

## BGE 62 II 118

Bundesgericht (BGE), 1936-01-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_62\\_II\\_118](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_62_II_118)

FR: ATF 62 II 118

IT: DTF 62 II 118

### Volltext

HS Obligationenrecht. No 31. 31. Arrêt, de la Ire Section civile du 97 mai 1936 dans la cause Blum contra Jor. YVII. Art. 110 et 505 CO. - Art. 1er et 827 CC. Lorsque la dette est garantie a. la fois par un gage et par un cautionnement. la subrogation instituee par les art. 110 CO et 827 CC ne s'etend qu'a la creance principale a l'exclusion du droit accessoire resultant du cautionnement. A. - En automne 1921, Louis Blum fils dont la situation financiere etait difficile mais peu connue, et pour lequel son pere Emile Blum avait deja assume quelques engagements peu importants, prit a ferme des montagnes appartenant a la Commune de Chateau-d'Oex (la « Succession Henchoz », une fondation ayant une personnalité juridique et administree par la Municipalite de Chateau-d'Oex. Le bail, garanti par le cautionnement solidaire d'Emile Blum et d'Arthur Jorjayvaz, s'est termine en 1924. Le fermage de 1922 n'a pas ete paye ; pour le garantir Louis Blum et ses cautions souscrivirent une cedula de 8200 fr. Le fermage de 1923 fut acquitte avec l'aide d'Emile Blum. Quant a celui de 1924, il a ete paye par le produit de la vente des biens du debiteur en 1925 et par des versements des cautions (environ 2900 fr. pour chacune d'elles a la fin de 1925 ou au debut de 1926). La bailleuse n'avait pas fait valoir son droit de retention lors de la poursuite. . A la fin de l'annee 1924, Louis Blum reprit a bail ces memes montagnes, avec le cautionnement solidaire de son frere et de son pere. Jorjayvaz ne cautionna pas ce nouveau bail. La bailleuse reclama, a cette epoque, le paiement du fermage echu de 1924 et le remboursement de la cedula de 8200 fr. (fermage de 1922). Le 27 janvier 1925, Jorjayvaz, Emile et Louis Blum demanderent au gerant de la Succession Henchoz un delai jusqu'a la fin du mois de septembre 1925 pour solder les 8145 fr. dus sur l'amodiation. A cette epoque, Blum fils Obligationenrecht. No 31. H9 etait sous le coup de nombreuses poursuites et son pere dut lui venir en aide. Ainsi, le 1er avril 1925, il se constitua debiteur de la Succession Henchoz pour la somme de 8200 fr. a cinq ans, « valeur en pret » d'une cedula de pareil montant ... ». En garantie, Blum pere constituait une troisieme hypothec sur ses immeubles - il n'etait plus caution - et Jorjayvaz se portait caution solidaire. Le notaire qui instrumenta l'acte doolara qua la Municipalite de Chateau-d'Oex estimait les garanties reelles de Blum pere suffisantes. A l'extinction de la dette, le 1er avril 1930, Emile Blum et Jorjayvaz, tous deux qualifies de « cautions solidaires », furent avises. Le 24 juillet la creanciere poursuivit le debiteur en realisation du gage. Tandis que Blum fils reconnut la totalite de sa dette, son pere fit opposition pour 4100 fr. Poursuivi en paiement de 8200 fr., Jorjayvaz ouvrit action en liberation de dette apres mainlevee de son opposition. Emile Blum paya alors 8968 fr. 80 a la creanciere qui le subrogea dans ses droits en lui donnant quittance. A la suite de ce paiement, l'hypothec grevant les immeubles d'Emile Blum fut radiee et Jorjayvaz s'est desistee de son action. B. - Par exploit du 5 mars -1931, Emile Blum assigna Arthur Jorjayvaz en paiement de 8968 fr. 80 avec interet a 5 % des le 20 decembre 1930. Il soutient qua le defendeur, en sa qualite de caution solidaire de la reconnaissance de dette du 1er avril 1925, est tenu, en vertu de l'art.

HO, n° 1, CO, de lui rembourser la somme qu'il a .du payer pour degrever ses immeubles. Le defendeur 80 conelu au rejet de la demande. La Cour civile vaudoise lui a donne raison par jugement du 18 fevrier 1936 contra laquelle demandeur a recouru en reforme au Tribunal fedem, reclamant paiement de 7175 fr. 05, subsidia.irement de 6968 fr. 80. L'intime 80 conelu au rejet du recours. 120 Obligationenrecht. No 31. Considerant en droit :

1. - Il n'est pas etabli que le demandeur ait promis au defendeur de le decharger de tous risques afferents a sa garantie personnelle. Ce fait, constate par la Cour<. civile de maniere a lier le Tribunal federal, est acquis au debat. Les parties ne discutent pas la qualite de tiers subroge appartenant au demandeur, selon l'art. HO CO (dont l'art. 827 CC n'est qu'une application particuliere), tant a l'egard du debiteur principal qu'a l'egard de la caution solidaire. Avec raison. Ce point est prejugé par l'arret RO 53 11 p. 29. Le litige porte uniquement sur Je bien fonde du recours du constituant du gage contre la caution solidaire pour la somme payee par Je. premier afin de degrever ses im- meubles. 2. - L'art. 110 CO subroge d'une maniere generale dans les droits du creancier le proprietaire du gage qui paie la dette en lieu et place du debiteur insolvable. L'art. 827 CC en fait autant en matiere immobiliere. L'art. 505 CO institue la subrogation en faveur de la caution. La subro- gation entrainant le transfert des droits accessoires comme du principal (art. 170 CO), le conflit entre les subroges est inevitable lorsque la dette est garantie a 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 resoudre 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 preference au proprietaire du gage constitue pour la dette d'autrm. Cette solution n'a pas de defenseurs en Allemagne ni en Suisse (cf. SEILER, Regressrecht der Bürgen, these Zurich, 1924, § 18 p. 80 a 83). La Cour civile a prefere la caution. Le recourant voudrait faire admettre le partage des risques. Il convient de se rallier a la maniere de voir de la Cour civile, fondee plus particulierement sur l'avis de v. TUHR Obligationenrecht. XO 31. 121 (Zum Regress des Bürgen, Z. f. S. R. 1923 p. 116 et sv.), suivi par OSER (2e edit. p. 588), SEILER (op. cit. § 18), TOBLER (Der Schutz des Bürgen, these 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 Iegis- lateur a voulu proteger plus particulierement la caution pour lui permettre de mieux remplir sa fonction econo- mique. Il a marque cette sollicitude envers la caution en obligeant le creancier qu'elle paie a lui « transferer les srnetes dont il jouit » (art. 510 II), a l'aider a ( { realiser les gages dont il est nanti » (art. 508) et surtout en lui defendant de diminuer au prejudice de la caution les suretes consti- tuees lors du cautionnement (art. 509). La loi ne statue rien de semblable en faveur du proprietaire du gage. En outre, le principe de la subsidiarite du cautionnement simple (art. 495) perdrait toute valeur pratique si le pro- prietaire 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 etre appelee a sacrifier tous ses biens. Pour ces differentes raisons, il y a lieu de decider, en vertu de l'art. jer ce, que la subrogation instituee par les art. 110 CO et 827 CC ne s'etend qu'a la creance principale a l'exclusion du droit accessoire resultant du cautionnement. Cette solution a d'ailleurs ete approuvee par les deux rapporteurs MM. Stauffer et Henry lors de l'assemblee de la Societ8 suisse des juristes de 1935 (rapports p. 110a a 118a et 186a a 187a sur la question : « La revision de la Iegislation en matiere de cautioilllement »).
4. - La solution intermOOiaire, preconisee par le de- mandeur, a de nombreux adherents en France et en Allemagne (v. v. TUHR, op. cit. p. 118, Roos, über die Subrogation nach schw. Recht, these

Berne 1928, p. 119 et 120). En Suisse elle n'est défendue que par ce dernier auteur. Il estime inévitable de ne pas répartir la perte, cite DEMOLOMBE (p. 122) et croit trouver un appui chez 122 Obligationenrecht. Xo 31. EECKER (art.: II O 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 au 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 de laquelle 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 l'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 Obligationenrecht. Xo 31. 123 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 I. 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'intime 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'intime 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<sup>er</sup> avril 1925 a

remplace son cautionnement par 124 Obligationenrecht. No 31. la Collistitutl<1;11 d'hypothèque, le défendeur, lui, restant caution solidaire. Cet argument est sans force en présence des constatations du juge du fait d'après laquelle 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, dut, 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 notarial 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.

j. r I Prozessrecht. N° 32. IV. PROZESSRECHT PROCEDURE 32. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung 125 vom 9. Juni 1986 i. S. Konkursmasse der Hau-Dieselmotoren A.-G. gegen Ha.u Kotorenfabrik G.m.b.H. Ö r t I c h e R e c h t s a n w e n d u n g. Massgebend ist der Parteiwille beim Geschäftsabschluss; die Verweisung im Prozess bildet lediglich ein Indiz dafür, was die Parteien beim Geschäftsabschluss gewollt haben. Bedeutung des Erfüllungs- ortes 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 richtiger- weise 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 Partei- willen beim Geschäftsabschlusse entspricht (vgl. u. a. BGE II 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,

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.