

Insolvenz des Lehmann noch (wie geschehen) nachträglich in der Replik habe angetreten werden dürfen. Die Vorinstanz weist also die in Rede stehende Einwendung des Beklagten aus rein prozessualischen Gründen zurück, weil dieselbe nicht in der prozessmäßigen Form sei geltend gemacht worden, indem sie davon ausgeht, daß der Beklagte, wenn er den fraglichen Einwand habe vorbringen wollen, nach § 145 und 147 der bernischen Zivilprozessordnung nicht einfach auf Abweisung der Klage habe antragen dürfen, sondern einen (nach § 148 C.-P.-O. beim Haupturtheile als Vorfrage zu behandelnden) besondern Schluß auf einstweilige Zurückweisung des klägerischen Anspruches hätte stellen sollen. Diese Entscheidung entzieht sich der Nachprüfung des Bundesgerichtes, da dieselbe ausschließlich auf Anwendung des kantonalen Prozessrechtes beruht. Es ist allerdings richtig, daß es bei Belangung des Nachbürgen an sich Sache des Gläubigers ist, die Insolvenz des Vorbürgens zu behaupten und zu beweisen, allein eben so richtig ist, daß darüber, welche Folgen prozessualische Unterlassungen nach sich ziehen, ausschließlich das kantonale Prozessrecht zu bestimmen hat. Nach der Annahme des Vorderrichters muß nun aber nach bernischem Prozessrechte der Beklagte, welcher einen Anspruch als verfrüht bestreiten will, eine fristliche Einrede in Form eines besondern, auf einstweilige Zurückweisung lautenden Schlusses erheben; wenn er es unterläßt, ein solches besonderes Begehren zu stellen und einfach auf Abweisung der Klage anträgt, so wird nach der vom bernischen Richter der bernischen Prozessordnung gegebenen Auslegung so verfahren, wie wenn auf sämtliche dilatorische Einwendungen verzichtet wäre und der Richter hat nur noch darüber zu entscheiden, ob die Klage sofort gutzuheißen oder aber definitiv abzuweisen sei. Ob diese Auslegung des bernischen Prozessrechtes dem Inhalte desselben entspreche, hat das Bundesgericht, wie bemerkt, nicht zu prüfen. Mit geltendem Bundesrechte steht eine Regel des angegebenen Inhaltes, mag sie auch noch so sehr als formalistisch erscheinen, nicht im Widerspruch.

7. Wenn endlich der Beklagte sich noch dagegen beschwert hat, daß der klägerische Zinsenanspruch vom 7. Juli 1887 an gutgeheißen worden sei, so ist diese Beschwerde jedenfalls unbegründet.

Die Schuld, für welche der Beklagte sich verbürgte, war ja eine verzinsliche und es haftete daher der Beklagte gemäß Art. 499 Absatz 3 O.-R. nicht nur für Zögerungszinse von Zeit des Verzugs, sondern für vertragsmäßige Zinsen von Zeit der Begründung der Schuld (7. Juni 1887) an.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 1. März 1889 sein Bewenden.

58. Arrêt du 17 Mai 1889 dans la cause masse Bourquin contre masse Augsburgger.

Statuant par arrêt du 18 Mars 1889 sur le litige pendant entre parties, la Cour de Justice civile de Genève a prononcé la réforme du jugement de première instance rendu par le Tribunal de commerce, en ce sens que la faillite Bourquin est reconnue propriétaire des marchandises saisies à sa requête au domicile d'Augsburger suivant procès-verbal du 10 Mars 1888, — l'a déboutée du surplus de ses conclusions et dit que la faillite Augsburgger est fondée à exercer un droit de rétention sur les dites marchandises à concurrence des sommes dont elle justifiera être créancière de l'appelante et condamne celle-ci aux dépens de première instance et d'appel.

La faillite Bourquin recourt contre cet arrêt au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise :

1° Confirmer l'arrêt de la Cour de Genève du 18 Mars 1889 en tant qu'il a déclaré la faillite Bourquin propriétaire des montres revendiquées.

2° Le réformer en tant qu'il a déclaré la faillite Augsburgger créancière de la faillite Bourquin et lui a conféré un droit de gage ou de rétention sur les montres saisies.

Réserver à la faillite Bourquin tous ses droits pour régler compte avec la faillite Augsburg, et pour y produire ; débouter la faillite Augsburg de toutes conclusions contraires, la condamner dans tous les cas, et même si l'arrêt attaqué était maintenu au fond, en tous les dépens de première instance et d'appel ; la condamner en outre à payer à la recourante un émolument de 100 fr. pour dépens par devant le Tribunal fédéral.

La faillite Augsburg, par l'organe de son conseil, a conclu au rejet du recours et au maintien de l'arrêt attaqué.

*Statuant en la cause et considérant*

*En fait :*

1° Edouard Bourquin, fabricant d'horlogerie à Fleurier, a, sur les offres de services qui lui étaient faites par Paul Augsburg, négociant à Genève, chargé celui-ci de le représenter dans cette ville et il fut convenu entre les parties que Bourquin enverrait des montres en commission à Augsburg, qui les vendrait pour son compte moyennant une commission sur le prix de vente.

Ensuite de cette entente, Bourquin envoya, dès le mois de Novembre 1886, des montres diverses en or, argent et métal, ainsi que des étuis pour une valeur d'environ 20 000 fr. au sieur Augsburg, en consignation, c'est-à-dire aux fins de les vendre en commission. Augsburg vendit en effet une partie considérable de ces marchandises, en perçut le prix et devint ainsi débiteur de Bourquin.

En revanche, Augsburg souscrivit à l'ordre de Bourquin un grand nombre de billets de complaisance, pour une somme de plus de 25 000 fr., effets portant la mention « Valeur reçue en marchandises » et que Bourquin mit en circulation.

Le 13 Février 1888, Bourquin fut déclaré en faillite, et suivant procès-verbal du 10 Mars 1888, le syndic de cette faillite a fait saisir au domicile d'Augsburg toutes les montres que ce dernier avait en sa possession et provenant de Bourquin. Augsburg opposa à cette demande qu'il était devenu propriétaire des montres saisies pour les avoir payées avec des billets qu'il avait souscrits à l'ordre de Bourquin ;

Augsburger ajouta qu'il avait vendu les autres montres et que s'il avait pu prévoir la mesure dont il était l'objet, on n'aurait pas retrouvé celles sur lesquelles a porté la saisie.

La faillite Bourquin assigna en même temps Augsburg devant le Tribunal civil de Genève, aux fins de faire reconnaître la validité de la saisie et le droit de propriété de la dite faillite sur les montres saisies. Augsburg opposa à cet exploit, en se prétendant également propriétaire des mêmes objets. Par jugement du 10 Novembre 1888, le Tribunal civil se déclara incompétent pour trancher la question de propriété des montres en litige.

Augsburger étant aussi tombé en faillite dans l'intervalle, la faillite Bourquin ouvrit action à la faillite Augsburg devant le Tribunal de commerce de Genève, concluant, — attendu que les montres saisies proviennent sans conteste de Bourquin, que Augsburg a reconnu qu'elles n'étaient qu'en consignation entre ses mains et appartenaient à Bourquin, le dit Augsburg n'ayant payé aucun des billets de complaisance souscrits par lui et se trouvant débiteur de la faillite Bourquin de plus de 15 000 fr., — à ce qu'il plaise au dit Tribunal prononcer que les marchandises énumérées dans l'exploit introductif d'instance sont la propriété de la faillite Bourquin, qui en reprendra immédiatement la libre disposition et jouissance, condamner au besoin la faillite Augsburg à les lui restituer dans les 48 heures du jugement à intervenir, et ce à peine de 100 fr. de dommages-intérêts pour chaque jour de retard.

La faillite Augsburg contesta le bien-fondé de la saisie, attendu que les marchandises revendiquées sont sa propriété et forment la contre-partie de moins du tiers des billets de change souscrits par Augsburg à Bourquin ; que de l'avenue de Bourquin, consignés dans plusieurs lettres, les marchandises expédiées par lui à Augsburg devaient être vendues par ce dernier pour servir à l'acquittement des échéances, que si Augsburg a commis la faute de ne pas garder constamment par devers lui assez de marchandises pour se couvrir du montant des billets souscrits par lui, il serait injuste de le

dépouiller encore des 7000 fr. environ qu'il avait en mains, alors qu'il a souscrit à l'ordre de Bourquin pour 24 851 fr. 05 de billets, dont le montant a été touché par ce dernier, et fait l'objet des réclamations des créanciers de Bourquin à la masse Augsburger. Fondée sur ces motifs, la faillite Augsburger a conclu au déboutement de la demanderesse et à ce que celle-ci soit condamnée à lui payer 500 fr. à titre de dommages-intérêts.

Par jugement du 24 Janvier 1889, le Tribunal de commerce a débouté la demanderesse de ses conclusions, estimant que les arrangements intervenus entre parties doivent être interprétés dans le sens de la constitution d'un droit de gage, concédé à Augsburger par Bourquin sur les montres en litige et ce comme garantie ou couverture des effets de complaisance souscrits par le premier.

La faillite Bourquin ayant appelé de ce jugement, la Cour de Justice l'a réformé ainsi qu'il a été dit plus haut, par les motifs suivants :

L'appel soulève les deux questions ci-après, à savoir :

1° Augsburger est-il devenu propriétaire des marchandises saisies pour avoir souscrit des billets de change à l'ordre de Bourquin ?

2° A défaut du droit de propriété auquel il prétend, le Tribunal de commerce a-t-il pu lui reconnaître un droit de gage ou de rétention sur les dites marchandises ?

Sur la première question, il est intervenu entre les parties un contrat de commission et il résulte du dossier que jamais il n'a été dans l'intention d'Augsburger de payer par ses billets de complaisance les marchandises qu'il avait reçues de Bourquin et qu'il déclare n'avoir détenues qu'en consignation. Dans cette situation, la faillite Augsburger ne peut prétendre être devenue propriétaire des dites montres.

Sur la seconde question, les porteurs des billets susdésignés en réclament le paiement à Augsburger, et ils sont intervenus de ce chef dans sa faillite pour la somme de 24 851 fr. 05. Dans l'intention de Bourquin, et aux termes de nombreuses pièces du dossier, la possession des montres

par Augsburger devait garantir celui-ci le paiement à leur échéance des billets que Bourquin lui faisait souscrire. Par suite, la masse Augsburger est fondée à faire valoir contre la masse Bourquin le droit de rétention qui résulte de l'art. 224 C. O. Peu importe que la faillite Augsburger n'ait pas invoqué ce droit, les juges n'étant pas limités dans leur appréciation des droits des parties aux seuls moyens qu'elles invoquent.

Toutefois les premiers juges, en décidant que la faillite Augsburger avait un droit de rétention sur les marchandises saisies, n'auraient dû débouter la faillite Bourquin que de la partie de ses conclusions tendant à faire prononcer qu'elle en reprendrait la libre disposition.

C'est contre cet arrêt que la faillite Bourquin a recouru, concluant comme il a été dit plus haut.

*En droit :*

2° La compétence du Tribunal fédéral en la cause ne peut faire l'objet d'aucun doute. La valeur des montres litigieuses, objets de la saisie de la faillite Bourquin, est évaluée par la défenderesse, dans sa réponse au Tribunal de commerce, à la somme de 7000 fr. environ, et il ne résulte point du dossier que cette affirmation ait jamais été contredite : il y a donc lieu d'admettre que la valeur du litige devant la dernière instance cantonale était en tout cas supérieure à 3000 fr. En outre, en dehors des points de procédure dont il sera fait mention plus loin, les questions principales que soulève le procès et sur lesquelles l'arrêt dont est recours a statué, appellent l'application du Code fédéral des obligations. Ainsi se trouvent réalisées les conditions desquelles l'art. 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale fait dépendre la compétence du Tribunal de céans.

3° La Cour de Justice a prononcé que la défenderesse n'avait aucun droit de propriété sur les marchandises saisies, lesquelles appartenaient à la masse Bourquin. La faillite Augsburger n'ayant point recouru au Tribunal fédéral contre cette décision et ayant au contraire, dans son écriture du 1<sup>er</sup> Mai courant, déclaré expressément conclure au maintien de l'arrêt attaqué, il n'y a plus lieu de statuer, dans l'instance

actuelle, sur cette question de propriété. Cette question n'eût d'ailleurs pas été susceptible d'une solution différente de celle qu'elle a reçue de la Cour cantonale, attendu qu'il n'est aucunement établi par la correspondance et par les pièces produites, que le sieur Augsburger ait jamais acheté la marchandise consignée entre ses mains, ni qu'il l'ait payée au moyen des lettres de change souscrites par lui. L'arrêt de la dite Cour doit donc continuer à sortir son effet sur ce point.

4° Le Tribunal de commerce, dans les considérants de son jugement, avait admis en faveur de la défenderesse un droit de gage sur les montres saisies en ses mains et repoussé toutes les conclusions de la demande en se fondant sur ce motif. L'arrêt de la Cour, toutefois, n'a plus reconnu l'existence d'un semblable droit de gage, mais seulement un droit de rétention, à teneur de l'art. 224 C. O., sur les dites marchandises jusqu'à concurrence des sommes dont la demanderesse justifiera, après compte fait entre parties, être créancière de sa partie adverse. La défenderesse s'étant bornée, ainsi qu'il vient d'être dit, à conclure au maintien de l'arrêt cantonal, il est superflu de rechercher si elle est au bénéfice du prédit droit de gage et d'examiner si elle a invoqué un droit semblable dans le procès actuel; l'arrêt dont est recours doit dès lors également demeurer en force à cet égard.

5° Il reste seulement à examiner si c'est avec raison que la Cour de Justice a admis, en faveur de la défenderesse, un droit de rétention en application de l'art. 224 C. O. précité, jusqu'à concurrence des prétentions dont elle justifierait au regard de la faillite Bourquin demanderesse.

Aux termes de l'art. 442 du même code, le commissionnaire a sur les marchandises en commission ou sur le prix qui a été réalisé, le droit de rétention défini à l'art. 224 ibidem, lequel dispose à son alinéa premier qu' « en dehors des cas expressément prévus par la loi, le créancier jouit, lorsque sa » créance est échue, d'un droit de rétention sur les biens » meubles et les titres qui se trouvent à sa disposition du » consentement du débiteur, pourvu qu'il y ait connexité » entre la créance et la chose retenue. »

Or les trois conditions auxquelles la disposition qui précède subordonne l'exercice d'un droit de rétention se trouvent réalisées dans l'espèce.

*En effet :*

a) Le fabricant d'horlogerie Bourquin à Fleurier a fourni au négociant Augsburger à Genève des marchandises pour qu'il les vendit en commission; en revanche, Augsburger a souscrit à l'ordre de Bourquin des effets de complaisance causés « valeur reçue en marchandises » et Bourquin a autorisé Augsburger à diverses reprises à vendre les marchandises consignées entre ses mains, afin d'en affecter le prix au paiement de ces effets à l'échéance. Les deux parties étant tombées en faillite, les masses respectives ont pris leur place, et, ainsi que le constate la Cour cantonale, les porteurs des effets de change souscrits par Augsburger sont intervenus dans sa faillite pour le montant de 24 851 fr. 05, somme pour laquelle la défenderesse s'estime créancière de la faillite Bourquin.

La question de savoir si cette créance se trouve compensée, en tout ou en partie, ainsi que le prétend la demanderesse, par le prix de vente de marchandises perçu par Augsburger, n'est point à résoudre dans l'instance actuelle, mais pourra l'être seulement après l'issue du présent procès et l'établissement des comptes entre les deux masses respectives, conformément à la réserve formulée dans ce sens par la demanderesse, et il est évident que le droit de rétention reconnu en faveur de la faillite Augsburger ne pourra être exercé alors que pour autant que celle-ci aura justifié de l'existence d'une créance vis-à-vis de sa partie adverse, après le règlement des comptes et du chef des billets de complaisance susvisés.

Il est, à cet égard, indifférent que la créance de la défenderesse fût ou non échue, lors de la saisie des marchandises et de l'ouverture de l'action, puisque l'art. 226 C. O. stipule que si le débiteur est en faillite, le droit de rétention peut être exercé même pour la garantie d'une créance non échue, et qu'au moment du début du procès, le sieur Bourquin se trouvait déjà en faillite.

b) Il est de même incontestable que les marchandises saisies le 10 Mars 1888 par la demanderesse en mains du sieur Augsburger se trouvaient alors à la disposition de celui-ci du consentement de Bourquin qui les avait envoyées à Augsburger afin qu'il les vendît en commission.

c) Enfin l'existence d'une connexité entre la créance et la chose retenue ne peut être contestée, Bourquin et Augsburger devant être considérés comme commerçants en ce qui a trait aux opérations relatives à l'objet du litige (voir message du Conseil fédéral concernant le C. O. et le commentaire de Schneider et Fick, ad. art. 224, chiffre 6), et l'al. 2 du même art. 224, prescrivant qu'entre commerçants il suffit, pour qu'il y ait connexité, que la créance et la possession de la chose résultent de leurs relations d'affaires. Or dans l'espèce, la créance de la défenderesse a sa source dans les billets de complaisance souscrits par Augsburger à l'ordre de Bourquin, sans que le premier ait été en réalité débiteur du second, et les marchandises retenues font partie de celles que Bourquin avait envoyées à Augsburger, pour les faire vendre à la commission par son entremise.

Toutes les conditions de l'exercice du droit de rétention aux termes du C. O. se trouvant ainsi réalisées il en résulte que la seconde partie des conclusions de la demande, — tendant à autoriser la faillite Bourquin à reprendre immédiatement la libre disposition et jouissance des marchandises saisies, à peine de dommages-intérêts en cas de retard, — ne saurait être accueillie.

6° La recourante tire enfin argument de ce que la défenderesse n'a jamais invoqué un droit de gage ou de rétention devant les instances cantonales et qu'à ce point de vue, la Cour de Justice n'était pas autorisée à reconnaître un droit de rétention en faveur de la faillite Augsburger.

Quel que puisse être le bien-fondé de cette critique, en présence de la circonstance que la Cour a en effet statué sur une question de droit de rétention qui, aux termes des actes du dossier, ne lui était pas soumise par les parties, la question de savoir si, conformément à la législation genevoise, le juge

était autorisé, comme le dit l'arrêt, à apprécier les droits des parties en sortant des moyens par elles expressément invoqués, est une question de procédure appelant l'application exclusive du code genevois sur cette matière : elle se soustrait dès lors au contrôle du Tribunal de céans, lequel n'est point compétent pour rechercher si le juge cantonal, en application de la procédure cantonale, était en droit d'admettre le moyen tiré d'un droit de rétention, dont les parties n'avaient fait état ni en première, ni en deuxième instance. Le dispositif de l'arrêt de la Cour sur les frais repose également sur l'application de la procédure cantonale et ne saurait dès lors pas être revu par le Tribunal fédéral, qui n'est point dans le cas de modifier le prédict arrêt au fond.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

1° Il n'est pas entré en matière sur le recours, en tant qu'il a trait à un droit de propriété ou à un droit de gage de la faillite Augsburger, défenderesse, sur les marchandises en litige ; il n'est pas non plus entré en matière, pour cause d'incompétence, sur la question de savoir si la Cour de Justice était autorisée à admettre, par des motifs de procédure, le moyen tiré d'un droit de rétention.

2° Le recours est, quant au demeurant, écarté comme mal fondé, et l'arrêt rendu le 18 Mars 1889 par la Cour de Justice de Genève est confirmé tant au fond que sur les dépens.

---

59. Arrêt du 18 mai 1889 dans la cause Gasser contre  
Grandjean et consorts.

Par jugement du 6 Mars 1889, le Tribunal cantonal de Neuchâtel a condamné Jules Grandjean, Constant et Numa Girard, à la Chaux-de-Fonds, et la Société des Armes-Réunies, au dit lieu, défendeurs, à payer au demandeur Alcide Gasser, précédemment à la montagne de Villeret (Jura bernois),