

# BGer 4A 175/2018 vom 19. November 2018

Bundesgericht, 2018-11-19, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_175\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_175_2018)

FR: TF 4A 175/2018 du 19 novembre 2018

IT: TF 4A 175/2018 del 19 novembre 2018

## Regeste

responsabilité de l'avocat, allégation et preuve du dommage; | Droit des contrats

## Erwägungen

### E. 1

Interjeté en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ) par la partie qui a succombé dans ses conclusions en dommages-intérêts ( art. 76 al. 1 LTF ) contre une décision finale ( art. 90 LTF ), prise sur appel par le tribunal supérieur du canton de Vaud ( art. 75 LTF ) dans une affaire de responsabilité d'un avocat ( art. 72 al. 1 LTF ), dont la valeur litigieuse est supérieure à 30'000 fr. ( art. 74 al. 1 let. b LTF ), le recours en matière civile est recevable au regard de ces dispositions.

### E. 2.1

Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente ( art. 105 al. 1 LTF ). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte - ce qui correspond à la notion d'arbitraire au sens de l' art. 9 Cst. ( ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 137 II 353 consid. 5.1) - ou en violation du droit au sens de l' art. 95 LTF ( art. 105 al. 2 LTF ), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause ( art. 97 al. 1 LTF ). Concernant l'appréciation des preuves, le Tribunal fédéral n'intervient, du chef de l' art. 9 Cst. , que si le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte des preuves pertinentes ou a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables ( ATF 137 III 226 consid. 4.2; 136 III 552 consid. 4.2; 134 V 53 consid. 4.3; 133 II 249 consid. 1.4.3; 129 I 8 consid. 2.1). Le complètement de l'état de fait ne relève pas de l'arbitraire, puisqu'un fait non constaté ne peut pas être arbitraire, c'est-à-dire constaté de manière insoutenable. Mais si un fait omis est juridiquement pertinent, le recourant peut obtenir qu'il soit constaté s'il démontre qu'en vertu des règles de la procédure civile, l'autorité précédente aurait objectivement pu en tenir compte et s'il désigne précisément les allégués et les offres de preuves qu'il lui avait présentés, avec référence aux pièces du dossier ( art. 106 al. 2 LTF ; ATF 140 III 86 consid. 2).

### E. 2.2

Sous réserve de la violation des droits constitutionnels ( art. 106 al. 2 LTF ), le Tribunal fédéral applique le droit d'office ( art. 106 al. 1 LTF ). Il n'est toutefois lié ni par les motifs invoqués par les parties, ni par l'argumentation juridique retenue par l'autorité cantonale; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs ( ATF 135 III 397 consid. 1.4 et l'arrêt cité).

### **E. 3**

La demanderesse recourante conteste avoir eu l'intention d'être bailleresse (ou sous-bailleresse), mais affirme avoir voulu transférer le bail à un tiers (i.e. en se retirant du bail). Elle se plaint d'appréciation arbitraire des preuves, en contradiction flagrante et choquante avec les éléments concrets du dossier et, partant, soutient que, contrairement à ce qu'a retenu la cour cantonale, la transaction couplée qu'elle envisageait était parfaitement valable au regard de l' art. 254 CO .

#### **E. 3.1**

En substance, la cour cantonale a nié que la sous-locataire ait subi un dommage de 250'250 fr.: elle a considéré que le dommage allégué au titre de perte du pas-de-porte était injustifié parce que la sous-locataire voulait obtenir le transfert du bail en sa faveur pour pouvoir négocier ensuite un pas-de-porte en qualité de bailleresse, en violation de l' art. 254 CO ; elle a jugé que le dommage découlant de la perte des investissements faits par la sous-locataire n'était pas établi. Pour ce faire, elle s'est basée exclusivement sur la nullité d'un éventuel contrat de pas-de-porte et reprise des investissements au sens de l' art. 254 CO , après avoir admis en fait que la demanderesse avait l'intention de devenir bailleresse en se basant sur deux éléments.

#### **E. 3.2**

Or, premièrement, c'est arbitrairement que la cour cantonale déduit de l'état de fait constaté que le courtier chargé de trouver un repreneur pour les locaux aurait été chargé de " sous-louer " les locaux (la demanderesse agissant alors en qualité de sous-bailleresse), dès lors que les termes utilisés parlent de " remettre " les locaux, de négocier " un projet de reprise ". Lors de son interrogatoire, le courtier n'a parlé que de " remettre sa boutique " et de " transférer le bail " ( art. 105 al. 2 LTF ). Deuxièmement, c'est également arbitrairement que la cour cantonale déduit de l'allégué 38 de la demande que la demanderesse entendait devenir locataire des locaux pour pouvoir les sous-louer à un repreneur et qu'elle aurait négocié un pas-de-porte en tant que bailleresse, alors que, dans cet allégué, il est clairement question " de transférer le contrat de sous-location à un tiers ". S'il est vrai que la demanderesse avait eu l'intention d'obtenir un bail direct avec la propriétaire, il ne peut en être déduit, sans arbitraire, qu'elle avait l'intention de rester locataire des locaux et de seulement les sous-louer à un tiers repreneur. La motivation de la cour cantonale, selon laquelle la demanderesse voulait obtenir le transfert du bail pour pouvoir sous-louer les locaux en qualité de bailleresse et ainsi négocier un pas-de-porte, ne résiste ainsi pas au grief d'arbitraire.

#### **E. 3.3**

Dans un argument de droit de son " mémoire-conclusion " du 21 septembre 2016, dont se prévaut désormais l'intimé dans sa réponse au recours, la recourante a évoqué les art. 262 et 263 CO , en indiquant que " la sous-location et le transfert du bail sont permis dans le domaine des baux commerciaux " et qu'elle " aurait pu sous-louer à son tour et/ou transférer le bail ". Il ne s'agit là toutefois que de considérations de portée générale, dont on ne saurait déduire la volonté réelle de la sous-locataire de conserver cette qualité et de seulement sous-sous-louer les locaux. Il ne s'impose toutefois pas d'examiner, dans le cadre de la présente action en responsabilité contre un avocat, qui repose sur l'éventualité d'un transfert du bail, la question de savoir si un sous-locataire peut valablement transférer, au regard de l' art. 254 CO , son contrat de sous-location à un repreneur contre un pas-de-porte (soit une

contre-prestation pour la seule cession du droit d'user des locaux; Schlüsselgeld ), ni de soumettre ici à un réexamen l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.161/2001 du 26 septembre 2001 cité par la cour cantonale et critiqué en doctrine (cf. parmi d'autres, cf. SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht, 4e éd. 2018, n. 27 ss ad art. 254 CO et les références; Roger Weber, Basler Kommentar, 6e 2015, n. 5 ad art. 254 CO ). Le recours peut et doit en effet être rejeté par substitution des motifs qui suivent, étant précisé qu'un renvoi à la cour cantonale pour complètement de l'état de fait et nouvelle décision ne se justifie pas si le recourant n'indique pas où il a allégué ces faits et offert des moyens de preuve, en temps utile, avec références précises aux passages des écritures et aux pièces du dossier (cf. consid. 2.1 ci-dessus).

#### **E. 4**

En vertu de l' art. 398 al. 1 CO , qui renvoie à l' art. 321e al. 1 CO , l'avocat mandataire répond du dommage qu'il cause au mandant intentionnellement ou par négligence.

##### **E. 4.1**

Sa responsabilité est donc subordonnée aux quatre conditions suivantes, conformément au régime général de l' art. 97 CO (arrêt 4A\_588/2011 du 3 mai 2012 consid. 2.2.2) : (1) une violation des obligations qui lui incombent en vertu du contrat, notamment la violation de ses obligations de diligence et de fidélité ( art. 398 al. 2 CO ; ATF 134 III 534 consid. 3.2.2; 127 III 357 consid. 1); (2) un dommage; (3) un rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre la violation du contrat et le dommage; et (4) une faute. Le client mandant supporte le fardeau de l'allégation objectif ( objektive Behauptungslast ) et de la preuve ( Beweislast ) des trois premières conditions conformément à l' art. 8 CC (arrêt 4A\_588/2011 précité consid. 2.2.2); il incombe en revanche à l'avocat mandataire de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable (" à moins qu'il ne prouve... ").

##### **E. 4.1.1**

En ce qui concerne le dommage (deuxième condition), par renvoi de l' art. 99 al. 3 CO , le mandant doit prouver son dommage ( art. 42 al. 1 CO ). Toutefois, lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée ( art. 42 al. 2 CO ). En vertu de l' art. 42 al. 1 CO , le demandeur doit donc en principe prouver non seulement l'existence du dommage, mais aussi son montant. L' art. 42 al. 2 CO instaure une preuve facilitée en faveur du demandeur lorsque le dommage est d'une nature telle qu'une preuve certaine est objectivement impossible à rapporter ou ne peut pas être raisonnablement exigée, au point que le demandeur se trouve dans un état de nécessité quant à la preuve ( Beweisnot ) ( ATF 144 III 155 consid. 2.3; 122 III 219 consid. 3a et les arrêts cités; arrêt 4A\_307/2008 du 27 novembre 2008 consid. 5.3; cf. HANS-PETER WALTER, in Berner Kommentar, n° 524 ad art. 8 CC ). Lorsque tel est le cas, l'existence (ou la survenance) du dommage doit être établie avec une vraisemblance prépondérante (arrêt 4A\_285/2017 du 3 avril 2018 consid. 8.1; cf. WALTER, op. cit., n° 525 ad art. 8 CC ). Quand l' art. 42 al. 2 CO est applicable (état de nécessité quant à la preuve; Beweisnot ), il ne libère toutefois pas le demandeur de la charge de fournir au juge, dans la mesure où cela est possible et où l'on peut l'attendre de lui, tous les éléments de fait qui constituent des indices de l'existence du dommage et qui permettent ou facilitent son estimation; il n'accorde pas au lésé la faculté de formuler sans indications plus précises des prétentions en dommages-intérêts de n'importe quelle ampleur ( ATF 131 III 360 consid. 5.1 p. 363 s.; 122 III 219 consid. 3a; arrêt

4A\_97/2017 du 4 octobre 2017 consid. 4.1.3 et les arrêts cités). Par conséquent, si le lésé ne satisfait pas entièrement à son devoir de fournir des éléments utiles à l'estimation, l'une des conditions dont dépend l'application de l' art. 42 al. 2 CO n'est pas réalisée, alors même que, le cas échéant, l'existence d'un dommage est certaine. Le lésé est alors déchu du bénéfice de cette disposition; la preuve du dommage n'est pas rapportée et, en conséquence, conformément au principe de l' art. 8 CC , le juge doit refuser la réparation ( ATF 144 III 155 consid. 2.3 et les arrêts cités; arrêts 4A\_285/2017 précité consid. 8.1; 4A\_97/2017 déjà cité consid. 4.1.3; 4A\_431/2015 du 19 avril 2016 consid. 5.1.2 et les arrêts cités; à propos des exigences en général en matière d'allégation de faits et de contestations de ceux-ci, cf. l'arrêt 4A\_11/2018 du 8 octobre 2018 consid. 5, destiné à la publication).

#### **E. 4.1.2**

En ce qui concerne le rapport de causalité (troisième condition), la causalité naturelle entre deux événements est réalisée lorsque, sans le premier, le second ne se serait pas produit. L'existence d'un lien de causalité naturelle entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est une question de fait que le juge doit trancher selon le degré de la vraisemblance prépondérante lorsqu'en raison de la nature même de l'affaire, une preuve certaine (ou stricte) n'est pas possible ou ne peut être raisonnablement exigée de celui qui en supporte le fardeau (état de nécessité en matière de preuve) ( ATF 133 III 81 consid. 4.2.2 p. 88, 462 consid. 4.4.2). Lorsque le manquement reproché au mandataire est une omission, l'examen du rapport de causalité naturelle revient à se demander si le dommage serait aussi survenu dans l'hypothèse où l'acte omis aurait été accompli. Un lien de causalité naturelle ne sera donc pas nécessairement prouvé avec une exactitude scientifique. Le rapport de causalité étant hypothétique, le juge se fonde sur l'expérience générale de la vie et émet un jugement de valeur; ce faisant, il élimine d'emblée certains scénarios comme improbables d'après cette même expérience. Il suffit qu'il se convainque que le processus causal est établi avec une vraisemblance prépondérante ( ATF 132 III 715 consid. 3.2 p. 720; 115 II 440 consid. 5a et les arrêts cités). En règle générale, 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. Ainsi, lorsqu'il s'agit de rechercher l'existence d'un lien de causalité entre une ou des omissions et un dommage, il convient de s'interroger sur le cours hypothétique des événements. Dans ce cas de figure, le Tribunal fédéral, saisi d'un recours en matière civile, est lié, selon l' art. 105 al. 1 LTF , par les constatations cantonales concernant la causalité naturelle, dès lors qu'elles ne reposent pas exclusivement sur l'expérience de la vie, mais sur des faits ressortant de l'appréciation des preuves ( ATF 132 III 305 consid. 3.5 et les arrêts cités).

#### **E. 4.2**

Il n'est pas contesté que l'avocat défendeur a violé fautivement ses obligations contractuelles: l'absence de consignation valable des loyers lui est imputable et il en est résulté la demeure de la sous-locataire demanderesse, qui a ouvert la voie à la résiliation anticipée du bail de sous-location pour défaut de paiement du loyer ( art. 257d CO ). Sous réserve de la question de la validité d'un contrat de pas-de-porte qui demeure ouverte ( art. 254 CO ; cf. consid. 3.3 ci-dessus), le lien de causalité naturelle hypothétique n'est pas non plus contestable, ni contesté par l'intimé: l'omission de l'avocat est en relation de causalité avec la résiliation du contrat de sous-location, laquelle a empêché tout (éventuel) transfert du contrat de sous-location à un repreneur et, partant, était susceptible d'occasionner une perte à la sous-locataire.

### **E. 4.3**

Demeure litigieuse la question du dommage. Pour alléguer son dommage, en le motivant suffisamment, et le prouver, il incombait à la cliente demanderesse, sous-locataire des locaux, d'alléguer et de prouver qu'elle aurait pu transférer son bail de sous-location à un repreneur pour un pas-de-porte de 250'250 fr. Pour ce faire, elle devait alléguer et prouver qu'elle était au bénéfice d'une sous-location d'une certaine durée, qu'elle aurait trouvé un repreneur acceptant une simple sous-location, qu'elle aurait obtenu l'accord de la locataire, voire de la bailleresse et que le repreneur était prêt à payer un montant de 250'250 fr. Or, la durée du bail de sous-location ne résulte pas des faits constatés dans l'arrêt attaqué et la demanderesse recourante n'expose pas dans son recours où elle aurait allégué ce fait (cf. consid. 2.1 ci-dessus). En revanche, il découle de l'arrêt attaqué que le bureau d'experts a indiqué qu'il aurait été possible à la demanderesse de " sous-louer " (i.e. transférer son bail de sous-location) les locaux, mais qu'il ne pouvait déterminer s'il aurait été possible de trouver un sous-locataire à cette époque. Le courrier du courtier de mai 2007 fait certes état d'une offre d'un client, mais à ce stade de ses démarches et recherches, il n'est pas possible d'admettre, sur cette seule et unique base, la vraisemblance prépondérante de l'existence d'un repreneur avec lequel un contrat aurait pu être passé. La recourante ne soutient pas que d'autres intéressés auraient été trouvés et que l'état de fait serait incomplet, mais se borne à affirmer que puisqu'un pas-de-porte était usuel, " il était parfaitement possible de trouver un repreneur pour ces locaux, et que cela était même plus vraisemblable que le contraire "; or, cela ne constitue pas l'embryon d'une preuve concrète au degré de la vraisemblance prépondérante de la réalité de l'existence de repreneurs potentiels. En ce qui concerne le consentement de la locataire à ce transfert du contrat de sous-location (Peter Higi, Zürcher Kommentar, n. 20 ad art. 263 CO ), voire, comme le suppose la recourante, le consentement de la bailleresse au transfert du bail de sous-location à un tiers, ils ne sont pas établis au degré de la vraisemblance prépondérante. La recourante ne soutient pas que l'état de fait serait incomplet, mais se borne à affirmer qu'" il n'existe pas le moindre indice concret selon lequel le propriétaire aurait eu un motif valable pour refuser son consentement ". Enfin, s'agissant du montant même de 250'250 fr., s'il résulte bien du courrier du courtier qu'un montant de 275'000 fr., soit 250'250 fr. après déduction de la commission de courtage de 9%, avait été évoqué, on ignore quel montant la demanderesse réclamait à titre de pas-de-porte et quel montant à titre de reprise de commerce (i.e. selon la cour cantonale des " investissements " effectués par la sous-locataire). Et comme on vient de le voir, l'offre d'un seul intéressé dont fait état le courtier, de surcroît à ce stade initial de ses recherches et négociations, ne suffit pas pour apporter la preuve au degré de la vraisemblance prépondérante de l'existence d'un dommage de 250'250 fr. La question de savoir si la demanderesse aurait pu ou pourrait obtenir la constatation de la nullité des transactions couplées des 5 septembre 2005 et 5/7 septembre 2005 ayant permis à la bailleresse d'encaisser un " dédommagement " de 161'400 fr. et, partant, le remboursement de ce montant par celle qui l'a reçue n'est pas l'objet du présent procès et, au vu des faits reprochés au défendeur, ne peut exercer aucune influence sur la responsabilité de celui-ci.

### **E. 5**

Le recours étant rejeté par substitution des motifs qui précèdent, les frais de la procédure et les dépens doivent être mis à la charge de la recourante (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 LTF). Les dépens seront fixés en tenant compte du fait que la réponse écrite de l'intimé ne comprend, page de titre comprise, que trois pages.

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