

FR_GERICHTE 101 2020 267 vom 22. Juni 2021

FR Kantonsgericht, 2021-06-22, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/fr_gerichte_101_2020_267

FR: FR_GERICHTE 101 2020 267 du 22 juin 2021

IT: FR_GERICHTE 101 2020 267 del 22 giugno 2021

Regeste

Arrêt de la Ie Cour d'appel civil du Tribunal cantonal | Auftrag

Erwägungen

E. 1.1

L'appel est recevable notamment contre les décisions finales de première instance, pour autant que, dans les affaires patrimoniales, la valeur litigieuse au dernier état des conclusions soit supérieure à CHF 10'000.- (art. 308 al. 1 let. a et al. 2 CPC). Le délai d'appel en procédure ordinaire est de 30 jours (art. 311 al. 1 CPC). En l'espèce, la décision attaquée rédigée a été notifiée au mandataire de l'appelante le 27 mai 2020 (DO 131). Déposé le 24 juin 2020, l'appel a dès lors été interjeté en temps utile. Le mémoire est motivé et doté de conclusions. En outre, vu le montant réclamé par l'appelante, la valeur

Tribunal cantonal TC Page 4 de 15 litigieuse en appel est supérieure à CHF 10'000.-, et même à CHF 30'000.- (cf. art. 74 al. 1 let. b LTF). Il s'ensuit la recevabilité de l'appel.

E. 1.2

La cognition de la Cour d'appel est pleine et entière, en fait comme en droit (art. 310 CPC). La maxime des débats est applicable (art. 55 al. 1 CPC), de même que le principe de disposition (art. 58 al. 1 CPC).

E. 1.3

Selon l'art. 316 al. 1 CPC, la Cour d'appel peut ordonner des débats ou statuer sur pièces. En l'espèce, vu l'objet de la procédure d'appel et le fait que toutes les pièces nécessaires au traitement du dossier figurent dans celui-ci, il n'est pas nécessaire d'assigner les parties à une audience, ni de procéder à l'audition des témoins requis par l'appelante (cf. consid. 6 infra).

E. 2

La cause a un caractère international, A. _____ GmbH ayant son siège à l'étranger. Le Tribunal civil a considéré que le droit suisse est applicable conformément à l'art. 117 LDIP, la société vendeuse ayant son siège en Suisse où se trouvent également les immeubles vendus (décision p. 4 consid. 1 DO 115 verso). L'appelante juge la motivation des premiers juges « trop sommaire », dès lors qu'elle avait fourni l'essentiel de ses prestations depuis son établissement allemand. L'application du droit suisse n'étant pas « complètement déraisonnable », A. _____ GmbH ne l'a cela étant pas remise en cause (appel p. 5). Le droit – même étranger – doit être établi et appliqué d'office (art. 57 CPC en lien avec l'art. 16 al. 1 LDIP ; ATF 140 III 456 consid. 2.3). En appel, il est toutefois admis qu'hormis les cas de vices manifestes, l'autorité de deuxième instance doit en principe se limiter à statuer sur les critiques formulées dans la motivation écrite (ATF 142 III 413 consid. 2.2.4). En

l'espèce, le droit applicable est régi par la LDIP (art. 1 al. 1 let. b LDIP) qui prévoit en matière contractuelle que faute d'élection de droit, le droit applicable est celui de l'Etat avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits (art. 117 al. 1 LDIP). Ces liens sont réputés exister avec l'Etat dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle ou, si le contrat est conclu dans l'exercice d'une activité professionnelle ou commerciale, son établissement (art. 117 al. 2 LDIP). En matière de contrat de courtage, la prestation caractéristique est celle du courtier (CR LDIP- BONOMI, 2011, art. 117 n. 36), in casu A._____ GmbH dont le siège est en Allemagne. Toutefois, il n'est pas insoutenable de retenir que dès lors que la vente porte sur des immeubles situés en Suisse, le courtier y déploie son activité de sorte que le droit suisse est applicable. Pour tout le moins, faute de vice manifeste, il n'y a pas lieu de contredire les premiers juges sur cette question.

E. 3

Les premiers juges ont retenu, en substance, qu'il n'y avait pas de contrat de courtage écrit entre les deux parties. Il convenait dès lors de déterminer si l'appelante pouvait considérer que l'intimée lui avait bel et bien attribué une mission de courtage, par actes concluants. Ils ont établi les faits sur la base du dossier et des preuves, interprétant les déclarations et les comportements des parties selon le principe de la confiance. Dans un premier temps, les premiers juges ont nié l'existence d'un contrat de courtage tacite entre les deux parties. Relevant qu'avant la stipulation du contrat, les parties n'avaient entretenu aucun lien direct, ils ont considéré que la lettre d'intention adressée en janvier 2017 par la société acquéreuse des immeubles et signée par l'administratrice de l'intimée ne démontrait pas la volonté de cette dernière société de conclure un contrat de courtage avec l'appelante. Dans un second temps, ils ont examiné si les actes et les déclarations de S._____ SA pouvaient, par le biais d'un rapport de représentation directe, lier l'intimée à l'appelante, ce qu'ils ont également nié.

Tribunal cantonal TC Page 5 de 15 Enfin, ils ont écarté le principe même que des organes de fait de l'intimée puissent conclure un acte juridique engageant cette dernière.

E. 4.1

Se plaignant d'une violation des art. 1 et 412 CO, A._____ GmbH reproche au Tribunal civil de s'être limité à examiner l'existence d'un accord oral et non pas par actes concluants. Or, à la suivre, un tel accord, par actes concluants, existait puisqu'il est incontesté qu'elle a fourni des services d'indication et de négociation qui ont conduit à la conclusion de la transaction. L'intimée ne pouvait en outre ignorer l'aspect onéreux de telles prestations, ce qui ressort déjà de la lettre d'intention du 9 janvier 2017 signée par elle et du projet de convention « Advisory and Client Protection Agreement ». Les deux éléments essentiels du contrat de courtage ont ainsi été démontrés, ce qui atteste de l'existence d'un contrat de courtage par actes concluants entre A._____ GmbH et B._____ SA.

E. 4.2

B._____ SA se prévaut de l'absence de relation contractuelle entre l'appelante et elle. Elle soutient que A._____ GmbH omet totalement la condition essentielle de tout contrat : un échange de manifestations de volonté réciproques et concordantes entre les parties. Aucun élément du dossier ne permet de conclure qu'elle serait liée à l'appelante, les parties ne s'étant jamais parlées et n'ayant eu aucun contact direct avant la signature de l'acte de vente. Elle réfute également que la lettre d'intention du 9 janvier 2017 puisse être

comprise comme l'expression de sa volonté de conclure un contrat de courtage avec l'appelante. Elle expose enfin que les prestations de nature onéreuse fournies par A._____ GmbH n'ont pas été directement rendues en sa faveur, en l'absence de contrat les liant directement.

E. 4.3

La décision entreprise expose correctement (p. 7-8 let. b) la définition du contrat de courtage prévu par l'art. 412 CO – qui est celui par lequel le courtier est chargé, moyennant un salaire, soit d'indiquer à l'autre partie l'occasion de conclure une convention, soit de lui servir d'intermédiaire pour la négociation d'un contrat – et les conditions auxquelles il peut être admis qu'un tel contrat a été passé par actes concluants. Il peut y être renvoyé, en rappelant simplement que la conclusion tacite d'un courtage ne doit être admise que de manière restrictive, ce qui suppose que l'activité du courtier, par sa durée ou son importance, soit assez caractérisée et nette pour constituer une offre de service et pour que l'absence d'opposition de la part du « mandant » puisse être interprétée comme une acceptation de conclure le contrat de courtage (arrêt TF 4A_307/2018 du 10 octobre 2018 consid. 4.1).

E. 4.4

Un contrat est conclu lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté, expressément ou tacitement (art. 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 ou dénominations inexactes dont elles ont pu se servir, soit par erreur, soit pour déguiser la nature véritable de la convention (art. 18 al. 1 CO). Saisi d'un litige sur l'interprétation d'un contrat, le juge doit tout d'abord s'attacher à rechercher la réelle et commune intention des parties, le cas échéant empiriquement, sur la base d'indices, sans s'arrêter aux expressions et dénominations inexactes dont elles ont pu se servir. Pour ce faire, le juge prendra en compte non seulement la teneur des déclarations de volonté, mais aussi les circonstances antérieures, concomitantes et postérieures à la conclusion du contrat. Déterminer ce qu'un cocontractant savait ou voulait au moment de conclure relève des constatations de fait ; la recherche de la volonté réelle des parties est qualifiée d'interprétation subjective (ATF 140 III 86 consid. 4.1). Au stade de l'interprétation subjective, le juge peut prendre en considération le comportement ultérieur des parties dans la mesure où il permet d'éclairer leur volonté réelle au moment de conclure. Ce n'est que si la volonté réelle des parties ne peut pas être établie ou s'il

Tribunal cantonal TC Page 6 de 15 apparaît que leurs volontés intimes divergent que le juge procédera à une interprétation dite objective. Cette dernière revêt donc un caractère subsidiaire. Le juge doit alors interpréter les déclarations faites et les comportements, selon la théorie de la confiance ; il doit rechercher comment une déclaration ou une attitude pouvait être comprise de bonne foi en fonction de l'ensemble des circonstances. Le principe de la confiance permet ainsi d'imputer à une partie le sens objectif de sa déclaration ou de son comportement, même s'il ne correspond pas à sa volonté intime (ATF 135 III 410 consid. 3.2).

E. 4.5

4.5.1. En l'espèce, le Tribunal civil a retenu que le seul contact direct entre l'intimée et l'appelante a eu lieu lors de la stipulation de l'acte de vente le 7 juillet 2017 chez le notaire Me H._____. Aucun élément au dossier – pièces ou déclarations – ne révèle de contact

direct (personnel ou par courrier) préalable. L'appelante prétend que, par une telle argumentation, le Tribunal civil vérifiait uniquement l'existence d'un contrat oral. Or, selon elle, il est tout à fait imaginable qu'un contrat par actes concluants intervienne, directement entre les deux parties, en leur présence. C'est ainsi à raison que le Tribunal civil a commencé son examen par la question de savoir si l'appelante et l'intimée avaient directement conclu un contrat d'une manière ou d'une autre (par écrit, par oral, par actes concluants), avant de passer à l'examen d'une conclusion indirecte d'un contrat, à savoir sur la base d'une représentation. 4.5.2.A. _____ GmbH fonde l'essentiel de sa critique sur l'existence des deux éléments essentiels du contrat de courtage pour admettre la conclusion d'un tel contrat entre l'intimée et elle : elle a fourni des prestations typiques de courtage en indiquant l'acquéreuse et son indication a abouti à la conclusion du contrat de vente. Ces derniers éléments ne paraissent en soi pas contestés par la partie adverse. Cependant, à ce stade, ils ne nécessitent pas un examen plus approfondi puisque la question déterminante relève bien plutôt de savoir s'il y a eu un échange de volontés concordantes sur ces points entre l'appelante et l'intimée, en particulier par actes concluants. En d'autres termes, l'appelante doit prouver que l'intimée a manifesté, d'une manière ou d'une autre, sa volonté de s'engager envers elle, en lui confiant une mission de courtage. Cet échange de volontés est déterminant pour conclure à l'existence d'un contrat liant l'appelante à l'intimée. Or, comme le Tribunal civil l'a soigneusement exposé sur plusieurs considérants (décision p. 12-13), cet échange de volontés n'a pas eu lieu. Son appréciation de la lettre d'intention du 9 janvier 2017 (pièce 12/dem.), pièce centrale dans la thèse de l'appelante, ne prête en effet pas le flanc à la critique. Ce document, rédigé par M. _____, future acquéreuse des immeubles, à l'attention de B. _____ SA, qui l'a par la suite contresigné, marque uniquement la volonté de la première société de continuer les pourparlers en vue de la conclusion d'un contrat de vente avec l'intimée ; ce document est partant étranger à l'appelante. Par ce document, la société acquéreuse a confirmé une offre de prix supérieure à sa première offre et l'a fait dépendre de différentes modalités. Une fois contresignée par l'intimée, les deux entités se sont mises d'accord sur certaines modalités de la future transaction. Ainsi et notamment, M. _____, qui avait uniquement eu des contacts avec l'appelante lors de la phase de prospection, a indiqué qu'elle ne prendrait pas en charge les frais de transfert et qu'elle considérerait que les frais de courtage de l'appelante seraient assumés par S. _____ SA ou l'intimée, précisant qu'elle-même ne pouvait s'en acquitter. Cette modalité ressort déjà de sa première lettre d'intention du 29 septembre 2016 adressée à S. _____ SA (pièce 7/dem.), l'intimée n'étant à cette époque pas encore apparue dans les pourparlers transactionnels. La répartition de la prise en charge des frais d'acquisition et de courtage, en soi, représente une modalité importante de tout contrat de vente, raison pour laquelle M. _____ a mentionné ce point dans ses deux lettres d'intention à l'attention de la partie venderesse. Néanmoins, la lettre d'intention du 9 janvier 2017, entre vendeur et acheteur

Tribunal cantonal TC Page 7 de 15 exclusivement, ne représente pas encore un échange de volontés entre l'intimée et l'appelante au sujet de la commission de courtage de cette dernière, le fait que A. _____ GmbH y soit mentionnée n'y changeant rien. Du reste, peu avant la stipulation de l'acte de vente en juillet 2017, l'appelante avait tenté de conclure un contrat de courtage, par écrit, avec l'intimée, en adressant le 27 juin 2017 à S. _____ SA son « Advisory and Client Protection Agreement » (pièce 19/dem.). Cet accord devant lier intimée et appelante décrit la mission de courtage confiée par la première à la seconde, respectivement les prestations que celle-ci a déjà exécutées, et prévoit le montant de la

commission de courtage. Or, l'intimée n'a jamais signé cet accord. L'envoi de ce contrat écrit plus de six mois après la deuxième lettre d'intention signée par l'intimée, sur laquelle l'appelante fonde pourtant ses prétentions, tend à démontrer que cette dernière ne considèrerait pas qu'un contrat avait déjà été conclu entre les parties auparavant. 4.5.3. Au vu de ce qui précède, le Tribunal civil n'a pas violé le droit fédéral en considérant qu'au vu du dossier, aucun contrat de courtage n'a été conclu, par actes concluants, directement entre l'intimée et l'appelante, faute d'échange de manifestations de volonté réciproques et concordantes.

E. 5

L'appelante invoque une violation des règles sur la représentation (art. 32 ss, 33 al. 3 et 38 al. 1 CO).

E. 5.1

5.1.1. Dans un arrêt récent (ATF 146 III 37), le Tribunal fédéral a rappelé quelles personnes sont habilitées à représenter une société anonyme pour la conclusion d'actes juridiques envers des tiers. Tel est le cas des organes de la société au sens de l'art. 718 CO, des fondés de procuration et autres mandataires commerciaux au sens de l'art. 721 CO et enfin des personnes ayant la qualité de représentants civils au sens des art. 32 ss CO. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a tranché par la négative la question controversée de savoir si la personne morale pouvait être valablement engagée par les actes juridiques d'un organe de fait. En d'autres termes, un organe de fait n'a jamais la qualité pour représenter la personne morale et la lier par ses actes juridiques. 5.1.2. La représentation civile est une institution qui permet à une personne – le représentant – d'accomplir un acte juridique avec un cocontractant, qui produit effet pour une autre personne – le représenté. C'est donc la volonté exprimée par le représentant, comme ce qu'il savait ou devait savoir, qui sont déterminants pour la conclusion (et le contenu) du contrat avec le cocontractant (ATF 146 III 37 consid. 7 et les réf.). Le contrat conclu par le représentant au nom du représenté produit effet pour celui-ci, c'est-à-dire l'oblige (ou le lie ou l'engage), à certaines conditions. 5.1.3. Selon le système des art. 32 ss CO, lorsque le représentant qui conclut le contrat manifeste agir au nom du représenté, le représenté est lié dans trois cas de figure : (1) lorsque le représenté avait conféré les pouvoirs nécessaires au représentant dans leurs rapports internes (procuration interne ; art. 32 al. 1 CO) ; (2) en l'absence de pouvoirs internes conférés au représentant par le représenté, lorsque le tiers pouvait déduire l'existence de tels pouvoirs du comportement du représenté dans leurs rapports externes (procuration apparente ; art. 33 al. 3 CO) ; et (3) en l'absence de pouvoirs internes conférés au représentant par le représenté, lorsque celui-ci a ratifié le contrat (art. 38 al. 1 CO) (ATF 146 III 37 consid. 7.1 ; 131 III 511 consid. 3.1 ; 120 II 197 consid. 2).

Tribunal cantonal TC Page 8 de 15 5.1.4. Le représenté est normalement lié – c'est le premier cas de figure, régi par l'art. 32 al. 1 CO – lorsque le représentant a manifesté agir au nom de celui-ci – du représenté – (première condition) et qu'il s'était vu octroyer des pouvoirs de représentation internes par celui-ci (seconde condition). L'art. 32 al. 1 CO protège ainsi essentiellement les intérêts du représenté. 5.1.5. Toutefois – c'est le deuxième cas de figure, régi par l'art. 33 al. 3 CO –, en l'absence de pouvoirs internes du représentant, le tiers cocontractant est protégé exceptionnellement lorsque le représenté a porté (expressément ou tacitement) à sa connaissance une procuration (externe) qui va au-delà des pouvoirs qu'il a effectivement conférés au représentant (procuration interne) et que, se

fiant à cette communication, le tiers a cru de bonne foi à l'existence des pouvoirs de celui-ci (ATF 146 III 121 consid. 3.3.2 ; ATF 124 III 418 consid. 1c ; 120 II 197 consid. 2b/cc). Le représenté qui a créé l'apparence d'un rapport de représentation ou laissé s'en créer un doit souffrir, en vertu du principe de la confiance (ou de l'apparence efficace), que le tiers de bonne foi lui impute tous les effets des actes accomplis en son nom (ATF 131 III 511 consid. 3.2.1 ; arrêt TF 4A_54/2009 du 20 avril 2009 consid. 3.1). Il ne s'agit plus ici de protéger les intérêts du représenté, mais, dans une certaine mesure, ceux du tiers cocontractant et par là la sécurité des transactions. Parallèlement, l'art. 34 al. 3 CO protège le tiers, auquel les pouvoirs du représentant ont été communiqués, en cas de révocation de ces pouvoirs par le représenté. 5.1.6. Enfin – c'est le troisième cas de figure, réglé par l'art. 38 al. 1 CO –, le représenté est lié si, malgré l'absence de pouvoirs internes du représentant, il a ratifié l'acte de celui-ci.

E. 5.2

Dans une première étape, le juge doit donc rechercher si le représentant a manifesté agir au nom du représenté et s'il avait des pouvoirs de représentation internes (art. 32 al. 1 CO). Ce n'est que s'il arrive à la conclusion que le représentant a agi sans pouvoirs de représentation internes que le juge devra, dans une seconde étape, rechercher si le représenté est contractuellement lié, soit en vertu de l'art. 33 al. 3 CO, soit en vertu de l'art. 38 al. 1 CO (arrêt TF 4A_562/2019 du

E. 5.3

L'appelante prétend que S. _____ SA disposait des pouvoirs nécessaires pour engager l'intimée, ce que celle-ci conteste, et que les premiers juges ont procédé à un examen lacunaire de cette question, en contradiction avec la jurisprudence récente. L'appelante soutient qu'elle ignore la relation exacte entre S. _____ SA et l'intimée, mais que, dans ses rapports avec elle, la première société avait clairement les pouvoirs d'engager la seconde. L'intimée a en effet signé la lettre d'intention du 9 janvier 2017 et l'acte de vente du 7 juillet 2017 que S. _____ SA et l'appelante avaient au préalable négociés pour elle, sans qu'elle n'y apporte de modification. L'appelante en déduit que si S. _____ SA n'avait pas été autorisée, l'intimée n'aurait pas signé ces documents. Elle prétend que S. _____ SA n'a, en outre, pas exercé de contrat de courtage pour l'intimée et qu'elle était donc un « investment manager ». Présument que cette société étrangère ne disposait pas des connaissances nécessaires en matière immobilière suisse, l'appelante soutient que le mandat entre S. _____ SA et l'intimée comprenait donc un pouvoir de substitution (art. 396 al. 1 et 398 al. 3 CO) ; S. _____ SA pouvait ainsi engager B. _____ SA. S. _____ SA a, en effet, signé la première lettre d'intention en son propre nom, sans dévoiler l'identité de l'intimée, ce que cette dernière a toléré. Ce comportement doit dès lors être qualifié de représentation par procuration interne par tolérance.

E. 5.4

Dans la décision attaquée, le Tribunal civil a considéré, dans un premier temps, que bien que ses premiers contacts en relation avec la vente aient eu lieu avec P. _____ puis avec S. _____ SA, par l'intermédiaire de Q. _____, l'appelante aurait pu vérifier aisément le propriétaire des immeubles par une consultation du registre foncier. Il a d'ailleurs relevé que le

Tribunal cantonal TC Page 9 de 15 gérant de l'appelante avait finalement reconnu avoir su que l'intimée était la propriétaire des immeubles dès qu'il avait reçu les extraits du registre

foncier en octobre 2016 déjà. Le Tribunal civil a ensuite examiné l'argument de A. _____ GmbH selon lequel la position de vendeur de S. _____ SA était corroborée par le fait qu'elle avait la possibilité de signer des contrats d'exclusivité et des lettres d'intention, ce que ne fait pas un courtier. Il a considéré qu'il n'était pas exceptionnel que la première lettre d'intention intervenue très tôt dans le processus n'ait pas été signée par la société vendeuse ; souvent le vendeur reste en retrait au début des négociations au vu de l'insistance de certains agents immobiliers, ce d'autant plus qu'en l'espèce, en parallèle à cette première offre de M. _____ deux autres offres avaient aussi été formulées. Il a également relevé que, dès la deuxième lettre d'intention, l'intimée était clairement apparue comme partie vendeuse. Enfin, il ne ressort d'aucune pièce que, lors des contacts entre l'appelante et S. _____ SA, cette dernière société se serait présentée comme agissant au nom et pour le compte de l'intimée. Au vu de ce qui précède, le Tribunal civil a nié la qualité de S. _____ SA en tant que représentante directe de l'intimée. Il a au surplus souligné le fait que l'appelante, bien qu'au courant depuis octobre 2016 que la propriétaire des immeubles était B. _____ SA, n'a jamais pris la peine de la contacter directement avant leur rencontre chez le notaire. On pouvait pourtant attendre d'elle, comme professionnelle de l'immobilier, qu'elle s'assure auprès du vendeur de l'existence d'un contrat de courtage en sa faveur ainsi que de la commission qui lui était due.

E. 5.5

Pour que la première condition de l'art. 32 al. 1 CO soit remplie, il faut que le représentant agisse au nom du représenté (« fait au nom d'une autre personne »). Il doit manifester – expressément ou tacitement (ATF 126 III 59 consid. 1b) – qu'il n'agit pas en son nom, mais en celui du représenté. L'existence d'un rapport de représentation est normalement établie lorsque telle était l'intention réelle du représenté (qui a voulu que le représentant agisse en son nom), du représentant (qui a voulu agir au nom du représenté) et du tiers (qui a voulu/accepté que le représentant signe l'acte juridique au nom du représenté). Si cette volonté réelle et commune ne peut être établie, l'existence du rapport de représentation doit être retenue si le tiers pouvait l'inférer du comportement du représentant, interprété selon le principe de la confiance (art. 32 al. 2 CO ; ATF 146 III 121 consid. 3.2.1 ; 120 II 197 consid. 2b/aa ; arrêt TF 4A_638/2015 du 9 mars 2016 consid. 3.2.2). Pour que la seconde condition soit réalisée, il faut que le représentant ait agi en ayant eu les pouvoirs internes de le faire (« autorisé »). Il doit avoir agi en vertu de l'autorisation qui lui avait été donnée par le représenté, c'est-à-dire en vertu d'une procuration (interne). C'est en priorité la volonté réelle et commune du représenté et du représentant qui est déterminante ; ce n'est que subsidiairement, si la volonté réelle ne peut pas être établie, que l'octroi des pouvoirs doit être examiné selon le principe de la confiance (ATF 146 III 121 consid. 3.2.1). L'octroi de pouvoirs par le représenté au représentant peut être soit exprès, soit tacite. Selon la jurisprudence, l'octroi de pouvoirs internes tacite au sens de l'art. 32 al. 1 CO découle soit d'une tolérance (« Duldung »), soit d'une apparence (« Anschein ») (ATF 141 III 289 consid. 4.1). Il y a tolérance, c'est-à-dire procuration interne par tolérance (« Duldungsbevollmächtigung » ou « Duldungsvollmacht »), lorsque le représenté sait qu'une personne a agi en son nom auprès d'un tiers sans qu'il l'y ait autorisée (« ohne seinen Willen »), mais qu'il ne s'est pas opposé à cet acte de représentation non sollicité (« unerbetene Vertretung ») (ATF 141 III 289 consid. 4.1) ; ce cas de figure présuppose que le représentant n'avait pas connaissance du fait que le représenté n'avait pas la volonté de lui octroyer des pouvoirs. Il y a apparence, c'est-à-dire procuration interne apparente (« Anscheinsbevollmächtigung » ou « Anscheinsvollmacht »), lorsque, d'un côté, le représenté

ne sait pas qu'une personne a agi comme sa représentante auprès d'un tiers, mais qu'il

Tribunal cantonal TC Page 10 de 15 aurait dû le savoir s'il avait fait preuve de l'attention que les circonstances permettaient d'exiger de lui, et que, de l'autre côté, la représentante pouvait, selon les règles de la bonne foi (« Treu und Glauben » ; art. 2 al. 1 CC ; ATF 143 III 653 consid. 4.3.3 in initio), interpréter le comportement du représenté comme valant octroi de pouvoirs (ATF 141 III 289 consid. 4.1). L'étendue des pouvoirs de représentation internes octroyés (art. 32 al. 1 CO) dépend au premier chef de l'acte d'octroi lui-même (art. 33 al. 2 CO), dont le contenu est apprécié, si nécessaire (si la volonté réelle et commune du représenté et du représentant n'a pas pu être établie), sur la base du principe de la confiance (ATF 146 III 121 consid. 3.2.1).

E. 5.6

En l'espèce, au vu de l'état de fait établi dans la décision litigieuse, la chaîne de communication initiale entre les différents intervenants au sujet de la vente était la suivante. A._____ GmbH a appris de P._____ que des immeubles étaient à vendre à I._____. Puis, très vite, celui-ci l'a informée que, pour la partie venderesse, ses interlocuteurs étaient Q._____ et R._____ de S._____ SA (pièce 13/dem.). P._____ a, lui, indiqué que l'acheteuse, M._____, communiquait avec l'appelante, qui, elle, communiquait avec lui, et lui-même communiquait avec S._____ SA qui probablement communiquait avec l'intimée (email du 5 décembre 2017 ; pièce 1/déf.). La première offre d'intention du 29 septembre 2016 rédigée par M._____ était expressément adressée à Q._____ de S._____ SA, lequel l'a signée, accordant par sa signature une période d'exclusivité (pièce 8/dem.). Dans un premier temps, l'identité de la partie venderesse n'était pas connue et l'appelante affirme qu'elle pensait au début que la propriétaire des immeubles était S._____ SA (DO 77). Néanmoins, depuis octobre 2016, après consultation des extraits du registre foncier, elle savait que S._____ SA n'était pas la propriétaire des immeubles et que ceux-ci appartenaient en fait à l'intimée (DO 78). La deuxième lettre d'intention de janvier 2017, à nouveau rédigée par l'acheteuse, a été ensuite libellée directement au nom de l'intimée et transmise à l'appelante qui la fait suivre à S._____ SA selon les déclarations de l'administrateur de l'appelante (DO 12/dem et DO 76.). Aucun élément du dossier ne révèle que S._____ SA, par le biais de Q._____, a affirmé à l'appelante qu'elle agissait au nom et pour le compte de l'intimée. Elle ne s'est jamais présentée expressément comme représentante de l'intimée. Il est incontesté que Q._____ de S._____ SA a signé la première lettre d'intention puis la prolongation de l'exclusivité du 15 novembre 2016 (pièce 39/dem.). La question qui se pose est celle de savoir si l'appelante pouvait en déduire que, ce faisant, S._____ SA lui manifestait tacitement qu'elle agissait pour le compte de l'intimée. Comme l'a relevé le Tribunal civil, l'intimée a expliqué que S._____ SA était son courtier pour la vente de ses immeubles et elle a produit une liste de sociétés prospectées par elle (pièce 12-14/déf.), dans laquelle apparaît du reste M._____, par le biais de P._____ (pièce 12/déf.). Son administratrice a en substance déclaré que la première lettre d'intention avait été signée par S._____ SA « dans un stade très tôt des négociations », puis qu'elle-même en avait signé une autre. Pour elle, il est normal qu'au stade initial des négociations, le vendeur n'apparaît pas directement (DO 98). A l'instar de ce qu'a retenu le Tribunal civil, il peut être retenu qu'il ne paraît pas à ce point exceptionnel que la première lettre d'intention et la prolongation de l'exclusivité subséquente n'aient pas été directement signées par le vendeur, lequel peut rester en retrait lors de la première phase de négociation eu égard à

l'insistance de certains courtiers. Le Tribunal civil a relevé sans être contredit qu'en parallèle à cette lettre d'intention de M. _____, deux autres offres avaient aussi été formulées.

Tribunal cantonal TC Page 11 de 15 Au vu de ce qui précède, par sa signature sur ces deux documents, S. _____ SA n'agissait pas en son nom propre, mais bien pour le compte et au nom de l'intimée, en tout cas à l'égard de la partie acquéreuse, à laquelle ces deux documents étaient exclusivement destinés. Cependant, l'appelante ne saurait en tirer profit, à plusieurs égards. D'une part, comme démontré plus haut, la lettre d'intention signée par l'intimée en faveur de l'acquéreuse des immeubles ne constitue pas encore un échange de volontés au sujet d'un contrat de courtage entre appelante et intimée, et il en va évidemment de même de la première lettre d'intention, au contenu quasi similaire en ce qui concerne les frais de courtage, signé par l'intermédiaire S. _____ SA. D'autre part, l'appelante a admis que, dès octobre 2016, soit entre la première lettre d'intention et la prolongation d'exclusivité, elle savait qui était la réelle propriétaire des immeubles et, durant les dix mois qu'a duré la négociation du contrat, elle n'a jamais contacté l'intimée pour clarifier la position de S. _____ SA, ni pour s'assurer qu'elle-même était bien liée par un contrat de courtage. En outre, l'appelante allègue qu'elle ignore la nature exacte de la relation entre S. _____ SA et l'intimée. Aussi, ne peut-elle affirmer que les lettres d'intention, en particulier la deuxième signée par l'intimée, et le contrat de vente ont été signés par cette dernière, sans discussion entre elle et son intermédiaire S. _____ SA. Ignorant les relations entretenues par ces deux dernières sociétés, l'appelante ne peut en déduire que S. _____ SA agissait forcément comme représentante de l'intimée. L'existence d'un lien de confiance entre les parties ne présuppose pas encore que l'une agit en représentation de l'autre à l'égard des tiers. Par ailleurs, il n'était pas surprenant que la première lettre d'intention ne soit pas signée par l'intimée comme partie venderesse, qui reste en principe en retrait à ce stade précoce des négociations, et l'appelante ne pouvait en déduire de façon générale que son intermédiaire, S. _____ SA, était son représentant durant tout le processus de vente et pouvait valablement l'engager pour n'importe quel acte juridique en lien avec cette vente. Enfin, l'intimée a toujours contesté être représentée par S. _____ SA dans le cadre de la vente de ses immeubles. Elle avait requis l'audition de Q. _____, l'administrateur de S. _____ SA, qui a été refusée par le Tribunal civil. Au stade de l'appel, aucune des parties ne s'est opposée à ce refus, de sorte qu'on peut en conclure qu'elles y ont renoncé (ATF 138 III 374 consid. 4.3.1). Dans ces conditions, il n'est pas démontré que S. _____ SA a, implicitement, en signant deux documents adressés à l'acquéreuse dans une phase précoce des négociations, manifesté à l'appelante sa volonté de conclure pour le compte et au nom de l'intimée un contrat de courtage avec l'appelante. Au vu de ce qui précède, il n'a pas pu être établi que S. _____ SA a manifesté à l'appelante (expressément et tacitement) agir au nom de l'intimée et par conséquent disposer de la faculté de conclure n'importe quel acte juridique au nom de celle-ci avec n'importe quel tiers. La première condition de l'art. 32 al. 1 CO fait déjà ainsi défaut.

E. 5.7

5.7.1. Le grief de l'appelante portant sur une représentation par procuration interne par tolérance doit d'emblée être écarté en l'absence de la première condition cumulative de l'art. 32 al. 1 CO. En effet, cette construction juridique se rapporte à la deuxième condition de l'art. 32 al. 1 CO, soit le fait que le représentant ait agi en ayant eu les pouvoirs internes de le faire (« autorisé » ; cf. arrêt TF 4A_562/2019 du 10 juillet 2020, consid. 5.1.2.) 5.7.2. Il

en va de même du grief portant sur l'existence d'une représentation par procuration externe par tolérance et celui sur une ratification de l'acte du représentant. Ces notions

Tribunal cantonal TC Page 12 de 15 n'interviennent que dans la deuxième partie du raisonnement, lorsque le juge arrive à la conclusion que le représentant qui a agi au nom du représenté – ce qui a été exclu en l'espèce en ce qui concerne la relation avec l'appelante – n'avait pas de pouvoirs de représentation internes. Dans un second temps, le juge devra rechercher si la société (i.e. la représentée) est contractuellement liée, soit parce que le tiers de bonne foi doit être protégé dans la communication qui lui a été faite par la société de l'existence de pouvoirs (art. 33 al. 3 CO ; examen d'une éventuelle procuration externe par tolérance), soit parce que la société a ratifié l'acte du représentant (art. 38 al. 1 CO). Dès lors qu'il a été exclu que S. _____ SA a manifesté à l'appelante qu'elle agissait au nom de l'intimée à son égard, il n'est pas nécessaire de passer à la deuxième étape du raisonnement.

E. 5.8

L'appelante avance également que S. _____ SA, comme société étrangère, ne disposait pas des connaissances nécessaires en matière immobilière suisse et que dès lors le contrat de mandat (de courtage et/ou de gestion) entre elle et l'intimée comprenait nécessairement un pouvoir de substitution au sens des art. 396 al. 1 et 398 al. 3 CO ; ainsi, S. _____ SA disposait, de par la loi, des pouvoirs nécessaires pour engager l'appelante comme courtier spécialisé, ce qu'elle a fait par actes concluants. Ces éléments, en particulier l'assertion préliminaire selon laquelle S. _____ SA n'avait pas les connaissances topiques nécessaires, n'ont aucun fondement, faute de preuve. Le grief doit ainsi être écarté.

E. 5.9

Au vu de ce qui précède, il n'a pas pu être démontré que S. _____ SA agissait à l'égard de l'appelante, comme représentante directe de l'intimée dans le cadre de la vente des immeubles de cette dernière. 6. 6.1. Enfin, se plaignant d'une constatation incomplète des faits et d'une violation de son droit d'être entendue, A. _____ GmbH reproche au Tribunal civil d'avoir rejeté ses réquisitions de preuve tendant à l'audition des représentants de M. _____ lors de la stipulation du contrat (N. _____ et O. _____) et du notaire Me H. _____, ainsi qu'à la mise en œuvre d'une expertise au sujet du taux usuel de courtage à I. _____. Elle prétend que l'audition de ces trois personnes permettra de démontrer que, lors de la stipulation de la vente, l'administratrice de l'intimée s'est engagée par oral à régler la commission de courtage litigieuse, ce que confirme également le courriel du clerc de notaire (pièce 22/dem). 6.2. Dans la décision attaquée, le Tribunal civil a rejeté, de manière anticipée, les auditions de N. _____ et O. _____, considérant que l'implication de l'appelante durant la phase de prospection n'est pas remise en question et résulte même des pièces produites. L'audition des précités dans le but de conforter le rôle de l'appelante dans le processus de vente apparaît dès lors superflu. S'agissant de l'audition du notaire, le Tribunal civil a estimé qu'il est intervenu à la fin du processus et que ce qui s'est dit lors de la stipulation et passé par la suite ressort déjà des preuves administrées (déclarations des parties et pièces produites). Enfin, l'expertise visant à déterminer le taux de courtage usuel n'est utile que si on admet qu'un contrat a été conclu. 6.3. Le droit à la preuve, prévu par le droit fédéral, n'exclut pas l'appréciation anticipée des preuves. Dans le cadre d'une appréciation anticipée des preuves, le juge peut refuser des mesures probatoires lorsque sur la base des preuves déjà administrées, il s'est forgé une conviction et a pu parvenir à la conclusion que l'administration d'autres preuves ne changerait probablement

plus rien à la situation, respectivement à l'appréciation des preuves déjà administrées (ATF 143 III 297 consid. 9.3.2). Il n'y a en revanche pas appréciation anticipée des preuves, mais bien violation du droit à la preuve, lorsque le juge n'administre pas des preuves

Tribunal cantonal TC Page 13 de 15 objectivement adéquates et régulièrement offertes, alors qu'il ne considère les allégués à cet égard ni comme établis, ni comme infirmés. 6.4. 6.4.1. En l'espèce, l'audition des représentants de la société acquéreuse et du notaire a, en particulier, été requise par rapport à l'allégué 18 de la demande afin d'établir que, lors de la stipulation de la vente en présence de ces parties, D. _____ a invité l'administrateur de l'appelante à transmettre au notaire sa facture pour la commission de courtage afin de la régler avec le produit de la vente. L'intimée conteste que son administratrice a accepté (tacitement ou expressément) de régler la commission de courtage lors de la stipulation de la vente, celle-ci ayant uniquement demandé à voir la facture afin d'en discuter avec sa propre courtière S. _____ SA. Le Tribunal civil a procédé à l'interrogatoire de D. _____ (DO 94 ss) qui, exhortée à dire la vérité, a exposé en substance qu'il était clair que « nous allions payer S. _____ SA. S. _____ SA était censée régler ce qui devait l'être avec les autres courtiers », qu'elle-même n'avait jamais eu de contact avec d'autres courtiers que S. _____ SA, que lors de la stipulation de la vente, le représentant de l'appelante s'est présenté à elle à la fin pour lui demander de régler sa facture et de payer ses honoraires, qu'elle ne savait pas qu'il allait être présent à cette réunion et qu'elle ignorait quel était le montant de cette facture et l'accord quant aux honoraires. Elle a précisé qu'elle avait alors demandé au représentant de l'appelante de lui envoyer la facture pour qu'elle puisse l'étudier et contrôler avec S. _____ SA l'accord au sujet de la commission de 1%. Le représentant avait alors envoyé la facture au notaire et non à elle-même bien qu'elle lui ait donné sa carte de visite. Puis, elle a envoyé la facture à S. _____ SA « pour clarifier la manière dont ça allait être traité », elle-même n'étant pas au courant de la manière dont les honoraires allaient être partagés entre les courtiers. C'est à ce moment que S. _____ SA l'a informée du litige entre les différents courtiers au sujet du partage de la commission. Pour elle, il était clair qu'il y avait un litige et elle a alors contacté un avocat pour qu'il s'adresse au notaire pour lui dire que la société venderesse allait régler la situation directement. Elle a indiqué qu'elle n'avait pas voulu dire que cette facture allait être payée. Plus loin dans son interrogatoire, elle a réaffirmé qu'elle n'avait jamais donné son accord pour payer la commission réclamée et qu'elle avait juste demandé que la facture lui soit adressée mais sans signifier son intention de la régler. 6.4.2. Avec les premiers juges, il peut ainsi être retenu que D. _____ a expliqué de façon convaincante les propos que lui impute l'appelante au terme de la séance chez le notaire. L'audition des autres personnes présentes n'apparaît dès lors effectivement pas nécessaire. En outre, il a déjà été démontré que A. _____ GmbH ne pouvait pas se prévaloir de la conclusion d'un contrat avec B. _____ SA, que ce soit par acte concluant ou par le biais de sa prétendue représentante S. _____ SA. Au demeurant, le Tribunal civil a constaté que le contrat de vente prévoit que les frais de courtage doivent être déduits du produit de la vente sur présentation d'une facture approuvée par la partie venderesse, ce qu'il a considéré comme usuel. A. _____ GmbH a adressé directement sa facture au notaire le 11 juillet 2017 (pièce 21/dem.), ce qui n'a ainsi rien de surprenant. Par courriel du 12 juillet 2017, l'administratrice de l'intimée, comme partie venderesse, a informé le notaire qu'elle souhaitait payer la commission séparément et que lui ne devait pas procéder à son règlement (courriel du 12 juillet 2017/pièce 3 déf.). En d'autres termes, « sur instructions du vendeur, le règlement de cette facture n'a ensuite pas été effectué car elle n'a pas été approuvée » (décision p. 13). Le

Tribunal civil a en outre considéré que l'appelante ne pouvait tirer aucun droit du courriel du 2 août 2017 adressé par le clerc de notaire au représentant de l'appelante (« à la demande de D._____, B._____ SA souhaitait payer elle-même votre facture » ; pièce 22/dem.) ; ce n'est en effet pas le principe même du versement de la commission qui est remis en question, mais l'identité de son bénéficiaire ou de ses bénéficiaires ainsi que son

Tribunal cantonal TC Page 14 de 15 montant, questions soustraites à l'appréciation du notaire. Ces considérations n'ont pas été contestées par l'appelante. 6.4.3. Puisqu'il a nié l'existence d'un contrat de courtage entre appelante et intimée, le Tribunal civil a logiquement refusé de mettre en œuvre une expertise tendant à déterminer le taux de commission usuel à I._____. Au vu de ce qui va suivre, le même sort doit être donnée à cette réquisition de preuve. 7. En définitive, il peut être retenu que, présentant une bonne affaire et une possibilité de gain importante, A._____ GmbH a effectivement déployé une activité en vue de la vente des immeubles genevois de B._____ SA, sans s'assurer que la venderesse entendait bien la mandater comme courtière, soit directement, soit par le biais de S._____ SA, en vertu d'un pouvoir de représentation qu'elle supputait seulement. Elle n'a pas fait preuve d'un minimum de rigueur et tente désormais, en vain, par des constructions juridiques complexes, de justifier l'existence d'un contrat. Le Tribunal civil n'a partant pas enfreint le droit fédéral en rejetant la demande en paiement et l'appel doit par conséquent être rejeté. 8. 8.1. Les frais d'appel (frais judiciaires et dépens) doivent être mis à la charge de l'appelante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). 8.2. Les frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à CHF 10'000.-, seront prélevés sur l'avance versée par A._____ GmbH (art. 111 al. 1 CPC). 8.3. Selon l'art. 105 al. 2 CPC, le tribunal fixe les dépens selon le tarif, soit le règlement fribourgeois du 30 novembre 2010 sur la justice (RJ ; RSF 130.11). L'art. 63 al. 3 RJ dispose qu'en cas de fixation détaillée, comme en l'espèce, l'autorité tiendra compte notamment du temps nécessaire à la conduite du procès dans des circonstances ordinaires ainsi que des intérêts en jeu. Le tarif horaire est de CHF 250.- (art. 65 RJ), montant majoré de 73.14 % lorsque la valeur litigieuse déterminante (art. 66 al. 3 RJ) s'élève à CHF 270'000.- (art. 66 al. 1 et al. 2 let. b RJ en lien avec l'annexe 2 à celui-ci ; valeur litigieuse de CHF 275'400.- arrondie aux CHF 5'000.- inférieurs selon l'art. 66 al. 2 let. b RJ). Le tarif horaire est dès lors en l'occurrence de CHF 432.85. A défaut d'une indication particulière sur la liste de frais, sont admises la correspondance et les conférences utiles et en relation directe avec un acte de la procédure (mémoires, séances), qui sortent d'une simple gestion administrative du dossier : la correspondance et les communications téléphoniques nécessaires à la bonne conduite du procès donnent exclusivement droit à un paiement forfaitaire maximal de CHF 500.-, voire exceptionnellement de CHF 700.- (art. 67 RJ). Selon l'art. 68 RJ, les débours nécessaires à la conduite du procès sont remboursés au prix coûtant, sous réserve de ce qui suit : les frais de copie, de port et de téléphone sont fixés forfaitairement à 5 % de l'indemnité de base sans majoration (art. 68 al. 2 RJ). Enfin, le taux de la TVA est de 7.7 % depuis le 1er janvier 2018 (art. 25 al. 1 de la loi du 12 juin 2009 sur la TVA [LTVA ; RS 641.20]). En l'espèce, dans sa liste de frais du 29 mars 2021, le mandataire de l'intimée indique avoir consacré 11 heures et 28 minutes à la défense des intérêts de sa cliente en appel. Les opérations entre le 5 mai 2020 et le 2 juin 2020 y compris (durée : 72 minutes) n'entrent pas strictement dans la procédure d'appel mais on constate aussi que rien n'a été ajouté en prévision de la prise de connaissance du présent arrêt. Il s'ensuit que le temps consacré à la procédure d'appel est globalement raisonnable et sera admis. Le principe de disposition s'appliquant, le montant réclamé sera partant octroyé, la Cour ne pouvant aller au-delà.

Tribunal cantonal TC Page 15 de 15 Partant, les dépens de l'intimée pour la procédure d'appel sont arrêtés à la somme de CHF 3'398.45, TVA comprise. la Cour arrête : I. L'appel est rejeté. Partant, la décision prononcée le 18 mars 2020 par le Tribunal civil de l'arrondissement de la Sarine est confirmée. II. Les frais d'appel sont mis à la charge de A. _____ GmbH. Ils comprennent notamment les frais judiciaires dus à l'Etat, fixés à CHF 10'000.-, qui seront prélevés sur son avance de frais. III. Les dépens d'appel de B. _____ SA sont fixés, sur la base de la liste de frais de Me Marc Gilliéron, à la somme de CHF 3'398.45, TVA comprise par CHF 242.95. IV. Notification. Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Fribourg, le 22 juin 2021/cfa Le Président : La Greffière-rapporteuse :

E. 10

juillet 2020 consid. 4.2).

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