

COUR CIVILE

Audience de jugement du 20 janvier 2010

Présidence de M. BOSSHARD, président
Juges : Mme Carlsson et M. Colombini
Greffier : M. Greuter

Cause pendante entre :

V. _____

(Me E. Elkaïm)

et

K. _____

(Me C. Fischer)

- Du même jour -

Délibérant immédiatement à huis clos, la Cour civile considère :

En fait :

1. Le demandeur V._____ est un homme d'affaires établi en Israël où il gère, depuis 1992, une petite société de conseils financiers. Désireux de procéder à des investissements en Europe, il a été mis en contact, à la fin de l'année 1994, avec des ressortissants suisses, notamment N._____ et T._____. Sur les conseils de ces derniers, une société "off-shore", Y._____ Ltd, a été constituée le 15 décembre 1994, T._____ ayant proposé de se charger de toutes les formalités. N._____ et T._____ ont également conseillé au demandeur d'ouvrir un compte bancaire au nom de cette société.

Le 19 décembre 1994, le demandeur a signé, sur formule de la défenderesse K._____ - dont le siège est à [...] -, une demande d'ouverture d'un compte à vue libellé en dollars au nom de la société Y._____ Ltd (compte [...] USD). Le demandeur s'est, sous sa signature, identifié auprès de la défenderesse comme l'unique ayant droit économique de ce compte.

La demande d'ouverture du compte [...] USD, signée par le demandeur, fait expressément référence aux conditions générales de la défenderesse. Elle spécifie en outre que celles-ci, dont le signataire reconnaît avoir reçu un exemplaire, font partie intégrante du contrat.

Le demandeur a en outre signé, toujours le 19 décembre 1994, au nom de la société Y._____ Ltd, une formule d'autorisation générale de K._____, le mentionnant lui-même comme l'unique personne autorisée à valablement engager cette société pour ses rapports d'affaires avec la défenderesse. Cette formule indique également ce qui suit:

"[...]

L'ensemble des rapports contractuels entre la société et la banque est régi par les CONDITIONS GENERALES de la banque. [...]"

Les conditions générales de la défenderesse, édition 1992, comportent notamment les clauses suivantes:

"Article 2 - Réclamation du client

Toute réclamation du client relative à l'exécution ou à l'inexécution d'un ordre quelconque ou toute contestation d'un extrait de compte ou de dépôt doit être présentée immédiatement après la réception de l'avis correspondant, mais au plus tard dans le délai fixé par la Banque; s'il ne reçoit pas d'avis, le client doit présenter sa réclamation dès le moment où il aurait dû normalement recevoir un avis qui lui aurait été envoyé par la poste. Le dommage résultant d'une réclamation tardive est à la charge du client.

Article 3 - Communications de la Banque

Les communications de la Banque sont réputées faites dès qu'elles ont été envoyées à la dernière adresse indiquée par le client. La date figurant sur le double ou sur la liste d'expédition en possession de la Banque est présumée celle de l'expédition. Le courrier retenu en dépôt à la Banque est considéré, en cas de doute, comme délivré à la date qu'il porte.

Article 4 - Vérification en matière de signatures et de légitimation

Le dommage résultant de défauts de légitimation ou de faux non décelés est à la charge du client, sauf en cas de faute grave de la Banque.

Article 6 - Erreur de transmission

Le dommage provenant de l'emploi de la poste, du télégraphe, du téléphone, du télex, de tout autre moyen de transmission ou d'une entreprise de transport, en particulier par suite de retards, pertes, malentendus, mutilations ou doubles expéditions, est à la charge du client, sauf en cas de faute grave de la Banque.

Article 7 - Défauts dans l'exécution d'un ordre

En cas de dommage dû à l'inexécution ou à l'exécution défectueuse d'un ordre (à l'exclusion des ordres de bourse), la Banque ne répond que de la perte d'intérêts, à moins qu'elle n'ait été mise en garde dans le cas particulier contre le risque d'un dommage plus étendu.

[...]

Article 9 - Comptes courants

[...]

A défaut d'une réclamation présentée dans le délai d'un mois, les extraits de comptes sont tenus pour approuvés, **cela conformément à la déclaration figurant sur chaque relevé de compte**. L'approbation expresse ou tacite du relevé de compte emporte celle de tous les articles qui y figurent ainsi que des réserves éventuelles de la Banque. L'état du dossier des titres est également approuvé tacitement sauf réclamation écrite dans le délai d'un mois."

Lors de l'ouverture du compte, le demandeur a produit une procuration en sa faveur de la société Y. _____ Ltd ainsi qu'un certificat d'incorporation de cette société à Niue.

2. Dans un document daté du 2 janvier 1995 - signé par le demandeur -, intitulé "LIMITED POWER OF ATTORNEY" et mentionnant comme adresse "C.P. [...] CH- [...]", le demandeur, pour le compte de la société Y. _____ Ltd, a donné procuration à N. _____ de représenter cette dernière dans les termes suivants (traduction libre de l'anglais):

"Signature collective des deux personnes susmentionnées V. _____ et N. _____, en référence à la transaction n° UNOIAADCAL666-7 et aux opérations de sécurité par codes numériques susmentionnées, pour les engagements contractuels, les relations bancaires et les ordres en lien direct avec la transaction mentionnée ci-dessus."

3. Au 31 mars 1995, le solde de l'avoir sur le compte à vue [...] USD de la société Y. _____ Ltd auprès de la défenderesse s'élevait à USD 201'167.90. Un paiement de USD 1'000.- a été opéré le 7 avril 1995 par débit de ce compte.

Le demandeur a signé et adressé à la défenderesse, au nom de la société Y. _____, un courrier daté du 8 avril 1995 à l'attention de B. _____ libellé en ces termes:

"Concerne: Y. _____ LTD

Monsieur,

Je vous prie de bien vouloir prendre note de ce qui suit:

Je donne procuration à G. _____ AG, par son représentant légal T. _____, domicilié à [...], Canton de Vaud en Suisse, d'agir comme OPERATOR dans le cadre du contrat de JOINT VENTURE NO [...]1 et par là même dans celui de la JOINT VENTURE NO [...]2 en tant que représentant de nos intérêts.

J'ai accepté que vous remettiez à G. _____, sur demande formelle, une lettre de blocage de US\$ 200'000,00 (United States Dollars deux cent mille) de mon compte auprès de votre institution no [...] USD [...].

Ces fonds seront transférés sur le compte de la JOINT VENTURE [...]2 auprès de la succursale de L. _____ de Zurich conditionnellement à la remise, entre vos mains, de la déclaration bancaire (L. _____) de la vérification de l'authenticité et de la bonne valeur (US\$ 421'200,00 (quatre cent vingt-un mille deux cent dollars américains) de la lettre de crédit qui sera déposée sur le compte de la JOINT

VENTURE [...]2 auprès de la L._____. (voir copie annexée de la dite JOINT VENTURE AGREEMENT [...]1 et [...]2)".

Deux contrats dits de "joint venture" ont été signés notamment par le demandeur, pour le compte de la société Y._____ Ltd, et par T._____, pour le compte de la société G._____ AG. Ces contrats prévoyaient en substance les modalités à suivre dans le cadre des opérations financières envisagées par le demandeur, T._____ et N._____. Selon le *joint venture agreement* n° [...]1, 200'000 dollars américains provenant de la société Y._____ Ltd allaient être déposés sur un compte ouvert auprès de L._____.

Le 18 avril 1995, N._____ a donné ordre à la défenderesse de virer, par débit du compte [...] USD de la société Y._____ Ltd, la somme de USD 200'000.- sur un compte référencé "EVE" ouvert auprès de L._____. Cet ordre comprenait la communication au bénéficiaire suivante: "à l'att. de I._____ de G._____ AG".

Le virement de USD 200'000.- par débit du compte [...] USD a été effectué par la défenderesse valeur au 20 avril 1995. Le compte a été débité de ce montant, plus 13,42 dollars américains de frais.

Le compte [...] USD de la société Y._____ Ltd a été crédité d'une somme de USD 10'000.-, valeur au 12 mai 1995, ainsi que d'une somme de USD 5'000.-, valeur au 13 juin 1995. Entre le 15 mai et le 14 juillet 1995, ce compte a été débité des montants de USD 3'008,25, de USD 6'008,26 et de USD 6'008,55.

4. Le demandeur a adressé une télécopie à T._____, datée du 19 juillet 1995, dont le contenu est notamment le suivant:

"Dans votre dernière télécopie datée du 31 mai 1995, vous m'assuriez que je recevrais l'argent d'ici au 31 juin 1995. Sur la base du relevé de ma banque de ce jour, j'apprends qu'aucun montant n'est encore apparu.

En outre, N._____ m'a promis qu'il m'enverrait par télécopie tous les calculs des bénéfices du programme jusqu'à ce jour. Je ne les ai pas reçus non plus.

J'espère que vous ferez votre maximum pour m'aider à recevoir le plus vite possible tout ce qui m'a été promis."

Par télécopie du 18 septembre 1995, le demandeur a invité la défenderesse à lui retourner tous les documents, qu'elle avait reçus de N. _____ et T. _____, relatifs au virement du montant de USD 200'000.- par débit du compte de la société Y. _____ Ltd. Il a également réclamé la copie de la garantie bancaire remise par eux mentionnée dans le courrier du 8 avril 1995. Dans un courrier du 19 septembre 1995, la défenderesse a répondu ce qui suit au demandeur:

"Monsieur,

Nous vous remettons, en annexe, le document présenté pour le transfert des \$ 200'000.--.

Pour ce qui est des autres documents, nous ne sommes pas en possession de ceux-ci."

Dans une lettre recommandée du 3 octobre 1995, le conseil israélien de la société Y. _____ Ltd a notamment écrit à G. _____ AG les lignes qui suivent:

"Ma mandante a mis à votre disposition la somme d'environ USD 200'000.- pour que cette somme soit investie selon un plan d'investissement précis qui devait être établi.

A ce jour, aucun plan n'a été établi.

Cependant, ma mandante a des raisons de douter que, malgré l'absence d'autorisation, vous avez, sans droit, investi les fonds."

[...]

Par conséquent, je vous serai obligé de bien vouloir **verser immédiatement l'ensemble des avoirs de ma cliente sur le compte bancaire de Y. _____ No [...] auprès de K. _____** [...]"

Par l'intermédiaire de son conseil israélien, la société Y. _____ Ltd a demandé le 11 février 1996 à la défenderesse de lui communiquer le solde de son compte [...] USD, l'extrait des mouvements sur ce compte depuis le 5 avril 1995, l'ensemble des pièces sur la base desquelles elle avait transféré la somme de USD 200'000.- sur le compte du *joint venture agreement* n° [...]2 ouvert auprès de L. _____ ainsi que le numéro de ce dernier compte. Selon lettre du 26 février 1996, la défenderesse a adressé à cet avocat un relevé du compte [...] USD du 1^{er} janvier 1995 au 26 février 1996 et une copie de l'autorisation de

transfert du montant de 200'000 dollars américains. Selon une lettre de M. _____, anciennement L. _____, à la Police de sûreté [...], un compte n° [...]4 ouvert auprès d'elle au nom de la société G. _____ AG a été, entre le 18 avril et le 29 mai 1995, crédité de deux virements provenant de la défenderesse. L'un de ces montants correspondait aux 200'000 dollars américains virés par débit du compte [...] USD de la société Y. _____ Ltd.

Interpellée à nouveau par recommandé du 12 mars 1996 du conseil israélien de la société Y. _____ Ltd, la défenderesse a affirmé, dans sa réponse du 19 mars 1996, avoir "précisé à plusieurs reprises à [réd.: leur] client commun que le paiement des fonds se ferait sous sa seule signature [réd.: celle du client]".

B. _____ a quitté la défenderesse au mois d'octobre 1998.

Donnant suite à une lettre du conseil vaudois du demandeur du 20 juillet 2001 faisant valoir les prétentions de ce dernier découlant de ce qui précède, la défenderesse a indiqué, par courrier du 3 août 2001, ne pas savoir de quoi il s'agissait exactement.

Le 9 août 2001, sur réquisition du demandeur, l'Office des poursuites [...] a notifié à la défenderesse un commandement de payer dans la poursuite n° [...]07 pour la somme de 400'000 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 18 avril 1995, à titre de dommages-intérêts. La défenderesse a formé opposition le même jour. Le 12 juillet 2002, un nouveau commandement de payer, poursuite n° [...]67, pour la somme de 400'000 fr. avec intérêt à 5% l'an dès le 18 avril 1995 a été notifié à la défenderesse sur réquisition du demandeur. La défenderesse a formé opposition le jour même.

Le 20 avril 1995, un dollar américain s'échangeait contre 1 fr. 1420.

5. a) Le 5 février 1997, le demandeur a déposé plainte pénale contre N._____ et T._____ pour escroquerie et/ou abus de confiance, subsidiairement gestion déloyale. Cette plainte est parvenue à l'Office du Juge d'instruction pénale [...] le 13 février 1997.

Dans ce document, le demandeur expose qu'après avoir été présenté par un certain Q._____, il a rencontré T._____ et N._____ à plusieurs reprises en Suisse, que lors de ces entrevues, T._____ et N._____ lui ont proposé de réaliser un investissement supposé rapporter des intérêts élevés et qu'afin de réaliser une économie d'impôts sur les intérêts des investissements, ils lui ont suggéré de fonder pour lui une société "off-shore" qui devait se nommer Y._____ Ltd; la plainte relate ensuite qu'une fois cette société fondée, le demandeur en est devenu le représentant, que, le 9 avril 1995, la société Y._____ Ltd et deux autres sociétés, G._____ AG et O._____ SA - cette dernière était représentée par J._____ -, ont conclu un *joint venture agreement* n° [...]1, dont le but était de réunir la somme de USD 390'000.-, afin de la placer dans un programme d'investissement via le compte du *joint venture agreement* n° [...]2 ouvert auprès de la succursale de L._____, à Zurich,; selon le *joint venture agreement* n° [...]1, l'investissement de USD 390'000.- se décomposait comme suit: le demandeur versait la somme de USD 200'000.- et J._____ versait la somme de 190'000 dollars américains. La plainte contient en outre les passages suivants:

"Le 8 avril 1995, Monsieur V._____ a confirmé à K._____, son acceptation de remettre à G._____ AG, respectivement T._____, une lettre de blocage de USD 200'000.-- [...].

[...]

Le transfert des fonds en question sur le compte de la joint venture no [...]2 auprès de la succursale de L._____ à Zurich a été effectué conformément aux instructions reçues de V._____ [...]."

Le demandeur a enfin expliqué, dans la plainte précitée, qu'il avait constaté, le 27 juillet 1995, qu'T._____ et N._____ ne respectaient pas leurs engagements, qu'il les avait mis en demeure de restituer les 200'000 dollars américains reçus, faute de réponse immédiate de leur part aux questions posées, et qu'il avait à nouveau exigé la restitution immédiate des USD 200'000.-, par téléfax du

14 septembre 1995 adressé à T._____. Le précédent conseil suisse du demandeur a adressé, le 17 janvier 1996, à l'Office des poursuites [...], une réquisition de poursuite tendant au paiement par T._____ d'une somme de 232'700 fr. - soit USD 200'000.- au cours moyen des devises du mardi 16 janvier 1996 - plus intérêts à 5% du 11 octobre 1995. L'Office des poursuites [...] a notifié à T._____ le commandement de payer dans la poursuite correspondante, portant le n° [...]73. Le 21 mai 1996, le Président du Tribunal du district [...] a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition formée par T._____.

b) L'enquête pénale a été dirigée contre N._____ et T._____. Le demandeur y était partie en qualité de plaignant. Le 12 septembre 1997, il a été entendu à ce titre par le Juge d'instruction [...]. Il a expliqué qu'il gérait en Israël une petite société de conseils financiers et qu'il avait acquis une formation bancaire auprès de l' [...]. Au sujet de l'investissement de USD 200'000.- par la société Y._____ Ltd, il a expliqué que N._____ et J._____ lui avaient présenté à [...] plusieurs documents et conventions prêts à la signature. Il ressort du procès-verbal d'audition que le demandeur a en outre déclaré ce qui suit:

"Parmi les documents prêts à la signature, il y avait 2 contrats de joint venture, ainsi que d'autres documents, dont une autorisation de ma part (en français) en faveur du compte de la joint venture auprès de L._____ de retirer les fonds déposés auprès de la défenderesse.

[...]

"Lors du voyage de retour en Israël, j'ai commencé à m'inquiéter car je n'avais pas vérifié sur le document français autorisant le transfert des fonds si le versement préalable de la garantie bancaire avait été mentionné, ainsi que convenu oralement. Je n'étais pas en possession de ce document. Par la suite, j'ai demandé copie de ce document à mon banquier. Je l'ai fait traduire. Il est apparu que la mention faisait défaut."

Le procès-verbal de l'audition du 11 novembre 1997 par la police de sûreté de N._____, entendu comme prévenu dans cette enquête, fait notamment état de la déclaration suivante de celui-ci:

"Sitôt après le versement des \$US 200'000.- de V._____ sur le compte K._____ au nom de Y._____, V._____ a demandé à V._____ de virer l'argent du compte K._____ sur un compte auprès de L._____ à Genève au nom de G._____ AG. Je vous

précise V. _____ m'avait envoyé une procuration m'autorisant à virer cette somme sur le compte de G. _____ AG.
[...]

[...] Il n'y a eu aucun problème pour virer les fonds de K. _____ à L. _____ parce que je détenais une procuration signée de V. _____."

B. _____, alors employé de la défenderesse, a été entendu le 6 juillet 1997 par la police de sûreté en tant que témoin dans l'enquête pénale. Au sujet des fonds déposés sur le compte de la société Y. _____ Ltd et à propos de la société O. _____, il a déclaré notamment ce qui suit:

"Tous les fonds ont été virés sur un compte à L. _____ à Zurich, sur instructions des clients.

Nous examinons ensemble les ordres en question. Il est vrai qu'ils sont conditionnels. Lorsque je les ai reçus, j'ai téléphoné à V. _____ en Israël pour lui demander des précisions. Je l'ai informé que les conditions mentionnées dans l'ordre ne pourraient pas être suivies et il m'a confirmé que le transfert devait être fait. Je précise que lorsque nous avons eu la discussion préliminaire, le problème des garanties avait déjà été évoqué et je les avais rendus attentifs aux risques qu'ils prenaient. Je parle ici de V. _____ et J. _____.

[...]

Je précise que V. _____ me demandait régulièrement par fax des situations. En effet, selon ses instructions, le courrier de Y. _____ était envoyé à [...]. J'ai donc faxé à plusieurs reprises en Israël des relevés de compte, notamment le 3 juillet 1995 où apparaissait le débit des US \$ 200'000.-.

Ni V. _____, ni J. _____ n'ont émis de protestations quant aux virements précités. [...]

V. _____ m'a également demandé si des fonds étaient crédités sur le compte de sa société. C'est arrivé à deux reprises et il m'a demandé de virer ces sommes en sa faveur en Israël."

Il n'est pas établi que le demandeur ait contesté les déclarations de N. _____ et de B. _____ qui précèdent. Cela ne signifie toutefois pas que les déclarations de B. _____ devant le juge pénal soient tenues pour des faits avérés, surtout s'agissant de celles dont il n'a pas confirmé la teneur lors de son audition en qualité de témoin dans la présente procédure. Ceci vaut en particulier à l'égard de l'entretien téléphonique que B. _____ affirme avoir eu avec le demandeur, qui lui aurait confirmé que le versement litigieux devait être effectué, élément qui sera discuté plus bas (cf. infra ch. 6). Par ailleurs et de manière

générale, les témoignages de B._____ et de N._____, en raison de leur implication personnelle dans le déroulement des faits litigieux, ne sont retenus que s'ils sont corroborés par d'autres éléments du dossier.

c) Le 21 juin 2001, le Tribunal correctionnel de l'arrondissement [...] a condamné N._____ pour abus de confiance à une peine d'emprisonnement et a pris acte d'une reconnaissance de dette que N._____ avait signée à l'audience notamment en faveur du demandeur à hauteur de 21'817 francs. N._____ a payé ce montant en mains du conseil du demandeur. T._____ est décédé le [...] 2000, soit avant que ce jugement soit prononcé.

A propos du demandeur et de la procuration du 8 avril 1995, le déroulement des faits retenu par le tribunal correctionnel est notamment le suivant:

"[...] ses connaissances du français sont succinctes. Il n'a toutefois pas cherché à se faire traduire la procuration libellée en français. Ce n'est que lors de son voyage de retour en Israël qu'il a commencé à s'inquiéter, car il n'avait pas vérifié sur la procuration si le versement préalable de la garantie bancaire avait été mentionné, comme convenu verbalement. N'étant pas en possession du document, il en a par la suite demandé copie à la banque et l'a fait traduire. Il a alors compris que la mention faisait défaut."

Le jugement retient ensuite que les fruits de l'opération devaient être versés tous les quinze jours et qu'un premier versement de USD 10'000.- a été effectué le 12 mai 1995, puis un second de USD 5'000.- le 13 juin 1995; ensuite, le 10 octobre 1995, le demandeur s'est rendu chez T._____, qui a signé une reconnaissance de dette stipulant l'engagement de remettre la somme totale de USD 200'000.- le lendemain à Genève. Il retient également que le demandeur n'a ultérieurement émis aucune protestation quant au virement de la somme de USD 200'000.- sur le compte de G._____ AG, ouvert auprès de L._____, et que, entendu en cours d'enquête, T._____ avait reconnu avoir "dérapé" lorsqu'il s'était trouvé en possession de l'argent et l'avoir utilisé à des fins personnelles, sous réserve de l'équivalent de 60'000 francs. Toujours selon ce jugement, N._____ a adressé au demandeur, le 31 mai 1995, une télécopie où il lui confirmait qu'un premier profit devait arriver après sept jours et qu'il

"devrait recevoir une réponse au sujet de la garantie bancaire dans une quinzaine de jours". Le juge pénal a enfin considéré que, s'il "était évident que N._____ et T._____ [réd.: avaient] trompé le demandeur, l'on ne saurait en revanche soutenir qu'ils l'ont fait de manière astucieuse", avant de conclure de la façon suivante:

" V._____ et J._____ ont reconnu qu'ils n'avaient procédé à aucune vérification sérieuse avant de confier de l'argent aux deux aigrefins. Aveuglés par l'appât du gain, ils ont autorisé des virements avant même de recevoir la garantie bancaire qu'on leur avait promise. Le droit pénal ne saurait protéger de telles dupes."

N._____ a été libéré de l'accusation d'escroquerie. Le tribunal a toutefois retenu l'infraction d'abus de confiance et considéré que les fonds litigieux avaient été confiés à N._____ et T._____.

6. La défenderesse n'a pas cherché à vérifier si les conditions prévues par la procuration étaient remplies, en particulier celles relatives au transfert de fonds. Ces faits ressortent des déclarations du témoin N._____, qui concordent avec celles du témoin B._____, et peuvent ainsi être retenus.

Durant l'instruction pénale, le témoin B._____ a certes affirmé avoir téléphoné au demandeur pour qu'il lui confirme l'ordre de transférer les 200'000 dollars américains litigieux. Cette déclaration doit cependant être considérée avec circonspection, dès lors qu'il était sous-directeur de la défenderesse et avait intérêt à ne pas s'attirer d'ennuis avec son employeur. Or, lors de son audition dans la présente procédure, ce témoin, qui n'était alors plus employé de la défenderesse, a exclu avoir eu un entretien téléphonique personnel avec le demandeur le jour du virement. En ce qui concerne le témoignage de N._____ sur ce point, il se rapporte à un oui-dire de B._____. Dans ces circonstances, la Cour retient qu'une autorisation de transférer les fonds litigieux n'a jamais été obtenue du demandeur par B._____.

7. La société Y._____ Ltd a été constituée le 15 décembre 1994 selon les règles d'une loi de Niue intitulée "The International Business Companies Act 1994 - Niue". L'Assemblée législative de Niue a adopté le 9

mars 2006 une loi intitulée "The Companies Act 2006", dont le règlement d'application ("Companies Regulations 2006") est entré en vigueur le 1^{er} août 2006. Cette loi dispose notamment ce qui suit (traduction libre de l'anglais):

"261 Biens de la société radiée du registre

- (1) Les biens qui, immédiatement après la radiation de la société du registre de Niue, n'ont pas été distribués ou auxquels il a été renoncé, échoient au gouvernement avec effet à la date de la radiation de la société du registre de Niue.

[...]

331 Période de réinscription

- (1) Une 'international business company' peut se faire réinscrire conformément à cette loi en tout temps durant la période transitoire.

[...]

335 Défaut de réinscription

Lorsqu'une 'international business company' omet de se réinscrire avant l'échéance de la période transitoire, les dispositions suivantes s'appliquent avec effet à l'échéance de la période transitoire:

- (a) L'"international business company' est réputée avoir été dissoute le dernier jour de la période transitoire.

[...]

349 'International business companies'

- (1) Aucune société ne peut être incorporée sur la base de l'"International Business Companies Act 1994' après l'entrée en vigueur de la présente disposition, en dépit de l'art. 3 de cette loi.
- (2) L'"International Business Companies Act 1994' est abrogée avec effet au 31 décembre 2006."

En l'espèce, il n'est pas établi que la société Y. _____ Ltd ait, dans le délai expirant au 31 décembre 2006, entrepris les démarches pour se faire réenregistrer conformément au "Companies Act 2006". Selon un courrier électronique du 12 avril 2007 d'un employé du Ministère de développement économique de Niue au conseil du demandeur, il n'y a aucune trace d'une réinscription de la société Y. _____ Ltd en Nouvelle-Zélande ou à Niue.

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

9. Par demande du 23 juin 2003, V._____ et la société Y._____ Ltd ont pris les conclusions suivantes, avec suite de frais et dépens:

- I. K._____, siège central, [...], [...] est débitrice de V._____ et Y._____ Ltd, solidairement entre eux, de la somme de Frs. 228'400.- avec intérêts à 5% l'an dès le 21 avril 1995.
- II. L'opposition totale formée par K._____ au commandement de payer notifié le 12 juillet 2002 dans la poursuite n° [...]67 de l'Office des poursuites [...] est définitivement levée à concurrence des montants mentionnés sous chiffre I ci-dessus."

Dans sa réponse du 23 octobre 2003, K._____ a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions des demandeurs.

Par jugement incident du 3 juillet 2008, faisant suite à une requête déposée par la défenderesse le 7 janvier 2008, le juge instructeur de la Cour civile a éconduit d'instance la société Y._____ Ltd.

En droit:

I. a) Le demandeur soutient que le virement de la somme de USD 200'000.-opéré par la défenderesse par débit du compte de la société Y._____ Ltd, valeur au 20 avril 1995, sur le compte de la société G._____ AG ouvert auprès de la L._____ constituait une violation des obligations contractuelles de la banque, lui donnant droit à des dommages-intérêts de ce chef à hauteur de ses conclusions.

Le demandeur recherche la défenderesse en se fondant sur une relation contractuelle. Le compte bancaire litigieux ayant été ouvert au nom de la société Y._____ Ltd, qui n'est plus partie au procès, il convient tout d'abord de déterminer si le demandeur a la légitimation active.

La légitimation - active ou passive - (ou qualité pour agir respectivement défendre) est 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; 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). Le défaut de qualité pour agir 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). Revêtir la qualité pour agir 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.). Ainsi, il convient de déterminer si le demandeur, V._____, est, en son propre nom, titulaire d'une créance en dommages-intérêts à l'encontre de la défenderesse.

b) Il est constant que le compte [...] USD a été ouvert au nom de la société Y._____ Ltd, qui avait son siège à Niue. Cette société n'existe plus, ayant été dissoute et liquidée avant d'être éconduite d'instance pour ce motif le 3 juillet 2008. Le demandeur n'ayant pas de relation directe avec la défenderesse et aucune cession de créance ou autre transfert des droits éventuels n'étant allégué, il n'aurait ainsi pas de légitimation active dans la présente cause.

Le demandeur fait toutefois valoir qu'il était l'unique ayant droit économique de cette société et que la défenderesse le savait, puisqu'il s'était identifié en cette qualité lors de l'ouverture du compte précité; en outre, la défenderesse traitait exclusivement avec lui au sujet de la gestion de ce compte, en vertu d'une formule d'autorisation générale le désignant comme seule personne habilitée à engager valablement la société titulaire du compte. Dans ces circonstances, il estime que la défenderesse ne saurait nier sa légitimation active.

Il se pose ainsi la question de savoir si la qualité d'ayant droit économique du compte [...] USD suffit à reconnaître au demandeur la titularité d'une créance née en faveur de la société Y. _____ Ltd.

aa) La loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme dans le secteur financier (LBA; RS 955.0) prescrit en particulier aux banques (art. 2 al. 2 let. a LBA) d'identifier, dans les cas définis à l'art. 4, l'ayant droit économique des valeurs déposées par leurs clients. L'identification de l'ayant droit économique doit impérativement se faire pour les banques au moyen de ce qui est appelé le "formulaire A". Sur ce formulaire, le client déclare qu'il est lui-même l'ayant droit économique ou qu'une autre personne l'est, dont il doit alors indiquer les nom et prénom, date de naissance, nationalité, adresse et pays de domicile (ATF 132 III 609 c. 5.3.1, SJ 2007 I 29; Abegg et al., Manuel du Droit Bancaire Suisse, traduction française de Jenny-Arnold et al., Zurich 2005, pp. 310 s.).

Selon la jurisprudence, l'identification de l'ayant droit économique a pour but de lutter contre le blanchiment d'argent; elle ne devrait pas déployer d'effets de droit privé (ATF 132 III 609 c. 5.3.1, SJ 2007 I 29; TF 4C.108/2002 du 23 juillet 2002 c. 3c/aa; Lombardini, Droit bancaire suisse, 2^e éd., Zurich 2008, pp. 340, n. 66). C'est d'ailleurs uniquement dans le cadre de cette mission d'intérêt public que la banque doit se préoccuper de l'existence d'un éventuel ayant droit économique distinct du client (ATF 132 III 609 c. 5.3.1, SJ 2007 I 29; Matthey, La notion d'ayant droit économique en droit bancaire suisse, in *Freiheit und Ordnung im Kapitalmarktrecht, Festgabe für Jean-Paul Chapuis*, Zurich 1998, p. 74; cf. également Stanislas, Ayant droit économique et droit civil: le devoir de renseignements de la banque, in SJ 1999 II 413, p. 427). Pour la doctrine, la notion d'ayant droit économique est un concept "administratif", à géométrie variable (Stanislas, op. cit., p. 424), érigé à des fins bien précises de lutte contre la criminalité économique. On ne saurait sans autre lui octroyer un caractère "civil". Ainsi, le fait pour la banque de connaître l'identité de l'ayant droit économique communiquée par le seul client cocontractant aux fins de respecter les exigences de textes légaux

ne saurait modifier la relation juridique née du contrat bancaire (Stanislas, *op. cit.*, p. 428).

Le Tribunal fédéral considère que le cocontractant de la banque est en principe celui qui a ouvert le compte, en signant la formule que la banque lui remet à cet effet et qu'une personne qui n'était pas propriétaire des fonds déposés dans un établissement bancaire pouvait certes nouer une relation juridique en son nom avec la banque, mais que le véritable propriétaire n'avait aucune créance directe contre la banque qui n'était juridiquement liée qu'à son cocontractant (ATF 100 II 200, *rés. in JT 1975 I 180*; Stanislas, *op. cit.*, p. 427).

Néanmoins, une relation juridique entre l'ayant droit économique et la banque peut résulter d'un rapport de représentation directe conformément à l'art. 32 al. 1 CO (cf. notamment Tercier, *Le droit des obligations*, 4^e éd., Zurich 2009, nn. 387 ss; Chappuis, *Commentaire romand*, nn. 10 ss ad art. 32 CO), soit lorsque le titulaire du compte s'est fait connaître comme le représentant d'un tiers (l'ayant droit économique), auquel cas les droits et les obligations dérivant du contrat conclu par le représentant autorisé passent au représenté (Stanislas, *op. cit.*, p. 425). Outre ce cas, le représenté devient directement créancier ou débiteur à la condition que celui avec lequel il contracte, soit devait inférer des circonstances l'existence d'un rapport de représentation, soit était indifférent de traiter avec le représentant ou le représenté (art. 32 al. 2 CO; cf. Tercier, *loc. cit.*; Chappuis, *loc. cit.*). Dans ces hypothèses, le représentant doit, d'une part, être habilité à faire naître des droits et des obligations directement en faveur et à la charge du représenté et, d'autre part, avoir la volonté d'agir comme représentant (ATF 100 II 200 c. 8a, *rés. in JT 1975 I 180*; ATF 88 II 191 c. 2b, *JT 1962 I 612*; ATF 88 II 350 c. 1a et 1e, *rés. in JT 1963 I 158*).

Quant à la représentation dite indirecte, le contractant agit en son propre nom – il manifeste sa volonté d'être personnellement engagé –, mais pour le compte d'un tiers. Le contrat ne lie que les parties et ne déploie aucun effet direct sur le représenté. Celui-ci ne peut acquérir de

droits ou d'obligations qu'en vertu d'un nouvel acte juridique (art. 32 al. 3 CO). Pour la banque qui contracte avec le représentant indirect, les rapports de celui-ci avec le représenté sont une *res inter alios acta* (TF 4C.108/2002 du 23 juillet 2002 c. 3c/aa; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2^e éd., Berne 1997, p. 410). Peu importe qu'elle sache ou non que son cocontractant agit pour le compte d'un tiers (ATF 100 II 200 c. 8a, rés. in JT 1975 I 180). Au demeurant, la banque n'a pas pour devoir de sauvegarder l'ayant droit économique contre les agissements du titulaire du compte (TF 4C.108/2002 du 23 juillet 2002 c. 3c/aa, qui se réfère à Lombardini, Droit bancaire suisse, 1^{re} éd., Zurich 2002, p. 137 et à ses références).

En l'absence de relation contractuelle entre la banque et l'ayant droit économique, celui-ci ne peut, en aucun cas, agir contre la banque pour lui réclamer des dommages-intérêts sur le fondement d'une mauvaise exécution des obligations que la banque doit respecter vis-à-vis de son client (Lombardini, 2^e éd., op. cit., pp. 340 s., n. 67). Seule la responsabilité extra-contractuelle de la banque pourrait, dans certaines circonstances, être prise en considération (TF 4C.108/2002 du 23 juillet 2002 c. 3c/aa, qui se réfère à Stanislas, op. cit., p. 431 s.). Dans cette hypothèse, encore faudrait-il que la banque ait commis un acte illicite. S'agissant de l'art. 41 al. 2 CO, qui prévoit qu'un acte contraire aux mœurs peut fonder une responsabilité extra-contractuelle, le Tribunal fédéral se montre restrictif. Ce chef de responsabilité ne doit être admis qu'exceptionnellement, avec la plus grande retenue, et la contrariété aux mœurs ne doit pas servir à vider de sa substance l'exigence de l'illicéité (ATF 124 III 297 c. 5e, SJ 1998 p. 460; Stanislas, op. cit., p. 432). Sont évidemment réservés les cas où la banque aurait commis une infraction pénale en devenant instigateur ou complice d'un abus de confiance (Stanislas, loc. cit.).

En tout état de cause, le Tribunal fédéral a retenu que la personne, comme l'ayant droit économique, qui confie des biens à autrui en lui accordant une procuration ou de toute autre manière, doit assumer le risque d'un éventuel abus. Seules des circonstances tout à fait

particulières, dénotant à l'évidence un comportement déloyal envers cette personne, pourraient éventuellement justifier un refus de remettre des fonds au titulaire du compte (TF 4C.397/2006 du 5 juin 2007 c. 4; Thévenoz et al., Le droit bancaire privé suisse 2007-2008, in RSDA 2008 pp. 418 ss, spécialement p. 423). Selon la doctrine, de telles circonstances particulières correspondraient, par exemple, à une participation de la banque à l'acte illicite du titulaire du compte à l'égard de l'ayant droit économique (Thévenoz et al., op. cit., p. 419). Au demeurant, il convient de souligner que, de manière générale, les actifs de sociétés de domicile ("off-shore") dont une personne physique est ayant droit économique ne répondent en principe pas des dettes de cette dernière (Lombardini, 2^e éd., op. cit., p. 341, n. 69).

bb) En l'espèce, le demandeur s'était présenté à la défenderesse comme étant l'unique ayant droit économique du compte ouvert au nom de la société Y. _____ Ltd. Il était en outre autorisé à engager valablement cette société dans ses rapports d'affaires avec la défenderesse. En revanche, il n'a établi l'existence d'aucune procuration donnant pouvoir à la société Y. _____ Ltd de le représenter. Il n'a pas non plus allégué et il n'est, de surcroît, pas établi que la défenderesse était indifférente à la personne de son cocontractant ou qu'elle pouvait inférer des circonstances que la société Y. _____ Ltd représentait le demandeur. Dans ces circonstances, on ne peut retenir de représentation directe du demandeur par la société Y. _____ Ltd. En l'absence de relation contractuelle entre le demandeur et la défenderesse, celui-là ne peut rechercher celle-ci en responsabilité du chef d'un contrat, de sorte que, dans cette mesure, la légitimation active doit être niée au demandeur.

L'argumentation du demandeur, selon laquelle la société Y. _____ Ltd était un instrument soumis à son contrôle exclusif, dans le but reconnaissable de gérer séparément l'affectation d'une partie de ses biens, de sorte que la société doit être considérée comme un élément de sa fortune propre ne change rien à sa situation. S'il est possible que, sur le plan économique, tout dommage subi par cette dernière lui porte également et dans une mesure identique préjudice, il n'en va pas de

même sur le plan juridique. Pour que tel soit le cas, il faudrait établir une responsabilité extra-contractuelle de la défenderesse, qui n'existe que de manière limitée en cas de dommage purement économique, en pratique, le plus souvent, lorsqu'une infraction pénale est commise.

Dans la perspective d'une responsabilité extra-contractuelle, la question est en l'espèce de savoir si la banque a couvert un acte frauduleux de N._____ et/ou d'T._____ et, le cas échéant, si ce comportement est constitutif d'un acte illicite au sens de l'art. 41 CO. Il ne ressort pas des faits établis que la défenderesse aurait été auteur, instigateur ou complice d'un abus de confiance ou de quelque autre infraction pénale. Le demandeur n'établit la violation d'aucune disposition légale qui aurait eu pour but de protéger ses intérêts patrimoniaux dans le cas d'espèce. En outre, il n'apparaît pas que la défenderesse ait commis un acte contraire aux mœurs qui engagerait sa responsabilité.

Une responsabilité extra-contractuelle de la défenderesse n'est ainsi pas établie, le demandeur n'ayant allégué ni établi un comportement de la défenderesse illicite, contraire aux mœurs ou dénotant une participation consciente à l'infraction pénale commise notamment par N._____. Au demeurant, le demandeur n'invoque qu'une responsabilité contractuelle.

II. a) Le demandeur, se prévalant du fait que la défenderesse savait que la Y._____ Ltd n'était qu'un instrument contrôlé par lui – dans le but reconnaissable de gérer séparément une partie de ses biens –, fait valoir qu'en vertu du principe de la transparence ou "Durchgriff", la défenderesse commet un abus de droit manifeste et agit de manière contraire à ce principe en soutenant que le dommage est uniquement subi par la société Y._____ Ltd et en refusant de reconnaître qu'il l'est également par lui.

La société Y._____ Ltd ayant été constituée et régie selon le droit de Niue, il convient tout d'abord, compte tenu de cet élément d'extranéité, de déterminer le droit applicable en l'espèce. Aucun traité

international n'entrant ici en ligne de compte, il convient à cette fin de se référer à la LDIP (loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé [RS 291]; art. 1 al. 2 LDIP; ATF 133 III 323 c. 2.1, rés. in JT 2008 I 107).

La LDIP, à son art. 154 al. 1, consacre la théorie de l'incorporation (ATF 135 III 614 c. 4.1.2; ATF 117 II 494 c. 4b, rés. in JT 1993 I 158). Aux termes de cette disposition, les sociétés sont régies par le droit de l'Etat en vertu duquel elles sont organisées si elles répondent aux conditions de publicité ou d'enregistrement prescrites par ce droit ou, dans le cas où ces prescriptions n'existent pas, si elles se sont organisées selon le droit de cet Etat. Le droit désigné conformément à l'art. 154 al. 1 LDIP est applicable à de larges domaines juridiques figurant notamment sur la liste exemplative de l'art. 155 LDIP (ATF 128 III 346 c. 3.1.3, JT 2004 I 349, SJ 2003 I 271), sous réserve des art. 156 à 161 LDIP (ATF 135 III 614 c. 4.1.2).

Ni l'art. 15 al. 1 LDIP – qui dispose que le droit désigné par la LDIP n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit – ni l'art. 18 LDIP – qui prévoit que sont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi – ne sauraient ici restreindre ou s'opposer à l'application de l'art. 154 al. 1 LDIP. En effet, le fait de choisir une forme sociale étrangère peut être assimilée à une élection de droit. Or, l'application de l'art. 15 al. 1 LDIP est précisément exclue dans ce cas-là (art. 15 al. 2 LDIP; ATF 128 III 346 c. 3.1.5, JT 2004 I 349, SJ 2003 I 271; ATF 117 II 494 c. 7, rés. in JT 1993 I 158). S'agissant des lois d'application immédiate traitées à l'art. 18 LDIP, elles sont en règle générale des dispositions impératives qui répondent le plus souvent à des intérêts essentiels d'ordre social, politique ou économique (Knoepfler/Schweizer/Othenin-Girard, Précis de droit international privé suisse, 3^e éd., 2005, p. 188, n. 376). Or, les règles de droit suisse des sociétés ne poursuivent en principe pas de tels buts, de

sorte qu'ils ne ressortissent pas aux lois d'application immédiate (cf. ATF 117 II 494 c. 7, rés. in JT 1993 I 158). Il en va également de même du principe de droit suisse du "Durchgriff", qui ne ressortit pas aux lois d'application immédiate et qui bien qu'en droit interne repose sur la théorie de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC; cf. notamment ATF 128 II 329 c. 2.4 et les arrêts cités), relève dans le cadre de la LDIP du droit des sociétés (ATF 128 III 346 c. 3.1.4, JT 2004 I 349, SJ 2003 I 271; TF 5C.188/2004 du 27 octobre 2004; qualification autonome dans le cadre de la LDIP, cf. Keller/Siehr, Allgemeine Lehre des internationalen Privatrechts, 1986, pp. 434 et 443; Koepfler/Schweizer/Othenin-Girard, op. cit., pp. 152, nn. 301 ss).

La société Y._____ Ltd ayant été valablement incorporée selon le droit de Niue, elle est, conformément à l'art. 154 al. 1 LDIP, régie selon ce droit.

b) L'art. 16 al. 1 LDIP impose au juge d'établir d'office le droit étranger, sans s'en remettre au bon vouloir des parties, auxquelles il doit toutefois donner la possibilité de s'exprimer quant au droit applicable durant la procédure précédant l'application de ce droit. Le juge doit ainsi déterminer le contenu du droit étranger en s'inspirant des sources de celui-ci, c'est-à-dire la législation, la jurisprudence et éventuellement la doctrine (ATF 121 II 436 c. 5a, JT 1996 I 425; TF 5A_50/2008 du 30 avril 2008 c. 4.1).

aa) Conformément à l'International Business Companies Act 2006 de Niue (ci-après: l'International Business Companies Act), les "international business companies", à l'instar d'Y._____ Ltd, qui ne se sont pas faites réinscrire au plus tard le 31 décembre 2006, sont réputées avoir été dissoutes à cette date (art. 331 et 335 de l'International Business Companies Act). Cette loi prévoit en outre que, sauf exception, les biens des sociétés ainsi dissoutes sont dévolus au gouvernement de Niue (art. 267 al. 1 de l'International Business Companies Act).

N'étant pas établi que la société Y._____ Ltd a été réinscrite en Nouvelle-Zélande ou à Niue, il convient de retenir qu'elle a été dissoute d'office le 31 décembre 2006 et que l'ensemble de ses biens ont été dévolus au gouvernement de Niue. Liquidée et dissoute, la société Y._____ Ltd n'existe plus. On ne peut dès lors soutenir qu'elle est titulaire d'une créance dont la défenderesse est débitrice. Il en va à plus forte raison de même du demandeur, que celui-ci puisse ou non se prévaloir du principe de la transparence. Pour cette seule raison déjà, la légitimation active ne peut lui être reconnue.

bb) S'agissant tout particulièrement du principe de la transparence, ni les lois ni la jurisprudence de Niue n'en traitent spécifiquement. Il convient cependant de souligner que Niue est un ancien protectorat britannique qui fut administré à ce titre par la Nouvelle-Zélande (*Commonwealth*). En 1974, Niue a adopté sa propre constitution (Niue Constitution Act 1974 [1974 No 42]; ci-après: la constitution). Selon l'art. 51 de celle-ci, les jugements finaux de la *High Court* de Niue peuvent faire l'objet d'un recours adressé à la *Court of Appeal* de la Nouvelle-Zélande, notamment lorsque la valeur litigieuse atteint au moins 400 dollars néo-zélandais (art. 51 al. 1 let. c de la constitution). S'agissant des décisions de la *Court of Appeal* de la Nouvelle-Zélande portant sur une affaire civile, elles peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la *Supreme Court* de Nouvelle-Zélande (art. 7 du Supreme Court Act 2003 [2003 No 5]; ci-après: le Supreme Court Act), qui a remplacé en 2004 le *Judicial Committee of the Privy Council*, établi à Londres. Aux termes de l'art. 8 du Supreme Court Act, la *Supreme Court* de Nouvelle-Zélande est également compétente en matière de recours interjetés contre des décisions en matière civile de la *High Court*. La *Supreme Court* de Nouvelle-Zélande – et, avant elle, le *Judicial Committee of the Privy Council* – est ainsi la plus haute instance de l'ordre judiciaire de Niue. Il convient dès lors de se référer au régime juridique néo-zélandais applicable en matière de "Durchgriff" ("Corporate veil pierce").

Le droit néo-zélandais présume que les sociétés sont des sujets de droit distincts (NZ Seamens IUOW v. Gearbulk Shipping [NZ] Ltd

[1990] 1 NZLR 688). Il connaît en effet, à l'instar du droit suisse, le principe de la dualité des personnalités juridiques ("Separate legal personality"; *McNamara and McNamara as Trustess of the PH McNamara Family Trust v. Malcolm J. Lusby Ltd & Ors*, HC AK CIV-2006-404-2967), qui a été affirmé dans un arrêt de principe (*Salomon v. Salomon & Co Ltd* [1987] AC 22). Cette affaire concernait un certain Mister Salomon, qui détenait pratiquement toutes les actions de la société Salomon Co Ltd. Il en était en outre l'administrateur-délégué et, sur la base d'une convention, les autres membres de sa famille exerçaient leurs droits de participation à la gestion de la société conformément à ses instructions. La Chambre des Lords (du Royaume-Uni) a décidé que, malgré le fait que Mister Salomon contrôlait la société, il n'en n'était ni un agent ni un trustee, considérant que la société était un sujet de droit distinct de son "contrôleur", Mister Salomon (Walker et al., *Commercial Applications of Company Law in New Zealand*, 2^e éd., Auckland 2005, pp. 303 s.). Le principe de la dualité des personnalités juridiques est décrit comme suit (traduction libre de l'anglais): "Entre l'investisseur, qui participe à titre d'actionnaire, et l'entreprise poursuivie, la loi impose une autre personne, réelle bien qu'artificielle, à savoir la société. L'entreprise poursuivie et l'entreprise de la société; le capital employé est le capital de celle-ci et non pas celui de l'entreprise ou des actionnaires. En supposant, bien entendu, que la société soit valablement constituée et qu'elle ne soit pas un faux-semblant [...], l'idée qu'elle soit un simple dispositif pour poursuivre les buts des actionnaires est une erreur de profane. C'est une manière de parler qui ne peut altérer les aspects légaux des faits" (*Gas Lightning Improvement Co Ltd v. IR Commrs* [1923] AC 723). Il a notamment été retenu que: "le point de départ doit être que l'importance de la doctrine établie dans *Salomon v. Salomon Co Ltd* a été réaccentuée par le Privy Council dans *Lee v Lee's Air Farming...* Toute entorse à la doctrine établie dans *Salomon v. Salomon Co Ltd* doit être surveillée avec beaucoup d'attention" (*Re Securitibank Ltd* [No 2] [1978] 2 NZLR 136 [CA]). Les tribunaux néo-zélandais sont réticents à l'idée de lever le voile sociétal, le principe de la dualité des personnalités juridiques étant fondamental en droit des sociétés (*McNamara and McNamara as Trustess*

of the PH McNamara Family Trust v. Malcolm J. Lusby Ltd & Ors, HC AK CIV-2006-404-2967; Chen v. Butterfield [1996] 7 NZCLC 261,092).

A certaines conditions, la dualité des personnalités juridiques peut être ignorée, notamment en raison d'une loi, lorsque la forme sociale est utilisée afin d'éviter le droit ou lorsque la société agit comme un agent ou un associé du "contrôleur". De manière générale, une injustice ou une inéquité n'est pas suffisante pour justifier l'application du principe de la transparence (Trevor Ivory [1992] 2 NZLR 517; Saville v. Chase Holdings (Wellington) Ltd [1989] 1 NZLR 257). Dans l'hypothèse où la société pourrait être assimilée à un agent ou un associé du "contrôleur", la transparence n'est admise qu'à la condition que la société ne soit pas dotée des ressources nécessaires à l'exercice de son activité et qu'elle n'opérait d'aucune façon de manière indépendante du contrôleur (Smith, Stone & Knight Ltd v. Birmingham Corporation [1939] 4 All ER 116; Walker et al., op. cit. p. 310). Encore faut-il que la société apparaisse comme un faux-semblant ou une façade vouée à dissimuler la participation de l'actionnaire et qu'elle serve à perpétrer une fraude (The Official Assignee as Assignee v. Sanctuary Propvest Ltd, HC AK CIV-2009-404-0852; Grantham/Rickett, Company and Securities Law: Commentary and Materials, Wellington 2002, p. 222).

En tout état de cause, une personne ne saurait constituer une société, exercer une activité par ce biais et en tirer des avantages, pour ensuite se prévaloir de la transparence de cette société (Walker et al., op. cit., p. 307). Il ressort en effet ce qui suit d'un arrêt: "Si une personne choisit de conduire ses affaires par l'intermédiaire de sociétés, elle est avantagée du fait que, de par la loi, ces sociétés sont des entités légales indépendantes, dont la propriété et les actions ne sont légalement pas la propriété ni les actions de leurs fondateurs ou des actionnaires qui les contrôlèrent. Dans mon jugement, les actionnaires qui contrôlent les sociétés ne peuvent pas, en raison des avantages qu'ils en tirent, insister sur l'indépendance légale de celles-ci, puis ensuite soutenir le contraire lorsque [cela n'est plus dans leurs intérêts]" (Tate Access Floors Inc v. Boswell [1991] Ch 512).

dd) En l'espèce, l'affirmation du demandeur selon laquelle il serait l'unique propriétaire des fonds de la société Y._____ Ltd n'est nullement établie. En effet, les seuls fonds dont on a connaissance sont ceux qui ont transité par le compte ouvert auprès de la défenderesse. On ne saurait dès lors retenir qu'économiquement, l'ensemble de la fortune de la société Y._____ Ltd entrerait dans le patrimoine du demandeur. S'agissant des fonds confiés à la défenderesse, on ne peut non plus retenir qu'ils aient été propriété du demandeur. Certes, le demandeur s'est identifié comme l'ayant droit économique de ces valeurs, toutefois la notion d'ayant droit économique ne se recoupe pas avec celle de propriétaire. On peut uniquement retenir qu'à un moment de la relation bancaire entre la société Y._____ Ltd et la défenderesse ainsi que dans le cadre de la relation interne entre le demandeur et la société Y._____ Ltd, le demandeur a disposé d'un intérêt patrimonial sur les avoirs confiés à la défenderesse par la société Y._____ Ltd. Dès lors, une identité économique entre la fortune de la société Y._____ Ltd et le patrimoine du demandeur n'était pas acquise du temps de l'existence de cette société.

Au demeurant, la société Y._____ Ltd a été constituée par le demandeur et a servi au transit - depuis le demandeur jusqu'à la société G._____ AG - de la somme de 200'000 dollars américains. Il n'est pas établi que la société Y._____ Ltd ait souffert d'un manque de ressources ou qu'elle ait agi comme un agent ou un associé du demandeur. Une dépendance de cette société à l'égard du demandeur n'est pas prouvée. En effet, il n'est pas établi, d'une part, que le demandeur en était l'unique organe exécutif; d'autre part, celui-ci avait attribué par procuration, notamment à la société G._____ AG, le pouvoir d'ordonner des virements depuis le compte ouvert auprès de la défenderesse. En tout état de cause, le demandeur ne peut tout d'abord se prévaloir de la dualité des personnalités juridiques afin de bénéficier d'avantages, notamment fiscaux, pour ensuite nier cette dualité lorsque cela serait dans son intérêt. Au vu de ce qui précède, aucun motif ne justifie d'appliquer le principe de la transparence à la présente cause.

c) Par surabondance, on relèvera que, dans l'hypothèse où le droit suisse aurait dû être appliqué, la solution aurait été identique.

Selon la jurisprudence (en particulier TF 4A_384/2008 du 9 décembre 2008 c. 4.1), on ne peut pas s'en tenir sans réserve à l'existence formelle de deux personnes juridiquement distinctes lorsque tout l'actif ou la quasi-totalité de l'actif d'une société anonyme appartient soit directement, soit par personnes interposées, à une même personne, physique ou morale. Malgré la dualité de personnes à la forme, il n'existe pas d'entités indépendantes, la société étant un simple instrument dans la main de son auteur, lequel, économiquement, ne fait qu'un avec elle. Selon le principe de la transparence, on doit dès lors admettre, à certains égards, que, conformément à la réalité économique, il y a identité de personnes et que les rapports de droit liant l'une lient également l'autre; ce sera le cas chaque fois que le fait d'invoquer la diversité des sujets constitue un abus de droit ou a pour effet une atteinte manifeste à des intérêts légitimes: principe de la transparence ou "Durchgriff", déduit de l'art. 2 CC (ATF 132 III 489 c. 3.2, JT 2007 II 81; ATF 132 III 737 c. 2.3; ATF 128 II 329 c. 2.4; ATF 113 II 31 c. 2c, JT 1988 I 20; ATF 121 III 319 c. 5a/aa, rés. in JT 1996 I 92, et les arrêts cités; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996, pp. 65 s., nn. 51 ss).

On ne peut ainsi faire abstraction de l'indépendance juridique que lorsque le principe de la bonne foi dans les affaires l'exige (ATF 92 II 160, JT 1967 I 186; ATF 85 II 111 c. 3, JT 1960 I 19; ATF 81 II 455 c. 2b, JT 1956 I 491), soit lorsque le fait de s'en prévaloir constitue un abus de droit ou a pour effet une violation manifeste d'intérêts légitimes (ATF 128 II 329 c. 2.4; ATF 113 II 31 c. 2c, JT 1988 I 20; ATF 112 II 503 c. 3b, JT 1987 I 168; ATF 108 II 213 c. 6a, rés. in JT 1983 I 30, et les références; TF 4C.335/1999 du 25 août 2000, SJ 2001 I 186; TF, 21 février 1973, SJ 1973 p. 369; ATF 72 II 67, JT 1947 I 117, SJ 1946 p. 343; ATF 71 II 272, JT 1946 I 270; Chappuis, L'abus de droit en droit suisse des affaires, in L'abus de droit – Comparaisons franco-suisse, Saint-Etienne 2001, p. 92). Ainsi, l'indépendance juridique entre l'actionnaire unique et la société anonyme

ne peut pas être invoquée dans un but qui ne mérite pas la protection de la loi, comme éluder un contrat (ATF 113 II 31 c. 2c, JT 1988 I 20) ou une prohibition de concurrence, ou encore contourner une interdiction (TF 4C.327/2005 du 24 novembre 2006 c. 3.2.4; Chappuis, op. cit., p. 93). En bref, l'indépendance juridique d'une société anonyme par rapport à son actionnaire unique est la règle et ce n'est qu'exceptionnellement, soit en cas d'abus de droit, qu'il pourra en être fait abstraction (ATF 113 II 31 c. 2c, JT 1988 I 20; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, op. cit., p. 966, nn. 53 ss; Hovagemyan, *Transparence et réalité économique des sociétés*, 1994, p. 25, n° 8).

Cette jurisprudence a pour corollaire que ni l'actionnaire ni la société ne peuvent se prévaloir de l'identité économique pour faire échec à la dualité juridique (ATF 121 III 319 c. 5a/bb, rés. in JT 1996 I 92, et les références).

En l'espèce, comme relevé auparavant, une identité économique entre le demandeur et la société Y. _____ Ltd n'est pas établie. Il en va de même d'une dépendance de cette société par rapport au demandeur. Pour ces raisons déjà, le demandeur ne pourrait pas invoquer la théorie de la transparence. A cela s'ajoute le fait que la théorie de la transparence ne vise qu'à protéger les créanciers floués qui se verraient indûment opposer la dualité des personnalités juridiques. Or, le demandeur est actionnaire de la société Y. _____ Ltd et, partant, ne peut invoquer cette théorie à son avantage. La transparence se fondant sur l'abus de droit et ne devant être admise qu'exceptionnellement, son champ d'application ne saurait ici être étendu à la protection des intérêts de l'actionnaire. En effet, une personne qui a elle-même intentionnellement créé une situation juridique ne saurait, conformément au principe de la bonne foi, s'en prévaloir pour fonder un abus de droit dont elle se prétend victime. Le demandeur doit en l'espèce se laisser imputer l'organisation juridique qu'il a établie. En définitive, pour toutes ces raisons, même en cas d'application du droit suisse, le demandeur ne pourrait se prévaloir de la théorie de la transparence.

d) Il résulte de ce qui précède que le demandeur ne peut être reconnu titulaire de la créance litigieuse, si tant est qu'elle existe. La légitimation active ne peut ainsi lui être reconnue.

Cela entraîne le rejet de l'action ouverte par le demandeur selon demande du 23 juin 2003.

III. En vertu de l'art. 92 al. 1 CPC (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966; RSV 270.11), les dépens sont alloués à la partie qui a obtenu l'adjudication de ses conclusions. Ces dépens 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). Les frais de justice englobent l'émolument de justice, ainsi que les frais de mesures probatoires. Les honoraires d'avocat sont fixés selon le tarif des honoraires d'avocat dus à titre de dépens du 17 juin 1986 (RSV 177.11.3). Les débours consistent dans le paiement d'une somme d'argent précise pour une opération déterminée (timbres, taxes, estampilles).

A l'issue d'un litige, le juge doit rechercher lequel des plaideurs gagne le procès sur le principe et lui allouer une certaine somme en remboursement de ses frais, à la charge du plaideur perdant, et non répartir les dépens proportionnellement aux montants alloués (Poudret/Haldy/Tappy, op. cit., n. 3 ad art. 92 CPC).

Obtenant gain de cause, la défenderesse a droit à des dépens, à la charge du demandeur, qu'il convient d'arrêter à 20'422 fr. 50, savoir :

- a 12'00 fr à titre de participation aux honoraires de
) 0 . son conseil;
- b 600 fr pour les débours de celui-ci;
) .
- c) 7'822 fr 50 en remboursement de son coupon de
. justice.

**Par ces motifs,
la Cour civile,
statuant à huis clos,
prononce :**

- I. L'action ouverte par le demandeur V. _____ à l'encontre de la défenderesse K. _____, selon demande du 23 juin 2003, est rejetée.

- II. Les frais de justice sont arrêtés à 11'339 fr. 50 (onze mille trois cent trente-neuf francs et cinquante centimes) pour le demandeur et à 7'822 fr. 50 (sept mille huit cent vingt-deux francs et cinquante centimes) pour la défenderesse.

- III. Le demandeur versera à la défenderesse le montant de 20'422 fr. 50 (vingt mille quatre cent vingt-deux francs et cinquante centimes) à titre de dépens.

Le président :

Le greffier :

P. - Y. Bosshard

J. Greuter

Du

Le jugement qui précède, dont le dispositif a été communiqué aux parties le 3 février 2010, lu et approuvé à huis clos, est notifié, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties.

Les parties peuvent recourir au Tribunal cantonal dans les dix jours dès la notification du présent jugement en déposant au greffe de la Cour civile un acte de recours en deux exemplaires désignant le jugement attaqué et contenant leurs conclusions en nullité, ou leurs conclusions en réforme dans les cas prévus par la loi.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss et 90 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF). L'art. 100 al. 6 LTF est réservé.

Le greffier :

J. Greuter