

ber zugibt, die Einschubung der Kreditanstalt in den Emissionsvorgang von der Generalversammlung lediglich als Formsache aufgefasst wurde. Das Generalversammlungsprotokoll sagt dies ausdrücklich, indem es auf die Vorschriften der Art. 615 und 618 OR hinweist. Ferner lässt es keinen Zweifel darüber bestehen, dass der Kreditanstalt effektiv nicht etwa die Rolle eines unabhängigen Zeichners und ebensowenig etwa die Rolle eines Treuhändlers der Aktionäre zugeordnet wurde. Es sagt vielmehr ausdrücklich, sie habe die Verteilung zu besorgen « gemäss besonderer Abmachung », d. h. entsprechend den Weisungen, die ihr von der Gesellschaft bzw. in deren Namen von der Verwaltung zukommen werden oder schon zugekommen seien.

Wollte aber die Generalversammlung durch die Einschubung der Kreditanstalt den Aktionären nicht ein besonderes, d. h. ein gegenüber der Einräumung eines Bezugsrechtes sichereres Recht einräumen, und werden die Ansprüche der Aktionäre bei Aktien-Emissionen übungsgemäss befristet, so darf auch im vorliegenden Falle unbedenklich angenommen werden, der Verwaltungsrat habe sich im Rahmen der ihm übertragenen Kompetenzen gehalten, als er das Recht der Aktionäre auf Zuteilung der neuen Aktien zeitlich limitierte.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Klage wird abgewiesen.

59. Arrêt de la 1^{re} section civile du 30 octobre 1921
dans la cause **Société Electrothermique Buchs-Zurich** contre
Comptoir d'Escompte de Genève, S. A.

Cautionnement d'une dette garantie par gage. La renonciation au bénéfice de discussion peut résulter de faits concluants.

Lorsqu'il est avéré que le gage est détruit, la caution ne peut opposer au créancier le bénéfice de discussion, mais doit faire valoir comme un moyen libératoire au fond l'exception tirée du fait que la destruction du gage est imputable au créancier.

A. — La Société anonyme « L'Oxylithe » à Levallois-Perret (France) a conclu les 17/19 avril 1917 avec la Société des Fours Electriques de Glattbrugg (Zurich), aux droits de laquelle se trouve la Société Electrothermique de Buchs-Zurich, avec siège à Lausanne, une convention aux termes de laquelle la Société des Fours Electriques vend à l'Oxylithe 4000 tonnes de carbure, livrables à raison de 300 tonnes par mois au minimum dès le 15 juillet 1917. Le prix était fixé à 450 fr. (argent suisse) la tonne, pris à la fabrique, sur wagon, emballé dans des bidons fournis par l'acheteur.

L'art. 4 de la convention stipule : « Les paiements se feront dans une banque suisse le 15 de chaque mois pour les fournitures de la dernière quinzaine du mois précédent et le 30 pour celles de la première quinzaine du mois. »

Art. 5 : « L'acheteur fournira chaque mois à la Société, dès le 1^{er} juillet 1917, et jusqu'à la fin du marché :

» a) le tonnage d'électrodes nécessaires à la fabrication du carbure faisant l'objet du présent marché... à 450 fr. la tonne, la consommation étant évaluée à 10-12 tonnes pour 300 tonnes de carbure ;

» b) 200 tonnes de coke français... à 700 fr. les 10 tonnes... ;

» c) tous les emballages gratuitement.

» Pour assurer la marche pleine et ininterrompue des fours, il constituera pour le 31 mai et entretiendra à la fabrique jusqu'après la fourniture de 3000 tonnes de carbure, un stock de 40 tonnes d'électrodes, 800 tonnes de coke et 5000 fûts à carbure de 100 kg. »

Art. 7 : « L'acheteur déposera, avant fin avril 1917, la garantie d'une banque suisse agréée par la Société, pour une valeur de 300 000 fr., qui garantira, avec les stocks, l'exécution du présent contrat, c'est-à-dire l'achat de 4000 tonnes de carbure dans les conditions stipulées. Cette garantie prendra fin après le paiement de la dernière fourniture. »

Art. 12 : « Les parties font élection de domicile au Greffe du Tribunal du District de Lausanne, qui sera compétent pour trancher toute difficulté. »

Dans une lettre du 7 août 1917, la Société Electrothermique de Buchs écrivit au Comptoir d'Escompte de Genève : « Nous avons été prévenus par M. Piaton, chargé du service commercial de l'Ambassade de France, à Berne, que M. Jaubert, au nom de la Société l'Oxylithe... a fait faire chez vous ou vous a chargé de faire un dépôt de garantie de 300 000 fr. à notre bénéfice... » Le 14 août le capitaine Piaton confirma que les banquiers de M. Jaubert « ont fait le nécessaire, pour le cautionnement prévu au marché, auprès du Comptoir d'Escompte ».

Le 18 septembre, le Comptoir d'Escompte informe la Société de Buchs qu'en effet ils examinent une demande de Mayer & C^{ie} à Paris tendant à ce qu'il fournisse à une maison suisse une garantie de 300 000 fr. La banque ajoutait en post-scriptum : « Pour gagner du temps, vous pourriez nous indiquer sous quelle forme vous désirez que cette garantie vous soit donnée. » L'Electrothermique répond le 27 septembre : « ...Il s'agit de nous donner sous votre garantie, l'assurance que 300 000 fr. argent suisse seront à notre disposition jusqu'à exécution complète du contrat qui nous lie à l'Oxylithe pour la livraison de 4000 tonnes carbure, soit au minimum pour un an,

de manière à nous garantir contre toute inexécution de clauses quelconques de ce contrat. » Le Comptoir d'Escompte exprime le 2 octobre à la Société de Buchs son regret de ne pas pouvoir lui fournir la garantie demandée, n'ayant pas encore obtenu de l'Oxylithe les sûretés voulues. Le 5 octobre la Société de Buchs manifeste à la banque son étonnement de ce que « l'affaire du cautionnement » ne soit pas réglée et le même jour elle insiste à ce sujet auprès de l'Oxylithe. Le 6 octobre, le Comptoir d'Escompte se déclare en principe d'accord de fournir le « cautionnement qui est subordonné à un engagement de MM. Mayer frères et de la Société l'Oxylithe... »

Le 17 octobre Mayer frères et l'Oxylithe écrivent au Comptoir : « Vous avez donné, sur notre demande, une garantie à la Société... de Buchs pour l'exécution d'un contrat intervenu entre la Société l'Oxylithe et la Société de Buchs, contrat d'après lequel une Banque suisse... doit garantir que l'Oxylithe achètera à la susdite Société 4000 tonnes de carbure pour une valeur de 300 000 fr., dans des conditions indiquées, cette garantie devant prendre fin après le paiement de la dernière facture.

» A notre tour, nous soussignons... vous donnons notre garantie conjointe et solidaire jusqu'à concurrence de 300 000 fr. pour toutes conséquences éventuelles de l'engagement que vous avez pris... »

Le 13 novembre 1917, le Comptoir d'Escompte mande à la Société Electrothermique :

« Ensuite de la fermeture de la frontière française, nous ne recevons qu'aujourd'hui la garantie que nous attendions de MM. Mayer frères et de la Société l'Oxylithe à Paris. En conséquence... nous nous portons garants vis-à-vis de vous à concurrence de la somme de 300 000 francs pour la bonne fin d'un marché que vous avez conclu avec la Société l'Oxylithe à Levallois-Perret. » La Société de Buchs accepta cette garantie par lettre du 16 novembre.

Le 31 décembre 1918, elle avisait le Comptoir d'Es-

compte, en se basant sur la lettre du 13 novembre 1917, « que l'Oxylithe ne tient d'aucune manière son marché. Outre le préjudice que cela nous cause, ... il nous est dû, pour marchandises livrées, 209 292 fr. 40 plus intérêts et soldes de peu d'importance. Un commandement de payer de cette somme est revenu sans opposition. Nous requérons donc la continuation de la poursuite et une saisie en vos mains. Il nous paraît cependant que votre garantie vous autorise à nous payer le montant dû, sans opposition. C'est ce que nous vous demandons. »

Le Comptoir d'Escompte communiqua cette lettre à l'Oxylithe en la priant de faire connaître ses intentions. L'Oxylithe télégraphia : « Vous conseillons surseoir à tous paiements, déclinons toute responsabilité, lettre suit. » Dans cette lettre, du 25 janvier 1919, elle écrit entre autres : « Nous n'avons nullement à faire opposition puisque, entre temps, nous avons eu la visite de M. Barraud (Société de Buchs) et nous nous sommes mis d'accord avec lui pour le règlement des sommes qui lui sont dues... Nous ne demandons pas mieux que de payer à la Société Electrothermique de Buchs les sommes que nous restons lui devoir, mais il y a un règlement de compte à effectuer et cette dernière ne s'y prête nullement. Si donc vous estimez avoir à payer une somme quelconque à la Société Electrothermique de Buchs, il est bien entendu que vous le ferez sous votre propre responsabilité et qu'en ce qui nous concerne, nous nous y opposons formellement... aussi longtemps qu'un règlement définitif de nos factures, ainsi que de nos approvisionnements qui ont disparu n'aura pas été fait. »

B. — Déjà le 16 novembre 1918, la Société de Buchs avait fait notifier à l'Oxylithe à son domicile élu, le Greffe du Tribunal de district de Lausanne, un commandement de payer (poursuite N° 68 784) pour la somme de 209 292 fr. 45, plus intérêts à 6%, due conformément aux « factures pour livraison de carbure d'après convention des 17/19 avril 1917 ». Aucune opposition ne fut

formée dans le délai porté à 20 jours. L'office des poursuites fut requis de saisir « en mains du Comptoir d'Escompte de Genève toutes sommes et valeurs revenant à la débitrice ». Le directeur de la Banque déclara que celle-ci « n'a rien et ne doit rien à la débitrice ». En conséquence et comme l'Oxylithe « ne possède rien rière Lausanne », l'office de cette ville délivra à la créancière le procès-verbal de saisie « pour valoir comme acte de défaut de biens, selon l'art. 115 L P, et pour le montant de 209 292 fr. 45 plus intérêts et frais ».

Basé sur cet acte de défaut de biens, l'avocat de la Société de Buchs mit, le 24 janvier 1919, le Comptoir d'Escompte de Genève « en demeure d'avoir à payer cette somme à ma cliente en conformité du cautionnement que vous lui avez donné ».

Par exploit du 11 mars 1919, la Société Electrothermique assigna le Comptoir d'Escompte devant le Tribunal de première instance de Genève en paiement : 1° de la somme de 209 292 fr. 45 avec intérêts dès le 10 octobre 1918 sur 83 552 fr. 10 ; dès le 25 octobre 1918 sur 30 514 fr. 80 ; dès le 10 novembre 1918 sur 95 225 fr. 55 jusqu'au 31 janvier 1919 ; sommes à imputer sur la garantie de 300 000 fr. du 13 novembre 1917, et sous toutes réserves pour le surplus de cette garantie ; 2° des intérêts au 6% dès le 1^{er} février 1919 jusqu'au jour du paiement du capital, intérêts à ne pas imputer sur la dite garantie de 300 000 fr.

La demanderesse concluait en outre à ce qu'il lui fût donné acte de ce qu'elle réservait tous ses droits sur la garantie de 300 000 fr. pour le montant non compris dans la condamnation requise sous chiffre 1.

La défenderesse a conclu à libération des fins de la demande.

C. — Par jugement du 5 août 1919, le Tribunal de première instance a admis :

a) que le Comptoir d'Escompte s'étant porté caution vis-à-vis de la Société de Buchs du marché faisant l'objet

de la convention du 19 avril 1917, il n'y avait pas lieu d'exiger de la demanderesse de plus amples justifications de son droit de poursuivre ;

b) que la notification du commandement de payer adressé à l'Oxylithe était régulière ;

c) que la Société de Buchs est en possession de marchandises (coke et électrodes) appartenant à l'Oxylithe, mais qu'il y a lieu de savoir si ces marchandises ont été fournies par l'Oxylithe avant le cautionnement du Comptoir d'Escompte (13 novembre 1917) ou en même temps ;

d) que le bénéfice de discussion dont la caution jouit (art. 495 CO) n'autorise pas celle-ci à exiger que l'Oxylithe, qui a élu domicile en Suisse, soit poursuivie préalablement ailleurs qu'en Suisse.

Le Tribunal a renvoyé la cause à l'instruction dans le sens indiqué sous lettre c ci-dessus.

La demanderesse a expliqué qu'avant le 13 novembre 1917, aucune fourniture de bidons ou d'électrodes n'avait été faite. En ce qui concerne le coke, elle a déclaré qu'au 24 mai 1918 elle avait reçu 740 tonnes 760 kilos, contingent qui était épuisé en août 1918 déjà, ainsi que les 155 tonnes fournies en juillet 1918. Elle a ajouté qu'elle avait payé ces fournitures par compensation.

La défenderesse a répondu que la demanderesse étant en possession de coke, électrodes et bidons, appartenant à la débitrice, l'acte de défaut de biens n'était pas régulier. Elle a invoqué une lettre de la demanderesse du 22 mai 1919 ainsi conçue : « Nous vous (l'Oxylithe) signifions qu'en vertu de l'art. 7 de notre contrat, les stocks que nous avons, et qui ont été constitués par vous, devant servir à l'exécution du marché et à le garantir, nous en prendrons livraison aux prix conventionnels pour le coke et au prix courant actuel de 10 fr. pour les bidons qui ne sont pas évalués dans la convention, de

327 tonnes 586 coke à 70 fr.	Fr. 22 931
2900 bidons à 10 fr.	» 29 000
	<hr/> Fr. 51 931

que nous portons en compte sur l'indemnité de résiliation.

» Nous avons maintenant recommencé la fabrication de façon à diminuer le dommage... »

L'avocat de l'Oxylithe (M^e Baudat) répondit le 4 juin 1919 que sa cliente « vous conteste le droit de « prendre » livraison » des stocks de coke et de bidons qu'elle a constitués chez vous et qui sont sa propriété... vous avez un droit de gage sur eux... mais rien de plus... Ma cliente ne retient de votre lettre du 22 mai écoulé que votre aveu que les approvisionnements constitués par elle représentent 327 t. 586 kg. de coke et 2900 bidons. »

Par jugement du 10 décembre 1919, le Tribunal a acheminé le Comptoir d'Escompte à prouver que la demanderesse détenait des stocks appartenant à la débitrice. Une série de témoins ont été entendus :

Alphonse Gautschi, directeur de la Société de Buchs, a déclaré : Jusqu'au 13 novembre 1917, l'Oxylithe a livré 740 t. 760 kg. de coke, en juillet 1918 elle a fourni 155 t. 90 kg. Depuis le 31 juillet nous n'avons plus reçu de coke de l'Oxylithe. Jusqu'au 1^{er} septembre 1918 nous avons utilisé 1019 tonnes de coke, par conséquent le coke livré par l'Oxylithe a été utilisé. Du 1^{er} août 1918 à décembre 1918 nous avons reçu d'autres côtés 690 t. de coke. Au 31 décembre 1918 nous n'avions plus que 41 tonnes. La fabrique fut fermée au milieu de décembre. L'Oxylithe n'a livré en tout que 895 t. 850 kg. de coke. De juillet à novembre nous avons livré à l'Oxylithe 710 t. 350 kg. de carbure = 567 t. 480 kg. de coke.

Marthaler, chef de gare à Buchs, a confirmé qu'en décembre 1918, lorsque la fabrique fut fermée, il y avait encore au plus 35 à 40 tonnes de coke en magasin.

Robert Schmid, employé de bureau, a fait la même déclaration.

Bernasconi, chef de four, s'est prononcé dans le même sens. La fabrique dut fermer faute de coke et faute de courant.

Georges Jaubert, administrateur-délégué de l'Oxylithe,

a déclaré que cette société a remis 925 t. 100 kg. de coke et a reçu 711 tonnes de carbure, laissant ainsi un stock de coke de 356 tonnes à Buchs.

Eugène Sellier, employé de l'Oxylithe, a également affirmé qu'à la terminaison du contrat il devait rester en stock à la Société de Buchs : 365 t. de coke, 26 t. d'électrodes et 2649 bidons.

Par jugement du 30 août 1920, le Tribunal a déclaré irrecevable la demande et renvoyé la Société de Buchs à mieux agir. Il considère que, par sa lettre du 22 mai 1919, la demanderesse a reconnu qu'elle détenait des stocks de coke et des bidons. L'acte de défaut de biens n'est, dès lors, pas opposable au Comptoir d'Escompte. La demanderesse aurait dû faire réaliser régulièrement le gage qu'elle détenait. Faute de l'avoir fait, elle n'est pas en droit de s'adresser actuellement à la caution.

D. — Sur appel de la Société Electrothermique, la Cour de Justice civile du canton de Genève a constaté que la créancière, n'ayant pas jusqu'ici régulièrement réalisé les biens qu'elle détenait ou devait normalement détenir de la débitrice, n'est pas en droit de poursuivre actuellement le Comptoir d'Escompte. En conséquence, la Cour a confirmé le jugement du 30 août 1920.

E. — Contre cet arrêt, rendu le 19 avril 1921, la demanderesse a recouru en réforme au Tribunal fédéral ; elle reprend ses conclusions tendant à ce que la défenderesse soit condamnée à lui payer la somme de 209 292 fr. 40 avec accessoires de droit et à ce qu'il lui soit donné acte des réserves prises en première et deuxième instances au sujet du surplus de la garantie et des intérêts qu'elle entend réclamer au Comptoir en plus de la garantie de 300 000 fr.

La défenderesse a conclu au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt attaqué.

Considérant en droit :

1. — Le recours est recevable, car l'arrêt de la Cour

de Justice civile constitue « un jugement au fond rendu par la dernière instance cantonale » (art. 58 OJF) en ce sens qu'il déclare que la prétention de la demanderesse n'existe pas actuellement contre la défenderesse et que celle-ci ne pourra être poursuivie qu'une fois les conditions de l'art. 495 CO réalisées, ce qui n'est pas le cas pour le moment.

2. — Une première question qui se pose quant au fond est celle de savoir si l'art. 495 CO trouve son application en l'espèce.

La garantie à fournir par le Comptoir d'Escompte pour l'exécution du marché du 17/19 avril 1917 a été donnée sous forme d'un cautionnement et non pas d'un accreditif proprement dit comme le prétend la demanderesse. La banque défenderesse ne s'est pas engagée envers la demanderesse à payer sur présentation des factures une somme déterminée ; elle a assumé une obligation accessoire ; elle a garanti « la bonne fin » du marché et elle ne peut être tenue de payer que le montant dû par la débitrice principale jusqu'à concurrence de 300 000 fr.

Mais quelle est la nature de ce cautionnement ? L'instance cantonale admet qu'il s'agit d'un cautionnement simple permettant à la caution d'invoquer le bénéfice de discussion.

Il est exact que la lettre au Comptoir d'Escompte du 13 novembre 1917 ne renferme pas le mot de « solidaire », mais cela n'est pas décisif. Il n'est point nécessaire que la caution prenne expressément la qualification de caution solidaire, de codébiteur solidaire, etc., pour que le créancier puisse la poursuivre avant de s'adresser au débiteur principal et de réaliser ses gages. Il suffit que la caution renonce au bénéfice de discussion, et cette renonciation peut résulter de faits concluants.

La lettre du 13 novembre 1917 ne doit donc pas être examinée isolément, mais à la lumière de l'ensemble des circonstances dont elle constitue l'aboutissement.

A cet égard, il résulte du dossier : que le 18 septembre

1917 le Comptoir a demandé à la Société de Buchs « sous quelle forme » elle désirait recevoir la garantie ;

que le 27 septembre la demanderesse a déclaré : « il s'agit de nous donner sous votre garantie, l'assurance que 300 000 fr. argent suisse seront à notre disposition jusqu'à exécution complète du contrat, ... de manière à nous garantir contre toute inexécution de clauses quelconques de ce contrat » ;

que la banque défenderesse n'a fait aucune objection à cette définition de la garantie, mais a simplement subordonné son engagement à des garanties que l'Oxylithe et Mayer frères devaient lui fournir et lui ont fournies.

Dès lors, en se portant le 13 novembre 1917 garante à concurrence de 300 000 fr. pour la bonne fin du marché, la défenderesse a dû vouloir dire que cette somme en argent suisse était à la disposition de la demanderesse jusqu'à complète exécution du contrat et de toutes les clauses du contrat. Pareille garantie ne se concilie pas avec le bénéfice de discussion. Son but était de donner à la demanderesse l'assurance que le contrat sera exécuté en Suisse, où les paiements étaient stipulés payables dans une banque suisse tous les quinze jours (art. 4 du contrat du 17 avril 1917). La demanderesse ne voulait pas s'exposer à devoir poursuivre un débiteur domicilié à l'étranger et qui ne possédait pas en Suisse des biens suffisants pour couvrir la créance. Ce que la demanderesse voulait, c'est de pouvoir s'adresser directement à la banque suisse garante, pour obtenir le paiement de ses livraisons à l'Oxylithe, et l'ensemble des circonstances montre que c'est bien une semblable garantie — analogue économiquement sinon juridiquement à un accreditif — qui lui a été fournie.

Le fait que, par surcroît de précaution, la demanderesse a poursuivi tout d'abord l'Oxylithe qui avait élu domicile en Suisse, n'implique pas renonciation à son droit d'actionner directement le garant, et le fait qu'au cours du procès elle a parlé au début de cautionnement

simple ne constitue pas non plus une renonciation ; c'est une erreur de droit qui ne modifie pas les faits dont il appartient au juge d'apprécier la portée juridique.

Le cautionnement contracté par la défenderesse ne lui donnant pas le bénéfice de discussion, l'instance cantonale a rejeté à tort la demande comme irrecevable actuellement. Elle aurait dû au contraire, sans renvoyer la demanderesse à mieux agir, statuer sur le fond du litige, soit sur la question de savoir si la demanderesse possède en définitive contre l'Oxylithe une créance, et laquelle, garantie par le Comptoir d'Escompte, celui-ci pouvant opposer à la demande les exceptions appartenant à la débitrice.

3. — Mais voulût-on même admettre l'existence d'un cautionnement simple donnant en principe à la défenderesse le bénéfice de discussion, que le recours n'en devrait pas moins être admis et la cause renvoyée à l'instance cantonale pour statuer sur le fond du débat.

En vertu de l'art. 495 le paiement peut être exigé de la caution simple si le débiteur a été l'objet de poursuites demeurées infructueuses sans la faute du créancier. Dans la présente espèce, la demanderesse a exercé des poursuites au domicile élu de la débitrice, elle a fait opérer la saisie en mains du Comptoir d'Escompte avec lequel elle était fondée à supposer que l'Oxylithe avait des rapports et elle a obtenu un acte de défaut de biens sans que l'Oxylithe eût formé opposition ou porté plainte. Tout le débat se ramène donc à la question de savoir s'il y a eu faute de la part du créancier, cette faute ne pouvant consister que dans le fait d'avoir omis de « se payer sur les gages » garantissant la créance (art. 495 al. 2 CO).

La poursuite en réalisation de gage n'est introduite que lorsque le créancier le demande expressément. L'office des poursuites n'a pas à examiner si les conditions légales de la poursuite spéciale sont réunies. C'est le débiteur qui a la faculté de porter plainte à l'autorité de sur-

veillance et de faire renvoyer le créancier à la réalisation du gage lorsqu'il a requis en lieu et place de celle-ci la poursuite ordinaire. Si le débiteur ne le fait pas — et en l'espèce il n'y a pas eu plainte — il est réputé avoir renoncé à l'exception tirée de l'art. 41 al. 1^{er} LP (cf. JAEGER, Commentaire LP, note 2 sous art. 41). La caution, elle, ne peut pas se plaindre à l'autorité de surveillance de ce que la poursuite ordinaire a été introduite ; elle ne peut qu'opposer au créancier, lorsqu'il l'attaque, l'exception tirée de l'art. 495 CO, et il lui incombe de prouver qu'il existe en réalité un gage au profit de la créance sur laquelle se fonde l'action. En effet, le fardeau de la preuve est ainsi réparti : le créancier doit établir les poursuites infructueuses (et la demanderesse a fait cette preuve) ; la caution doit démontrer l'existence d'une faute par lui commise (cf. HAFNER, note 5 sur art. 493 CO ancien).

Cette preuve, la défenderesse ne l'a pas rapportée. Il résulte en effet des preuves testimoniales intervenues que les stocks de coke constitués par l'Oxylithe à Buchs étaient épuisés avant que la demanderesse eût intenté les poursuites contre la débitrice. Les déclarations de Gautschi, corroborées par celles de Marthaler, Schmid et Bernasconi, sont positives à cet égard. A la fin de l'année 1918, la Société demanderesse a dû fermer la fabrique, faute de coke et de courant. Il ne lui restait qu'environ 40 tonnes et cette quantité ne provenait pas de l'Oxylithe. Le gage n'existant plus, on ne saurait reprocher au créancier de ne pas avoir cherché à se payer tout d'abord sur le dit gage. Quant à la question de savoir si la consommation des stocks appartenant à l'Oxylithe implique une faute de la part de la demanderesse et si, dès lors, la caution n'a pas à supporter les conséquences de la destruction réelle des gages mais est au contraire libérée jusqu'à concurrence de la valeur du gage annulé par la faute du créancier, c'est une question de fond et non de mode de la poursuite (cf. ROSSEL, Manuel droit des obligations 2^e édit. tome I n° 883, p. 578).

Reste la lettre du 22 mai 1919. Interprétée à la lumière des circonstances relevées plus haut, elle signifie simplement qu'ayant utilisé les stocks livrés par l'Oxylithe, la demanderesse lui tenait compte de leur valeur en portant à son crédit une somme correspondante. C'est ce qu'elle a exprimé par les mots « nous en prenons livraison » et « nous portons en compte ». Elle a ainsi reconnu une dette et non pas l'existence d'un gage.

Quel que soit dès lors le point de vue auquel on se place, l'instance cantonale n'aurait pas dû renvoyer la demanderesse à mieux agir, mais statuer définitivement sur le bien fondé de la demande.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est admis dans ce sens que l'arrêt attaqué est annulé et la cause renvoyée à l'instance cantonale, pour statuer au fond, ce nouveau jugement devant également porter sur la question de la condamnation aux frais et dépens.

Siehe auch Nr. 48. — Voir aussi n° 48.
