

le défendeur aurait assumée à son égard en déclarant promettre de prendre, à sa charge, tout préjudice qui pouvait résulter du fait que sa fille malade restait à l'hôtel, le demandeur devrait établir l'existence de cette obligation. Or, suivant une jurisprudence établie de longue date (arrêt du 5 juillet 1890, Niedergang c. Klenk et cons., RO 16 p. 580 cons. 2), le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 9 CO sur la forme des contrats, n'a pas abrogé les articles des législations cantonales relatives à la preuve de l'existence des contrats. Il résulte de l'arrêt de la Cour de Justice civile de Genève, seule autorité compétente en cette matière, qui relève de la procédure cantonale, que le prétendu contrat invoqué par le demandeur, portant sur une somme supérieure à 1000 francs, ne peut être prouvée que par écrit. Cette preuve littérale, exigée, alors qu'il s'agit d'une somme de 5000 francs, aussi bien dans le canton du Valais, lieu de conclusion du prétendu contrat, que dans le canton de Genève, for du litige, n'a pas été rapportée. (Cc du Valais 1213. Loi proc. genev. 183.)

L'existence du contrat n'étant pas prouvée, le Tribunal fédéral n'a pas à examiner les obligations qui pourraient en découler.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est déclaré mal fondé.

14. Arrêt du 2 février 1906, dans la cause  
**Banque de l'Etat de Fribourg, dem. et rec., contre Gutknecht,**  
*déf. et int.*

Cautionnement pour garantir l'exécution d'un concordat. Art. 305 al. 2; 306 ch. 3 LP; Art. 1; 489; 499 CO.

A. — Le 15 novembre 1902, Jacob Gutknecht, à Chiètres, a été déclaré en état de faillite. La Banque de l'Etat de Fribourg s'est fait inscrire au passif de cette masse et a été admise aussi dans l'état de collocation :

a) d'une part, sous N<sup>os</sup> 11, 12 et 13, en V<sup>e</sup> classe, pour diverses créances résultant d'effets en circulation et dont il n'y a pas lieu de s'occuper ici, ces inscriptions n'intéressant en rien le présent litige ;

b) d'autre part, sous N<sup>os</sup> 38, 39 et 40, comme créancière hypothécaire, en vertu d'actes de gardance de dam des 30 septembre 1899 et 10 juillet 1901, des sommes de 38 585 fr., 5742 fr. 50 et 10 448 fr., soit d'une somme totale de 54 775 fr. 50 c., intérêts réservés dès le 23 décembre 1902.

Le failli ayant proposé à ses créanciers chirographaires un concordat sur la base du 30 %, le Préposé aux faillites de l'arrondissement du Lac, comme administrateur de la masse, écrivit à la Banque de l'Etat de Fribourg, le 13 janvier 1903, la lettre suivante : « Comme le failli Jacob Gutknecht propose un concordat à ses créanciers, avis vous est donné que vos créances qui sont garanties par hypothèques sont réputées complètement garanties. Vous avez un délai de dix jours pour recourir contre cette décision. » Du rapport ultérieur présenté par le Préposé au Président du Tribunal de l'arrondissement du Lac, en conformité de l'art. 304 al. 1 LP, il résulte que les divers immeubles affectés à la garantie hypothécaire des trois créances de la Banque inscrites à la masse sous N<sup>os</sup> 38, 39 et 40 avaient été estimés au total à la somme de 64 850 fr., soit à une

somme de 10 000 fr. environ supérieure au montant total des dites créances.

Cette estimation non plus que l'avis du 13 janvier 1903 ne donnèrent lieu à aucune plainte de la part de la Banque qui renonça ainsi (voir art. 305 al. 2, 317 al. 2, 295 al. 3, 241 et 17 LP) à prétendre n'être pas entièrement garantie du montant de ses créances (hypothécaires) par la seule existence de son gage et admit en conséquence n'avoir pas à intervenir au concordat pour les dites créances.

Dans son rapport du 9/10 février 1903, au Président du Tribunal de l'arrondissement du Lac, le Préposé préavisa à l'encontre de l'homologation du concordat, soit parce que le quorum légal n'avait pas été atteint, soit parce que, suivant lui, le failli n'était pas indemne de tout reproche d'acte déloyal ou de grande légèreté, soit encore parce que, selon son estimation, les offres faites n'étaient pas suffisantes au regard de l'actif de la masse (à cet égard, le Préposé escomptait un excédent d'*au moins* 4500 fr. sur la réalisation de l'objet du gage de la Banque), soit enfin parce que l'exécution du concordat ne lui paraissait pas garantie. Sur ce dernier point, il y a lieu de remarquer que les calculs du Préposé ne tenaient compte que des seuls créanciers chirographaires, dont les créances représentaient une somme totale de 28 932 fr. 93 c. (ultérieurement réduite à 28 081 fr. 68 c., puis à 27 785 fr.).

Par jugement en date du 21 février 1903, après avoir :

1° constaté qu'effectivement les adhésions obtenues par le failli à ses propositions concordataires ne réunissaient pas le quorum exigé par la loi (au point de vue des sommes);

2° rappelé quels étaient les reproches adressés au failli par le Préposé ou par divers créanciers, mais sans trancher la question de savoir s'il y avait là matière à donner lieu à l'application de l'art. 306 chif. 1 LP;

3° admis que les prévisions du Préposé quant à la réalisation de l'actif de la masse étaient peut-être trop optimistes et qu'en conséquence « la somme offerte par le failli, du 30 % des créances, soit d'environ 8700 fr. » (chiffre ne se rapportant ainsi, bien évidemment, qu'au passif chirogra-

phaire) n'était pas hors de proportion avec ses ressources; et 4° constaté que cependant « l'exécution du concordat, vis-à-vis des créanciers chirographaires, n'était point garantie, pas plus par le moyen de cautions que par le moyen d'un dépôt d'espèces »,

le Président du Tribunal de l'arrondissement du Lac refusa d'homologuer le concordat proposé.

Ensuite de ce jugement, Jacob Gutknecht entreprit, avec succès, les démarches nécessaires pour que les adhésions à son concordat atteignissent le double quorum exigé par l'art. 305 al. 1 LP, et ce fut précisément la Banque de l'Etat de Fribourg qui lui en fournit le moyen par sa créance chirographaire inscrite à la masse sous N° 12. Puis, pour faire écarter l'objection retenue par le dit jugement, que l'exécution du concordat vis-à-vis des créanciers chirographaires n'était point garantie, il obtint de ses frères, Jean et Frédéric Gutknecht, les intimés, à la date du 27 février 1903, la signature de l'acte dont ci-après la teneur :

« Bürgschaftsverpflichtung

» für Vollziehung des Konkordates J. Gutknecht.

- » Die Unterzeichneten, Hans Gutknecht, Joh. Sohn, Gross-
- » rath in Murten und Fritz Gutknecht, Joh. Sohn, in Ried,
- » erklären als solidarische Bürgen haften zu wollen für die
- » Vollziehung des Konkordates, welches J. Gutknecht in
- » Kerzers verlangt und welches dessen Gläubigern die Be-
- » zahlung von 30 % ihrer im Geldstag festgestellten Forde-
- » rung binnen Monatsfrist seit der Homologation zusichert. »

Jacob Gutknecht interjeta alors appel du dit jugement, en faisant valoir que son concordat se présentait selon toutes les conditions requises par la loi pour son homologation. La Cour d'appel du canton de Fribourg, par arrêt du 14 avril 1903, lui donna raison et homologua en conséquence le concordat, après quoi la faillite fut révoquée le 4 mai 1903 et le concordat dûment exécuté envers tous ceux qui avaient été admis à y prendre part, soit envers tous les créanciers chirographaires intervenus dans la faillite, les créanciers « privilégiés » ayant été d'ailleurs intégralement désintéressés.

B. — De son côté, la Banque de l'Etat de Fribourg poursuivait la réalisation de son gage pour parvenir au paiement de ses trois créances N<sup>os</sup> 38, 39 et 40 susrappelées, du montant total de 54 775 fr. 50 c., intérêts réservés. Mais contre toute attente, cette réalisation fut loin d'atteindre les prévisions du Préposé aux faillites de l'arrondissement du Lac, et la Banque reçut le 17 octobre 1903, pour son découvert, deux certificats d'insuffisance de gage, l'un de 16 449 fr. 65 c., l'autre de 5500 fr. (ce dernier n'ayant été délivré, suivant la Banque, que pour une somme de 483 fr. inférieure au découvert réel).

La Banque ayant continué à poursuivre, pour ce découvert, son débiteur, par la voie ordinaire, Jacob Gutknecht fut à nouveau déclaré en état de faillite, malgré son opposition, le 13 février 1904, le Président du Tribunal de l'arrondissement du Lac ayant admis que le failli était effectivement demeuré le débiteur de la Banque, mais jusqu'à concurrence seulement de la somme de 6584 fr. 89 c., représentant le 30 % du découvert indiqué dans les deux certificats d'insuffisance de gage susmentionnés.

La Banque intervint néanmoins dans cette nouvelle faillite et fut admise pour la somme totale de 22 432 fr. 65 c. (16 449 fr. 65 c. + 5500 fr. + 483 fr.), après avoir informé les frères Jean et Frédéric Gutknecht de la situation et les avoir prévenus (par exploit du 11/12 mars 1904) qu'elle les rechercherait ultérieurement, sur la base de l'acte de caution du 27 février 1903, pour tout ce dont elle demeurerait à découvert sur la somme pour laquelle elle serait colloquée dans la nouvelle faillite. Par lettre du 17 mars 1904, Jean et Frédéric Gutknecht répondirent en contestant avoir assumé envers la Banque aucune obligation.

Cette nouvelle faillite aboutit à la délivrance à la Banque, le 31 octobre 1904, d'un dividende de 448 fr. 55 c. et de deux actes de défaut de biens, l'un de 16 113 fr. 66 c., l'autre de 5870 fr. 44 c., soit ensemble de 21 984 fr. 10 c.

C. — C'est ensuite de ces faits que la Banque de l'Etat de Fribourg a conclu, devant le Tribunal civil de l'arrondis-

sement du Lac à ce que les frères Jean et Frédéric Gutknecht fussent condamnés à lui payer avec intérêts au 5 % dès le 31 octobre 1904, la somme de 6595 fr. 25 représentant le 30 % du montant des deux actes de défaut obtenus par elle dans la seconde faillite de Jacob Gutknecht.

La Banque se fondait, pour chercher à justifier ces conclusions, en fait sur l'acte de caution du 27 février 1903, en droit, sur les art. 489 et 499 CO.

D. — Les défendeurs conclurent à libération des fins de la demande, en exposant, en résumé, que leur cautionnement du 27 février 1903 n'avait été donné que pour le 30 % des sommes dues aux créanciers chirographaires intervenus dans la première faillite, et, par suite, dans le concordat de leur frère Jacob, ensorte que, vis-à-vis de la Banque, pour tout le montant de ses inscriptions 38, 39 et 40, réputé garanti par l'existence de son gage selon l'estimation du Préposé administrateur de la masse, ils n'avaient assumé aucun engagement quelconque et ne pouvaient être recherchés par elle.

E. — Par jugement en date du 26 mai 1905, le Tribunal civil de l'arrondissement du Lac a déclaré la demande bien fondée, en considérant, en substance, que, si ensuite de l'estimation de l'objet de son gage par le Préposé administrateur de la masse, la Banque s'était trouvée, en vertu de l'art. 305 al. 2 LP, écartée des délibérations relatives au concordat, celui-ci n'en était pas moins obligatoire pour elle, à teneur de l'art. 311 *ibid.*, pour la partie de sa créance non couverte par la réalisation de son gage, — qu'il y a lieu de déduire de là qu'inversement la Banque doit bénéficier aussi du concordat pour ce dont elle est demeurée à découvert en définitive, — que le créancier gagiste se trouve d'ailleurs, pour ce dont il est demeuré à découvert par la réalisation de son gage contrairement à l'estimation qui avait été faite de celui-ci, dans une situation analogue à celle du créancier dont la créance, subordonnée au moment du concordat à une condition suspensive, n'est devenue parfaite qu'après coup par la réalisation de cette condition, — enfin, et d'autre part, que les défendeurs avaient, par leur caution-

nement du 27 février 1903, garanti l'exécution totale du concordat, puisque, sinon, l'homologation de ce dernier eût été impossible.

F. — Sur appel des défendeurs, la Cour du canton de Fribourg, par arrêt du 26 octobre 1905, a révoqué ce jugement et débouté la demanderesse de ses conclusions.

Cet arrêt se fonde, en résumé, sur l'interprétation que doit recevoir le contrat ou l'acte de caution du 27 février 1903, au regard du résultat, soit de l'analyse même de ses termes, soit de l'examen des circonstances dans lesquelles il est intervenu.

G. — C'est contre cet arrêt que, en temps utile, la Banque de l'Etat de Fribourg a déclaré recourir en réforme auprès du Tribunal fédéral, en reprenant en substance ses conclusions de première instance. Dans les plaidoiries de ce jour, elle a développé ces conclusions, tandis que les intimés ont conclu au rejet du recours comme mal fondé.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1. — La recourante base toute son argumentation sur ce que les intimés ont garanti solidairement l'exécution du concordat de leur frère, Jacob Gutknecht, et sur ce que, par conséquent, la détermination des obligations de ce dernier comme débiteur concordataire envers elle, recourante, impliquerait du même coup la détermination des obligations des cautions du dit débiteur, en ce qui la concerne. Mais cette argumentation est erronée, car, d'un fait exact en lui-même (le cautionnement du 27 février 1903), la recourante tire des déductions que rien ne justifie en fait et qui sont d'ailleurs manifestement contraires à la loi.

2. — En effet, il est constant que, par lettre du 13 janvier 1903, — que la recourante a produite elle-même au dossier, — celle-ci a été informée par le Préposé, administrateur de la masse, du fait que ce dernier avait procédé conformément à l'art. 305 al. 2 LP (et 299 *ibid.*), à l'estimation des immeubles affectés à la garantie hypothécaire des trois créances inscrites au passif de la masse sous Nos 38, 39 et 40, du montant total de 54 775 fr. 50 c., intérêts ré-

servés, et que, suivant cette estimation (qui était de 64 850 fr.), la recourante se trouvait entièrement garantie, ou, en d'autres termes, qu'il n'était pas à prévoir que, par la réalisation de son gage, la recourante dût demeurer à découvert de quelque somme que ce fût. Il est non moins certain que la recourante n'a pas attaqué cette estimation du préposé comme elle eût été en droit de le faire si elle l'eût considéré comme injustifiée, et que, partant, cette estimation est devenue définitive. Dans ces conditions, les trois créances de la recourante, dont s'agit, étaient réputées intégralement garanties par la seule existence du gage, et la recourante comme créancière gagiste censée intégralement garantie n'avait plus à entrer en ligne de compte pour rien dans le concordat; elle n'avait pas, notamment, à figurer dans la liste des créanciers chirographaires pour le découvert éventuel qui pouvait résulter pour elle de la réalisation de son gage, puisque, par une disposition expresse de la loi (art. 305 al. 2 LP), les créanciers gagistes ne sont admis à intervenir dans le concordat de leur débiteur pour ce découvert éventuel pouvant résulter de la réalisation de leur gage que dans un seul cas, à savoir lorsque ce découvert peut être présumé déjà par le fait que l'estimation de l'objet du gage par le commissaire au sursis ou l'administrateur de la masse ou encore les autorités cantonales de surveillance (art. 305 al. 2, 295 al. 3, 317 al. 2, et 17 et 18 LP) n'atteint pas la somme dont le gage avait pour but cependant d'assurer le paiement.

3. — Il n'y avait ainsi à tenir compte, dans le concordat de Jacob Gutknecht, des trois créances susrappelées de la recourante, ni pour le calcul du quorum exigé par la loi pour l'acceptation du concordat (art. 305 LP), ni pour la question de savoir quelles étaient les garanties à fournir par le débiteur ou, pour lui, par des tiers pour l'exécution du concordat et le paiement intégral des créanciers privilégiés reconnus (art. 306 chiffr. 3 LP). En ce qui concerne ce dernier point, il est clair, en effet, et tout d'abord, que les créanciers privilégiés dont il est ici question, sont ceux visés à l'art. 219 al. 4, I<sup>e</sup>, II<sup>e</sup>, III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> classes, au nombre desquels la

recourante ne saurait prétendre ni ne prétend d'ailleurs pouvoir se ranger; et, en second lieu, il est non moins évident qu'en exigeant que « l'exécution du concordat » fût garantie, la loi n'a eu en vue que les engagements « concordataires » du débiteur, c'est-à-dire les engagements assumés par lui envers ceux de ses créanciers intervenus au concordat, autres que, d'une part, les créanciers privilégiés qui ne souffrent d'aucune diminution de leurs droits dans le concordat, et, d'autre part, les créanciers gagistes en tant que ceux-ci sont réputés garantis par leur gage.

Il résulte donc de ces considérations que la recourante, réputée intégralement garantie par son gage, n'avait droit à aucune autre garantie dans le concordat de son débiteur, en sorte qu'elle ne pouvait prétendre compter pour quoi que ce fût dans la détermination des garanties à fournir par son débiteur à teneur de l'art. 306 chif. 3 LP, ni prétendre ensuite avoir aucun droit sur les garanties ainsi fournies.

Peu importe dès lors, vis-à-vis des intimés qui, par leur cautionnement, ont garanti « l'exécution du concordat » de Jacob Gutknecht, que la recourante, contrairement aux prévisions de l'administrateur de la masse, soit plus tard démentrée à découvert d'une somme plus ou moins considérable par la réalisation de son gage, puisque la situation de la recourante dans le concordat excluait pour celle-ci tous droits à la garantie fournie par ce cautionnement.

Des considérations qui précèdent, il ressort donc que c'est avec raison que l'instance cantonale a repoussé les prétentions de la recourante envers les intimés.

4. — L'on peut d'ailleurs remarquer qu'en fait également le cautionnement donné par les intimés le 27 février 1903 n'a été fourni qu'envers les créanciers *chirographaires* de Jacob Gutknecht, ainsi que cela résulte de la double interprétation à laquelle l'instance cantonale s'est livrée à l'égard du dit cautionnement. D'une part, en garantissant le paiement du dividende de 30 % offert par le débiteur, dans le délai d'un mois dès l'homologation du concordat, les intimés ne pouvaient entendre assurer autre chose que le

paiement du 30 % des créances *chirographaires* admises au passif de la masse, car la fixation du délai susrappelé excluait l'hypothèse d'une garantie donnée aux créanciers gagistes pour ce dont ils pourraient demeurer créanciers après la réalisation de leurs gages. D'autre part, si le débiteur concordataire s'est mis en quête de garanties pour son concordat et a obtenu le cautionnement des intimés à cet effet, c'est évidemment parce que, pour refuser l'homologation du concordat, le Président du Tribunal de l'arrondissement du Lac s'était basé, dans son jugement du 21 février 1903, entre autres moyens, sur ce que « l'exécution du concordat vis-à-vis des créanciers *chirographaires* n'était point garantie ». Et il est clair que les intimés n'ont pas entendu fournir une autre garantie que celle dont le dit jugement avait alors constaté le défaut.

Ainsi, au regard également de ces circonstances de faits, exposées plus en détail dans la première partie de cet arrêt, comme aussi au regard des art. 1 et 489 CO, la demande de la Banque de l'Etat de Fribourg apparaît comme dénuée de tout fondement, et son recours doit en conséquence être écarté.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt de la Cour d'appel du canton de Fribourg en date du 26 octobre 1905 confirmé en conséquence.