unine
Université de Neuchâtel
Faculté de droit

Analyse de l'arrêt TF 4A_201/2023

Marie-Laure Percassi, Docteure en droit, collaboratrice scientifique à l'Université de Neuchâtel et avocate

TF 4A_201/2023, 9 octobre 2023
I^re^ Cour de droit civil

Thèmes : *Procédure*
Lois : *Art. 204 CPC, Art. 206 CPC, Art. 29 al. 1 Cst., Art. 2 al. 2 CC*

Newsletter Bail.ch avril 2024

11 avril 2024

Comparution personnelle d'une personne morale en conciliation et représentation commerciale

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt 4A_201/2023 rappelle les règles applicables en matière de comparution personnelle d'une personne morale à l'audience de conciliation.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A. Sàrl (locataire et recourante) a conclu un contrat de bail avec B. (bailleresse et intimée) portant sur un magasin avec une pièce attenante situé à U. Par formule officielle du 29 juin 2020, la bailleresse a résilié le contrat de bail pour fin décembre 2021.

La locataire a contesté cette résiliation et une audience de conciliation s'est tenue le 5 mai 2021. La bailleresse s'y est rendue en personne et C., assisté d'un avocat, s'est présenté pour la locataire A. Sàrl. Suite à l'échec de la conciliation, l'autorité de conciliation a fait une proposition de jugement. La bailleresse B., désormais représentée par un avocat, s'y est opposée.

Après avoir reçu l'autorisation de procéder, la bailleresse a déposé une demande au fond devant le Tribunal civil de Bâle-Ville, concluant à ce qu'il soit constaté que la résiliation du bail était valable et que le contrat avait pris fin le 31 décembre 2021. Elle a également conclu à ce qu'aucune prolongation de bail ne soit accordée et à ce que la procédure soit dans un premier temps limitée à la question de la validité de la représentation de la locataire en audience de conciliation.

Par décision du 6 octobre 2021, la procédure a été limitée à la problématique de la représentation en procédure de conciliation.

Le 19 septembre 2022, le Tribunal civil a rendu son jugement et a constaté que le contrat de bail avait été résilié pour fin décembre 2021. Elle a considéré que la locataire A. Sàrl, lors de l'audience de conciliation, avait été représentée par C. Contrairement à ce que A. Sàrl avait affirmé, C. n'était pas au bénéfice d'une procuration commerciale au sens de l'art. 462 CO (ce qui aurait permis de remplir la condition de la comparution personnelle), mais uniquement d'une procuration au sens des art. 32 ss CO. De ce fait, elle n'avait pas valablement comparu et avait fait défaut. La conséquence devait par conséquent être celle de l'art. 206 al. 1 CPC, à savoir que la requête devait être considérée comme retirée et l'affaire devait être rayée du rôle. La locataire n'avait en outre plus la possibilité de renouveler sa requête de conciliation, vu que le délai pour contester la résiliation du contrat de bail

était désormais dépassé.

Le 3 mars 2023, le Tribunal d'appel de Bâle-Ville a rejeté le recours de la locataire contre cette décision.

La locataire et recourante a formulé un recours en matière civile contre cette décision devant le Tribunal fédéral.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral expose que la question litigieuse, dans le cas présent, est celle de savoir si la locataire et recourante était valablement représentée par C. lors de l'audience de conciliation. Il n'est pas contesté que C. n'est ni organe ni fondé de procuration de la recourante. Celle-ci prétend en revanche que C. est son mandataire commercial (consid. 3).

Selon l'art. 204 al. 1 CPC, les parties doivent comparaître personnellement à l'audience de conciliation. Cette obligation vaut également pour les personnes morales, qui la respectent si elles se font représenter à l'audience par un organe ou par une personne au bénéfice d'une procuration commerciale autorisée à agir dans le procès et étant familiarisée avec l'objet du litige. La représentation par un organe de fait n'est en revanche pas autorisée (consid. 3.1.1).

L'autorité de conciliation doit vérifier, à l'audience de conciliation, si les conditions de la comparution personnelle sont remplies. Si une partie ne comparaît pas personnellement – sans être au bénéfice d'un motif de dispense au sens de l'art. 204 al. 3 CPC – elle est défaillante. S'il s'agit de la partie demanderesse, la requête de conciliation sera considérée comme retirée et la procédure sera rayée du rôle (art. 206 al. 1 CPC) (consid. 3.1.2).

Pour qu'une autorité de conciliation puisse vérifier rapidement et facilement si une personne morale comparaît personnellement, les organes et les fondés de procuration doivent présenter un extrait du registre du commerce ; les mandataires commerciaux doivent présenter une procuration les autorisant à agir dans la procédure, conformément à l'art. 462 al. 2 CO (consid. 3.1.3).

Dans le cas présent, l'instance précédente a considéré que la recourante n'avait pas allégué avoir présenté un titre de procuration commerciale (*Handlungsvollmacht*) à l'autorité de conciliation. Tout porte à croire que la recourante avait estimé qu'un titre de procuration simple était suffisant, car l'existence d'une procuration commerciale était évidente et claire à ses yeux. Cependant, selon la jurisprudence fédérale, la représentation commerciale requiert la production d'un titre de procuration commerciale écrit comprenant l'autorisation d'agir en procédure. L'autorité de conciliation n'avait pas à examiner d'autres circonstances qui auraient pu conduire à conclure qu'une procuration commerciale existait bien (consid. 3.2). Le Tribunal fédéral relève que l'instance précédente a résumé correctement les principes applicables, issus de l'ATF 141 III 159, s'agissant de la représentation par un mandataire commercial devant l'autorité de conciliation (consid. 3.3). La recourante ne conteste pas qu'un tel titre de procuration n'a pas été présenté. Il ressort uniquement du titre de procuration produit que C. avait les pouvoirs pour participer à la procédure de conciliation et transiger, mais pas qu'il possédait des pouvoirs de représentation commerciale. De ce point de vue, la recourante n'a pas respecté les règles sur la comparution personnelle (consid. 3.4).

La recourante argumente que la jurisprudence fédérale précitée devrait être modifiée (consid. 3.5). Le Tribunal fédéral rejette cet argument, considérant que les motifs invoqués par la recourante ne permettent pas de remettre en cause l'ATF 141 III 159 (consid. 3.5.2).

La recourante invoque ensuite que la décision selon laquelle la preuve d'une procuration commerciale peut uniquement être apportée par un titre de procuration est constitutive de formalisme excessif dans le cas présent (consid. 3.6). Après avoir rappelé la notion de formalisme excessif (consid. 3.6.1), le Tribunal fédéral considère que ce grief est infondé. Il rejoint l'avis de l'instance précédente, qui avait considéré que la règle de forme posée par l'ATF 141 III 159 se fonde sur un intérêt digne de protection, à savoir l'intérêt à pouvoir examiner rapidement et facilement la comparution personnelle à l'audience de conciliation et à éviter que l'autorisation de procéder se révèle après coup invalide (consid. 3.6.2).

La question de savoir si la partie adverse a adopté un comportement constitutif d'abus de droit se pose également (consid. 4). Savoir s'il y a abus de droit (art. 2 al. 2 CC) s'apprécie au regard de l'ensemble des circonstances (consid. 4.1). Dans le cas présent, la recourante allègue que le comportement de l'intimée est abusif au sens d'un *venire contra factum propium*. L'intimée avait eu des contacts avec C. pendant des années en lien avec le contrat de bail. Lors de l'audience de conciliation, elle ne s'était pas opposée à la représentation de la recourante par C. et n'avait soulevé ce grief qu'après avoir mandaté un avocat. En outre, dans une procédure précédente ayant eu lieu en décembre 2015 entre les mêmes parties, celles-ci avaient conclu un accord alors même que la recourante avait été représentée par C., l'intimée n'ayant pas élevé de contestation à cet égard (consid. 4.3.2). Ces éléments ne sont pas contestés par l'intimée.

Le Tribunal fédéral relève que, dans les relations entre les parties relatives au contrat de bail, les contacts avaient toujours lieu entre l'intimée et C. Neuf jours après l'audience de conciliation, ces deux personnes avaient d'ailleurs échangé par WhatsApp. Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral retient que l'intimée se comporte de façon abusive, en ayant eu, d'une part, des contacts réguliers avec C. au sujet du bail et, d'autre part, en alléguant après coup, après consultation d'un avocat, que C. ne pouvait pas représenter valablement la recourante à l'audience de conciliation. L'échange WhatsApp postérieur à l'audience démontre que l'intimée partait du principe que C. pouvait prendre des décisions pour la recourante. L'invocation du vice de comparution personnelle par l'intimée doit donc être qualifiée d'abus de droit dans le cas d'espèce (consid. 4.3.4) et le recours est admis (consid. 5).

III. Analyse

Les principes relatifs à la comparution personnelle des morales mentionnés dans l'arrêt 4A_201/2023 ne sont pas nouveaux. Comme indiqué dans cet arrêt, ils ont été posés par le Tribunal fédéral dans les ATF 141 III 159 141 III 80. Il convient de revenir sur les spécificités de cette jurisprudence.

a) Comparution personnelle d'une personne morale en conciliation

Selon l'art. 204 CPC, les parties doivent comparaître en personne à l'audience de conciliation (al. 1) et peuvent se faire assister (al. 2). Ce n'est que dans les situations mentionnées à l'art. 204 al. 3 CPC qu'elles peuvent se faire représenter.

Savoir si une personne physique comparaît personnellement est aisé : il suffit de vérifier si elle s'est rendue elle-même à l'audience. Pour une personne morale – qui agit toujours par l'intermédiaire de personnes physiques – , la réponse à cette question est moins évidente. Le Tribunal fédéral a ainsi posé les règles suivantes.

Premièrement, une personne morale comparaît personnellement si elle agit par l'intermédiaire d'un organe (ATF 141 III 159, consid. 1.2.2 ; 140 III 70, consid. 4.3). Ce principe est logique, étant donné que les organes d'une personne morale exercent les droits civils de celle-ci et expriment sa volonté (ATF 141 III 80, consid. 1.3). Le Tribunal fédéral a d'ailleurs précisé qu'une personne morale agissant par ses organes a la capacité d'ester en justice, qui est, en procédure, le corollaire de l'exercice des droits civils (ATF 141 III 80, consid. 1.3). Il convient de souligner que la jurisprudence parle souvent de « représentation » dans ce cas (comme dans l'arrêt commenté ici), terme qui est cependant inadapté : les actes des organes sont réputés être ceux de la personne morale. Ainsi, une société agissant par un organe n'est pas représentée mais agit elle-même (ATF 146 III 37, consid. 5.1.1 ; TF, 12.05.2023, 4A_488/2022, consid. 4.3.2 ; Bohnet/Jéquier, L'entreprise et la personne morale en procédure civile in : Bohnet/Hari (édit.), La personne morale et l'entreprise en procédure, Bâle 2014, N 44 et 91).

Deuxièmement, une personne morale comparaît également personnellement lorsqu'elle agit par l'intermédiaire d'un·e représentant·e commercial·e, c'est-à-dire soit un·e fondé·e de procuration inscrit·e au registre du commerce (art. 458 CO), soit un·e mandataire commercial·e au bénéfice d'une procuration commerciale l'autorisant à agir en justice (art. 462 CO) (arrêt commenté, consid. 3.1.1 et 3.1.3 ; ATF 141 III 159, consid. 2.6 et 3.2). Certains arrêts du Tribunal fédéral précisent que cette personne doit en outre être familiarisée avec l'objet du litige (« *die überdies mit dem Streitgegenstand*

vertraut sei ») (arrêt commenté, consid. 3.1.1 ; ATF 141 III 159, consid. 2.6 ; 140 III 70, consid. 4.3). A noter que la comparution personnelle par l'intermédiaire d'un·e représentant·e commercial·e est également possible lorsque la partie est une personne physique qui est « chef d'une maison de commerce, d'une fabrique ou de quelque autre établissement exploité en la forme commerciale » au sens des art. 458 al. 1 et 462 al. 1 CO (Bohnet, Note relative à l'arrêt du TF 4D_2/2013, RSPC 4/2013, p. 296).

En revanche, à moins qu'un des motifs listés à l'art. 204 al. 3 CPC ne soit donné, une personne morale ne peut pas être représentée conventionnellement par l'une des personnes mentionnées à l'art. 68 al. 2 CPC à l'audience de conciliation (par exemple un·e avocat·e ; voir ATF 140 III 70, consid. 4.3). Elle peut en revanche être assistée par une de ces personnes (art. 204 al. 2 CPC).

b) Représentation commerciale et représentation volontaire/conventionnelle

La jurisprudence sur la comparution personnelle des personnes morales donne lieu à un résultat pragmatique, car elle n'oblige pas les personnes morales à agir uniquement par le biais de leurs organes. Elle entraîne toutefois une distinction peu compréhensible entre la représentation commerciale et la représentation volontaire en procédure – distinction qui n'existe pas en droit matériel.

En droit matériel, la représentation commerciale et la représentation volontaire sont considérées par la doctrine comme étant similaires (voir notamment CR CO I-Chappuis, 3e éd., Bâle 2021, art. 458 CO N 2 ; Gauch/Schluep/Schmid, OR AT, 11e éd., Zurich/Bâle/Genève 2020, N 1453 et 1455). Elles se différencient uniquement par le fait que la représentation commerciale (i) est limitée aux affaires commerciales et (ii) se fonde sur des pouvoirs dont l'étendue est définie par la loi (CR CO I-Chappuis, *op. cit.*, art. 32 CO N 5 ; Fournier, L'imputation de la connaissance, Thèse Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2021, N 124 ; Gauch/Schluep/Schmid, *op. cit.*, N 1454). Les règles relatives à la représentation volontaire (art. 32 ss CO) sont d'ailleurs applicables à la représentation commerciale lorsqu'il n'existe pas de disposition spéciale (voir art. 40 CO ; CR CO I-Chappuis, *op. cit.*, art. 458 CO N 2 ; Fournier, *op. cit.*, N 124).

Dans le contexte procédural, la représentation volontaire est appelée « représentation conventionnelle » (voir le titre marginal de l'art. 68 CPC). La représentation conventionnelle est une forme de représentation volontaire au sens des art. 32 ss CO (Bohnet/Ecklin, La représentation en procédure civile suisse, RDS 2018/3, p. 329). En procédure, vu les principes exposés ci-dessus, la position d'un·e représentant·e commercial·e se rapproche plutôt de celle d'un organe. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs affirmé dans un arrêt 4D_2/2013 que les personnes pratiquant la représentation commerciale en procédure n'ont pas la position de représentant·e·s conventionnel·le·s au sens de l'art. 68 al. 2 CO (consid. 2.2.1 ; au sujet de cet arrêt, voir Bohnet, *op. cit.*, p. 296).

En résumé, la représentation commerciale est assimilée à la représentation volontaire en droit matériel, mais pas en procédure.

c) Regard critique sur l'arrêt 4A_201/2023

Revenons à présent à l'arrêt 4A_201/2023. Le problème qui s'est posé dans ce cas était celui du titre de procuration : la recourante avait présenté une procuration autorisant C. à participer à la procédure de conciliation et à conclure une transaction, sans mentionner des pouvoirs de mandataire commercial. Autrement dit, sur la base de ce document, C. devait être considéré comme un représentant conventionnel au sens de l'art. 68 CPC (représentant véritablement la recourante, ce qui n'était pas admissible, car aucune des exceptions de l'art. 204 al. 3 CPC n'était remplie) et non un mandataire commercial au sens de l'art. 462 CO (par l'intermédiaire duquel la recourante aurait comparu personnellement).

Au final, la recourante a invoqué l'abus de droit de la partie adverse – celle-ci adoptant un comportement contradictoire en se prévalant de la non-comparution personnelle de la recourante par l'intermédiaire de C., alors qu'elle traitait régulièrement avec C. en lien avec le contrat bail – et a été suivie par le Tribunal fédéral sur ce point. L'autorisation de procéder devait donc être considérée

comme valable. Toutefois, si cet argument n'avait pas été retenu, l'autorisation de procéder aurait été invalide et la résiliation du contrat de bail aurait été confirmée. La recourante et locataire n'aurait pas eu la possibilité de réintroduire une action en contestation de la résiliation du bail, celle-ci étant soumise à un délai de péremption de 30 jours (art. 273 al. 1 CO).

A notre sens, cette solution (qui avait été retenue par la première et la deuxième instance) aurait été excessivement sévère : le représentant, C., avait bien été autorisé par la recourante à agir en conciliation et à transiger. Cette condition est requise tant pour la représentation par un·e mandataire commercial·e en vertu de l'art. 462 al. 2 CO que pour la représentation par un·e mandataire « simple » en vertu de l'art. 396 al. 3 CO. De plus, le titre de procuration prouve que la recourante avait la volonté de permettre à C. d'agir en son nom et pour son compte lors de la conciliation. La représentation commerciale ne nécessite au surplus aucune qualification particulière, de sorte que C. aurait effectivement pu recevoir des pouvoirs de mandataire commercial. Ces pouvoirs auraient d'ailleurs pu être limités à la procédure de conciliation (voir art. 462 al. 1 CO). Enfin, on peut ajouter que, si des pourparlers avaient eu lieu hors procédure, cette procuration aurait été valable. Procéder à une distinction sur la mention – ou non – du caractère commercial de la procuration paraît ainsi assez artificiel.

d) Pistes de réflexion

L'arrêt commenté montre que la jurisprudence fédérale relative à la comparution personnelle des personnes morales n'est pas totalement satisfaisante. Pour plus de cohérence, la représentation commerciale et la représentation conventionnelle devraient à notre avis être traitées de la même façon. Deux approches seraient possibles.

D'une part, il serait envisageable d'appliquer à la représentation commerciale les règles valables pour la représentation conventionnelle (favorable à cette solution : Bohnet, *op. cit.*, p. 296). Les deux types de représentation seraient uniquement admis dans les limites de l'art. 204 al. 3 CPC et 68 al. 2 CPC et une personne morale ne pourrait plus comparaître personnellement par l'intermédiaire d'un·e représentant·e commercial·e ne figurant pas dans la liste de l'art. 68 al. 2 CPC. Cela permettrait de mettre les personnes physiques et morales sur un pied d'égalité : avec la solution actuellement appliquée, les personnes morales ont toujours la faculté d'agir par l'intermédiaire d'un·e représentant·e commercial·e en procédure de conciliation (qui peut être choisi·e librement), mais pas forcément les personnes physiques (car ce type de représentation n'est possible que si la partie est « chef d'une maison de commerce, d'une fabrique ou de quelque autre établissement exploité en la forme commerciale » selon les art. 458 al. 1 et 462 al. 1 CO) (voir KUKO ZPO-Domej, 3^{e} éd., Bâle 2021, art. 68 CPC N 9a).

D'autre part, il serait possible de considérer qu'une personne morale comparaît personnellement par l'intermédiaire d'un·e représentant·e commercial·e ou d'un·e représentant·e conventionnel·le. Cette solution reviendrait toutefois à vider de son sens l'exigence de comparution personnelle des personnes morales, car elles auraient la faculté d'être représentées par la personne de leur choix (y compris les personnes listées à l'art. 68 al. 2 CPC) (critiques sur cette solution : Bohnet/Jéquier, *op. cit.*, N 90) dans tous les cas. On pourrait toutefois considérer que tel est déjà pratiquement le cas avec la jurisprudence actuelle, étant donné qu'une personne morale peut sélectionner qui elle veut pour la représenter commercialement (sauf, a priori, les personnes énumérées à l'art. 68 al. 2 CPC, car celles-ci doivent être considérées comme des représentant·e·s conventionnel·le·s).

Cependant, il est très peu probable que la jurisprudence relative à la comparution personnelle des personnes morales change prochainement : lors de la modification du CPC adoptée le 17 mars 2023, l'Assemblée fédérale a choisi d'introduire une phrase supplémentaire à l'art. 204 al. 1 CPC. Elle indique ce qui suit : « Lorsqu'une personne morale est partie au procès, doivent comparaître pour elle soit un organe soit une personne disposant de pouvoirs de représentation commerciaux qui incluent la faculté de plaider et de transiger et qui a une bonne connaissance du litige ». Par conséquent, la nouvelle version de l'art. 204 al. 1 CPC, qui entrera en vigueur le 1er janvier 2025, ancrera la jurisprudence fédérale dans le CPC. Le Parlement s'est donc rallié au Tribunal fédéral, ce qui met en évidence le fait qu'un changement de pratique n'est envisagé ni par la loi ni par la jurisprudence. On peut également se demander si la nouvelle formulation de l'art. 204 al. 1 CPC, qui

fait spécifiquement référence aux personnes morales, empêchera une personne physique d'agir par l'intermédiaire d'un·e représentant·e commercial·e.

Proposition de citation

Marie-Laure Percassi, Comparution personnelle d'une personne morale en conciliation et représentation commerciale (arrêt 4A_201/2023), Newsletter Bail.ch avril 2024