

der zu dem vom Kläger erlittenen Schaden in keinem Verhältnis steht.

3. — (Das Bundesgericht setzt mit der Vorinstanz den Schadenersatz unter Würdigung aller Umstände auf Fr. 3000.— fest und weist den Genugtuungsanspruch ab.)

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die beiden Berufungen werden abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichtes St. Gallen vom 9. Oktober 1937 bestätigt.

45. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 14 juin 1938
dans la cause Plaschy c. Dame Grognuz.

Dans un contrat bilatéral, la partie tenue de s'acquitter la première, à qui la garantie requise selon l'art. 83 CO n'a pas été fournie, n'est pas en droit, lorsqu'elle se départ du contrat, de réclamer à l'autre partie des dommages-intérêts. Elle peut en revanche exiger de cette dernière la restitution de son enrichissement (consid. 1).

La créance de ce chef est soumise au concordat obtenu par le débiteur, même si la résiliation du contrat est postérieure à l'homologation (consid. 3).

Changement de la base de l'action devant le Tribunal fédéral (consid. 2).

A. — Vers la fin de 1934, dame Grognuz, qui venait de perdre son mari, chargea le marbrier Plaschy de la construction d'un tombeau de famille pour lequel elle reçut de la commune du Châtelard l'autorisation requise. Plaschy commanda aussitôt les matériaux et dès février 1935 commença l'exécution du monument. Les travaux ne sont actuellement pas achevés.

En août 1936, dame Grognuz obtint un sursis concordataire. Le 13 octobre, Plaschy écrivit à sa cliente la lettre ci-après : « Facture pour le monument à ériger sur la concession de la famille Marius Grognuz au cimetière de Clarens. Prix convenu 8000 fr. Travaux exécutés jusqu'à ce jour 4200 fr., que je vous prie de me faire parvenir

sitôt possible. » Par lettre du 23 novembre 1936, Plaschy, qui n'était pas intervenu dans le concordat, somma dame Grognuz de garantir le paiement du prix de l'ouvrage par le dépôt d'une somme de 6000 fr., à défaut de quoi il se départirait du contrat et réclamerait des dommages-intérêts ; il invoquait les art. 83 et 107 CO. Des doubles de cette lettre furent adressés à l'autorité concordataire et au commissaire au sursis. Dame Grognuz n'ayant donné aucune suite à la requête de sûretés et son concordat (comportant un dividende de 20 %) ayant été homologué le 1^{er} décembre 1936, Plaschy lui notifia, le 8 février 1937, qu'il avait décidé de se départir du contrat et de lui réclamer des dommages-intérêts.

B. — Par exploit du 9 février, Plaschy a assigné dame Grognuz en paiement de la somme de 8000 fr., avec intérêt à 5 % le 12 novembre 1934. Il réduisit par la suite ses conclusions à 5344 fr. 65.

Statuant le 5 avril 1938, la Cour civile du canton de Vaud a rejeté la demande.

C. — Par acte du 26 avril 1938, Plaschy a recouru en réforme contre cet arrêt. Il ne réclame devant le Tribunal fédéral que la somme de 3444 fr. 75 avec intérêt à 5 % dès le 12 novembre 1934, somme représentant « l'intérêt négatif au contrat ».

La défenderesse a conclu au rejet du recours et de la demande.

Considérant en droit :

1. — Il s'agit de décider si, dans un contrat bilatéral, la partie tenue de s'acquitter la première, à qui la garantie requise selon l'art. 83 CO n'a pas été fournie, est en droit, lorsqu'elle se départ du contrat, de réclamer à l'autre partie des dommages-intérêts. Il ne fait aucun doute en l'espèce que le demandeur, en sa qualité d'entrepreneur, fût tenu d'exécuter le premier sa prestation (art. 372 CO). Aussi bien n'aurait-il pas eu besoin, dans le cas contraire, de faire usage des facultés que lui réservait l'art. 83 CO.

La question soulevée est controversée. OSER-SCHÖNENBERGER (Comm., art. 83 note 12), BECKER (Comm., art. 83 note 7), VON TUHR (Partie générale du CO, p. 467/8 note 70), HONEGGER (Über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen, Zürich, 1926, p. 57) se prononcent pour la négative. GUHL (Obligationenrecht, 2^e édit., p. 24) ne prend pas position. JAEGER (Comm. Suppl. I, art. 311 note 2) opine pour l'affirmative, mais sans en donner les raisons ; il admet que le créancier qui résout le contrat peut faire valoir dans le concordat l'intérêt qu'il avait à l'exécution. ROSSEL (Manuel, 4^e édit., n° 188, p. 136) prend parti contre l'opinion dominante ; il estime que, s'il n'existe pas d'obligation de fournir des sûretés, la résiliation a cependant sa « source en un fait qui, en principe, doit être tenu pour une faute dans le sens des art. 97 et suiv. ; or c'est là, ajoute-t-il, un argument irréfutable ».

Lors de la revision du CO en 1911, l'al. 2 de l'art. 83 a été adopté, comme le fait observer le rapporteur au Conseil national, Eugène Huber (Bull. stén. 1909, p. 533), « pour se conformer à la jurisprudence » (der Praxis entsprechend). C'était là sans doute une allusion à l'arrêt RO 23 I 189 dans lequel le Tribunal fédéral avait déjà, malgré l'absence d'un texte légal, reconnu à la partie menacée par l'insolvabilité de l'autre la faculté de résoudre le contrat, mais lui avait en principe refusé le droit de réclamer des dommages-intérêts. Cette solution est en accord avec la jurisprudence française (DALLOZ, additions 1921, p. 278 ad art. 1613 CC) ainsi qu'avec une doctrine et une pratique répandues en Allemagne ; il est vrai que le droit allemand ne prévoit au § 321 BGB que la prestation de sûretés et non la faculté de résiliation (cf. notamment STAUDINGER, 9^e édit., § 321, rem. II 2, p. 471/2 ; STAUB, Handelsgesetzbuch, rem. prélim. 44 au § 373).

Le demandeur critiquant, à la suite de Rossel, la doctrine dominante, il y a lieu de soumettre la question à un nouvel examen.

Sans la règle de l'art. 83 CO, la partie tenue de s'acquitter

la première dans un contrat bilatéral resterait obligée, malgré l'insolvabilité de l'autre partie, d'exécuter préalablement sa prestation. Le maintien d'un contrat ne dépend pas, en droit suisse, de la circonstance que le cocontractant demeure dans la situation financière où il se trouvait ou était réputé se trouver au moment de la conclusion de l'opération ; s'agissant du crédit d'une personne, la *clausula rebus sic stantibus* ne saurait s'appliquer. L'art. 83 est une règle d'équité qui tient compte de la connexité des prestations et de leur dépendance économique ; elle vise à protéger la partie tenue de s'acquitter préalablement contre l'éventualité de l'inexécution de la part de l'autre. A cette fin, elle permet à la première, aux conditions définies par la loi, de se refuser à exécuter aussi longtemps que l'obligation contractée à son profit n'a pas été garantie. La demande de sûretés n'est pas une prétention (Anspruch) au sens technique du terme, mais une *sommatio* dont l'exécution ne peut être obtenue par voie de contrainte ou d'action, et qui, tant qu'elle reste sans effet, confère à son auteur le droit de retenir sa prestation (droit de rétention de nature personnelle) ainsi que le droit actuellement consacré par la loi de se départir du contrat. Ce point est depuis longtemps acquis en doctrine et en jurisprudence (cf. les auteurs cités et RO 23 I 189 ss, 49 II 460 ss).

Or, du moment que l'art. 83 CO n'oblige pas la partie insolvable à fournir des sûretés, cette partie ne viole aucun devoir juridique en ne donnant pas suite à la sommation qui lui est adressée ; aussi bien l'insolvabilité n'affecte en rien son engagement contractuel, lequel continue de n'être exigible qu'après exécution de la part de l'autre partie. Dès lors, la condition essentielle d'une obligation de réparer le dommage fait défaut. La sanction du refus de sûretés réside uniquement dans le droit pour la partie qui doit exécuter la première de résoudre le contrat. Cette solution tient un compte équitable de ses intérêts. Si elle n'a pas encore commencé d'exécuter, elle peut, en résiliant, sortir de l'affaire : elle n'est pas tenue d'opérer sa presta-

tion. Il est vrai qu'elle ne fera pas le bénéfice escompté, mais elle reste plus favorisée que les autres créanciers qui, du chef de leurs prestations, possèdent contre l'insolvable des prétentions non couvertes. Si la partie qui résilie a, comme en l'espèce, partiellement exécuté le contrat, elle est tout au moins dispensée de s'acquitter des autres obligations — en elles-mêmes exigibles — qui en dérivent. Dans la mesure où elle a exécuté, elle est exactement dans la situation de quiconque a fait crédit à une personne devenue insolvable : la prestation opérée est et demeure valable. Mais, tandis que les créanciers qui ont accompli leurs obligations en sont réduits à faire valoir leurs droits contre un débiteur insolvable, la partie qui n'a que partiellement exécuté et qui pour le surplus ne doit plus l'exécution, peut se départir du contrat. En conséquence, celui-ci devient caduc, la prestation opérée n'a plus de cause et l'*accipiens* doit restituer son enrichissement. L'auteur de la prestation devra naturellement souffrir à cet égard le concours des autres créanciers et ne touchera aussi qu'un dividende. Toutefois sa perte sera moins grande que la leur puisqu'il n'aura pas, comme eux, exécuté complètement le contrat. Le résultat n'est donc nullement injuste. On ne voit pas en quoi l'équité exigerait que celui qui n'a accompli qu'une partie de sa prestation jouît d'un traitement de faveur. Le contractant qui résilie a eu, comme n'importe qui, la malchance de traiter avec un partenaire qui cesse d'être solvable. La perte qu'il subit représente un risque inséparable de tout contrat.

Une action en dommages-intérêts de la partie qui résout le contrat en vertu de l'art. 83 CO ne saurait trouver un fondement quelconque dans le droit en vigueur. La défenderesse n'a violé aucune obligation ; elle n'avait notamment pas encouru la demeure, c'est pourquoi le demandeur ne peut invoquer les art. 107 à 109 CO. On ne peut non plus retenir l'argument de Rossel. Le fait qu'une personne éprouve des difficultés financières ne constitue pas en soi une faute ; nul ne peut être tenu, ni par la loi

ni par le contrat, de demeurer solvable. En l'espèce d'ailleurs, la défenderesse a accepté en toute confiance une succession qui s'est révélée obérée : elle serait dès lors en tout état de cause excusable de s'être endettée et aucun reproche ne pourrait lui être adressé. Le demandeur n'a pas prouvé ni même allégué l'existence de circonstances qui justifieraient l'application des art. 41 ss CO. En revanche, il soutient dans son recours qu'« il s'agit d'examiner laquelle des parties a, par un fait dont elle doit répondre, provoqué la résolution du contrat et créé l'effet dommageable » et il ajoute que « cette partie ne peut être que le débiteur insolvable ». Mais, si ce débiteur est peut-être l'auteur du dommage, il reste à savoir si la loi lui fait une obligation de le réparer, ce qui suppose qu'il ait violé un devoir juridique ; or ce n'est pas le cas, puisqu'il n'a pas à « répondre » de son insolvabilité. Le recourant prétend enfin que « l'équité exige qu'il puisse récupérer le montant de ses impenses ». Mais il n'avait pas besoin à cet effet d'invoquer l'équité. Les art. 62 ss CO lui conféraient le droit de réclamer la restitution de ce dont la défenderesse est enrichie.

2. — L'action devant être rejetée en tant qu'elle vise à des dommages-intérêts, il faut se demander si elle ne doit pas cependant être admise comme action fondée sur l'enrichissement illégitime. Au regard des art. 62 ss CO, la prétention que fait valoir le recourant, dans la mesure des conclusions réduites formulées devant le Tribunal fédéral, est en principe fondée. Mais le demandeur n'a invoqué les dispositions précitées ni dans l'instance cantonale, ni dans l'instance de recours. Il a toujours prétendu exercer une action en dommages-intérêts pour résolution de contrat et n'a pas pris de conclusions subsidiaires ; l'action tendait même d'abord à la réparation de l'intérêt positif. C'est exclusivement sur le terrain de l'indemnité contractuelle qu'a eu lieu l'échange des écritures et que s'est placé l'arrêt attaqué. La défenderesse n'a dès lors pu se prononcer ni sur l'obligation où elle serait

de restituer son enrichissement, ni sur le montant de celui-ci.

Toutefois il convient de ne pas attacher trop d'importance au fondement juridique donné à l'action. Ce que le demandeur voulait en définitive obtenir, c'est une compensation pour le travail fourni et les matériaux livrés. De fait, en réduisant ses conclusions à l'intérêt négatif, le recourant a manifesté qu'il entendait désormais réclamer de la défenderesse la restitution de son enrichissement. Or, si le demandeur a droit à cette restitution, on ne saurait l'obliger, parce qu'il a cru pouvoir se baser sur l'art. 83 CO, à intenter une nouvelle action pour parvenir à ses fins. Il est vrai que l'art. 80 OJ s'oppose à la présentation de nouvelles conclusions dans l'instance de réforme. Mais il s'agit ici moins d'une nouvelle demande que d'une nouvelle qualification des faits de la cause. Or le Tribunal fédéral apprécie librement la portée juridique des faits (art. 81 al. 2 OJ) ; il n'est pas lié non plus par la manière dont la Cour cantonale a jugé le litige. Il suffit, pour que l'action puisse être admise à un autre titre, que l'état de fait soumis au juge réponde aux conditions posées par les dispositions applicables (RO 45 II 449/50 ; 53 II 236/7). Or cette exigence est remplie en l'espèce.

Le principe de la restitution de l'enrichissement est acquis (consid. 1), en sorte qu'il importe peu que la défenderesse n'ait pu se prononcer à ce sujet. Quant au montant dû, il y aurait lieu, selon la règle, de renvoyer la cause à la Cour cantonale pour le déterminer. Ce renvoi n'est cependant pas nécessaire. Les premiers juges ne pourraient que tabler sur l'expertise ; or celle-ci permet d'emblée de fixer l'avantage obtenu par la défenderesse. Cet avantage correspond à la valeur des prestations fournies (achat des blocs, transports, travail de la pierre), soit, selon l'expert, 4041 fr. 50, dont il faut déduire un bénéfice normal de 25 %, soit 696 fr. 75. L'enrichissement ressort donc à 3444 fr. 75, somme à laquelle le demandeur a réduit ses conclusions. Il était loisible à la défenderesse de dis-

cuter ces chiffres dans le cadre de l'action en dommages-intérêts ; or elle ne l'a pas fait. (Le Tribunal fédéral expose ensuite que, selon les constatations de la Cour cantonale, la défenderesse profite effectivement des travaux exécutés.)

3. — La défenderesse étant débitrice envers Plaschy, au titre de l'enrichissement illégitime, d'une somme de 3444 fr. 75, il reste à savoir si le concordat obtenu par dame Grognoz sortit ses effets envers le demandeur et si par conséquent la créance de ce dernier doit être ramenée au 20 % de sa valeur nominale, soit à 668 fr. 95. On pourrait objecter à l'encontre d'une semblable réduction que, la résiliation ayant été notifiée deux mois seulement après l'homologation du concordat, la créance du chef de l'enrichissement n'a pris naissance qu'à ce moment-là et que, partant, elle ne serait pas soumise au concordat. Toutefois cette prétention a sa source dans un contrat qui a été conclu avant le concordat et qui a engendré alors une créance en paiement du prix de l'ouvrage, créance qui, à la vérité, n'était exigible qu'à la livraison de celui-ci (art. 372 CO). Les prestations qui ont perdu leur cause du fait de la résolution du contrat par l'entrepreneur et qui représentent l'enrichissement de la défenderesse, ont été effectuées avant l'homologation du concordat. Elles doivent normalement subir le même sort que les contrats qui étaient complètement exécutés au moment du concordat. Toute autre solution aurait pour conséquence par ex. qu'un fournisseur qui a partiellement exécuté pourrait, en différant sa déclaration de résiliation jusqu'après l'homologation du concordat, soustraire sa créance aux effets de celui-ci. Ce résultat n'est compatible ni avec la nature du concordat, ni avec l'équité.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est partiellement admis. L'arrêt attaqué est réformé en ce sens que la défenderesse est condamnée à payer au demandeur la somme de 668 fr. 95 avec intérêt à 5 % dès le 8 février 1937.