

COUR CIVILE

Ordonnance de mesures provisionnelles dans la cause divisant et
G._____, à Pully, d'avec **Z.**_____ **SA**, à Bâle

Audience du 22 avril 2010

Présidence de M. MULLER, juge instructeur
Greffière : Mme Maradan

Statuant immédiatement à huis clos, le juge instructeur
considère :

En fait :

1. L'intimée, Z._____ **SA**, est une société anonyme de droit suisse, active dans le domaine bancaire. Son siège se trouve à Bâle. L'une de ses succursales est située à Lausanne.

Le requérant J._____ **SA** est un commerçant. Il a exercé une partie de ses activités économiques par l'intermédiaire d'une société de droit irlandais, S._____ **Ltd** (anciennement N._____ **Ltd**).

Cette société disposait d'un compte auprès de la succursale de Lausanne de l'intimée, dont les requérants J._____ et G._____ allèguent avoir été les ayants droit économiques.

2. Les requérants prétendent avoir fait procéder à la liquidation et à la radiation de la société précitée en 1999, à la suite d'une modification de la législation irlandaise relative notamment à l'imposition des sociétés.

Le compte ouvert auprès de l'intimée a toutefois été maintenu. Il était apparemment alimenté par les requérants, qui ont reçu régulièrement à leur adresse privée, mais au nom de la société S._____ Ltd, l'ensemble de la correspondance bancaire y relative, soit notamment les avis de boucllement, de retrait, de paiement de chèque, de crédit, de versement, de débit, de placement fiduciaire et les décomptes d'opérations sur devises.

Fin 2009, l'intimée a procédé au blocage du compte bancaire concerné. Relevant que les requérants n'étaient pas les titulaires de ce compte, elle a exigé qu'ils prouvent, par des documents officiels dûment certifiés, que la société S._____ Ltd avait été liquidée et que ses avoirs leur avaient été transférés. Dans l'attente de ces documents, l'intimée opposait aux requérants le secret bancaire.

3. Le 18 mars 2010 J._____ et G._____, ont déposé une requête de mesures provisionnelles contre Z._____ SA dont les conclusions, avec dépens, sont les suivantes :

- I. La Requête est admise
- II. Ordre est donné à Z._____ SA, prise en succursale de Lausanne, de libérer immédiatement le compte [...] au profit d'J._____ et G._____, sous peine des peines d'arrêts ou d'amende prévues par l'art. 292 CP."

Dans ses déterminations déposées le 6 avril 2010 l'intimée a soulevé le déclinatoire ratione loci et conclu, avec dépens, à l'irrecevabilité et au rejet de la requête.

A l'audience de ce jour, l'intimée a complété ses conclusions en ce sens que, subsidiairement, les requérants soient condamnés à fournir des sûretés d'un montant équivalent à l'actif au crédit du compte. Les requérants ont déclaré admettre le principe des sûretés à hauteur de 150'000 fr., correspondant à l'état du compte au 31 décembre 1999.

En droit :

I. L'intimée fait valoir que les requérants ne rendent pas vraisemblable qu'ils seraient titulaires du compte [...] et que, par conséquent, aucune relation juridique ne lie les parties. Elle en déduit que seules les juridictions bâloises seraient compétentes pour connaître de l'action principale et soulève le déclinatoire pour ce motif. Cette exception de procédure doit être examinée en premier lieu (primauté du déclinatoire).

a) Comme dans un procès au fond, les parties ont la faculté, au stade des mesures provisionnelles, de contester la compétence du juge saisi. Ce moyen doit être opposé devant le juge des mesures provisionnelles aux mêmes conditions qu'il doit l'être devant le juge du fond (Bonard, Les sanctions des règles de compétence, thèse Lausanne 1985, p. 141). En particulier, le déclinatoire doit être opposé, sous peine de déchéance, avant toute défense au fond et préalablement à toute exception de procédure (art. 58 al. 1^{er} CPC).

En l'occurrence, la requérante a soulevé cette exception dans son procédé du 6 avril 2010 et la réitérée à l'audience de ce jour avant tout autre moyen de défense, de sorte qu'elle est recevable.

b) En principe, le déclinatoire est instruit et jugé en la forme incidente (art. 59 al. 2 CPC). Quoique les commentateurs proposent une autre solution (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^{ème} éd., Lausanne 2002, p. 101, n. 2 ad art. 59 CPC; Bonard, op. cit., p. 142), il est conforme à la jurisprudence de la Chambre des recours (Ch. rec. 180 du 2 février 2005 et les références citées) et à la pratique de la Cour civile (JI-CCiv 49/2009 du 20 avril 2009; JI-CCiv 200/2005 du 17 novembre 2005; JI-CCiv 73/2004 du 6 avril 2004; JI-CCiv 116/2002 du 16 mai 2002, JI-CCiv 294/2001 du 12 septembre 2001) que le juge statue sur le déclinatoire dans l'ordonnance de mesures provisionnelles elle-même, sans avoir à rendre une décision séparée, l'admission du déclinatoire ayant pour effet l'irrecevabilité de la requête de mesures provisionnelles (Tappy, Quelques aspects de la procédure de mesures provisionnelles, spécialement en matière matrimoniale, in JT 1994 III 34 ss, pp. 50-51).

La question de la compétence sera donc tranchée dans la présente ordonnance, et non par une décision préalable.

c) Pour se prononcer sur la question du déclinatoire, le juge des mesures provisionnelles doit qualifier l'action dont il est saisi en se fondant sur les éléments du dossier en l'état du procès sans procéder à une instruction d'office. Ce sont les faits allégués et les conclusions, le cas échéant l'interprétation que tire de celles-ci la partie qui les a prises, qui doivent fonder la définition que donne le juge de la nature de l'action (JT 1995 III 34; JT 1970 III 49). Il découle de la nature des mesures provisionnelles qu'une requête de déclinatoire ne saurait être admise que lorsque la compétence du juge qui doit statuer apparaît d'emblée exclue ou peu vraisemblable (JI-CCiv 73/2004 du 6 avril 2004).

En l'absence d'éléments d'extranéité pertinents, la question du for est régie par la LFors (loi fédérale sur les fors en matière civile du 24 décembre 2000, RS 272). En matière de mesures provisionnelles, l'art. 33 LFors dispose qu'est impérativement compétent pour ordonner les mesures provisionnelles le tribunal du lieu dans lequel est donnée la compétence pour connaître de l'action principale ou le tribunal du lieu

dans lequel la mesure devra être exécutée. L'art. 3 LFors prévoit, pour les actions dirigées contre une personne morale, un for au siège de cette personne. L'art. 5 LFors précise que, pour les actions portant sur les activités industrielles, commerciales ou professionnelles d'un établissement ou d'une succursale, le for est celui du domicile ou du siège du défendeur ou celui du lieu dans lequel cet établissement ou cette succursale est située. Seuls les litiges survenus dans le cadre de l'exploitation de la succursale ou de l'établissement peuvent être portés au for de l'art. 5 LFors. Il peut s'agir aussi bien d'actions contractuelles que d'actions délictuelles, d'actions portant requête de paiement ou sur d'autres prestations d'ordre obligationnel (Donzallaz, Commentaire de la loi fédérale sur les fors en matière civile, n. 15 ad art. 5 LFors, pp. 180-181).

d) L'action au fond des requérants tendrait au versement, par l'intimée, des sommes déposées sur le compte de sa succursale lausannoise, augmentées des intérêts échus. La relation juridique sur laquelle les requérants fondent leur prétention est un contrat de dépôt irrégulier au sens de l'art. 481 CO. On se trouve donc dans le cadre d'une action contractuelle, portant sur l'activité commerciale de la succursale lausannoise de l'intimée.

L'intimée ne conteste pas la qualification juridique de cette relation, ni le fait que le compte litigieux ait été ouvert auprès de la succursale de lausanne. Elle s'oppose toutefois à l'application de l'art. 5 LFors au motif que les requérants ne seraient pas titulaires de ce compte et que, par conséquent, aucune relation contractuelle ne lierait les parties.

Par son argumentation, l'intimée met ainsi principalement en cause la légitimation active des requérants. Cette question, qui relève du fond, a une incidence également sur la compétence de la Cour de céans.

e) Selon la théorie des faits à double pertinence, l'existence des faits justifiant la compétence, s'ils sont contestés, devra être prouvée, sauf s'il s'agit de faits qui sont à la fois déterminants pour la compétence

et pour le fond. Dans ce dernier cas, de tels faits seront présumés réalisés pour l'examen de la compétence et ils ne devront être prouvés qu'au moment où le juge statuera sur le fond de la demande (ATF 131 III 153 c. 5; ATF 122 III 249 c. 3b/bb). En d'autres termes, il suffit, pour admettre la compétence du tribunal, que les faits qui constituent à la fois la condition de cette compétence et le fondement nécessaire de la prétention soumise à l'examen du tribunal soient allégués avec une certaine vraisemblance. Les objections de la partie défenderesse ne seront examinées qu'au moment de juger l'affaire sur le fond (ATF 131 III 153 c. 5.1).

f) Les requérants allèguent qu'après la liquidation de la société, en 1999, les parties auraient convenu de maintenir la relation bancaire au nom des requérants et que, pour des raisons de confidentialité, la banque aurait adressé sa correspondance à S. _____ Ltd, au domicile des requérants.

Il ressort du dossier qu'après 1999, l'intimée a continué à envoyer l'ensemble de la correspondance relative au compte litigieux à l'adresse des requérants et, apparemment au moins, à administrer le compte selon leurs instructions.

Rien n'indique que, pendant cette période de dix ans, l'intimée se serait inquiétée de la pérennité de la société initialement titulaire du compte, ni de la poursuite effective de ses activités.

Ces éléments sont suffisants pour admettre l'existence d'une relation juridique entre les parties dans le cadre d'un examen *prima facie*, soit au stade de l'examen de la compétence et sans préjuger de la solution qui sera apportée au fond sur la légitimation active des requérants. Par conséquent et en application des art. 5 et 33 LFors, le juge de céans doit être considéré comme compétent pour traiter de la présente cause.

Le moyen tiré du déclinatoire doit donc être rejeté.

III. a) Aux termes de l'art. 101 al. 1^{er} chiffre 1 CPC, des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées en tout état de cause, même avant l'ouverture d'action, en cas d'urgence, pour protéger le possesseur dans ses droits (litt. a), prévenir tout changement à l'état de l'objet litigieux (litt. b) ou écarter la menace d'un dommage difficile à réparer (litt. c).

Par essence, les mesures provisionnelles doivent être prononcées rapidement. A ce stade de la procédure, le juge n'a pas à trancher le droit litigieux; il lui suffit de constater que le bien-fondé de la requête apparaît vraisemblable "prima facie" (ATF 108 II 69 cons. 2a; Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, Code annoté, 3^e éd., n. 1 ad art. 101 CPC; Pelet, Réglementation fédérale des mesures provisionnelles et procédure civile cantonale contentieuse, thèse Lausanne 1986, ch. 57 ss, pp. 44 ss et ch. 61 ss, pp. 47 ss).

S'agissant des faits, le requérant n'a pas à établir, au sens d'une preuve complète, les allégations sur lesquelles il fonde sa requête. Il suffit qu'il les rende vraisemblables (Pelet, op. cit., ch. 57 et 60, pp. 44-45 et 47).

Les mesures provisionnelles sont destinées à protéger provisoirement un droit faisant, ou devant faire l'objet, d'un procès au fond (principe de l'accessoriété de la procédure de mesures provisionnelles à celle au fond). Il en découle notamment que le juge des mesures provisionnelles doit, outre la vraisemblance des faits, examiner provisoirement le fondement de la prétention au fond (ATF 108 II 69, c. 2a; Pelet, op. cit., ch. 61 ss, pp. 47 ss).

Enfin, l'on considère souvent l'urgence comme étant une condition de l'octroi de toute mesure provisionnelle. L'urgence doit toutefois être comprise dans un sens large et la voie des art. 101 ss CPC ouverte aux plaideurs dès l'instant où ils sont exposés à subir un

dommage difficile à réparer (JT 1930 III 18).

En d'autres termes, le requérant doit rendre vraisemblable qu'il est menacé d'un dommage que seules des mesures provisionnelles peuvent prévenir.

b) En l'espèce, les conclusions provisionnelles tendent à la libération immédiate, en faveur des requérants, de l'entier des avoirs se trouvant sur le compte [...].

Nonobstant ce libellé, ces conclusions correspondent matériellement à des conclusions en paiement. Leur admission permettrait en effet aux requérants d'obtenir le versement par l'intimée des avoirs visés.

C'est d'ailleurs bien le but recherché par la requête de mesures provisionnelles.

Il convient dès lors d'examiner si de telles conclusions sont susceptibles d'être allouées par voie de mesures provisionnelles.

c) Dans l'arrêt paru aux ATF 125 III 451 (JT 2000 I 163), confirmé dans l'arrêt publié aux ATF 133 III 360 c. 9.2.1 (SJ 2007 I 482), le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si les mesures tendant à l'exécution anticipée d'un contrat dans le cadre de la protection provisionnelle relèvent du droit cantonal ou du droit fédéral. Il a considéré que la disposition de droit cantonal concernée (art. 302 al. 1er litt. b CPC/AG) ne posait pas de restrictions empêchant l'octroi de telles mesures, dès lors que cette norme prévoit que des mesures provisionnelles peuvent être ordonnées pour maintenir une situation de fait ou pour éviter la menace d'un dommage difficile à réparer.

Le droit cantonal vaudois contient une règle identique (art. 101 al. 1 ch. 1 litt. b et c CPC), la liste des mesures mentionnée à l'art. 102 CPC étant exemplative. On peut donc admettre que le droit cantonal vaudois

ne s'oppose pas, au regard de la jurisprudence fédérale, à l'octroi de mesures provisionnelles consistant en l'exécution anticipée d'un contrat.

Le Tribunal fédéral ne considère pas que des mesures provisionnelles d'exécution anticipée seraient inadmissibles au motif qu'une condamnation sur la base d'une obligation non pas établie, mais seulement rendue vraisemblable, violerait le droit matériel, le droit fédéral n'excluant pas a priori l'exécution provisoire d'une obligation d'accomplir une prestation. Il existe des cas où celle-ci ne pourra pas être évitée, par exemple s'agissant du versement de contributions d'entretien du droit de la famille. Le Tribunal fédéral a en outre précisé que sur le plan de l'efficacité du droit, une mesure d'exécution anticipée peut également s'avérer indispensable lorsque, du fait de l'inexécution prolongée de la prestation, le requérant est menacé de dommages, par exemple une importante perte de clientèle, qui minent ou rendent complètement inutile tout succès au fond. Ainsi, dans l'arrêt paru aux ATF 125 III 451, le Tribunal fédéral a considéré qu'une ordonnance de mesures provisionnelles condamnant le fournisseur étranger à livrer au distributeur exclusif sis en Suisse les marchandises déjà commandées et faisant défense au premier de livrer à tout autre intermédiaire en Suisse, moyennant fourniture de sûretés par le requérant, n'était pas contraire au droit fédéral.

Quant à l'arrêt paru aux ATF 133 III 360, il a été rendu en relation avec l'obligation de poursuivre l'exécution d'un contrat de licence exclusive ayant pour objet d'utiliser, au niveau mondial, une marque pour chaussures, vêtements et accessoires de golf.

Les décisions provisionnelles en question ne concernaient pas des mesures provisionnelles d'exécution anticipée d'une obligation de payer ou de rembourser des avoirs bancaires. Leur état de fait se distingue ainsi fondamentalement de celui de la présente procédure.

Il convient néanmoins de déterminer si, au regard de cette jurisprudence, le déposant pourrait, dans certaines circonstances, exiger

par voie de mesures provisionnelles la restitution des sommes déposées augmentées des intérêts échus (art. 475 al. 1 et 481 al. 1 CO).

Le juge de céans considère que cette question appelle une réponse négative. En effet, l'obligation de payer une somme d'argent par voie de mesures provisionnelles nécessite une base légale expresse (art. 281 al. 1, 283 et 329 al. 3 CC). A défaut, une condamnation judiciaire à payer une somme d'argent ne peut, de lege lata, résulter que d'un jugement au fond (JI-CCIV 187/2003 du 10 septembre 2003). Le fait que le Tribunal fédéral ait admis l'exécution par voie de mesures provisionnelles dans les arrêts susmentionnés ne permet pas d'aboutir à une conclusion différente.

La distinction entre obligation de livrer une chose et obligation de payer est décisive en matière de mesures provisionnelles, étant donné que l'exécution forcée ayant pour objet une somme d'argent s'opère par la poursuite pour dettes (art. 38 al. 1^{er} LP). Il serait dès lors incohérent – partant contraire à la systématique du droit fédéral – d'admettre qu'en l'absence de base légale précise et topique une partie pourrait, par voie de mesures provisionnelles, obtenir de son partenaire contractuel le paiement d'une somme d'argent, alors que le simple blocage de celle-ci se heurterait à la prohibition du séquestre déguisé (JI-CCIV 187/2003 du 10 septembre 2003 précité).

De plus, le Tribunal fédéral a jugé que la procédure d'un canton ne pouvait pas permettre que le paiement d'une somme d'argent soit imposé à titre définitif dans le cadre d'une mesure provisoire prise par jugement sommaire (ATF 113 II 465, consid. 5c; Hohl, La réalisation du droit et les procédures rapides, n. 590, p. 189). Cette jurisprudence n'a pas été remise en cause dans les arrêts plus récents. Ainsi, en dehors des cas limitativement prévus par le droit fédéral, l'exécution anticipée provisoire de prestations en argent doit être refusée (Hohl op. cit., n. 618, p. 199).

Au vu de ce qui précède, les mesures provisionnelles requises ne peuvent pas être ordonnées, sans qu'il ne fût nécessaire d'administrer les mesures d'instruction encore requises par les requérants à l'audience de ce jour (audition du témoin C._____ et production de différentes pièces), celles-ci n'étant pas de nature à modifier l'appréciation juridique qui précède.

IV. Les frais de la procédure provisionnelle doivent être arrêtés à 2'500 francs pour les requérants, solidairement entre eux (art. 4 al. 1, 5 al. 1, 170 et 170a du tarif du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile; RSV 270.11.5).

L'intimée obtient entièrement gain de cause. Agissant par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel, elle a droit à de pleins dépens de la procédure provisionnelle, qu'il se justifie d'arrêter à 4'000 francs.

**Par ces motifs,
le juge instructeur,
statuant à huis clos et
par voie de mesures provisionnelles :**

- I. Rejette les conclusions prises par les requérants J._____ et G._____ contre l'intimée Z._____ SA dans leur requête du 18 mars 2010.

- II. Dit que les frais de la procédure provisionnelle sont arrêtés à 2'500 francs (deux mille cinq cents francs) pour les requérants, solidairement entre eux.

- III.** Dit que les requérants, solidairement entre eux, verseront à l'intimée le montant de 4'000 fr. (quatre mille francs) à titre de dépens de la procédure provisionnelle.

Le juge instructeur :

La greffière :

P. Muller

C. Maradan

Du

L'ordonnance qui précède, dont le dispositif a été expédié pour notification aux parties le 26 avril 2010, lue et approuvée à huis clos, est notifiée, par l'envoi de photocopies aux conseils des parties.

Les parties peuvent faire appel auprès de la Cour civile du Tribunal cantonal dans les dix jours dès la notification de la présente ordonnance en déposant au greffe de la Cour civile une requête motivée, en deux exemplaires, désignant l'ordonnance attaquée et contenant les conclusions de l'appelant.

La greffière :

C. Maradan