

31. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 27 mai 1936
dans la cause **Blum contre Jornayvaz.**

Art. 110 et 505 CO. — Art. 1^{er} et 827 CC. Lorsque la dette est garantie à la fois par un gage et par un cautionnement, la subrogation instituée par les art. 110 CO et 827 CC ne s'étend qu'à la créance principale à l'exclusion du droit accessoire résultant du cautionnement.

A. — En automne 1921, Louis Blum fils dont la situation financière était difficile mais peu connue, et pour lequel son père Emile Blum avait déjà assumé quelques engagements peu importants, prit à ferme des montagnes appartenant à la « Succession Henchoz », une fondation ayant la personnalité juridique et administrée par la Municipalité de Château-d'Oex. Le bail, garanti par le cautionnement solidaire d'Emile Blum et d'Arthur Jornayvaz, s'est terminé en 1924.

Le fermage de 1922 n'a pas été payé ; pour le garantir Louis Blum et ses cautions souscrivirent une cédula de 8200 fr. Le fermage de 1923 fut acquitté avec l'aide d'Emile Blum. Quant à celui de 1924, il a été payé par le produit de la vente des biens du débiteur en 1925 et par des versements des cautions (environ 2900 fr. pour chacune d'elles à la fin de 1925 ou au début de 1926). La bailleresse n'avait pas fait valoir son droit de rétention lors de la poursuite.

A la fin de l'année 1924, Louis Blum reprit à bail ces mêmes montagnes, avec le cautionnement solidaire de son frère et de son père. Jornayvaz ne cautionna pas ce nouveau bail. La bailleresse réclama, à cette époque, le paiement du fermage échü de 1924 et le remboursement de la cédula de 8200 fr. (fermage de 1922).

Le 27 janvier 1925, Jornayvaz, Emile et Louis Blum demandèrent au gérant de la Succession Henchoz un délai jusqu'à la fin du mois de septembre 1925 pour solder les 8145 fr. dus sur l'amodiation. A cette époque, Blum fils

était sous le coup de nombreuses poursuites et son père dut lui venir en aide. Ainsi, le 1^{er} avril 1925, il se constitua débiteur de la Succession Henchoz pour la somme de 8200 fr. à cinq ans, « valeur en prêt ... d'une cédula de pareil montant... ». En garantie, Blum père constituait une troisième hypothèque sur ses immeubles — il n'était plus caution — et Jornayvaz se portait caution solidaire. Le notaire qui instrumenta l'acte déclara que la Municipalité de Château-d'Oex estimait les garanties réelles de Blum père suffisantes.

A l'échéance de la dette, le 1^{er} avril 1930, Emile Blum et Jornayvaz, tous deux qualifiés de « cautions solidaires », furent avisés. Le 24 juillet la créancière poursuivit le débiteur en réalisation du gage. Tandis que Blum fils reconnut la totalité de la dette, son père fit opposition pour 4100 fr. Poursuivi en paiement de 8200 fr., Jornayvaz ouvrit action en libération de dette après mainlevée de son opposition. Emile Blum paya alors 8968 fr. 80 à la créancière qui le subrogea dans ses droits en lui donnant quittance. A la suite de ce paiement, l'hypothèque grevant les immeubles d'Emile Blum a été radiée et Jornayvaz s'est désisté de son action.

B. — Par exploit du 5 mars 1931, Emile Blum a actionné Arthur Jornayvaz en paiement de 8968 fr. 80 avec intérêt à 5 % dès le 20 décembre 1930. Il soutient que le défendeur, en sa qualité de caution solidaire de la reconnaissance de dette du 1^{er} avril 1925, est tenu, en vertu de l'art. 110, n° 1, CO, de lui rembourser la somme qu'il a dû payer pour dégrever ses immeubles.

Le défendeur a conclu au rejet de la demande.

La Cour civile vaudoise lui a donné raison par jugement du 18 février 1936 contre lequel le demandeur a recouru en réforme au Tribunal fédéral, réclamant paiement de 7175 fr. 05, subsidiairement de 6968 fr. 80.

L'intimé a conclu au rejet du recours.

Considérant en droit :

1. — Il n'est pas établi que le demandeur ait promis au défendeur de le décharger de tous risques afférents à sa garantie personnelle. Ce fait, constaté par la Cour civile de manière à lier le Tribunal fédéral, est acquis au débat.

Les parties ne discutent pas la qualité de tiers subrogé appartenant au demandeur, selon l'art. 110 CO (dont l'art. 827 CC n'est qu'une application particulière), tant à l'égard du débiteur principal qu'à l'égard de la caution solidaire. Avec raison. Ce point est préjugé par l'arrêt RO 53 II p. 29.

Le litige porte uniquement sur le bien fondé du recours du constituant du gage contre la caution solidaire pour la somme payée par le premier afin de dégrever ses immeubles.

2. — L'art. 110 CO subroge d'une manière générale dans les droits du créancier le propriétaire du gage qui paie la dette en lieu et place du débiteur insolvable. L'art. 827 CC en fait autant en matière immobilière. L'art. 505 CO institue la subrogation en faveur de la caution. La subrogation entraînant le transfert des droits accessoires comme du principal (art. 170 CO), le conflit entre les subrogés est inévitable lorsque la dette est garantie à la fois par un gage et par un cautionnement : la caution qui paie obtient un droit sur le gage et le constituant qui paie obtient un droit contre la caution. Pour résoudre ce conflit, on doit opter en faveur du premier ou du second, ou partager la perte entre les deux garants.

Quelques auteurs en France donnent la préférence au propriétaire du gage constitué pour la dette d'autrui. Cette solution n'a pas de défenseurs en Allemagne ni en Suisse (cf. SEILER, *Regressrecht der Bürgen*, thèse Zurich, 1924, § 18 p. 80 à 83). La Cour civile a préféré la caution. Le recourant voudrait faire admettre le partage des risques.

Il convient de se rallier à la manière de voir de la Cour civile, fondée plus particulièrement sur l'avis de v. TUHR

(Zum Regress des Bürgen, Z. f. S. R. 1923 p. 116 et sv.), suivi par OSER (2^e édit. p. 588), SEILER (op. cit. § 18), TOBLER (*Der Schutz des Bürgen*, thèse Berne 1926, p. 99).

3. — Le premier motif pour donner au cautionnement le pas sur le gage, c'est que la *lex specialis* (art. 505 CO) l'emporte sur la *lex generalis* (art. 110 CO). Puis le législateur a voulu protéger plus particulièrement la caution pour lui permettre de mieux remplir sa fonction économique. Il a marqué cette sollicitude envers la caution en obligeant le créancier qu'elle paie à lui « transférer les sûretés dont il jouit » (art. 510 II), à l'aider à « réaliser les gages dont il est nanti » (art. 508) et surtout en lui défendant de diminuer au préjudice de la caution les sûretés constituées lors du cautionnement (art. 509). La loi ne statue rien de semblable en faveur du propriétaire du gage. En outre, le principe de la subsidiarité du cautionnement simple (art. 495) perdrait toute valeur pratique si le propriétaire du gage pouvait se retourner contre la caution. Enfin, le constituant n'engage qu'un objet particulier de son patrimoine tandis que la caution peut être appelée à sacrifier tous ses biens. Pour ces différentes raisons, il y a lieu de décider, en vertu de l'art. 1^{er} CC, que la subrogation instituée par les art. 110 CO et 827 CC ne s'étend qu'à la créance principale à l'exclusion du droit accessoire résultant du cautionnement. Cette solution a d'ailleurs été approuvée par les deux rapporteurs MM. Stauffer et Henry lors de l'assemblée de la Société suisse des juristes de 1935 (rapports p. 110a à 118a et 186a à 187a sur la question : « La revision de la législation en matière de cautionnement »).

4. — La solution intermédiaire, préconisée par le demandeur, a de nombreux adhérents en France et en Allemagne (v. v. TUHR, op. cit. p. 118, Roos, *Über die Subrogation nach schw. Recht*, thèse Berne 1928, p. 119 et 120). En Suisse elle n'est défendue que par ce dernier auteur. Il estime inéquitable de ne pas répartir la perte, cite DEMOLOMBE (p. 122) et croit trouver un appui chez

BECKER (art. 110 CO, rem. 3), LEEMANN (art. 827 CC, rem. 19) et WIELAND (même article, rem. 3), selon lesquels le propriétaire du gage qui paie est subrogé dans les droits du créancier en raison du cautionnement. Mais il est manifeste que ces trois commentateurs se bornent à exprimer leur opinion d'une manière générale sans s'occuper du conflit dont il s'agit en l'espèce. Quant aux motifs d'équité mis en avant en France et en Allemagne, ils n'ont pas la même portée en Suisse où le législateur a montré nettement sa préférence pour la caution (cf. outre les articles déjà cités l'art. 493 qui exige l'indication d'un montant déterminé jusqu'à concurrence duquel la caution est tenue). Et la tendance actuelle est de renforcer encore la protection de la caution (cf. procès-verbal de l'assemblée de la Société suisse des juristes de 1935).

La répartition se heurte d'ailleurs à des difficultés pratiques lorsque la valeur du gage ne couvre pas la créance, ou lorsque le propriétaire du gage paie le créancier pour éviter la réalisation. Dans ce dernier cas notamment, quelle valeur convient-il d'attribuer au gage ? Valeur vénale, valeur de réalisation ou valeur égale au montant de la créance éteinte ? Et si c'est la valeur de réalisation qu'on choisit, quel est le moment décisif pour la déterminer ? Est-ce celui du paiement et de l'exercice du recours contre la caution ou une époque antérieure où la réalisation eût été plus avantageuse ? Quelle partie a la charge de la preuve et quelles en seront les possibilités ? Ces difficultés n'ont pas échappé aux juristes qui, en France et en Allemagne, ont étudié le problème (v. en particulier DALLOZ, *Jurisprudence générale*, tome 37 nos 1987 à 1989 et STROHAL dans *Deutsche Jur.-Zeitung* 1903 p. 373 et sv. et dans *Jherings Jahrbücher* 61 p. 59 et sv.).

5. — Se rendant compte lui-même de cet état de choses, le recourant renonce à réclamer au défendeur la totalité de ce qu'il a payé au créancier (8968 fr. 80) et propose deux systèmes :

a) Admettant l'égalité de rang des deux garants et la

répartition proportionnelle de la perte, il recherche la valeur du gage et, dans les appréciations divergentes des deux experts consultés par le juge, choisit le chiffre le plus favorable à sa cause (d'après M. DUBUIS, la vente de l'immeuble grevé aurait rapporté au plus 2000 à 2500 fr., d'après M. DEMIERRE, 4000 à 6000 fr.). Le gage valant ainsi prétendument 2000 fr. et la garantie personnelle s'étendant à toute la créance, la valeur totale des garanties était, selon le recourant, de 10 968 fr. 80 ; la proportion est donc de 4/5 pour l'intimé et de 1/5 pour le recourant ; le 1/5 de la perte représente 1793 fr. 75 ; ce montant reste à la charge du demandeur qui a réduit ses conclusions d'autant ; le surplus — 7175 fr. 05 — constitue la part de la caution solidaire.

Ce système pêche par la base : le chiffre de 2000 fr. n'a pas été admis par le juge du fait et ne saurait servir de facteur de calcul, pas plus d'ailleurs qu'un autre chiffre, du moment que, suivant la Cour cantonale, il n'existe « aucune certitude sur le prix qu'auraient atteint les immeubles » s'ils avaient été vendus aux enchères.

b) La même objection s'oppose au système subsidiaire du recourant qui revient à réclamer à l'intimé la différence entre la somme payée au créancier et la valeur prétendue du gage (8968 — 2000 = 6968).

Dans cette hypothèse, comme dans la première, le raisonnement des premiers juges garde sa portée : en payant sans que le gage eût été réalisé, le demandeur a créé la présomption de l'équivalence du gage au montant de la créance garantie ; cette présomption se justifie d'autant plus que la caution n'a pu prendre part à des enchères, pour y sauvegarder ses droits et avoir une estimation à peu près certaine du gage ; le demandeur n'a pas détruit la présomption puisque les experts sont arrivés à des résultats très différents.

6. — Le recourant prétend d'autre part que sa responsabilité a été limitée à la valeur du gage, du moment que l'acte du 1^{er} avril 1925 a remplacé son cautionnement par

la constitution d'hypothèque, le défendeur, lui, restant caution solidaire.

Cet argument est sans force en présence des constatations du juge du fait d'après lequel le cautionnement du demandeur n'a pas été remplacé par l'hypothèque pour diminuer sa responsabilité, mais pour donner au créancier une sûreté réelle couvrant à elle seule la dette. Aussi bien, le défendeur a estimé qu'il ne courait aucun risque étant donnée la garantie hypothécaire, et le demandeur l'a fortifié dans cette opinion en payant les intérêts de la cédule pendant plusieurs années sans essayer d'en faire supporter une part à la caution.

Il était du reste naturel que le demandeur, en sa qualité de père du débiteur principal, dû, aux yeux de tous les intéressés, supporter en définitive seul les risques des garanties stipulées. Loin de corroborer la thèse de l'égalité de rang ou de la limitation de la responsabilité du demandeur à la valeur du gage, l'acte notarié de 1925 et les circonstances qui ont entouré sa passation puis son exécution montrent l'intention des parties d'exonérer la caution en s'en tenant en première ligne à la garantie réelle.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

rejette le recours et confirme le jugement attaqué.

IV. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

32. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 9. Juni 1936 i. S. Konkursmasse der Hatz-Dieselmotoren A.-G. gegen Hatz Motorenfabrik G.m.b.H.

Örtliche Rechtsanwendung. Massgebend ist der Parteiwille beim Geschäftsabschluss; die Verweisung im Prozess bildet lediglich ein Indiz dafür, was die Parteien beim Geschäftsabschluss gewollt haben. Bedeutung des Erfüllungsortes für die Ermittlung des Parteiwillens.

Die Berufung an das Bundesgericht kann gemäss Art. 57 OG ergriffen werden in Zivilrechtsstreitigkeiten, welche von den kantonalen Gerichten unter Anwendung eidgenössischer Gesetze entschieden worden oder nach solchen Gesetzen zu entscheiden sind. Sie ist daher im vorliegenden Falle nur gegeben, wenn statt des von der Vorinstanz angewendeten deutschen Rechtes richtigerweise schweizerisches Recht zur Anwendung gebracht werden müsste (was zugleich den Berufungsgrund nach Art. 58 OG bilden würde).

Für die Wirkungen obligatorischer Rechtsgeschäfte ist nach der Praxis des Bundesgerichtes das Recht massgebend, das dem ausdrücklichen oder mutmasslichen Parteiwillen beim Geschäftsabschlusse entspricht (vgl. u. a. BGE 11 S. 364, 16 S. 795, 27 II 215, 36 II 293, 43 II 228, 47 II 550, 48 II 392 ff., 53 II 90, 58 II 435, 60 II 300 f. u. 323, 61 II 182 f. u. 245). Die Vorinstanz hat daher die Auffassung des Amtsgerichtes, dass nach dem Recht zu urteilen sei, welches von den Parteien im Prozess angerufen werde, mit Recht abgelehnt. Wenn das Bundesgericht selber zwischenhinein schlechthin auf die Parteiverweisung im Prozess abgestellt hat (z. B. BGE 27 II 392, 35 II 231,