

# VD\_GERICHTE CM10.036658 vom 16. Dezember 2010

VD Tribunal cantonal, 2010-12-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_gerichte\\_CM10.036658](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_gerichte_CM10.036658)

FR: VD\_GERICHTE CM10.036658 du 16 décembre 2010

IT: VD\_GERICHTE CM10.036658 del 16 dicembre 2010

## Erwägungen

### E. 1

L'appelante et requérante aux mesures provisionnelles A.\_\_\_\_\_ SA est une société anonyme de droit privé dont le but est "entreprise générale de construction".

- 3 - L'intimée à l'appel et intimée aux mesures provisionnelles M.\_\_\_\_\_ est propriétaire des immeubles sis [...], à Lausanne

### E. 2

Le 27 juillet 2010, l'intimée, représentée par la société I.\_\_\_\_\_ SA, a conclu un contrat d'entreprise avec la société P.\_\_\_\_\_ 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."

### E. 3

Le 23 septembre 2010, la requérante a donné mandat à la Banque Z.\_\_\_\_\_ d'émettre une garantie bancaire, d'un montant de 166'865 fr., pour le compte de la société P.\_\_\_\_\_ 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 [...] à [...] Lausanne, selon contrat d'entreprise no 02".

### E. 4

Le 27 septembre 2010, la Banque Z.\_\_\_\_\_ a émis une garantie bancaire libellée en ces termes: "GARANTIE BANCAIRE N° [...] 1 Pour compte de P.\_\_\_\_\_ SA [...]"

- 4 - Case postale [...] [...] la Banque Z.\_\_\_\_\_, [...] (ci-après: [...]) accorde une garantie bancaire indépendante et irrévocable à M.\_\_\_\_\_ Représentée par [...] [...] [...] [...] [...] LAUSANNE (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. La Banque Z.\_\_\_\_\_ 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) La Banque Z.\_\_\_\_\_ 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 P.\_\_\_\_\_ 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 la Banque Z.\_\_\_\_\_ d'ici cette date au plus tard, indépendamment du fait qu'il s'agisse d'un jour ouvrable ou non. [...] " Entendues par le premier juge à l'audience du 3 décembre 2010, 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 P.\_\_\_\_\_ SA. 5.a) Dans un courrier du 21 octobre 2010, la requérante a écrit ce qui suit à l'architecte F.\_\_\_\_\_, de la société I.\_\_\_\_\_ SA: "[...] Transformation Immeubles – [...] 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 P.\_\_\_\_\_ 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%.

- 5 - 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 1er novembre 2010. De plus, nous vous confirmons qu'A.\_\_\_\_\_ SA, sous son entière responsabilité, a chargé la Banque Z.\_\_\_\_\_ d'émettre une garantie bancaire d'un montant de CHF 166'865.- pour le compte de P.\_\_\_\_\_ 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: N.\_\_\_\_\_ S.\_\_\_\_\_ B.\_\_\_\_\_ " Entendu en qualité de témoin par le premier juge, D.\_\_\_\_\_, 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 P.\_\_\_\_\_ SA à F.\_\_\_\_\_. Ce dernier lui a demandé de confirmer son offre par écrit, ce qui a été fait par le courrier du 21 octobre 2010 précité. A la suite de la réception de ce dernier, F.\_\_\_\_\_ 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 N.\_\_\_\_\_ – en même temps que l'original à F.\_\_\_\_\_. Entendue à l'audience du 3 décembre 2010, l'intimée a affirmé que T.\_\_\_\_\_ avait reçu ce courrier le 28 octobre 2010. b) Le 22 octobre 2010, le consortium G.\_\_\_\_\_ SA – H.\_\_\_\_\_ SA a écrit ce qui suit à N.\_\_\_\_\_: "[...] 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 1er novembre 2010, nous avons décidé de nous associer avec l'entreprise H.\_\_\_\_\_ 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

- 6 - compétence professionnelle. 2. Le marché se fera selon les particularités du dossier de soumission, rendu en date du 2 septembre 2009 par l'entreprise G.\_\_\_\_\_ 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. [...]"

#### **E. 6**

Le 25 octobre 2010, T.\_\_\_\_\_ a écrit ce qui suit à la société P.\_\_\_\_\_ 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 Messieurs D.\_\_\_\_\_, directeur de la société A.\_\_\_\_\_ SA, F.\_\_\_\_\_, architecte, S.\_\_\_\_\_, ingénieur civil, ainsi que le soussigné de droite [réd.: N.\_\_\_\_\_], 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 P.\_\_\_\_\_ 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 P.\_\_\_\_\_ 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, [...]. 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 la Banque Z.\_\_\_\_\_. [...]" Le même jour, B.\_\_\_\_\_, agent d'affaires mandaté par la - 7 - société P.\_\_\_\_\_ SA, a adressé un courrier aux clients et fournisseurs de celle-ci, libellé en ces termes: "[...] Je vous informe que je suis consulté par P.\_\_\_\_\_ 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 de [...], en vue de faire prononcer la faillite sans poursuite préalable de P.\_\_\_\_\_ 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. [...]"

#### **E. 7**

Le 27 octobre 2010, la société P.\_\_\_\_\_ 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, N.\_\_\_\_\_ a envoyé un courriel à la société

G.\_\_\_\_\_ 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 G.\_\_\_\_\_ SA – H.\_\_\_\_\_ 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 Monsieur F.\_\_\_\_\_, architecte en charge des travaux. [...]"

### **E. 7.1**

(...) Les situations et factures sont payées: - Situations estimatives payables à 80%. - Situations selon métrés payables à 90%, avec métrés annexés à la facture. - Solde de compte payable à 90% jusqu'à ce que les travaux de retouches soient entièrement exécutés selon le procès-verbal de la réception définitive des travaux. payable à 100% contre remise de garantie bancaire représentant le 10% du montant de la facture finale, valable 24 mois à partir de la date de réception des travaux de retouches exécutés (...)" 2. A l'audience de ce jour, la cour de céans a entendu comme

- 13 - témoin F.\_\_\_\_\_, administrateur de la société I.\_\_\_\_\_ SA, mandatée par la M.\_\_\_\_\_ pour le chantier du chemin [...]. Le témoin a expliqué être l'auteur du tableau récapitulatif des surcoûts subis par l'intimée à la suite de la faillite de P.\_\_\_\_\_ SA et a confirmé les chiffres qui y figurent, tout en précisant que ses estimations ne pouvaient pas être définitives vu l'importance du chantier – qu'il a chiffré à 11 millions de francs – car d'autres dommages pourraient surgir à l'avenir. Sur la question de la garantie bancaire, le témoin a déclaré qu'il avait proposé à l'intimée d'en exiger une de l'entrepreneur; il a expliqué que sa longue pratique sur de gros chantiers lui a appris à demander une telle garantie systématiquement à la conclusion du contrat. Selon le témoin, cette garantie avait pour objet de garantir au maître de l'ouvrage que l'entrepreneur allait terminer le chantier, et non de garantir la bonne façon des travaux effectués, une garantie de ce type-ci n'étant exigée qu'à la fin des travaux. Le témoin a ajouté que, puisque la situation financière de P.\_\_\_\_\_ SA le préoccupait, il a pris contact le 19 octobre 2010 avec D.\_\_\_\_\_, de la société A.\_\_\_\_\_ SA, pour trouver un entrepreneur prêt à continuer et terminer les travaux. Lors de cet entretien, D.\_\_\_\_\_ a expliqué au témoin vouloir reprendre le chantier, mais qu'il ne pouvait pas s'aligner sur les prix très bas offerts par P.\_\_\_\_\_ SA. Le témoin a d'ailleurs reçu confirmation de cette position le 21 octobre 2010. Il s'est alors adressé à la société G.\_\_\_\_\_ SA, qui était la deuxième, en termes de prix, parmi les sociétés ayant répondu à la soumission de l'intimée. Les travaux ont été adjugés à cette entreprise le 27 octobre 2010. Ce n'est que le 28 octobre 2010 que la société A.\_\_\_\_\_ SA a fait parvenir à l'intimée une nouvelle offre à la baisse, s'alignant sur les prix initialement proposés par P.\_\_\_\_\_ SA. Ce témoin a ainsi confirmé la teneur des courriers d'G.\_\_\_\_\_ SA du 22 octobre 2010 et de T.\_\_\_\_\_ du 25 octobre 2010. Ses déclarations concordent en outre avec celles du témoin D.\_\_\_\_\_, entendu par le premier juge.

- 14 - En droit : I. L'appel a été formé en temps utile, dans le délai de dix jours dès la notification de l'ordonnance querellée (art. 112 al. 1 CPC-VD), étant précisé que l'appel formé contre une ordonnance de mesures provisionnelles dont le dispositif a été rendu en 2010 doit être traité selon l'ancien droit de procédure civile (art. 405 al. 1 CPC; TF 4A\_106/2011 du 31 mars 2011 destiné à la publication, JT 2011 II 226, RSJ 2011 p. 261). Les pièces nouvelles produites par l'intimée avec ses déterminations du 27 mai 2011 sont

irrecevables dans la mesure où elles tendent à établir des faits postérieurs à cette ordonnance non prévisibles de manière certaine ou quasi certaine (CCiv 6 mai 2011/62; CREC II 12 septembre 2007/128; Tappy, Quelques aspects de la procédure de mesures provisionnelles, spécialement en matière matrimoniale, in JT 1994 III 33, pp. 59-60); celles qui sont antérieures à la décision du premier juge sont en revanche recevables. II. L'appelante tend à ce qu'interdiction soit faite à la Banque Z. \_\_\_\_\_ de donner suite à un ordre de libération de la garantie émanant de l'intimée. Comme le premier juge, on peut dès lors se demander si la banque n'aurait pas également dû être partie à la présente procédure, en tant qu'intimée ou cointimée. En matière de garantie bancaire ou d'accréditif en particulier, la doctrine et la jurisprudence paraissent admettre que l'on puisse demander au juge qu'il soit fait interdiction à la banque en tant que tiers de payer la somme d'un accréditif, les seuls parties au procès étant le donneur d'ordre et le bénéficiaire (de Gottrau, Garantie bancaire II, FJS 1349, pp. 26-27; de Gottrau, Le crédit documentaire et la fraude, thèse Genève 1999, pp. 395-396; SJ 1985 p. 609 c. 9b; SJ 1983 p. 25 c. 1b et les références citées). Il est en effet communément admis que le juge des mesures provisionnelles puisse donner des ordres à des tiers auprès

- 15 - desquels se trouve l'objet du litige, et notamment au mandataire de l'une des parties en cause (de Gottrau, FJS 1349, op. cit., p. 26; Dohm, Mesures conservatoires dans le cadre des garanties bancaires "à première demande", SAS 54 (1982), p. 68). Cependant, cette construction présuppose l'existence d'un rapport de valeur – ou contractuel de base – entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire (de Gottrau, FJS 1349, op. cit., p. 26; de Gottrau, thèse, op. cit., p. 395). Or, en l'espèce, il n'y a pas de rapport de valeur entre l'appelante et l'intimée, l'appelante s'étant engagée à fournir la garantie bancaire pour un tiers, P. \_\_\_\_\_ SA. Ainsi, comme l'a vu le premier juge, l'admissibilité de mesures provisionnelles dirigées par le donneur d'ordre contre le seul bénéficiaire, mais visant la banque, paraît douteuse, alors même que l'appelante aurait parfaitement pu diriger ses mesures contre la banque (de Gottrau, FJS 1349, op. cit., pp. 28 ss.; de Gottrau, thèse, op. cit., pp. 398 ss). Vu ce qui va suivre, il n'est toutefois pas nécessaire de trancher cette question. III.a) Selon la doctrine, la nature même du contrat de garantie en fait une institution juridique complexe d'un maniement extrêmement difficile. Du moment qu'il s'agit de garantir l'exécution de l'obligation d'un tiers que la banque connaît forcément mal, il se pose la question de savoir s'il y a véritablement inexécution. En outre, et c'est là la question fondamentale en matière de garantie bancaire, il s'agit de déterminer à quelles conditions exactement le client qui a demandé à sa banque l'ouverture d'une garantie en faveur de son cocontractant désire que la banque s'exécute. Enfin, il n'est pas indifférent de savoir ce qu'a compris et désire le bénéficiaire de la garantie au moment de l'ouverture de celle-ci. A ces difficultés déjà nombreuses, il convient d'ajouter qu'au moment où un client demande l'ouverture d'une garantie bancaire, il désire conclure une affaire et que l'existence de cette garantie bancaire est souvent la condition mise par le bénéficiaire pour la conclusion du contrat.

- 16 - Le client sera donc amené, en vue de conclure l'affaire, à accepter de faire ouvrir une garantie à première demande qui l'expose à la voir être appelée sans qu'une inexécution puisse lui être imputée dans la relation de valeur (Guggenheim, Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4ème éd., p. 331; Rapp, Garanties à première demande et autres garanties bancaires, in CEDIDAC n° 33, Sûretés et garanties bancaires, pp. 260 ss). D'un point de vue fonctionnel ou, autrement dit, selon leurs modes de mise en œuvre ou de réalisation,

soit la manière dont le bénéficiaire peut obtenir le paiement de la somme garantie, les garanties bancaires peuvent être soit à première demande, soit documentaires, appelées aussi conditionnelles. Lorsqu'une garantie bancaire à première demande ("garantie de bonne exécution" ou "garantie de bonne fin"; "Leistungsgarantie" ou "Lieferungsgarantie de bonne fin"; "performance guarantee" ou "performance bond") a été délivrée, le garant doit honorer son engagement, sans égard à un éventuel litige relatif au contrat de base, aussitôt après l'appel du bénéficiaire. La simple déclaration du bénéficiaire suffit pour que le garant ait à payer l'intégralité de la somme prévue. Une garantie à première demande peut contenir une clause d'effectivité (Effektivklausel), soit une clause indiquant par exemple que le paiement interviendra à première demande lorsque le dommage se produit, la question du degré de preuve de ce dommage étant discuté en doctrine. A la différence de la garantie à première demande, la garantie documentaire ou conditionnelle ne peut être mise en œuvre que par la présentation par le bénéficiaire d'un ou de plusieurs documents mentionnés dans le contrat de garantie, comme par exemple une attestation du bénéficiaire selon laquelle l'exportateur n'a pas correctement exécuté les obligations lui incombant d'après le contrat de base, des certificats émis par des tiers indépendants dans lesquels le dommage subi par le bénéficiaire ou la réalisation des autres conditions auxquelles est liée la mise en œuvre de la garantie est constaté, ou enfin, la production d'une décision d'un tribunal ou d'une instance arbitrale. Si les documents prévus ne sont pas présentés, la garantie n'est pas payée (ATF 119 II 132, SJ 1993 p. 492 c. 5a, rés. in JT 1994 I 320 et les références citées; Rapp, op. cit., pp. 277 ss).

- 17 - Outre cette distinction fondée sur le mode de mise en œuvre de la garantie, la doctrine distingue également différents types de garanties bancaires en fonction de l'objet qu'elles garantissent. Ainsi, par exemple, la garantie de bonne exécution est destinée à assurer l'acheteur contre une prestation non conforme au contrat de base conclu avec le vendeur, que cette prestation soit défectueuse, tardive ou inexécutée. Le terme de "garantie de bonne exécution" couvrirait ainsi plusieurs types d'objets, telles les garanties d'exécution ou de bonne fin. Alors que la première garantirait le bénéficiaire contre le risque d'inexécution par le donneur d'ordre de son obligation de faire, la seconde couvrirait le risque de défaut de la chose (de Gottrau, FJS 1348, Garantie bancaire I, pp. 11-12 et les références citées à la note infrapaginale n° 55; cf. également les modèles présentés in CEDIDAC n° 33, op. cit., pp. 375-378, pp. 392-394 et pp. 457-459). La doctrine précise que la garantie de bonne fin ne servirait en réalité qu'à compléter la garantie de bonne exécution, afin d'assurer l'absence de défauts de la chose lors de la livraison et la suppression de ces défauts dans un certain délai. Plusieurs auteurs considèrent ainsi que la garantie de bonne fin serait une sous-catégorie de la garantie de bonne exécution (Dohm, Les garanties bancaires dans le commerce international, Berne 1986, pp. 36-37 et les références citées à la note infrapaginale n° 7; Logoz, La protection de l'exportateur face à l'appel abusif à une garantie bancaire, thèse Lausanne 1991, p. 34, et les références citées aux notes infrapaginales n° 49, 51 et 52; Rapp, op. cit., p. 275). b) En l'espèce, l'appelante soutient essentiellement que l'intimée ne pouvait faire appel à la garantie donnée, pour le motif que la garantie serait intitulée "de bonne fin" et qu'on ne pourrait ainsi y faire appel qu'une fois l'ouvrage achevé et livré, afin de garantir les défauts cachés. L'intimée fait en revanche valoir que la garantie bancaire "de bonne fin" visait à lui assurer que l'entrepreneur achèverait les travaux commencés. A défaut, la garantie devait ainsi couvrir le dommage résultant de l'arrêt des travaux, pour quelque raison que ce soit. Elle soutient en outre qu'une autre garantie, à fournir lors de l'achèvement des travaux et prévue par le contrat, couvrirait les défauts cachés.

- 18 - Ainsi, les parties sont divisées au sujet de la portée de la garantie litigieuse et celle-ci ne permet pas, de prime abord, de résoudre cette difficulté, de sorte qu'il convient d'en interpréter le contenu à la lumière des règles relatives à l'interprétation des contrats. IV.a) En présence d'un litige relatif à l'interprétation d'un contrat, le juge doit tout d'abord s'efforcer de déterminer la commune et réelle intention des parties, sans s'arrêter aux expressions ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou si les volontés intimes divergent, le juge doit interpréter les déclarations et les comportements selon le principe de la confiance, en recherchant comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. Le principe de la confiance permet d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même si celui-ci ne correspond pas à sa volonté intime (TF 4A\_272/2010 du 30 juillet 2010 c. 3.1; ATF 133 III 675 c. 3.3, JT 2008 I 508 et les références citées; Tercier, Le droit des obligations, 4ème éd., nn. 193 ss, pp. 57-58). Pour interpréter un contrat selon le principe de la confiance, un texte clair prévaudra en principe, dans le processus d'interprétation, contre les autres moyens d'interprétation. Toutefois, il ressort de l'art. 18 al. 1 CO que le sens d'un texte, même clair, n'est pas forcément déterminant et que l'interprétation purement littérale est au contraire prohibée. En effet, même si la teneur d'une clause contractuelle paraît claire à première vue, il peut résulter d'autres conditions du contrat, du but poursuivi par les parties ou d'autres circonstances que le texte de la clause litigieuse ne restitue pas exactement le sens de l'accord conclu. Il n'y a cependant pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les cocontractants lorsqu'il n'y a aucune raison de penser que celui-ci ne correspond pas à leur volonté (ATF 136 III 186 c. 3.2.1; ATF 4A\_272/2010 du 30 juillet 2010 précité c. 3.; ATF 135 III 295 c. 5.2, JT 2009 I 396).

- 19 - b) En l'espèce, la garantie bancaire délivrée à l'intimée le 27 septembre 2010 est une garantie bancaire à première demande, comme le mentionne les termes d'après lesquels la Banque Z.\_\_\_\_\_ 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 P.\_\_\_\_\_ SA n'a pas rempli ses obligations contractuelles. Ainsi, la simple déclaration du bénéficiaire, soit en l'espèce l'intimée, suffisait pour que le garant, soit la banque, doive honorer son engagement, sans égard à un éventuel litige relatif au contrat de base, aussitôt après l'appel du bénéficiaire. Du reste, c'est ce que la banque a reconnu dans sa lettre du 10 novembre 2010 qui mentionnait que la demande de paiement du 5 novembre 2010 était pleinement conforme aux termes de son engagement. En ce qui concerne le type de garantie dont il s'agit, la garantie bancaire du 27 septembre 2010 est accordée, de manière indépendante et irrévocable, à l'intimée concernant "la bonne fin des travaux" des immeubles sis au chemin [...]. La banque s'est engagée à effectuer son paiement "dès que le bénéficiaire lui aura signifié par écrit que P.\_\_\_\_\_ SA n'a pas rempli ses obligations". On comprend ainsi que la "bonne fin des travaux" correspond au fait pour P.\_\_\_\_\_ SA de remplir ses obligations contractuelles, parmi lesquelles figurent évidemment une obligation d'exécution du contrat ainsi qu'une obligation de bonne facture. On doit encore examiner, toutefois, si la volonté réelle des parties différerait du sens littéral du texte de la garantie. Il ressort du point 7.1 contrat d'entreprise du 27 juillet 2010 que le maître de l'ouvrage s'engage à payer, en cours de chantier, les situations estimatives à hauteur de 80% et les situations selon métrés à hauteur de 90%. En ce qui concerne le solde de compte en revanche, soit à la fin du chantier, le contrat prévoit que le maître de l'ouvrage

doit s'acquitter du 100% du solde de compte uniquement "contre la remise d'une garantie bancaire représentant le 10% du montant de la facture finale, valable 24 mois à partir de la date de réception des travaux de

- 20 - retouches exécutés", faute de quoi il ne doit s'acquitter que du 90% du solde de compte. Ce même contrat prévoit, à son chiffre 7.2, qu'une garantie de bonne fin des travaux, celle litigieuse, d'un montant égal à 10% du montant du contrat doit être fournie à la conclusion du contrat sous forme de garantie bancaire. Le contrat d'entreprise signé le 27 juillet 2010 prévoit donc un système de garantie en deux temps. Une première garantie bancaire, intitulée "de bonne fin", à fournir à la conclusion du contrat, puis une seconde garantie bancaire, sans nom particulier, représentant le 10% de la facture finale et valable 24 mois à partir de la date de réception des travaux de retouches exécutés. Il apparaît ainsi que la seconde garantie doit être fournie après l'établissement de la facture finale, soit à la fin des travaux. Son texte est clair: elle garantit les défauts qui pourraient survenir dans les deux ans après la fin des travaux. Par conséquent, la première garantie, fournie à la conclusion du contrat, ne peut tendre qu'à garantir l'achèvement des travaux. Puisque, en l'occurrence, les parties n'ont ni allégué, ni a fortiori rendu vraisemblable, que les travaux seraient terminés ou qu'une facture finale aurait été établie, on voit mal que la garantie litigieuse puisse être celle prévue au point 7.1 du contrat. Il ne peut s'agir que de la garantie prévue au chiffre 7.2 du contrat, ce qu'elles ne contestent d'ailleurs pas. C'est également dans ce but que le témoin F. \_\_\_\_\_, entendu à l'audience de ce jour, a conseillé à l'intimée d'exiger la fourniture d'une telle garantie. Il a en effet expliqué avoir pour pratique constante et régulière d'exiger de telles garanties de la part des entrepreneurs afin de couvrir le risque d'une faillite. Ce témoignage est corroboré par le fait que la garantie a été demandée dès la conclusion du contrat. En fournissant une telle garantie, les parties au contrat d'entreprise ont ainsi démontré que leur intention était de couvrir le risque de ne pas voir les travaux achevés. Peu importe donc que la garantie soit intitulée "de bonne fin". Peu importe également que l'appelante ne soit pas partie au contrat d'entreprise; elle doit se laisser imputer la volonté de la société pour laquelle elle a fourni cette garantie bancaire. Il ressort donc des

- 21 - circonstances que l'appelante ne pouvait de bonne foi pas comprendre qu'elle n'aurait à souffrir la libération de la garantie qu'en cas de défauts cachés survenus après l'achèvement des travaux. En d'autres termes, l'interprétation de la garantie bancaire selon le principe de la confiance conduit à retenir que l'intimée pouvait de bonne foi considérer qu'elle pourrait en requérir le paiement à partir du moment où P. \_\_\_\_\_ SA n'était plus en position d'achever les travaux qui lui avaient été adjugés. Au vu de ce qui précède, l'intimée est donc fondée à réclamer la libération de la garantie bancaire prévue par le contrat d'entreprise. Partant, l'appel déposé par A. \_\_\_\_\_ SA doit être rejeté et l'ordonnance entreprise confirmée. V. Il peut arriver dans la pratique qu'une personne qui a donné l'ordre à la banque d'ouvrir une garantie estime que la banque risque d'être appelée en paiement par le bénéficiaire de façon illégitime, ce dernier se prévalant d'une garantie principale qui lui permet d'obtenir paiement à «première demande». Le donneur d'ordre est d'avis qu'il a exécuté ses obligations dans le cadre du contrat de base et que le bénéficiaire abuse simplement du mécanisme de la garantie qui lui permet d'obtenir paiement de la banque sans autre examen. Il se peut aussi que cette personne craigne que la banque paie, alors qu'à son avis, elle agit à titre subsidiaire et non principal, ou, plus simplement que les conditions de la mise en œuvre de la garantie principale ne sont pas réalisées. Cette

personne pourra estimer qu'il vaut mieux empêcher la banque de payer au moyen d'une mesure provisionnelle que de devoir ensuite la rechercher en responsabilité, voire d'intenter une action en enrichissement illégitime contre le bénéficiaire (Guggenheim, op. cit., p. 360). Les tribunaux suisses reconnaissent que le principe de la bonne foi et son corollaire, l'interdiction de l'abus de droit défini à l'art. 2 CC (Code civile suisse du 10 décembre 1907; RS 210), sont applicables à la garantie bancaire. Le donneur d'ordre qui considère que l'appel à la garantie par le bénéficiaire est constitutif d'un abus de droit pourra donc

- 22 - démontrer cette circonstance en tenant compte du lien économique existant entre le contrat de base et le contrat de garantie, ainsi que de la fonction de sûreté que remplit la garantie bancaire. Toutefois, la jurisprudence maintient une interprétation très restrictive de la notion d'abus de droit. D'après cette jurisprudence, l'appel à la garantie doit être considéré comme abusif chaque fois que le bénéficiaire y fait appel alors qu'il n'en a aucun droit, quel que soit le point de vue adopté, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce (Guggenheim, op. cit., pp. 367- 368). Récemment, le Tribunal fédéral a rappelé que pour éviter de porter atteinte au principe de l'indépendance de la garantie bancaire, l'abus de droit doit être manifeste ou, en d'autres termes, que le refus du paiement d'une telle garantie, au motif que le bénéficiaire y fait appel de manière abusive, doit rester exceptionnel (TF 4A\_171/2007 du 15 août 2007 c. 4.1 in fine et les références citées). En l'occurrence, l'appelante soutient essentiellement que l'intimée ne pouvait faire appel à la garantie donnée, pour le motif que la garantie serait intitulée de bonne fin et qu'on ne pourrait ainsi y faire appel qu'une fois l'ouvrage achevé et livré. Cependant, cette interprétation ne résulte pas de la lecture même du texte de la garantie; au contraire, d'après ce texte, le garant s'engage à payer dès que le bénéficiaire lui aura signifié par écrit que P. \_\_\_\_\_ SA n'a pas rempli ses obligations contractuelles. On a vu par ailleurs que cette interprétation correspond à la réelle volonté des parties. Le garant lui-même a reconnu qu'il devait payer et que la demande de paiement du 5 novembre 2010 était pleinement conforme aux termes de son engagement. Du reste, étant tombée en faillite, P. \_\_\_\_\_ SA n'a pu achever les travaux de construction qui lui avaient été confiés par l'intimée. Ainsi, on ne saurait considérer que l'intimée n'aurait pas droit de faire appel à la garantie. L'argument de l'appelante tendant à démontrer l'appel abusif à la garantie est ainsi mal fondé et la requête d'appel doit être rejetée pour ce motif également.

- 23 - VI. L'intimée obtient gain de cause et a ainsi droit à de pleins dépens à la charge des intimés, solidairement entre eux (art. 92 al. 1 CPC- VD). Au vu des opérations effectuées et de la valeur litigieuse, les dépens d'appel sont arrêtés à 3'000 fr. à titre de participation aux honoraires et débours du conseil de l'intimée. VII. Le présent arrêt d'appel sur mesures provisionnelles est rendu par un tribunal supérieur au sens de l'art. 75 al. 2 LTF (loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005; RS 173.110), de sorte qu'il ne peut faire l'objet d'un appel au sens des art. 308 ss CPC devant une autorité cantonale. Seul est ouvert le recours en matière civile (art. 72 ss LTF et 90 ss LTF), cas échéant le recours constitutionnel subsidiaire (art. 113 ss LTF) par- devant le Tribunal fédéral (TF 5A\_162/2011 du 19 avril 2001 c. 2.2 destiné à la publication).

## **E. 8**

Le 29 octobre 2010, le conseil de la requérante a adressé le

- 8 - courrier suivant à l'architecte F. \_\_\_\_\_: "[...] 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 P.\_\_\_\_\_ 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 P.\_\_\_\_\_ 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 P.\_\_\_\_\_ 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 1er 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 P.\_\_\_\_\_ SA ou proposées par A.\_\_\_\_\_ SA. 5.- P.\_\_\_\_\_ 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 P.\_\_\_\_\_ SA, en date du 27 juillet 2010. Il n'y aura dès lors aucun dommage pour le propriétaire du fait de la faillite de P.\_\_\_\_\_ 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 G.\_\_\_\_\_ SA – H.\_\_\_\_\_ SA de l'éventuelle rétraction de son engagement d'adjudication. Le consortium lui a répondu qu'il s'y opposait.

- 9 -

## **E. 9**

A l'audience du 3 décembre 2010, l'intimée a déclaré avoir fait un premier appel à la garantie le 3 novembre 2010, mais que la Banque Z.\_\_\_\_\_ 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 la Banque Z.\_\_\_\_\_, dont on retient ce qui suit: "Concerne: Garantie bancaire no [...].1 – M.\_\_\_\_\_ c/ P.\_\_\_\_\_ 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 P.\_\_\_\_\_ 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 P.\_\_\_\_\_ SA le 25 octobre 2010 et qui vous a été adressée en copie le même jour, sont avérés. 2. Un courrier adressé par Monsieur

B. \_\_\_\_\_, agent d'affaires, en date du 25 octobre 2010, dont une copie est jointe à la présente, annonce la faillite de la société P. \_\_\_\_\_ 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. A l'audience devant le premier juge, l'intimée a expliqué que la société G. \_\_\_\_\_ 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. N. \_\_\_\_\_ a déclaré qu'il ignorait alors que Beat Holzer avait été directeur ad intérim de la société P. \_\_\_\_\_

- 10 - SA. b) Par requête de mesures d'extrême urgence et provisionnelles du 9 novembre 2010, la requérante a pris contre l'intimée M. \_\_\_\_\_, 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 la Banque Z. \_\_\_\_\_, de donner suite à la requête émanant de M. \_\_\_\_\_, représentée par [...], 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.

#### **E. 11**

Le 10 novembre 2010, la Banque Z. \_\_\_\_\_ 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. [...]"

- 11 -

#### **E. 12**

Par décision du 11 novembre 2010, le Tribunal de l'arrondissement [...] a déclaré la faillite de la société P. \_\_\_\_\_ SA avec effet au 11 novembre 2010, à 10h15. Par courrier du même jour, F. \_\_\_\_\_ a écrit ce qui suit à la société P. \_\_\_\_\_ SA: "[...] Par la présente, je souhaite apporter un certain nombre d'informations suite au dépôt de bilan de votre entreprise. Monsieur D. \_\_\_\_\_ nous informe le 19 octobre 2010 que l'entreprise P. \_\_\_\_\_ SA va déposer le bilan et que les ouvriers en seront informés le 21 octobre 2010 à 07.00 h. Monsieur D. \_\_\_\_\_ 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 Monsieur U.\_\_\_\_\_, votre technicien. Le 27 octobre 2010, Monsieur U.\_\_\_\_\_ 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 Monsieur U.\_\_\_\_\_ 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 Monsieur U.\_\_\_\_\_, tout le matériel et tout votre outillage ont été rapatriés dans votre dépôt. Nous avons remis à Monsieur U.\_\_\_\_\_ pour contrôle et vérification la facture N°[...]2 du 27 octobre 2010 de [...] SA, sous-traitant des aciers, pour un montant TTC selon [...] SA de 4'287.15fr. (selon addition: 4'187.15 fr.). Le 01 novembre 2010, Monsieur U.\_\_\_\_\_ 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. [...]"

### **E. 13**

A l'audience du 3 décembre 2010, l'intimée a conclu, avec dépens, au rejet de la requête de mesures provisionnelles.

- 12 -

### **E. 14**

Appliquant les règles relatives aux garanties bancaires, le premier juge a considéré en substance que tant la légitimation active de l'appelante que la légitimation passive de l'intimée n'étaient pas vraisemblables et qu'il apparaissait douteux que l'appelante soit fondée à obtenir des mesures provisionnelles contre la banque sans que celle-ci ne soit partie à la procédure. En outre, analysant la garantie comme une garantie à première demande "simple", le premier juge a estimé que l'inexécution des obligations de la société P.\_\_\_\_\_ SA n'était pas une condition à laquelle était soumise cette garantie, de sorte qu'il importait peu que l'ouvrage ait été livré ou non. Enfin, l'abus de droit flagrant n'était pas non plus démontré, l'appelante n'ayant 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 P.\_\_\_\_\_ SA, ni que la banque aurait considéré ou dû considérer qu'il était manifeste que l'appel de l'intimée était abusif. C. La cour de céans complète l'état de fait de l'ordonnance entreprise de la manière suivante : 1. Le contrat d'entreprise conclu le 27 juillet 2010 entre l'intimée et P.\_\_\_\_\_ SA prévoit la clause suivante: "7. CONDITIONS DE PAIEMENT

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.