

COUR CIVILE

Ordonnance de mesures provisionnelles dans la cause divisant
A. _____ SA, à [...], d'avec **M.** _____, à Lausanne.

Audience du 3 décembre 2010

Présidence de M. MULLER, juge instructeur
Greffier : M. Greuter

Statuant immédiatement à huis clos, le juge instructeur
considère :

En fait :

1. La requérante A. _____ SA est une société anonyme de droit
privé dont le but est "entreprise générale de construction".

L'intimée M. _____ est propriétaire des immeubles sis au
chemin [...].

2. Le 27 juillet 2010, l'intimée, représentée par la société E._____ SA, a conclu un contrat d'entreprise avec la société N._____ SA, dont le but inscrit au registre du commerce est "toute entreprise de construction et ouvrage de maçonnerie et de travaux publics". Ce contrat a pour objet la rénovation des immeubles précités pour un montant de 1'668'635 fr. 40 (montant de l'adjudication net TTC). Il prévoit notamment la clause suivante:

"7. CONDITIONS DE PAIEMENT

[...]

7.2. A la signature du contrat, l'entreprise produira une garantie de bonne fin de travaux d'un montant égal à 10% du montant du contrat, sous forme de garantie bancaire."

3. Le 23 septembre 2010, la requérante a donné mandat à H._____ d'émettre une garantie bancaire, d'un montant de 166'865 fr., pour le compte de la société N._____ SA en faveur de l'intimée.

Le mandat précise que la garantie bancaire est irrévocable et indépendante et que "[l]a banque effectuera son paiement à première réquisition sans faire valoir d'exception ou d'objection résultant du rapport juridique de base, dès que le bénéficiaire lui aura signifié par écrit ne pas avoir reçu les prestations couvertes par la garantie bancaire, soit la bonne fin des travaux de CFC 211.5 et 211.6 - béton armé et maçonnerie, dans le cadre de la transformation des immeubles sis au chemin [...] à [...] Lausanne, selon contrat d'entreprise no 02".

4. Le 27 septembre 2010, H._____ a émis une garantie bancaire libellée en ces termes:

" **GARANTIE BANCAIRE N° [...].1**

Pour compte de **N._____ SA**
[...]

H._____ accorde une garantie bancaire indépendante et irrévocable à

M._____
Représentée par T._____
[...]

(ci-après le bénéficiaire)

concernant la bonne fin des travaux de CFC 211.5 et 211.6 - Béton armé et maçonnerie, dans le cadre de la transformation des immeubles au chemin [...], [...] Lausanne, selon contrat d'entreprise n° 02.

H._____ prend l'engagement ferme de payer au bénéficiaire tout montant jusqu'à concurrence de

CHF*166 865.00*

(cent soixante six mille huit cent soixante cinq francs suisses)

H._____ effectuera son paiement à première réquisition sans faire valoir d'exception ou d'objection résultant du rapport juridique de base, dès que le bénéficiaire lui aura signifié par écrit que N._____ SA n'a pas rempli ses obligations contractuelles.

[...]

Cette garantie est valable jusqu'au 31 octobre 2012 et s'éteindra automatiquement et entièrement si la demande de paiement écrite du bénéficiaire [...] n'est pas en possession de H._____ d'ici cette date au plus tard, indépendamment du fait qu'il s'agisse d'un jour ouvrable ou non.

[...]"

Entendues lors de l'audience de ce jour, les parties n'ont pas contesté la validité de cette garantie et ont admis qu'elle avait été constituée en exécution du contrat d'entreprise du 27 juillet 2010 conclu entre l'intimée et la société N._____ SA.

5. a) Dans un courrier du 21 octobre 2010, la requérante a écrit ce qui suit à l'architecte P._____, de la société E._____ SA:

"[...]

Transformation Immeubles - Chemin [...] - [...] Lausanne

Cher Monsieur,

Suite à notre entrevue du mardi 19 octobre 2010 dans vos bureaux, dans le cadre du dépôt de bilan de l'entreprise N._____ SA, nous vous confirmons notre intérêt à la reprise du chantier en cours susmentionné aux conditions discutées, soit la reprise du contrat n° 02 avec un rabais de 3% au lieu de 7% et un escompte de 2%.

Nous vous transmettrons, au début de semaine prochaine, les situations métrées arrêtées au 22 octobre 2010. Les travaux seront stoppés la semaine du 25 au 29 octobre 2010. En cas d'accord de votre part, nous nous tenons à votre disposition pour reprendre les travaux dès le 1^{er} novembre 2010.

De plus, nous vous confirmons qu'A._____ SA, sous son entière responsabilité, a chargé H._____ d'émettre une garantie bancaire

d'un montant de CHF 166'865.- pour le compte de N._____ SA. Vous trouverez, en annexe à la présente, une copie de ce document.

Par ailleurs, nous sommes désolés des désagréments causés par la faillite de notre confrère et vous assurons que nous mettrons tout en oeuvre, si vous reteniez la solution que nous vous proposons, pour conduire et terminer votre ouvrage à votre entière satisfaction.

[...]

Copie: D._____
R._____
X._____ "

Entendu en qualité de témoin lors de la présente audience, J._____, directeur de la requérante, a déclaré que lors de l'entrevue du 19 octobre 2010, il avait fait, au nom de la requérante, une offre orale de reprise du chantier de la société N._____ SA à P._____. Ce dernier lui a demandé de confirmer son offre par écrit, ce qui a été fait par le courrier du 21 octobre 2010. A la suite de la réception de ce dernier, P._____ a indiqué, le 22 octobre 2010, à la requérante de faire son offre écrite directement auprès de T._____. Le témoin a précisé avoir envoyé une copie du courrier précité à T._____ - dont le responsable est D._____ - en même temps que l'original à P._____. Entendue lors de l'audience de ce jour, l'intimée a affirmé que T._____ avait reçu ce courrier le 28 octobre 2010.

b) Le 22 octobre 2010, le consortium I._____ SA - W._____ SA a écrit ce qui suit à D._____ : "[...]"

Immeubles locatifs chemin [...] - [...] Lausanne

Monsieur,

Suite à l'entretien téléphonique avec votre mandataire du jeudi 21 octobre 2010 pour l'ouvrage précité, nous avons l'avantage de vous communiquer notre position sur la reprise du chantier, qui fait suite à la défaillance de l'entreprise adjudicatrice.

1. Au vu d'une intervention "rapide" soit, dès le 1^{er} novembre 2010, nous avons décidé de nous associer avec l'entreprise W._____ SA.

Par ce biais, nous serons en mesure de mettre le personnel qualifié et l'inventaire nécessaires dans un bref délai, et vous assurer une parfaite compétence professionnelle.

2. Le marché se fera selon les particularités du dossier de soumission, rendu en date du 2 septembre 2009 par l'entreprise I._____ SA.
3. Un état des lieux à la date de reprise devra être effectué contradictoirement, et accepté par toutes les parties.

Etant donné la promptitude des événements, nous vous prions de nous contacter dans les meilleurs délais pour finaliser toutes les modalités.

[...]"

6. Le 25 octobre 2010, T._____ a écrit ce qui suit à la société N._____ SA:

"Concerne: Rénovation immeubles sis ch. [...]"

Messieurs,

Dans le cadre du chantier cité sous rubrique, nous nous référons à notre séance du 19 octobre 2010 à 16h00 en présence de J._____, directeur de la société A._____ SA, P._____, architecte, R._____, ingénieur civil, ainsi que le soussigné de droite [réd.: D._____], en qualité de représentant du maître de l'ouvrage M._____.

Lors de cette entrevue, nous avons pris connaissance de la situation économique précaire de la société N._____ SA et le fait que cette dernière allait prochainement déposer son bilan.

Cette situation va engendrer pour le maître de l'ouvrage d'importants dommages dus au non-respect des engagements pris selon contrat d'entreprise signé entre parties le 25 juillet 2010, contrat ici censé retranscrit dans son entier.

La future faillite de la société N._____ SA va entraîner la rupture des relations contractuelles.

Fondé sur ce qui précède, le maître de l'ouvrage M._____ va subir des dommages et inconvénients liés à cette situation, à savoir:

[...]

Pour le surplus, M._____ émet les plus expresses réserves quant à la qualité des travaux effectués jusqu'à ce jour.

A cet effet, le maître de l'ouvrage rappelle que diverses malfaçons ont d'ores et déjà été constatées par l'architecte, notamment au niveau des travaux de démontage des rails des volets coulissants contre les façades.

Fondée sur ce qui précède, M._____ invoque d'ores et déjà la compensation par rapport aux factures actuelles et futures en relation aux prestations exécutées par votre société et ce à concurrence de son dommage dont le montant doit encore être déterminé.

Elle ne procédera dès lors pas au règlement d'un quelconque montant, ce jusqu'à droit connu sur l'ensemble de son dommage, ce dont je vous remercie de prendre acte.

Pour le surplus, nous intervenons, selon courrier annexé, auprès de H._____.

[...]"

Le même jour, X._____, agent d'affaires mandaté par la société N._____ SA, a adressé un courrier aux clients et fournisseurs de celle-ci, libellé en ces termes:

"[...]

Je vous informe que je suis consulté par N._____ SA, entreprise de construction et ouvrage de maçonnerie et de travaux publics, dont le siège est situé [...].

Ma cliente, comme vous le savez peut-être, est aujourd'hui confrontée à une situation financière qu'elle se trouve dans l'impossibilité de surmonter, au point de se résoudre à cesser toute activité d'ici à fin courant.

Il ressort des éléments en ma possession que la voie de l'ajournement de la déclaration de faillite serait vouée à l'échec, au même titre qu'une requête de sursis concordataire auprès de l'autorité judiciaire compétente.

L'avis obligatoire au Juge de la faillite s'impose en raison de l'état de surendettement, respectivement le manque cruel de trésorerie, qui rend illusoire la continuation du travail.

C'est pourquoi ma mandante m'a donné pour instructions d'adresser une requête au Président du Tribunal d'arrondissement [...], en vue de faire prononcer la faillite sans poursuite préalable de N._____ SA, conformément aux dispositions légales en la matière.

Je tenais à vous informer de cette issue, au nom de la Direction, aussi regrettable qu'inéluctable.

"[...]"

7. Le 27 octobre 2010, la société N._____ SA a déposé une requête en dépôt de bilan, dont il ressort notamment qu'elle "n'a pas d'autres choix que de cesser toute activité d'ici à fin courant au plus tard".

Le même jour, D._____ a envoyé un courriel à la société I._____ SA, dont la teneur est la suivante:

"[...]

Pour faire suite à votre courrier du 22 octobre dernier relatif aux travaux cités en titre et conformément à notre entretien téléphonique de ce jour, j'ai le plaisir de vous confirmer que le consortium d'entreprises I._____ SA - W._____ SA a été retenu pour reprendre les travaux de maçonnerie et BA.

S'agissant de l'aspect contractuel et pour toutes les autres questions inhérentes à l'organisation des travaux futurs et à l'état des lieux des travaux réalisés, vous recevrez toutes les instructions de P._____, architecte en charge des travaux.

"[...]"

8. Le 29 octobre 2010, le conseil de la requérante a adressé le courrier suivant à l'architecte P. _____ :

"[...]

Je porte à votre connaissance être le conseil d'A. _____ SA, laquelle a délivré, en date du 23 septembre 2010, une garantie bancaire d'un montant de fr. 166'865.--, pour le compte de N. _____ SA.

Ma mandante vous a adressé un courrier daté du 21 octobre 2010, mais il m'est nécessaire de préciser les points suivants.

1.- Par contrat daté du 27 juillet 2010, le maître de l'ouvrage, M. _____ a adjudgé les travaux de béton armé et de maçonnerie à N. _____ SA, pour un montant total de fr. 1'668'635,40.

2.- Sollicitée à ce titre, A. _____ SA a délivré, en date du 23 septembre 2010, une garantie bancaire de bonne exécution, d'un montant de fr. 166'865.--.

3.- Vous avez été informé du dépôt de bilan de N. _____ SA.

Afin d'éviter la fin du chantier précité, ma mandante vous a, en date du 21 octobre 2010, proposé de reprendre le chantier aux conditions discutées, sous réserve d'un rabais de 3% au lieu de 7% et d'un escompte de 2%.

4.- Ma mandante a proposé à cet égard de reprendre les travaux dès le 1^{er} novembre 2010.

Pour un motif qui n'a pas trait directement au contrat ou à son exécution mais sur lequel on se réserve de revenir, vous avez indiqué verbalement à ma mandante que vous alliez contracter avec un tiers, à d'autres conditions, moins intéressantes pour le maître d'ouvrage que celles négociées avec N. _____ SA ou proposées par A. _____ SA.

5.- N. _____ SA accepte la reprise du chantier par A. _____ SA.

Au vu de ce qui précède, je vous informe que ma mandante précise sa correspondance du 21 octobre 2010, en ce sens qu'elle reprend le chantier aux mêmes conditions que celles résultant du contrat d'entreprise passé entre M. _____ et N. _____ SA, en date du 27 juillet 2010. Il n'y aura dès lors aucun dommage pour le propriétaire du fait de la faillite de N. _____ SA.

Dès lors, je mets votre mandante en demeure de me confirmer, d'ici au 2 novembre 2010, que le maître d'ouvrage accepte la substitution de l'entrepreneur telle que proposée.

A ce défaut, la garantie délivrée par ma mandante deviendra totalement caduque.

"[...]"

Le 2 novembre 2010, l'intimée a accusé réception de la copie du précédent courrier et a demandé une prolongation au 10 novembre 2010 du délai imparti.

Le même jour, T. _____ a informé le consortium I. _____ SA - W. _____ SA de l'éventuelle rétraction de son engagement d'adjudication. Le consortium lui a répondu qu'il s'y opposait.

9. Lors de l'audience de ce jour, l'intimée a déclaré avoir fait un premier appel à la garantie le 3 novembre 2010, mais que H. _____ avait refusé d'y donner suite, considérant cet appel comme étant non-conforme aux modalités prévues par la garantie.

Le 5 novembre 2010, T. _____ a procédé à un second appel à la garantie par un courrier recommandé adressé à M. _____, dont on retient ce qui suit:

"Concerne: Garantie bancaire no [...].1 - M. _____ c/ N. _____ SA

Madame, Monsieur,

Nous nous référons à notre courrier recommandé du 25 octobre dernier et, en application des termes de la garantie citée en titre, nous sollicitons, en qualité de représentant de M. _____, le versement du montant de ladite garantie de CHF 166'865.- sur le compte de gestion que nous avons dans votre établissement, à savoir:

compte de gestion no [...].9

En effet, en vertu des points 1 et 2 qui suivent, nous attestons que la société N. _____ SA n'a pas rempli ses obligations contractuelles relatives aux travaux de CFC 211.5 et 211.6 - Béton armé et maçonnerie, dans le cadre de la transformation des immeubles au chemin [...], [...] Lausanne, selon contrat d'entreprise no 02 signé entre cette société et M. _____ le 27 juillet 2010.

1. Les travaux sont stoppés depuis le 21 octobre 2010 et par conséquent l'ensemble des dommages subis par le maître de l'ouvrage, dont il est fait mention dans notre correspondance adressée à N. _____ SA le 25 octobre 2010 et qui vous a été adressée en copie le même jour, sont avérés.

2. Un courrier adressé par X. _____, agent d'affaires, en date du 25 octobre 2010, dont une copie est jointe à la présente, annonce la faillite de la société N. _____ SA.

[...]"

10. **a)** Le 9 novembre 2010, T._____ a informé le conseil de la requérante qu'elle avait décidé d'adjuger la continuation du chantier à une autre personne que la requérante. Lors de la présente audience, l'intimée a expliqué que la société I._____ SA connaissait le chantier, ayant fait une offre lors de la procédure de soumission initiale, alors que tel n'était pas le cas de la requérante. D._____ a déclaré qu'il ignorait alors que J._____ avait été directeur ad intérim de la société N._____ SA.

b) Par requête de mesures d'extrême urgence et provisionnelles du 9 novembre 2010, la requérante a pris, avec suite de frais et dépens, les conclusions suivantes:

I.-

Interdiction est faite, sous la menace des peines d'amende prévue à l'article 292 du Code pénal suisse en cas d'insoumission à une injonction de l'autorité, à H._____ de donner suite à la requête émanant de M._____, représentée par T._____, datée du 5 novembre 2010 et tendant au versement de la garantie référencée no [...].1 ou de donner suite à toute requête similaire.

II.-

Le blocage de cette garantie est ordonné jusqu'à droit connu sur la procédure provisionnelle ou la procédure au fond."

Par ordonnance de mesures préprovisionnelles du même jour, le juge instructeur a admis la conclusion I de cette requête et rejeté toutes autres ou plus amples conclusions, déclarant l'ordonnance immédiatement exécutoire et en vigueur jusqu'à droit connu sur le sort des mesures provisionnelles.

11. Le 10 novembre 2010, H._____ a écrit ce qui suit à l'intimée:

"[...]

Nous accusons réception de votre demande de paiement datée du 5 novembre 2010, reçue le 8.11.2010 à nos bureaux, effectuée sous notre engagement cité en rubrique, pour le montant intégral de notre engagement, soit CHF 166 865.00.

Dans ce cadre, nous vous informons que le juge instructeur de la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud nous a notifié, au moyen d'une ordonnance de mesures préprovisionnelles reçue hier 9 novembre 2010, l'interdiction de tout paiement lié à notre garantie bancaire n° [...].1 susmentionnée. Compte tenu de cette interdiction, nous ne sommes donc pas en mesure d'honorer notre engagement. Vous trouverez ci-joint copie de ce document.

En revanche, nous vous informons des points suivants:

1. votre demande de paiement du 05.11.2010 est pleinement conforme aux termes de notre engagement cité en rubrique;
2. notre engagement reste en vigueur jusqu'à ce que cette interdiction soit définitivement levée.

[...]"

12. Par décision du 11 novembre 2010, le Tribunal de l'arrondissement [...] a déclaré la faillite de la société N. _____ SA avec effet au 11 novembre 2010, à 10h15.

Par courrier du même jour, P. _____ a écrit ce qui suit à la société N. _____ SA:

"[...]

Par la présente, je souhaite apporter un certain nombre d'informations suite au dépôt de bilan de votre entreprise.

J. _____ nous informe le 19 octobre 2010 que l'entreprise N. _____ SA va déposer le bilan et que les ouvriers en seront informés le 21 octobre 2010 à 07.00 h. J. _____ transmettra au MO une proposition pour la reprise des travaux.

Le 21 octobre 2010 présence sur le chantier du contremaître et de 2 ouvriers, tous les intérimaires sont absents (7 personnes sur 10). Toutes les machines sont évacuées du chantier, les travaux sont entièrement stoppés depuis le 20 octobre 2010 au soir.

Le 22 octobre 2010, le contremaître balaie le chantier.

Le 25 octobre 2010, une série de métrés ont été faits avec Z. _____, votre technicien.

Le 27 octobre 2010, Z. _____ nous remet pour vérification les métrés de la situation N°01 et N°02 pour la Maçonnerie et la situation N°01 pour Béton Armé.

Le 29 octobre 2010, nous avons rencontré Z. _____ qui nous donne les informations suivantes: il reste sur place la clôture de chantier [...] (façade Nord, façade Ouest et façade Sud), la cabane du contremaître, la cabane des ouvriers, la cabane des outillages, le silo Maxit, évacué le 01 novembre 2010, quelques panneaux de coffrage, quelques étais pour les dalles des vérandas et au sous-sol de la col. 42, une cabine WC chimique louée à [...], des aciers pour

les nouvelles dalles des vérandas. D'après Z._____, tout le matériel et tout votre outillage ont été rapatriés dans votre dépôt.

Nous avons remis à Z._____ pour contrôle et vérification la facture N° [...]2 du 27 octobre 2010 de G._____ SA, sous-traitant des aciers, pour un montant TTC selon G._____ SA de 4'287.15fr. (selon addition: 4'187.15 fr.).

Le 01 novembre 2010, Z._____ nous informe qu'il ne participera pas à la séance de vérification des métrés fixée au 02 novembre 2010. Il nous donne un N° de fax pour envoi des modifications à faire.

De ce qui précède, et au nom du MO, nous portons à votre connaissance que cet arrêt brutal des travaux implique toute une série d'importants dommages non imputables au MO et qui vous seront facturés.

[...]"

13. Lors de l'audience de ce jour, l'intimée a conclu, avec dépens, au rejet de la requête de mesures provisionnelles.

En droit :

I. Les conclusions provisionnelles de la requérante tendent en substance à interdire à H._____ d'effectuer le versement du montant prévu dans la garantie bancaire émise en faveur de l'intimée sur ordre de la requérante.

En l'espèce, l'art. 7.2 du contrat conclu le 27 juillet 2010 entre la société N._____ SA et l'intimée ne peut être interprété dans le sens que la garantie bancaire litigieuse remplacerait ou correspondrait à la retenue prévue à l'art. 150 de la norme SIA 118 (Conditions générales pour l'exécution des travaux de construction, Société suisse des ingénieurs et des architectes, norme 118, édition 1977/1991). Au contraire, cette garantie apparaît comme étant une garantie supplémentaire - à l'instar de celle prévue à l'art. 149 al. 3 de la norme SIA 118 -, qui résulte de la seule volonté des parties, savoir la société

N._____ SA et l'intimée, et n'est dès lors pas réglée par la norme SIA précitée. Il convient ainsi de se référer au régime applicable aux garanties bancaires.

II. Comme son nom l'indique, la garantie bancaire est un moyen de garantie et se distingue ainsi de l'assignation, qui est un moyen de paiement (TF 4C.23/1998 du 5 août 1998; ATF 122 III 321 c. 4a, JdT 1997 I 256; Lombardini, Droit bancaire, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 578, n. infrapaginale 4; de Gottrau, Garantie bancaire I, in FJS 1348, p. 4 et pp. 24 ss). La garantie bancaire est un contrat sui generis qui lie la banque (le garant) au bénéficiaire (rapport de garantie) et qui s'insère dans un rapport juridique préexistant entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire (rapport de valeur). Elle consiste en un "engagement irrévocable pris par une banque ou un autre institut analogue de fournir au bénéficiaire une protection en espèces au cas où un tiers ne respecterait pas les obligations qu'il a envers lui" (de Gottrau, op. cit., p. 4 et les références citées). Le garant est tenu de payer le montant de la garantie dès lors que les conditions de celle-ci sont remplies et que le bénéficiaire lui en fait la demande (appel à la garantie).

En principe, la garantie bancaire implique trois rapports juridiques formant une relation triangulaire (de Gottrau, op. cit., p. 4):

- le rapport de valeur: entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire;
- le rapport de couverture: entre le donneur d'ordre le garant (contrat de mandat) et
- le rapport de garantie: entre le garant et le bénéficiaire (contrat sui generis).

Ces rapports juridiques sont indépendants et distincts (TF 4C.25/2003 du 19 mai 2003 c. 2.1; Lombardini, op. cit., p. 593, n. 68; de Gottrau, op. cit., pp. 21 ss; de Gottrau, Garantie bancaire II, in FJS 1349 [cité: de Gottrau, II], p. 8). Le droit du bénéficiaire de requérir du garant le versement de la garantie (rapport de garantie) ne dépend ainsi pas de l'existence de droits qu'il aurait à l'encontre du donneur d'ordre (rapport

de valeur). La banque est tenue de payer le bénéficiaire (rapport de garantie), même si elle n'est pas couverte par le donneur d'ordre ou que celui-ci est en faillite (rapport de couverture; cf. Lombardini, op. cit., p. 593, n. 68) ou que la dette sous-jacente n'est pas née, est éteinte, n'est pas exécutable ou nulle (rapport de valeur; cf. ATF 113 II 434 c. 2a, JT 1988 I 185; Lombardini, op. cit., p. 593, n. 66 et les références citées).

III. a) Cela étant dit, il convient tout d'abord d'examiner si la requérante dispose de la légitimation active et l'intimée de la légitimation passive, les légitimations active et passive étant une condition de fond du droit exercé (ATF 126 III 59 c. 1a, JT 2001 I 144; ATF 114 II 345 c. 3a, rés. in JT 1989 I 32; Hohl, Procédure civile, tome I, Berne 2001, p. 97, n. 435), dont le juge doit vérifier d'office l'existence (ATF 108 II 216 c. 1, rés. in JT 1983 I 360, et les références citées; Cour de justice de Genève, 24 juin 1994, paru in SJ 1995 p. 212 c. 2; Hohl, op. cit., p. 99, n. 446; Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^e éd., Lausanne 2002, n. 1 ad art. 62 CPC n. 1), dont le défaut entraîne le rejet de l'action (ATF 126 III 59 c. 1a, JT 2001 I 144; ATF 114 II 345 c. 3a, rés. in JT 1989 I 32, SJ 1989 p. 97; Hohl, op. cit., p. 100, n. 447).

En principe, a la légitimation active celui qui peut faire valoir une prétention en tant que titulaire du droit, en son propre nom (Hohl, op. cit., p. 97, n. 433). Etre légitimé activement signifie donc pour le demandeur avoir le droit de faire valoir en justice la prétention qu'il réclame (ATF 125 III 82 c. 1a; ATF 114 II 345 c. 3a, rés. in JT 1989 I 32, SJ 1989 p. 97; Hohl, loc. cit.). Quant à la légitimation passive, elle appartient à celui qui est l'obligé du droit invoqué (Hohl, op. cit., n. 434). Cela signifie, pour le défendeur, l'obligation de devoir répondre en justice à l'action du demandeur (ATF 125 III 82 c. 1a; Hohl, loc. cit.).

Pour pouvoir se prononcer au sujet des légitimations active et passive, il convient de déterminer le fondement juridique des prétentions de la requérante. A cette fin, il s'avère nécessaire de s'intéresser aux rapports juridiques en cause.

b) En l'espèce, la société N. _____ SA, qui n'est pas partie à la procédure, a conclu un contrat d'entreprise avec l'intimée. Selon l'art. 7.2 de ce contrat, la société N. _____ SA a dû remettre une garantie bancaire à l'intimée. Cette garantie a été émise par H. _____, qui n'est non plus partie à la procédure, sur ordre de la requérante.

La présente cause est particulière en ce sens que l'on se trouve dans une relation quadrangulaire. Le garant est H. _____ et le bénéficiaire est l'intimée. Le donneur d'ordre est ici la requérante, qui n'est partie qu'au rapport de couverture. En ce qui concerne le rapport de valeur, sont uniquement en relation le bénéficiaire, savoir l'intimée, et la société N. _____ SA. Par conséquent, la requérante et l'intimée ne sont pas directement en rapport dans le cadre de cette garantie bancaire. La requérante n'est en relation qu'avec H. _____ (rapport de couverture) et la société N. _____ SA. Dans le cadre de cette relation quadrangulaire, elle ne peut donc pas émettre des prétentions directement contre l'intimée. En outre, la requérante n'a pas allégué, encore moins rendu vraisemblable, disposer d'un quelconque fondement contractuel (contrat qu'elle aurait conclu avec l'intimée) ou extracontractuel (quelconque responsabilité de l'intimée à son égard, etc.) justifiant ses prétentions. Dans ces circonstances, on ne voit pas quel droit la requérante pourrait valablement exercer et, partant, quelle obligation est censée incomber à l'intimée. On ne peut ainsi tenir la légitimation active de la requérante et la légitimation passive de l'intimée comme étant vraisemblables. Pour ce premier motif, il convient de rejeter les conclusions provisionnelles de la requérante.

De surcroît, il apparaît douteux que la requérante soit fondée à obtenir des mesures provisionnelles contre H. _____ sans que celle-ci ne soit partie à la procédure. Certes, sur le principe, des mesures provisionnelles peuvent consister en des ordres donnés à des tiers, soit à des personnes qui ne sont pas partie à la procédure. Dans le cas présent toutefois, la défense de payer requise revient à exiger de la banque qu'elle n'exécute pas la prestation contractuelle à laquelle elle est tenue envers l'intimée. On doit dès lors considérer qu'une telle ingérence dans

l'exécution d'un contrat nécessite le respect des principes généraux de la procédure que sont le droit d'être entendue et l'effet *inter partes* des décisions judiciaires (Hohl, op. cit., pp. 247 s., nn. 1315 s. et les références). Autrement dit, bien que la question soit controversée (cf. de Gottrau, op. cit., pp. 26 s.; Logoz, La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire, thèse Lausanne 1991, pp. 227 ss), il n'apparaît pas conforme aux principes généraux susénoncés de considérer que, dans un cas de figure comme celui de la présente espèce, la banque pourrait être simplement assimilée à un tiers.

IV. a) En raison de l'indépendance des rapports juridiques impliqués lors d'une garantie bancaire (cf. supra ch. II), un éventuel litige entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire n'empêche pas celui-ci de demander le paiement de la garantie bancaire (TF 4A_171/2007 du 15 août 2007 c. 4.1; TF 4C.25/2003 du 19 mai 2003 c. 2.1; ATF 122 III 275 c. 3a/aa). Cette dernière doit permettre d'assurer un paiement immédiat au bénéficiaire indépendamment des éventuelles divergences l'opposant au donneur d'ordre (TF 4C.204/2003 du 5 mai 2004). En outre, le paiement de la garantie bancaire ne met pas nécessairement fin au rapport entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire. Le donneur d'ordre reste toujours libre d'agir en justice contre le bénéficiaire s'il estime que ce dernier n'a pas le droit de conserver le montant reçu au titre de garantie bancaire (Lombardini, op. cit., p. 579, n. 8).

S'agissant de l'appel à la garantie, elle doit émaner du bénéficiaire, dans le délai de validité de la garantie, dans la forme requise et conformément aux autres conditions prévues dans la garantie (cf. ATF 122 III 321 c. 4a, JdT 1997 I 256; Lombardini, op. cit., p. 598, n. 88 et les références citées). Les conditions de mise en oeuvre doivent en principe être simples. On distingue deux types de garantie bancaire suivant le mode de mise en oeuvre: la garantie à première demande et la garantie documentaire. La garantie à première demande (ou garantie automatique), la plus rencontrée en pratique, impose à la banque de payer à première réquisition du bénéficiaire, sans exiger de ce dernier

qu'il prouve le bien-fondé de son appel à la garantie, ni même qu'il ne motive d'aucune façon son appel. La simple déclaration du bénéficiaire suffit pour que le garant ait à payer l'entier du montant de la garantie, sous réserve d'un appel abusif (de Gottrau, op. cit., p. 15; Lombardini, op. cit., p. 588, n. 45, p. 589, n. 48, et p. 600, n.96). Dans ce cas, la banque doit se limiter à examiner les conditions purement formelles de l'appel. Elle n'a pas à s'interroger sur l'exécution du rapport de valeur ou à savoir si l'appel est justifié (Lombardini, op. cit., p. 599, n. 90). S'agissant de la garantie documentaire, peu rencontrée en pratique, elle se distingue de la garantie à première réquisition en ce sens que le versement du montant de la garantie est subordonné à la présentation par le bénéficiaire d'un ou de plusieurs documents spécifiés dans le contrat de garantie (de Gottrau, op. cit., p. 17).

Néanmoins, lorsque l'appel est abusif, le bénéficiaire ne peut pas obtenir le versement de la garantie bancaire (TF 4C.25/2003 du 19 mai 2003 c. 2.1; ATF 122 III 321 c. 4a, JdT 1997 I 256); ce qui est notamment le cas lorsque la garantie émise pour couvrir un certain risque est utilisée pour satisfaire un autre risque (ATF 122 III 321 c. 4a, JdT 1997 I 256, et les références; Logozi, op. cit., p. 113 et p. 153). L'existence d'une fraude ou d'un abus de droit doit être appréciée de façon rigoureuse; l'abus de droit doit être manifeste (TF 4A_171/2007 du 15 août 2007 c. 4.1; TF 4P.5/2002 du 8 avril 2002 c. 5, rés. in SJ 2003 I 95; de Gottrau, II, pp. 11 s.). Le paiement ne peut être empêché que dans les cas les plus flagrants (TF 4A_171/2007 du 15 août 2007 c. 4.1; Lombardini, op. cit., p. 605, n. 113).

b) Des mesures provisionnelles peuvent, conformément à l'art. 101 al. 1 ch. 1 let. c CPC-VD (Code de procédure civile vaudois du 14 décembre 1966; RSV 270.11), être ordonnées en tout état de cause, même avant l'ouverture d'action, en cas d'urgence, pour écarter la menace d'un dommage difficile à réparer.

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* (TF 4P.222/2006 du 21 décembre 2006 c. 2; ATF 108 II 69 c. 2a et les références citées, JT 1982 I 528; Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 1 ad art. 101 CPC et les références citées; Pelet, Réglementation fédérale des mesures provisionnelles et procédure civile cantonale contentieuse, thèse Lausanne 1986, nn. 57 ss et 61).

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 (RSPI 1994 p. 200; SJ 1989 p. 642; JT 1988 III 109 c. 3a et les références citées; ATF 108 II 69 c. 2a, rés. in JT 1982 I 528; Pelet, op. cit., nn. 57 et 60). Rendre vraisemblables les faits allégués ne signifie pas convaincre le juge de leur exactitude mais lui donner l'impression, par des indices objectifs, que les faits en cause ont une certaine probabilité, sans qu'une réalité différente soit totalement exclue (ATF 104 Ia 408 c. 4; ATF 99 II 344 c. 2b, rés. in JT 1974 I 540; ATF 88 I 11 c. 5a, JT 1962 I 590; Pelet, op. cit., n. 57). Le juge doit à tout le moins attribuer une probabilité plus grande à la survenance des faits qu'à leur contraire. Il ne suffit cependant pas que les prétentions du requérant apparaissent comme simplement défendables. De simples allégations ne suffisent pas à fonder la vraisemblance (RSPI 1990 p. 174 c. 2a; Schlosser, Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, in Sic! 2005 p. 339, p. 342 et les références citées).

Les mesures provisionnelles étant 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 du fond), le juge des mesures provisionnelles doit, outre la vraisemblance des faits, examiner provisoirement le fondement de la prétention au fond; se limitant à un examen sommaire ne préjugant pas le fond du litige, il doit accorder la protection requise si, sur la base d'un examen sommaire des questions de droit, la prétention invoquée au fond ne se révèle pas dénuée de chances de succès (RSPI 1994 p. 200; SJ 1989

p. 642; JT 1988 III 109; ATF 108 II 69 c. 2a, rés. in JT 1982 I 528, et les références; Pelet, op. cit., nn. 61 ss).

Le degré de vraisemblance requis, de même que le caractère plus ou moins sommaire de l'examen du fondement juridique de la prétention, ressortissent à l'appréciation du juge, qui doit adapter ses exigences à l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Il tiendra compte notamment de la nature des faits constatés, de l'urgence de la situation et de l'importance du préjudice que la protection envisagée ou son défaut risquerait d'occasionner à l'une ou l'autre des parties (Pelet, op. cit., nn. 58, 66 et 77).

c) En l'espèce, comme relevé auparavant, la requérante n'a pas rendu vraisemblable l'existence d'une prétention à faire valoir au fond contre l'intimée. D'ailleurs, interpellée à ce sujet lors de l'audience, elle n'a pas pu indiquer quel fondement elle entendait invoquer au fond. En l'état, les prétentions de la requérante apparaissent dépourvues d'assise, partant dénuées de chance de succès, ce qui commande le rejet de la requête de mesures provisionnelles.

d) Les arguments soulevés par la requérante sont en substance les suivants: l'intimée n'ayant pas accepté la substitution de parties au contrat conclu avec la société N. _____ SA, elle ne saurait obtenir le versement de la garantie; celle-ci n'est pas exigible faute de "bonne fin" des travaux; enfin, l'appel à la garantie procède d'un abus de droit.

On ne voit toutefois pas en quoi le refus de substitution de parties au contrat d'entreprise (rapport de valeur) aurait une influence sur le rapport de garantie, ces deux rapports juridiques étant distincts et indépendants; le sort de l'un ne modifie en rien le contenu de l'autre. Sous réserve d'un appel abusif, point sur lequel on reviendra, le versement de la garantie dépend uniquement du rapport de garantie, soit de la relation entre le garant, en l'occurrence H. _____, et le bénéficiaire, savoir

l'intimée. Celle-ci étant valide, ce que ne contestent pas les parties, l'intimée apparaît fondée à appeler la garantie.

En ce qui concerne l'absence de "bonne fin" des travaux, la requérante, se référant à différents auteurs, soutient que l'exécution d'une garantie pour bonne fin des travaux est subordonnée à la livraison de l'ouvrage; or, une telle livraison n'a jamais eu lieu s'agissant des travaux exécutés par la société N. _____ SA, de sorte que l'appel à la garantie serait, selon la requérante, abusif. Toutefois, les auteurs cités par la requérante ne donnent pas une lecture aussi stricte de la notion de garantie de "bonne fin". A leur sens, cette garantie couvre le risque de défaut de la chose en permettant au bénéficiaire d'en exiger la réparation dans un certain délai aux frais du donneur d'ordre (cf. Logoz, op. cit., p. 34) ou est destinée à assurer le bénéficiaire contre le risque de défaut de la chose (cf. de Gottrau, op. cit., p. 12). Il n'est nulle part fait mention de "livraison". Selon ces deux définitions, la garantie de bonne fin vise uniquement à protéger le bénéficiaire contre le risque de défaut de la chose, indépendamment de la livraison de celle-ci. Par conséquent, à ce stade, rien n'empêche de retenir, conformément à l'art. 18 CO, une autre interprétation que celle qu'en fait la requérante et qui n'apparaît pas devoir s'imposer. Au contraire, il convient de retenir, compte tenu de son texte clair, que la garantie litigieuse vise à protéger le bénéficiaire contre le risque de défaut de la chose, soit contre le risque que les travaux confiés à l'entrepreneur n'aient pas été "bien terminés", ce indépendamment de la livraison de l'ouvrage.

Au demeurant, si la garantie ne devait être appelée qu'à la suite de la livraison de l'ouvrage, une mention en ce sens aurait aisément pu être intégrée (clause d'effectivité; cf. de Gottrau, op. cit., p. 15). Les parties auraient même pu convenir que le versement de la garantie ne pourrait intervenir que sur présentation du procès-verbal de vérification (cf. art. 158 al. 3 de la norme SIA 118), à l'instar de ce qui se fait en matière de garantie documentaire. Or, tel n'est pas le cas. Il convient ainsi de retenir que la garantie bancaire litigieuse est une garantie à première demande "simple", c'est-à-dire dépourvue de clause d'effectivité. Ce qui

ressort explicitement du texte de la garantie qui stipule que "H._____ effectuera son paiement [...], dès que le bénéficiaire lui aura signifié par écrit que N._____ SA n'a pas rempli ses obligations contractuelles". Ainsi, seule compte la signification écrite et H._____ doit se limiter à un examen purement formel des conditions de la garantie. La condition ne doit pas ici être confondue avec le risque assuré. L'inexécution des obligations de la société N._____ SA n'est pas une condition à laquelle est soumise la garantie bancaire; elle n'est que le risque assuré par cette garantie. La seule condition est la réquisition écrite du bénéficiaire tendant au versement du montant de la garantie.

S'agissant d'un éventuel caractère abusif de l'appel à la garantie du 5 novembre 2010, la requérante n'a pas pu rendre vraisemblable que cet appel constituerait un abus de droit flagrant. Elle n'a notamment pas rendu vraisemblable que l'intimée chercherait à utiliser le montant de la garantie à une autre fin que la couverture du risque lié à l'absence de bonne fin des travaux confiés à la société N._____ SA, ni que H._____ aurait considéré ou dû considérer qu'il était manifeste que l'appel de l'intimée était abusif.

Au vu de ce qui précède, il n'apparaît pas que la requérante soit fondée à requérir que H._____ soit interdite de verser le montant de la garantie à la suite de l'appel formé le 5 novembre 2010 par l'intimée, appel que H._____ a, au demeurant, jugé conforme aux conditions de la garantie litigieuse. La requête doit être rejetée pour ce motif également, sans qu'il n'y ait lieu d'examiner plus avant l'existence d'un préjudice difficilement réparable *in casu*.

V. Selon l'art. 4 TFJC (tarif vaudois du 4 décembre 1984 des frais judiciaires en matière civile; RS 270.11.5), les frais sont mis à la charge de la partie pour les opérations qu'elle requiert ou qui sont ordonnées pour l'examen de sa cause. En l'espèce, compte tenu de la valeur litigieuse et des opérations accomplies, les frais de la procédure provisionnelle doivent être arrêtés à 5'080 fr. pour la requérante.

Conformément à l'art. 109 al. 1 CPC-VD, le juge règle les dépens dans l'ordonnance. En l'espèce, l'intimée obtient entièrement gain de cause et a droit à des dépens de la procédure provisionnelle, qu'il se justifie de fixer à 2'500 fr., à la charge de la requérante (cf. art. 92 al. 1 CPC-VD).

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

- I.** Rejette la requête de mesures provisionnelles déposée le 9 novembre 2010 par la requérante A._____ SA contre l'intimée M._____.
- II.** Révoque en conséquence, dès que la présente ordonnance sera devenue définitive, l'ordonnance de mesures préprovisionnelles du 9 novembre 2010.
- III.** Arrête les frais de la procédure provisionnelle à 5'080 fr. (cinq mille huitante francs) pour la requérante.
- IV.** Condamne la requérante à verser à l'intimée le montant de 2'500 francs (deux mille cinq cents francs) à titre de dépens de la procédure provisionnelle.
- V.** Déclare la présente ordonnance exécutoire, à l'exception de son chiffre II qui le deviendra dès que la présente ordonnance sera définitive.

Le juge instructeur :

Le greffier :

P. Muller

J. Greuter

Du

L'ordonnance qui précède, dont le dispositif a été expédié pour notification aux parties le 16 décembre 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.

Le greffier :

J. Greuter