

**COUR D'APPEL CIVILE**

---

---

Arrêt du 13 février 2018

---

Composition : M. ABRECHT, président  
M. Kaltenrieder et Mme Giroud Walther, juges  
Greffier : M. Valentino

\*\*\*\*\*

**Art. 254, 257e, 259g, 398ss CO**

Statuant sur l'appel interjeté par **U.**\_\_\_\_\_, à Lausanne, demanderesse, contre le jugement rendu le 16 janvier 2017 par la Chambre patrimoniale cantonale dans la cause divisant l'appelante d'avec **D.**\_\_\_\_\_, à Lausanne, défendeur, la Cour d'appel civile du Tribunal cantonal considère :

**En fait :**

**A.** Par jugement du 16 janvier 2017, motivé le 24 mars 2017 et notifié le 27 mars suivant, la Chambre patrimoniale cantonale (ci-après : les premiers juges) a déclaré irrecevables les conclusions prises par la demanderesse U.\_\_\_\_\_ au pied de sa plaidoirie écrite du 21 septembre 2016 (I), a rejeté les conclusions prises par la demanderesse contre le défendeur D.\_\_\_\_\_ au pied de sa demande du 31 juillet 2012 (II), a mis les frais judiciaires, arrêtés à 23'967 fr., à la charge de la demanderesse (III), a dit que la demanderesse devait payer au défendeur la somme de 150 fr. à titre de remboursement de son avance de frais (IV) et a dit que la demanderesse devait payer au défendeur la somme de 15'000 fr. à titre de dépens (V).

En droit, amenés à statuer sur une action en responsabilité intentée par U.\_\_\_\_\_ (ci-après : la demanderesse ou l'appelante) contre l'avocat D.\_\_\_\_\_ (ci-après : le défendeur ou l'intimé), les premiers juges ont préalablement relevé que les conclusions modifiées par la demanderesse dans sa plaidoirie écrite - les parties ayant renoncé à la tenue d'une audience de plaidoiries finales - devaient être déclarées irrecevables car elles ne reposaient sur aucun fait ou moyen de preuve nouveau au sens de l'art. 230 al. 1 let. b CPC (Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 ; RS 272), de sorte que seules les conclusions figurant dans la demande seraient tranchées. Sur le fond, les premiers juges ont en substance considéré que le défendeur avait violé son obligation de diligence en tolérant une consignation invalide sur son compte et en n'appréciant pas correctement la portée juridique de la garantie de 125'000 fr. constituée auprès de la banque A.\_\_\_\_\_ SA. Ils ont ensuite estimé que la demanderesse, faute de pouvoir déterminer les honoraires qu'elle avait versés pour chacun des litiges traités par le défendeur, avait échoué à prouver ses prétentions relatives à la restitution des honoraires versés pour le litige la divisant d'avec S.\_\_\_\_\_, alors que le fardeau de la preuve (art. 8 CC [Code civil suisse du 10 décembre 1907 ; RS 210]) lui incombait.

Quant à la convention de fin de mandat signée par les parties le 18 août 2008, aux termes de laquelle le défendeur avait remboursé un montant de 237'000 fr. à titre d'honoraires perçus en trop, les premiers juges ont estimé que cette convention ne précisait pas quelles affaires étaient couvertes par ce remboursement et que l'on ignorait les détails du tarif préférentiel convenu entre les parties. Par ailleurs, la demanderesse n'avait pas rapporté la preuve des frais de justice déboursés pour le dossier en question, de sorte qu'aucun montant ne pouvait lui être alloué à ce titre.

Les premiers juges ont en outre considéré que la demanderesse n'était pas parvenue à établir un dommage en lien avec l'occasion manquée de réaliser un pas-de-porte chiffré à 250'250 francs. Ils ont retenu qu'il n'était pas certain que ce pas-de-porte aurait été réalisable, non seulement car le projet n'en était encore qu'au stade des négociations, mais aussi parce qu'il fallait préalablement que le transfert du bail fût agréé par le bailleur, « qui aurait pu le refuser » pour un motif justifié. Les premiers juges ont rappelé l'interdiction des transactions couplées, mais ont également relevé le prix élevé de la transaction invoquée. Enfin, les premiers juges ont considéré que la convention du 18 août 2018 était opposable à la demanderesse, car portant également sur le dossier S.\_\_\_\_\_, de sorte que les prétentions en dommages-intérêts résultant de la violation par le défendeur de son obligation de diligence dans cette affaire devaient être rejetées.

**B.** Par acte du 11 mai 2017, U.\_\_\_\_\_ a interjeté appel du jugement qui précède, en concluant, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que D.\_\_\_\_\_ soit condamné à lui verser la somme de 300'250 fr. avec intérêts à 5% l'an dès le 1<sup>er</sup> juillet 2007, subsidiairement à son annulation et au renvoi de la cause aux premiers juges pour nouvelle décision.

Le 3 octobre 2017, soit dans le délai imparti à cet effet, l'intimé a déposé une réponse à l'appel, en concluant, avec suite de frais et dépens, à son rejet.

**C.** La Cour d'appel civile retient les faits pertinents suivants, sur la base du jugement complété par les pièces du dossier :

**1. a)** La demanderesse U.\_\_\_\_\_ est une société dont le but est le suivant : « [...] ». M.\_\_\_\_\_ en est l'administrateur président. Cette société a eu de nombreuses raisons sociales, à savoir [...], [...] et [...].

**b)** Le défendeur D.\_\_\_\_\_ est avocat et exerce son activité à Lausanne. Il a été le conseil de M.\_\_\_\_\_ et des sociétés dans lesquelles ce dernier était impliqué, en particulier la demanderesse et I.\_\_\_\_\_, dont M.\_\_\_\_\_ était l'administrateur unique avec signature individuelle. A cet égard, D.\_\_\_\_\_ a indiqué ne pas avoir toujours été associé à la prise de décision de la demanderesse mais avoir parfois été mis devant le fait accompli.

Au début de son mandat, sans que la date exacte soit connue, le défendeur a convenu avec M.\_\_\_\_\_ d'un tarif réduit à titre d'honoraires pour ses dossiers et ceux de ses sociétés, dont la demanderesse.

**2. a)** Le 10 juin 2004, un contrat de franchise a été conclu entre les sociétés suivantes : [...], [...], E.\_\_\_\_\_, la demanderesse et I.\_\_\_\_\_. Par contrat du 28 décembre 2004, la société E.\_\_\_\_\_ a concédé à la demanderesse le droit d'ouvrir et d'exploiter, à titre exclusif en Suisse et au Liechtenstein, des magasins en bénéficiant des signes distinctifs (notamment la marque) et de son savoir-faire. Deux magasins ont notamment ouvert à Genève puis à Zurich.

**b)** A la suite des conflits ayant opposé ces sociétés, E.\_\_\_\_\_ - respectivement les sociétés ayant repris ses droits et obligations - et la

demanderesse ont, par convention du 28 septembre 2007 et son annexe du même jour, mis un terme au contrat de franchise qui les liait, E. \_\_\_\_\_ reprenant le magasin de Genève pour un prix de 750'000 francs. Le défendeur, agissant en qualité de conseil de la demanderesse, s'est occupé du conflit opposant les sociétés et a signé la convention du 28 septembre 2007 au nom de sa mandante.

**3. a)** Par contrat du 5 septembre 2005, [...] (ci-après : Y. \_\_\_\_\_) a autorisé sa société fille S. \_\_\_\_\_, locataire d'une surface sise [...] à Zurich, à sous-louer ce local à la demanderesse. Aux termes du chiffre 2 de cet accord, intitulé « dédommagement », la demanderesse s'engageait à verser à Y. \_\_\_\_\_, à la remise des clés, la somme de 150'000 fr., hors TVA, soit un montant total de 161'400 fr. TTC, constitutif d'un pas-de-porte. Une facture relative à ce montant a été adressée à la demanderesse par Y. \_\_\_\_\_ le 22 septembre 2005. A cet égard, en comparant le cas d'espèce à celui de deux de ses clients, le bureau d'experts mandaté en cours de procédure, O. \_\_\_\_\_, a considéré que le montant de 161'400 fr. réclamé au titre de pas-de-porte était usuel et qu'en cas de paiement, il aurait été facilement récupérable lors d'une éventuelle transmission de bail par la demanderesse.

Selon l'agent immobilier X. \_\_\_\_\_, le numéro [...] de la rue [...] à Zurich constituait un emplacement correct mais pas de qualité, cette rue étant nettement moins fréquentée que la [...], à laquelle elle était [...], et ne constituant pas un lieu de passage. Ce témoin a en outre indiqué qu'à l'époque, la pratique du pas-de-porte était très usuelle à Zurich, ce qui a été confirmé par le bureau O. \_\_\_\_\_.

**b)** Par contrat signé les 5 et 7 septembre 2005 par M. \_\_\_\_\_ pour la demanderesse et par un représentant de S. \_\_\_\_\_, cette dernière a sous-loué la surface sise à Zurich à la demanderesse à compter du 15 septembre 2005 pour un loyer annuel de 239'220 fr., lequel, selon les experts du bureau O. \_\_\_\_\_, était usuel et raisonnable. Le chiffre 3 de ce contrat prévoyait que S. \_\_\_\_\_ s'efforceraient d'effectuer les démarches nécessaires auprès du bailleur principal dans les six mois dès sa

conclusion afin que, par la suite, une relation de bail puisse exister directement entre Y. \_\_\_\_\_ et la demanderesse. Aux termes du chiffre 4.1, la demanderesse s'engageait à verser un « dépôt de location » d'un montant de 125'000 francs.

**c)** Le 6 septembre 2005, la demanderesse, sous son ancienne raison sociale [...], a ouvert un compte d'épargne garantie de loyer libellé à son nom auprès de la banque A. \_\_\_\_\_ SA avec un dépôt de 125'000 francs. Selon l'attestation de dépôt de garantie, ce montant était nanti afin de garantir au bailleur les prétentions découlant du contrat de bail et du décompte final. Il y était en outre mentionné qu'au terme des rapports issus du contrat de bail et lorsque le locataire aurait honoré toutes ses obligations, le bailleur était tenu, en avisant simultanément le locataire, de requérir immédiatement et par écrit d'A. \_\_\_\_\_ la libération du dépôt, celui-ci n'étant remboursable qu'avec l'accord du titulaire du compte et du bailleur ou de l'administrateur, conformément à l'« ordre de remboursement de la garantie de loyer », les dispositions de l'art. 257e CO (Code des obligations du 30 mars 1911 ; RS 220) étant au surplus applicables.

**d)** Sur la base de factures qui lui ont été fournies par la demanderesse, le bureau d'experts O. \_\_\_\_\_ a établi la liste suivante relative aux montants investis par cette dernière dans le local de Zurich :

- 58'003 fr. 47 pour le mobilier, moins la revente après fermeture de 44'250 fr., soit un montant net de 13'753 fr. 47,
- 20'356 fr. 05 de matériel de sécurité,
- 100'177 fr. 40 pour l'aménagement de la boutique,
- 27'199 fr. 56 pour la lumière et l'électricité et
- 10'071 fr. 10 pour le multimédia et l'informatique.

Les experts ont confirmé, « *après consultation de spécialistes en aménagement de locaux comparables* », que « *les sommes investies se situ[ai]ent dans une fourchette de prix normale et tout à fait acceptable* ». A ces montants s'ajoutaient une somme de 161'400 fr. pour le pas-de-porte ainsi qu'une commission de 72'420 fr. 20 pour la recherche de

locaux. L'instruction n'a pas établi que ces investissements aient effectivement été payés.

Interrogé à ce propos, M.\_\_\_\_\_ a confirmé que « *comme dans tout début d'activité la première année, l'exploitation de la boutique [sise à Zurich] n'était pas satisfaisante* ».

**e)** Malgré l'engagement de S.\_\_\_\_\_ d'œuvrer à la conclusion d'un bail entre le propriétaire et bailleur principal, à savoir Y.\_\_\_\_\_, et la demanderesse, et nonobstant les discussions menées entre le défendeur, agissant pour la demanderesse, et l'avocat zurichois de S.\_\_\_\_\_, le transfert de bail n'a jamais eu lieu.

Le défendeur et M.\_\_\_\_\_ ont alors discuté des solutions envisageables pour obtenir la conclusion d'un bail avec le propriétaire. A cet égard, les souvenirs des parties divergent. Selon M.\_\_\_\_\_, il aurait été décidé, d'entente avec le défendeur, de cesser de payer le loyer pour mettre la pression sur la locataire S.\_\_\_\_\_ et l'inciter ainsi à respecter ses engagements ; à la question de savoir si les loyers impayés devaient être consignés en son étude, le défendeur aurait répondu que ce n'était pas nécessaire. D'après le défendeur, il aurait au contraire déconseillé à M.\_\_\_\_\_ d'interrompre le versement des loyers, solution qu'il estimait risquée.

La demanderesse a suspendu le paiement des loyers, qu'elle a versés directement sur le compte de l'étude du défendeur. Ce dernier a, par courrier du 25 janvier 2007, informé le conseil de S.\_\_\_\_\_ qu'il détenait le montant correspondant au premier trimestre de loyer dû par sa mandante et que ce montant ne serait versé qu'à la condition que celle-ci obtienne le transfert du bail conformément au contrat de sous-location.

Les discussions entre Y.\_\_\_\_\_, S.\_\_\_\_\_ et le défendeur, ce dernier agissant pour la demanderesse, ont perduré plusieurs mois.

**f)** En mars 2007, S.\_\_\_\_\_ a résilié le contrat de sous-location la liant à la demanderesse. Toutefois, le défendeur a obtenu de la justice zurichoise que ce congé soit considéré comme nul par décision du 10 mai 2007, car il ne respectait pas les exigences formelles de la résiliation.

Le bureau d'experts O.\_\_\_\_\_ a indiqué qu'il aurait été possible à la demanderesse de sous-louer les locaux, sans pouvoir déterminer s'il aurait été possible de trouver un sous-locataire à cette époque.

**g)** A la même période, X.\_\_\_\_\_ a pris contact avec M.\_\_\_\_\_ car il avait eu écho du fait que la demanderesse souhaitait remettre le local de Zurich. M.\_\_\_\_\_ a alors autorisé oralement X.\_\_\_\_\_ à proposer le magasin à des clients potentiels, sans toutefois établir de contrat de courtage écrit.

En mai 2007, X.\_\_\_\_\_ a informé M.\_\_\_\_\_ qu'il avait reçu une offre écrite d'un client, à savoir un franchisé de la société [...]. Il précisait ce qui suit : *« La somme qu'ils sont prêts à verser est de 275'000 francs. Ceux-ci sont très intéressés car ils ont un concept de destination et cet emplacement A/B leur convient. Ce sont des gens très sérieux avec qui nous venons de terminer la reprise d'un bel emplacement à Lausanne. N'ayant pas de contrat d'exclusivité avec vous, je vous prie de me confirmer par retour d'e-mail nos conditions d'honoraires. Ceux-ci se montent à 9% de la somme de reprise. Dès que j'ai votre accord, j'avancerai sur la négociation et le projet de reprise »*. Aucune autre personne n'a fait connaître son intérêt à la reprise.

**h)** Par avis du 22 mai 2007, S.\_\_\_\_\_ a résilié le contrat de sous-location la liant à la demanderesse avec effet au 30 juin 2007 en vertu de l'art. 257d CO, au motif que les loyers dus pour le premier trimestre 2007 n'étaient ni payés ni consignés.

Cette résiliation n'a pas été contestée. L'ensemble du matériel et du stock a été évacué du magasin de Zurich aux environs de juin 2007.

**4. a)** Par courrier du 13 juillet 2007, le défendeur a informé la banque A.\_\_\_\_\_ que la demanderesse était désormais en litige avec S.\_\_\_\_\_ et s'opposait par avance à une éventuelle demande par cette dernière de restitution de la somme auprès de cet établissement. Le défendeur précisait ce qui suit à la banque : « *Je tenais à vous en informer, en vous rappelant qu'à teneur de l'article 257e alinéa 3 du Code des obligations, la Banque ne peut restituer les sûretés qu'avec l'accord des deux parties, ou sur la base d'un commandement de payer non frappé d'opposition ou d'un jugement exécutoire. Je vous prie donc de bien vouloir conserver les sûretés jusqu'à droit connu sur le litige entre S.\_\_\_\_\_ et [la demanderesse], sauf pour les deux parties à vous confirmer un accord sur leur libération dans l'intervalle* ». La même correspondance a été adressée à la banque A.\_\_\_\_\_ une seconde fois le 30 juillet 2007.

**b)** Par courrier du 10 août 2007, S.\_\_\_\_\_ a interpellé la banque A.\_\_\_\_\_ afin qu'elle libère la garantie de loyer par 125'000 fr. en sa faveur.

Le 13 août 2007, la banque a communiqué à la demanderesse la teneur de la correspondance de S.\_\_\_\_\_ et l'a informée être dans l'obligation de payer le montant réclamé, « *à première demande [...] sans faire valoir d'exception ou d'objection résultant du contrat de base* », de sorte que le montant serait libéré le 16 août 2007.

**c)** Par lettre du 14 août 2007 adressée à la banque A.\_\_\_\_\_, le défendeur a déclaré s'opposer à la libération de la garantie de 125'000 fr. et a précisé qu'à défaut de confirmation du blocage « *ce soir à 17 heures au plus tard* », il agirait pour le compte de la demanderesse par la voie d'une requête de mesures d'extrême urgence.

**d)** Le défendeur a déposé, le 15 août 2007, une requête de mesures provisionnelles et superprovisionnelles auprès du Tribunal de première instance de Genève, en concluant, à titre superprovisionnel, à ce

qu'il soit fait interdiction à la banque A.\_\_\_\_\_ de payer tout ou partie du montant de la garantie constituée. La banque A.\_\_\_\_\_ a reçu copie de cette requête par fax le jour même à 19h47.

Par ordonnance de mesures superprovisionnelles du 16 août 2007, le Tribunal de première instance de Genève a fait droit aux conclusions du défendeur. Le greffe a contacté téléphoniquement le défendeur pour lui annoncer que l'ordonnance était prête. Vu l'urgence de l'affaire, ce dernier est allé directement au tribunal et s'est vu remettre l'ordonnance en main propre. L'heure de cette remise est inconnue. Fort de cette ordonnance, le défendeur n'a pas appelé la banque A.\_\_\_\_\_ mais s'est rendu à son guichet de Genève. Toutefois, les locaux de la banque A.\_\_\_\_\_ étaient fermés lorsqu'il est arrivé sur place. Il s'est alors rendu chez T.\_\_\_\_\_, huissier judiciaire auprès des Tribunaux de Genève, qu'il avait au préalable contacté, afin qu'il procède à la signification de l'ordonnance à la banque A.\_\_\_\_\_, conformément aux règles de procédure genevoise.

L'huissier de justice a notifié l'ordonnance à la banque A.\_\_\_\_\_ le matin du 17 août 2007. Interrogé à ce propos, il a indiqué ne pas avoir notifié l'ordonnance à la banque A.\_\_\_\_\_ le jour même du 16 août 2007 car la banque était fermée lorsque le défendeur la lui avait remise.

**e)** Par courrier du 17 août 2007, la banque A.\_\_\_\_\_ a informé le défendeur avoir libéré le jour précédent la somme de 125'000 fr. en faveur de S.\_\_\_\_\_ « *vu qu'aucune ordonnance émanant d'une juridiction compétente qui [lui] aurait fait interdiction de payer ledit montant ne [lui] a[vait] été signifiée jusqu'à l'heure de fermeture de [leurs] bureaux le 16 août 2007, une telle ordonnance n'a[yant] été signifiée à [leur] Service juridique que ce jour, par le biais de [l'huissier de justice]* ». Entendus à ce sujet, les témoins K.\_\_\_\_\_ et F.\_\_\_\_\_, employés auprès de la banque A.\_\_\_\_\_, ont précisé que la banque avait pour politique de payer immédiatement les garanties à première demande, sans attendre, même si elle était au courant du dépôt d'une

requête, et qu'un simple contact téléphonique informant le service compétent qu'une ordonnance lui interdisant le paiement avait été rendue ne suffisait pas et n'aurait pas suffi en l'espèce. En effet, pour empêcher l'ordre, la banque devait non seulement être informée du prononcé d'une ordonnance lui interdisant le paiement mais également recevoir l'ordonnance, même par fax ou courriel. En l'occurrence, le paiement avait été effectué vers 17h10.

**f)** Par courrier adressé le 21 septembre 2007 à M. \_\_\_\_\_ en réponse à une correspondance de celui-ci du 14 septembre 2007 demandant des explications sur la libération de garantie, la banque A. \_\_\_\_\_ a indiqué que la demanderesse et S. \_\_\_\_\_ avaient constitué une garantie bancaire de 125'000 fr., laquelle était destinée à couvrir les obligations de la demanderesse découlant du bail et que cette garantie n'était pas soumise à l'art. 257e CO, l'engagement pris par l'émetteur d'une telle garantie bancaire étant totalement indépendant de la relation contractuelle de base entre les parties, de sorte que, dès l'instant où le bénéficiaire faisait appel à la garantie en respectant toutes les conditions fixées dans l'engagement, l'émetteur avait l'obligation de procéder au paiement tel que prévu. Elle estimait en conséquence que le défendeur avait erré dans sa correspondance du 30 juillet 2007 lorsqu'il affirmait que les sûretés ne pourraient être restituées *« qu'avec l'accord des deux parties ou sur la base d'un commandement de payer non frappé d'opposition ou d'un jugement exécutoire »*.

**5. a)** Par courriels des 22 octobre 2007 et 9 novembre 2007, l'assistante de M. \_\_\_\_\_ a demandé au défendeur qu'il l'informe sur plusieurs affaires relatives aux dossiers traités.

**b)** Par courriel du 25 mars 2008 à l'attention de M. \_\_\_\_\_, le défendeur s'est exprimé comme suit : *« j'ai fait contrôler la note du 24 janvier 2008 et il apparaît effectivement que toutes les opérations du 2<sup>ème</sup> semestre pour les dossiers [...] et [...] avaient été comptabilisées par erreur au tarif usuel et non au tarif de faveur que je vous accorde »*. Il y

joignait une note corrigée, annulant celle du 24 janvier 2008 pour les opérations du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2007.

**c)** Par courriel du 31 mars 2008, l'assistante de direction d'I.\_\_\_\_\_ a informé le défendeur que M.\_\_\_\_\_ attendait toujours « *le récapitulatif des différentes affaires en cours* ».

**6.** Le 15 mai 2008, le défendeur, agissant pour le compte de la demanderesse, a introduit devant le Bezirksgericht Zürich une requête de conciliation contre S.\_\_\_\_\_ et Y.\_\_\_\_\_. Cette requête avait pour objet des dommages-intérêts en lien avec la non-exécution, par la sous-bailleresse S.\_\_\_\_\_, de l'engagement contractuel de transférer le bail à la demanderesse en qualité de sous-locataire, pour un montant de 200'000 fr. à titre d'indemnisation de la perte commerciale, des investissements et de l'impossible valorisation du commerce, de même que pour un montant de 161'400 fr. à titre de remboursement du pas-de-porte payé à Y.\_\_\_\_\_ et enfin pour une somme de 125'000 fr. à titre de restitution de la garantie de loyer d'un même montant libérée par A.\_\_\_\_\_ SA en faveur de S.\_\_\_\_\_.

Le défendeur ayant été relevé de son mandat, il n'a pas pu continuer cette procédure. La demanderesse, par le biais de son nouveau conseil, a retiré la requête. M.\_\_\_\_\_ a indiqué que son nouveau conseil lui avait expliqué qu'il était inutile de poursuivre la procédure contre S.\_\_\_\_\_.

**7.** **a)** Par lettre recommandée du 6 juin 2008, M.\_\_\_\_\_ a résilié les mandats conférés au défendeur par I.\_\_\_\_\_ et par la demanderesse.

Pendant la durée du mandat et d'entente entre les parties, toutes les demandes de provisions et les factures d'honoraires concernant U.\_\_\_\_\_, I.\_\_\_\_\_ ou M.\_\_\_\_\_ personnellement ont toujours été adressées à I.\_\_\_\_\_. Or le défendeur n'a jamais distingué - dans ses notes d'honoraires ou dans ses demandes de provision - le temps consacré pour chaque affaire ni les montants y relatifs, de sorte qu'il n'est

pas possible de déterminer quels montants étaient en lien avec quel dossier. Les parties ont d'ailleurs confirmé que l'adressage de ces factures n'avait aucun lien avec la société concernée par le dossier provisionné ou facturé.

A cet égard, la demanderesse a produit sur requête du défendeur diverses pièces justificatives des honoraires versés dont le total se monte à 149'696 fr. 35 - sans que l'on puisse distinguer la proportion des honoraires pour les différentes affaires traitées par l'avocat -, tout en relevant, par courrier de son conseil du 15 novembre 2013, que c'était au défendeur de faire connaître les montants encaissés pour le dossier en question. La demanderesse a en effet expressément requis la production par le défendeur de l'entier des factures de frais et honoraires détaillées concernant le litige ayant divisé la demanderesse d'avec S.\_\_\_\_\_, avec attestation des encaissements y relatifs et les demandes de provisions.

**b)** Par courriel du 22 juin 2008, le défendeur a présenté à M.\_\_\_\_\_ ses « *plus sincères excuses de [s']être montré négligent dans le traitement de certains dossiers* », en particulier dans le « dossier [...] ».

**c)** Après la résiliation du mandat, les parties ont engagé des négociations en vue de conclure une convention de fin de rapports contractuels. Le 21 juillet 2008, le défendeur a adressé un courriel à M.\_\_\_\_\_ dont la teneur était la suivante :

*« J'ai bien reçu votre proposition de convention. Elle appelle de ma part un certain nombre de remarques :*

*1.- En premier lieu, je souscris entièrement aux engagements concernant les montants de 212'000 fr. et 75'000 fr. réclamés pour les dossiers [...] et honoraires. Il me paraît nécessaire de détailler les montants concernés dans la convention (et non seulement le montant global). Il convient également de préciser que ces engagements sont souscrits pour solde de comptes concernant les deux questions. Je tiens aussi, même si cela est fait par un courriel séparé, que la signature et le respect de ces engagements implique renonciation à tous procédés*

*d'ordre déontologique ou disciplinaire, étant précisé que vous reprendrez quoi qu'il en soit votre entière liberté en application du point 7 de l'accord.*

*2.- S'agissant du troisième poste, savoir le montant de 150'000 fr., je ne saisis toujours pas, après avoir repris le dossier, les bases juridiques fondant votre demande de règlement du dernier montant de 150'000 francs. En effet, sur le plan juridique, la situation doit être appréciée de la manière suivante me semble-t-il :*

*- la requête du 15 août 2007 tendait à faire interdiction à titre provisoire à A.\_\_\_\_\_ de payer tout ou partie du montant de la garantie constituée en faveur de S.\_\_\_\_\_ ;*

*- si cette interdiction avait abouti au blocage effectif du compte de garantie, celui-ci serait resté bloqué jusqu'à droit connu sur l'action au fond, soit sur le sort du litige divisant [...] à S.\_\_\_\_\_, respectivement [...]* ;

*- en aucun cas, même dans le cas de figure le plus favorable, le montant de cette garantie ne vous aurait été versé avant que la procédure au fond n'ait fait l'objet d'un jugement définitif et exécutoire. Or, à ce jour, un tel jugement n'a pas été rendu, l'objet du litige étant toujours pendant à ma connaissance à Zurich ;*

*- la prétention à restitution de la garantie de loyer n'est pas distincte de celle pendante devant les Tribunaux zurichois dont elle est d'ailleurs partie intégrante du décompte ;*

*- par suite, tant que le jugement du Tribunal des baux n'est pas rendu, le droit à la restitution de la garantie de loyer ne l'est pas non plus et, partant, il n'y a pas, à ce stade de dommage susceptible de donner lieu à réparation à ce titre ;*

*- la question de la responsabilité éventuelle de l'A.\_\_\_\_\_ n'a pas à être appréciée différemment : en admettant qu'il soit reconnu que A.\_\_\_\_\_ ait libéré à tort la garantie de loyer, le seul effet de cette décision serait de reconstituer la garantie jusqu'à droit connu sur le sort de l'action pendant à Zurich, et en aucun cas au règlement de ce montant en mains d' [...] avant un tel jugement ;*

*- dans ces conditions, je ne vois donc pas le motif juridique justifiant le fait que vous me réclamiez, aujourd'hui, le règlement d'un*

montant de 150'000 fr. correspondant à cette garantie, alors même que l'affaire est pendante.

*Il va de soi que, si dommage il doit y avoir sur ce plan, j'assumerai mes responsabilités. Mais en l'état, cette question me paraît tout à fait prématurée. ».*

**d)** Le 18 août 2008, le défendeur et M.\_\_\_\_\_, celui-ci agissant à titre personnel et au nom et pour le compte des « sociétés du Groupe I.\_\_\_\_\_ », ont signé une convention de fin de mandat. Cet accord stipulait en préambule que les divers mandats confiés à l'intimé par M.\_\_\_\_\_, en son nom ou pour le compte de diverses sociétés qu'il administrait, avaient été résiliés le 6 juin 2008 et que « *des négligences et des manquements [étaient] apparus dans la gestion de ces mandats de la part de D.\_\_\_\_\_ ».*

Son chiffre premier prévoyait ce qui suit : « *La présente convention a pour but de régler les cas ayant trait aux affaires suivantes :*

*- Monsieur M.\_\_\_\_\_ contre [...] : pour 75'000 fr. (septante-cinq mille francs).*

*- Honoraires trop perçus : pour 237'000 fr. couvrant l'intégralité des dossiers confiés tant par M.\_\_\_\_\_ que par les sociétés du Groupe I.\_\_\_\_\_ (représentées pour les besoins des présentes par M.\_\_\_\_\_ ) ».* Interrogé à ce sujet, M.\_\_\_\_\_ a précisé à l'audience du 10 septembre 2014 que par « Groupe I.\_\_\_\_\_ », il fallait entendre « *toutes les sociétés qui avaient mandaté Me D.\_\_\_\_\_ et qui lui avaient versé des honoraires. Si U.\_\_\_\_\_, respectivement [...], respectivement [...], avait mandaté Me D.\_\_\_\_\_, alors [U.\_\_\_\_\_] faisait partie du groupe I.\_\_\_\_\_ ».*

Les chiffres 2 et 3 de l'accord étaient ainsi libellés :

*« 2. Les autres dossiers traités par D.\_\_\_\_\_ sont repris par Maître B.\_\_\_\_\_ et pourront faire l'objet d'une intervention auprès de la [...] [...] en cas de nécessité. D.\_\_\_\_\_ s'engage à fournir toutes les informations nécessaires à Maître B.\_\_\_\_\_ en relation avec ces dossiers.*

*3. La somme de 312'000 fr. sera versée par D.\_\_\_\_\_ à titre de dédommagement et de restitution d'honoraires selon le point 1 de la*

*présente convention. Ce montant devra être versé sur le compte de M. \_\_\_\_\_ [...] ».*

M. \_\_\_\_\_ a déclaré, s'agissant des « autres dossiers » auxquels faisait référence le chiffre 2 de la convention, que le cas S. \_\_\_\_\_ ne faisait pas partie de la convention, qu'il était question, au début, de 450'000 fr. comprenant le pas-de-porte payé à Y. \_\_\_\_\_, mais que le défendeur lui avait dit qu'il voulait « sortir ce cas de la convention et qu'on le traiterait plus tard si la procédure n'aboutissait pas ».

Le défendeur a pour sa part déclaré que le montant figurant au chiffre 3 visait non seulement à indemniser la demanderesse pour les dossiers mal gérés, mais également à compenser le trop perçu d'honoraires puisqu'il avait été initialement prévu d'appliquer un tarif préférentiel.

Sous chiffre 4 de l'accord figuraient les modalités de paiement prévoyant deux montants de 100'000 fr. chacun, payables respectivement le 20 août et le 30 septembre 2008, ainsi que des « *mensualités de 5'000 fr. payables le 30 de chaque mois dès le 31 octobre 2008 jusqu'au 31 août 2010, le 30 septembre 2010 un montant de 2'823 fr. 83 [étant] versé pour solde de tout compte du point 1* », avec « *un taux de 5% l'an calculé sur les mensualités dès le 1<sup>er</sup> octobre 2008* ». Il était en outre précisé que D. \_\_\_\_\_ « *aura[it] également la faculté de rembourser le montant de 112'000 fr. d'une manière anticipée, auquel cas les intérêts ne ser[ai]ent dus qu'au pro rata temporis, demeur[ant] réservée l'éventuelle responsabilité de D. \_\_\_\_\_ pour les autres dossiers non mentionnés au point 1* ».

Les chiffres 5 à 7 prévoyaient en outre ce qui suit :

« 5. *Cette convention vaut reconnaissance de dette au sens de l'art. 82 LP.*

6. *En cas de non respect des versements aux dates indiquées, M. \_\_\_\_\_ aura le choix, dès le 11<sup>ème</sup> jour de l'échéance, soit de demander néanmoins l'exécution de la convention, le paiement du solde devenant*

*alors immédiatement exigible, soit de dénoncer la présente convention, chaque partie reprenant alors l'intégralité de ses droits.*

*7. Moyennant exécution de ce qui précède, M. \_\_\_\_\_ renonce à toutes procédures quelles qu'elles soient contre D. \_\_\_\_\_, seuls d'éventuels procédés civils en responsabilité pour les cas non couverts par la présente convention selon chiffre 1 ci-dessus demeurant toutefois expressément réservés ».*

Le montant de 237'000 fr. mentionné au ch. 1 de cet accord a été acquitté par le défendeur sur le compte de M. \_\_\_\_\_ par versements successifs.

Entendu en qualité de partie, le défendeur a expliqué avoir initialement appliqué un tarif préférentiel, puis avoir haussé son tarif au vu de la complexification de ses interventions. Après qu'il lui avait été reproché d'avoir adapté ses tarifs, il avait accepté de les revoir à la baisse en remboursant le trop payé. Une partie de la convention du 18 août 2008 avait servi à rembourser la part d'honoraires dépassant le tarif réduit. L'autre partie avait servi à rembourser des honoraires par rapport à des dossiers mal gérés.

**8.** Par demande du 31 juillet 2012 reprenant les conclusions de sa requête de conciliation déposée le 27 avril 2012, U. \_\_\_\_\_, au bénéfice d'une autorisation de procéder délivrée le 12 juin 2012, a conclu, avec suite de frais et dépens, à ce que D. \_\_\_\_\_ lui doive immédiat paiement de la somme de 250'250 fr., avec intérêts à 5% l'an dès et y compris le 1<sup>er</sup> juillet 2007, à titre de dommages-intérêts, ainsi que de la somme de 50'000 fr., avec intérêts à 5% l'an dès et y compris le 1<sup>er</sup> janvier 2008, à titre de remboursement d'honoraires trop perçus. A l'appui de sa demande, la demanderesse faisait en substance valoir que le défendeur avait mal exécuté son mandat dans l'affaire S. \_\_\_\_\_, en particulier en omettant de consigner le loyer, ce qui avait permis à cette dernière de résilier le bail et avait empêché la demanderesse de réaliser un pas-de-porte. Elle chiffrait le pas-de-porte manqué à 250'250 fr. en vertu du courrier de X. \_\_\_\_\_ lui annonçant un éventuel repreneur des

locaux disposé à verser 275'000 fr., dont elle déduisait les 9% des honoraires du courtier. La demanderesse reprochait en outre au défendeur d'avoir tardé à bloquer le montant consigné, estimant que le dossier S.\_\_\_\_\_ était expressément exclu de la convention sur honoraires, de sorte qu'elle pouvait valablement ouvrir action à ce sujet, et que le défendeur ne pouvait pas prétendre à l'intégralité de ses honoraires mais devait lui restituer la somme de 50'000 fr. qu'elle avait versée « en trop ».

Par réponse du 19 novembre 2012, le défendeur a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet de la demande. Il alléguait en substance que c'était M.\_\_\_\_\_ qui avait unilatéralement choisi d'interrompre le versement des loyers alors même qu'il connaissait les risques que cela représentait. Selon lui, le dossier S.\_\_\_\_\_ était couvert par la convention, de sorte que la demanderesse ne pouvait plus rien réclamer à ce titre. Il faisait en outre valoir que la demanderesse n'était au bénéfice que d'un contrat de sous-location et non d'un bail principal, ce qui rendait son dommage seulement virtuel, et qu'en choisissant de retirer la requête de conciliation déposée le 15 mai 2008 auprès du tribunal zurichois, elle avait renoncé consciemment à obtenir l'indemnisation de son dommage.

Lors d'un second échange d'écritures, les parties ont confirmé leurs conclusions.

Deux audiences se sont tenues les 10 septembre et 14 octobre 2014, au cours desquelles le défendeur, M.\_\_\_\_\_ pour la demanderesse, ainsi que les témoins X.\_\_\_\_\_, T.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ et K.\_\_\_\_\_ ont été entendus. Leurs déclarations ont été reprises dans le présent état de fait dans la mesure de leur utilité.

Ayant renoncé à la tenue d'une audience de plaidoiries finales, les parties ont déposé des mémoires de plaidoiries écrites les 21 septembre et 3 novembre 2016.

Dans son mémoire de plaidoirie écrite, la demanderesse a modifié ses conclusions en ce sens qu'elle a retiré le motif de ses prétentions, soit les précisions « à titre de dommages-intérêts » et « à titre de remboursement d'honoraires trop perçus », concluant en outre subsidiairement à ce que le défendeur lui doive immédiat paiement de la somme de 300'250 fr., expliquant dans son mémoire que le montant de 50'000 fr. était réclamé « au titre de dommages-intérêts pour inexécution / exécution imparfaite du contrat ». Les premiers juges ont considéré que ces conclusions modifiées devaient être déclarées irrecevables car elles ne reposaient sur aucun fait ou moyen de preuve nouveau au sens de l'art. 230 al. 1 let. b CPC, de sorte que seules les conclusions figurant dans la demande devaient être tranchées.

## **En droit :**

### **1.**

**1.1** L'appel est recevable contre les décisions finales de première instance (art. 308 al. 1 let. a CPC), dans les causes non patrimoniales ou dans les affaires patrimoniales dont la valeur litigieuse, au dernier état des conclusions, est de 10'000 fr. au moins (art. 308 al. 2 CPC). L'appel, écrit et motivé, doit être introduit dans les trente jours à compter de la notification de la décision motivée (art. 311 al. 1 CPC).

**1.2** En l'espèce, formé en temps utile, compte tenu des fêtes de Pâques (cf. art. 145 al. 1 let. a CPC), par une partie qui a un intérêt digne de protection (art. 59 al. 2 let. a CPC) et portant sur des conclusions supérieures à 10'000 fr., l'appel est recevable.

### **2.**

**2.1** L'appel peut être formé pour violation du droit ainsi que pour constatation inexacte des faits (art. 310 CPC). L'autorité d'appel peut revoir l'ensemble du droit applicable, y compris les questions

d'opportunité ou d'appréciation laissées par la loi à la décision du juge, et doit, le cas échéant, appliquer le droit d'office conformément au principe général de l'art. 57 CPC (Jeandin, CPC commenté, Bâle 2011, nn. 2 ss ad art. 310 CPC). Elle peut revoir librement l'appréciation des faits sur la base des preuves administrées en première instance (Jeandin, op. cit., n. 6 ad art. 310 CPC).

**2.2** Aux termes de l'art. 311 al. 1 CPC, l'appel doit être motivé, la motivation consistant à indiquer sur quels points et en quoi la décision attaquée violerait le droit et/ou sur quels points et en quoi les faits auraient été constatés de manière inexacte ou incomplète par le premier juge. La Cour de céans n'est pas tenue d'examiner, comme le ferait une autorité de première instance, toutes les questions juridiques qui se posent si elles ne sont pas remises en cause devant elle, ni de vérifier que tout l'état de fait retenu par le premier juge est exact et complet, si seuls certains points de fait sont contestés devant elle (Jeandin, op. cit., n. 3 ad art. 311 CPC et la jurisprudence constante de la CACI, notamment CACI 1<sup>er</sup> février 2012/57 consid. 2a). A défaut de motivation suffisante, les griefs soulevés en appel sont irrecevables (TF 5A\_209/2014 du 2 septembre 2014 consid. 4.2.1 ; TF 4A\_101/2014 du 26 juin 2014 consid. 3.3 ; TF 4A\_651/2012 du 7 février 2013 consid. 4.2).

### **3.**

**3.1** Dans un premier moyen, l'appelante se plaint d'une violation du droit s'agissant du fardeau de la preuve et de l'établissement du dommage correspondant aux honoraires déboursés dans le cadre du litige avec S.\_\_\_\_\_. Elle invoque l'obligation de rendre compte du mandataire (art. 400 al. 1 CO), qui devrait conduire à faire supporter à l'intimé le fardeau de la preuve du montant des honoraires consentis pour l'exécution du mandat. Selon elle, faute pour l'avocat intimé d'avoir produit la documentation (liste des prestations, relevé des opérations, etc.) permettant d'établir le montant précis des honoraires facturés pour le litige en question, elle ne pouvait pas contester la somme réclamée à ce titre, dont il conviendrait d'admettre qu'elle correspondrait à la réalité. Le

même raisonnement devrait s'appliquer s'agissant de la convention du 18 août 2008 et il n'y aurait à cet égard aucune place pour une interprétation de la convention selon le principe de la confiance. Il y aurait en définitive lieu de faire application de l'art. 42 al. 2 CO et de déterminer équitablement le dommage.

L'intimé répond en premier lieu que l'argumentation de l'appel ne prendrait pas appui sur le raisonnement des premiers juges et qu'en particulier, les conclusions de la demande ne porteraient pas sur une action en reddition de compte, de sorte que c'est à l'appelante qu'il appartiendrait de démontrer les sommes qu'elle lui aurait versées dans le contexte des dossiers litigieux. En outre, l'intimé s'élève contre l'interprétation qui est faite par l'appelante de la portée de la convention du 18 août 2008.

## **3.2**

**3.2.1** En qualité de mandataire, l'avocat est tenu à la bonne et fidèle exécution du mandat (art. 398 al. 2 CO; Tercier et alii, *Les contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd., 2016, n. 4779). Il répond à l'endroit de son mandant s'il lui cause un dommage en violant ses obligations de diligence et de fidélité. S'il n'est pas tenu à une obligation de résultat, il doit accomplir son activité selon les règles de l'art (ATF 134 III 534, consid. 3.2.2, rés. in JdT 2008 I 335, SJ 2009 I 149; ATF 134 III 361; ATF 127 III 357 consid. 1c, JdT 2002 I 192; Tercier et alii, *op. cit.*, n. 4782 et les autres réf. citées). Il ne répond toutefois pas des risques spécifiques qui sont liés à la formation et à la reconnaissance d'une opinion juridique déterminée. Sous cet angle, il exerce une tâche à risque, dont il sied de tenir compte en droit de la responsabilité civile. En particulier, il ne saurait engager sa responsabilité pour chaque mesure ou omission qui se révèle a posteriori comme ayant provoqué le dommage ou qui aurait pu éviter sa survenance. C'est aux parties de supporter les risques du procès; elles ne peuvent pas les transférer sur les épaules de leur conseil (ATF 134 III 534 consid. 3.2.2, rés. in JdT 2008 I 335, SJ 2009 I 149; ATF 127 III 357 consid. 1a et 1b, JdT 2002 I 192; ATF 117 II 563 consid. 2a, rés. in JdT 1993 I 156).

Le degré de diligence qui incombe au mandataire ne doit pas se déterminer une fois pour toutes, mais en fonction des capacités, des connaissances techniques et des aptitudes propres de ce dernier que le mandant connaît ou aurait dû connaître. Ce sont les circonstances concrètes de l'affaire qui importent à cet égard, notamment la complexité des faits et de la législation ou les aléas de la procédure. Savoir si la manière d'agir d'un avocat doit être qualifiée de conforme ou non à son devoir de diligence résulte d'une pesée appréciative entre, d'une part, le risque engendré par le métier d'avocat et, d'autre part, l'autorité renforcée dont il est revêtu à l'égard de son client. En effet, s'agissant d'un mandataire au bénéfice d'un diplôme de capacité professionnelle, qui s'est vu délivrer une autorisation officielle de pratiquer et qui exerce son activité contre rémunération, on doit pouvoir attendre de lui une diligence particulière, en relation avec ses connaissances spécifiques, et compter, notamment, qu'il conseille et oriente son client quant aux possibilités juridiques et pratiques qui se présentent à lui dans certaines situations. En définitive, l'avocat ne méconnaît son devoir de diligence que si le manquement qui lui est reproché représente la violation de règles généralement reconnues et admises, telles que le respect de délais de péremption ou de prescription (ATF 134 III 534 précité consid. 3.2.2, rés. in JdT 2008 I 335; ATF 117 II 563 précité consid. 2a, rés. in JdT 1993 I 156; ATF 115 II 62 consid. 3a, JdT 1989 I 539).

La violation, par l'avocat, de son devoir de diligence constitue, du point de vue juridique, une inexécution ou une mauvaise exécution de son obligation de mandataire et correspond ainsi, sur le plan contractuel, à la notion d'illicéité propre à la responsabilité délictuelle. Elle entraîne la perte du droit aux honoraires et au remboursement des frais consentis pour l'exécution du mandat (art. 402 al. 1 CO *a contrario* ; Tercier et alii, op. cit., n. 4787). La sanction la plus typique est cependant l'action en dommages-intérêts. Sur ce point, l'art. 398 al. 1 CO renvoie, "d'une manière générale", à l'art. 321e CO relatif à la responsabilité du travailleur. Cette disposition reprend elle-même le régime ordinaire des art. 97 et 101 CO (ATF 117 II 563 précité consid. 2a, rés. in JdT 1993 I 156 et les références citées; Tercier et alii, op. cit., n. 4530).

**3.2.2** L'obligation de rendre compte (art. 400 al. 1 CO) doit permettre au mandant d'exercer un contrôle sur l'activité déployée par le mandataire et, le cas échéant, de réclamer des dommages-intérêts fondés sur la responsabilité du mandataire. Grâce à l'information obtenue, le mandant connaîtra également l'objet de l'obligation de restitution. Le devoir de renseigner peut porter sur la teneur de documents internes pour autant qu'elle soit pertinente pour contrôler les activités du mandataire (ATF 139 III 49 consid. 4.1 ; ATF 141 III 564 consid. 4.2.1). L'obligation de rendre compte inclut le décompte des honoraires du mandataire avocat. Le client peut exiger que son avocat lui fournisse un décompte détaillé de ses honoraires, comprenant chaque activité, sa date et le temps qui lui a été consacré, permettant au client de déterminer avec précision l'activité de l'avocat. Si les honoraires ont été fixés sur une base forfaitaire, le client ne pourra exiger le détail du temps consacré à chaque activité que s'il y a intérêt, par exemple pour obtenir indemnisation de la partie adverse. Le principe vaut même si le client ne conteste pas les honoraires. Quant à l'absence de réaction du mandant à réception des comptes ou du rapport, elle n'implique pas l'admission de leur exactitude ni la renonciation à toute contestation ultérieure. La fourniture du décompte est exigible en tout cas à la fin du mandat, mais également aussitôt que l'avocat en est requis par le client (cf. Bohnet/Martenet, Droit de la profession d'avocat, 2009, nn. 2836-2838 et les réf. cit. ; Chappuis, La profession d'avocat, T. II, 2<sup>e</sup> éd. 2017, pp. 73-74, ainsi que pp. 77-78, et les réf. cit. ; TF 4A\_287/2015 du 22 juillet 2015 consid. 3 et 4.3).

L'exigibilité des honoraires suppose la présentation d'une facture circonstanciée au client (Bohnet/Martenet, op. cit., n. 2979 et la réf. cit.). En présence d'une facture détaillée, le client est en mesure d'apprécier l'exécution du mandat par l'avocat et de contester la note d'honoraires. Il suffit à cet égard que le client expose quel est le temps consacré à l'exécution du mandat qui lui paraît adéquat. Lorsque, pour des motifs objectifs, une preuve stricte de l'activité de l'avocat, respectivement de l'étendue de celle-ci, ne peut pas être exigée (dans le cas d'espèce, il s'agissait d'entretiens téléphoniques dont la durée était

contestée), le juge peut apprécier l'existence et l'ampleur de l'activité déployée en procédant à une application analogique de l'art. 42 al. 2 CO (TF 4A\_459/2013 du 22 janvier 2014 consid. 5.2.2 et les réf. cit., cité in Fellmann, *Anwaltsrecht*, 2<sup>e</sup> éd. 2017, n. 1393).

L'exécution défectueuse du mandat est assimilée à une inexécution lorsque les services rendus sont inutiles ou inutilisables. En ce cas, l'avocat perd le droit à des honoraires et au remboursement des frais consentis. Si le mandat a été exécuté pour partie à satisfaction, l'avocat a droit à la rémunération pour l'activité réalisée en conformité au contrat. Lorsque le mandataire a déjà perçu ses honoraires alors qu'il n'a droit à aucune rémunération ou seulement à une rémunération partielle, le client peut demander le remboursement du trop perçu. La jurisprudence du Tribunal fédéral a laissé ouverte la question du fondement du droit au remboursement, tandis qu'une partie de la doctrine considère qu'il y a lieu d'appliquer les règles sur l'enrichissement illégitime (cf. Bohnet/Martenet, *op. cit.*, nn. 2991-2994 et la réf. cit. sous note infrapaginale n° 947).

**3.2.3** Si l'avocat doit suivre les instructions de son mandant (art. 394 al. 1 CO), la règle souffre des exceptions : en cas d'instruction inopportune, inadéquate ou déraisonnable, notamment, le mandataire doit en informer son mandant de manière dépourvue d'équivoque, en raison de son obligation de renseigner. Faute d'information, le mandataire ne peut pas se décharger de sa responsabilité en invoquant le caractère inopportun de l'instruction. Lorsque le mandant maintient son instruction, le mandataire doit soit renoncer au mandat – en veillant à ne pas résilier en temps inopportun – soit s'y soumettre, auquel cas il sera déchargé de toute responsabilité. En matière juridique, il est admis que le mandataire refuse de suivre des instructions inappropriées et s'exécute selon ses connaissances spécialisées. L'avocat peut ainsi en principe choisir seul les voies procédurales à suivre et les moyens, les faits à alléguer et l'argumentation juridique. Il ne saurait s'exculper lorsqu'il n'a pas décelé le caractère inapproprié d'une instruction alors que celui-ci était manifeste à la lumière de ses connaissances spécialisées (cf. Bohnet/Martenet, *op. cit.*, nn. 2814ss ; cf. Fellmann, *op. cit.*, nn. 1325ss).

**3.2.4** En matière de responsabilité d'avocat, la preuve du dommage est quelque peu allégée, parce qu'une preuve stricte n'est pas possible ou n'est pas raisonnablement exigible, les faits ne pouvant être établis qu'indirectement ou par indices (« Beweisnot ») : le client devra établir avec une haute vraisemblance (ou vraisemblance prépondérante) qu'à défaut de violation de ses obligations par l'avocat, son patrimoine n'aurait pas été atteint (cf. Bohnet/Martenet, op. cit., n. 3061 ; cf. Fellmann, op. cit., n. 1463 et les réf. cit.). En matière judiciaire, il appartient au client d'établir avec une haute vraisemblance que ses droits auraient été reconnus si l'avocat avait observé son devoir de diligence et qu'ainsi son patrimoine se serait accru ou n'aurait pas diminué. La preuve du préjudice impose dès lors l'examen des chances de succès du procès conduit de façon non diligente ou non introduit à temps. Le juge examine le résultat correct en droit selon son analyse et non selon celle du tribunal qui avait été saisi ou qui aurait dû l'être. Il peut prendre en compte la jurisprudence postérieure à l'affaire, puisque celle-ci aurait pu le cas échéant aboutir à telle jurisprudence. Enfin, si le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation, il en use conformément à la pratique dudit tribunal. Dans les cas où seule l'application du droit est en jeu, la mauvaise exécution permettra parfois seulement au client de refuser de payer tout ou partie des honoraires (cf. Bohnet/Martenet, op. cit., nn. 3064 ss ; cf. ég. Fellmann, op. cit., nn. 1462ss).

En cas de responsabilité d'avocat par omission, l'examen du rapport de causalité est hypothétique : le juge se fondera sur l'expérience générale de la vie et portera un jugement de valeur. Lorsque le lien de causalité hypothétique entre l'omission et le dommage est établi, il ne se justifie pas de soumettre cette constatation à un nouvel examen sur la nature adéquate de la causalité (cf. Bohnet/Martenet, op. cit., nn. 3078 et 3079 ; cf. ég. Fellmann, op. cit., n. 1461 et les réf. cit.). Le lien de causalité peut être rompu lorsque le dommage est dû à l'erreur du client ou d'un tiers, en particulier d'un auxiliaire du client. Cela suppose que le fait du client ou du tiers soit si important qu'il apparaisse comme la seule cause

du dommage (cf. Bohnet/Martenet, op. cit., n. 3080 et les différents exemples cités).

Pour prouver l'existence d'un dommage, le client doit démontrer qu'à défaut de violation de ses devoirs par l'avocat, sa prétention aurait dû être reconnue. Si celle-ci ne devait pas l'être au vu des éléments au dossier, indépendamment de l'erreur de l'avocat, et éventuellement de celle du client ou d'un tiers, l'existence d'un dommage doit être niée. On doit en revanche admettre l'existence d'un dommage mais retenir une rupture du lien de causalité lorsque la perte du procès n'est pas due à la violation de l'obligation de diligence de l'avocat, mais à une erreur grave du client, qui par exemple n'avait pas fourni toutes les informations nécessaires à la consécration de ses droits. Il en va de même si la perte du procès est due à l'erreur d'un tiers (cf. Bohnet/Martenet, op. cit., nn. 3086-3087).

**3.3** En l'espèce, il convient de déterminer en premier lieu si une violation de ses devoirs peut le cas échéant être imputée à l'intimé, avant d'examiner s'il en est résulté un dommage.

**3.3.1** C'est à raison que les premiers juges ont retenu que l'absence de consignation valable des loyers était imputable à l'intimé, celui-ci ne parvenant pas à s'exculper en prétendant que son mandant lui aurait imposé la décision de suspendre le paiement du loyer. Ainsi que l'ont retenu les premiers juges, l'intimé ne pouvait pas rester passif face à une instruction inappropriée : il lui appartenait à tout le moins de rendre M. \_\_\_\_\_ attentif aux conséquences dommageables de la position adoptée, éventuellement de résilier son mandat. Or en l'occurrence, il ne ressort nullement du dossier – ni n'est d'ailleurs allégué – que l'intimé aurait attiré l'attention de M. \_\_\_\_\_ sur le caractère nécessaire du paiement du loyer ou d'une consignation valable en application de l'art. 259g CO ; au contraire, par son courrier du 25 janvier 2006 au conseil de la sous-bailleresse S. \_\_\_\_\_, l'intimé a lui-même annoncé la rétention des loyers en son étude comme moyen de pression pour obtenir le transfert du bail.

Or les loyers consignés ne sont réputés payés (art. 259g al. 2 CO) que lorsque les conditions de la consignation au sens de l'art. 259g al. 1 CO sont remplies. Il importe notamment que la consignation soit invoquée en lien avec des défauts au sens de l'art. 258 CO, à savoir des défauts qui, même s'ils sont de nature immatérielle, excluent ou entravent considérablement l'usage pour lequel la chose a été louée (cf. Aubert, in Bohnet/Carron/Montini éd., Droit du bail à loyer et à ferme, 2<sup>e</sup> éd. 2017, nn. 19 et 28 ad art. 258 CO et n. 1 ad art. 259g CO). A cet égard, il est en l'espèce douteux que le non-respect de l'obligation de collaborer en vue d'obtenir le transfert du bail au nom de la sous-locataire constitue en tant que tel une entrave à l'usage des locaux loués. Par ailleurs, outre un avis préalable donné au bailleur avec fixation d'un délai raisonnable pour que celui-ci s'exécute et répare le défaut (art. 259g al. 1 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> phr. CO), la consignation du loyer doit respecter des modalités précises, notamment quant au for du lieu de situation de l'immeuble (cf. art. 33 CPC ; Aubert, op. cit., n. 44-45 ad art. 259g CO) et à l'établissement habilité à recevoir les loyers consignés, lequel est désigné par le canton (cf. art. 259g al. 1 2<sup>e</sup> phr. CO).

Au vu des seules exigences rappelées ci-avant, il est manifeste que la consignation des loyers en l'étude de l'intimé ne remplissait pas les conditions d'une consignation valable susceptible d'emporter libération au sens de l'art. 259g al. 2 CO. Or en l'absence de consignation valable, l'appelante était en demeure, ce qui ouvrait la voie à une résiliation anticipée du bail pour défaut de paiement (cf. art. 257d CO ; Aubert, op. cit., nn. 63-64 ad art. 259g CO). Dans les circonstances de l'espèce, l'omission de l'intimé apparaît bien en lien de causalité avec la résiliation dudit contrat. Par ailleurs, au vu de la demeure quant au paiement du loyer, une contestation de la résiliation fondée sur l'art. 257d CO était vaine, à tout le moins en l'absence d'une nouvelle informalité, qui ne ressort pas du dossier.

**3.3.2** Les premiers juges ne sauraient par contre être suivis lorsqu'ils retiennent que pour avoir considéré « à tort » que la garantie de loyer

était soumise à l'art. 257e CO, une « erreur dans l'appréciation juridique du cas » pouvait être reprochée à l'intimé, « qui avait entraîné la libération des fonds en mains de S.\_\_\_\_\_ ». En effet, si l'on admettait que l'intimé n'a pas reconnu la nature juridique de la garantie constituée le 6 septembre 2005 en mains de la banque A.\_\_\_\_\_ et que celle-ci était effectivement une garantie bancaire indépendante, non soumise à l'art. 257e CO, payable – comme l'a prétendu la banque – « à première demande (...) sans faire valoir d'exception ou d'objection résultant du contrat de base », il faudrait considérer que la banque était tenue de libérer les fonds et que l'intimé ne pouvait pas s'y opposer, auquel cas le chef de responsabilité retenu par les premiers juges serait inexistant. Si l'on admettait au contraire que la garantie constituée le 6 septembre 2005 était bien soumise à l'art. 257e CO – comme les clauses qui la régissent l'indiquent expressément et comme cela ressort du caractère impératif de la disposition précitée lorsque la garantie est constituée en espèces ou sous forme de papiers-valeurs entre les parties à un rapport de bail portant sur des locaux d'habitation ou des locaux commerciaux (Marchand, in Bohnet/Carron/Montini éd., Droit du bail à loyer et à ferme, op. cit., n. 3 ad art. 257e CO et la réf. cit.) –, il faudrait admettre que l'interprétation de l'intimé était correcte et que c'est en réalité la banque qui a erré en libérant les fonds sans que l'une des conditions de l'art. 257e al. 3 CO soit remplie, la loi genevoise complémentaire d'exécution ne permettant pas davantage la libération au profit de la sous-bailleresse dans le cas d'espèce (cf. art. 4, 5 et 8 de la loi du 18 avril 1975 protégeant les garanties fournies par les locataires [LGFL] ; RSG I 4 10).

### **3.4**

**3.4.1** Il ressort de l'état de fait – non contesté – du jugement attaqué que l'appelante a requis des informations relatives aux différents dossiers traités et notamment le récapitulatif des diverses affaires en cours. La question des honoraires de l'avocat intimé a été abordée et négociée en fin de mandat. Enfin, dans le cadre de la présente procédure, l'appelante a expressément requis la production, par l'intimé, de l'entier des factures de frais et honoraires détaillées concernant le litige ayant divisé l'appelante

d'avec S.\_\_\_\_\_, avec attestation des encaissements y relatifs et les demandes de provision.

Compte tenu de l'obligation de rendre compte à la charge de l'intimé dont le respect conditionne l'exigibilité des honoraires (cf. 3.2.2 *supra*), il ne saurait être question de distinguer entre une action en paiement et une action en reddition de compte, comme l'invoque l'intimé. Au vu du fait que l'appelante avait requis de l'intimé que celui-ci lui rende compte du travail effectué dans les différents dossiers, puis sollicité la production des décomptes d'honoraires détaillés, les premiers juges ne pouvaient pas faire supporter à l'appelante le fardeau de l'échec de la preuve des honoraires dus pour le dossier en question. C'est au contraire à l'avocat intimé qu'il revenait de démontrer la nature et l'ampleur du travail fourni justifiant les honoraires dans le dossier concerné.

### **3.4.2**

**3.4.2.1** Selon l'art. 18 al. 1 CO, pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il y a lieu de rechercher la réelle et commune intention des parties, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention. La jurisprudence a déduit de cette disposition qu'il convenait de chercher à déterminer en premier lieu la réelle et commune intention des parties (interprétation subjective) et, si celle-ci n'était pas établie ou si les volontés intimes divergeaient, d'adopter la méthode d'interprétation selon le principe de la confiance (interprétation objective) (ATF 132 III 626 consid. 3.1 et les références citées, JdT 2007 I 423 ; ATF 125 III 305 consid. 2b et les références citées). Cette dernière méthode consiste à rechercher le sens que chacune des parties pouvait et devait raisonnablement prêter aux déclarations de l'autre, en tenant compte des termes utilisés ainsi que du contexte et de l'ensemble des circonstances dans lesquelles elles ont été émises (ATF 133 III 61 consid. 2.2.1 ; ATF 125 III 305 consid. 2b et les références citées). Subsidièrement, si l'interprétation selon le principe de la confiance ne permet pas de dégager le sens de clauses ambiguës, celles-ci sont à interpréter en défaveur de celui qui les a rédigées, en vertu de la règle « *in dubio contra*

*stipulatorem* » (ATF 133 III 61 consid. 2.2.2.3 ; ATF 122 III 118 consid. 2a, JdT 1997 I 805 ; TF 4A\_667/2016 consid. 3.2).

**3.4.2.2** Par convention du 18 août 2008 – dont le texte a été reproduit ci-avant (let. C/7d) –, les parties ont posé certaines règles quant à la fin de leurs rapports contractuels, notamment au plan des honoraires. Il ressort à cet égard de l'état de fait du jugement attaqué qu'une proposition de convention avait préalablement été adressée à l'avocat intimé, sur laquelle celui-ci avait pris position par courriel du 21 juillet 2008, notamment en exposant, en substance, que la prétention en restitution de la garantie constituée en faveur de S. \_\_\_\_\_ était liée à la procédure au fond encore pendante devant les tribunaux zurichois, de sorte qu'il était prématuré de parler de dommage à ce titre. L'intimé avait encore précisé que si dommage il devait y avoir sur ce plan, il assumerait ses responsabilités, mais qu'en l'état, cette question lui semblait tout à fait prématurée. Il ressort également de l'état de fait du jugement entrepris que le 15 mai 2008, l'intimé avait introduit devant le Bezirksgericht Zürich, contre S. \_\_\_\_\_ et Y. \_\_\_\_\_, une requête de conciliation tendant à l'indemnisation du dommage subi par l'appelante en lien avec la non-exécution, par la sous-bailleresse S. \_\_\_\_\_, de l'engagement contractuel de transférer le bail à l'appelante en qualité de sous-locataire, requête retirée par le nouveau conseil de l'appelante. On doit déduire de ce qui précède qu'au moment de rédiger le courriel du 21 juillet 2008, l'intimé faisait allusion au contenu de l'instance introduite par requête de conciliation du 15 mai 2008.

Par ailleurs, il ressort également de l'état de fait que certaines opérations avaient été comptabilisées au tarif usuel et non au tarif préférentiel convenu entre les parties (let. C/5b *supra*). Entendu en qualité de partie, l'intimé a expliqué avoir initialement appliqué un tarif préférentiel, puis avoir haussé son tarif au vu de la complexification de ses interventions ; après qu'il lui avait été reproché d'avoir adapté ses tarifs, il avait accepté de les revoir à la baisse en remboursant le trop payé ; une partie de la convention du 18 août 2008 avait servi à rembourser la part

d'honoraires dépassant le tarif réduit ; l'autre partie avait servi à rembourser des honoraires par rapport à des dossiers mal gérés.

**3.4.2.3** Concernant le dossier S.\_\_\_\_\_, y compris les honoraires de l'intimé pour cette affaire, les premiers juges ont de façon contradictoire retenu d'une part que la convention ne précisait pas quelles affaires le remboursement de 237'000 fr. d'honoraires « trop perçus » recouvrait (jgmt, consid. III d.3, pp. 21-22), tandis qu'ils ont d'autre part interprété la convention - interprétation objective dans la mesure où les parties à la convention ne s'entendaient pas sur le sens à lui donner - en considérant, notamment par une interprétation *contra stipulatorem*, que cet accord incluait les honoraires en lien avec le dossier S.\_\_\_\_\_ (jgmt, consid. V b., pp. 26-28).

Il ne ressort pas avec certitude du dossier que la convention précitée ait été rédigée par M.\_\_\_\_\_ ou par l'un de ses auxiliaires, bien que le courriel du 21 juillet 2008 de l'intimé fournisse une indication en ce sens, toutefois insuffisante à en rapporter la preuve. Quoi qu'il en soit, l'application de la règle « *in dubio contra stipulatorem* » (ou Unklarheitsregel) revêt un caractère subsidiaire par rapport à l'interprétation selon le principe de la confiance (cf. ATF 122 III 118 consid. 2a et les réf. cit., JdT 1997 I 805 ; Gauch/Schluemp/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, vol. I, 10<sup>e</sup> éd. Zurich 2014, n. 1232 et les réf. cit.). Surtout, elle est inapplicable au cas d'espèce dans la mesure où, d'une part, le texte a manifestement été négocié entre les parties (cf. Winiger, op. cit., n. 50 ad art. 18 CO ; Gauch/Schluemp/Schmid, *ibidem*) et où, d'autre part, la profession de l'intimé exclut de considérer qu'il était moins familier ou moins en mesure de se familiariser avec le texte conventionnel et les termes utilisés.

En réalité, au vu des explications fournies par l'intimé quant à la révision à la baisse de sa facturation et quant au fait que la convention avait porté sur le remboursement de ces honoraires ainsi que sur les dommages-intérêts en lien avec la gestion négligente de certains dossiers, il faut admettre que le montant de 237'000 fr. mentionné au chiffre 1 de la

convention à titre d'« honoraires trop perçus » représente un remboursement forfaitaire, pour tous les dossiers confiés à l'intimé, des honoraires perçus en trop par rapport au tarif préférentiel négocié entre les parties, tandis que le montant de 75'000 fr. en lien avec le dossier [...] représente des dommages-intérêts pour les conséquences de la gestion négligente de ce dossier. Dans la mesure où le dossier S. \_\_\_\_\_ n'est pas mentionné au chiffre 1 de la convention, il faut admettre que pour ce qui a trait aux conséquences financières de la gestion dommageable de l'intimé, il tombe sous le coup des « autres dossiers » mentionnés sous chiffres 2 et 4, ainsi que sous la réserve des éventuels procès en responsabilité mentionnée au chiffre 7 de la convention. A défaut de distinguer entre les conséquences de la gestion négligente des dossiers, respectivement de la surfacturation, la mention des « autres dossiers » aux chiffres 2 et 4 et surtout la réserve visée au chiffre 7 n'auraient aucun sens. Par ailleurs, cette interprétation est conforme au comportement antérieur des parties, notamment au contenu du courriel du 21 juillet 2008 de l'intimé qui excluait de régler dans la convention les conséquences pécuniaires de sa gestion du dossier S. \_\_\_\_\_, en tout cas sous l'angle de la garantie de 150'000 francs. Elle est enfin corroborée par les déclarations de partie, à l'audience du 10 septembre 2014, de M. \_\_\_\_\_, qui a expliqué que le cas S. \_\_\_\_\_ ne faisait pas partie de la convention, qu'il était question, au début, de 450'000 fr. comprenant le pas-de-porte payé à Y. \_\_\_\_\_, mais que le défendeur lui avait dit qu'il voulait « sortir ce cas de la convention et qu'on le traiterai plus tard si la procédure n'aboutissait pas ».

En définitive, l'interprétation à laquelle sont parvenus les premiers juges est insoutenable et il faut au contraire admettre que les conséquences pécuniaires de la gestion non diligente du dossier S. \_\_\_\_\_ par l'intimé ont été réservées par les parties, de sorte que les prétentions de l'appelante ne sauraient être rejetées au motif que leur sort aurait été conventionnellement scellé. De même, la mention des honoraires perçus en trop dans la convention précitée ne saurait faire obstacle à la prétention en rétrocession des honoraires fondée sur la violation de son obligation de diligence par l'intimé.

**3.4.3** N'étant pas en mesure de justifier ses honoraires, ni même de définir quelle part de ceux qu'il a facturés sont liés au dossier S.\_\_\_\_\_, l'intimé doit sur le principe se laisser opposer la prétention de l'appelante en restitution des honoraires versés. On précisera à cet égard que si l'appelante a produit sur requête de l'intimé certaines pièces justificatives des honoraires versés (pièce requise 152), elle a relevé à cette occasion, par courrier de son nouveau conseil du 15 novembre 2013, que c'était à l'avocat intimé de faire connaître les montants encaissés pour le dossier en question. Par ailleurs, le montant de 149'698 fr. 35 (recte : 149'696 fr. 35 [let. C/7a supra]) retenu à ce titre dans le jugement attaqué (consid. 8a, p. 9) est contredit par le montant de 237'000 fr. remboursé par l'intimé en exécution de la convention, de sorte qu'il n'est pas représentatif de la totalité des honoraires versés à l'intimé.

La question se pose encore de savoir dans quelle mesure ces honoraires doivent être restitués. A cet égard, les premiers juges ont considéré que la violation de l'obligation de diligence par l'intimé entraînait pour celui-ci la perte de son droit à des honoraires et le remboursement des frais consentis pour l'exécution du mandat. La doctrine admet que même sans un dommage en lien de causalité avec une violation de ses obligations contractuelles, l'inexécution peut justifier la suppression des honoraires (cf. Bohnet/Martenet, op. cit., nn. 2991-2994 et la réf. cit. sous note infrapaginale n° 947, ainsi que nn. 3064 ss ; cf. ég. Fellmann, op. cit., nn. 1462ss). En l'absence de tout décompte détaillé de l'avocat intimé, il est impossible de prétendre faire la part du travail consacré à des opérations utiles ou inutiles. Dans ces conditions, il se justifie d'apprécier le dommage en équité, par une application analogique de l'art. 42 al. 2 CO. L'argumentation contraire de l'intimé reposant sur la prémisse erronée que le fardeau de la preuve des montants versés à titre d'honoraires incomberait à l'appelante, elle n'a pas lieu d'être discutée plus avant.

L'appelante revendique le remboursement d'une somme d'honoraires de 50'000 francs. Eu égard au fait que le mandat portant sur le dossier considéré a consisté ou devait consister en la négociation du

transfert du bail – portant sur un loyer annuel de 239'220 fr. – à la sous-locataire, puis en la libération de la garantie bancaire et enfin en la procédure de conciliation préalable (art. 197 ss CPC) diligentée à Zurich contre la partie bailleresse S.\_\_\_\_\_, respectivement contre Y.\_\_\_\_\_, visant à l'indemnisation des investissements consentis et de la perte commerciale, y compris le pas-de-porte, la somme de 50'000 fr. qui est revendiquée apparaît excessive et doit être ramenée à 20'000 francs.

On relèvera encore que l'intimé ne se prononce pas de façon détaillée sur l'appréciation en équité du calcul des honoraires litigieux et qu'il ne ressort pas du jugement qu'il aurait soulevé l'exception de prescription, de sorte que la prétention correspondante apparaît due nonobstant la brièveté du délai de l'art. 67 CO. Le moyen doit être admis dans la mesure de ce qui précède.

#### **4.**

**4.1** Dans un second grief, l'appelante se plaint de ce que les premiers juges n'auraient pas correctement appliqué le droit au moment d'apprécier le dommage et/ou le lien de causalité en relation avec le montant du pas-de-porte qu'elle prétendait pouvoir réaliser si le bail de sous-location n'avait pas été résilié. Elle fait valoir que le dommage ainsi que le lien de causalité avec la violation de son obligation de diligence par l'intimé devaient faire l'objet non d'une preuve stricte, mais, au vu de la nature de la cause, d'une preuve limitée à la vraisemblance prépondérante, et se prévaut sous cet angle de l'appréciation de l'expert selon laquelle le paiement d'un pas-de-porte est courant et usuel dans le quartier de Zurich en question, ainsi que d'un témoignage écrit attestant de la capacité d'un repreneur de verser 250'250 fr., voire davantage selon l'expert. L'appelante invoque la teneur de l'art. 262 CO, qui interdit au bailleur de s'opposer à la sous-location si celle-ci ne représente pas pour lui un inconvénient majeur, et s'élève contre le raisonnement consistant à nier la licéité d'un pas-de-porte sous l'angle de l'interdiction des transactions couplées (art. 254 CO). Ensuite, elle conteste que le retrait de la procédure de conciliation introduite à Zurich soit constitutive d'une

interruption du lien de causalité. Enfin, elle conteste à nouveau que la convention du 18 août 2008 puisse être interprétée dans le sens d'une exclusion conventionnelle des dommages-intérêts en lien avec la gestion du dossier S.\_\_\_\_\_.

**4.2** Le pas-de-porte se comprend d'une somme d'argent qu'un locataire exige de son successeur pour bénéficier d'un transfert de son bail, respectivement pour la renonciation à son droit au bail. Il ne tombe en principe pas sous le coup de l'interdiction des transactions couplées (art. 254 CO) lorsqu'il n'est pas négocié par le bailleur ou que celui-ci n'a concouru ni à l'établissement ni à la convention de reprise. L'intérêt du bailleur est évident lorsqu'il est lui-même partie à la transaction couplée, peu importe qu'il agisse par l'intermédiaire d'un représentant ou que la prestation du locataire doive être exécutée en mains d'un tiers. La situation est plus délicate lorsque le contrat couplé est passé avec un tiers. Selon la jurisprudence fédérale, l'intervention du tiers tombe sous le coup de l'art. 254 CO lorsqu'il agit en lieu et place du bailleur et pour le compte de celui-ci. Enfin, même si le bailleur n'a pas influé sur le tiers, l'art. 254 CO s'applique si le bailleur a connaissance de l'accord et l'approuve (cf. Montini/Bouverat, in Bohnet/Carron/Montini éd., Droit du bail à loyer et à ferme, op. cit., nn. 20-22 et 27 ad art. 254 CO et les réf. cit., spéc. TF 4C.161/2001).

Il y a lieu de distinguer le pas-de-porte de la vente du fonds de commerce, qui ne pose en principe pas de problème dans la mesure où le locataire a la volonté de conclure la transaction, sauf dans les cas où le prix de vente apparaît exagéré. Il en va de même de l'inventaire de reprise, des stocks de marchandise ainsi que du goodwill dans le secteur de l'hôtellerie (cf. Montini/Bouverat, op. cit., n. 28 ad art. 254 CO).

**4.3** En l'espèce, il ressort de l'état de fait et des allégations de l'appelante quant aux conséquences du comportement imputé à l'intimé qu'elle escomptait le transfert du bail pour pouvoir négocier, ensuite, en qualité de bailleuse, une remise du bail et un pas-de-porte suffisamment important pour récupérer sa mise initiale, voire davantage. C'est ainsi qu'il

faut comprendre le mandat de courtage conféré oralement à l'agent immobilier X. \_\_\_\_\_ par M. \_\_\_\_\_ après que le premier nommé avait eu vent du souhait de l'appelante de remettre les locaux zurichois. Cela ressort en outre expressément de l'allégué 38 de la demande. Quoique, selon X. \_\_\_\_\_, la pratique du pas-de-porte ait été usuelle à Zurich à l'époque, il n'en reste pas moins qu'un pas-de-porte négocié par l'appelante en qualité de bailleresse afin de récupérer le montant du pas-de-porte initialement déboursé aurait constitué une transaction couplée absolument nulle, sur laquelle l'appelante ne pouvait fonder aucune prétention (cf. Montini/Bouverat, op. cit., nn. 39-40 et 46 ad art. 254 CO). Pour ce motif déjà, l'appelante n'est pas en mesure d'invoquer un dommage correspondant à la somme déboursée par elle à ce titre, soit un total de 161'400 francs. Il est dès lors superflu d'examiner tant l'argument tiré de l'hypothétique responsabilité de l'intimé quant à l'absence de remise en cause dudit pas-de-porte à la signature du bail que celui du degré de la preuve applicable à la possibilité d'encaisser un pas-de-porte.

Quant aux investissements consentis dans les locaux, dont l'expert a apprécié la quotité sur la base de factures, les premiers juges ne les ont pas retenus, considérant qu'il n'était pas établi que les factures correspondantes auraient été acquittées. L'appelante ne remettant pas en cause l'état de fait à cet égard, il n'y a pas lieu d'y revenir. Sur cette base, il faut constater que le dommage invoqué à hauteur de 250'050 fr. - montant qui comprend tant un pas-de-porte à proprement parler que la vente de diverses installations - n'est pas justifié, respectivement pas établi.

Pour le surplus, à l'inverse de l'appréciation faite par les premiers juges, on ne peut pas admettre la rupture du lien de causalité du fait du retrait de la procédure de conciliation zurichoise pour ce qui a trait à la prétention en remboursement du pas-de-porte de 161'400 fr. plus TVA. La requête en conciliation avait pour objet des dommages-intérêts en lien avec la non-exécution, par la sous-bailleresse S. \_\_\_\_\_, de l'engagement contractuel de transférer le bail à l'appelante en qualité de sous-locataire, pour un montant de 200'000 fr. à titre d'indemnisation de

la perte commerciale, des investissements et de l'impossible valorisation du commerce, de même que pour un montant de 161'400 à titre de remboursement du pas-de-porte payé à Y.\_\_\_\_\_ et enfin pour une somme de 125'000 fr. à titre de restitution de la garantie de loyer d'un même montant libérée par A.\_\_\_\_\_ en faveur de S.\_\_\_\_\_. Il faut admettre que la résiliation du bail a rendu impossible la poursuite des affaires et a vraisemblablement occasionné une perte commerciale ; il en va de même de la possibilité de « valoriser » le commerce. Toutefois, la résiliation est la cause directe du défaut de paiement ou de consignation valable, qui est le fait de l'appelante, dans la mesure où le comportement de l'intimé lui est imputable. On doit également admettre que la garantie de loyer de 125'000 fr. ne pouvait de toute façon pas être restituée, mais devait imputée sur les loyers impayés. Eu égard à ces prétentions, il n'y a pas de place pour une rupture du lien de causalité du fait du retrait de la requête de conciliation.

A l'inverse, la résiliation n'a en principe aucune incidence sur la prétention en remboursement du pas-de-porte versé à Y.\_\_\_\_\_, pour autant que l'appelante soit en mesure d'établir que celui-ci est en réalité prohibé par l'art. 254 CO. Or le pas-de-porte versé à un tiers n'est en principe pas visé par la prohibition des transactions couplées. Pour pouvoir prétendre à la restitution du pas-de-porte selon les règles sur l'enrichissement illégitime, il fallait que l'appelante soit en mesure de rendre vraisemblable que nonobstant que le pas-de-porte avait été négocié et profitait apparemment à une société tierce juridiquement indépendante, à savoir Y.\_\_\_\_\_, les sphères d'activité de ces deux entités étaient à ce point communes qu'il se justifiait de les considérer comme une seule entité (cf. ATF 137 III 550 consid. 2.3 et 2.4), ou que c'est en fait la société fille, soit S.\_\_\_\_\_, qui avait négocié et profité du pas-de-porte illicite, ou encore, à tout le moins, que celle-ci avait connaissance et approuvait la transaction conclue avec Y.\_\_\_\_\_. Or rien de tel ne ressort de l'état de fait du jugement attaqué, ni n'a été allégué par l'appelante, ce qui clôt en soi le débat. Au surplus, si par contrat du 5 septembre 2005, Y.\_\_\_\_\_ a autorisé sa société fille à transférer le bail à l'appelante, on peut certes en inférer que la société fille était au courant

de la transaction, mais non qu'elle l'approuvait, *a fortiori* lorsque le montant du pas-de-porte était dû et avait été facturé par la holding. Dans ces conditions, même s'agissant de la prétention en restitution du pas-de-porte de 161'400 fr., il faut inférer de la situation de fait telle que présentée par l'appelante que la procédure pécuniaire initiée à Zurich n'avait pas de chance d'aboutir, de sorte qu'il ne saurait être question d'interruption du lien de causalité de ce chef. Ce moyen doit être rejeté.

## **5.**

**5.1** En définitive, l'appel doit être partiellement admis et le jugement réformé dans le sens de l'admission partielle de la prétention de l'appelante en restitution de 20'000 fr. d'honoraires versés à l'intimé (cf. consid. 3.4.3 *supra*). Le point de départ de l'intérêt moratoire ne peut pas être fixé au 1<sup>er</sup> juillet 2007 comme le réclame l'appelante : d'une part, cette date ne correspond pas à la conclusion ressortant de l'autorisation de procéder, qui indique la date du 1<sup>er</sup> janvier 2008 ; d'autre part, on ignore jusqu'à quand l'appelante a versé des honoraires au défendeur, mais on sait que celui-ci a été actif pour le compte de la première jusqu'en mai 2008 à tout le moins, dépôt de la procédure de conciliation zurichoise. En outre, le mandat n'a été résilié que le 6 juin 2008 et les parties en ont négocié les conséquences en réservant les prétentions liées à des procès en responsabilité ultérieurs. Dans ces circonstances, on considérera que la réception par l'intimé de la requête de conciliation du vendredi 27 avril 2012 vaut interpellation (art. 102 al. 1 CO) ; en supposant que l'écriture en question soit parvenue au greffe du tribunal le lundi 30 avril 2012 au plus tôt et que l'attestation de dépôt ait été acheminée à l'intimé au plus tôt le 1<sup>er</sup> mai 2012, on retiendra que l'intérêt moratoire a commencé à courir dès le lendemain, 2 mai 2012.

**5.2** Vu l'admission partielle de l'appel, il y a lieu de revoir la répartition des frais de première instance. L'appelante obtient gain de cause sur le principe de la responsabilité de l'intimé, ainsi que sur une très faible partie de ses prétentions pécuniaires. Dans ces circonstances, il se justifie en application de l'art. 106 al. 2 CPC de répartir les frais de

première instance à raison de 4/5<sup>e</sup> à la charge de l'appelante et de 1/5<sup>e</sup> à la charge de l'intimé. Les frais judiciaires de première instance, de 23'967 fr., seront ainsi supportés à raison de 19'173 fr. 60 par l'appelante et de 4'793 fr. 40 par l'intimé. Compte tenu de ce que l'appelante a avancé la totalité des frais judiciaires à l'exception de 150 fr. avancés par l'intimé au titre de l'audition de ses témoins, celui-ci versera à l'appelante la somme de (4'793 fr. 40 - 150 fr.) 4'643 fr. 40 à titre de remboursement partiel de son avance de frais. Enfin, l'appelante versera à l'intimé des dépens réduits de première instance ( $[4/5^e - 1/5^e] \times 15'000$  fr.) de 9'000 francs.

**5.3** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 4'002 fr. (art. 62 al. 1 TFJC [tarif des frais judiciaires civils du 28 septembre 2010 ; RSV 270.11.5]), peuvent suivre la même répartition (4/5<sup>e</sup> - 1/5<sup>e</sup>), de sorte que 3'201 fr. 60 seront mis à la charge de l'appelante et 800 fr. 40 à la charge de l'intimé, qui versera cette dernière somme à l'appelante à titre de remboursement partiel d'avance de frais de deuxième instance (art. 111 al. 2 CPC). L'appelante versera en outre à l'intimé (art. 106 al. 2 CPC) des dépens réduits de deuxième instance de ( $[4/5^e - 1/5^e] \times 4'000$  fr.) 2'400 fr., en application des art. 3 al. 2 et 7 TDC (tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 ; RSV 270.11.6).

Par ces motifs,  
la Cour d'appel civile  
p r o n o n c e :

- I. L'appel est partiellement admis.
- II. Il est statué à nouveau comme il suit :
  - I. Les conclusions prises par la demanderesse U. \_\_\_\_\_ contre le défendeur D. \_\_\_\_\_ au pied de sa plaidoirie écrite du 21 septembre 2016 sont irrecevables.

- II. Les conclusions prises par la demanderesse U.\_\_\_\_\_ à teneur de la demande du 31 juillet 2012 sont partiellement admises.
  - III. Le défendeur D.\_\_\_\_\_ doit paiement à la demanderesse U.\_\_\_\_\_ de la somme de 20'000 fr. (vingt mille francs), avec intérêts à 5% l'an dès le 2 mai 2012.
  - IV. Les frais judiciaires, arrêtés à 23'967 fr. (vingt-trois mille neuf cent soixante-sept francs), sont mis à la charge de la demanderesse U.\_\_\_\_\_ par 19'173 fr. 60 (dix-neuf mille cent septante-trois francs et soixante centimes) et à la charge du défendeur D.\_\_\_\_\_ par 4'793 fr. 40 (quatre mille sept cent nonante-trois francs et quarante centimes).
  - V. Le défendeur D.\_\_\_\_\_ versera à la demanderesse U.\_\_\_\_\_ la somme de 4'643 fr. 40 (quatre mille six cent quarante-trois francs et quarante centimes) à titre de remboursement partiel de son avance de frais judiciaires.
  - VI. La demanderesse U.\_\_\_\_\_ versera au défendeur D.\_\_\_\_\_ la somme de 9'000 fr. (neuf mille francs) à titre de dépens de première instance.
  - VII. Toutes autres et plus amples conclusions sont rejetées.
- III.** Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 4'002 fr. (quatre mille deux francs), sont mis à la charge de l'appelante U.\_\_\_\_\_ par 3'201 fr. 60 (trois mille deux cent un francs et soixante centimes) et à la charge de l'intimé D.\_\_\_\_\_ par 800 fr. 40 (huit cents francs et quarante centimes).
- IV.** L'intimé D.\_\_\_\_\_ versera à l'appelante U.\_\_\_\_\_ la somme de 800 fr. 40 (huit cents francs et quarante centimes) à titre

de remboursement partiel d'avance des frais judiciaires de deuxième instance.

**V.** L'appelante U.\_\_\_\_\_ versera à l'intimé D.\_\_\_\_\_ la somme de 2'400 fr. à titre de dépens de deuxième instance.

**VI.** L'arrêt est exécutoire.

Le président :

Le greffier :

Du

Le présent arrêt, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié à :

- Me B.\_\_\_\_\_ (pour U.\_\_\_\_\_),
- Me [...] (pour D.\_\_\_\_\_),

et communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Juge président la Chambre patrimoniale cantonale.

La Cour d'appel civile considère que la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 francs.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), le cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Dans les affaires pécuniaires, le recours en matière civile n'est recevable que si la valeur litigieuse s'élève au moins à 15'000 fr. en matière de droit du travail et de

droit du bail à loyer, à 30'000 fr. dans les autres cas, à moins que la contestation ne soulève une question juridique de principe (art. 74 LTF). Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Le greffier :