

4. Die Einrede endlich, daß der Unfall durch grobe Fahrlässigkeit des Peter verursacht worden sei, ist heute nicht mehr aufrecht erhalten worden, und es ist deshalb darauf nicht mehr einzutreten. Demnach muß aber das Urteil der Vorinstanz in allen Teilen bestätigt werden.

Aus diesen Gründen hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird verworfen und das angefochtene Urteil in allen Teilen bestätigt.

198. *Arrêt du 12 décembre 1896 dans la cause Brossard contre Caisse d'Epargne et de Crédit des Franches-Montagnes.*

A. Suivant obligation hypothécaire du 3 mars 1876, Jules Beuret et son épouse Améline née Jobin, à Saignelégier, se sont constitués débiteurs solidaires de la Banque cantonale de Berne d'une somme principale de 40 000 francs et accessoires. Cette dette était garantie par l'hypothèque de divers immeubles appartenant aux débiteurs et en outre par le cautionnement solidaire de :

- 1° Véronique née Lachat, veuve de François Beuret ;
- 2° Justin Brossard ;
- 3° Nanette née Viatte, femme du prénommé Justin Brossard ;
- 4° Jean-Baptiste Beuret et
- 5° Jean-Baptiste Ecabert, notaire à Saignelégier.

Pour garantir leurs engagements comme cautions, Véronique Beuret et Nanette Brossard hypothéquaient en vertu du même acte divers immeubles et s'obligeaient enfin solidairement comme arrière-cautions vis-à-vis des trois autres cautions. Le 29 mars 1876, la Banque cantonale fit enregistrer l'hypothèque grevant les immeubles des débiteurs et des cautions Véronique Beuret et Nanette Brossard.

En 1880, la Banque cantonale exigea, à ce qu'il paraît, le remboursement de sa créance. Le 28 novembre 1880, le

Conseil d'administration de la Caisse d'Epargne et de Crédit des Franches-Montagnes, à Saignelégier, consentit à faire aux époux Jules Beuret un prêt de 20 000 francs, moyennant les garanties hypothécaires données à la Banque cantonale et l'engagement d'une partie des cautions ou des héritiers des cautions qui garantissaient la créance de cet établissement. Aucun acte d'emprunt et d'affectation hypothécaire ne fut passé en exécution de cette décision. Néanmoins le notaire J.-B. Ecabert, qui était à la fois gérant de la Caisse d'Epargne et co-caution vis-à-vis de la Banque cantonale, perçut le 24 décembre 1880 les 20 000 francs prêtés. A l'aide de cette somme, augmentée du montant de deux dépôts de 4400 francs et 4500 francs, que les co-cautions Véronique Beuret et Nanette Brossard possédaient à la Caisse d'Epargne, ainsi que d'un prélèvement de 3473 fr. 40 c. sur un compte que le débiteur principal Jules Beuret avait chez le notaire Ecabert, celui-ci remboursa la créance de la Banque cantonale qui s'élevait à ce moment-là à environ 32 400 francs. — Le 5 janvier 1881, la Banque cantonale lui remit une quittance-subrogation de la teneur suivante :

« La Banque cantonale de Berne donne main-levée et consent à la radiation des inscriptions prises en sa faveur en vertu de la présente obligation, et comme une partie des sommes dues a été remboursée des deniers de M. Ecabert, notaire à Saignelégier, l'une des cautions, par 32 400 francs, elle subroge le dit M. Ecabert jusqu'à concurrence de cette somme dans tous les droits qu'elle pouvait avoir à exercer en vertu du présent titre, mais toutefois sans prendre de garantie à ce sujet.

Lors de la revision des comptes de 1882, le Conseil d'administration de la Caisse d'Epargne s'aperçut que le montant du prêt consenti aux époux J. Beuret avait été versé, mais qu'il n'existait pas de titre de cet emprunt. A la suite de cette constatation et par acte notarié du 23 juin 1883, J.-E. Ecabert, agissant en vertu de la quittance-subrogation de la Banque cantonale, fit cession à la Caisse d'Epargne de l'obligation hypothécaire du 3 mars 1876 jusqu'à concurrence du

montant de 20 000 francs plus l'intérêt au 5 % dès le 1^{er} janvier 1881. Pour la stipulation de cette cession, dans laquelle les débiteurs Beuret-Jobin sont aussi intervenus, la Caisse d'Epargne était représentée par l'avocat Viatte, vice-président de la direction, qui réserva la ratification de celle-ci. Le 22 mars 1886, les inscriptions hypothécaires furent renouvelées au profit de la Caisse d'Epargne.

Le 15 juillet 1889 fut conclu l'acte ci-après :

« Entre M. Jules Beuret, huissier à Saignelégier, d'une part, et les créanciers de ce dernier, nommés : 1° La Caisse d'Epargne et de Crédit du district des Franches-Montagnes, agissant par M. J.-Baptiste Ecabert, notaire à Saignelégier; 2° F. Beuret, notaire à Saignelégier, agissant au nom de MM. Faivre frères, à Bussey; 3° M. Ch. Viatte, notaire au dit lieu, agissant au nom de Léonie, Marie et Arnold Beuret, enfants de Jules, en vertu d'une procuration; 4° Pierre-Jos. Froidevaux, aux Esserts, représenté par son épouse.

» M. Beuret expose qu'il est l'objet de poursuites et qu'il se voit dans l'obligation de demander sa cession de biens, que dans ces circonstances il propose à ses créanciers un abandon pur et simple de tous ses biens.

» Tous les créanciers présents acceptent cet abandon aux conditions suivantes :

» 1° Un gérant sera nommé en la personne de M. J. Ecabert, notaire à Saignelégier; il sera en même temps collecteur des ventes. 2° Il fera procéder aux ventes mobilière et immobilière aux conditions et dans les temps qu'il jugera le plus convenables. 3° Le produit de ces ventes sera partagé entre tous les créanciers d'après leurs droits, soit d'après les dispositions légales sur la matière; il sera à cet effet établi un projet d'ordre auquel il pourra être fait opposition, d'après les formes prescrites par le Code de procédure civile bernois. »

Le 16 septembre 1890, une partie des cautions de l'obligation du 3 mars 1876, soit leurs héritiers, entre autres le notaire Viatte agissant au nom de Nanette Brossard, ratifièrent l'acte d'abandon dans les termes suivants : « Les soussignés

ratifient l'abandon de biens proposé par M. J. Beuret, huissier à Saignelégier, et signé par M. Ecabert; la vente de la maison est réservée; le produit de la jouissance de la maison sera versé à M. Ecabert, notaire; le mobilier sera vendu immédiatement. »

En exécution de cet acte d'abandon, le notaire J.-B. Ecabert, et, après sa mort, son fils Joseph Ecabert, également notaire et qui lui avait succédé aussi comme gérant de la Caisse d'Epargne, procédèrent à la liquidation des biens de J. Beuret et établirent un compte de liquidation. Mais le projet d'ordre prévu dans l'acte d'abandon ne fut jamais dressé par le motif, semble-t-il, que le produit de la liquidation fut entièrement absorbé par la Banque foncière du Jura, créancière hypothécaire en premier rang, et par la Caisse d'Epargne, créancière en second rang.

En 1892, la Caisse d'Epargne exerça de nouveau des poursuites contre J. Beuret. Le 15 juin une saisie fut opérée à son instance, mais la vente n'eut pas lieu. Le 19 octobre 1894, la Caisse d'Epargne introduisit contre Nanette Brossard une poursuite en réalisation d'hypothèque en vertu de l'obligation du 3 mars 1876 cessionnée le 22 juillet 1883 pour obtenir paiement de 20 000 francs avec intérêt au 5 % du 25 décembre 1892. Nanette Brossard ayant fait opposition, la Caisse d'Epargne lui ouvrit action par exposé de demande du 15 décembre 1894 dans lequel elle conclut à ce qu'il plaise au tribunal nanti :

I. Condamner la défenderesse à payer à la demanderesse :

1. La somme de 20 000 francs due suivant obligation hypothécaire du 3 mars 1876 souscrite en faveur de la Banque cantonale de Berne par J. Beuret et son épouse Améline née Jobin sous le cautionnement solidaire de la dite défenderesse et suivant acte de session du 22 juin 1883, consenti en faveur de la demanderesse par Jean Baptiste Ecabert, notaire à Saignelégier, en sa qualité de subrogé aux droits de la Banque cantonale selon quittance-subrogation à lui délivrée par cette dernière le 5 janvier 1881.

2. L'intérêt de cette somme au 5 % dès le 25 décembre 1892.

II. Dire que la demanderesse est autorisée à poursuivre la rentrée de ces créances par la réalisation de l'hypothèque que la défenderesse a consentie en sa faveur dans le susdit acte obligatoire du 3 mars 1876.

III. Condamner en outre la défenderesse aux frais et dépens.

La demanderesse reconnaissait toutefois qu'il y avait lieu de déduire du montant de sa réclamation les acomptes suivants : 1° 450 francs reçus à compte le 27 juin 1893 ; 2° 50 francs reçus le 20 janvier 1894 ; 3° 300 francs reçus le 16 juin 1894 ; 4° 181 fr. 90 c. reçus le 6 septembre 1894. Dans sa réplique, elle reconnut avoir reçu en outre depuis l'ouverture de l'action 917 fr. 95 c. le 8 janvier 1895 et 51 fr. 90 c. le 28 du même mois. A l'audience du président du tribunal des Franches-Montagnes, du 15 janvier 1896, elle reconnut avoir reçu encore : 1° le 8 juin 1895 deux versements de 48 fr. 75 c. et 875 fr. 65 c. ; 2° le 6 juillet 1895 trois versements de 24 fr. 35 c., 75 fr. 65 c. et 100 francs.

B. Dans sa réponse la défenderesse conclut :

I. A ce que la demanderesse fût déboutée de ses conclusions, avec retour des frais ;

II. *Reconventionnellement, à ce qu'il plaise au tribunal :*

1° Déclarer nul le cautionnement consenti par la défenderesse suivant obligation hypothécaire du 3 mars 1876 en faveur de la Banque cantonale de Berne, aux droits de laquelle prétend être la demanderesse.

2° Partant, déclarer nulle et de nul effet l'inscription hypothécaire prise au bureau des hypothèques de Saignelégier le 29 mars 1876 au profit de la Banque cantonale, renouvelée le 22 mars 1886 au profit de la demanderesse et inscrite à vol. 65, n° 3698.

3° Quoi faisant, ordonner à M. le conservateur des hypothèques au dit bureau de procéder à la radiation de cette inscription sur la simple production du jugement à intervenir.

III. Le tout sous suite de frais et dépens.

A l'appui de ces conclusions, la défenderesse faisait essentiellement valoir ce qui suit : 1° La demanderesse n'est pas

légitimée en la cause, attendu que l'avocat Viatte avait réservé la ratification de la cession du 22 juillet 1883 par la direction de la Caisse d'Epargne et qu'il n'est pas établi que cette ratification ait eu lieu. 2° Les cautions de l'obligation du 3 mars 1876 n'ont pas été consultées sur l'opportunité d'accepter l'abandon de biens offert par J. Beuret ni au sujet des ventes qui ont eu lieu en exécution de cet abandon, etc., etc. 3° Par suite de la liquidation des biens du débiteur principal J. Beuret, la demanderesse a perçu ou percevra encore des sommes importantes dont elle n'offre pas déduction ou qu'elle a imputées sur des intérêts prescrits. En réalité la dette est en grande partie, sinon complètement éteinte. La vente des immeubles du débiteur, en particulier, a produit 31 865 fr. 40 c. ; en outre, depuis 1883, la demanderesse a fait vendre les herbes des immeubles du débiteur et de ses enfants et réalisé ainsi des sommes dont le chiffre n'est pas connu ; le 25 octobre 1882 elle a également touché une assignation de 320 francs pour prix d'une parcelle de terrain expropriée par le chemin de fer de Saignelégier à Chau-de-Fonds. 4° Le 20 juillet 1891, la demanderesse a consenti à la libération de 25 des immeubles hypothéqués dans l'obligation du 3 mars 1876 ; le 27 avril 1892, elle a consenti de nouveau à la libération de deux immeubles ; ni l'une ni l'autre fois elle n'a consulté les cautions. 5° Les héritiers de la caution défunte Justin Brossard ont adressé en juillet 1890 à la demanderesse une sommation dans le sens de l'art. 503 CO. Elle n'a donné aucune suite à cette sommation et les héritiers de la caution en question sont par conséquent libérés. 6° Les héritiers de la caution Véronique Beuret, décédée en 1879, à l'exception du débiteur principal Jules Beuret, avaient tout d'abord refusé la succession. Plus tard, cependant, ils vendirent leurs droits successifs à Jules Beuret et acceptèrent ainsi en fait la succession. Bien que cette circonstance fût connue des organes de la Caisse d'Epargne, le Conseil d'administration décida le 25 octobre 1885 de donner décharge aux héritiers de Véronique Beuret du cautionnement contracté par celle-ci, ce qui eut lieu le 22 janvier 1886. La demanderesse a ainsi diminué

les garanties de la défenderesse et privé celle-ci d'une partie de ses droits de recours. En outre, elle a négligé de faire valoir le cautionnement contre la succession ou les héritiers de Véronique Beuret.

C. Les preuves entreprises, entre autres par expertise, ont établi ce qui suit : A la suite de l'acte d'abandon fait par le débiteur principal Jules Beuret, plusieurs ventes de biens lui appartenant ont eu lieu, savoir des ventes d'immeubles le 14 mai 1890, le 22 octobre 1890, le 7 et le 12 juillet 1894 et une vente de bois le 15 juillet 1891. Toutes ces ventes, sauf celle du 12 juillet 1894 qui est sous seing privé, ont été reçues par le notaire Beuret. A l'exception de la dernière mentionnée et de celle du 22 octobre 1890, elles ont eu lieu aux enchères publiques. Dans tous les contrats, le débiteur principal Jules Beuret est désigné comme vendeur; dans celui du 14 mai 1890, ses enfants sont vendeurs conjointement avec lui. Dans aucun de ces actes il n'est fait mention d'une intervention de la Caisse d'Epargne ou du notaire Ecabert. En revanche le prix est stipulé payable comme suit : Dans la vente du 14 mai 1890, « entre les mains de J.-B. Ecabert, notaire à Saignelégier; » — dans celle du 22 octobre 1890, « à la Caisse d'Epargne de Saignelégier; » — dans celles des 7 et 12 juillet 1894, « entre les mains et en la demeure du gérant de la Caisse d'Epargne...; » — enfin dans la vente de bois du 15 juillet 1891, entre les mains du notaire stipulaire. La vente du 14 mai 1890 a produit 25 786 fr. 35 c., valeur au 31 août 1895, sur lesquels ont été payés 19 585 fr. + 4107 fr. 80 c. = 23 692 fr. 80 c.; il reste donc un solde dû de 2093 fr. 55 c. Sur la somme perçue, il a été versé 17 728 fr. 40 c. à la Banque foncière du Jura en extinction de la première hypothèque grevant les immeubles vendus; le reste 5964 fr. 40 c., a été livré soit directement soit indirectement à la Caisse d'Epargne et porté par celle-ci au crédit du débiteur principal Jules Beuret. — La vente du 22 octobre 1890 a produit 1708 fr. 20 c. qui ont été payés intégralement et portés au crédit de J. Beuret. La vente de bois du 15 juillet 1891 a produit 1948 fr. 40 c., dont 1880 fr. 10 c. ont été

payés, tandis que le solde de 68 fr. 30 c. serait irrecevable, selon l'avis de l'expert. Sur les 1880 fr. 10 c. payés, 643 fr. 40 c. seulement sont portés au crédit du débiteur; le reste a passé, d'après l'expert, en frais, impôts, locations, etc., et le notaire Beuret redoit un solde de 207 fr. 60 c. depuis le 14 août 1891. — La vente du 7 juillet 1894 a produit 2859 fr. 25 c., dont 969 fr. 35 c. ont été payés et portés au crédit de J. Beuret, tandis que 1889 fr. 90 c. sont encore dus. — La vente du 12 juillet 1894, enfin, a pour objet la part héréditaire du débiteur J. Beuret à divers immeubles provenant de sa fille Lucie décédée le 14 mai 1890. Le prix de vente de 650 francs, était payable par acomptes trimestriels de 40 francs, avec cette réserve toutefois que si un acompte n'était pas payé dans le mois dès son échéance, le prix entier serait immédiatement exigible. L'acquéreur, Arnold Beuret, n'a toutefois, d'après l'expertise, rien payé jusqu'ici; sa dette s'élève, avec les intérêts jusqu'au 31 août 1895, à 686 fr. 95 c. Le montant total des sommes non rentrées et non portées au crédit du débiteur sur le produit des cinq ventes, y compris les 207 fr. 60 c. dûs par le notaire Beuret, est de 4878 francs. — Outre ces ventes d'immeubles et de bois, il a été procédé de 1881 à 1889 à la vente des récoltes des immeubles du débiteur. Une partie du produit de ces ventes a été versée par le notaire Beuret, qui les a dirigées, au notaire J.-B. Ecabert. D'après le rapport de l'expert, le compte de J. Beuret chez le notaire Ecabert accuse la perception de 4167 fr. 75 c., dont 2000 francs ont été employés au remboursement d'une dette de Beuret envers la Banque cantonale et le reste appliqué en partie au paiement d'intérêts à la Caisse d'Epargne. Dans un procès intenté par la Caisse d'Epargne à la veuve et aux héritiers de J.-B. Beuret, l'une des cautions de l'obligation du 3 mars 1876, la Cour d'appel et de cassation de Berne a rendu le 28 mai 1896 un arrêt dans lequel elle constate qu'il n'est pas établi que la Caisse d'Epargne ait touché sur le prix des récoltes davantage que ce qu'elle a porté au crédit du compte de J. Beuret. — Le 15 juillet 1894, le notaire Beuret a payé à la Caisse d'Epargne 300 fr.

pour obtenir la libération de meubles saisis. En janvier de la même année, Arnold Beuret a payé 50 francs à compte du prix d'un cheval; il est encore actuellement débiteur de 300 francs, soit avec l'intérêt au 31 août 1895, 339 fr. 45 c., pour solde de ce prix. De plus il est établi qu'à la fin d'octobre 1892, la Compagnie du chemin de fer de Saignelégier à la Chaux-de-Fonds a payé au notaire Ecabert, en sa qualité de gérant de la Caisse d'Epargne, une somme de 320 francs pour prix d'une parcelle de terrain hypothéquée en faveur de la Caisse. J. Beuret a été crédité de cette somme, mais seulement à la date du 27 juin 1893. L'expert a en conséquence mis à la charge de la Caisse une différence d'intérêt de 9 fr. 45 c. Il porte en outre en compte à la demanderesse quelques autres petits paiements à l'égard desquels il n'est pas possible de distinguer s'ils sont ou non compris dans les déductions admises postérieurement par la Caisse d'Epargne. L'expert débite enfin cette dernière de diverses sommes dont la provenance est la suivante: Le notaire J.-B. Ecabert, gérant de la Caisse d'Epargne, était déjà depuis 1869 en relations d'affaires avec le débiteur J. Beuret et se trouvait parfois créancier, mais le plus souvent débiteur de ce dernier. Il tenait un compte spécial de ses opérations avec J. Beuret. Lorsqu'il fut chargé de procéder à la liquidation des biens dont ce dernier avait fait abandon, il porta à son compte particulier les sommes provenant de cette liquidation au lieu de les inscrire directement dans les livres de la Caisse d'Epargne. De là seraient résultées des différences au préjudice de Beuret que l'expert met à la charge de la Caisse d'Epargne en partant du point de vue que la liquidation aurait eu lieu au nom de cette dernière.

Touchant les intérêts prescrits au paiement desquels la Caisse d'Epargne aurait appliqué une partie des sommes touchées par elle sur le produit de la liquidation, l'expert estime qu'effectivement plusieurs intérêts étaient prescrits lors de leur paiement, savoir: le 23 juin 1886, l'intérêt au 25 décembre 1881, 1201 fr. 35 c.; le 22 mai 1888, solde d'intérêt au 25 décembre 1882, 650 fr. 70 c.; le 29 avril 1889, solde

d'intérêt au 25 décembre 1883, 900 francs; le 29 avril 1889, intérêts moratoires jusqu'au 25 décembre 1883, 367 francs; le 28 juillet 1891, l'intérêt de deux ans au 25 décembre 1884 et 1885, 1800 francs; le 28 juillet 1891, l'intérêt moratoire pour 1884 et 1885, 200 francs; le 3 février 1892, solde d'intérêt au 25 décembre 1886, 410 francs; ensemble 5529 fr. 05 c. Le règlement de ces intérêts n'a pas eu lieu au moyen de paiements de l'huissier J. Beuret, mais par des prélèvements sur l'avoir de son compte chez le notaire Ecabert. L'expert aboutit à la conclusion que la somme de 20 000 fr. n'est pas due en totalité. La créance de la demanderesse s'élève en capital et intérêt au 31 août 1895, date à laquelle les parties sont convenues d'arrêter leur compte, à 22 963 fr. 75 c., somme dont il y aurait lieu de déduire les extances sur différents rôles de monte, c'est-à-dire les sommes encore dues sur les adjudications aux enchères, les erreurs de compte, différences d'intérêts, intérêts prescrits et versements non crédités, au total 12 688 fr. 65 c.; il resterait ainsi dû pour solde 10 275 fr. 10 c.

Quant au point de savoir si le produit de la succession de Véronique Beuret a servi en totalité à amortir l'obligation du 3 mars 1876, l'expert ne peut, faute de renseignements suffisants, répondre d'une manière catégorique.

D. Par arrêt du 28 mai 1896, la Cour d'appel et de cassation du canton de Berne a adjugé à la demanderesse sa conclusion principale en la réduisant toutefois à 12 585 fr. 44 c., avec intérêt au 5 % dès le 1^{er} septembre 1895. Elle a débouté la défenderesse de sa conclusion reconventionnelle et l'a condamnée aux deux tiers des frais de la demanderesse.

Cet arrêt se réfère essentiellement aux motifs développés dans l'arrêt rendu le même jour dans la cause liée entre la même partie demanderesse et Delphine Beuret et consorts, soit les héritiers de J.-B. Beuret, cofidésusé de Nanette Brossard. Ces motifs se résument comme suit:

L'exception de défaut de légitimation active opposée à la demanderesse n'est pas fondée. Il est constant, contrairement

à l'affirmation de la défenderesse, que la direction de la Caisse d'Épargne a ratifié la cession du 22 juin 1883. Cela résulte du fait, que la demanderesse a exercé des poursuites contre le débiteur de l'obligation cédée et qu'elle fonde ses conclusions dans le présent procès sur cette même obligation en se prévalant de la cession du 22 juin. Cela résulte également du procès-verbal de la séance de la direction du 25 octobre 1885, aux termes duquel celle-ci a libéré les héritiers de Véronique Beuret des effets du cautionnement de cette dernière. Les moyens de libération tirés par la défenderesse de l'abandon du cautionnement de Véronique Beuret et du droit d'hypothèque sur certains immeubles, ainsi que du fait que la demanderesse n'a pas exercé des poursuites contre le débiteur principal dans le délai que lui avaient assigné les héritiers de la caution Justin Brossard, doivent tous être appréciés d'après le droit cantonal, soit d'après le droit français en vigueur à l'époque où l'acte de cautionnement a été conclu. L'art. 503 CO. invoqué par la défenderesse n'est donc pas applicable. D'après le droit français la caution est libérée jusqu'à concurrence de la valeur des garanties de la dette qui périclitent par la faute du créancier, en d'autres termes, dans la mesure où elle subit un préjudice par suite de la perte de ces garanties. Or les cautions subissent tout d'abord un préjudice par suite de la main-levée d'hypothèque accordée le 20 juillet 1891 sur les immeubles vendus le 14 mai 1890. Ce préjudice est égal à la part du prix de vente qui aurait dû être appliquée au paiement de la dette hypothécaire et qui ne l'a pas été. Cette part est de 2093 fr. 55 c. Quant à la main-levée du 27 avril 1892, les immeubles qu'elle concerne ont été vendus le 22 octobre 1890 et le prix a été versé à la demanderesse qui en a tenu compte au débiteur principal; les cautions n'ont donc éprouvé aucun préjudice de ce chef, à moins que les immeubles n'eussent une valeur supérieure au montant du prix de vente, ce qui n'a pas été prouvé. En revanche la défenderesse a été lésée par la décharge donnée aux héritiers de la cocaution Véronique Beuret et ses droits de recours ont été amoindris. Comme il

y avait en tout cinq cautions, la décharge donnée aux héritiers de l'une d'elle a pour effet de libérer les autres d'un cinquième du montant du cautionnement. Au sujet de l'objection principale de la défenderesse consistant à dire que la demanderesse aurait perçu ou aurait encore à percevoir de la liquidation amiable des biens du débiteur principal des sommes importantes qu'elle n'aurait pas imputées sur sa créance ou qu'elle aurait imputées sur des intérêts prescrits, il y a lieu d'observer ce qui suit : Malgré les termes employés dans l'acte d'abandon du 15 juillet 1889, cet acte ne constitue pas une *datio in solutum*, qui aurait eu pour effet de transférer immédiatement la propriété des biens du débiteur aux créanciers de celui-ci, mais bien plutôt une convention en vertu de laquelle les biens du débiteur devaient être vendus comme tels et leurs produits répartis entre les créanciers suivant leurs droits. De fait les biens de Beuret ont été vendus comme sa propriété et non comme celle de ses créanciers. L'acte d'abandon constitue donc en réalité une délégation faite par Beuret à ses créanciers du prix qui lui serait dû; aussi est-il stipulé dans la vente que le prix est payable « entre les mains de J.-B. Ecabert, notaire, » ou bien « à la Caisse d'Épargne de Saignelégier, » etc. Il suit de là qu'aussi longtemps qu'un créancier ne touchait rien sur le produit des ventes, sa créance continuait à subsister entière. C'est donc à tort que la défenderesse soutient que la Caisse d'Épargne serait tenue de déduire de sa réclamation des prix de vente qu'elle n'a pas encore perçus. J.-B. Ecabert avait été désigné pour liquider les biens de J. Beuret non en sa qualité de gérant de la Caisse d'Épargne, mais en son nom personnel. Il n'est pas exact que la demanderesse ait fait procéder elle-même aux ventes des biens de Beuret. Ces ventes ont eu lieu à la requête de ce dernier et de ses enfants et par le ministère de François Beuret, notaire. Le fait que dans quelques contrats le prix a été stipulé payable à la Caisse d'Épargne ou en mains de son gérant ne prouve pas que cet établissement ait été liquidateur. Même si la demanderesse avait été chargée de la liquidation des biens de J. Beuret, il ne s'ensuivrait pas nécessairement

qu'elle doit déduire de sa créance des sommes qu'elle n'a pas encore perçues. D'après l'expertise, la demanderesse n'a touché que les sommes ci-après, valeur au 21 août 1895 : Sur la vente immobilière du 14 mai 1890, 5964 fr. 40 c. ; — sur la vente du 22 octobre 1890, 1708 fr. 20 c. ; — sur la vente de bois du 15 juillet 1891, 643 fr. 40 c. et sur la vente du 7 juillet 1894, 969 fr. 35 c. Toutes ces sommes ont été portées dans ses livres au crédit de J. Beuret. Elle a de même crédité ce dernier de 320 francs qu'elle a touchés de la Compagnie du chemin de fer de Saignelégier à la Chaux-de-Fonds. Mais il y a lieu de bonifier 9 fr. 45 c. d'intérêt à J. Beuret sur cette somme, qui a été perçue par le notaire Ecabert, en qualité de gérant de la Caisse d'Epargne, à la fin d'octobre 1892 et portée au crédit de Beuret seulement le 27 juin 1893. — Quant aux ventes de récoltes, il n'est pas suffisamment prouvé que ce soit la Caisse d'Epargne qui y ait fait procéder depuis 1883 ; en tout cas, il n'est pas établi qu'elle ait touché sur le prix de ces récoltes d'autres sommes que celles qu'elle a imputées sur le compte de J. Beuret. — L'allégation d'après laquelle elle aurait aussi fait vendre le mobilier de J. Beuret est établie en ce sens qu'il résulte des dépositions des témoins qu'elle aurait consenti à la vente de tout ou partie du mobilier de J. Beuret saisi à sa requête depuis 1892, qu'en outre elle aurait exigé que le prix de vente fût payé entre ses mains et aurait perçu de ce chef 350 francs. Outre cette somme, dont elle offre déduction, l'expert voudrait déduire encore 300 francs, solde du prix d'un cheval acheté par Arnold Beuret. Mais il n'appert point du dossier que cette somme ait été versée à la demanderesse. — Enfin la défenderesse soutient que la Caisse d'Epargne aurait affecté une partie des sommes perçues par elle sur le produit des biens de J. Beuret au paiement d'intérêts prescrits. Il n'importe qu'une exception péremptoire n'ait pas été soulevée à ce sujet ; cela n'était pas nécessaire. D'après l'expertise, la demanderesse aurait perçu des intérêts prescrits pour une somme de 5529 fr. 05 c. Toutefois le compte de l'expert n'est pas absolument exact, car l'intérêt échu le 25 décembre 1881, qui s'élève à

1201 fr. 35 c., n'était pas prescrit quand il a été payé le 23 juin 1886 ; en effet, le délai de cinq ans prévu par l'art. 2277 Ccf. n'expirait que le 25 décembre suivant. En outre il y a lieu de remarquer que la défenderesse n'a pas spécifié quels intérêts prescrits auraient été payés, mais s'est bornée à alléguer d'une manière générale que la Caisse d'Epargne aurait affecté des sommes provenant de la liquidation de J. Beuret au paiement d'intérêts prescrits. Or parmi les intérêts perçus, il n'y a que ceux payés le 28 juillet 1891 et le 3 février 1892, de la somme totale de 2410 francs, qui peuvent avoir été éteints au moyen de sommes provenant de la liquidation Beuret, celle-ci n'ayant commencé que le 15 juillet 1889 et les autres paiements d'intérêts étant antérieurs à cette date. Il en résulte que l'on ne saurait porter en déduction de la créance de la demanderesse que la somme susvisée de 2410 francs. — Les motifs qui précèdent démontrent que la défenderesse n'est pas libérée entièrement du cautionnement qu'elle a souscrit le 3 mars 1876. D'après le rapport d'expertise, la réclamation de la Caisse d'Epargne s'élevait au 31 août 1895, date à laquelle le compte doit, du consentement des parties, être arrêté, à la somme de 22 963 fr. 75 c. en capital et intérêts. De cette somme il y a lieu de déduire, pour les raisons énoncées plus haut : a) 9 fr. 45 c. pour perte d'intérêt ; b) 2410 francs pour intérêts prescrits payés sur le produit de la liquidation Beuret ; c) 2093 fr. 55 c. pour le préjudice éprouvé par les cautions ensuite de la main-levée de la double inscription hypothécaire grevant les immeubles de J. Beuret vendus le 14 mai 1890 ; d) 1582 fr. 80 c. montant de sommes touchées par la demanderesse qui ne figurent pas dans son compte, arrêté au 31 décembre 1893, mais dont elle a offert la déduction dans sa demande et sa réplique ; e) 1136 fr. 15 c. qui représentent aussi des sommes touchées par la demanderesse et dont la déduction a été admise par elle à l'audience du 15 janvier 1896. Il reste ainsi un solde de 15 731 fr. 80 c. Mais il y a lieu de réduire encore cette somme d'un cinquième, la défenderesse devant, ainsi qu'il a été démontré plus haut, être déchargée dans cette mesure

des effets du cautionnement. Nanette Brossard doit ainsi un solde de 12 585 fr. 44 c. plus l'intérêt au 5^o/_o à partir du 1^{er} septembre 1895.

E. L'arrêt cantonal a été communiqué aux parties le 13 octobre 1896. Par acte déposé le 30 du même mois, la défenderesse a déclaré recourir en réforme auprès du Tribunal fédéral. Elle conclut à ce qu'il lui plaise :

I. 1. Déclarer la demanderesse et intimée non légitimée activement au procès.

2. Eventuellement et dans le cas où ce premier chef ne serait pas admis, la débouter des conclusions de sa demande en prononçant sa déchéance de tous droits de recours à l'encontre de la défenderesse dérivant du cautionnement souscrit par celle-ci.

II. Subsidiairement :

1. Reconnaître que la réclamation de la demanderesse doit être diminuée d'une somme de 12 688 fr. 65 c., valeur au 31 août 1895, pour extances sur différents rôles de montes (enchères), erreurs de comptes, différences d'intérêts, intérêts prescrits et versements non crédités, le tout conformément au procès-verbal d'expertise.

2. En tout cas reconnaître que la demanderesse est tenue d'imputer à tant moins de sa réclamation la somme de 4878 francs, valeur au 31 août 1895, qu'elle aurait dû et pu percevoir en faisant les diligences nécessaires dans la liquidation des biens du débiteur principal Jules Beuret, ainsi que les pertes d'intérêts et autres résultant de sa négligence ou de celle de son gérant.

3. Reconnaître que la réclamation de la demanderesse doit être diminuée d'une somme de 5529 fr. 05 c. perçue par elle et qu'elle a affectée au paiement d'intérêts prescrits.

A l'audience de ce jour, le représentant de l'intimée a conclu à la non-entrée en matière sur le recours pour cause d'incompétence du Tribunal fédéral et subsidiairement à la confirmation de l'arrêt cantonal.

Vu ces faits et considérant en droit :

1. — La partie intimée conteste la compétence du Tribunal fédéral par le motif que le litige appellerait l'application exclu-

sive du droit cantonal, soit du Ccfr. en vigueur dans le Jura bernois antérieurement au CO. Il y a effectivement lieu de se demander si et dans quelle mesure le droit fédéral est applicable en la cause et ce point doit être examiné à l'égard de chacune des questions litigieuses.

2. — La demande est fondée sur le cautionnement contracté le 3 mars 1876 par la défenderesse en faveur de la Banque cantonale bernoise, soit de son ayant droit, la Caisse d'Épargne des Franches-Montagnes. Il n'est dès lors pas douteux que la créance dont ce dernier établissement poursuit le paiement est régie par le droit cantonal. L'acte de cautionnement sur lequel elle se base a en effet été conclu sous l'empire du droit cantonal, soit du Ccfr. Sa force obligatoire et ses effets demeurent donc régis, même postérieurement à l'entrée en vigueur du CO., par le droit cantonal sous l'empire duquel il a été conclu (art. 882, al. 1 et 2 CO). En revanche l'art. 882, al. 3 CO. dispose que les faits postérieurs au 1^{er} janvier 1883, notamment la transmission et l'extinction d'obligations nées antérieurement à cette date, sont régis par le droit nouveau. Or le notaire J.-B. Ecabert a été subrogé le 5 janvier 1881 aux droits de la Banque cantonale de Berne comme créancière de l'obligation principale, pour laquelle le cautionnement a été donné et dont il est un accessoire, et cette obligation a été cédée par lui à la demanderesse le 22 juin 1883. La subrogation tombe donc encore sous l'empire du droit cantonal et, par ce motif déjà, l'appréciation de sa validité et de ses effets sort de la compétence du Tribunal fédéral. La cession du 22 juin 1883, au contraire, tombe au point de vue du temps sous l'empire du CO. Mais la créance cédée (de même que le cautionnement de la recourante) est garantie par une hypothèque. Or l'art. 198 CO. réserve les dispositions des législations cantonales relatives à la cession des créances hypothécaires. La validité et les effets de la cession du 22 juin 1883 doivent donc s'apprécier aussi d'après le droit cantonal. Le Tribunal fédéral n'est pas compétent pour examiner ces questions, auxquelles l'instance cantonale a fait, avec raison, application du droit cantonal. Le droit fédéral est cependant applicable à un certain point de vue.

La recourante a contesté la légitimation active de la demanderesse essentiellement par le motif qu'il ne serait pas établi que la direction de l'établissement demandeur, dont la ratification avait été réservée dans la cession, ait effectivement ratifié l'acquisition de la créance litigieuse. Malgré la réserve de l'art. 198 CO., on doit admettre que dans la cession des créances hypothécaires, aussi bien que dans tous autres actes de droit cantonal ou fédéral, le droit d'agir pour autrui, en tant qu'il ne découle pas de relations de famille ou de succession ou du droit public (art. 38 CO.), rentre entièrement dans le domaine du droit fédéral et se trouve régi par le CO. C'est donc d'après ce droit qu'il faut décider en particulier si un acte consenti par un représentant sans pouvoirs a été ratifié ultérieurement par le représenté, et cela même lorsque cet acte lui-même est régi par le droit cantonal. Dans la cession du 22 juin 1883, l'avocat Viatte a réservé la ratification de la direction de la Caisse d'Epargne. La question de savoir si cette ratification a été donnée doit, d'après ce qui précède, être jugée en application du droit fédéral. Le Tribunal fédéral est donc compétent pour la résoudre.

3. — Mais il est évident que sur ce point le recours est mal fondé et que la décision de l'instance cantonale doit être maintenue. Il suffit pour le démontrer de rappeler la décision de la direction de la Caisse d'Epargne du 25 octobre 1885, décision invoquée par la recourante elle-même, par laquelle les héritiers de Véronique Beuret ont été déchargés des effets du cautionnement. La direction n'a pu évidemment prendre cette décision qu'en partant du point de vue que la Caisse d'Epargne était devenue, par suite de la cession qui lui en avait été faite, propriétaire de la créance garantie par le cautionnement. Cette décision implique donc la ratification tacite de la cession. On peut en dire autant des nombreux actes par lesquels, soit dans le procès actuel soit avant, la Caisse d'Epargne a fait valoir la créance cédée et agi en qualité de créancière.

4. — L'exception de défaut de légitimation active étant écartée, il y a lieu d'examiner les divers moyens de libération

invoqués par la recourante, pour autant qu'ils rentrent dans la compétence du Tribunal fédéral.

Tel n'est pas le cas des moyens tirés du fait que la Caisse d'Epargne a libéré une partie des cautions et des immeubles qui garantissaient sa créance et qu'elle n'a pas consulté les cautions sur la manière de procéder à la liquidation des biens du débiteur principal. Le contrat de cautionnement étant régi par le droit cantonal, sous l'empire duquel il a été conclu, c'est d'après ce droit qu'il faut apprécier quel degré de diligence le créancier était tenu, vis-à-vis des cautions, d'apporter à la conservation et à l'exercice de ses droits, en particulier à la conservation des garanties personnelles ou réelles qui assuraient sa créance, et quelles sont les conséquences juridiques de l'inobservation de ces obligations. Ce sont là des effets ou conséquences juridiques du contrat, découlant de la volonté des parties contractantes, déterminée par la teneur de l'acte ou par les dispositions légales en vigueur au moment du contrat. L'inobservation de la diligence qui incombait au créancier n'est pas une cause d'extinction de la créance indépendante de la volonté des parties au moment de la conclusion du contrat et qui doit être appréciée d'après le droit en vigueur à l'époque où elle se produit. La question de savoir si un acte déterminé du créancier ou son abstention dans une circonstance donnée étaient contraires au droit ne peut être appréciée autrement qu'en prenant en considération le contenu du contrat, tel qu'il est déterminé par la volonté réelle ou présumée des parties au moment de la conclusion de celui-ci. Le Tribunal fédéral s'est prononcé à diverses reprises dans ce sens (voir *Rec. off.* XI, pages 208, 209; XII, page 194; XVI, page 360, consid. 4) et a jugé en particulier que l'art. 503 CO. n'est pas applicable aux cautionnements conclus avant l'entrée en vigueur de ce Code, même lorsque la sommation de la caution a eu lieu postérieurement et que l'inaction du créancier se produit par conséquent sous l'empire du droit fédéral (voir *Rec. off.* XX, page 179 et suiv.). Les moyens exceptionnels sus-rappelés, bien que basés sur des faits postérieurs à l'entrée en vigueur du CO., sont donc

régis par le droit cantonal et échappent au contrôle du Tribunal fédéral.

5. — Il peut paraître douteux en revanche de savoir si c'est le droit fédéral ou le droit cantonal qui est applicable en ce qui concerne le moyen principal de libération invoqué par la défenderesse, consistant à dire que dans la liquidation des biens du débiteur principal la Caisse d'Épargne aurait touché ou aurait encore à toucher des sommes importantes qu'elle n'aurait pas déduites de sa réclamation ou qu'elle aurait imputées sur des intérêts prescrits. Dans sa déclaration de recours au Tribunal fédéral, la défenderesse maintient cette manière de voir et demande en première ligne, en conformité des conclusions de l'expertise, qu'une somme de 12 688 fr. 65 c., valeur au 31 août 1895, soit déduite de la somme réclamée. Elle soutient que la dette principale n'existe plus pour le montant réclamé et que par conséquent le cautionnement, qui en est l'accessoire, est éteint dans la même mesure. Bien que ce moyen repose en partie sur l'allégué que la demanderesse aurait imputé certaines perceptions sur des intérêts prescrits, il n'a pas le caractère d'une exception de prescription. La recourante ne soutient pas et n'aurait manifestement pas pu soutenir que la créance réclamée soit en partie prescrite. La demanderesse réclame en effet uniquement le capital de sa créance, soit 20 000 francs, plus les intérêts dès le 25 décembre 1892. Or ces intérêts ne sont évidemment pas prescrits. Ce que la recourante prétend, c'est que la demanderesse aurait à tort et d'une manière illégale imputé certaines sommes sur des intérêts prescrits et qu'en opérant cette imputation en conformité des prescriptions légales, il en résulte que la dette principale se trouve éteinte en partie. La recourante fait en outre valoir que la demanderesse aurait, dans la liquidation des biens du débiteur principal, perçu des sommes ou acquis des créances grâce auxquelles sa réclamation serait en grande partie couverte. En présence de l'art. 882, al. 3 CO. on ne saurait soutenir que l'appréciation de ces moyens soit soumise au droit cantonal à raison du fait que la dette principale a pris naissance sous

l'empire de ce droit. Les causes d'extinction partielle de la créance de la demanderesse dont la recourante se prévaut se sont en effet produites depuis le 1^{er} janvier 1883 et le Tribunal fédéral a déjà jugé (voir *Rec. off.* X, page 279, consid. 3) que la disposition légale précitée s'applique aussi à l'extinction des obligations par le moyen de leur exécution, pour autant que celle-ci n'est pas réglée par le contenu de l'obligation et régie conséquemment par le même droit que cette dernière. Les effets d'un paiement opéré sous l'empire du CO. en exécution d'une obligation créée antérieurement sont donc régis par le droit nouveau. On peut néanmoins se demander si ce n'est pas le droit cantonal qui est applicable dans le cas particulier par le motif que la créance réclamée est garantie par une hypothèque. Cette question doit toutefois être résolue dans le sens négatif. Il est vrai que l'art. 130 CO. porte que les dispositions du titre troisième de ce Code, qui traite de l'extinction des obligations, ne dérogent pas aux dispositions relatives aux créances hypothécaires et le Tribunal fédéral a interprété cet article en ce sens qu'il réserve non seulement les dispositions spéciales du droit cantonal touchant l'extinction des créances hypothécaires, mais toutes les dispositions de ce droit, générales ou spéciales, applicables à l'extinction de ces créances (voir *Rec. off.* XII, page 629, cons. 4). Il est vrai également que l'art. 198 CO. réserve les dispositions des législations cantonales relatives à la cession des créances hypothécaires et la jurisprudence a admis la même réserve en ce qui concerne la constitution de gages sur ces créances. Mais on ne saurait aller plus loin et soutenir que des créances qui en elles-mêmes, d'après leur nature, sont soumises au droit fédéral, échappent à son empire sous tous les rapports dès l'instant qu'elles sont garanties par une hypothèque. Le CO. ne pose nulle part une telle règle. Le contraire résulte plutôt, en ce qui concerne spécialement l'exécution des obligations, des considérations suivantes : L'art. 105 CO., figurant sous la rubrique « de l'exécution des obligations » et traitant du cas où le créancier affirme avoir perdu son titre, dit à son second alinéa qu'il n'est pas préjugé aux dispositions concernant

l'annulation (*Amortisation*) des lettres de change, des titres à ordre ou au porteur, ni dérogé aux dispositions des lois cantonales sur le mode d'extinction (*Amortisation*) des créances hypothécaires. Cet article part manifestement du point de vue que; sous réserve de la question de l'annulation des titres perdus, les règles du CO. sur l'exécution des obligations s'appliquent à toutes les créances, qu'elles soient garanties par une hypothèque ou pas. Le droit cantonal demeure sans doute réservé en tant qu'il s'agit de déterminer la nature juridique des créances hypothécaires, c'est-à-dire de décider si les titres qui les constatent sont de simples titres dans le sens du droit commun ou des valeurs (*Werthpapiere*) analogues à la lettre de change et aux titres à ordre ou au porteur. Mais quant au surplus, il ressort de l'art. 105 CO. que les règles sur l'exécution des obligations formulées dans ce Code sont applicables à toutes les créances, aussi bien lorsqu'elles sont garanties par hypothèque, gage mobilier ou cautionnement, que lorsqu'elles ne sont pas garanties du tout. Plusieurs dispositions particulières du Titre deuxième du CO. paraissent également, par suite de l'absence de toute réserve, s'appliquer aussi aux créances hypothécaires. Tel est par exemple le cas des dispositions relatives à l'imputation des paiements contenues aux art. 100 et 101. L'opinion que les règles du CO. sur l'exécution des obligations s'appliquent aussi, sous les réserves énoncées ci-dessus, aux créances hypothécaires, doit être admise non seulement en ce qui concerne l'exécution au sens strict, mais aussi à l'égard de la dation en paiement. Celle-ci n'est, il est vrai, pas réglée expressément par le CO., mais elle doit être appréciée d'après le sens et l'esprit des règles qu'il pose au sujet de l'exécution. Il est à remarquer enfin, d'une manière générale, qu'un acte juridique qui de sa nature tombe sous l'empire du CO. (par exemple une délégation sur une banque), ne cesse pas d'être soumis à cette loi par le motif qu'il a pour but d'éteindre une créance hypothécaire. — Il résulte ainsi de ce qui précède que le Tribunal fédéral est compétent pour examiner l'exception de la recourante dont il s'agit ici.

6. — L'un des points que soulève cette exception consiste à dire que la demanderesse aurait imputé une partie des sommes qu'elle a reçues sur des intérêts prescrits. A cet égard l'instance cantonale a déclaré l'exception fondée pour un montant de 2410 francs et l'a repoussée pour le surplus. Cette décision se base sur le motif que la défenderesse n'aurait pas spécifié dans ses écritures que les intérêts prescrits auraient été payés, mais simplement allégué d'une manière générale que la demanderesse aurait appliqué des sommes provenant de la liquidation des biens de J. Beuret au paiement d'intérêts prescrits; or depuis le commencement de la liquidation, suite de l'acte d'abandon du 15 juillet 1889, deux intérêts seulement, ensemble 2410 francs, auraient été payés, quoique prescrits, et pourraient être déduits de la somme réclamée. Cette manière de voir ne peut être modifiée en faveur de la recourante. L'instance cantonale admet que le moyen dont il s'agit ici n'a été invoqué par la défenderesse, c'est-à-dire présenté avec la clarté et la précision exigées par la procédure, qu'à l'encontre des paiements d'intérêts qui ont eu lieu depuis le 15 juillet 1889; cette solution n'apparaît comme contraire ni à un principe du droit civil fédéral, ni aux pièces du procès; il est au contraire parfaitement exact que la défenderesse a négligé, bien que la chose lui fût facile, d'indiquer les paiements qu'elle considère comme imputés d'une manière illégale autrement qu'en alléguant que des sommes provenant de la liquidation auraient été appliquées au paiement d'intérêts prescrits. Elle ne saurait donc se plaindre de ce que l'instance cantonale a admis que ses critiques ne visaient que les paiements faits depuis l'acte d'abandon du 15 juillet 1889. Cette solution constitue d'ailleurs une appréciation du caractère des allégués de la défenderesse au point de vue des règles de la procédure et échappe comme telle à l'examen du Tribunal fédéral. — La demanderesse n'ayant pas recouru contre l'arrêt de l'instance cantonale, il n'y a pas lieu de rechercher s'il pouvait bien être question en réalité d'imputation illégale de paiements de la part du créancier, ou si l'on ne devait pas plutôt admettre que le débiteur ou le notaire

Ecabert, agissant en son nom et comme son mandataire, avait fait les paiements en question expressément dans le but de solder les intérêts prescrits; il n'y a pas lieu d'examiner non plus si les intérêts en question étaient réellement prescrits et d'après quel droit ce point doit être jugé.

7. — La recourante fait valoir en outre que la demanderesse aurait encaissé à compte de sa créance des valeurs dont elle n'offre pas déduction. Il est clair tout d'abord que la preuve de cette affirmation incombait à la partie qui l'a formulée. Or on ne peut considérer comme établi que la demanderesse n'ait pas tenu compte de valeurs qu'elle aurait réellement perçues. L'expert parle, il est vrai, dans son rapport de versements non crédités; mais cela ne peut, d'après les pièces et les constatations de l'instance cantonale, se rapporter qu'aux paiements non inscrits au crédit du compte primitif arrêté à fin 1893, mais dont le débiteur principal a été crédité ultérieurement, au cours du procès. Il ne résulte nullement du dossier, ainsi que le montre l'exposé de fait contenu dans la première partie de cet arrêt, que d'autres paiements que ceux admis par l'instance cantonale aient été perçus par la demanderesse pour le compte du débiteur principal.

8. — Toutefois la question se pose de savoir si, bien que la demanderesse n'ait pas perçu d'autres paiements, sa créance ne doit pas être considérée comme éteinte pour un montant supérieur à celui des paiements reçus. Il est clair à cet égard que l'acte d'abandon du 15 juillet 1889 ne peut être considéré comme une *datio in solutum*, c'est-à-dire un acte en vertu duquel le débiteur aurait fait abandon de tous ses biens à ceux de ses créanciers qui ont été parties au contrat et par lequel ceux-ci auraient accepté ces biens en paiement de leurs créances, qui par suite seraient totalement éteintes. La défenderesse elle-même n'a jamais soutenu, ce qui serait absolument inconciliable avec les faits, que l'acte d'abandon ait eu pour résultat d'éteindre immédiatement la dette principale et le cautionnement. Mais si elle ne soutient pas que l'acte en question constitue une dation en paiement, elle paraît cependant soutenir qu'il renferme une cession en vue

de paiement, de telle sorte que la demanderesse devrait tenir compte non seulement des sommes qu'elle a perçues provenant de la liquidation des biens cédés, mais encore de celles qu'elle aurait pu percevoir en agissant avec la diligence voulue. A première vue les termes de l'acte d'abandon semblent favorables à cette manière de voir; le débiteur déclare en effet qu'il se voit obligé « de demander sa cession de biens et que dans ces circonstances il propose à ses créanciers un abandon pur et simple de tous ses biens; » de leur côté, les créanciers présents déclarent qu'ils « acceptent cet abandon aux conditions suivantes, etc. » On ne saurait cependant reconnaître à cet acte le caractère d'une cession en vue de paiement. Une condition essentielle fait défaut pour cela, savoir que l'acte d'abandon ait eu pour effet de transférer la propriété des biens du débiteur aux créanciers qui ont été parties à cet acte, en particulier à la demanderesse. La fortune du débiteur consistait essentiellement en immeubles. Or l'instance cantonale a décidé que la propriété de ces immeubles n'avait pas passé aux créanciers. Cette question ressortit au droit cantonal et échappe à l'examen du Tribunal fédéral; au surplus la solution qu'elle a reçue apparaît comme absolument justifiée. Les créanciers n'ont acquis par suite de l'acte d'abandon aucun droit réel sur les biens du débiteur. Après comme avant, celui-ci est resté propriétaire de ses immeubles et de son mobilier; ses biens sont demeurés le gage commun de ses créanciers, qui tous n'étaient pas présents ou représentés à l'acte d'abandon; ceux qui avaient adhéré à cet acte n'avaient acquis de ce chef aucun droit nouveau, mais ne pouvaient faire valoir que les droits qu'ils possédaient déjà antérieurement; aucun bien ne leur a été transféré pour servir à leur paiement. C'est donc avec raison que l'instance cantonale a admis que l'acte d'abandon du 15 juillet 1889 ne constitue pas une dation en paiement, terme sous lequel elle paraît comprendre aussi la remise en vue de paiement. Elle a estimé que cet acte renferme en réalité une délégation, en ce sens que le débiteur aurait consenti à ce que ses créanciers se paient sur le produit

de la vente de ses biens. Mais cette manière de voir est inadmissible, pour autant du moins qu'il s'agirait d'une délégation au sens juridique du mot. La délégation exige le concours de trois personnes : le déléguant, le délégataire et le délégué. Or, dans l'acte en question, la personne du délégué fait défaut. D'après son contenu et son but, cet acte ne peut être interprété que de la manière suivante : Les créanciers qui y ont adhéré et le débiteur sont convenus qu'en lieu et place d'une liquidation juridique des biens de celui-ci, il serait procédé, tout d'abord au moins, à une liquidation amiable. Le débiteur a déclaré consentir à ce que ses biens soient vendus, sans poursuites juridiques, pour satisfaire ses créanciers selon leurs droits ; de leur côté les créanciers se sont déclarés d'accord et ont renoncé à d'ultérieurs procédés juridiques. Pour opérer la liquidation amiable, un représentant des deux parties a été constitué en la personne du notaire J.-B. Ecabert, présenté par les créanciers et accepté par le débiteur. Ce représentant avait le mandat d'une part de pourvoir à la vente des biens du débiteur et d'en toucher le prix, et d'autre part de répartir les sommes perçues aux créanciers selon leurs droits. Par l'acte d'abandon, les créanciers n'ont donc pas reçu une délégation (impossible en droit) sur les débiteurs éventuels à venir de leur débiteur, mais d'un commun accord créanciers et débiteur ont chargé un mandataire de réaliser les biens de ce dernier et d'en répartir le produit aux créanciers, le débiteur s'engageant naturellement à donner au mandataire tous les pouvoirs dont il pourrait avoir besoin, à vendre lui-même ses biens selon les instructions du mandataire ou à donner à des tiers mandat de les vendre, tandis que les créanciers renonçaient pour le moment à des poursuites contre lui. Il n'est pas exact que l'établissement demandeur ait, ainsi que le soutient la défenderesse, accepté la qualité de mandataire commun chargé de la liquidation. Il est possible sans doute que le notaire J.-B. Ecabert ait été nommé liquidateur essentiellement en considération de sa qualité de gérant de la Caisse d'Epargne, mais il n'en est pas moins vrai que l'acte d'abandon désigne M. J. Ecabert, notaire à Saignelégier,

personnellement et non l'établissement géré par lui. C'est du reste ainsi que la chose a été comprise en fait comme le prouve la circonstance que le compte de la liquidation n'a pas été établi sous le nom de la Caisse d'Epargne, mais sous le nom personnel du notaire Ecabert. Le fait qu'après la mort de ce dernier, son fils, qui lui avait succédé comme gérant de la Caisse d'Epargne, a continué aussi sans autre opérations de la liquidation, peut, il est vrai, paraître singulier, mais ne saurait rien changer au fait que l'acte d'abandon donne mandat au notaire Ecabert personnellement et non à la Caisse d'Epargne.

Etant admis que l'acte d'abandon a le sens qui vient d'être expliqué, il est clair qu'il ne s'oppose nullement à ce que la Caisse d'Epargne agisse contre les cautions, obligées envers elle solidairement et sans bénéfice de discussion, pour la part de sa créance non remboursée effectivement au moyen des sommes provenant de la liquidation amiable des biens du débiteur. Elle a ce droit tout comme elle l'aurait si, au lieu de consentir à une liquidation amiable, elle avait provoqué la liquidation juridique des biens du débiteur, soit sa faillite. On ne saurait évidemment voir dans le consentement donné à la liquidation amiable un sursis accordé au débiteur et dont la caution pourrait se prévaloir. On ne saurait non plus tirer de l'accord suivant lequel la liquidation devait se faire par les soins d'un mandataire commun la conclusion que la demanderesse devait être considérée comme désintéressée non seulement dans la mesure des paiements effectifs qu'elle aurait reçus, mais aussi en tant qu'elle aurait pu être payée moyennant une gestion diligente de la part du mandataire commun. Il est clair d'ailleurs que le débiteur principal ne serait pas recevable à opposer cette objection à la demanderesse. Or la caution ne l'est pas davantage, attendu qu'au point de vue en question elle ne peut faire valoir que les exceptions qui appartiennent au débiteur principal. De ce qui précède, il résulte que la demanderesse n'est pas obligée, en vertu de l'acte d'abandon, de se tenir pour désintéressée au delà de ce qu'elle a effectivement reçu à compte de sa créance.

9. — Il reste à examiner si cette obligation résulte des ventes qui ont eu lieu en exécution de l'acte d'abandon. Ces marchés, ainsi qu'il a été exposé plus haut, ont tous été conclus par le débiteur ou en son nom; en revanche, dans une partie d'entre eux, le prix est stipulé payable en mains de la Caisse d'Epargne soit de son gérant. En ce qui concerne ces derniers on peut se demander s'ils ne renferment pas une délégation, en ce sens que le débiteur aurait prescrit aux acheteurs (délégués) de payer en mains de la Caisse d'Epargne et attribué à celle-ci le droit de percevoir les prix de vente stipulés payables en ses mains. Toutefois il est inutile de résoudre cette question, attendu que même si l'on était en présence d'une délégation acceptée, cela ne justifierait pas le point de vue de la défenderesse d'après lequel la Caisse d'Epargne devrait déduire de sa créance le montant des délégations et non seulement ce qu'elle a perçu des débiteurs délégués. La conséquence en serait simplement (art. 407, al. 2 CO), d'une part, que la Caisse ne pourrait faire valoir sa créance contre le débiteur principal ou ses cautions que si elle avait préalablement réclamé le paiement aux délégués et n'avait pu l'obtenir à l'époque fixée dans les délégations, et, d'autre part, qu'elle devrait répondre vis-à-vis du déléguant, en vertu des art. 408, al. 2 et 392 CO., du dommage éventuel résultant pour lui de l'inexécution du mandat contenu dans les délégations et consistant à en réclamer le paiement à l'échéance. Mais la défenderesse ne s'est pas placée sur ce terrain; elle n'a ni soutenu que la demande dût être partiellement repoussée aussi longtemps que la demanderesse n'aurait pas réclamé inutilement le paiement du prix des ventes en question, ni établi ou même simplement allégué qu'un dommage ait été causé au débiteur principal et par suite à elle-même par le fait que les acheteurs n'auraient pas été invités à payer à l'échéance le prix de leurs acquisitions. Il n'y a pas lieu dès lors de tenir compte de ce point de vue. Mais il va sans dire que les cautions et en particulier la défenderesse payant pour le débiteur principal, elles seront subrogées aux droits de la demanderesse résultant des ventes en question.

10. — L'acte d'abandon et les ventes passées en exécution de cet acte n'ayant eu pour effet ni d'éteindre la créance de la demanderesse ni de la réduire au-dessous du montant fixé par l'instance cantonale, il suit de là que l'arrêt dont est recours doit être confirmé purement et simplement. Il est vrai que la défenderesse voudrait encore faire supporter à la demanderesse les différences d'intérêt et les erreurs que renferment les comptes du notaire J.-B. Ecabert. Mais les premiers juges ont repoussé avec raison cette prétention par le motif que ces points ne concernent pas la demanderesse, mais le notaire Ecabert personnellement, en sa qualité de mandataire du débiteur principal, ou son héritier.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt de la Cour d'appel et de cassation de Berne, du 28 mai 1896, confirmé quant au fond et quant aux dépens.

199. Urteil vom 18. Dezember 1896 in Sachen
Buffolini gegen F. Saurers Söhne.

A. Durch Urteil vom 10. Oktober 1896 hat das Obergericht des Kantons Thurgau über die Rechtsfrage: „Haben die Appellaten dem Appellanten 20,000 Fr. nebst 5 % Verzugszins vom 31. März 1896 an zu bezahlen, unter Kostenfolge?“ erkannt: Es sei die Rechtsfrage verneinend entschieden.

B. Gegen dieses Urteil hat der Anwalt des Klägers die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Gutheißung der vor Obergericht klägerischerseits gestellten Rechtsbegehren.

C. Durch Beschluß vom 11. Dezember 1896 ist dem Kläger auf sein Begehren hin, gestützt auf ein vom 9. gleichen Monats datiertes Armutzeugnis des Sindaco in Tolmezzo das Armen-