

COUR CIVILE

Audience de jugement du 2 juillet 2014

Composition : M. HACK, président
M. Muller et Mme Rouleau, juges
Greffier : M. Marty

Cause pendante entre :

P._____ **SA**

(Me D. Bottge)

et

OA._____

(Me Th. Ador)

- Du même jour -

Délibérant immédiatement à huis clos sur la réquisition de jugement par défaut présentée par la demanderesse P. _____ SA,

la Cour civile,

considérant que l'art. 404 al. 1 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272) dispose que les procédures en cours à l'entrée en vigueur de la présente loi sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance, quelle que soit leur nature (Tappy, Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée, publié in JT 2010 III 11, p. 19),

qu'aux termes de l'art. 166 CDPJ (Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010, RSV 211.02), les règles de compétences matérielles applicables avant l'entrée en vigueur de la présente loi demeurent applicables aux causes pendantes devant les autorités civiles ou administratives,

qu'introduite par demande du 18 octobre 2010, la présente procédure était en cours lors de l'entrée en vigueur du CPC le 1^{er} janvier 2011,

qu'elle demeure donc régie par l'ancien droit de procédure, soit notamment le CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966, dans sa version au 31 décembre 2010, RSV 270.11),

que les dispositions de la LOJV (loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, dans sa teneur au 31 décembre 2010, RSV 173.01) et de la LVCC (loi d'introduction dans le Canton de Vaud du Code civil suisse du 30 novembre 1910, dans sa teneur au 31 décembre 2010, RSV 211.01) sont également applicables,

que la défenderesse OA. _____ a été régulièrement assignée à l'audience de ce jour par exploit du 19 mars 2014, qui lui a été notifié par l'intermédiaire de son mandataire le 21 mars 2014, selon accusé de réception n° 98.33.103793.00318207,

qu'elle n'a pas comparu, ni personne en son nom,

que, proclamée par l'huissier une heure après celle fixée pour sa comparution, la défenderesse a persisté à faire défaut, sans qu'il soit porté à la connaissance de la cour qu'elle ait été empêchée de comparaître pour une cause majeure au sens de l'art. 305 al. 2 CPC-VD,

vu les art. 305 al. 1 et 308 CPC-VD,

décide de passer au jugement par défaut.

Appliquant l'art. 308 al. 2 CPC-VD, aux termes duquel les faits allégués par la partie présente sont réputés vrais dans la mesure où le contraire ne résulte pas du dossier et ceux allégués par la partie défaillante ne sont retenus que pour autant qu'ils soient prouvés,

étant précisé toutefois que les allégués de la partie présente ne sont retenus que dans la mesure où ils portent sur des faits, à l'exception de tout élément relevant du pouvoir d'appréciation de la Cour et de toute considération de nature juridique,

la Cour civile considère :

Remarque liminaire :

Au cours de l'instruction, deux personnes ont été entendues en qualité de témoin, à savoir S. _____, co-fondateur et président de la défenderesse OA. _____, et N. _____, co-fondateur et secrétaire de la défenderesse.

Vu le lien étroit que ces témoins entretiennent avec la défenderesse, leurs dépositions ne seront retenues que dans la mesure où elles sont corroborées par d'autres éléments du dossier.

En fait :

1. a) La demanderesse P._____ SA est une société de grande notoriété, inscrite au registre du commerce du Canton de Genève, dont le but est l'exploitation d'une banque. Son acronyme connu du public est « [...] ». Cet acronyme ne figure toutefois pas dans la raison sociale de la banque, telle qu'elle ressort du registre du commerce, et il n'a pas non plus été enregistré en tant que marque auprès de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI), selon la base de données consultable sur www.swissreg.ch. En revanche, « [...] » est enregistré en tant que nom de domaine. Sur le moteur de recherche Google, le terme « [...] » donnait 1'330'000 résultats le 12 octobre 2010, le premier d'entre eux étant le site Internet de la demanderesse.

b) La défenderesse OA._____ est une association de droit suisse créée le 14 décembre 2005. Son but statutaire est le suivant :

" 1. Conseiller, assister, protéger et/ou fournir tous services à ses membres ayant été ou étant client(e)s de la P._____ SA Genève et/ou d'une de ses sociétés financières et/ou d'un de ses gestionnaires de fortune et/ou de biens, personne morale ou physique et qui aurait notamment subi un quelconque dommage du fait de cette relation, directement ou indirectement.

2. Se faire céder à tous termes et conditions toute créance au titre de toute cause de responsabilité, notamment contractuelle, à raison d'acte illicite, enrichissement illégitime, culpa in contrahendo contre notamment tout établissement bancaire, société financière, gestionnaire de fortune et/ou de bien, personne morale ou physique.

3. Agir devant tous tribunaux en Suisse ou à l'étranger, arbitres ou autres institutions pour le compte de l'association et/ou d'un membre ou de plusieurs et/ou des cédant/es ou autre, personne physique ou morale.

L'association utilisera notamment tous les moyens de droit à sa disposition pour réaliser pleinement son but. "

Elle n'a jamais été inscrite au registre du commerce.

S._____, R._____ et la société B._____ SA sont les seuls membres de cette association.

c) L'association OB._____ est une association de droit suisse créée le 14 décembre 2005. Elle est inscrite au registre du commerce depuis le 16 août 2006. Son but statutaire est le suivant :

" 1. Conseiller, assister, protéger et/ou fournir tous services à ses membres ayant été ou étant client(e)s d'un établissement bancaire et/ou d'une de ses sociétés financières et/ou d'un de ses gestionnaires de fortune et/ou de biens, personne morale ou physique et qui aurait notamment subi un quelconque dommage du fait de cette relation, directement ou indirectement.

2. Se faire céder à tous termes et conditions toute créance au titre de toute cause de responsabilité, notamment contractuelle, à raison d'acte illicite, enrichissement illégitime, culpa in contrahendo contre notamment tout établissement bancaire, société financière, gestionnaire de fortune et/ou de bien, personne morale ou physique.

3. Agir devant tous tribunaux en Suisse ou à l'étranger, arbitres ou autres institutions pour le compte de l'association et/ou d'un membre ou de plusieurs et/ou des cédant/es ou autre, personne physique ou morale.

L'association utilisera notamment tous les moyens de droit à sa disposition pour réaliser pleinement son but. "

La demanderesse soutient que cette association et la défenderesse ne sont qu'une seule et même entité juridique. Ce point sera discuté ci-après dans la partie en droit (cf. *infra* IV).

d) B._____ SA est une société anonyme de droit panaméen, créée le 20 mai 1998. Au regard des lois panaméennes, elle était toujours valablement constituée à la date du 13 janvier 2011.

2. a) B._____ SA a été cliente de la demanderesse à partir du 4 octobre 1999, date à laquelle elle a ouvert un compte bancaire auprès de la demanderesse, sans attribution de mandat de gestion.

Antérieurement au 8 mai 2000, B. _____ SA a acquis des titres de la société américaine B. _____ Inc.. La demanderesse n'a pas effectué l'acquisition de ces titres pour le compte de B. _____ SA. Le 5 juin 2000, la demanderesse a reçu en dépôt pour le compte de B. _____ SA les titres de la société B. _____ Inc..

Au début de l'année 2001, l'étude Perréard, De Boccard, Kohler, Ador & Associés, plus particulièrement Me Thierry Ador, est intervenu auprès de la demanderesse pour le compte de B. _____ SA, sur la base du mandat qui lui avait été conféré par cette société. C'est ainsi que, le 7 février 2001, Me Anne Sonnex Kyd, avocate en l'étude Perréard, De Boccard, Kohler, Ador & Associés, a écrit à la demanderesse et lui a transmis un document original pour le compte de B. _____ SA.

Me Thierry Ador est intervenu par la suite auprès de la demanderesse au nom et pour le compte de B. _____ SA, en vertu des pouvoirs que cette société lui a conférés le 20 juillet 2001, pouvoirs qui comprenaient entre autres celui d'intervenir auprès de l'établissement bancaire et/ou de tout intervenant responsable.

Le 18 janvier 2002, la demanderesse a informé Me Thierry Ador que les 434'548 actions B. _____ Inc. de B. _____ SA avaient été vendues au prix unitaire de USD 0.10.

Le 26 juin 2002, Me Thierry Ador s'est adressé à la demanderesse en qualité de mandataire de B. _____ SA et lui a fait part d'une réclamation de celle-ci pour le dommage qu'elle disait avoir subi à cause de la vente prétendument tardive des actions B. _____ Inc.. Par courrier du 22 juillet 2002, la demanderesse a opposé une fin de non-recevoir à la réclamation formulée par Me Ador.

Par courrier du 9 décembre 2002 de Me Thierry Ador, agissant pour le compte de B. _____ SA, la demanderesse a reçu l'instruction de clôturer la relation bancaire et de transférer le solde sur le compte de

l'étude Perréard, De Boccard, Kohler, Ador & Associés auprès du Crédit Suisse, à Genève.

Le 1^{er} mars 2004, Me Thierry Ador, continuant d'intervenir au nom de B._____ SA, a répondu par courrier à la lettre de la demanderesse du 22 juillet 2002. Par lettre du 4 mars 2004, la demanderesse a accusé réception du courrier précité et a requis que Me Thierry Ador justifie de ses pouvoirs de représentation, attendu que la procuration du 17 juillet 2002 établie en sa faveur par B._____ SA était arrivée à échéance le 20 juillet 2003.

Le 4 mai 2004, Me Thierry Ador a adressé à la demanderesse deux procurations établies en sa faveur par B._____ SA, l'autorisant à la représenter dans toutes les démarches judiciaires et extrajudiciaires à l'encontre de la demanderesse, de H._____ et de toute personne impliquée directement ou indirectement dans la gestion des avoirs de B._____ SA.

Le 18 mai 2004, la demanderesse a réitéré sa fin de non-recevoir formulée le 22 juillet 2002, considérant qu'il n'existait, d'après elle, aucun motif d'entrer en matière sur la réclamation de B._____ SA.

Me Thierry Ador a réagi par courrier du 22 juin 2004, en informant la demanderesse que sa mandante était prête à saisir l'Ombudsman des banques suisses. Le 13 octobre 2004, Me Thierry Ador s'est de nouveau adressé à la demanderesse, en sollicitant une copie de l'ensemble des contrats passés entre celle-ci et B._____ SA lors de l'ouverture de leur relation bancaire, avec leurs éventuelles modifications subséquentes, ainsi que des documents relatifs à l'achat et la vente des actions B._____ Inc. pour le compte de B._____ SA, comprenant notamment la date, le prix payé lors de l'achat et le prix reçu lors de la vente.

La demanderesse a donné suite à cette requête le 20 octobre 2004, tout en précisant que, contrairement à ce que Me Thierry Ador

indiquait dans son courrier du 13 octobre 2004, la demanderesse n'avait pas procédé à l'achat des actions litigieuses, puisqu'elle les avait reçues en dépôt le 5 juin 2000.

Le 6 décembre 2004, Me Thierry Ador a adressé à la demanderesse un tirage de ses échanges de correspondances avec Me [...], trustee de B._____ Inc., en lui demandant d'apporter une réponse aux questions posées par ladite société. Le 23 décembre 2004, la demanderesse a répondu à Me Thierry Ador et lui a fait part de ses commentaires sur le courrier précité.

Par la suite, Me Thierry Ador a saisi l'Ombudsman des banques suisses. Dans un courrier du 26 août 2005 adressé à celui-ci, la demanderesse a communiqué ses observations au sujet du litige en question. L'Ombudsman a transmis le courrier précité à l'avocat de B._____ SA en lui demandant de prendre position. Ce dernier a répondu à l'Ombudsman que sa cliente était disposée à régler l'affaire à l'amiable, mais n'a cependant pas pris position sur les explications de la demanderesse.

Dans un courrier du 8 février 2006 adressé à l'Ombudsman des banques suisses, la demanderesse a contesté l'existence de pourparlers transactionnels, directs ou indirects, avec B._____ SA, et a même exclu d'entamer de tels pourparlers.

Par lettre du 14 février 2006, l'Ombudsman des banques suisses a informé Me Thierry Ador qu'il mettait fin à la procédure de médiation.

Me Thierry Ador a déployé son activité de conseil en faveur de B._____ SA, à partir de 2001, soit durant près de cinq ans avant que la défenderesse ne fût fondée le 14 décembre 2005. Cette activité s'est poursuivie auprès de l'Ombudsman des banques suisses après la fondation de la défenderesse.

b) Les fondateurs de la défenderesse ne sont pas clients de la demanderesse.

3. A une date indéterminée, B._____ SA et la défenderesse ont signé un acte de cession ayant la teneur suivante :

" Nous, B._____ SA, déclarons par le présent acte céder, avec toutes garanties usuelles, au cessionnaire suivant :
OA._____, [...],
tous nos droits (contractuels, extra-contractuels, en enrichissement illégitime ou autres) notamment en capital, dommages, intérêts et frais,

contre

P._____ SA,

et

Monsieur H._____

Nous nous engageons à effectuer toutes formalités et vous donnons, au titre des présentes, procuration le cas échéant pour signer et/ou notifier tous documents utiles à la poursuite du but du cessionnaire.

DROIT APPLICABLE ET FOR

Le présent acte et/ou les relations entre cédants et cessionnaires sont régis par le droit suisse.

Tout litige résultant du présent acte et/ou les relations entre cédants et cessionnaires sera exclusivement résolu par devant les tribunaux de Genève, Suisse.

le au 9 mai 2007 "

4. a) Le 29 juin 2010, la défenderesse a assigné devant le Tribunal de première instance du canton de Genève la demanderesse et un gestionnaire de celle-ci, H._____, en paiement d'un montant de 3'559'494 fr. 08.

Dans ce procès, la défenderesse fait valoir une prétendue créance en dommages-intérêts contre la demanderesse, au titre de la responsabilité contractuelle, à la suite de la cession au 9 mai 2007 intervenue entre B._____ SA et la défenderesse.

La demanderesse n'a jamais eu affaire avec la défenderesse avant que celle-ci ouvre action contre elle le 29 juin 2010.

b) La radiation des pouvoirs de H._____ auprès de la demanderesse a été publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce le 11 août 2010.

c) Lors de l'audience d'introduction du 14 octobre 2010 devant le Tribunal de première instance du canton de Genève, la demanderesse et H._____ ont notamment soulevé trois incidents :

- défaut de qualité pour défendre de H._____;
- nullité de l'assignation ;
- requête d'appel en cause de l'étude Perréard, De Boccard, Kohler, Ador & Associés.

Sur l'exception de nullité de l'assignation, la demanderesse et H._____ ont fait valoir que les mentions permettant d'assurer l'identité de la partie demanderesse au fond dans la procédure genevoise, soit l'association OA._____, n'étaient pas pleinement réalisées. Elles ont aussi exposé que le risque de confusion qui en résultait ne saurait être corrigé par une rectification purement rédactionnelle, dès lors, selon elles, que la désignation litigieuse n'était pas une erreur de plume mais une tromperie volontaire visant à cacher une violation des dispositions protégeant les raisons de commerce et que, d'autre part, l'inscription de l'association litigieuse consacrait une violation des dispositions de l'ordonnance sur le registre du commerce (ORC) du 17 octobre 2007.

La demanderesse s'est notamment fondée sur l'allégué 39 de la défenderesse, qui avait la teneur suivante :

" L'association OA._____ est une association de droit suisse inscrite au registre du commerce le 16 août 2006 dont le but est notamment de "conseiller, assister, protéger et servir ses membres dans le domaine des dommages subis du fait d'une relation avec un établissement bancaire, d'une société financière ou d'un gestionnaire de fortune et/ou de biens". "

Cependant, l'association inscrite au registre du commerce depuis le 16 août 2006 est désignée sous le nom d'OB._____, et non d'OA._____.

Dans son écriture du 24 janvier 2011 sur l'incident de nullité d'assignation , la défenderesse, contrairement à ce qu'elle avait exposé dans sa demande en paiement du 29 juin 2010, a allégué ne pas être inscrite au registre du commerce. Elle a encore allégué être distincte de l'association OB._____, invoquant le fait que chacune des deux associations dispose de ses propres statuts.

Par jugement du 3 mars 2011, le Tribunal de première instance du canton de Genève a rejeté l'incident de nullité de l'assignation soulevé par la demanderesse et son gestionnaire H._____.

Dans son jugement, cette autorité a relevé ce qui suit :

" Il est vrai que l'ASSOCIATION OA._____ ne donne aucune explication sur le fait qu'elle a, semble-t-il, faussement indiqué dans son mémoire du 11 août 2010 qu'elle était inscrite au registre du commerce. "

5. D'autres faits allégués et prouvés, mais sans incidence sur la solution du présent procès, ne sont pas reproduits ci-dessus.

6. Par demande du 18 octobre 2010 adressée à la Cour civile, P._____ SA a ouvert action contre OA._____ et a pris contre elle les conclusions suivantes, avec suite de frais et dépens :

" Principalement :

1. Recevoir la présente action en dissolution.
2. Constater l'illicéité du but poursuivi par OA._____ inscrite au Registre du commerce sous la dénomination OB._____.
3. Prononcer la dissolution de OA._____ » inscrite au Registre du commerce sous la dénomination OB._____.

4. Condamner OA. _____ inscrite au Registre du commerce sous la dénomination OB. _____ en tous les frais et dépens, lesquels comprendront une équitable indemnité de procédure valant participation aux honoraires d'avocat de P. _____ SA.
5. Débouter OA. _____ inscrite au Registre du commerce sous la dénomination OB. _____ de toute autre ou contraire conclusion.

Subsidiairement :

6. Acheminer P. _____ SA à prouver par toutes voies de droit utiles les faits allégués dans les présentes écritures. "

Dans sa réponse du 22 février 2011, OA. _____ a pris les conclusions suivantes, le tout avec suite de frais et dépens :

" Principalement :

- Débouter la demanderesse de l'ensemble de ses conclusions.
- Débouter la demanderesse de toutes autres ou contraires conclusions avec suite de frais et dépens
- Condamner la demanderesse en tous les frais et dépens, lesquels comprendront une indemnité équitable pour l'activité déployée par le Conseil soussigné établi et en ordonner la distraction en faveur du conseil soussigné.

Subsidiairement :

- Acheminer la défenderesse à prouver par toutes voies de droit utiles la véracité des faits exposés dans le cadre des présentes conclusions."

E n d r o i t

I. La demanderesse demande que la défenderesse soit dissoute en application de l'art. 78 CC (Code civil du 10 décembre 1907, RS 210). Elle soutient, en substance, que celle-ci poursuit un but illicite, dans la mesure où son unique vocation serait de conduire un procès en responsabilité contre elle à la place de B. _____ SA. L'association litigieuse aurait ainsi été créée dans l'unique but de masquer un plaideur et d'égarer le cours de la justice. Quant à la cession de créance intervenue entre B. _____ SA et la défenderesse, il s'agirait d'un acte simulé.

Au surplus, la demanderesse fait valoir que la volonté d'être organisée corporativement ne ressortirait pas des statuts de la défenderesse. Elle invoque enfin une violation de l'art. 92 ORC (ordonnance sur le registre du commerce du 17 octobre 2007, RS 221.411), qui réglemente le contenu de l'inscription au registre du commerce d'une association.

II. La Cour civile connaît de toutes les causes que la loi place dans sa compétence (art. 74 al. 1 LOJV). Selon l'art. 8bis LVCC, la Cour civile du Tribunal cantonal est compétente pour connaître des actions en dissolution d'associations dont le but est illicite ou contraire aux mœurs.

Au vu des conclusions prises par la demanderesse, la compétence de la cour de céans est donc donnée.

III. Aux termes de l'art. 78 CC, la dissolution de l'association dont le but est illicite ou contraire aux mœurs est prononcée par le juge à la demande de l'autorité compétente ou d'un intéressé. Par « intéressé », il faut entendre toute personne disposant d'un intérêt légitime à l'obtention d'une décision de dissolution de l'assemblée. Il en va ainsi des membres, des organes, des créanciers, des débiteurs et même des concurrents de l'association (Jeanneret/Hari, Commentaire romand, Code civil I [ci-après : CR-CC I], n. 13 ad art. 78 CC ; Perrin/Chappuis, Droit de l'association, 3^e éd., p. 213).

Etant opposée à la défenderesse dans le procès intenté par celle-ci devant le Tribunal de première instance du canton de Genève, la demanderesse a un intérêt légitime à obtenir que soit prononcée la dissolution de l'association défenderesse. Elle a donc la légitimation active.

IV. La demanderesse allègue que la défenderesse et l'association OB._____ ne sont qu'une seule et même entité et que le nom statutaire de l'association, tel qu'il ressort du registre du commerce, a été délibérément modifié pour cacher une violation des dispositions protégeant les raisons de commerce.

a) D'après 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 disposition répartit le fardeau de la preuve et détermine ainsi qui doit subir les conséquences de l'échec de la preuve (Steinauer, Le Titre préliminaire du Code civil et Droit des personnes, TDPS II/1, nn. 641 et 693). En revanche, elle n'apporte aucune nuance quant à l'intensité ou degré de la preuve que doit fournir la partie qui supporte le fardeau de la preuve. Jurisprudence et doctrine en ont déduit qu'en principe un fait ne doit être considéré comme établi que s'il en a été donné une preuve complète, c'est-à-dire s'il est prouvé avec certitude. Pour que ce degré de preuve soit atteint, il n'est pas nécessaire que la certitude soit absolue, il faut cependant que le tribunal n'ait pas de doutes sérieux. Il n'est en revanche pas suffisant que le fait soit hautement vraisemblable (Steinauer, op. cit., n. 666 et les références citées aux notes infrapaginales nn. 65 et 66).

Lorsqu'une partie est chargée du fardeau de la preuve, son adversaire peut administrer la preuve de faits qui devraient contrecarrer la preuve principale en déterminant le juge à douter de sa valeur. Pour que la contre-preuve aboutisse, il est seulement exigé que la preuve principale soit affaiblie, mais non que le juge soit convaincu de l'exactitude de la contre-preuve (TF 4A_256/2013 du 17 octobre 2013, c. 2.2 ; ATF 130 III 321 c. 3.4 ; ATF 115 II 305 ; Steinauer, op. cit., n. 675 et les références citées aux notes infrapaginales nn. 84 et 85).

b) En l'espèce, il est constant que les associations OB._____ et OA._____ ont été créées le même jour, soit le 14 décembre 2005. Les liens qu'elles entretiennent ne ressortent pas de leurs statuts respectifs et n'ont pas été élucidés. On ignore également si, depuis sa création, la

défenderesse a eu d'autres activités que la conduite du procès contre la demanderesse, tout comme on ignore les activités de l'association OB._____.

La demanderesse reproche à la défenderesse de n'avoir produit aucun document attestant de son activité : demandes de cotisations, procès-verbaux d'assemblée générale ou de comité, rapports de révision ou de trésorerie, pièces attestant de la tenue d'une comptabilité et de la titularité d'un compte bancaire. Ce faisant, elle perd de vue que le fardeau de l'allégation et de la preuve lui incombait et qu'il lui appartenait donc d'alléguer l'absence ou l'inexistence de ces éléments de fait ou de requérir la production de pièces permettant de les établir. Elle ne l'a cependant pas fait et doit dès lors en supporter les conséquences.

Au vu de l'ensemble des faits établis à l'issue de l'instruction, force est de constater que la preuve d'une identité entre l'association défenderesse et l'association OB._____ n'a pas été rapportée. D'une part, en effet, chacune des deux associations possède ses propres statuts, sans qu'il ait été allégué - et moins encore prouvé - que ces statuts seraient des faux. A cet égard, la similitude entre les deux statuts indique tout au plus que l'un a pu servir de modèle à l'autre, mais non que les deux associations en forment une seule. D'autre part, l'association OB._____ est inscrite au registre du commerce depuis le 16 août 2006, ce qui n'est pas le cas de l'association défenderesse. Quelles que soient les raisons de ces choix différents, cet indice parle en faveur de l'existence de deux associations distinctes.

Quant au fait que, dans la phase d'écritures du procès genevois, la défenderesse a allégué dans un premier temps être inscrite au registre du commerce, avant de faire ensuite volte-face, il s'agit certes d'un élément pertinent mais qui ne suffit cependant à forger le degré de certitude requis en l'espèce pour pouvoir emporter la conviction de la cour.

Du reste, si l'on épousait la thèse de la demanderesse, on ne discerne pas, malgré l'argumentation de celle-ci, pour quelle raison les fondateurs de l'association auraient voulu simuler l'existence d'une seconde association, attendu que l'inscription au registre du commerce n'est pas une condition d'acquisition de la personnalité pour l'association, et que l'acronyme « [...] » ne bénéficie pas de la protection des raisons de commerce ni de celle du droit des marques. Par surabondance, on relèvera que la défenderesse n'aurait pas été empêchée de poursuivre son but statutaire ni de se faire céder la créance en dommages-intérêts de B. _____ SA si elle avait choisi un nom différent, celui d'Association OB. _____ ou tout autre nom. Quoi qu'elle en dise, le mobile avancé par la demanderesse pour expliquer le prétendu simulacre de constitution d'une deuxième association n'est pas convaincant.

En définitive, la Cour de céans ne retient pas que la défenderesse se confond avec l'association OB. _____ inscrite au registre du commerce.

Il s'ensuit que le moyen tiré de la prétendue violation de l'art. 92 ORC tombe à faux, puisque la défenderesse n'est pas inscrite au registre du commerce. Au demeurant, on relèvera qu'une violation de l'art. 92 ORC n'impliquerait nullement une illicéité du but de l'association devant entraîner sa dissolution.

V. a) Selon le principe de l'autonomie de la volonté, le but d'une personne morale de droit privé peut être librement déterminé dans les limites de la loi (Xoudis, CR-CC I, n. 12 ad art. 52 CC). L'art. 52 al. 3 CC définit ces limites en disposant que les sociétés et établissements qui ont un but illicite ou contraire aux mœurs ne peuvent acquérir la personnalité. De son côté, l'art. 78 CC dispose que la dissolution de l'association est prononcée par le juge lorsque son but est illicite ou contraire aux mœurs. L'illicéité et la contrariété aux mœurs au sens des art. 52 al. 3 et 78 CC se définissent en application des art. 19 et 20 CO.

aa) Est illicite le fait, pour l'association, de poursuivre un but contraire à une règle de droit impératif en vigueur, qu'elle soit de rang fédéral, cantonal ou communal, de droit public ou privé (Xoudis, *ibid.* ; Jeanneret/Hari, op. cit., n. 2 ad art. 78 CC). Comme pour les autres personnes morales, le but de l'association ne se détermine pas exclusivement d'après le libellé de son but statutaire, mais également d'après les objectifs effectivement poursuivis, lesquels peuvent ne transparaître que par ses actes, respectivement ceux de ses organes (ATF 115 II 401 c. 1a, JT 1991 I 526 ; Xoudis, op. cit., n. 13 ad art. 52 CC ; Jeanneret/Hari, op. cit., nn. 2 et 7 ad art. 78 CC). Enfin, le but social doit être distingué des moyens engagés pour atteindre celui-ci ; si les moyens sont contraires au droit, ils ne font qu'engager la responsabilité de l'association et celle de ses organes (art. 55 CC). Néanmoins, les moyens contraires au droit coïncident avec le but lorsqu'ils prennent une telle ampleur qu'ils en viennent à constituer le but effectif (ATF 115 II 401 c. 1b, JT 1991 I 526 ; Xoudis, *ibid.*).

ab) Selon l'art. 60 al. 1 CC, les associations politiques, religieuses, scientifiques, artistiques, de bienfaisance, de récréation ou autres qui n'ont pas un but économique acquièrent la personnalité dès qu'elles expriment dans leurs statuts la volonté d'être organisées corporativement. La majorité des auteurs sont d'avis que la poursuite d'un but économique par une association n'est pas en tant que telle illicite au sens de l'art. 20 CO et n'ouvre pas la voie à l'action en dissolution prévue par l'art. 78 CC (Perrin/Chappuis, op. cit., pp. 221 s ; Heini/Portmann, *Das schweizerische Vereinsrecht*, TDPS II/5, 3^e éd., n. 167 ; Riemer, *Berner Kommentar*, n. 39 ad art. 76-79 CC ; paraissant d'un avis contraire : Jeanneret/Hari, op. cit., n. 6 ad art. 60 CC).

Une interprétation systématique du texte légal conduit à approuver cette opinion, à tout le moins s'agissant du but initial de l'association. En effet, la jurisprudence et la doctrine unanimes interprètent l'art. 60 al. 1 CC dans le sens où il fait de l'existence d'un but non économique une condition de l'acquisition de la personnalité par l'association (ATF 99 II 333 c. 1 et 2 ; Perrin/Chappuis, op. cit., p. 2 ;

Jeanneret/Hari, op. cit., nn. 4 et 11 ad art. 60 CC ; Heini/Portmann, op. cit., n. 16 ; Riemer, op. cit., n. 46 ad art. 60 CC ; Heini/Scherrer, Basler Kommentar, 5^e éd., n. 16 ad art. 60 CC). Or, l'art. 62 CC énonce que les associations qui ne peuvent acquérir la personnalité ou qui ne l'ont pas encore acquise sont assimilées aux sociétés simples. Le législateur a ainsi clairement voulu soustraire les associations qui ne remplissent pas les conditions de l'art. 60 CC au régime de l'art. 57 al. 3 CC, concernant les personnes morales dissoutes en raison de leur but illicite ou contraire aux mœurs (cf. Perrin/Chappuis, op. cit., p. 221).

Savoir si une association valablement constituée qui se mettrait à poursuivre un but économique après sa fondation pourrait être dissoute sur la base de l'art. 78 CC est une question plus discutée (cf. Heini/Scherrer, op. cit., n. 4 ad art. 78 CC et les références citées ; Perrin/Chappuis, op. cit., p. 217 s). Elle peut néanmoins rester ici indéterminée, pour les raisons propres au cas d'espèce qui seront exposées ci-après (cf. *infra* VI.b).

ac) Le point de savoir si l'art. 78 CC s'applique également lorsque le but de l'association est illicite ou contraire aux mœurs dès sa création (et non seulement lorsqu'il le devient par la suite) est également controversé en doctrine. Certains auteurs le contestent, en s'appuyant sur l'interprétation littérale de l'art. 52 al. 3 CC, et au motif que seule une entité qui aurait déjà acquis la personnalité juridique pourrait être dissoute. Dans cette hypothèse, la seule voie juridique ouverte serait une action en constatation de la nullité de l'association (Xoudis, op. cit., n. 20 ad art. 52 CC et les références citées à la note infrapaginale n. 54 ; Jeanneret/Hari, op. cit., n. 5 ad art. 78 CC).

D'autres auteurs penchent, au contraire, pour une application large de l'art. 78 CC, couvrant à la fois les cas d'illicéité, respectivement de contrariété aux mœurs, initiale et subséquente (Perrin/Chappuis, op. cit., pp. 218 ss). Ils se fondent pour cela sur une interprétation systématique de l'art. 78 CC, en lien avec les art. 57 al. 3, interprété de manière téléologique, et 88 al. 2 CC. En effet, l'art. 57 al. 3 CC prévoit la

dévolution de la fortune de la personne morale à la corporation publique lorsque la dissolution est prononcée pour cause d'illicéité ou de contravention aux bonnes mœurs. Cette disposition, qui ne distingue pas entre nullité initiale et nullité subséquente, aurait un but punitif et préventif qui exigerait a fortiori la dévolution à la corporation publique en cas de nullité originaire (id., p. 220). Par ailleurs, la comparaison du texte de l'art. 78 CC avec celui de l'art. 88 al. 1 ch. 2 CC (lequel prévoit la dissolution judiciaire de la fondation dont le but « est devenu illicite ou contraire aux mœurs ») conforterait l'applicabilité de l'art. 78 CC aux cas d'illicéité initiale.

Dans deux arrêts rendus en matière de fondation, le Tribunal fédéral a considéré *obiter* que l'action en dissolution prévue par l'art. 78 CC pouvait viser non seulement l'association dont le but est devenu illicite ou contraire aux mœurs, mais aussi celle dont le but est initialement illicite ou contraire aux mœurs (ATF 73 II 83 c. 2, JT 1948 I 66 ; ATF 76 I 44 c. 4, JT 1950 I 526). Il a par la suite confirmé cette interprétation dans une décision de principe rendue en matière de société anonyme (ATF 112 II 1 c. 4b, JT 1986 I 633). Dans l'arrêt précité, le TF a notamment exposé que les effets attachés à la dissolution judiciaire d'une personne morale en vertu de l'art. 57 al. 3 CC, soit la dévolution de la fortune au profit de la corporation publique, ne justifiait pas de privilégier la société anonyme nulle *ab ovo* de celle dont le but n'est devenu illicite qu'après un certain temps. Selon Perrin/Chappuis (op. cit., p. 219), cette interprétation téléologique devrait valoir pour toutes les personnes morales, et non seulement celles, comme la société anonyme, pour lesquelles l'inscription au registre du commerce produit un effet guérisseur (cf. art. 643 al. 2 CO).

Dans un arrêt du 10 mai 2007, le TF s'est finalement prononcé sur la dissolution judiciaire d'une association ayant poursuivi un but illicite depuis sa fondation. Il a jugé que la cour cantonale avait, à bon droit, sur la base de l'art. 78 CC, ordonné la dissolution *ex tunc* de l'association Rhino, dont l'un des buts statutaires était contraire à la garantie de la propriété (ATF 133 III 593 c. 4.7). Si la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que la dissolution de l'association était, dans le cas

d'espèce, une mesure disproportionnée, elle n'a cependant pas sanctionné, dans son principe, la dissolution avec effet rétroactif d'une association dont le but initial est illicite (arrêt no 48848/07 du 11 octobre 2011, définitif depuis le 19 mars 2012, dans la cause Association Rhino et autres c. Suisse).

b) En l'espèce, il n'est pas établi que la défenderesse poursuivrait un but différent de celui qui ressort de ses statuts. C'est même le contraire qui est établi, puisque en se faisant céder une prétention en dommages-intérêts contre la demanderesse par B. _____ SA et en ouvrant par la suite action contre la demanderesse en paiement de cette créance, la défenderesse agit strictement dans le cadre de son but statutaire. Or, celui-ci n'a rien d'illicite. Si on laisse de côté la question du but éventuellement économique de l'association, qui sera abordée plus loin (cf. *infra* VI), on ne discerne pas en quoi le fait de prodiguer des conseils à des clients mécontents, de se faire céder des créances fondées sur la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle et d'agir en justice pour le compte de ses membres ou de cédants violerait une disposition légale impérative.

La jurisprudence en matière de droit public reconnaît de longue date aux associations la faculté d'agir en justice pour sauvegarder les intérêts de leurs membres, pour autant, notamment, qu'elles aient la personnalité juridique et que la défense des intérêts de ceux-ci figure parmi leurs buts statutaires (TF 1C_139/2010 du 21 juin 2010, c. 1.2 ; ATF 130 I 26 c. 1.2.1 ; ATF 121 II 39 c. 2d/aa). Il n'y a aucune raison pour que le droit privé prohibe ce que le droit public exige. Le nouveau Code de procédure civile fédéral prévoit d'ailleurs expressément que les associations habilitées, aux termes de leurs statuts, à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé peuvent, en leur propre nom, agir pour l'atteinte à la personnalité des membres de ce groupe (cf. art. 89 al. 1 CPC).

Quant à la cession de créance aux fins d'agir en justice, la jurisprudence la tient pour licite, dans la mesure où elle ne vise pas à

contourner une règle légale impérative (ATF 87 II 203 c. 2b). Il n'est ainsi pas nécessaire, pour se prononcer sur la licéité du but statutaire de la défenderesse, de savoir si la cession de créance accomplie par B. _____ SA en sa faveur est valable ou non.

En définitive, le grief de la demanderesse portant sur la prétendue illicéité du but de la défenderesse doit être rejeté.

VI. **a)** Comme relevé précédemment (cf. *supra* V.ab), l'association n'acquiert la personnalité morale qu'à la condition de ne pas poursuivre un but économique. La notion de but économique s'oppose à celle de but idéal, dont la définition positive est difficile à donner, tant elle recouvre de situations différentes (Jeanneret/Hari, op. cit., n. 5 ad art. 60 CC). Il peut s'agir en effet d'un but de nature sportive, environnementale, professionnelle, religieuse, politique, artistique, de bienfaisance, de récréation, ou même de nature économique, comme l'a admis le Tribunal fédéral (ATF 131 III 97 s. 3.1, JT 2005 I 188 ; ATF 90 II 333 c. 7 et 8 ; Perrin/Chappuis, op. cit., p. 3 ; Jeanneret/Hari, *ibid.*). La liste donnée à l'art. 60 al. 1 CC n'est pas exhaustive.

L'exercice d'une industrie en la forme commerciale n'est pas le critère décisif qui permet de distinguer le but économique du but non économique, puisque la loi prévoit que l'association qui, pour atteindre son but, « exerce une industrie en la forme commerciale » est tenue de se faire inscrire au registre du commerce (art. 61 al. 1 ch. 1 CC). L'exercice d'une telle activité est donc le critère décisif pour l'obligation d'inscription, et non pas pour la possibilité d'exister. Une association n'est réputée avoir un but économique l'empêchant d'acquérir la personnalité morale que si, cumulativement, elle exerce une activité industrielle ou commerciale et si le bénéfice qui en est retiré est partagé entre ses membres, sous forme d'argent ou en nature (Perrin/Chappuis, op. cit., pp. 2 s ; Jeanneret/Hari, op. cit., n. 7 ad art. 60 CC ; Heini/Portmann, op. cit., n. 22 ; Heini/Scherrer, op. cit., n. 5 ss ad art. 60 CC).

b) En vertu de la maxime de disposition énoncée à l'art. 3 CPC, le juge est lié par les conclusions de parties. Il peut les réduire, mais non les augmenter, ni les changer (principe *ne ultra petita partium*). En l'espèce, la demanderesse a conclu à ce qu'il soit constaté que la défenderesse poursuit un but illicite et à ce que sa dissolution soit prononcée pour ce motif. Elle n'a pas conclu à ce qu'il soit constaté que la défenderesse n'avait jamais acquis la personnalité. Il n'est peut-être pas aisé de distinguer, conceptuellement, entre la dissolution *ex tunc* d'une personne morale et la constatation de son inexistence *ab initio*, et certains auteurs assimilent apparemment ces deux décisions (cf. Xoudis, op. cit., n. 20 ad art. 52 CC ; Jeanneret/Hari, op. cit., n. 12 ad art. 60 CC et n. 6 ad art. 78 CC). Il n'en demeure pas moins que prononcer la dissolution d'une association, même avec des effets *ex tunc*, suppose nécessairement que celle-ci existe. Comme on l'a vu, par ailleurs, les conséquences de ces deux décisions ne sont pas les mêmes. Les associations qui ne peuvent acquérir la personnalité juridique sont assimilées aux sociétés simples (art. 62 CC), ce qui signifie que les biens qui étaient censés lui appartenir sont la propriété en main commune de ses membres supposés ; alors que, conformément à l'article 57 alinéa 3 CC, la fortune des personnes morales dissoutes parce que leur but est illicite est dévolue à la corporation publique. Comme précédemment mentionné (cons. IVa), le législateur a ainsi clairement voulu soustraire les associations qui ne remplissent pas les conditions de l'article 60 CC au régime de l'article 57 alinéa 3 CC (cf. Perrin/Chappuis, op. cit., p. 221).

Il s'ensuit que l'on ne peut aucunement assimiler la constatation de l'inexistence *ab initio* d'une prétendue association qui n'aurait pas un but idéal à la dissolution *ex tunc* d'une association du fait qu'elle poursuivrait un but illicite. Cela étant, la Cour ne peut se prononcer sur la question de savoir si la défenderesse, parce qu'elle poursuivrait un but économique et non un but idéal, n'aurait jamais acquis la personnalité juridique : ce faisant, elle changerait les conclusions des parties, en violation de l'article 3 CPC.

c) Il est d'ailleurs douteux que l'exercice d'actions en justice, même de nature pécuniaire, puisse être assimilé à une industrie en la forme commerciale. Quant à l'activité de conseil déployée par la défenderesse en faveur de ses membres aux termes de ses statuts, il n'est pas allégué ni établi qu'elle aurait été exercée à titre onéreux. Mais surtout, rien n'a été établi au sujet de la répartition du bénéfice de la défenderesse, notamment dans l'éventualité où elle gagnerait son procès contre la demanderesse devant le Tribunal de première instance du canton de Genève. La demanderesse n'a rien allégué à cet égard et n'a pas non plus fait porter l'administration des preuves sur cette question. Cela étant, la Cour de céans n'aurait de toute manière pas disposé des éléments nécessaires pour retenir que l'association défenderesse poursuit un but économique.

La demanderesse soutient également que la défenderesse n'aurait pas exprimé dans ses statuts la volonté d'être organisée corporativement, arguant ainsi que l'autre condition posée par l'art. 60 al. 1 CC à l'acquisition de la personnalité par les associations ne serait pas remplie.

Comme le soulignent à juste Perrin/Chappuis (op. cit., p. 6), la « volonté d'être organisée corporativement » ne peut être que celle des fondateurs de l'association. Elle suppose que ceux-ci aient manifesté, de manière non équivoque, leur intention de créer un nouveau sujet de droit (id., p. 7). En l'espèce, les statuts de la défenderesse ne laissent aucune place au doute sur l'intention des fondateurs. En effet, l'article 1 des statuts énonce clairement : « L'association étant organisée corporativement, elle a la personnalité juridique ».

VII. La demanderesse plaide enfin que la cession de créance intervenue entre B._____ SA et la défenderesse ne serait pas valable. Ce moyen est toutefois sans pertinence dans le cadre de la présente action, qui vise à la dissolution de la défenderesse. C'est au Tribunal de première instance du canton de Genève, saisi de la demande pécuniaire introduite

par la défenderesse contre la demanderesse, qu'il reviendra de se prononcer sur ce point.

En définitive, la demande doit être rejetée.

VIII. **a)** Selon l'art. 9 al. 1 aTFJC (tarif du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile, applicable par renvoi de l'art. 99 al. 1 TFJC [tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils, RSV 270.11.5]), lorsque l'émolument n'est pas fixé d'après la valeur litigieuse, le juge en détermine le montant, dans les limites précisées par le tarif, en tenant compte des difficultés et de l'ampleur des opérations requises ainsi que de l'intérêt des parties à la cause.

En l'espère, l'action intentée par la demanderesse, qui tend à la dissolution de la défenderesse, n'a pas à proprement parler de valeur litigieuse. Cependant, il apparaît que l'intérêt de la demanderesse était de faire disparaître sa partie adverse dans le procès ouvert devant le Tribunal de première instance du canton de Genève. Ce procès porte sur un montant de 3'559'494 fr. 08, dont la défenderesse veut obtenir le paiement. Dans ces circonstances, il est justifié de tenir compte de ce montant pour déterminer l'intérêt des parties à la cause, lequel détermine à son tour le montant des frais de justice. La prise en compte du montant précité à titre de valeur litigieuse n'a d'ailleurs pas été contestée par les parties durant la procédure.

b) Selon l'art. 92 al. 1 CPC-VD, des dépens sont alloués à la partie qui obtient gain de cause. Ceux-ci comprennent principalement les frais de justice payés par la partie, les honoraires et les débours de son avocat (art. 91 let. a et c CPC-VD). Les frais de justice englobent l'émolument de justice, ainsi que les frais de mesures probatoires (art. 90 al. 1 CPC-VD ; art. 2 aTFJC). Les honoraires et les débours d'avocat sont fixés selon le tarif du 17 juin 1986 des honoraires d'avocat dus à titre de dépens (applicable par renvoi de l'art. 26 al. 2 TDC [tarif du 23 novembre 2010 des dépens en matière civile, RSV 270.11.6]). Les débours ont trait

au paiement d'une somme d'argent précise pour une opération déterminée.

A l'issue d'un litige, le juge doit rechercher lequel des plaideurs gagne le procès et lui allouer une certaine somme en remboursement de ses frais, à la charge du plaideur perdant. La partie qui a triomphé sur le principe ou sur les principales questions litigieuses a droit à la totalité des dépens (Poudret/Haldy/ Tappy, op. cit., n. 3 ad art. 92 CPC-VD).

c) En l'espèce, la défenderesse, obtenant entièrement gain de cause, a droit à de pleins dépens, à la charge de la demanderesse. Compte tenu de la valeur litigieuse et de la complexité de la cause, il convient de les arrêter à 27'307 fr. 50, savoir :

- a 25'00 fr à titre de participation aux honoraires de
) 0 . son conseil ;
- b 1'250 fr pour les débours de celui-ci ;
) .
- c) 1'057 fr 50 en remboursement de son coupon de
. justice.

**Par ces motifs,
la Cour civile,
statuant à huis clos et
par défaut de la défenderesse,
prononce :**

- I. Les conclusions prises par la demanderesse P._____ SA contre la défenderesse OA._____, selon demande du 18 octobre 2010, sont rejetées.

II. Les frais de justice sont arrêtés à 52'773 fr. 50 (cinquante-deux mille sept cent septante-trois francs et cinquante centimes) pour la demanderesse et à 1'057 fr. 50 (mille cinquante-sept francs et cinquante centimes) pour la défenderesse.

III. La demanderesse versera à la défenderesse la somme de 27'307 fr. 50 (vingt-sept mille trois cent sept francs et cinquante centimes) à titre de dépens.

IV. Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées

Le président :

P. Hack

Le greffier :

P. Marty

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué aux parties le 21 juillet 2014, lu et approuvé à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties.

Les parties peuvent faire appel auprès de la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal dans les trente jours dès la notification du présent jugement en déposant auprès de l'instance d'appel un appel écrit et motivé, en deux exemplaires. La décision qui fait l'objet de l'appel doit être jointe au dossier.

Le greffier :

P. Marty

