

COUR D'APPEL CIVILE

Arrêt du 3 septembre 2015

Composition : M. COLOMBINI, président
Mmes Crittin Dayen et Courbat, juges
Greffière : Mme Pache

Art. 884, 889, 891, 895 CC ; 402 CO

Saisie d'un renvoi du Tribunal fédéral, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal prend séance pour s'occuper de l'appel interjeté par **B.**_____, à République du Panama, contre le jugement incident rendu le 1^{er} mai 2014 par la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant l'appelante d'avec **C.**_____**SA**, à Yverdon-les-Bains.

Délibérant à huis clos, la Cour d'appel civile voit :

En fait :

A.

1. La demanderesse B._____ est une société dont le siège est au Panama.

La défenderesse C._____ SA est une société anonyme ayant son siège à Yverdon-les-Bains. Son but est « l'exploitation d'une banque axée principalement sur la gestion de fortunes et l'exercice d'une activité de négociant en valeurs mobilières ». Son ancienne raison sociale était « [...]» et a été modifiée ensuite d'une fusion intervenue le 1^{er} avril 2011.

2. a) En date du 18 février 2004, [...], pour la demanderesse, a ouvert trois comptes bancaires auprès de la défenderesse, dont le compte n° J._____. Pour chacun des trois comptes, un document intitulé convention de compte courant et dépôt (« opening form for a corporate account and deposit ») a été signé, document qui contient notamment les « general terms and conditions » de la défenderesse ainsi que ses « termes and conditions of deposit ». [...] a également signé les documents d'ouverture des comptes.

Le même jour, la demanderesse a mis la défenderesse au bénéfice d'un mandat de gestion discrétionnaire (« discretionary portfolio management agreement ») et d'un mandat de gestion spécifique pour les investissements dans des fonds à risque (« specific management mandate for investments in collective investment vehicles with a risk profile ») pour le compte n° J._____. Elle a également signé pour ledit compte un document intitulé « general deed of pledge and assignment », soit un acte de gage et cession général.

Le chiffre 1 de l'acte de gage et cession général prévoit en particulier ce qui suit :

« 1. Le Constituant concède par la présente à la Banque un droit de gage sur tous les titres, livrets d'épargne et de dépôt, y compris les titres et droits valeurs dont l'impression a été différée ou abandonnées, polices d'assurance et autres valeurs ou droits, ainsi que leurs créances respectives qui sont ou seront, directement ou indirectement, détenus par la Banque, qu'ils soient ou non déposés ou enregistrés auprès de la Banque ou auprès de toute autres entité au nom de la Banque mais pour le compte du Constituant. En outre, le Constituant concède à la Banque un droit de gage et de nantissement sur les actifs suivants, y compris mais pas exclusivement sur toutes les créances et droits de tout genre dus par la Banque au Constituant, avoirs libellés en francs suisse ou en devises étrangères, dépôts à vue et à terme, dépôts sur compte métaux précieux, créances provenant de placements ou de prêts fiduciaires, droits dans des véhicules de placements collectifs, en particulier ceux gérés par la Banque. Le droit de gage et de nantissement de la Banque s'étend également à tous droits, prétentions, créances et dettes que la Banque détient ou détiendra dans le futur à titre fiduciaire envers des tiers ».

Le chiffre 5 indique ce qui suit :

« Dans la mesure où leur nature le permet, les valeurs remises en gage ou en nantissement sont gardée, gérées et administrées conformément aux dispositions du règlement de dépôt de la Banque. Pour le surplus, le Constituant s'engage à prendre toutes les mesures nécessaires pour la sauvegarde des droits au gage et pour en conserver sa valeur. Si elle l'estime nécessaire, la Banque est autorisée, mais sans y être obligée, à prendre sans autres formalités, aux frais et risques du Constituant ou du Débiteur, toutes mesures pour la constitution, la préservation, le maintien et la réalisation des valeurs données en gage. La Banque peut en tout temps exiger le dépôt chez elle des valeurs déposées auprès de tierces parties, dénoncer au remboursement, encaisser toutes créances et en donner valablement quittance ».

Le même acte contient en outre en préambule l'indication suivante :

« Le constituant déclare par le présent acte concéder un droit de gage et de nantissement à C. _____ SA, ci-après dénommée la Banque, 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 B. _____ ».

b) Il n'est pas contesté par les parties que la défenderesse a effectué, en son propre nom mais pour le compte de la demanderesse, des investissements dans des fonds ayant investi chez D. _____ R. _____

(ci-après : R._____). Parties s'accordent également pour dire que la demanderesse n'a jamais participé à la prise de décision des investissements effectués par la défenderesse.

En date du 15 avril 2004, dans le cadre de la gestion du compte n° J._____, la défenderesse a fait l'acquisition, pour le compte de la demanderesse, de 1'000 parts du fonds G._____ (ci-après : fonds G._____), pour un prix total de USD 249'302.05, commissions et droits de timbre compris. Ce fonds de placement irlandais a principalement alimenté la société de D._____. Le 31 juillet 2006, la défenderesse a revendu ces 1000 parts pour le prix de USD 301'168.60 (valeur au 9 août 2006), commissions et droits de timbre déduits, soit un gain de USD 51'866.55.

Le 26 avril 2005, la défenderesse a acquis, dans le cadre de la gestion du même compte, 150 parts du fonds T._____Ltd (ci-après : fonds T._____Ltd), pour un prix total de USD 49'722.40, commissions et droits de timbre compris. Ce fonds a également alimenté la société de D._____. Le 3 mai 2005, la défenderesse a revendu ces 150 parts pour le prix de USD 49'086.18, commissions et droits de timbre déduits, soit une perte de USD 636.22.

La défenderesse allègue avoir crédité sur le compte de la demanderesse les montants de USD 301'168.60 et 49'086.18. Elle allègue également avoir reçu, en date du 26 mars 2004, pour le compte d'O._____Inc, dont l'ayant droit économique est le même que celui de la demanderesse, les montants des remboursements des parts du fonds L._____, pour un prix total de USD 512'803.03. Elle estime le montant total de ses remboursements à USD 862'254.

3. a) Le 16 septembre 2010, la demanderesse, agissant par l'intermédiaire de [...], reconnue comme son unique ayant-droit économique selon le formulaire A intitulé « identification of the beneficial owner », a requis de la défenderesse le remboursement des avoirs du compte bancaire n° J._____. Par courrier du 17 septembre 2010, prenant

note de la demande de remboursement, la défenderesse a informé la demanderesse de la résiliation avec effet immédiat du contrat de gestion du compte n° J._____. Le 30 novembre suivant, elle a également informé la demanderesse qu'elle retenait sur ses avoirs USD 100'000 à titre de garantie pour la carte de crédit ainsi que le montant de USD 812'270.36 afin de se prémunir contre le risque de « clawback », soit la somme totale de USD 912'270.36. Le courrier précise que le risque de « clawback » concerne uniquement le fonds G._____.

b) Le 23 novembre 2010, la demanderesse a donné instruction à la défenderesse de transférer tous ses actifs auprès de la Banque [...]. Entre décembre 2010 et mai 2011, la défenderesse a donc transféré les montants suivants en faveur de la banque de la demanderesse :

- 2'437'435 fr. 55, valeur au 3 décembre 2010 ;
- 390'670 fr. 96, valeur au 24 janvier 2011 ;
- 185'504 fr. 70 (USD 196'860.60), valeur au 2 février 2011 ; ce montant englobe la somme de USD 100'000 retenue en garantie pour la carte de crédit ;
- 50'994 fr. 63, valeur au 24 mai 2011.

De même, la défenderesse a informé la demanderesse qu'elle pouvait venir retirer les actions [...] PLC et [...] PLC qui étaient déposées sur le compte n° J._____. Elle a toutefois conservé la somme de USD 350'254.

c) Les parties admettent qu'après déduction des remboursements susmentionnés, il subsiste des avoirs bancaires sur les comptes de la demanderesse. Au regard de l'examen de la pièce 118 du bordereau de la défenderesse du 11 novembre 2011, le compte n° J._____ présente un solde de USD 361'991.53 au 12 octobre 2011. Au regard de la pièce 102 de ce même bordereau, le solde est de USD 367'199.26 au 9 novembre 2011.

4. a) La faillite de R._____ a été prononcée en décembre 2008.

En date du 13 juillet 2009, T._____, le Trustee de la masse en faillite de R._____, a déposé une action aux fins d'obtenir le remboursement de 399 millions de dollars prétendument transférés au fonds T._____Ltd par R._____ dans les six années précédant la faillite. Il s'agit d'une action révocatoire du droit de la faillite américain basée sur le fait que les remboursements reçus dans les six années précédant la faillite correspondaient à des investissements et des profits purement fictifs. D._____ a reconnu avoir escroqué ses clients pour un montant qui pourrait aller jusqu'à 50 millions de dollars. Parmi les victimes figurent principalement des fonds de placement (feeders funds), tels que les fonds G._____ et T._____Ltd. Pour distribuer les gros rendements qu'il avait promis à ses investisseurs et dont il avait perdu l'argent sur les marchés, le financier leur versait l'argent récolté auprès de nouveaux investisseurs. R._____ opérait au travers d'une chaîne de Ponzi (« Ponzi scheme ») : l'argent provenant des investisseurs était perçu frauduleusement pour procurer des « retours » et remboursements (« payouts ») aux investisseurs. L'argent ainsi prélevé était de l'argent dérobé (volé) à d'autres clients. L'examen des comptes (« records ») de D._____ a révélé qu'aucun titre n'avait jamais été acquis, les seules opérations vérifiables étant les dépôts et retraits cash.

Le 5 décembre 2010, le Trustee a également déposé une plainte (« amended complaint ») à l'encontre d'un certain nombre d'établissements bancaires et de fonds de placement. Le fonds G._____ figure sur la liste des fonds de placement attaqués dans dite plainte. Le fonds T._____Ltd n'y figure pas. 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. Il indique qu'il entend aussi faire valoir des actions révocatoires contre le fonds T._____Ltd pour la somme de 398.7 millions de dollars correspondant à des remboursements effectués dans les six années précédant la faillite.

La défenderesse n'a à ce jour pas été assignée par le Trustee. Toutefois, elle a été informée que si le Trustee ne pouvait obtenir le remboursement par le fonds G._____ des transactions dont le juge aurait admis le caractère révocable, il pourrait alors se retourner contre elle en qualité de « subsequent transferee ».

5. a) Le 10 janvier 2011, sur réquisition de la demanderesse, l'Office des poursuites du district du Jura-Nord Vaudois a fait notifier à la défenderesse un commandement de payer no 5656043 portant sur les sommes de 965'172 fr. 81 et 312'125 fr., avec intérêts au taux de 5% l'an dès le 17 septembre 2010. La défenderesse y a fait opposition totale.

b) La demanderesse a ouvert action en paiement contre la défenderesse par demande du 7 juin 2011. La défenderesse a conclu à libération et pris des conclusions reconventionnelles dans sa réponse du 11 novembre 2011. Les parties ont ensuite procédé par réplique, duplique et déterminations, datées respectivement des 4 mai 2012, 16 août 2012 et 25 septembre 2012.

L'audience de premières plaidoiries s'est tenue le 21 novembre 2012. Sur proposition du juge délégué, les parties ont admis de limiter la procédure à la question de l'existence ou non d'un droit de gage de la défenderesse sur les avoirs de la demanderesse. Par ordonnance de preuves du 22 novembre 2012, la procédure a été limitée à dite question (I) et un délai non prolongeable au 15 février 2013 a été fixé aux parties pour déposer des plaidoiries écrites (III). Dans le délai imparti, les parties ont chacune déposé des plaidoiries écrites.

c) Le 19 octobre 2012, la défenderesse a également déposé une requête en fourniture de sûretés. La demanderesse s'est déterminée le 19 novembre 2012. Par prononcé du 30 mai 2013, dont la motivation a été notifiée aux parties le 10 octobre 2013, le Juge délégué de la Chambre patrimoniale cantonale a notamment admis la requête en fourniture de sûretés (I) et astreint la demanderesse au dépôt de la somme de 40'000

fr. en garantie du paiement des dépens qui pourraient être alloués à la défenderesse (II). La demanderesse a recouru contre ce prononcé. Par arrêt de la Chambre des recours civile du Tribunal cantonal du 29 novembre 2013, le recours a été rejeté et le prononcé du 30 mai 2013 confirmé.

6. Par courrier du 13 janvier 2014 adressé à C._____SA, le conseil d'T._____ a relevé que sur la base des investigations du Trustee, il apparaissait que la banque pourrait posséder des informations concernant la procédure de liquidation de R._____. Plus précisément, certains comptes auraient reçu indirectement des fonds de R._____, par le biais d'autres entités, dont T._____ Ltd. Ainsi, la banque a été requise de ne pas détruire, dissimuler ou modifier tout document ou dossier informatique y relatif qui pourrait être en sa possession.

7. Par jugement du 16 avril 2014, non signé et dont on ignore s'il est définitif et exécutoire, le « Privy council » du district des îles vierges britanniques a rendu la « conclusion » suivante :

« The board will humbly advise Her Majesty that the appeals against the decision of [...] and the Court of Appeal on Preliminary Issues 1, 2 and 3 should be allowed, save as to information posted on the [...] website, and that the appeal against their decision on Issue 4 should be dismissed. The parties are invited to agree an appropriate form of declaration on all four issues. »

8. Par jugement du 1^{er} mai 2014, la Chambre patrimoniale cantonale a prononcé que la défenderesse C._____SA est au bénéfice d'un droit de gage sur les avoirs de la demanderesse B._____ (I) et que la décision sur les frais du jugement est renvoyée à la décision finale (II).

En droit, les premiers juges ont considéré qu'un droit de gage avait bel et bien pris naissance en faveur de la défenderesse. Ils ont estimé qu'il était incorrect de soutenir que ce droit s'était éteint ou était devenu inexistant au moment où le débiteur gagiste avait réclamé la restitution de ses avoirs et que le créancier s'y était opposé. Les transferts

d'actifs effectués n'avaient pas eu pour conséquence d'éteindre le gage constitué en février 2004. En outre, la défenderesse n'avait pas cessé de posséder le gage et elle était en droit de le réclamer à un tiers possesseur, soit en l'occurrence la demanderesse. Si les premiers juges ont concédé que la créance de la défenderesse était incertaine, éventuelle et future, il n'en demeurerait pas moins qu'elle n'avait pas à exister à l'heure actuelle car il n'était pas question de faire réaliser l'objet du gage. En outre, la défenderesse bénéficiait d'une créance à l'égard de la demanderesse fondée sur l'art. 402 al. 1 CO (Code des obligations du 30 mars 1911; RS 220) et il n'était pas exclu qu'elle dispose d'une prétention fondée sur l'enrichissement illégitime (art. 62 CO). Ainsi, il fallait admettre que la défenderesse disposait d'un droit de gage valable lui permettant de bloquer le compte de la demanderesse afin de garantir toutes les créances résultant de la relation d'affaires conclue entre elles, y compris les créances non encore exigibles.

9. Dans un avis de droit du 16 juin 2015, Me [...], avocat à New York, a indiqué la banque C._____SA encourait une responsabilité potentielle pour le montant total des produits des remboursements de toutes les actions des fonds L._____ et T._____Ltd qu'elle avait reçus pour le compte de B._____. De plus, elle pourrait être tenue de payer des intérêts allant jusqu'à 9% par an. En outre, Me [...] a relevé que, selon le droit de la faillite américain, le Trustee avait un an à partir de la date du jugement obtenu contre le fonds L._____ pour intenter une « subsequent transferee Proceeding » contre la banque, le même délai s'appliquant pour le fonds T._____Ltd. Comme le Trustee n'avait à ce jour pas obtenu de jugement ni conclu d'accord contraignant avec l'un ou l'autre de ces fonds, le délai d'un an n'avait pas encore commencé à courir.

B. a) Par acte du 2 juin 2014, B._____ a interjeté appel contre le jugement précité, concluant, sous suite de frais, principalement à sa réforme en ce sens que C._____SA n'est pas au bénéfice d'un droit de gage sur ses avoirs, que C._____SA est sa débitrice et lui doit immédiat

paiement de la somme de 338'002 fr. 52 avec intérêt à 5 % l'an dès le 17 septembre 2010, plus intérêt à 5 % l'an sur 390'670 fr. 96 du 17 septembre 2010 au 24 janvier 2011, plus intérêt à 5 % l'an sur 185'504 fr. 70 du 17 septembre 2010 au 4 février 2011, plus intérêt à 5 % l'an sur 50'994 fr. 63 du 17 septembre 2010 au 24 mai 2011, que C._____SA est sa débitrice et lui doit immédiat paiement de la somme de 26'043 fr. 80, que C._____SA est sa débitrice et lui doit immédiat paiement de la somme de USD 3'241.17 avec intérêt à 5 % l'an dès le 17 septembre 2010 et que l'opposition au commandement de payer notifié le 10 janvier 2011 dans le cadre de la poursuite n° 5656043 ouverte devant l'Office des poursuites du district du Jura-Nord vaudois est levée à concurrence des montants suivants : 364'046 fr. 32 avec intérêt à 5 % l'an sur 338'002 fr. 52 dès le 17 septembre 2010, plus intérêt à 5 % l'an sur 390'670 fr. 96 du 17 septembre 2010 au 24 janvier 2011, plus intérêt à 5 % l'an sur 185'504 fr. 70 du 17 septembre 2010 au 4 février 2011, plus intérêt à 5 % l'an sur 50'994 fr. 63 du 17 septembre 2010 au 24 mai 2011 et 3'121 fr. 25 avec intérêt à 5 % l'an dès le 17 septembre 2010. Subsidiairement, l'appelante a conclu à l'annulation du jugement et au renvoi de la cause à l'autorité de première instance pour nouvelle décision dans le sens des considérants. Elle a produit un onglet de pièces sous bordereau.

b) Par arrêt du 13 juin 2014, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal a considéré que l'appel était irrecevable (I) et rendu l'arrêt sans frais (II).

En droit, la Cour de céans a considéré que la décision de première instance n'était pas une décision finale ni une décision partielle, les premiers juges n'ayant pas statué sur un chef de conclusions ou sur une partie de l'objet du litige qui serait indépendante de celle qui reste à juger. La décision entreprise n'était pas non plus une décision incidente de l'art. 237 al. 1 CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272), car une décision contraire ne mettrait pas fin au litige. Ainsi, il s'agissait d'une décision sur une question préalable, portant sur

l'existence d'un droit de gage de la défenderesse sur les avoirs de la demanderesse, de sorte que l'appel n'était pas recevable.

C. **a)** B._____ a formé un recours en matière civile au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 13 juin 2014, concluant principalement à son annulation et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle prenne une décision sur le fond.

C._____SA a conclu au rejet du recours.

b) Par arrêt du 10 avril 2015, la Ire Cour de droit civil du Tribunal fédéral a admis le recours, l'arrêt attaqué étant annulé et la cause renvoyée à la Cour cantonale pour examen de l'appel (1), mis les frais judiciaires, arrêtés à 5'000 fr., à la charge de l'intimée (2), dit que l'intimée versera une indemnité de 6'000 fr. à titre de dépens (3) et dit que l'arrêt est communiqué aux parties et à la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal vaudois (4).

En droit, le Tribunal fédéral a considéré que la Chambre patrimoniale cantonale avait statué matériellement sur les conclusions reconventionnelles de la défenderesse, et non simplement sur une question préjudicielle. Ainsi, cette autorité avait rendu une décision partielle. Une telle décision pouvait et devait être remise en cause immédiatement devant l'instance de recours, comme une décision finale, de sorte que c'est à tort que la Cour de céans avait déclaré irrecevable l'appel interjeté par la demanderesse, la cause devant lui être retournée pour qu'elle entre en matière sur le fond de l'appel.

D. L'intimée C._____SA a été invitée à déposer une réponse ensuite de l'arrêt du Tribunal fédéral.

Par réponse du 8 juillet 2015, C._____SA a conclu, sous suite de frais, à l'irrecevabilité des conclusions nouvelles prises par B._____ et au rejet, pour le surplus, de l'appel formé par celle-ci. Elle a produit un onglet de pièces sous bordereau.

En droit :

1. L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les causes exclusivement patrimoniales pour autant que la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions devant l'autorité inférieure, soit de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). Ecrit et motivé, il est introduit auprès de l'instance d'appel, soit la Cour d'appel civile (art. 84 al. 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.

2.

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).

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).

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.

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 demeurait 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.

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.

5.

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).

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).

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).

6. L'appelante fait valoir plusieurs griefs à l'encontre du jugement entrepris sous l'angle de la violation du droit.

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.

6.2 Du principe d'accessoriété

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.

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.

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.

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

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.

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.

6.4 *Negativa Non Sunt Probanda* (art. 8 CC)

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.

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).

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.

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.

6.6 De la durée du droit de gage

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. 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.

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).

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).

6.7 De l'art. 402 CO

6.7.1 L'appelante soutient qu'il est incontestable qu'une obligation résultant d'une procédure hypothétique aux Etats-Unis doive 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.

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 – art. 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).

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.

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.

7.

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

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).

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]).

Par ces motifs,
la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal
p r o n o n c e :

- I. L'appel est rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.

- II. Le jugement est confirmé.
- III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 4'300 fr. (quatre mille trois cents francs), sont mis à la charge de l'appelante B._____.
- IV. L'appelante B._____ doit verser à l'intimée C._____SA la somme de 8'000 fr. (huit mille francs), à titre de dépens de deuxième instance.
- V. L'arrêt motivé est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 4 septembre 2015

Le dispositif de l'arrêt qui précède est communiqué par écrit aux intéressés.

La greffière :

Du

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié en expédition complète, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Anton Vucurovic (pour B. _____),
- Me Carole Van de Sandt (pour C. _____ SA).

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- Chambre patrimoniale cantonale.

La greffière :