

noch in ihren persönlichen Verhältnissen verletzt haben. Soweit es sich aber auf den Art. 48 OR gründet, mag zwar dahingestellt bleiben, ob den patentierten Angehörigen eines Berufes überhaupt kein privatrechtlicher Anspruch darauf zustehen könne, einer nicht patentierten Person die Berufsausübung zu untersagen, wie das die Vorinstanz annimmt. Jedenfalls trifft der Art. 48 hier schon deshalb nicht zu, weil nach den obigen Ausführungen die Kläger durch die Verwendung Kutzlis als Angestellten des Beklagten Schneider nicht, wie behauptet, wegen Kundenentzuges « in ihrer Geschäftskundschaft beeinträchtigt oder in deren Besitz bedroht » wurden, da Schneider die von Kutzli verrichtete Arbeit selbst besorgen oder durch andere hätte besorgen lassen können.

6. — (Rückweisungsfrage.)

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird abgewiesen und das angefochtene Urteil der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 23. Oktober 1915 in allen Teilen bestätigt.

**21. Arrêt de la I^{re} section civile du 7 avril 1916
dans la cause Comptoir d'escompte contre Huguenin.**

Compte de crédit cautionné jusqu'à concurrence d'une somme déterminée; faillite du débiteur; paiement par la caution du montant cautionné; intervention du créancier dans la faillite du débiteur pour la créance totale; demande de subrogation de la caution pour la somme payée par elle; clause du contrat prévoyant renonciation à la subrogation; mais clause immorale en tant qu'autorisant le créancier à se faire payer deux fois la même somme, une première fois par la caution, une seconde fois dans la faillite du débiteur; demande de subrogation admise.

En 1907, le Comptoir d'escompte de Genève a ouvert un compte de crédit à la Société anonyme « La Barque ».

Suivant acte du 5 octobre 1907, Fréd. Huguenin et fils, N. Monnier et J. Baumann se sont portés cautions solidaires, jusqu'à concurrence de 30,000 fr., plus intérêts et accessoires, pour le remboursement des avances faites et à faire par le Comptoir d'escompte à la Société La Barque, « renonçant — porte l'acte — dès maintenant à toute subrogation et concours à raison de notre cautionnement lors même que nous en aurions payé le montant partiel ou intégral aussi longtemps que le Comptoir ne sera pas entièrement désintéressé de sa créance en capital, intérêts et accessoires... »

Frédéric Huguenin étant décédé, Emile Huguenin s'est substitué, d'accord entre les parties, à la maison Fréd. Huguenin et fils dans le cautionnement.

En 1913, la Société La Barque est tombée en faillite. Le Comptoir d'escompte a invité Huguenin à régler le cautionnement, soit la somme de 30,000 fr., plus intérêts et accessoires, au total 32,587 fr. 50. Cette somme a été payée par Huguenin (17,587 fr. 50) et Baumann (15,000 francs) en différents versements effectués entre le 14 août 1913 et le 2 mai 1914. Le 21 août 1914 Baumann a déclaré céder et déléguer en toute propriété à Huguenin la créance qu'il possédait contre La Barque par le fait de la subrogation ensuite de paiement du cautionnement: « par suite de la cession M. Emile Huguenin aura le droit de se faire subroger par le Comptoir d'escompte au passif de la masse en faillite à concurrence de la somme de 32,787 fr. 50 ».

Le 17 décembre 1913 le Comptoir d'escompte est intervenu dans la faillite de la Société pour le montant total de sa créance (y compris les sommes payées par les cautions) soit 98,965 fr. Le 30 décembre 1914 il a reçu une première répartition de 15 %.

En juillet et août 1914, Huguenin a réclamé au Comptoir d'escompte la restitution de l'acte de cautionnement, la subrogation à concurrence de 32,587 fr. 50 sur le montant de sa production à la faillite et le rembour-

sement du dividende déjà touché sur cette somme, soit 4888 fr. 10. Vu le refus du Comptoir d'escompte, Huguenin lui a ouvert action en concluant à ce qu'il plaise au Tribunal condamner le défendeur :

a) à payer au demandeur le dividende de 15 % afférant à 32,587 fr. 50 soit 4888 fr. 10 ;

b) à le subroger dans tous ses droits à concurrence de la somme de 32,587 fr. 50 au passif de la faillite La Barque ; sinon condamner le défendeur à lui payer tous dividendes qui seraient distribués par l'administration de la faillite ;

c) à lui restituer l'acte de cautionnement.

Le demandeur soutient essentiellement que le défendeur ne peut se prévaloir de la renonciation à la subrogation, car l'art. 505 al. 2 CO interdit de renoncer d'avance à la subrogation et cette disposition édictée dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs a effet rétroactif (CCS Tit. fin. art. 2) et est par conséquent applicable en l'espèce, bien que le cautionnement soit antérieur à l'entrée en vigueur du CO révisé.

Le défendeur a conclu à libération. Il conteste la légitimation active du demandeur pour la partie des conclusions sa rapportant aux sommes payées par la co-caution Baumann ; au fond, il estime pouvoir se mettre au bénéfice de la clause de renonciation à la subrogation, les dispositions du Tit. fin. du CCS n'étant pas applicables au CO révisé et l'art. 505 al. 2 CO n'étant d'ailleurs pas d'ordre public.

Par jugement du 13 avril 1915, le Tribunal de première instance a débouté le demandeur de toutes ses conclusions. Il a admis que le demandeur avait, en vertu de la cession Baumann, qualité pour ouvrir action et que les dispositions du titre final du CCS sont applicables au CO, mais il a estimé que l'art. 505 al. 2 CO n'a pas le caractère d'ordre public et n'a donc pas d'effet rétroactif : il est par conséquent inapplicable au cautionnement, qui est antérieur au 1^{er} janvier 1912.

Par arrêt du 18 février 1916 la Cour de Justice civile a réformé ce jugement, condamné le Comptoir d'escompte à restituer l'acte de cautionnement à Huguenin et à lui payer la somme de 4888 fr. 10 et prononcé que Huguenin est subrogé aux droits du Comptoir d'escompte au passif de la faillite La Barque à concurrence de 32,587 fr. 50, déduction faite de celle de 4880 fr. 10. La Cour a jugé que la disposition de l'art. 505 al. 2 est d'ordre public, qu'elle a donc effet rétroactif et que par conséquent la clause de l'acte de cautionnement qui y est contraire doit être considérée comme nulle.

Le Comptoir d'escompte a recouru en réforme au Tribunal fédéral en concluant à ce que la demande soit déclarée irrecevable pour partie et dans tous les cas mal fondée en son entier.

Statuant sur ces faits et considérant
en droit :

1. A l'audience de ce jour, le représentant de la Banque recourante n'a pas repris le moyen tiré du prétendu défaut de légitimation active de Huguenin pour la partie de la demande concernant les sommes payées par la co-caution Baumann ; ce moyen est d'ailleurs insoutenable en présence des termes précis de l'acte du 21 août 1914 par lequel Baumann a cédé à Huguenin ses droits, non seulement contre la Société La Barque, mais aussi contre le Comptoir d'escompte.

2. — Les parties se sont bornées à discuter la question de savoir si le droit *nouveau*, soit l'art. 505 al. 2 CO révisé, est applicable à la cause ; mais cette question est sans intérêt car, même en vertu du droit *ancien* et malgré qu'il ne contient pas de disposition semblable à celle de l'art. 505 al. 2 en faveur de la caution, la prétention du demandeur doit être déclarée fondée.

Lorsque la Société débitrice est tombée en faillite, le Comptoir d'escompte avait contre elle une créance de 98,965 fr. qui était garantie jusqu'à concurrence de

30,000 fr. (plus intérêts et accessoires, soit au total 32,587 fr. 50) par Huguenin. Mais en cours de faillite Huguenin a payé cette somme. La créance de la banque se trouvait donc réduite d'autant. Elle a cependant produit pour le montant intégral de sa créance et c'est sur ce montant intégral qu'elle a touché un premier dividende et qu'elle prétend toucher les dividendes futurs. Or c'est là ce qui est inadmissible. En effet, dans la mesure où elle perçoit ou percevra des dividendes sur la somme cautionnée de 32,587 fr. 50, elle bénéficie d'une créance *éteinte*, elle est payée à *double*, elle s'enrichit donc illégitimement — non pas, il est vrai, aux dépens de la Société (voir aussi art. 217 LP), puisque celle-ci reste, malgré tout, sa débitrice d'un montant important, mais aux dépens de la caution qui est frustrée de son droit de se faire rembourser par le débiteur les sommes qu'elle a payées pour son compte.

C'est en vain que le Comptoir d'escompte invoquerait l'art 217 LP. Cette disposition donne au créancier le droit d'intervenir dans la faillite pour le montant primitif de sa créance quand bien même il a reçu un acompte d'un co-obligé du failli. Mais d'abord il est douteux (v. JÆGER, note 2 sur art. 217; contra HAFNER, note 2 sur art. 504 CO) que cette disposition soit applicable lorsque, comme en l'espèce, le failli et le co-obligé ne répondent pas tous deux de l'*intégralité* de la créance. Et surtout l'art. 217 n'a pas pour effet d'autoriser le créancier à recevoir un *double* paiement: la production pour le montant primitif n'a d'autre but que de lui permettre de *parfaire* l'acompte versé par le co-obligé; une fois que la somme due par les deux codébiteurs est payée, sa créance est éteinte et le surplus des dividendes revient au co-obligé dans la mesure où c'est lui qui a payé (v. JÆGER, notes 3, 7 et 8 sur art. 217). Huguenin ayant payé la totalité de la somme cautionnée, c'est lui qui a droit aux dividendes afférents à cette somme.

Pour lui contester ce droit, le Comptoir d'escompte ne

saurait se prévaloir de la clause de renonciation à la subrogation contenue dans l'acte de cautionnement. En premier lieu, il n'a pas *qualité* pour le faire: du moment que, comme on l'a vu, il ne peut être payé à double et qu'il n'a donc droit à aucun dividende sur la créance éteinte, peu lui importe que ce dividende soit, par suite de la subrogation, attribué à la caution ou que, par suite de la renonciation à la subrogation, il revienne à la masse: seule l'administration de la faillite aurait, le cas échéant, qualité pour invoquer la clause litigieuse afin de refuser de payer la caution. Mais d'ailleurs le but de cette clause paraît être simplement d'exclure la subrogation tant que la créance *cautionnée* n'a pas été entièrement éteinte par paiement; une fois cette dette intégralement payée, la clause est donc sans application possible, alors même que le Comptoir d'escompte aurait encore d'*autres* créances à faire valoir dans la faillite. Enfin si l'on admettait que les parties ont voulu lui donner une portée plus étendue et permettre à la banque de produire pour le montant cautionné même après qu'elle l'a déjà perçu de la caution, cette convention devrait être déclarée nulle, car, ainsi qu'il est dit ci-dessus, elle aurait pour effet d'autoriser la banque à se faire payer *deux* fois la *même* somme — ce qui est manifestement immoral.

Dans ces conditions, la demande de Huguenin doit être admise même en vertu de l'ancien droit; il en serait à bien plus forte raison de même en vertu de l'art. 505 al. 2 CO révisé qui interdit à la caution de renoncer à la subrogation; cette interdiction, en tant du moins qu'elle vise à empêcher que le créancier ne prétende, comme en l'espèce, se faire payer deux fois la même somme, a incontestablement un caractère d'ordre public et serait donc applicable quoique l'acte de cautionnement soit antérieur au 1^{er} janvier 1912.

Par ces motifs,

La Chambre des poursuites et des faillites

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt cantonal est confirmé.

22. Arrêt de la 1^{re} section civile du 8 avril 1916
dans la cause **Treichler** contre **Bruni**.

Application des règles du contrat de travail (CO art. 319 et suiv.) aux engagements d'artistes de théâtre. — Lésion en raison de l'inexpérience de l'artiste? (CO art. 21). — Justes motifs de résiliation? (CO art. 352) — Obligation de l'artiste de fournir ses costumes (CO art. 338). — Diminution de la clause pénale prévue par le Juge (CO art. 163 al. 3).

A. — La défenderesse et recourante, demoiselle Flore Treichler, de son nom de théâtre Flore Révalles, avait tenu pendant la saison d'hiver 1915 au Grand Théâtre de Genève, dirigé par le demandeur et intimé Constantin Bruni, l'emploi de « soprano dramatique », aux appointements de 300 fr. par mois et s'était engagée en outre à tenir pendant la saison deux rôles de complaisance. Elle a signé le 18 mai 1915 un nouvel engagement pour la saison d'hiver 1915-1916 pour l'emploi de première chanteuse soprano et soprano dramatique avec deux rôles de complaisance; l'engagement devait durer cinq mois et demi; les appointements étaient fixés à 600 fr. par mois; enfin le contrat prévoyait en cas de rupture par une des parties une indemnité fixée à l'avance à 5000 fr.

Vers la fin de décembre 1915, demoiselle Treichler obtint un congé de quelques jours pour prendre part à une représentation de bienfaisance donnée à Paris par la troupe des « Ballets russes » d'Aghileff et partit pour

cette ville, après avoir reçu du demandeur une avance de 300 fr. sur ses appointements. Mais au lieu de revenir à Genève pour le 30 décembre, elle a signé un engagement avec le directeur de cette troupe et est partie avec elle pour l'Amérique.

Se prévalant de la clause pénale stipulée au contrat, Constant Bruni a assigné le 28 janvier 1916 la recourante devant les tribunaux de prud'hommes de Genève en paiement de 5000 fr. à titre de dommages-intérêts et de 100 fr. en restitution d'avances sur ses appointements. La défenderesse, qui a été représentée devant les instances genevoises par son frère, sieur Jacques Treichler, a admis la réclamation pour restitution d'avances, mais a demandé devant le Tribunal de première instance la diminution de l'indemnité réclamée, la clause pénale ne pouvant, selon elle, dépasser le montant des appointements prévus au contrat, soit 3300 fr.

Par jugement du 1^{er} février 1916, le Tribunal de première instance a adjugé au demandeur toutes ses conclusions. La défenderesse a recouru contre cette décision à la Chambre d'appel du groupe X des tribunaux de prud'hommes et a conclu devant la seconde instance au mal fondé de la demande en ce qui concerne l'indemnité et subsidiairement à sa réduction « dans la plus large mesure ».

Par arrêt du 15 février 1916, ce tribunal a réformé la décision de première instance, a réduit à 3000 fr. l'indemnité réclamée et fixé en conséquence à 3100 fr. la somme due par la défenderesse, avec intérêts et dépens.

B. — Par déclaration déposée le 1^{er} mars 1916, demoiselle Flore Treichler a recouru en réforme au Tribunal fédéral contre cette décision et, tout en se déclarant prête à rembourser au demandeur l'avance de 100 fr. consentie par lui sur ses appointements, a conclu de nouveau principalement au mal fondé de sa demande d'indemnité et subsidiairement à ce que l'indemnité accordée soit réduite dans la plus large mesure.