

VD_FINDINFO Jug / 2011 / 312 vom 13. Oktober 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-10-13, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_Jug___2011___312

FR: VD_FINDINFO Jug / 2011 / 312 du 13 octobre 2011

IT: VD_FINDINFO Jug / 2011 / 312 del 13 ottobre 2011

Regeste

ACTION EN RESPONSABILITÉ, MANDATAIRE, DILIGENCE, FAUTE, CAUSALITÉ HYPOTHÉTIQUE, PROCÉDURE DE FAILLITE, DOMMAGE, INTÉRÊT MORATOIRE | 394 CO, 398 CO, 42 al. 2 CO, 725 CO, 725a CO, 174 LP, 1 LPAg, 38 al. 1 LVLP, 56 al. 1 LVLP, 56 al. 2 LVLP, 56 al. 4 LVLP, 56 LVLP

Erwägungen

E. 16

juillet 1998. Compte tenu des fêtes d'été, qui s'étendent du 15 au 31 juillet (art. 56 ch. 2 LP), la citation n'a pas sorti ses effets avant le premier jour utile suivant la fin des fêtes, soit le lundi 3 août 1998 (cf. JT 1999 II 189; Gilliéron, op. cit., art. 1-88 LP, Lausanne 1999, n. 65 ad art. 56 LP). Conformément à l'art. 168 LP, le juge saisi d'une réquisition de faillite avise les parties des jour et heure de son audience au moins trois jours à l'avance, par quoi il faut comprendre trois jours pleins avant celui de l'audience (Tribunal d'appel du canton de Bâle-Ville, 14 septembre 1970, in BJM [Basler Juristische Mitteilungen] 1970 p. 286). Il s'ensuit, en l'espèce, que l'assignation de P. _____ SA à l'audience de faillite du 6 août 1998 n'est pas intervenue à temps et que, de ce fait, la faillie disposait d'un moyen de nullité (supra, c. IV.d/bb) à l'encontre du jugement rendu le 10 août suivant. Le défendeur fait valoir que le demandeur ne lui a pas communiqué l'exploit portant citation à comparaître et qu'il n'a pris connaissance du contenu de la convocation qu'à la réception de l'arrêt de la Cour des poursuites et faillites du 15 avril 1999. Par conséquent, il n'aurait pas pu déceler le vice dont était affecté l'assignation de P. _____ SA et en tirer argument pour former un recours en nullité. En effet, il n'est pas établi que le défendeur ait eu connaissance de la teneur de l'exploit du 16 juillet 1998 avant que l'arrêt de la Cour des poursuites et faillites ne lui parvienne. Pour autant, ce constat n'est pas décisif à lui seul: il faut encore se demander si le défendeur aurait dû, en faisant preuve de la diligence requise, discerner l'irrégularité en temps utile. On l'a vu, s'agissant de déterminer les faits de la cause, le mandataire professionnel ne saurait se cantonner dans un rôle passif et se borner à enregistrer les explications de son client; il lui incombe bien plutôt de s'assurer qu'il dispose de tous les éléments de faits pertinents, le cas échéant en sollicitant de son mandant des renseignements complémentaires (supra, c. IV.b/cc). D'ordinaire, on ne saurait exiger d'un mandataire judiciaire qu'il se déplace au tribunal pour consulter le dossier de la cause. Il n'empêche que, dans le cas d'espèce, les circonstances particulières dans lesquelles le prononcé de faillite avait été rendu auraient dû amener le défendeur à s'interroger sur la régularité de l'assignation du demandeur à l'audience. Eu égard à la proximité de la date de l'audience – le 10 août 1998, selon le prononcé – et de la fin des fêtes estivales, il incombait au défendeur d'établir la date à laquelle la citation avait été adressée au demandeur, d'autant que celui-ci avait fait défaut à l'audience de faillite. Il devait le faire en questionnant son

client sur ce point et, dans le cas où il n'aurait pu obtenir de lui un renseignement utile, en requérant du tribunal copie des pièces topiques, voire, en dernier ressort, en se déplaçant au tribunal pour consulter le dossier. En tout état de cause, la prudence commandait à l'agent d'affaires de déposer à temps un acte de recours non motivé contenant des conclusions en nullité, quitte à procéder aux vérifications nécessaires dans le délai qui lui aurait été imparti pour déposer son mémoire. En omettant de le faire, le défendeur a privé ses mandants d'un moyen de nullité qui avait des chances importantes d'aboutir à l'annulation du jugement de faillite. Ce manquement doit lui être imputé à faute, dès lors que le défendeur n'a pas démontré qu'un mandataire moyen, placé dans la même situation que lui, aurait agi comme il l'a fait. bb) Si le défendeur avait recouru en réforme contre le jugement de faillite, il aurait pu obtenir l'annulation du prononcé en établissant que la créance en poursuite avait été acquittée depuis lors et en rendant vraisemblable la solvabilité de P. _____ SA. Il est établi que le solde de la créance en poursuite a été payé en mains de l'office le 12 août 1998. En outre, il est également constant que, dans le cadre du recours interjeté après la décision sur relief, le défendeur et le demandeur sont parvenus à faire en sorte que, dans le délai imparti – prolongé à deux reprises par la cour –, P. _____ SA ne fût plus l'objet d'aucun commandement de payer exécutoire ni d'aucune réquisition de faillite. Il faut partir du principe que si le défendeur avait immédiatement recouru en réforme contre le prononcé du 10 août 1998, il aurait pu bénéficier de deux prolongations de délai, d'ampleur comparable à celles qu'il a effectivement obtenues ensuite, qui lui auraient permis d'épurer le registre des poursuites de toutes les procédures exécutoires pendantes contre P. _____ SA. Conformément à la jurisprudence (supra, c. V.c), un tel constat aurait probablement conduit la cour à considérer que la recourante avait rendu vraisemblable sa solvabilité (supra, c. V.c), ce qui aurait entraîné l'annulation du jugement de faillite. En privilégiant la voie du relief au détriment de celle du recours immédiat en réforme, le défendeur a exposé ses clients à devoir satisfaire à des conditions plus sévères pour obtenir l'annulation du prononcé de faillite – notamment s'agissant du temps à disposition pour rendre vraisemblable la solvabilité de la société –, démontrant par là qu'il maîtrisait mal le système des voies de recours ouvertes contre un prononcé de faillite rendu par défaut. Il a choisi la voie dont il aurait dû reconnaître qu'elle n'était pas la plus sûre pour obtenir le résultat recherché et, par cette option, il a derechef failli aux devoirs de sa profession. Cette erreur de jugement, comme la précédente, engage sa responsabilité. VII. Il appartient encore au demandeur de démontrer que les manquements mis à jour ci-dessus lui ont causé un préjudice (supra, c. III). a) Lorsque la violation du contrat résulte d'une omission, le lien de causalité ne peut être qu'hypothétique – ex nihilo nihil fit (Fellmann, op. cit., n. 458 ad art. 398 CO). Le juge doit alors se demander si le préjudice se serait tout de même produit si le mandataire avait agi comme le droit le lui prescrivait (ATF 124 III 155 c. 3d, JT 1999 I 125). Pour juger de l'existence de cette causalité hypothétique, il faut poser un jugement de valeur en se fondant sur l'expérience générale de la vie (ATF 132 III 305 c. 3.5, JT 2006 I 269; ATF 124 III 155 précité, JT 1999 I 125; TF 4C.381/2004 du 28 juin 2005 c. 2.1). Il suffit que le juge parvienne à la conviction qu'une vraisemblance prépondérante plaide en faveur d'un certain cours des événements (ATF 115 II 440 c. 6a, JT 1990 I 362; CCIV du 26 juin 2008/119 c. II.a; Brehm, Berner Kommentar, Berne 2006, nn. 108 et 126 ad art. 41 CO). Dans le cas d'un mandat de représentation en justice, la preuve de la haute vraisemblance de la chaîne causale incombe au client (Wessner, op. cit., p. 20 et les réf. citées à la n. infrapaginale n o 58). b) En l'espèce, il est hautement vraisemblable que si le défendeur avait immédiatement recouru en nullité et en réforme contre le prononcé du 10

août 1998, il aurait obtenu gain de cause devant la Cour des poursuites et faillites. Le bien-fondé du moyen de nullité ne faisait guère de doute; aussi la cour aurait-elle annulé le jugement rendu par défaut et renvoyé en principe la cause à une autre autorité de première instance (art. 448 al. 2 CPC-VD), afin qu'elle se prononce sur la requête de faillite après avoir régulièrement assigné P. _____ SA à comparaître. Le président du tribunal nouvellement saisi n'aurait pu que rejeter la requête de faillite, dès lors que, dans l'intervalle, la créance en poursuite avait été acquittée en capital, intérêts et frais (art. 172 ch. 3 LP). Le même pronostic s'impose s'agissant du sort du recours en réforme. En effet, on a vu que le défendeur aurait bénéficié du délai imparti – et des prolongations de celui-ci – pour le dépôt du mémoire ampliatif afin de rendre vraisemblable la solvabilité de P. _____ SA. Comme il l'a fait dans le cadre du recours interjeté après la décision sur relief, il aurait obtenu que la liste des poursuites diligentées contre la société soit expurgée de toute poursuite exécutoire. Au degré de la vraisemblance prépondérante, il faut admettre que la Cour des poursuites et faillites – qui ne disposait pas des rapports d'expertise établis dans la présente cause – aurait tenu pour vraisemblable la solvabilité de P. _____ SA et annulé le jugement de faillite rendu contre celle-ci: tel est du moins le résultat auquel aurait dû la conduire sa jurisprudence constante. Ainsi, tant le recours en nullité que le recours en réforme aurait permis au demandeur d'obtenir l'annulation de la faillite prononcée à l'encontre de sa société. c) Le défendeur fait valoir que P. _____ SA était surendettée et que, de ce fait, elle devait de toute manière être mise en faillite. aa) Il est constant que P. _____ SA était largement surendettée au moment où la faillite a été prononcée – et même probablement déjà avant. Les deux experts ont attesté cet état de fait, soulignant en outre qu'un assainissement drastique était indispensable. Si les comptes de la société ne permettaient pas de déceler ce surendettement, la raison en était que la valeur comptable des stocks de marchandise avait été surévaluée. Selon l'expert Balimann, les bilans reconstitués aux valeurs de continuation de l'exploitation faisaient apparaître un surendettement de 177'214 fr. 16 au 31 décembre 1998 et de 169'250 fr. 25 au 15 avril 1999. Les deux experts s'accordent à dire qu'au jour où la faillite a été prononcée, le capital-actions de P. _____ SA était déjà perdu. bb) Au vu de ce qui précède, même si le prononcé de faillite avait été annulé sur recours, le demandeur n'aurait pas eu d'autre choix que d'aviser le juge conformément à l'art. 725 al. 2 CO. Celui-ci aurait alors déclaré la faillite. Mais le juge aurait pu tout aussi bien l'ajourner, à la requête du demandeur ou d'un créancier, dans l'hypothèse où l'assainissement de la société lui eût paru possible (art. 725a al. 1 CO). Parmi les mesures d'assainissement qui pouvaient entrer en ligne de compte, la jurisprudence mentionne la postposition par les créanciers de la société, la conversion de créances en actions, des cautionnements, des garanties bancaires ou des souscriptions fermes d'actionnaires pour une augmentation de capital (ATF 130 V 196 c. 5.4; cf. Chaudet, Ajournement de la faillite de la société anonyme, thèse Lausanne, Bâle/Genève/Munich 2001, pp. 203 ss). cc) Il ressort des explications fournies par l'expert Balimann à l'audience de jugement qu'un assainissement de la société était possible. Il fallait, pour qu'un tel processus aboutît, mettre sur pied un plan de sauvetage réaliste, impliquant un apport de fonds suffisant pour couvrir le surendettement. Moyennant l'abandon par le demandeur de sa créance de 73'629 fr., l'apport du bailleur H. _____ d'un montant d'environ 100'000 fr., que celui-ci a mis à la disposition du demandeur lors de la création de P. _____ et Cie SA, et l'apport par le demandeur de la somme de 130'000 fr. qui lui a permis de solder la dette de A. _____ SA, un ajournement de la faillite aurait été envisageable. Il fallait également que la banque Z. _____, qui n'a pas fait valoir sa créance de quelque 180'000

fr. dans la faillite, eût fait de même dans le cadre de la procédure d'assainissement de P._____ SA. dd) Le défendeur n'a pas remis en cause ce dernier constat du second expert, qui ne prête d'ailleurs pas le flanc à la critique. Les montants articulés étaient suffisants pour supprimer le surendettement et reconstituer le capital social. D'une manière générale, l'expérience montre qu'il est plus difficile, pour une société anonyme, d'obtenir des apports de fonds ou des abandons de créance lorsqu'elle a été déclarée en faillite que lorsqu'il s'agit d'éviter qu'elle le soit, ce d'autant plus quand les chances d'encaisser un dividende substantiel à l'issue de la procédure d'exécution sont faibles, comme c'était le cas en l'espèce. Aussi l'échec de la tentative de mettre sur pied un concordat dans la procédure de faillite ne permet-il pas encore de conclure que l'assainissement de P._____ SA était impossible à obtenir dans le cadre d'un ajournement de la faillite. Il est hautement vraisemblable que le bailleur H._____, qui a mis à la disposition du demandeur la somme de 100'000 fr., afin que celui-ci puisse créer P._____ et Cie SA, aurait été disposé à faire le même geste dans le cadre de l'assainissement de P._____ SA. Toujours au degré de la vraisemblance prépondérante, il y a lieu d'admettre que A._____ SA aurait accepté de solder ses créances contre P._____ SA en échange du versement d'un montant de 130'000 francs, payable par acompte, dès lors que, plus tard, elle a effectivement consenti à ce sacrifice. Pour sauver sa société de la faillite, le demandeur aurait très vraisemblablement abandonné sa créance en compte courant. Quant à la banque Z._____, on ignore pourquoi elle n'a pas produit sa créance dans la faillite. Le demandeur allègue qu'elle aurait renoncé à sa créance en échange de contre-affaires, mais ce point de fait n'est pas établi. Quoi qu'il en soit, il importe peu, en l'espèce, de connaître les motivations intimes de la banque: de l'absence de production dans la faillite, on peut inférer qu'il était possible de faire en sorte, d'une manière ou d'une autre, que la banque renonce à faire valoir ou abandonne sa créance dans le cadre de l'assainissement de P._____ SA. Il s'ensuit que le plan d'assainissement décrit par l'expert Balimann était parfaitement réalisable. Par les efforts et les sacrifices qu'il a consentis pour maintenir en vie sa société, que ce soit avant la confirmation du jugement de faillite ou plus tard, pendant la phase de liquidation, le demandeur a démontré qu'il avait la volonté de sauver P._____ SA de la banqueroute, le cas échéant au prix de sacrifices importants, et qu'il l'aurait très vraisemblablement fait si la faillite n'avait pas été prononcée le 15 avril 1999. Il faut retenir, enfin, qu'une fois les mesures d'assainissement prises, l'existence de la société aurait été garantie à moyen terme. Tel a été le cas de la nouvelle entité juridique que le demandeur a fondée et il n'y a aucune raison de présumer qu'il en serait allé différemment s'il avait poursuivi ses activités sous la raison sociale de P._____ SA. e) En définitive, il est établi – à tout le moins au degré de la vraisemblance prépondérante – que le demandeur aurait pu, si le défendeur n'avait pas failli à ses devoirs et moyennant la réalisation des mesures d'assainissement décrites ci-dessus, éviter la faillite de P._____ SA et poursuivre son activité économique au sein de cette société. Au lieu de cela, il a été contraint de constituer une nouvelle structure juridique lui permettant de reprendre son activité antérieure. En effet, comme l'ont constaté les experts, le demandeur et son épouse auraient éprouvé d'importantes difficultés à retrouver un emploi d'un niveau équivalent auprès d'un autre employeur, compte tenu de leurs âges et formations respectifs. VIII. Il reste encore à déterminer l'étendue du dommage dont la réparation incombe au défendeur. a) De jurisprudence constante, le dommage correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du demandeur et le montant que celui-ci aurait atteint si l'événement dommageable ne s'était pas produit (ATF 132 III 359 c. 4, JT 2006 I 295 et les arrêts cités;

ATF 120 II 293 c. 3b, JT 1995 I 381 [rés.]; Brehm, op. cit., n. 70b ad art. 41 CO). Le dommage consiste dans une perte éprouvée (*damnum emergens*) – soit la diminution des actifs ou augmentation des passifs – ou dans un gain manqué (*lucrum cessans*) – soit la non-augmentation des actifs ou la non-diminution des passifs (Thévenoz, Commentaire romand, CO I, Bâle 2003, n. 30 ad art. 97 CO). A teneur de l'art. 42 al. 2 CO, 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). La règle vaut aussi bien pour la preuve de l'existence du dommage que pour celle de l'étendue de celui-ci (ATF 95 II 481 c. 12a, JT 1997 I 246 [rés.]; Brehm, op. cit., n. 48 ad art. 42 CO).

b) aa) Le demandeur réclame au défendeur le paiement d'une indemnité de 100'000 fr., correspondant au capital-actions de P. _____ SA. Il est établi que le capital-actions de P. _____ SA était déjà perdu lorsque la société a été déclarée en faillite. Si la faillite n'avait pas été prononcée et que la société eût été assainie selon les modalités exposées ci-dessus, une partie des sacrifices consentis par le demandeur – abandon de sa créance, remboursement du prêt de A. _____ SA – aurait servi à reconstituer le capital social de la société. Aussi, quand bien même le défendeur aurait obtenu l'annulation de la faillite, les actions du demandeur n'auraient-elles pas repris immédiatement de la valeur. Encore fallait-il que le demandeur procède à l'assainissement de cette société, notamment en puisant dans ses propres ressources. Or, on voit mal pour quel motif le défendeur devrait supporter ne fût-ce qu'une partie du fardeau qu'aurait impliqué l'assainissement de P. _____ SA. En outre, après la liquidation de sa société, le défendeur a créé la société P. _____ et Cie SA. Rien ne permet de penser que la valeur des actions de cette nouvelle société serait inférieure à celle que les actions de P. _____ SA auraient atteinte après assainissement. De ce point de vue, il n'apparaît pas que les actifs actuels du demandeur aient enregistré une baisse par rapport à ceux qui auraient été les siens si le défendeur avait obtenu l'annulation de la faillite de P. _____ SA. Au regard de la théorie de la différence (supra, c. VIII.a), aucun dommage n'est établi et, partant, la prétention du demandeur s'avère mal fondée sur ce point.

bb) Le demandeur exige aussi le remboursement des versements qu'il aurait effectués sur sa fortune personnelle pour assainir la situation financière de P. _____ SA, montants qu'il a chiffrés à 165'000 fr. dans son mémoire de droit, avant de les porter, en plaidoirie, à 216'000 francs. Le premier expert a constaté qu'entre le mois d'août 1998 et celui de janvier 1999, plusieurs versements ont été opérés pour le compte de P. _____ SA, soit par l'intermédiaire du demandeur, soit par celui du défendeur, à concurrence de 152'931 fr. 55. L'expert n'a pas été en mesure d'identifier la provenance de l'entier de ces fonds: une partie de ceux-ci provenait du recouvrement d'une créance de P. _____ SA contre [...]; pour le solde, les sommes versées pouvaient provenir, au moins en partie, du compte privé du demandeur, alimenté par les chèques émis par des clients de la société et qui auraient dû être encaissés par celle-ci. Devant ces incertitudes, il y a lieu, suivant l'opinion du second expert, de se référer à la comptabilité de la société, plus précisément à l'évolution du compte courant du demandeur, pour retenir que celui-ci a avancé à sa société, entre le mois d'août 1998 et le 15 avril 1999, le montant de 73'629 fr. 64. Or, comme on l'a vu, dans l'hypothèse où la faillite de P. _____ SA aurait été évitée, le demandeur aurait dû abandonner sa créance pour contribuer à l'assainissement de la société. Il en va d'ailleurs de même de la somme de 130'000 fr. qu'il a versée à A. _____ SA, et dont il ne réclame pas le remboursement. Il s'ensuit que le demandeur ne saurait réclamer quelque indemnité que ce soit à ce titre. Dans cette mesure également, ses prétentions sont mal fondées. Il n'en va pas de même, en

revanche, du montant de 2'400 fr. que le demandeur a dû payer à la Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise dans le cadre de l'action en réparation du dommage que celle-ci avait introduite contre lui, une créance de 18'655 fr. étant demeurée à découvert dans la faillite de P. _____ SA. Le versement de cette somme n'était pas indispensable dans le cadre de l'assainissement de la société. Il apparaît en outre hautement vraisemblable que la société, une fois assainie, aurait disposé des ressources suffisantes pour acquitter les cotisations AVS en souffrance. Partant, le défendeur, à qui la faillite de la société est imputable, doit rembourser au demandeur la somme de 2'400 francs que celui-ci a payée à la caisse AVS. cc) A suivre le demandeur, font également partie du dommage devant être réparé par le défendeur les frais de constitution de la nouvelle société P. _____ et Cie SA, qu'il chiffre à 70'630 francs. Dans le cadre de la constitution de sa nouvelle société, le demandeur a apporté en nature un stock d'articles pour animaux, accepté pour 50'000 fr., qu'il avait acquis d'H. _____ pour un prix de 51'705 fr. 55. Il s'est aussi acquitté d'une note d'honoraires et de débours de 3'630 francs. Ainsi, le demandeur a investi pour la création d'une nouvelle société la somme totale de 55'335 fr. 55. Le demandeur aurait pu faire l'économie de ces dépenses si le défendeur, comme il le devait, avait obtenu l'annulation de la faillite de P. _____ SA. Celles-ci constituent dès lors un poste du dommage dont le défendeur doit répondre. dd) Le demandeur réclame encore le remboursement de la somme de 9'000 fr. qu'il dit avoir payé à l'agent d'affaires R. _____. Pour tenter d'obtenir la révocation de la faillite de sa société, le demandeur a mandaté l'agent d'affaires R. _____. Celui-ci a également tenté de mettre sur pied un concordat. Le 16 avril 2002, il a communiqué au demandeur sa note d'honoraires et déboursés, portant sur un montant de 6'650 francs – et non pas de 9'000 fr., comme allégué. Le document porte, au-dessus de la signature et du tampon de l'agent d'affaires, la mention manuscrite "note acquittée", de sorte qu'il y a lieu de retenir que tel a été le cas. Si la faillite de P. _____ SA avait été annulée par la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, le demandeur n'aurait pas dû confier de mandat à l'agent d'affaires R. _____ et n'aurait pas dû payer d'honoraires à celui-ci. Par conséquent, le défendeur, qui aurait dû, en faisant preuve de la diligence requise, obtenir l'annulation de la faillite de la société, doit indemniser le demandeur pour les frais de conseil engagés dans le cadre de la procédure de faillite. ee) Le demandeur conclut de plus au paiement de la somme de 3'802 fr. 15, correspondant à la note d'honoraires et de débours que lui a adressée son conseil pour les opérations liées à la recherche d'une solution négociée avec la partie adverse. En droit de la responsabilité civile, les frais engagés par la victime pour la consultation d'un avocat avant l'ouverture du procès civil peuvent constituer un élément du dommage, lorsque cette démarche était nécessaire et adéquate, et pour autant que ces frais n'aient pas été inclus dans les dépens (ATF 133 II 361 c. 4.1; TF 4C.51/2000 du 7 août 2000 c. 2, publié in SJ 2001 I 153; Brehm, op. cit., nn. 88 ss ad art. 41 CO). On admet aussi, sous les mêmes conditions, que le créancier qui poursuit l'exécution d'une prestation contractuelle peut obtenir de son débiteur le remboursement de ses frais d'avocat (Weber, Berner Kommentar, Berne 2000, n. 207 ad art. 97 CO et n. 23 ad art. 103 CO, ainsi que les réf.). Par courrier du 3 septembre 1999, le conseil du demandeur a mis en cause la responsabilité du défendeur. Le 21 septembre 2000, il a sollicité du bâtonnier de l'Ordre des avocats et du président de l'Association des agents d'affaire brevetés la tenue d'une audience de conciliation, à laquelle il a représenté le demandeur. Le 8 janvier 2001, il a adressé à son client une note d'honoraires et de débours de 3'802 fr. 15 pour les opérations liées à la recherche d'une solution négociée et à la procédure de conciliation obligatoire. Ces démarches, même si

elles n'ont pas été couronnées de succès, étaient justifiées. Il s'ensuit que les frais d'avocats déboursés par le demandeur à cette fin représente un élément du dommage dont il peut obtenir réparation par le défendeur. c) A ce stade, le préjudice encouru par le demandeur s'élève à 68'187 fr. 70. aa) Le dommage comprend aussi l'intérêt du capital alloué à titre d'indemnité. Cet intérêt, dit compensatoire, est dû à partir du moment où l'événement dommageable engendre des conséquences pécuniaires et court jusqu'au moment du paiement des dommages-intérêts; il vise à placer l'ayant droit dans la situation qui aurait été la sienne s'il avait obtenu réparation au jour de la survenance du dommage, respectivement de la réalisation de ses conséquences économiques. Contrairement à l'intérêt moratoire, l'intérêt compensatoire ne suppose ni interpellation du créancier, ni demeure du débiteur, étant précisé que ces deux catégories d'intérêt ne peuvent se cumuler dès lors qu'il poursuivent le même but sur le plan fonctionnel (ATF 131 III 12 c. 9, JT 2005 I 488; TF 4C.182/2006 du 12 décembre 2006 c. 5; Weber, Berner Kommentar, n. 11 ad art. 103 CO). L'intérêt compensatoire est dû non seulement en cas de responsabilité délictuelle, mais aussi lorsque la responsabilité découle du contrat (ATF 130 III 591 c. 4, JT 2006 I 131). Le taux d'intérêt forfaitaire retenu par la jurisprudence en application analogique de l'art. 73 CO est de 5 % (ATF 131 III 12 précité c. 9.4, JT 2005 I 488). bb) La somme de 2'400 fr. a été versée à la caisse AVS le 25 mai 2000. La créance en remboursement du demandeur porte donc intérêt compensatoire à 5 % l'an dès cette date. La dette d'honoraires de l'agent d'affaires R._____ a grevé le passif du demandeur dès la communication de la note y relative et jusqu'au paiement (cf. ATF 116 II 441 c. 3a/aa, JT 1991 I 166). Il se justifie donc de retenir que l'indemnité de 6'650 fr. due par le défendeur porte intérêt dès le 16 avril 2002, date à laquelle la note d'honoraires a été communiquée au demandeur. Il en va de même de la note d'honoraires de 3'802 fr. 15 que le conseil du demandeur a adressée à son client le 8 janvier 2001: l'intérêt compensatoire court dès cette date sur l'indemnité correspondante. Quant à la créance de 55'335 fr. 55, allouée au demandeur en remboursement des frais de constitution de P._____ et Cie SA, il appartenait à l'intéressé d'établir le moment auquel elle a pris naissance (art. 8 CC), ce qu'il n'a pas fait. On retiendra donc que l'intérêt compensatoire a commencé de courir au plus tard la veille de l'inscription de la société au registre du commerce, soit le 9 mars 2000, dès lors que la libération du capital-actions doit intervenir impérativement avant ladite inscription. d) Il sied encore de déduire du montant du dommage tel qu'il a été arrêté ci-dessus les avantages patrimoniaux que le demandeur a retiré des omissions de son mandataire (" compensatio lucri cum damno "; " Vorteilsanrechnung "; ATF 128 III 22 c. 2e/cc, JT 2002 I 222 [rés.], SJ 2002 I 209; Brehm, op. cit., nn. 27 ss ad art. 42 CO). L'imputation d'un avantage est justifiée lorsque celui-ci se trouve dans un rapport de causalité adéquate avec l'acte ou l'omission dommageable (Werro, La responsabilité civile, 2^{ème} éd., Berne 2011, n. 996), respectivement lorsque dommage et avantage s'inscrivent dans une relation de connexité (ATF 112 Ib 322 c. 5a, JT 1987 I 186; Brehm, op. cit., nn. 34 ss ad art. 42 CO; Weber, Berner Kommentar, n. 154 ad art. 97 CO). En l'espèce, en cas d'exécution correcte du mandat, le demandeur aurait dû payer des honoraires pour le dépôt d'un recours immédiat auprès de la Cour des poursuites et faillites. L'exécution défectueuse du mandat par le défendeur lui a permis d'épargner cette dépense, qu'il convient d'arrêter, en faisant usage du pouvoir d'appréciation réservé à l'art. 42 al. 2 CO, à 500 francs. Ce montant doit être imputé sur la créance en dommages-intérêts du demandeur, valeur au 16 avril 1999, soit à la date d'envoi de la note d'honoraires du défendeur. IX. Le demandeur réclame enfin le remboursement du montant de 9'547 fr. 15 payé au défendeur à titre d'honoraires et de débours. a) Le mandataire a droit à des

honoraires, parfois réduits, en dépit d'une exécution défectueuse du mandat. La rémunération due au mandataire représente une contre-prestation pour les services qu'il rend au mandant, plus précisément pour l'activité diligente qu'il exerce dans l'affaire dont il est chargé. Par conséquent, le mandataire qui ne rend pas les services promis, c'est-à-dire qui demeure inactif ou n'agit pas avec le soin requis, ne peut prétendre à l'entier des honoraires convenus ou à la rémunération qui serait due à un mandataire diligent. Ce n'est que dans le cas où l'exécution défectueuse du mandat est assimilable à une totale inexécution, se révélant inutile ou inutilisable, que le mandataire peut perdre son droit à une rémunération (ATF 124 III 423 c. 3b et 4a, JT 1999 I 462, SJ 1999 I 72). Il appartient au mandataire de prouver les prestations qu'il a fournies, de manière à permettre la détermination de la somme qu'il réclame (art. 8 CC). En revanche, si le mandant fait valoir que le mandataire n'a pas droit à ses honoraires en raison d'une mauvaise exécution, il lui incombe d'en apporter la preuve, s'il n'a pas refusé la prestation (TF 4A_267/2010 c. 3). Le mandant qui obtient la réduction d'un honoraire qu'il a déjà versé peut obtenir du mandataire la restitution de ce qu'il a payé en trop conformément aux dispositions qui régissent l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO; ATF 127 III 421 c. 3, JT 2002 I 318; Weber, Basler Kommentar, n. 44 ad art. 394 CO).

b) Outre la représentation en justice du demandeur dans le cadre de la procédure de relief introduite contre le jugement de faillite du 10 août 1998, le défendeur a obtenu l'annulation – respectivement le renvoi – de plusieurs audiences auxquelles P. _____ SA était assignée. Il a également pris les mesures nécessaires pour encaisser le montant dû à la société par [...] SA et utilement négocié avec plusieurs créanciers de la société. L'exécution de cette partie du mandat ne souffre aucune critique. Elle justifie qu'on permette au défendeur de conserver la moitié de ses honoraires et débours, soit 4'401 fr. 60 (TVA comprise). Quant aux démarches entreprises en vue d'obtenir l'annulation du prononcé de faillite, on a vu qu'elles étaient entachées de graves lacunes, toutes imputables au défendeur. Aussi celui-ci ne saurait-il prétendre à une quelconque rémunération pour des prestations qui se sont révélées inutiles, à tout le moins pour une large part. Le constat doit toutefois être nuancé. Le demandeur ne soutient pas qu'en requérant le relief du prononcé de faillite, le défendeur a manqué à ses devoirs; ses griefs – d'ailleurs bien fondés – se sont concentrés sur l'absence de recours immédiat. Il faut en conclure que la procédure de relief a été introduite conformément au contrat. Partant, le remboursement des frais de justice avancés par le défendeur à l'occasion de cette procédure, par deux fois 300 fr., lui est acquis (art. 402 al. 1 CO), étant précisé que ces émoluments n'auraient pas été couverts par les dépens si le demandeur aurait obtenu gain de cause, dès lors que, dans ce cas, la Cour des poursuites et faillites laisse les frais de procédure au recourant (cf. CPF 27 août 2009/268 c. V). Il doit en aller de même des honoraires relatifs à la procédure de relief, qui peuvent être estimés, en application de l'art. 42 al. 2 CO, à 400 francs. En définitive, le montant des honoraires dus au défendeur doit être réduit à 5'401 fr. 60 (4'401.60 + 600 + 400), TVA comprise. Celui-ci ayant encaissé la somme de 9'547 fr. 15, il doit restituer au demandeur 4'145 fr. 55.

c) La restitution pour cause d'enrichissement illégitime englobe non seulement le capital mais aussi l'intérêt perçu grâce à ce capital. Cet intérêt, qui fait partie intégrante de l'enrichissement, doit être restitué à l'appauvri (Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht – AT, 5^{ème} éd., Berne 2009, n. 58.04; Engel, Traité des obligations en droit suisse, 2^{ème} éd., Berne 1997, p. 599). Toutefois, à la différence de ce qui prévaut en matière d'intérêt compensatoire (supra, c. VIII.c/aa), dans le cadre de l'enrichissement illégitime, le demandeur n'a droit à l'intérêt que s'il prouve que le défendeur a placé le capital et qu'il a effectivement perçu l'intérêt dont le

paiement est demandé ou qu'il a négligé de le percevoir (ATF 80 II 152 c. 3, JT 1955 I 130; Spahr, L'intérêt moratoire, conséquence de la demeure, in RVJ [Revue valaisanne de jurisprudence] 1990 pp. 351 ss, pp. 374 s.). En l'espèce, il n'est pas allégué que le défendeur aurait placé la somme litigieuse. On ignore donc s'il a perçu un intérêt et, a fortiori, l'importance de celui-ci. Il n'est pas démontré non plus que le défendeur aurait négligé de percevoir un intérêt. Partant, seul l'intérêt moratoire est dû. L'intérêt moratoire suppose la demeure du débiteur et, par conséquent, l'exigibilité de la créance et l'interpellation du créancier (art. 102 al. 2 et 104 al. 1 CO). En l'occurrence, le défendeur a été mis en demeure par la notification de la demande, intervenue le 11 septembre 2001. L'intérêt moratoire, à 5 % l'an, a commencé de courir le lendemain. X. a) Selon l'art. 92 al. 1 CPC-VD, des dépens sont alloués à la partie qui obtient gain de cause. Le juge doit rechercher lequel des plaideurs gagne le procès sur le principe, et non pas répartir les dépens proportionnellement aux montants alloués; s'il y a plusieurs questions litigieuses et que chacune des parties obtienne gain de cause sur certaines d'entre elles, il faut apprécier leur importance respective pour déterminer si l'une des parties doit être considérée comme victorieuse et a droit à tout ou partie des dépens (Poudret/Haldy/Tappy, Procédure civile vaudoise, 3^{ème} éd., Lausanne 2002, n. 3 ad art. 92 CPC-VD). b) Les dépens comprennent principalement les frais de justice payés par la partie, les honoraires et les débours de son avocat (art. 91 let. a et c CPC-VD). Les frais de justice englobent l'émolument de justice, ainsi que les frais de mesures probatoires. Les honoraires d'avocat sont fixés selon le tarif du 17 juin 1986 des honoraires d'avocat dus à titre de dépens (tarif abrogé par l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2011, du tarif des frais judiciaires en matière civile du 28 septembre 2010 [TFJC, RSV 270.11.5] et applicable en vertu de l'art. 99 al. 1 TFJC). Les débours ont trait au paiement d'une somme d'argent précise pour une opération déterminée. c) En l'espèce, le demandeur ne se voit allouer qu'un peu plus d'un cinquième des montants réclamés. Il n'empêche qu'il a eu gain de cause sur un point essentiel du procès, soit le principe même de la responsabilité du défendeur. En définitive, compte tenu de l'importance respective des questions débattues, le demandeur a droit à des dépens réduits de moitié, qu'il convient d'arrêter à 35'481 fr. 20, savoir : a) 12'000 fr. à titre de participation aux honoraires de son conseil; b) 600 fr. pour les débours de celui-ci; c) 22'881 fr.

E. 20

en remboursement de la moitié de son coupon de justice.

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