

Urteilstkopf

142 III 746

95. Extrait de l'arrêt de la Ire Cour de droit civil dans la cause A. Incorporation contre B. SA (recours en matière civile) 4A_81/2016 du 3 octobre 2016

Regeste (de):

Art. 884 ff. ZGB; Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 19 Abs. 2 OR; Fahnmispfand 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).

Regeste (fr):

Art. 884 ss CC; art. 27 al. 2 CC et art. 19 al. 2 CO; droit de gage mobilier en garantie de toutes créances actuelles et futures éventuelles; déterminabilité de la créance garantie.

Conditions matérielles du contrat constitutif de gage, en particulier en ce qui concerne la désignation de la ou des créances garanties (consid. 2.2.1). Exigence de la déterminabilité suffisante des créances futures éventuelles (consid. 2.2.2). Naissance du droit de gage (consid. 2.2.3) et extinction de celui-ci (consid. 2.2.4).

Engagement excessif (consid. 2.3).

En l'espèce, défaut de déterminabilité suffisante s'agissant d'une créance en libération de la banque, qui n'était pas prévisible au moment de la conclusion du contrat constitutif de gage (consid. 2.4).

Regesto (it):

Art. 884 segg. CC; art. 27 cpv. 2 CC e art. 19 cpv. 2 CO; diritto di pegno manuale in garanzia di tutti i crediti attuali e futuri eventuali; determinabilità del credito garantito.

Condizioni materiali del contratto di costituzione del pegno, in particolare per quanto concerne la designazione del credito o dei crediti garantiti (consid. 2.2.1). Esigenza della determinabilità sufficiente di crediti futuri eventuali (consid. 2.2.2). Nascita (consid. 2.2.3) ed estinzione (consid. 2.2.4) del diritto di pegno.

Impegno eccessivo (consid. 2.3).

Assenza in concreto di una sufficiente determinabilità, trattandosi di una pretesa liberatoria della banca che non era prevedibile al momento in cui è stato concluso il contratto di costituzione del pegno (consid. 2.4).

BGE 142 III 746 S. 747

A.

A.a Le 18 février 2004, A. Incorporation (ci-après: A. ou la demanderesse), société dont le siège est à Panama, a ouvert notamment le compte bancaire n° x auprès de la banque B.B. SA, qui est devenue B. SA le 1er avril 2011 (ci-après: la banque ou la défenderesse) et dont le siège se trouve à ... (VD). Les parties ont signé à cet effet un document intitulé convention de compte courant et dépôt, document qui contient les "general terms and conditions", ainsi que les "terms and conditions of deposit" de la banque. Le même jour, A. 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 relation avec ce compte. A. a également signé pour le compte en question un acte de gage et cession général (general deed of pledge and assignment). La demanderesse y déclare concéder un droit de gage et de nantissement à la banque sur tous les titres, livrets d'épargne et de dépôt.

BGE 142 III 746 S. 748

Aux termes de ce contrat constitutif de gage, A. déclare en particulier accorder à la défenderesse un droit de gage et de nantissement "en 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 (A.)".

A.b Entre 2004 et 2006, dans le cadre de la gestion du compte bancaire précité (ci-après: le compte litigieux), la banque a effectué, en son propre nom mais pour le compte de la demanderesse, des achats de parts de deux fonds de placement ayant investi chez C. Investment New York (ci-après: la société C.), parts qu'elle a revendues, créditant le prix de vente sur le compte de A., après déduction de sa commission et des droits de timbre. Il s'agit des deux opérations suivantes: - le 15 avril 2004, la banque a acheté des parts du fonds de placement X. plc (ci-après: le fonds X.) pour le prix de 249'302,05 dollars américains (USD), puis les a revendues le 31 juillet 2006 au prix de 301'168,60 USD, générant un gain de 51'866,55 USD; - le 26 avril 2005, la banque a acheté des parts du fonds de placement Y. Ltd (ci-après: le fonds Y.) pour le prix de 49'722,40 USD, puis les a revendues le 3 mai 2005 pour le prix de 49'086,18 USD, d'où une perte de 636,22 USD. Selon l'arrêt attaqué, il n'est pas contesté que la banque a effectué ces achats en son propre nom, pour le compte de la demanderesse, et que celle-ci n'avait jamais participé à la prise de décision concernant ces investissements. Cette constatation est critiquée par la banque.

A.c En outre, le 26 mars 2004, la banque a également reçu pour le compte d'une société D. Inc., dont l'ayant droit économique est le même que celui de A., des montants en remboursement des parts du fonds X. Equity, pour le montant de 512'803,03 USD. Le montant total de ces remboursements ascende à 862'254 USD.

A.d La faillite de la société C., qui opérait frauduleusement en utilisant une "chaîne de Ponzi", a été prononcée en décembre 2008. Le 13 juillet 2009, le trustee de la masse en faillite de la société C. a ouvert une action révocatoire du droit de la faillite américain pour obtenir le remboursement de 399 millions USD prétendument transférés au fonds Y. par la société C. dans les six années précédant la faillite de celle-ci, qui correspondent à des investissements et des profits purement fictifs.

BGE 142 III 746 S. 749

Le 5 décembre 2010, le trustee a aussi déposé une demande (amended complaint) contre certains établissements bancaires et des fonds de placement, notamment le fonds X., dans le but d'obtenir le remboursement de 692,3 millions USD de la part de ce fonds X., qui correspondent aux remboursements effectués dans les six ans qui ont précédé la mise en faillite de la société C. Il entend en faire de même contre le fonds Y. pour le montant de 398,7 millions USD. La défenderesse n'a, à ce jour, pas été assignée en justice par le trustee, mais a seulement été informée par celui-ci que s'il ne pouvait obtenir le remboursement par le fonds X., il pourrait se retourner contre elle en qualité de "subsequent transferee".

B. Entre-temps, le 16 septembre 2010, A., agissant par son ayant droit économique E., avait sollicité de la banque la restitution de ses avoirs figurant sur le compte litigieux. Le lendemain, la banque a alors résilié avec effet immédiat le contrat de gestion de ce compte, puis a informé A. le 30 novembre 2010 qu'elle retenait sur ses avoirs, outre un montant de 100'000 USD à titre de garantie pour sa carte de crédit, le montant de 812'270,36 USD afin de se prémunir contre le risque de "clawback" en ce qui concerne le fonds X.

Le 23 novembre 2010, A. a donné ordre à la banque de transférer tous ses actifs à une autre banque. Entre décembre 2010 et mai 2011, la banque a restitué à A. des montants de plus de 3 millions de francs, lui a permis de retirer des actions lui appartenant, mais a conservé en garantie un montant de 350'254 USD. (...)

C. Le 7 juin 2011, A., agissant par son ayant droit économique E., a ouvert action contre la banque

devant la Chambre patrimoniale du canton de Vaud; la demanderesse a conclu au paiement de (I) 338'002 fr. 52 avec intérêts à 5 % l'an dès le 17 septembre 2010, plus des intérêts à 5 % sur des montants déjà remboursés, de (II) 26'043 fr. 80 et de (III) 3'241,17 USD avec intérêts à 5 % l'an dès le 17 septembre 2010 (...). La banque a conclu (I) au rejet des conclusions de la demanderesse, (II) à ce qu'il soit dit et constaté qu'elle a valablement bloqué la somme de 350'254 USD sur le compte litigieux en garantie des engagements potentiels de A. au titre des "claw back claims" du trustee ou des liquidateurs des fonds X. et Y. dans lesquels elle a investi pour le compte de celle-ci et (III) à ce qu'il soit dit et constaté que le gage constitué permet en outre de couvrir les engagements potentiels de D. Inc. au titre des "claw back claims" du trustee ou des

BGE 142 III 746 S. 750

liquidateurs des fonds dans lesquels elle a investi pour le compte de cette société. Sur proposition du juge délégué, les parties ont accepté de limiter la procédure à la question de l'existence ou non d'un droit de gage de la banque sur les avoirs de la demanderesse. (...) Par jugement incident du 1er mai 2014, la Chambre patrimoniale a prononcé que la défenderesse est au bénéfice d'un droit de gage sur les avoirs de la demanderesse. (...) La demanderesse a appelé de ce jugement. Par arrêt du 13 juin 2014, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois a déclaré l'appel irrecevable, arrêt que le Tribunal fédéral a annulé par arrêt du 10 avril 2015, renvoyant la cause à la cour cantonale pour examen de l'appel (cause 4A_545/2014). Statuant après renvoi par arrêt du 3 septembre 2015, la Cour d'appel civile a rejeté l'appel de la demanderesse dans la mesure de sa recevabilité et confirmé le jugement de la Chambre patrimoniale. La cour cantonale a admis en substance que la créance de la banque, future et éventuelle, est suffisamment déterminée ou déterminable puisqu'elle découle de la relation d'affaires liée au compte litigieux: le risque futur de "claw back" n'a pas à ressortir du texte contractuel, puisque c'est le risque futur découlant des relations d'affaires qui est déterminant, lequel englobe les conséquences financières d'actions judiciaires éventuelles et de rétrocessions possibles; la demanderesse ne pouvait d'ailleurs pas ignorer que les investissements étaient aussi faits dans des fonds à risque, vu le mandat qu'elle avait confié à la banque. En outre, la cour cantonale a considéré que la banque est actuellement sérieusement exposée à des poursuites judiciaires: des actions sont en cours contre les fonds notamment aux Etats-Unis d'Amérique, de sorte que les actions contre la banque en tant que "subsequent transferee" sont ainsi différées et ne seront intentées que si les montants réclamés ne peuvent pas être récupérés auprès des fonds. La Cour d'appel en a inféré qu'il ne peut être affirmé que la créance ne prendra pas naissance. D. Contre cet arrêt, la demanderesse interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle conclut principalement à ce qu'il soit dit que la banque n'a pas de droit de gage sur ses avoirs et que la défenderesse lui doit paiement immédiat de la somme de 338'002 fr. 52 intérêts en sus, de la somme de 26'043 fr. 80 sans intérêts et du montant de 3'241,17 USD avec intérêts (...).

BGE 142 III 746 S. 751

La banque intimée conclut au fond au rejet du recours (...). (extrait)

Erwägungen

Extrait des considérants:

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.

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, 4e éd. 2012, n. 3081; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 4e éd. 2012, n. 1868; ZOBL/THURNHERR, Berner Kommentar, 3e 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, 5e 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 (Verfügungsmacht) 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, 5e 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).

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).

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., nos 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., nos 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).

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, 5e éd. 2014, n. 589). Il peut donc s'avérer nécessaire de devoir interpréter la volonté des parties.

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).

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).

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).

2.4

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.

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 revente 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. (...)