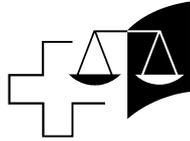


Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



**4A\_229/2018**

**Arrêt du 12 octobre 2018**

**Ire Cour de droit civil**

Composition

Mmes les juges Kiss, présidente, Klett et Hohl.

Greffier : M. Thélin.

Participants à la procédure

X. \_\_\_\_\_,

représentée par Mes Christophe Maillard et Joël de Montmollin,  
demanderesse et recourante,

*contre*

Z. \_\_\_\_\_ Bank AG,

représentée par Me Christoph Joller,  
défenderesse et intimée;

C. \_\_\_\_\_ SA,

représentée par Me Adrien Gutowski,  
défenderesse et partie intéressée.

Objet

procédure civile; compétence à raison du lieu

recours contre l'arrêt rendu le 23 février 2018 par la Ire Cour d'appel civil du Tribunal cantonal du canton de Fribourg (101 2016 348).

**Considérant en fait et en droit :**

**1.**

Z. \_\_\_\_\_ Bank AG (ci-après : Z. \_\_\_\_\_ AG) a son siège à Vaduz au Liechtenstein. Le 10 novembre 2006, cette banque a ouvert à X. \_\_\_\_\_ un crédit de 300'000 fr. destiné à financer l'achat d'un portefeuille de titres. Selon le contrat, toutes les relations juridiques des parties sont soumises au droit du Liechtenstein et le for judiciaire exclusif est fixé à Vaduz; il est toutefois loisible à la banque de rechercher l'emprunteuse au for de son domicile ou à tout autre for compétent.

L'emprunteuse s'est par ailleurs fait conseiller par la société suisse A.\_\_\_\_\_ Sàrl.

## 2.

Z.\_\_\_\_\_ AG a exigé le remboursement du crédit et vendu les titres reçus en garantie. Afin de recouvrer à hauteur de 104'365 fr.15, avec suite d'intérêts, le solde non couvert par le produit de cette vente, la banque a entrepris une poursuite pour dette en Gruyère, au domicile de l'emprunteuse. Celle-ci a fait opposition au commandement de payer. Le 25 octobre 2012, le juge compétent a donné mainlevée provisoire de cette opposition. Le 19 novembre 2012, l'emprunteuse a ouvert action en libération de dette, en radiation de la poursuite et en restitution de titres remis en nantissement devant le Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère. Elle a requis l'assistance judiciaire. Elle a en outre sollicité la suspension de l'instance jusqu'au terme d'une procédure de conciliation qu'elle entreprenait contre A.\_\_\_\_\_ Sàrl, en vue de requérir, le moment venu, la jonction des deux causes. Le Président du Tribunal civil a ordonné la suspension le 20 novembre 2012.

Après qu'elle eut obtenu l'autorisation de procéder et effectivement ouvert action en paiement contre B.\_\_\_\_\_ Sàrl, laquelle avait dans l'intervalle succédé à A.\_\_\_\_\_ Sàrl, la demanderesse a sollicité et obtenu la jonction des causes; le Président a ordonné cette jonction le 12 août 2013 et il a simultanément invité les défenderesses à présenter leurs réponses.

Z.\_\_\_\_\_ AG a excipé de l'incompétence à raison du lieu, sur la base de la clause d'élection de for convenue avec la demanderesse.

Par jugement du 8 septembre 2016, le Tribunal civil a rejeté cette exception et admis sa compétence à raison du lieu.

La Ire Cour d'appel civil du Tribunal cantonal a statué le 23 février 2018 sur l'appel de Z.\_\_\_\_\_ AG. Elle a accueilli cet appel, accueilli l'exception d'incompétence et déclaré irrecevable la demande en justice introduite contre cette partie.

B.\_\_\_\_\_ Sàrl s'est transformée en société anonyme; elle a adopté la raison sociale C.\_\_\_\_\_ SA.

## 3.

Agissant par la voie du recours en matière civile, la demanderesse requiert le Tribunal fédéral de confirmer le jugement du Tribunal civil reconnaissant la compétence de ce tribunal à raison du lieu. Une demande d'assistance judiciaire est jointe au recours.

Z.\_\_\_\_\_ AG a pris position sur une demande d'effet suspensif également jointe au recours; pour le surplus, les défenderesses n'ont pas été invitées à procéder.

La Présidente de la Ire Cour de droit civil a donné effet suspensif au recours par ordonnance du 6 juin 2018.

## 4.

L'arrêt attaqué est une décision incidente relative à la compétence, susceptible d'être déferée au Tribunal fédéral séparément de la décision finale selon l'art. 92 al. 1 LTF.

Conformément à l'art. 51 al. 1 let. c LTF, la valeur litigieuse est déterminée par les conclusions en libération de dette dont le Tribunal civil est saisi; cette valeur excède le minimum de 30'000 fr. exigé par l'art. 74 al. 1 let. b LTF.

## 5.

La Suisse est partie à la convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (CL; RS 0.275.12). Le Liechtenstein, Etat où la défenderesse Z.\_\_\_\_\_ AG a son siège, n'est pas partie à ce traité international; il s'ensuit qu'en l'espèce, la compétence des tribunaux suisses est régie par le droit interne suisse conformément à l'art. 4 par. 1 CL.

La convention entre la Suisse et le Liechtenstein sur la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires et de sentences arbitrales en matière civile (RS 0.275.12) ne régit

pas la compétence des tribunaux suisses, sinon indirectement selon son art. 1 ch. 2, en ce sens que le jugement d'un tribunal incompétent selon la convention ne sera pas reconnu ni exécuté au Liechtenstein.

Les règles de compétence du droit interne sont en principe celles de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), conformément à l'art. 1 al. 1 let. a de cette loi.

## 6.

La demanderesse exerce l'action en libération de dette prévue par l'art. 83 al. 2 LP, au for de la poursuite également prévu par cette disposition; c'est pourquoi la demanderesse se prétend en droit d'agir en Gruyère.

La défenderesse Z. \_\_\_\_\_ AG se prévaut, elle, d'une clause contractuelle d'élection de for ayant en principe pour effet, en vertu de l'art. 5 al. 1 LDIP, d'interdire à la demanderesse d'agir à un for autre que Vaduz.

Une clause d'élection de for n'a pas d'effet lorsqu'elle entre en conflit avec une disposition de la loi prévoyant une compétence impérative. Le Tribunal fédéral a depuis longtemps jugé que le for prévu au lieu de la poursuite par l'art. 83 al. 2 LP peut être valablement remplacé par un for élu en Suisse (ATF 87 III 23 consid. 2 p. 25; voir aussi ATF 104 Ia 279). Plus récemment, le tribunal a aussi admis la validité de clauses contractuelles déplaçant le for à Singapour (arrêt 4C.189/2001 du 1er février 2002, consid. 5a) ou au Liechtenstein (arrêt 5A\_164/2008 du 9 septembre 2008, consid. 4.2.3). En l'espèce, la clause imposant un for exclusif à Vaduz semble donc opposable à la demanderesse.

## 7.

Selon la jurisprudence relative à l'art. 88 CPC concernant les actions en constatation de droit, quiconque a reçu notification d'un commandement de payer et a formé opposition est réputé avoir un intérêt digne de protection à faire constater par le juge, s'il y a lieu, que la somme à lui réclamée n'est pas due, et d'obtenir par là qu'à l'avenir, conformément à l'art. 8a al. 3 let. a LP, l'office compétent ne portera pas la poursuite à la connaissance des tiers qui consultent le registre des poursuites ou s'en font remettre des extraits. La justification de cette action négatoire gît dans les inconvénients que la publicité de la poursuite, prévue et circonscrite par l'art. 8a LP, entraîne pour le débiteur poursuivi (ATF 141 III 68).

En ce qui concerne le for de cette action négatoire, le Tribunal fédéral a jugé que le débiteur poursuivi n'est pas tenu d'agir au for du domicile du créancier poursuivant lorsque ce domicile se trouve à l'étranger; le débiteur peut aussi agir en Suisse, au lieu de son propre siège ou domicile, car il y existe un for de nécessité selon l'art. 3 LDIP (arrêt 5C.264/2004 du 15 décembre 2005, consid. 5, SJ 2006 I 293). Le tribunal a considéré que l'action négatoire doit produire cumulativement des effets sur le fond, c'est-à-dire sur le rapport juridique des parties, et des effets sur la publicité de la poursuite pour dette; il a jugé que ces effets-ci, sur la poursuite, sont indissociables de ceux-là, sur le fond, et qu'en raison de leur nature, la compétence de les ordonner ne peut appartenir qu'à un tribunal suisse (même arrêt, consid. 4; ATF 132 III 277).

La demanderesse fait valoir que selon les conclusions explicitement énoncées dans sa demande en justice, l'action entreprise en Gruyère tend notamment à la radiation de la poursuite. En conséquence, selon son argumentation, le raisonnement adopté relativement à l'action négatoire doit être appliqué aussi à sa cause, et cela conduit à reconnaître la compétence de ce for.

On observe d'abord que dans le cas jugé le 15 décembre 2005, les parties ne s'étaient semble-t-il pas liées par une clause d'élection de for. Au contraire, dans la présente affaire, la demanderesse a contractuellement renoncé à tout for autre que Vaduz. Pour échapper aux effets de cet accord, la demanderesse devrait démontrer conformément à l'art. 5 al. 2 LDIP qu'elle est abusivement privée de la protection résultant du for prévu en Suisse par l'art. 83 al. 2 LP; or, elle ne tente guère cette démonstration. En particulier,

elle ne prétend pas qu'une action négatoire soit en l'occurrence irrecevable devant les tribunaux du Liechtenstein.

De plus et surtout, pour que le jugement rendu sur l'action en libération de dette prévue par l'art. 83 al. 2 LP produise le blocage de la publicité selon l'art. 8a al. 3 let. a LP, il suffit que ce jugement constate que la somme réclamée par voie de poursuite n'est pas due; il n'est pas nécessaire que de surcroît, le jugement ordonne textuellement ce blocage (ATF 125 III 334 consid. 3 p. 336; voir aussi ATF 141 III 68 consid. 2.6.1 p. 75). Les conclusions tendant à la radiation de la poursuite, auxquelles la demanderesse se réfère, sont donc irrecevables car les tribunaux civils ne sont pas habilités à adresser des ordres à l'office des poursuites concernant la publicité d'une poursuite; les mesures voulues à ce sujet doivent être requises de l'office et, en cas de refus, réclamées auprès de l'autorité de surveillance par la voie de plainte selon l'art. 17 LP (arrêt 4A\_440/2014 du 27 novembre 2014, consid. 4). Des conclusions ainsi inutiles et irrecevables, dans la demande en justice, ne sauraient influencer la détermination du for.

#### **8.**

La demanderesse invoque le for de nécessité prévu par l'art. 3 LDIP avec une autre argumentation encore. Elle fait valoir la connexité des deux causes dont le Président du Tribunal civil a ordonné la jonction, et elle soutient que cette connexité justifie que les deux défenderesses puissent être recherchées au même for.

Le for du cumul subjectif d'actions, ou for de la consorité passive, est prévu par l'art. 8a al. 1 LDIP. Cette disposition suppose textuellement que tous les défendeurs puissent être recherchés en Suisse, c'est-à-dire qu'il existe à l'encontre de chacun d'eux un for compétent dans ce pays. Par l'effet de la clause d'élection de for, cette condition explicitement posée par la loi n'est pas accomplie à l'encontre de Z.\_\_\_\_\_ AG, et elle ne saurait être éludée par l'artifice d'un for de nécessité selon l'art. 3 LDIP. La demanderesse se réfère à une opinion doctrinale (Andreas Bucher, in Commentaire romand, n° 12 ad art. 3 LDIP) qui semble isolée (Stephen Berti et Lorenz Droese, in Commentaire bâlois, 3e éd., n° 12 ad art. 3 LDIP). De plus, cet auteur-là, certes favorable au for de la consorité en Suisse, ne propose pas que ce for puisse être imposé aussi à une personne qui a contractuellement stipulé, avec la partie demanderesse, un for exclusif à l'étranger.

#### **9.**

L'art. 114 LDIP concerne le for des contestations concernant un contrat conclu avec un consommateur. L'art. 114 al. 1 let. a LDIP autorise le consommateur à agir devant le tribunal suisse de son domicile, et l'art. 114 al. 2 LDIP lui interdit de renoncer d'avance à ce for. La demanderesse invoque également ces règles pour soutenir que la clause d'élection de for convenue avec la défenderesse ne lui est pas opposable.

Ce moyen n'est pas davantage fondé car en sus d'autres conditions, selon l'art. 120 al. 1 LDIP auquel l'art. 114 al. 1 LDIP renvoie, il est nécessaire que le contrat en cause porte sur une prestation de consommation courante. Or, les emprunts, investissements et services financiers portant sur des sommes importantes sortent du cadre de la consommation courante d'un ménage privé, avec pour conséquence que le plaideur impliqué dans de semblables affaires ne jouit d'aucune protection spéciale concernant le for (ATF 132 III 268 consid. 2.2.4 p. 273, relatif à l'art. 22 al. 2 aLFors). En l'espèce, la juridiction cantonale n'a pas constaté qu'emprunter 300'000 fr. pour financer l'achat d'un portefeuille de titres soit une opération relativement banale ou anodine dans la vie économique de la demanderesse; celle-ci expose au contraire que l'opération s'inscrivait dans un réaménagement de sa prévoyance professionnelle, consécutif à son passage d'un statut professionnel salarié à un statut indépendant. Il n'est donc pas question d'une prestation de consommation courante aux termes de l'art. 120 al. 1 LDIP.

#### **10.**

L'art. 6 LDIP prévoit qu'en matière patrimoniale, le tribunal devant lequel la partie défenderesse procède au fond sans faire de réserve est compétent. Dans la présente contestation, la demanderesse soutient que Z.\_\_\_\_\_ AG a procédé au fond, sans faire de réserve, devant le Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère; qu'elle a ainsi tacitement accepté la compétence de ce tribunal, et tacitement renoncé, aussi, à se prévaloir de la clause d'élection de for.

Selon la jurisprudence, l'acceptation tacite du for est acquise à la partie demanderesse lorsque l'adverse partie a manifesté de manière exempte d'équivoque son intention de se défendre sur le fond plutôt que sur la compétence (ATF 123 III 35 consid. 3b p. 46 i.i.). Cette partie doit s'être comportée de telle manière, relativement à la demande en justice, que l'exception d'incompétence apparaisse soulevée de manière contraire aux exigences de la bonne foi (ATF 87 I 131 p. 133/134; **67 I 105** consid. 3 p. 108, relatifs à l'art. 59 aCst.).

Lors de l'introduction de sa demande en justice, la demanderesse a aussitôt présenté une requête d'assistance judiciaire. Z.\_\_\_\_\_ AG a pris position sur cette requête par un bref mémoire daté du 16 janvier 2013. Elle y a développé plusieurs arguments tendant à contester que la demanderesse manquât de ressources suffisantes aux termes de l'art. 117 let. a CPC. Elle a aussi affirmé que la cause paraissait dépourvue de chance de succès aux termes de l'art. 117 let. b CPC:

L'assistance judiciaire se justifie d'autant moins que les chances de succès de l'action en libération de dette sont des plus compromises, voire inexistantes, la dette en question résultant incontestablement des pièces produites par la défenderesse dans la procédure de mainlevée.

Contrairement à l'opinion de la demanderesse, ce passage du mémoire ne dénotait pas de manière suffisamment nette l'intention de n'opposer à la demande en justice, dans la suite du procès, que des moyens de fond, sans soulever aussi d'éventuelles exceptions de procédure telle une exception d'incompétence.

Le Président du Tribunal civil a rendu une ordonnance de jonction de causes le 12 août 2013. Parmi les motifs de ce prononcé, il a notamment retenu que le tribunal était compétent à raison du lieu dans les deux causes. Selon la demanderesse, la défenderesse Z.\_\_\_\_\_ AG aurait dû attaquer l'ordonnance par la voie du recours si elle entendait contester la compétence du for gruyérien; en s'abstenant ou en omettant de recourir, elle a « procédé au fond sans faire de réserve » aux termes de l'art. 6 LDIP. Cette opinion-ci est également erronée car il ressort de la jurisprudence qu'une acceptation tacite du for ne se déduit pas d'un comportement purement passif de la partie défenderesse (**ATF 67 I 105** p. 109; 87 I 131 p. 134 i.m.). Ainsi, en l'espèce, cette partie n'a pas laissé périmer l'exception d'incompétence en ne la soulevant que dans sa réponse à la demande en justice.

## 11.

Le recours se révèle en tous points privé de fondement, ce qui conduit à son rejet.

A teneur de l'art. 64 al. 1 et 2 LTF, le Tribunal fédéral peut accorder l'assistance judiciaire à une partie lorsque celle-ci ne dispose pas de ressources suffisantes et que ses conclusions ne paraissent pas d'emblée vouées à l'échec (al. 1). Il attribue un avocat à cette partie si la sauvegarde de ses droits le requiert; l'avocat perçoit une indemnité appropriée à verser par la caisse du tribunal (al. 2).

Dans la présente contestation, au regard de la jurisprudence concernant le for de l'action négatoire, d'une part, et du comportement de la défenderesse Z.\_\_\_\_\_ AG dans les premières opérations du procès, d'autre part, la demanderesse ne devait pas exclure d'emblée que le recours en matière civile présentât certaines chances de succès. Par ailleurs, il est établi que la recourante se trouve hors d'état de pourvoir aux frais de l'instance fédérale; sa demande d'assistance judiciaire sera donc accueillie, et ses conseils désignés en qualité d'avocats d'office.

**12.**

Par l'effet de l'assistance judiciaire, la demanderesse est exonérée de l'émolument judiciaire; elle doit néanmoins acquitter les dépens auxquels Z.\_\_\_\_\_ AG peut prétendre pour avoir pris position sur la demande d'effet suspensif.

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

**1.**

La demande d'assistance judiciaire est admise et Mes Christophe Maillard et Joël de Montmollin sont désignés en qualité d'avocats d'office de la demanderesse.

**2.**

Le recours en matière civile est rejeté.

**3.**

Il n'est pas perçu d'émolument judiciaire.

**4.**

La demanderesse versera une indemnité de 500 fr. à la défenderesse Z.\_\_\_\_\_ AG, à titre de dépens.

**5.**

Il n'est pas alloué de dépens à l'autre défenderesse.

**6.**

La caisse du Tribunal fédéral versera une indemnité de 5'000 fr. à Mes Maillard et de Montmollin, à titre d'honoraires.

**7.**

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal du canton de Fribourg.

Lausanne, le 12 octobre 2018

Au nom de la Ire Cour de droit civil  
du Tribunal fédéral suisse

La présidente : Kiss

Le greffier : Thélin