

VD_FINDINFO HC / 2018 / 40 vom 13. Februar 2018

VD Tribunal cantonal, 2018-02-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_HC___2018___40

FR: VD_FINDINFO HC / 2018 / 40 du 13 février 2018

IT: VD_FINDINFO HC / 2018 / 40 del 13 febbraio 2018

Regeste

TRANSACTION COUPLÉE, BAIL À LOYER, LOCAL PROFESSIONNEL, CONTRAT DE CONSIGNATION À TITRE DE GARANTIE, SÛRETÉS, AVOCAT, HONORAIRES, DILIGENCE, REDDITION DE COMPTES, INTERPRÉTATION CONTRA STIPULATOREM, PRINCIPE DE LA CONFIANCE{INTERPRÉTATION DU CONTRAT}, DOMMAGE | 254 CO, 257e CO, 259g CO, 398 al. 2 CO, 400 CO, 42 al. 2 CO

Erwägungen

E. 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).

E. 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.

E. 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).

E. 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 er 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).

E. 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).

E. 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.

E. 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 e 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).

E. 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 e 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 e 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).

E. 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).

E. 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).

E. 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.

E. 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 e 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^{re} et 2^e 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^e 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.

E. 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.

E. 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.

E. 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). Subsidiairement, 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).

E. 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.

E. 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/Schluep/Schmid, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 10^e 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/Schluep/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 traiterait 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.

E. 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.

E. 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._____.

E. 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).

E. 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 bailleresse, 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 être 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.

E. 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^{er} 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^{er} 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^{er} mai 2012, on retiendra que l'intérêt moratoire a commencé à courir dès le lendemain, 2 mai 2012.

E. 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 e à la charge de l'appelante et de 1/5 e 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 ($(\frac{4}{5} e - \frac{1}{5} e) \times 15'000$ fr.) de 9'000 francs.

E. 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 ($\frac{4}{5} e - \frac{1}{5} e$), 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 ($(\frac{4}{5} e - \frac{1}{5} e) \times 4'000$ 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).