

la décision prise pour l'avenir manque de base et doit être annulée, sans qu'il soit nécessaire d'examiner si d'autres motifs encore exigent cette annulation.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

admet le recours dans le sens des motifs et annule l'arrêté attaqué.

III. STAATSVETRÄGE

TRAITÉS INTERNATIONAUX

15. Arrêt du 5 mars 1932 dans la cause **Engels** contre **Etablissements Sarina S. A.**

Traité germano-suisse de 1929 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions judiciaires. — Prorogation de for. —

En recourant d'abord à la Cour de cassation cantonale, la recourante a sauvegardé le délai du recours de droit public contre le prononcé de première instance en tant que la violation du traité international pouvait faire l'objet et a fait l'objet du pourvoi en cassation (consid. 1).

La convention *expresse* de prorogation du for exigée par le traité germano-suisse (art. 2 ch. 2) peut naître de l'acceptation tacite d'une prorogation stipulée clairement par le cocontractant (consid. 2).

La convention internationale s'applique aux décisions passées en force de chose jugée après son entrée en vigueur, même si la prorogation date d'une époque où les jugements n'étaient pas encore exécutoires dans celui des deux pays où ils n'avaient pas été rendus (art. 10 du traité ; consid. 3).

A. — Les parties sont en relations commerciales suivies depuis 1928. Les Etablissements Sarina ont fait à August Engels plusieurs commandes qui ont été exécutées. Par commandement de payer n° 3734, notifié le 4 juillet 1931, la maison allemande, s'appuyant sur un jugement rendu par défaut le 10 février 1931 par le Landgericht Wuppertal-Elberfeld, a réclamé à la société de Fribourg le paiement des sommes de 6175 fr. et 382 fr. 50 avec intérêts. La

débitrice ayant formé opposition, la créancière a requis mainlevée définitive. Le 30 juillet 1931, le Président du Tribunal de la Sarine a rejeté la demande par le motif que la défenderesse, lors de la conclusion de divers marchés, avait accepté tout au plus *tacitement* la prorogation de for contenue dans les conditions générales de vente d'Engels, alors que l'art. 2 ch. 2 de la Convention conclue le 2 novembre 1929 entre la Confédération suisse et le Reich allemand au sujet de la reconnaissance et à l'exécution de décisions judiciaires et de sentences arbitrales exige que le défendeur se soit « soumis, par une convention *expresse* », à la compétence du tribunal qui a rendu la décision. Le juge a en outre estimé que les parties n'ont pas *voulu* proroger le for, étant donné qu'à l'époque de la conclusion des marchés la convention internationale n'était pas en vigueur et, partant, les jugements rendus en Allemagne n'étaient pas exécutoires en Suisse, qu'une prorogation était un non-sens, en sorte que l'acheteur pouvait considérer la clause comme dénuée de valeur.

B. — La Société Engels a recouru contre le refus de mainlevée à la Cour de cassation du Canton de Fribourg. La Cour a rejeté le pourvoi par arrêt du 21 octobre 1931 dont une expédition motivée a été communiquée aux parties le 2 novembre 1931. La Cour reconnaît, à l'encontre de l'avis du Président du Tribunal de la Sarine, que la prorogation de for contenue dans les conditions de vente est claire et nette et que l'acceptation de ces conditions par l'acheteur implique l'acceptation de la clause en question. On est donc bien en présence de la convention *expresse* exigée par le traité germano-suisse. En revanche, le juge de la mainlevée a contesté, par des motifs inattaquables en procédure de cassation, que la prorogation ait été voulue par les parties. « Les éléments de fait qu'il a retenus constituent des présomptions suffisantes pour lui permettre d'admettre que les parties ont, dès l'origine de leurs relations, compris que la clause prorogatoire insérée dans les conditions générales impri-

mées, ne pouvait les concerner, et ne pouvait jouer un rôle que dans les contrats conclus par la recourante avec des clients domiciliés en Allemagne ou dans tous autres pays que la Suisse. Il appartenait au juge de la mainlevée d'asseoir sa conviction, à défaut de preuves directes, sur des présomptions, selon le prescrit des art. 2262, 2265 C. C. frib. et 296 C. P. C. La clause litigieuse pouvait donc être envisagée comme non voulue en raison de l'impossibilité, connue des parties, d'obtenir l'exécution d'une décision en Suisse ». Le dispositif du jugement attaqué n'est par conséquent « en contradiction » avec aucun texte de loi et, les conditions de l'art. 6 Cpc n'étant pas réalisées, le recours doit être rejeté.

C. — Par recours de droit public formé le 30 novembre 1931 pour cause de violation de l'art. 81 LP, de la convention germano-suisse, de l'art. 1^{er} CO et des art. 4 et 61 Const. féd., la Société Engels a conclu à l'annulation de l'arrêt de la Cour de cassation et à l'admission de la demande de mainlevée.

La Société intimée a conclu au rejet du recours. Elle fait observer que le juge de la mainlevée n'a pas examiné si la créance qui fait l'objet du jugement allemand et de la poursuite est fondée sur un contrat avec clause prorogeant le for.

Les moyens des parties seront indiqués, en tant que de besoin, dans les motifs de droit du présent arrêt.

Le Tribunal cantonal s'est référé à son arrêt et a fait savoir au Tribunal fédéral que ce n'est pas la communication du dispositif, mais celle de l'arrêt motivé qui fixe le point de départ du délai dans lequel doivent être interjetés les recours en révision ou en cassation de prononcés du Tribunal cantonal.

Considérant en droit :

1. — L'art. 178 ch. 3 OJ ne précise pas ce qu'il faut entendre par « communication de la décision » ; le Tribunal fédéral s'en rapporte donc sur ce point au droit cantonal

fribourgeois. Dès lors, et du moment que le Tribunal cantonal estime que ce n'est pas la communication du dispositif mais celle de l'arrêt motivé qui importe, le présent recours a été formé en temps utile.

Il ressort du mémoire de la recourante qu'elle attaque non seulement l'arrêt de cassation mais aussi le jugement de mainlevée. On pourrait se demander si, au regard de la jurisprudence, la recourante n'aurait pas dû porter directement le prononcé de première instance devant le Tribunal fédéral dans le délai de 30 jours de sa communication. S'agissant de la violation d'un traité international, le recours aurait été recevable. Toutefois, la recourante pouvait, si elle le préférait, parcourir d'abord les degrés de juridiction cantonale. En le faisant, elle a sauvegardé son droit de recourir au Tribunal fédéral dans la mesure où la violation du traité international pouvait faire l'objet et a fait l'objet du recours à l'autorité cantonale supérieure (RO 46 I p. 462 c. 1 et 51 I p. 441 c. 1). Or, tel est effectivement le cas en l'espèce. Il ressort du premier considérant de l'arrêt de cassation que la Cour cantonale était compétente pour examiner et a examiné si la décision du juge de la mainlevée violait la Convention germano-suisse. Le Tribunal fédéral peut donc à son tour revoir cette question, et, conformément à la jurisprudence citée, il peut le faire librement.

2. — L'intimée conteste l'existence d'une « convention expresse » prorogeant le for selon l'art. 2 ch. 2 du traité germano-suisse. Tout au plus serait-on en présence d'une prorogation tacite suffisante d'après l'art. 59 Const. féd. sur le terrain intercantonal. Et l'intimée invoque à l'appui de sa manière de voir trois arrêts de la Cour d'appel bernoise (Z. B. J-V. 1931 p. 33 et 78, 1932 p. 46). Mais les circonstances de ces causes ne sont pas les mêmes que celles de la présente espèce. Il s'agissait alors de *confirmations* de marchés conclus, tandis qu'en l'espèce la volonté de la venderesse de proroger le for est manifestée clairement déjà dans les conditions générales de vente, communiquées

à l'acheteur avec l'offre de conclure les marchés. La clause prorogative, imprimée avec les autres conditions sur une feuille à part, est en effet ainsi conçue, le mot *Gerichtsstand* étant en caractères gras : « Als *Gerichtsstand* gilt das Amtsgericht in Velbert und zwar nach unserer Wahl ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes, sonst das Landgericht in Elberfeld als vereinbart ». Le juge de la mainlevée constate que la maison Engels a joint ces « Verkaufsbedingungen » aux lettres adressées à la société frigourgeoise et que dans toutes les confirmations de commandes elle s'est de plus référée à ces conditions générales. Quant à l'acheteur, il est constant qu'il n'a jamais fait une objection quelconque à la clause de prorogation ; il a consenti à commander la marchandise aux conditions stipulées et il a ainsi accepté ces conditions, y compris celle qui déterminait le for. On est donc bien en présence non d'une réserve unilatérale, mais d'une convention au sens de l'art. 2 ch. 2 du traité international. Comme la Cour de cassation le remarque, le mot « expresse » ne signifie pas que, pour être valable, la prorogation doive nécessairement faire l'objet d'un acte écrit, voire distinct, signée des deux parties ou du moins être acceptée expressement et spécialement. Le message du Conseil fédéral du 9 décembre 1929 constate que les hautes parties contractantes n'ont pas voulu se contenter d'une « clause unilatérale figurant sur une facture ou désignant simplement un lieu d'exécution », elles enfaient exiger la preuve d'une convention manifestant « clairement la volonté des parties de soumettre les contestations concernant un rapport de droit déterminé à la connaissance d'un tribunal déterminé ». Le traité ne prescrit pas *comment* cette convention doit être conclue, il s'en remet sur ce point aux principes généraux du droit des obligations. Dès lors, il faut et il suffit que la clause soit manifeste et qu'il y ait un accord des parties, cet accord pouvant résulter de faits concluants, comme, par ex., de l'acceptation tacite d'offres accompagnées de stipulations comprenant la désignation

du for des contestations éventuelles. La Cour cantonale estime avec raison qu'en commandant les marchandises sans parler des conditions claires et bien mises en évidence qui modalisent l'offre, « cette partie exprime sa volonté de se soumettre » à ces conditions qui devront être respectées. L'acceptation, même tacite, d'une prorogation claire et expresse fait naître la « convention expresse » exigée par le traité.

3. — Il est incompréhensible que, partant de ces prémisses exactes, la Cour fribourgeoise n'ait pas cru pouvoir intervenir en déclarant sans valeur aussi le second motif avancé par le juge de la mainlevée et suivant lequel la prorogation de for n'a pas été *voulue* par les parties.

La Cour déclare que le juge a contesté l'existence de cette volonté « pour des raisons inattaquables en procédure de cassation », car « les éléments de fait qu'il a retenus constituent des présomptions suffisantes » pour justifier son point de vue.

Ces faits se ramènent à « l'impossibilité, connue des parties, d'obtenir (à l'époque de la passation des marchés) l'exécution d'une décision (judiciaire allemande) en Suisse ». Or la conclusion tirée de ce fait par le juge et admise par la Cour est manifestement erronée. Même dans la situation juridique antérieure à l'entrée en vigueur du traité, la prorogation de for n'était pas un « non-sens ». Le jugement rendu en Allemagne pouvait, le cas échéant, être exécuté dans ce pays. Il suffisait pour cela que la partie condamnée y eût des biens pouvant faire l'objet d'une exécution forcée. Puis il n'est pas absurde de concevoir qu'une partie se soumette à un jugement, même s'il n'est pas exécutoire avec le concours de l'autorité. Enfin, pour la plupart des marchés conclus par les parties, la possibilité de l'exécution en Suisse de jugements prononcés en Allemagne existait en réalité, car des quinze commandes reconnues par l'acheteur, seules les deux premières sont antérieures au 2 novembre 1929, date à laquelle la convention germano-suisse a été conclue. Toutes les autres

tombent dans une période où la ratification et l'entrée en vigueur du traité étaient prochaines, de sorte que les parties pouvaient et devaient envisager cette éventualité.

Le Juge et la Cour invoquent aussi à tort l'arrêt du Tribunal supérieur zurichois du 4 mai 1929 publié dans la SJZ 1929-30, p. 299 et sv. Cet arrêt porte sur une autre question que celle du présent débat. Le tribunal a examiné si la prorogation en faveur du juge allemand exclut la compétence du juge suisse, et il a résolu négativement cette question, d'où il ne suit point que le juge allemand n'était pas compétent, lui aussi, en vertu de la clause prorogeant le for. Quant à l'arrêt bâlois cité par le Tribunal supérieur de Zurich, la Cour de cassation fribourgeoise a estimé à juste titre qu'il ne constituait pas un précédent pour la présente espèce.

La conclusion inexacte tirée de l'impossibilité d'obtenir en Suisse avant le 1^{er} décembre 1930 l'exequatur de jugements allemands a non seulement conduit à une décision erronée, mais implique une violation du traité germano-suisse et, en conséquence, de l'art. 81 LP.

D'après l'art. 10 al. 2, la convention internationale s'applique aux décisions passées en force de chose jugée après son entrée en vigueur, même si la prorogation de for date d'une époque où les jugements n'étaient pas encore exécutoires dans celui des deux pays où ils n'avaient pas été rendus. Cela ressort nécessairement du texte de la convention et trouve un appui dans le message du Conseil fédéral du 9 décembre 1929 ainsi que dans la déclaration catégorique et juste du chef de la division de justice du Département fédéral de justice et police, qui a concouru à l'élaboration du traité. Répondant à une demande de renseignement du mandataire de la recourante, l'autorité fédérale a répondu : « Es kommt einzig darauf an, ob das Urteil vor oder nach dem 1. Dezember 1930 rechtskräftig geworden ist... Dagegen kommt es keineswegs auf den Zeitpunkt an, in dem die Gerichtsstandsklausel, welche die Zuständigkeit ... begründet,

zustande gekommen ist. Der Standpunkt, eine vor dem 1. Dezember 1930 vereinbarte Gerichtsstandsklausel « sei von den Parteien nicht gewollt gewesen, weil zur Zeit ihres Abschlusses Zivilurteile im andern Land nicht vollstreckt werden konnten », würde gegen die elementarsten Anforderungen von Treu und Glauben verstossen und ist unhaltbar ». La manière de voir du juge de mainlevée constituait ainsi une violation flagrante de la loi, et la Cour de cassation aurait pu et dû y mettre fin en vertu de l'art. 6 litt. a epc....

3. — L'admission du recours, qui entraîne l'annulation des deux décisions cantonales, se justifie d'autant plus que les tribunaux allemands paraissent interpréter l'art. 2 ch. 2 du traité de la même manière que le Tribunal fédéral (cf. arrêt du *Reichsgericht* du 16 mai 1926, *Juristische Wochenschrift* 1926, vol. I p. 1336 et sv., qui admet la validité d'une prorogation de for en faveur d'un tribunal français, convenue entre un Allemand et un Français, bien que le jugement français ne fût pas exécutoire en Allemagne).

L'intimée fait observer que le Juge n'a pas examiné si le jugement invoqué du Landgericht porte sur une créance née d'un contrat avec prorogation de for. Comme ce moyen — qui semble d'ailleurs dénué de fondement sérieux — n'a en effet pas encore été jugé, le Tribunal fédéral ne peut pas prononcer directement la mainlevée de l'opposition, mais doit en laisser le soin à l'autorité cantonale compétente.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

admet le recours, annule l'arrêt de la Cour de cassation fribourgeoise, du 2 novembre 1931, ainsi que le jugement du Président du Tribunal de la Sarine, du 30 juillet 1931, et renvoie la cause au juge de la mainlevée pour être statué à nouveau.