



Chapitre de livre

2007

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La protection du créancier gagiste mobilier

Foëx, Bénédict

How to cite

FOËX, Bénédict. La protection du créancier gagiste mobilier. In: Protection de la personne par le droit : Journée de droit civil 2006 en l'honneur du professeur Martin Stettler. Baddeley, Margareta (Ed.). Genève : Schulthess, 2007. p. 149–165. (Collection genevoise)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:8572>

La protection du créancier gagiste mobilier

BÉNÉDICT FOËX

Professeur à l'Université de Genève

Introduction

Le titre de cette intervention au Colloque en l'honneur du professeur Martin Stettler peut paraître un peu provocateur. Dans une journée consacrée à la protection de la personne, et singulièrement plutôt à la protection des personnes faibles, il peut paraître aventureux de s'intéresser à la protection du créancier gagiste, fût-il mobilier.

Et pourtant, nous le sentons bien : ici comme dans d'autres domaines, les intérêts de la partie faible – ou réputée telle –, à savoir le débiteur, et ceux de la partie réputée forte (le créancier gagiste) ne sont pas nécessairement aussi éloignés qu'on pourrait le croire. Ces intérêts sont liés : le débiteur et le créancier gagiste se tiennent en quelque sorte mutuellement par la barbichette. Si le débiteur veut obtenir du crédit à bon compte, il doit être à même de fournir à son créancier un gage aussi performant que possible. Quant au créancier gagiste, il court le risque, s'il se montre trop gourmand, que son client aille emprunter ailleurs.

S'intéresser à la protection du créancier gagiste n'est donc pas iconoclaste. Le gage, comme les autres sûretés, est un instrument de soutien du crédit. Il n'est pas utile au seul créancier, mais aussi au débiteur, à tous les débiteurs. Il est donc dans l'intérêt de chacun que le gage assure une protection suffisante et équilibrée au créancier gagiste. A défaut, le débiteur risque de peiner à trouver du crédit : « Sûretés traquées : crédit détraqué », tel était le titre aussi accrocheur qu'illustratif d'un article paru en France il y a une trentaine d'années¹.

Nous nous intéresserons donc à la protection du créancier gagiste, en procédant en trois temps. Nous rappellerons d'abord rapidement la protection accordée par la loi au créancier gagiste dans la constitution, l'existence et la réalisation du gage (I). Puis nous passerons en revue quelques améliorations que les parties peuvent apporter conventionnellement à ce régime légal (II). Dans un troisième temps, nous examinerons quelques failles qui subsistent dans ce système (III).

¹ MARTIN, p. 1.133 ss.

I. Protection légale

A. Acquisition du gage

La loi n'accorde guère de protection spécifique au créancier gagiste dans la phase de l'acquisition de son gage. En cas d'inexécution du contrat de gage, le créancier gagiste peut agir en exécution et réclamer des dommages-intérêts en application de l'article 97 CO². En outre, les règles du contrat de vente mobilière³ sont applicables par analogie en cas d'éviction du créancier gagiste ou si le bien grevé présente un défaut⁴.

Cela étant, la loi a prévu une règle particulière pour protéger le créancier gagiste lorsque le constituant du gage n'a pas le pouvoir de disposer du bien devant être grevé: il s'agit de l'article 884 al. 2 CC, selon lequel «celui qui, de bonne foi, reçoit une chose en nantissement y acquiert un droit de gage, même si l'auteur du nantissement n'avait pas qualité d'en disposer; demeurent réservés les droits dérivant pour les tiers de leur possession antérieure»; cette seconde phrase peut être comprise comme un renvoi aux articles 933, 934 et 935 CC⁵.

Le créancier gagiste est donc protégé dans l'acquisition de son gage, s'il ignore de bonne foi que le constituant n'a pas le pouvoir de disposer. Cette protection est immédiate si le gage porte sur une chose mobilière confiée au constituant. Elle ne survient qu'après un certain délai (en principe, cinq ans)⁶ s'il s'agit de choses mobilières volées, perdues ou dont l'ayant droit a été dessaisi d'une autre manière sans sa volonté. Enfin, si le gage porte sur un papier-valeur au porteur, la protection du créancier gagiste de bonne foi est immédiate, qu'il s'agisse de titres confiés au constituant ou de titres volés, perdus ou dont le possesseur a été dessaisi d'une autre manière sans sa volonté (art. 935 CC).

Cette protection légale accordée au créancier gagiste de bonne foi est importante. Elle joue un rôle non négligeable dans la pratique, ainsi que l'atteste encore un arrêt rendu par le Tribunal fédéral en 2005, concernant la mise en gage de deux pièces d'or de la première moitié du XVII^e Siècle, réputées être les plus grandes du monde⁷. On peut toutefois signaler une lacune non

² Cf. ZOBL, N 348 et 639 *ad* art. 884; FOËX, p. 288; etc. Le contrat de gage étant (en principe) un contrat unilatéral, l'art. 107 CO n'est en revanche pas applicable (cf. FOËX, p. 288).

³ Art. 192 ss et 197 ss CO.

⁴ Voir par exemple: ZOBL, N 350 *ad* art. 884; BAUER, N 109 *ad* art. 884.

⁵ Voir encore les art. 889 al. 2 CC et 1006 al. 2 et 1152 al. 2 CO si le gage a pour objet un papier-valeur (au porteur ou à ordre).

⁶ Art. 934 al. 1 CC. Le délai est de trente ans s'il s'agit d'un bien culturel volé, perdu, etc. (art. 934 al. 1*bis* CC).

⁷ ATF 131 III 418: ces pièces pèsent 12 et 1,1 kilos!

négligeable : la protection de l'acquéreur de bonne foi ne s'étend pas à la mise en gage des créances et autres droits aliénables non incorporés dans un papier-valeur⁸.

B. Existence du gage

Force est de constater que la loi ne contient pas de disposition spécifique destinée à protéger le créancier gagiste mobilier quant à l'existence de son gage. Le créancier gagiste peut cependant tirer une protection non négligeable des règles sur la possession : en sa qualité de possesseur du bien grevé, il peut se prévaloir de la présomption d'existence de son droit (en application de l'art. 931 al. 2 CC)⁹. Par ailleurs, il peut exercer le droit de défense de l'article 926 CC¹⁰ et peut intenter les actions possessoires en cas d'usurpation ou de trouble à sa possession (art. 927 et 928 CC)¹¹. En outre, le créancier gagiste peut intenter les actions dites mobilières des articles 934 et 936 CC¹².

Par ailleurs, il est généralement admis que le créancier gagiste peut se prévaloir de l'action en revendication et de l'action négatoire, qui compètent normalement au propriétaire. On peut donc appliquer l'article 641 al. 2 CC par analogie¹³ : le créancier gagiste mobilier peut intenter une action fondée sur son droit réel en cas d'usurpation ou de trouble à son droit.

Il faut également rappeler que le créancier gagiste tire une certaine protection du contrat de gage qui le lie au constituant. Ainsi, il peut par exemple agir en dommages-intérêts contre son cocontractant si ce dernier viole le contrat de gage, en soustrayant l'objet grevé ou en portant atteinte d'une autre manière aux droits du créancier gagiste¹⁴ ; on songe par exemple au cas du constituant qui ferait courir le bruit que le tableau nanti est un faux, pour en empêcher ou en retarder la réalisation. Le cas échéant, le créancier gagiste peut également se prévaloir de l'article 41 CO¹⁵.

En outre, il ne faut pas oublier que le Code pénal procure une certaine protection au créancier gagiste. L'article 145 CP érige en effet en délit divers

⁸ Cf. par exemple ZOBL, N 183 *ad* art. 899 (qui signale quelques cas dans lesquels la bonne foi de l'acquéreur du gage est néanmoins protégée).

⁹ ZOBL, N 504 *ad* art. 884.

¹⁰ ZOBL, N 509 *ad* art. 884 ; STEINAUER, N 3116.

¹¹ ZOBL, N 509 *ad* art. 884 ; STEINAUER, N 3116.

¹² ZOBL, N 510 *ad* art. 884 ; STEINAUER, N 3116.

¹³ ZOBL, Syst. T., N 840 ; STEINAUER, N 3116 (qui précise que le créancier gagiste mobilier peut également intenter une action en constatation de l'existence de son droit).

¹⁴ Art. 97 CO ; cf. ZOBL, Syst. T., N 838.

¹⁵ Cf. BAUER, N 109 *ad* art. 884.

actes commis par le débiteur dans le dessein de nuire au créancier gagiste ; sont notamment visés le fait de soustraire le bien grevé, de l'endommager, de le déprécier ou d'en disposer arbitrairement¹⁶.

En revanche, on peut rappeler que jurisprudence et doctrine ne reconnaissent pas au créancier gagiste mobilier (sauf s'il est titulaire d'une hypothèque sur du bétail) le bénéfice de la protection qui découlerait, en cas de dépréciation du gage, d'une application analogique des articles 808 à 810 CC (dispositions édictées pour le gage immobilier)¹⁷.

C. Réalisation du bien grevé

La protection fournie au créancier gagiste lors de la réalisation du bien grevé est considérable. Le gage permet à son titulaire d'être payé *par préférence* sur le produit de réalisation du bien grevé. Cette prérogative résulte de la notion même de droit de gage. Elle est par exemple exprimée à l'article 219 al. 1 LP (dans le cas de la faillite).

La protection légale du créancier gagiste ne s'arrête pas là : il faut rappeler que la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite met à la disposition du créancier gagiste une procédure d'exécution forcée spécifique, la poursuite en réalisation de gage (art. 151 ss LP).

En outre, on trouve dans la LP de nombreuses autres dispositions qui tendent à protéger les droits du créancier gagiste dans l'exécution forcée. Ainsi et par exemple, en cas de saisie du bien grevé, le créancier gagiste peut faire valoir son droit par le biais de la revendication de l'article 106 LP¹⁸ et se prévaloir du principe de l'offre suffisante (art. 126 LP)¹⁹.

La LP contient cependant un certain nombre de règles qui affaiblissent la situation du créancier gagiste. Ainsi et par exemple, l'article 206 al. 1 LP prévoit que la faillite met fin aux poursuites en cours, soit notamment aux poursuites en réalisation de gage (sauf si le bien grevé appartient à un tiers et non au failli) ; en d'autres termes, le bien grevé tombe en principe dans la masse en faillite (art. 198 al. 1 LP) et le créancier gagiste devra attendre l'issue de la procédure de faillite pour être finalement désintéressé. En cas de sursis concordataire, le créancier gagiste ne peut ni tenter de poursuite en réali-

¹⁶ Voir pour le surplus ZOBL, Syst. T., N 847 ss (à propos de l'art. 147 aCP).

¹⁷ ATF 108 II 180/183 ; BAUER, N 110 *ad* art. 884 et N 26 *ad* art. 885 ; ZOBL, Syst. T., N 336 et N 91 *ad* art. 885 ; OFTINGER / BAER, N 55 *ad* art. 885 ; STEINAUER, N 3151f. Voir aussi : TF, 5.5.94, SJ 1994 p. 729/736 s. ; FOËX, p. 259. Voir les art. 42 ss LRA pour l'hypothèque sur un aéronef et l'art. 46 LRB pour l'hypothèque sur les bateaux.

¹⁸ Voir par exemple : RIGOT, N 4 *ad* art. 106 ; ZOBL, Syst. T., N 704 ss.

¹⁹ Voir par exemple : BETTSCHART, N 5 et 15 *ad* art. 126 ; ZOBL, Syst. T., N 709.

sation de gage mobilier, ni continuer une telle poursuite, pendant la durée du sursis²⁰. Par ailleurs, dans le concordat par abandon d'actif, le créancier gagiste mobilier peut être privé de son droit de procéder à la réalisation, pour une durée pouvant aller jusqu'à trois ans selon la doctrine²¹. Enfin, si l'on songe à la durée que peuvent prendre les procédures de réalisation forcée (qu'il s'agisse de la poursuite en réalisation de gage ou des autres modes de poursuite), on peut retenir que la protection accordée par la LP au créancier gagiste mobilier n'est pas optimale.

D. Conclusion

On peut tirer de ce rapide tour d'horizon que, dans l'ensemble, la protection conférée par la loi au créancier gagiste mobilier est satisfaisante. Elle laisse cependant à désirer ici ou là, notamment dans la phase particulièrement cruciale de la réalisation. On peut dès lors se demander dans quelle mesure il est possible d'améliorer par convention ce régime légal.

II. Protection conventionnelle

A. Acquisition du gage

En ce qui concerne la constitution du gage, les parties ne peuvent pas améliorer sensiblement la protection du créancier gagiste : les conditions de constitution du gage sont prévues par la loi et l'on ne peut pas y déroger. Les parties peuvent certes préciser certaines des modalités de la constitution du gage ; elles peuvent par exemple s'entendre sur le mode de transfert de la possession au créancier gagiste, dans les limites prévues à l'article 884 al. 3 CC. En revanche, elles ne peuvent pas s'abstraire des conditions de la création du gage. Elles ne peuvent par exemple pas remédier par convention à l'absence de protection de l'acquéreur de bonne foi d'un droit de gage portant sur une créance ou un droit non incorporés dans un papier-valeur²², en prévoyant que leur gage sera valable même s'il devait s'avérer que le constituant n'avait pas le pouvoir de disposer de la créance ou du droit en cause.

Cela étant, on peut néanmoins signaler une clause que l'on retrouve assez souvent dans les contrats de gage. Elle vise à empêcher le constituant de créer d'autres gages que celui qu'il est en train de conférer à un créancier. Il

²⁰ Art. 297 al. 1 LP.

²¹ Art. 324 al. 1, 2^e phrase LP : « Sauf disposition contraire du concordat qui comporte un sursis, ils peuvent réaliser leurs gages [...] ». Voir : WINKELMANN / LÉVY / JEANNERET / MERKT / BIRCHLER, N 9 *ad* art. 324 (un à trois ans) ; JUNOD MOSER / GAILLARD, N 6 *ad* art. 324 (un à deux ans).

²² *Supra*, p. 151.

s'agit de ce que l'on appelle une clause négative de gage (*negative Pfandklausel*; *negative pledge clause*) .

On peut s'interroger sur la validité d'une telle stipulation. En effet, l'article 812 al. 1 CC prévoit, en matière immobilière, que « le propriétaire de l'immeuble constitué en gage ne peut renoncer valablement à la faculté de le grever d'autres droits réels ». On en tire la conclusion que les clauses négatives de gage sont frappées de nullité en matière immobilière²³; c'est d'ailleurs ce qu'indique expressément la version italienne de cette disposition²⁴.

En va-t-il de même en matière mobilière? Dans le silence de la loi, on peut se demander s'il faut appliquer l'article 812 al. 1 CC par analogie au gage mobilier. La doctrine ne répond pas à cette question. A vrai dire, la *ratio* de l'article 812 al. 1 CC paraît assez obscure; en introduisant cette disposition dans le Code civil, le législateur fédéral de 1907 a semble-t-il voulu prendre le contre-pied de certaines réglementations cantonales applicables jusqu'alors (qui soumettaient la constitution de servitudes sur un immeuble grevé de gage au consentement du créancier gagiste), de façon à favoriser la liberté du propriétaire²⁵.

La liberté de la propriété mérite certes également d'être protégée en matière mobilière. Toutefois, les enjeux ne sont pas les mêmes dans les deux domaines. Conférer au créancier gagiste immobilier un droit de veto sur la constitution ultérieure de droits réels, c'est l'investir d'un pouvoir non négligeable: même grevé de gage, un immeuble peut faire l'objet d'un usage et d'une jouissance étendus (dans les limites résultant des art. 808 à 810 CC). En matière mobilière, le gage exclut, pratiquement, l'usage et la jouissance par un tiers; il paraît dès lors moins intrusif de permettre au créancier gagiste de se réserver un droit de regard sur les droits réels dont la chose nantie serait grevée par la suite. On ne voit donc pas de raison particulière d'étendre le champ d'application de l'article 812 al. 1 CC en matière mobilière.

Dès lors, on peut retenir avec la doctrine que les clauses négatives de gage son valables en matière mobilière (dans la mesure où elles respectent les limites posées par les art. 2 et 27 CC ainsi que par les art. 19 al. 2 et 20 CO)²⁶. La

²³ Cf. notamment: TRAUFFER, N 5 *ad* art. 812; ZOBL, N 741 *ad* art. 884; LEEMANN, N 9 *ad* art. 812; SIMONIUS/SUTTER, p. 179; BALMER, p. 136; etc. EUGEN HUBER (p. 256 s.) et C. WIELAND (N 3 *ad* art. 812) semblent toutefois reconnaître des effets purement personnels à une telle clause; voir encore ATF 85 II 474/483, JdT 1960 I 265/268.

²⁴ Art. 812 al. 1 CC: « La rinuncia del proprietario del fondo costituito in pegno al diritto di imporre altri oneri sul medesimo, è nulla ».

²⁵ Voir par exemple: WIELAND, N 2 *ad* art. 812; LEEMANN, N 2 *ad* art. 812; BALMER, p. 135.

²⁶ Voir notamment: ZOBL, N 741 *ad* art. 884; OFTINGER/BAER, N 318 *ad* art. 884; BALMER, p. 87 ss (qui analyse également la validité des clauses négatives de gage sous l'angle du droit de la concurrence [cf. p. 111 ss]); MOSKRIC, p. 181; FOËX, p. 267. Voir aussi: STEINAUER, N 3098a; ERNE, p. 80. Sur les effets d'une telle clause lorsque le bien grevé est une créance, voir notamment: ZOBL, N 739 *ad* art. 884; FOËX, p. 268.

doctrine souligne toutefois que de telles stipulations ne produisent que des effets personnels : en d'autres termes, elles ne limitent pas le pouvoir de disposer du propriétaire ; s'il passe outre et constitue un gage nonobstant la clause négative, ce gage est valablement constitué (que le tiers soit de bonne foi ou non)²⁷.

B. Existence du gage

Les clauses contractuelles destinées à améliorer la protection du créancier gagiste mobilier durant l'existence de son gage sont fort nombreuses. En effet, la loi laisse ici une grande liberté aux parties. Ces clauses peuvent notamment concerner le gage lui-même (par exemple son rang)²⁸, son assiette (est-il par exemple loisible au constituant de remplacer un objet grevé par un autre en cours d'existence du gage ?)²⁹, la créance garantie (s'agit-il d'une seule créance, de plusieurs créances ?)³⁰, etc.

J'aimerais signaler ici plus particulièrement trois clauses assez usuelles :

- la *Nachdeckungsklausel* (clause de garantie complémentaire), qui permet au créancier gagiste, en cas de dépréciation de l'objet grevé, d'exiger du constituant la fourniture d'une garantie complémentaire³¹ ;
- la *Krediteindeckungsklausel* (clause de remboursement partiel ou proportionnel), qui permet au créancier gagiste, en cas de diminution de la valeur de l'objet grevé, d'exiger un remboursement partiel ou proportionnel de la créance garantie³² ;
- la *clause d'accélération*, selon laquelle le retard du débiteur dans l'exécution d'une de ses obligations (ou la survenance d'un autre événement prédéterminé) a pour effet de rendre exigible l'ensemble des créances du créancier gagiste (de manière à lui permettre de procéder immédiatement à la réalisation, sans avoir à attendre l'échéance initialement prévue)³³.

²⁷ Voir par exemple : ZOBL, N 741 *ad* art. 884 ; OFTINGER/BAER, N 318 *ad* art. 884 ; BALMER, p. 196 s. ; ERNE, p. 80 ; Foëx, p. 267.

²⁸ Voir par exemple : ZOBL, N 22 *ad* art. 893 ; OFTINGER/BAER, N 24 s. *ad* art. 893 ; Foëx, p. 251 ss.

²⁹ Clause dite de subrogation ou « subrogative », voir par exemple : ZOBL, N 393 et 419 *ad* art. 884 ; OFTINGER/BAER, N 27 *ad* art. 884 ; STEINAUER, N 3092a et N 3096a ; ERNE, p. 79 ; Foëx, p. 267.

³⁰ Voir par exemple : ZOBL, N 191 *ad* art. 884 ; OFTINGER/BAER, N 117 *ad* art. 884 ; Foëx, p. 268 ss et p. 229 ss.

³¹ TF, 5.5.94, SJ 1994 p. 729/736 s. ; ZOBL, N 392 et 412 *ad* art. 884 ; OFTINGER/BAER, N 108 *ad* art. 884 ; STEINAUER, N 3096a ; MOSKRIC, p. 117 ; ERNE, p. 70 ss ; Foëx, p. 259 ; etc.

³² ZOBL, N 392 et 412 *ad* art. 884 ; STEINAUER, N 3096a ; MOSKRIC, p. 117 ; ERNE, p. 70 ss ; Foëx, p. 269 ; etc.

³³ Voir par exemple : BOVET, N 3 *ad* art. 318.

Ces clauses renforcent sensiblement la position du créancier gagiste. Elles sont usuelles dans les contrats conclus avec des banques.

C. Réalisation du bien grevé

Les parties peuvent également régler conventionnellement des questions liées à la réalisation de l'objet grevé. Elles le feront généralement en prévoyant que le créancier gagiste aura la faculté de procéder à la réalisation privée du gage³⁴. Le créancier s'évite ainsi de devoir procéder par une poursuite en réalisation de gage prévue par la LP, qui peut se révéler pleine d'embûches et dont la durée peut être fort longue. C'est ce que l'on appelle la clause de voie parée (ou de voie préparée³⁵; *ius vendendi*).

Il arrive également que le débiteur déclare renoncer contractuellement à se prévaloir du *beneficium excussionis realis*³⁶. Le créancier gagiste peut alors intenter une poursuite ordinaire contre son débiteur sans que celui-ci ne puisse exiger que le gage soit d'abord réalisé (ainsi que le prévoit normalement l'art. 41 al. 1bis LP).

On peut enfin se demander s'il est loisible aux parties de convenir que le créancier gagiste pourra s'approprier l'objet grevé plutôt que de procéder à la réalisation. La réponse est clairement négative, l'article 894 CC prohibant expressément le pacte comissoire.

La jurisprudence et la doctrine indiquent cependant que l'interdiction du pacte comissoire ne vaut plus lorsque la créance garantie est devenue exigible³⁷: à ce moment-là, dit-on, il n'est plus nécessaire de protéger le débiteur, qui prend sa décision en connaissance de cause. En d'autres termes, il n'est pas possible de convenir d'avance que le créancier gagiste pourra s'approprier l'objet grevé faute de paiement; en revanche, une fois la créance garantie devenue exigible, le débiteur pourrait laisser l'objet grevé en paiement au créancier, par une sorte de dation en paiement³⁸.

On le constate, les parties peuvent, par des clauses contractuelles appropriées, renforcer considérablement les prérogatives du créancier gagiste dans la phase de réalisation.

³⁴ Voir par exemple les art. 324 al. 1 LP et 27 al. 3 LB; ATF 118 II 112/114, SJ 1992 p. 461/462, IdT 1993 I 384/385; BAUER, N 19 ss *ad* art. 891; ZOBL, N 29 ss *ad* art. 891; STEINAUER, N 3122b; FoËX, p. 270 ss; etc.

³⁵ Cf. SIMLER / DELEBECQUE, p. 364; FoËX, p. 270.

³⁶ Cf. BAUER, N 9 *ad* art. 891; ZOBL, Syst. T., N 614; STEINAUER, N 3122c; FoËX, p. 274; etc.

³⁷ ATF 41 III 437/451; BAUER, N 10 *ad* art. 894; ZOBL, N 18 *ad* art. 894; STEINAUER, N 3122a; etc.

³⁸ Cf. par exemple: ZOBL, N 18 *ad* art. 894; STEINAUER, N 3122a.

III. Les failles du régime : trois exemples

La protection accordée par la loi au créancier gagiste est bonne. Elle peut être améliorée par les parties, en insérant des clauses appropriées dans le contrat de gage. Mais ce régime juridique favorable au créancier gagiste comporte encore un certain nombre de failles. J'aimerais en donner trois exemples.

A. L'acquisition de bonne foi

Le premier exemple a trait à la protection du créancier gagiste en cas d'acquisition de bonne foi de son gage. Imaginons qu'un collectionneur prête un tableau qui lui appartient à une galerie pour une exposition. Trahissant la confiance mise en elle, la galerie remet le tableau en gage à une banque en garantie d'un prêt. Le contrat de gage passé entre la galerie et la banque prévoit que si elle n'est pas désintéressée à l'échéance, la banque pourra procéder à la réalisation privée du bien grevé. Si la banque ignore de bonne foi que la galerie n'a pas le pouvoir de disposer du tableau, elle est protégée dans son acquisition et devient donc titulaire du droit de gage³⁹.

En revanche, la loi ne dit pas quelles sont les conséquences de cette acquisition sur la clause autorisant la réalisation privée : à supposer que le collectionneur se manifeste et réclame la restitution de son tableau, la banque peut lui opposer son gage, valablement acquis de bonne foi ; mais peut-elle également se prévaloir de la clause de voie parée convenue avec la galerie ou doit-elle suivre la procédure de réalisation forcée ?

Pour répondre à cette question, il faut se demander si cette clause fait partie du gage, si elle contribue à définir le droit réel conféré à la banque ou si, au contraire, elle n'a qu'une portée contractuelle (à l'instar, par exemple, d'une clause de prorogation de for insérée dans le contrat de gage⁴⁰). Dans le premier cas, la banque peut opposer cette clause au propriétaire, comme faisant partie intégrante de son droit réel ; dans la seconde hypothèse, la banque ne peut pas se prévaloir de cette clause, qui constitue pour le collectionneur une *res inter alios acta*.

La doctrine semble considérer que la clause de voie parée ne procure au créancier gagiste qu'un droit personnel de procéder à la réalisation privée⁴¹ ; cette faculté ne pourrait donc pas être opposée au propriétaire du bien grevé,

³⁹ Art. 884 al. 2 et 933 CC. Cf. par exemple : ATF 131 III 418 ; BAUER, N 113 ss *ad* art. 884 ; ZOBL, N 764 ss *ad* art. 884 ; STEINAUER, N 3101 ss.

⁴⁰ Cf. FoEx, p. 240.

⁴¹ Voir ZOBL, Syst. T., N 160 et N 292a *ad* art. 884 ; FoEx, p. 240.

dans notre exemple. DIETER ZOBL relève toutefois que lorsqu'il procède à la réalisation privée, le créancier gagiste agit en son propre nom en se fondant sur le pouvoir de disposer inhérent au gage dont il est titulaire⁴²; on pourrait y voir l'indication que le *ius vendendi* est intégré au droit de gage même (pour peu qu'il ait été prévu dans le contrat de gage). En d'autres termes, la banque tirerait du droit de gage même, qu'elle a acquis de bonne foi, la faculté de procéder à la réalisation privée; elle pourrait donc exercer cette prérogative même sans le consentement du propriétaire grevé, dans notre exemple.

Cependant, la jurisprudence n'a à ma connaissance pas tranché la question. La banque pourrait donc hésiter à passer outre à une éventuelle opposition du propriétaire.

Le problème peut sembler anecdotique. Mais c'est parce que nous nous sommes limités à nous interroger sur une seule clause du contrat entre la galerie et la banque créancière gagiste. La même incertitude est susceptible de frapper de nombreuses autres stipulations. *Quid*, par exemple, si les parties sont convenues que le tableau garantirait toutes les créances – tant actuelles que futures – issues des relations d'affaires entre la galerie et la banque? On peut hésiter à admettre qu'une clause conférant des prérogatives aussi étendues est opposable au tiers propriétaire; mais simultanément, on voit mal comment le cercle des créances garanties pourrait ne pas être inhérent au gage même.

Bref, la loi se contente de dire que le créancier qui contracte avec un constituant n'ayant pas le pouvoir de disposer est en principe protégé s'il est de bonne foi; c'est un peu court.

A cela s'ajoute que notre problème n'est en réalité pas limité aux cas d'acquisition de bonne foi: il se pose également lorsque le gage a été constitué par une personne ayant le pouvoir de disposer, pour peu que le créancier gagiste cède sa créance à un tiers. En d'autres termes, les clauses contractuelles convenues entre le constituant-propriétaire et le créancier gagiste originel peuvent-elles être invoquées par le tiers cessionnaire de la créance garantie (et acquéreur du gage) ou ne profitent-elles (et ne lient-elles) que les parties au contrat de gage? Faute de réponse dans la loi, la doctrine a échafaudé diverses théories (contrat accessoire⁴³, reprise *ipso iure* des droits et obligations s'ils modifient le rapport d'obligation légal qui s'établirait entre le constituant et le créancier gagiste et cession par actes concluants pour les autres

⁴² «Er handelt in eigenem Namen aufgrund der im Pfandrecht enthaltenen Verfügungsmacht» (ZOBL, N 63 *ad* art. 891). Voir en revanche OFTINGER/BÄR, N 60 *ad* art. 891: «Der Gläubiger ist durch den Pfandvertrag zur Übertragung fremden Eigentums in eigenem Namen befugt». Voir encore BAUER, N 31 *ad* art. 891: «Das Pfandrecht in Verbindung mit der Befugnis zur privaten Verwertung verleiht dem Pfandgläubiger das Recht, eine fremde Sache rechtsgültig auf einen Dritten zu übertragen, ohne dass es hierbei auf den Willen des Eigentümers noch ankommt».

⁴³ Voir par exemple ENGEL, p. 180; voir à ce sujet: ZOBL, N 292c et 340 *ad* art. 884.

clauses⁴⁴) qui, si elles ont le mérite de fournir une solution pragmatique au problème posé, reposent cependant sur des bases chancelantes⁴⁵.

On le voit, il y a là une réelle incertitude qui plane sur la position du créancier gagiste : la loi ne se prononce pas sur la portée des clauses insérées dans le contrat de gage et, par voie de conséquence, ne permet pas aux parties de déterminer avec précision les contours du gage acquis de bonne foi ou transféré au cessionnaire de la créance garantie. Il s'agit là d'une lacune qui mériterait d'être comblée, *de lege ferenda*.

B. L'existence du gage

Notre deuxième exemple de faille qui affecte la protection du créancier gagiste a trait à l'existence du gage et résulte de l'application de l'article 888 CC. On le sait, la mise en gage d'une chose mobilière nécessite un transfert de possession « qualifié »⁴⁶. Il ne suffit pas que la possession soit transférée au créancier gagiste : il faut encore que le constituant⁴⁷ perde la maîtrise exclusive de la chose⁴⁸.

Et l'article 888 CC précise que cet état de fait doit subsister pendant toute la durée du gage. En d'autres termes, le créancier gagiste doit conserver la possession qualifiée du bien grevé pendant toute la durée du gage, sous peine de la suppression des effets de son droit.

Cela donne lieu à des arrêts parfois assez cocasses. Dans un arrêt rendu en l'an 2000, le Tribunal fédéral a dû se pencher sur le cas de 165 tapis mis en gage et déposés dans un port franc⁴⁹. La porte du local dans lequel ils étaient entreposés était munie de deux serrures différentes : le créancier gagiste avait la clef d'une serrure et le constituant la clef de l'autre ; c'est ce qu'il est convenu d'appeler un *Mitverschluss*⁵⁰. Le constituant ne pouvait donc pas ouvrir seul la porte donnant accès aux objets grevés ; *a priori*, le gage avait été valablement constitué⁵¹. Mais il était possible d'accéder aux tapis par une bouche d'aération de 52 cm sur 39 cm située à deux mètres du sol. La validité

⁴⁴ Voir par exemple ZOBL, N 292a s. *ad* art. 884.

⁴⁵ Voir par exemple FoEX, pp. 236 s. et 84 ss.

⁴⁶ Cf. STEINAUER, N 3099.

⁴⁷ Il en va de même du propriétaire et du débiteur, lorsque les qualités de constituant, propriétaire et débiteur ne sont pas réunies dans la même personne ; cf. ZOBL, N 576 s. *ad* art. 884 ; FoEX, p. 283 s. ; etc.

⁴⁸ Art. 884 al. 3 CC.

⁴⁹ ATF 5C.172/2000, du 1^{er} novembre 2000.

⁵⁰ Voir par exemple : ZOBL, N 542 *ad* art. 884.

⁵¹ Voir par exemple : Zobl, N 542 *ad* art. 884.

du gage en était-elle affectée? Le Tribunal fédéral a répondu par la négative, en indiquant que le créancier gagiste n'avait pas à compter avec de telles manœuvres:

«Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass der Verschlag zwei enge Belüftungsöffnungen aufweist, wäre doch das Eindringen durch diese in den Innenraum nur unter Überwindung nennenswerter Hindernisse möglich; und von der Beibehaltung der ausschliesslichen Sachherrschaft des Verpfänders über die Pfandgegenstände kann ohnehin nur dann die Rede sein, wenn dieser nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ohne Schwierigkeiten Zugriff auf die Pfandsachen hat, so dass der Mitverschluss und die Übergabe von Schlüsseln an den Pfandgläubiger als untauglicher Symbolakt und als reine Formsache erscheint. Würden auch entfernte Möglichkeiten des Zugriffs auf die Pfandobjekte als Beibehaltung der ausschliesslichen Sachherrschaft des Verpfänders qualifiziert, so würde der Pfandgläubiger der Willkür des Verpfänders ausgesetzt und damit das Institut des Faustpfandrechts denaturiert»⁵².

Cet exemple peut faire sourire⁵³. Il n'en demeure pas moins que l'article 888 CC constitue souvent un obstacle à la constitution de gages. C'est notamment le cas lorsqu'un stock de marchandises est remis en gage. Le constituant souhaite en effet pouvoir accéder à celles-ci durant l'existence du gage: il poursuit son activité commerciale et entend pouvoir prélever sur le stock grevé les biens qu'il vend à des tiers, quitte à leur substituer des biens de remplacement. Quant au créancier gagiste, s'il ne voit généralement pas d'inconvénient à ce que ces substitutions successives aient lieu, il doit veiller à ne pas perdre le contrôle des biens grevés, sous peine de perdre les effets de son gage conformément à l'article 888 CC. Or, bien souvent, les solutions imaginées par les parties pour réserver au constituant un accès aux marchandises sont compliquées, coûteuses ou peu praticables. Elles nécessitent l'échange de clefs, la présence de tiers, un contrôle après le passage du constituant, etc. Elles sont alors abandonnées avant même d'avoir été mises en œuvre et le stock n'est en définitive pas mis en gage.

Ainsi, je me souviens d'un cas où les parties voulaient grever un stock de marchandises au roulement important, mais irrégulier. Elles projetaient de déposer les marchandises chez un entrepositaire, qui les posséderait pour le compte du créancier gagiste; c'est ce que l'on appelle un entiercement⁵⁴. Le créancier gagiste devant garder le contrôle des marchandises pour satisfaire aux conditions de l'article 888 CC, c'est à lui qu'il serait revenu de donner

⁵² ATF 5C.172/2000, du 1^{er} novembre 2000, p. 4.

⁵³ W. WIEGAND (p. 177) exprime le souhait que, moyennant une réforme du droit suisse des sûretés mobilières, des cas tels que celui-ci «in Zukunft dem akademischen Unterricht vorbehalten bleiben».

⁵⁴ Cf. par exemple: SIMLER / DELEBECQUE, p. 456.

périodiquement son accord au dégrèvement des marchandises devant être prélevées du stock, par des instructions appropriées à l'entrepotaire, dûment sollicitées par le constituant.

Pour des raisons pratiques, les trois parties en cause ne souhaitaient pas échanger quotidiennement des listes de biens pouvant être sortis du stock. Se posait donc la question de savoir avec quelle avance les instructions de libération pouvaient être données par le créancier gagiste sans que la validité de son gage n'en soit affectée: était-il possible de donner chaque mois des instructions générales et approximatives à l'entrepotaire («je donne mon accord pour le retrait d'une centaine d'unités»), qui seraient concrétisées au jour le jour par le constituant au gré de ses besoins (aujourd'hui quinze, demain sept, etc.)? Était-ce au contraire abandonner sa maîtrise des biens grevés et par là même souffrir la suspension des effets de son gage? Dans ce cas, fallait-il que ces instructions soient hebdomadaires, données deux fois par semaine ou à une cadence plus rapprochée encore?

Faute de trouver la réponse dans la jurisprudence et la doctrine, l'affaire n'a pas pu se conclure. L'incertitude résultant de l'interprétation de l'article 888 CC commandait la prise de mesures impraticables. De crainte de ne pas être protégé, le créancier gagiste ne voulait en définitive prendre aucun risque et a refusé de concéder le prêt.

C'est un peu le monde à l'envers: la protection exacerbée du créancier gagiste qui résulte de l'article 888 CC est en définitive un obstacle au recours au gage. Là aussi, une amélioration pourrait être apportée par voie législative; on songe notamment à l'introduction d'un registre pour l'engagement des choses mobilières (permettant de remplacer la possession par une mesure de publicité tabulaire).

C. La réalisation (privée)

Notre dernier exemple de faille dans la protection du créancier gagiste a trait à la réalisation privée de l'objet grevé. En effet, d'après le Tribunal fédéral et la doctrine majoritaire, la faculté contractuellement octroyée au créancier gagiste de procéder à la réalisation privée de l'objet grevé ne peut pas être exercée en cas de saisie ou de séquestre de l'objet grevé, ou si le constituant du gage tombe en faillite⁵⁵.

Le créancier gagiste se trouve ainsi empêtré dans une procédure d'exécution forcée longue et compliquée, alors même qu'il est titulaire d'un droit

⁵⁵ Voir par exemple: ATF 116 III 23/26; ATF 108 III 91/94; STEINAUER, N 3122b; OFTINGER/BAER, N 39 et 53 *ad* art. 891. Voir cependant les critiques de FRITZSCHE/WALDER-BOHNER, pp. 367 et 474; DEGRANDI, p. 10; ZOBL, N 40 s. *ad* art. 891; BAUER, N 34 s. *ad* art. 891; MOSKRIC, p. 233; etc.

réel lui permettant d'être payé par préférence sur le produit de réalisation et alors même que, prévoyant, il s'était fait contractuellement concéder un *ius vendendi*. Selon la jurisprudence, il s'agit cependant d'éviter que le créancier gagiste ne vende à vil prix le bien grevé, au détriment des autres créanciers du débiteur⁵⁶.

Il faut cependant rappeler que le Tribunal fédéral a admis depuis lors que le créancier gagiste doit être diligent lorsqu'il procède à la réalisation privée du gage; s'il ne respecte pas ce devoir, qui découle des règles de la bonne foi, le créancier gagiste répond du dommage qu'il cause⁵⁷. On peut donc se demander si le risque d'une vente à vil prix est réel et s'il se justifie encore d'empêcher le créancier gagiste d'exercer son *ius vendendi* en cas de faillite du débiteur, de séquestre ou de saisie du bien grevé.

C'est si vrai que deux dispositions de droit fédéral, l'une adoptée et l'autre à l'état de projet, évitent au créancier gagiste (soit avant tout les banques) ces désagréments, en prévoyant que le droit de procéder à la réalisation privée n'est pas affecté par la faillite: il s'agit de l'article 16 de l'Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite bancaire⁵⁸, qui concerne la mise en gage de titres et autres instruments financiers, et de l'article 31 du projet de Loi fédérale sur les titres intermédiés⁵⁹. On peut également rappeler dans ce contexte que l'article 27 al. 3 LB prévoit que le sursis bancaire ou d'autres mesures protectrices en cas d'insolvabilité d'une banque n'affectent

⁵⁶ Cf. ATF 116 III 23/26 s.: «la vente publique peut, à elle seule, protéger suffisamment les intérêts de tous les créanciers gagistes. On évite ainsi que les créanciers n'assistent impuissants à la liquidation à vil prix, par le créancier gagiste, des biens saisis (ATF 108 III 94). Un semblable danger existe plus particulièrement, selon le Tribunal fédéral, si les biens mis en gage ne sont pas cotés au marché ou à la bourse (ATF 81 III 59 s.).».

⁵⁷ ATF 118 II 112/114, SJ 1992 p. 461/462, JdT 1993 I 384/385.

⁵⁸ Art. 16 de l'Ordonnance de la Commission fédérale des banques sur la faillite de banques et de négociants en valeurs mobilières, du 30 juin 2005 (RS 952.812.32): «1. Les sûretés, sous forme de titres ou d'autres instruments financiers, ne doivent pas être remises, dans la mesure où les conditions légales pour leur réalisation par le bénéficiaire des sûretés sont réunies. 2. Ces biens, ainsi que la preuve du droit à leur réalisation, doivent toutefois être annoncés au liquidateur de la faillite, qui doit les mentionner sur l'inventaire. 3. Le bénéficiaire des sûretés doit s'entendre avec le liquidateur sur le calcul du produit de réalisation des sûretés. Un éventuel excédent est versé à la masse en faillite».

⁵⁹ Art. 31 al. 1 et 2 du projet de Loi fédérale sur les titres intermédiés, FF 2006 p. 8929: «1. Le bénéficiaire d'une sûreté portant sur des titres intermédiés négociés sur un marché représentatif peut les réaliser aux conditions stipulées dans le contrat constitutif de la sûreté: a. en vendant les titres intermédiés et en compensant leur prix avec la créance garantie, ou b. en s'appropriant les titres et en imputant leur valeur sur la créance garantie. 2. Cette faculté subsiste même lorsque le constituant de la sûreté fait l'objet d'une procédure d'exécution forcée ou d'une mesure d'assainissement ou de protection»; voir aussi le Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur les titres intermédiés et à la Convention de La Haye sur les titres intermédiés, du 15 novembre 2006, FF 2006 p. 8817 ss, p. 8880.

pas la « validité juridique » des clauses de voie parée (concernant les titres et autres instruments financiers)⁶⁰.

On le voit, le droit fédéral semble évoluer dans le sens d'une amélioration de la protection du créancier gagiste, à tout le moins dans ce domaine bancaire assez pointu. Il n'y a cependant guère de raisons de ne pas étendre ce régime aux autres créanciers gagistes. Il faut donc espérer que lorsqu'il en aura l'occasion, le Tribunal fédéral procédera à un réexamen de sa jurisprudence sur l'exercice du *ius vendendi* en cas de mesure d'exécution forcée.

Conclusion

Dans un article écrit il y a quelques années, Martin Stettler s'est intéressé au « cas particulier des ratures »⁶¹. (Le professeur Stettler traitait de questions de validité du testament olographe).

La protection du créancier gagiste instituée par la loi n'est pas une « rature ». Elle présente quelques défauts, mais il faut bien reconnaître qu'il ne s'agit pas là de problèmes d'une actualité brûlante, nécessitant une intervention toutes affaires cessantes de notre législateur. Les quelques remarques qui précèdent s'inscrivent bien plutôt dans le contexte plus général d'une réforme du droit de gage mobilier. En effet, si la protection du créancier gagiste présente quelques menus défauts, notre réglementation du droit de gage mobilier pose d'autres problèmes encore, dont certains sont plus sérieux.

Ces articles 884 ss du Code civil datent de 1907. Ils ne correspondent plus complètement aux besoins d'aujourd'hui et cela est préjudiciable aussi, voire avant tout, au débiteur. Il faudra donc un jour que le législateur se saisisse du dossier et procède à une réforme en profondeur du droit de gage mobilier. Le prof. WOLFGANG WIEGAND a écrit il y a cinq déjà qu'une telle réforme était *dringend*⁶². La *Société suisse des juristes* a notamment mis cet objet à l'ordre du jour de son congrès de cette année, qui célébrera le Centenaire du CC. Cette réforme du droit du gage serait l'occasion de réexaminer la protection que notre ordre juridique veut accorder au créancier gagiste.

⁶⁰ Art. 27 al. 3 LB: « Les mesures prévues à l'art. 26, al. 1, let. f à h, ne portent pas atteinte à la validité juridique des accords conclus préalablement en matière de compensation ou de réalisation de gré à gré de sûretés, lorsque ces dernières se composent de titres ou d'autres instruments financiers négociés sur un marché représentatif ».

⁶¹ STETTLER, p. 147.

⁶² WIEGAND, p. 177. Sur une réforme du droit suisse des sûretés mobilières, voir par exemple: EIGENMANN, p. 337 ss; GIRSBERGER, p. 103 ss; BERGER, p. 208 ss; AESCHLIMANN / FOËX, p. 30 ss.

Bibliographie

- Lionel AESCHLIMANN / Bénédicte Foëx, Sûretés mobilières: limites et réforme du droit suisse, in *Journée 2005 de droit bancaire et financier* (C. Bovet et L. Thévenoz, éd.), Zurich 2006, p. 17 ss
- Eric BALMER, *Les clauses négatives dans les crédits bancaires*. En particulier la «negative pledge clause» dans les transactions financières internationales, thèse Lausanne, Zurich 2004
- Thomas BAUER, in *Zivilgesetzbuch II. Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, (H. Honsell, N.P. Vogt et T. Geiser, éd.) 2^e éd., Bâle 2003
- Bernhard BERGER, Registrierung von Mobiliarsicherheiten: Vorschläge zu einer Reform des Kreditsicherungsrechts, *Revue de la société des juristes bernois* (RSJB) 2002 p. 197 ss
- Sébastien BETTSCHART, in *Poursuite et faillite. Commentaire romand* (L. Dallèves, B. Foëx et N. Jeandin, éd.), Genève 2005
- Christian BOVET, in *Commentaire romand. Code des obligations I* (L. Thévenoz et F. Werro, éd.), Genève 2003
- Benno DEGRANDI, Rechtsprobleme des Lombarkredites, *RSDA* 1990 p. 2 ss
- Antoine EIGENMANN, *L'effectivité des sûretés mobilières. Etude critique en droit suisse au regard du droit américain et proposition législatives*, thèse, Fribourg 2001
- Pierre ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, 2^e éd., Berne 1997
- Urs ERNE, *Mehrfache Verpfändung von Mobilien und Rechten*, thèse, Zurich 1996
- Bénédict FOËX, *Le contrat de gage mobilier*, Bâle 1997
- Hans FRITZSCHE / Hans Ulrich WALDER-BOHNER, *Schuldbetreibung und Konkurs. Band I*, 3^e éd., Zurich 1984
- Daniel GIRSBERGER, Ist das Faustpfandprinzip noch zeitgemäss?, *RSJ* 1997 p. 97 ss
- Eugen HUBER, *Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2^e éd., vol. 2, Berne 1914
- Dominique JUNOD MOSER / Louis GAILLARD, in *Poursuite et faillite. Commentaire romand* (L. Dallèves, B. Foëx et N. Jeandin, éd.), Genève 2005
- Hans LEEMANN, *Sachenrecht – II. Abteilung, Berner Kommentar*, vol. IV.II, Berne 1925

- Lucien MARTIN, Sûretés traquées: crédit détraqué, Banque 1975 (n° 346) p. 1.133 ss
- Elisabeth MOSKRIC, *Der Lombardkredit*, thèse, Zurich 2003
- Karl OFTINGER / Rolf BÄR, *Das Fahrnispfand*, *Zürcher Kommentar*, vol. IV.2.c, 3^e éd., Zurich 1981
- Dominique RIGOT, in *Poursuite et faillite. Commentaire romand* (L. Dallèves, B. Foëx et N. Jeandin, éd.), Genève 2005
- Philippe SIMLER / Philippe DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 3^e éd., Paris 2000
- Pascal SIMONIUS / Thomas SUTTER, *Schweizerisches Immobiliarsachenrecht. Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte*, Bâle 1990
- Paul-Henri STEINAUER, *Les droits réels. Tome III*, 3^e éd., Berne 2003
- Martin STETTLER, La révocation et la suppression du testament. Le poids des mots et des signes, *Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach* (P.-H. Bolle, éd.), Bâle 2000, p. 143 ss
- Bernhard TRAUFFER, in *Zivilgesetzbuch II. Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, (H. Honsell, N.P. Vogt et T. Geiser, éd.) 2^e éd., Bâle 2003
- Wolfgang WIEGAND, *Rechtsprechungschronik 2000/2001, Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz* (P. Nobel, éd.), Berne 2002, p. 165 ss
- Carl WIELAND, *Les droits réels dans le Code civil suisse*, Tome I, Lausanne 1913
- Alain WINKELMANN / Laurent LÉVY / Vincent JEANNERET / Olivier MERKT / Francesca BIRCHLER, in *SchKG III. Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs* (A. Staehelin, T. Bauer et D. Staehelin, éd.), Bâle 1998
- Dieter ZOBL, *Das Fahrnispfand*. Art. 888-906 ZGB mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907-915 ZGB), *Berner Kommentar*, vol. IV.2.5.2, 2^e éd., Berne 1996
- Dieter ZOBL, *Das Fahrnispfand*. Systematischer Teil und Art. 884-887 ZGB, *Berner Kommentar*, vol. IV.2.5.1, 2^e éd., Berne 1982