau de la preuve, cette question relevant du reste de l'appréciation des preuves.

E. 6.5

Des avoirs disponibles L'appelante prétend que la banque a agi de mauvaise foi en ne l'ayant pas informée de l'exercice d'un droit de gage avant qu'elle ne demande à changer de banque. L'argument est infondé, puisque l'appelante ne pouvait ignorer l'existence d'un droit de gage du fait des engagements signés le 18 février 2004. La banque n'avait dès lors pas à informer la cliente avant que celle-ci ne déclare vouloir changer de banque. C'est à bon droit que la banque a fait valoir son gage au moment où la cliente voulait retirer les fonds litigieux et ce afin de ne pas perdre son droit de gage. Exercer une telle prérogative n'est pas constitutif d'un abus de droit.

E. 6.6

De la durée du droit de gage

E. 6.6.1

La teneur de ce grief s'assimile en partie avec celle du grief intitulé « *Negativa Non Sunt Probanda* », dont l'examen fait ci-dessus a conduit à son rejet (cf. consid.

E. 6.6.2

L'art. 27 al. 2 CC protège la personnalité en frappant de nullité les engagements excessifs, que ce soit dans leur objet, leur portée ou leur durée (Tercier/Pichonnaz, *Le droit des obligations*, 5 e éd., 2012, n. 748).

E. 6.6.3

En l'espèce, l'acte de gage a été signé en 2004 et la relation de compte courant a pris fin en 2010. Les faits susceptibles d'engager la responsabilité de l'intimée et de justifier cas échéant une créance de cette dernière contre l'appelante se sont produits avant la fin des relations contractuelles. On ne saurait donc dire que les fonds sont bloqués de manière

illimitée, la plainte déposée contre le fonds G._____ remontant en outre à moins de cinq ans, sans qu'une décision n'ait apparemment encore été rendue au sujet d'un éventuel remboursement ou non-remboursement par ce fonds des transactions effectuées ; or, une telle décision sera nécessairement rendue dans un avenir plus ou moins proche, ce qui permettra alors d'être fixé sur une assignation par le Trustee de la banque en qualité de « subsequent transferee ». Au surplus, l'appelante ne fait pas valoir que son existence serait mise en péril par la non restitution des avoirs litigieux, de sorte que l'on ne se trouve pas dans l'une des hypothèses mentionnées par la doctrine, dans lesquelles le caractère excessif de la durée devrait être retenu au regard de l'obligation assumée (Marchand, Commentaire Romand CC I, 2010, nn. 54ss ad art. 27 CC ; Huguenin/Reitze, Basler Kommentar ZGB I, 2014, nn. 15-16 ad art. 27 CC).

E. 6.7

De l'art. 402 CO

E. 6.7.1

L'appelante soutient qu'il est incontestable qu'une obligation résultant d'une procédure hypothétique aux Etats-Unis doit être considérée comme un dommage au sens de l'art. 402 al. 2 CO et non comme une impense au sens de l'alinéa 1 de cette même disposition. Ainsi, l'intimée serait titulaire d'un dommage hypothétique et – s'il devait s'avérer – d'un dommage au sens de l'art. 402 al. 2 CO. Toutefois, pour qu'une responsabilité de l'appelante soit reconnue, il faudrait non seulement qu'un dommage mais également qu'une violation contractuelle soient établis. Aucune violation contractuelle ne pouvant être imputée à l'appelante, l'intimée ne détiendrait donc aucune créance à l'encontre de celle-ci même si elle était poursuivie aux Etats-Unis et tenue à restitution.

E. 6.7.2

Selon l'art. 402 al. 1 CO, 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, soit les prestations que le mandataire a faites volontairement en faveur du mandant, et le libérer des obligations par lui contractées, savoir les engagements qui découlent d'un acte juridique né dans l'exécution régulière du mandat ou avec le consentement du mandant (Tercier/Favre, Les contrats spéciaux, 2009, n. 5235). L'alinéa 2 de l'art. 402 CO règle la prétention en dommages-intérêts. La disposition précitée se réfère aux dépenses requises pour l'exécution régulière du mandat. Elle ne fait pas dépendre le remboursement des avances et frais de la bonne exécution de la prestation, mais limite la prétention aux dépenses que le mandant pouvait considérer comme requises au vu des circonstances (Fellmann, Berner Kommentar – a rt. 394-406 CO, 1992, n. 37 ad art. 402 CO ; Weber, Basler Kommentar OR I, 6 e éd., 2015, n. 6 ad art. 402 CO). Le cas d'application principal d'« obligations contractées » au sens de l'art. 402 al. 1 CO concerne d'ailleurs les cas où le mandataire agit à titre fiduciaire, dans l'intérêt et pour le compte du mandant. Il y a une obligation au sens de l'art. 402 al. 1 CO lorsque le mandataire, dans l'intérêt du mandant mais en son propre nom, s'est obligé à l'égard d'un tiers (Fellmann, op. cit., n. 88 ad art. 402 CO ; ATF 120 II 34).

E. 6.7.3

Les premiers juges ont considéré que la prétention invoquée par la banque intimée ne tombait pas sous le coup de l'art. 402 al. 2 CO, l'appelante ne réclamant pas la compensation d'un dommage qui résulte de l'exécution du mandat mais la garantie d'une créance qui résulte directement de l'exécution du contrat — ce qui est contesté par

l'intéressée. L'appelante axe sa démonstration sur les « impenses » (avances et frais), sans faire état des « obligations contractées ». Or, on se trouve précisément dans ce cas de figure, qui englobe la situation où le mandataire agit à titre fiduciaire, dans l'intérêt et pour le compte du mandant, comme souligné à juste titre par l'intimée. Les prétentions en responsabilité que font valoir des tiers entrent d'ailleurs sous le coup de l'art. 402 al. 1 CO (TF 4A_443/2011 du 22 février 2012, consid. 2.1 et la réf. citée). Les investissements effectués dans les fonds G._____ et T._____Ltd l'ont été sur la base d'un mandat de gestion qui autorisait les investissements dans des fonds à risque. Les actions intentées par le Trustee se rapportent à des obligations assumées par le mandataire envers des tiers dans le cadre d'un mandat fiduciaire, l'appelante ayant expressément consenti à de tels placements. Il s'agit donc bien ici, pour la banque, de faire valoir une prétention contractuelle née dans le cadre de la relation d'affaire conclue avec l'appelante le 18 février 2004. On observera au demeurant que la dernière phrase de l'alinéa premier de l'art. 402 CO, qui mentionne les obligations contractées par le mandant, rejoint le texte contractuel qui, lui, parle, en son préambule, de garantie « de toutes les dettes et obligations, présentes ou futures découlant de leurs relations d'affaires que la Banque a ou pourrait avoir à l'avenir avec B._____ ». En conséquence, la créance de la banque, qu'elle soit actuelle ou future, était couverte par le droit de gage constitué en faveur de la banque et on ne saurait dire, avec l'appelante, que l'on se trouve dans l'hypothèse prévue à l'art. 402 al. 2 CO. Le grief doit être rejeté.

E. 7.1

En définitive, l'appel doit être rejeté et le jugement entrepris confirmé.

E. 7.2

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 4'300 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010, RSV 270.11.5]) sont mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC).

E. 7.3

L'intimée, qui obtient gain de cause, a droit à de pleins dépens de deuxième instance, fixés selon le tarif des dépens en matière civile (TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010; RSV 270.11.6]). En règle générale, la partie qui succombe est tenue de rembourser à la partie qui a obtenu gain de cause tous les frais nécessaires causés par le litige. Le défraiement est fixé selon le type de procédure et dans les limites des tableaux figurant aux art. 4 à 8 et 10 à 13 TDC, en considération de l'importance de la cause, de ses difficultés, de l'ampleur du travail et du temps consacré par le mandataire (art. 3 al. 1 TDC). En l'occurrence, compte tenu de la complexité de la procédure et de la teneur de la réponse, qui fait plus de cinquante pages et qui contient de nombreuses références doctrinales et jurisprudentielles, il y a lieu d'arrêter les dépens à 8'000 fr. (art. 7 TDC [tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010, RSV 270.11.6]).

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