

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 6. Dezember 1921 aufgehoben und die Klage geschützt.

**13. Arrêt de la 1<sup>re</sup> section civile du 21 février 1922**  
dans la cause **Chopard** contre **Lévy**.

CO art. 509 alinéa 2. Sens et portée de cette disposition.

A. — En juin 1916, Charles Lévy a engagé un sieur Kubler comme gérant de son magasin de meubles de Vevey, succursale de sa maison de La Chaux-de-Fonds. Cet engagement était fait aux conditions suivantes : Moyennant un salaire fixe (200 fr. par mois jusqu'à fin décembre 1916, et 100 fr. par mois depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1917) et une commission sur les ventes (2% pendant la première période et 5% pour la suite), Kubler vouait tout son temps aux affaires de Lévy. Il devait faire sa caisse tous les soirs et adresser la recette journalière à son patron, lui envoyer quotidiennement son courrier et les souches de commandes. Enfin Kubler était tenu de dresser inventaire du stock chaque mois, Lévy se réservant de procéder lui-même à des inventaires complémentaires « en tout temps et chaque passage ». Lévy avait de plus donné à son employé les instructions suivantes : « Le système de vente ne se fait qu'au comptant et vous n'êtes nullement, dans aucun cas, autorisé, à faire du crédit ; si toutefois vous aviez des clients qui désireraient avoir des facilités de paiement, vous pourriez traiter l'affaire pour le Continental ; si le client est reconnu solvable et que la vente se livre, je vous allouerai alors une commission de 4% »

Pour engager Kubler, Lévy avait exigé un cautionne-

ment de 5000 fr. Ce cautionnement a été donné le 1<sup>er</sup> mai 1916 par Paul et Fernand Chopard, lesquels déclaraient se porter « garants et co-débiteurs solidaires » de Kubler « en raison des fonctions » confiées à ce dernier de gérant de la succursale de Vevey « tant pour l'encaissement des factures que pour toutes marchandises se trouvant dans le magasin ». « Ce cautionnement solidaire, énonçait encore l'acte, est fourni jusqu'à concurrence de la somme de 5000 fr. et assurera dans cette proportion la bonne gestion par M. Kubler de la succursale de M. Lévy à Vevey. »

Kubler est entré en fonctions ainsi qu'il avait été prévu et est demeuré au service de Lévy jusqu'en mars 1920. D'après les constatations de l'instance cantonale la vérification comptable prévue par le contrat a été régulièrement faite par Lévy. D'après Kubler, en quatre ans, Lévy aurait procédé à neuf inventaires.

Au printemps de 1920, Lévy cherchant à faire rentrer certaines factures établies par Kubler, s'est rendu compte qu'il était victime d'actes délictueux de la part de son employé et a déposé contre lui une plainte en abus de confiance. Une expertise fixa le montant du déficit à 22,996 fr., somme qui fut ramenée plus tard à 17,000 fr. Kubler avoua les faits qui lui étaient reprochés et déclara avoir commencé ses malversations dès la première année. Il reconnut également avoir expliqué à son patron les déficits d'inventaire par la livraison, quelques jours auparavant, de marchandises non encore payées. L'instruction n'a pas apporté de précisions sur les dates des détournements. Kubler a prétendu toutefois avoir eu un déficit de 2000 fr. à la fin de la première année déjà. Lévy a déclaré quant à lui avoir constaté, en juin 1919, pour la première fois, des déficits dans l'inventaire. Il résulte de l'expertise que, pour masquer ces déficits, Kubler confectionnait des bordereaux de vente fictifs.

Le 25 juin 1920, le Tribunal de Police de Vevey a condamné Kubler pour abus de confiance à la peine de deux cents jours de réclusion sous déduction de soi-

xante dix-sept jours de préventive et trois ans de privation générale des droits civiques.

C. — Le 4 juin 1920, Lévy a fait notifier à Paul Chopard un commandement de payer pour la somme de 5000 fr. avec intérêts au 5 % dès ce jour. Chopard ayant fait opposition, Lévy a requis la main-levée provisoire qui a été prononcée le 21 juillet suivant.

Par demande du 31 juillet, Chopard a ouvert action contre Lévy en concluant à ce qu'il fût prononcé qu'il n'était pas débiteur de la somme réclamée. Il se prévaut principalement de l'art. 509 al. 2 CO et soutient que si Lévy avait exercé sur son employé la surveillance à laquelle il était tenu, le dommage ne serait pas survenu et qu'il doit être seul par conséquent à en supporter les conséquences.

Lévy a conclu à libération.

Par jugement du 7 novembre 1921, le Tribunal cantonal de Neuchâtel a débouté le demandeur de ses conclusions et mis les frais du procès à sa charge.

Le Tribunal constate tout d'abord, avec l'expert, que Lévy a soigneusement vérifié la comptabilité de Kubler, « relevant la plus petite erreur de caisse et n'admettant pas les ventes à terme ». En ce qui concerne le contrôle de mobilier, il estime qu'il a été normal ; Lévy a procédé à cinq ou six inventaires de 1916 à 1919 et Kubler lui fournissait d'ailleurs des inventaires mensuels. Il conteste que Kubler ait contrevenu à la défense de vendre à crédit ; le fait que Kubler a déclaré avoir dit à son patron que les meubles manquants avaient été vendus quelques jours auparavant et qu'il en attendait le paiement ne signifie pas qu'il s'agissait de ventes à terme. Lévy aurait pu, sans doute, en s'adressant immédiatement aux acheteurs vérifier les explications de son gérant, mais, dit le Tribunal, pareille démarche eût été une preuve évidente de méfiance à l'égard de l'employé et aurait paralysé son activité. Lévy a donc, en résumé, surveillé son employé avec la diligence voulue. Il n'avait pas de raisons de se méfier

de lui ni par conséquent de prendre à son égard des mesures particulières. A supposer d'ailleurs que Lévy eût découvert les malversations six mois ou un an plus tôt, le profit n'aurait pas été pour les cautions, le préjudice dépassant déjà alors les 5000 fr. réclamés au demandeur. Si Kubler enfin s'est fait aider par sa femme, il l'a fait à ses risques et périls et le défendeur n'avait aucune raison de s'opposer à une collaboration qui paraît toute naturelle.

D. — Le demandeur a recouru en réforme en reprenant ses conclusions de première instance.

Le défendeur a conclu au rejet du recours et à la confirmation du jugement.

#### *Considérant en droit :*

1. — Le texte de l'art. 509 al. CO est évidemment defectueux et pour se renseigner sur la portée et le sens exacts de cette disposition, il convient de se reporter aux travaux préparatoires et notamment aux rapports des commissions du Conseil National et du Conseil des Etats. Ainsi qu'on l'a déjà fait observer (cf. Srooss, *Der Anspruch der Bürgen auf Diligenz des Gläubigers nach schweiz. OR, insbesondere nach Art. 508 [neu Art. 509] ; Zeitschr. d. B. Jur.-Ver. 1911 p. 472 et sv., spécialement p. 537 et sv.*), il résulte de ces documents qu'en insérant dans la loi le texte qui figure sous l'alinéa 2 de l'art. 509, le législateur n'a pas eu d'autre but en réalité que de consacrer, en l'étendant, il est vrai, au cas des employés en général, un précepte suivi déjà par le Tribunal fédéral sous l'empire du code de 1883, c'est à savoir que le créancier qui entend conserver ses droits contre la caution est tenu d'exercer sur son employé une certaine surveillance, n'étant pas équitable que la caution puisse être rendue responsable d'un dommage occasionné par la propre faute du créancier. Si, au lieu de s'en tenir à l'expression de la sanction, le législateur avait pris soin de formuler ce précepte lui-même dans ce qu'il a de positif,

c'est-à-dire d'ériger en principe le devoir de surveillance du créancier, il est vraisemblable qu'il aurait été amené à en préciser en même temps la portée. Faute d'une indication résultant du texte lui-même, il convient sur ce point également de s'en rapporter aux travaux préparatoires et notamment à l'intention clairement manifestée de suivre ici aussi les principes de la jurisprudence antérieure (cf. les arrêts invoqués par Srooss, *loc. cit.*). Conformément à cette jurisprudence, il se justifie donc d'affirmer que si l'étendue du devoir de surveillance doit s'apprécier dans chaque cas particulier eu égard aux circonstances et selon les règles de la bonne foi, le créancier cependant n'encourt de responsabilité qu'en cas de dol ou de faute grave dans l'accomplissement de ce devoir.

2. — Si l'on applique ces principes en l'espèce, il n'est pas douteux que la demande ne doive être rejetée.

Comme l'instance cantonale le relève à bon droit, le défendeur n'avait tout d'abord en l'espèce aucune raison de se montrer particulièrement défiant à l'égard de son employé. Le demandeur a bien prétendu, il est vrai, que le défendeur avait été mis en garde contre Kubler en raison de ce qu'un « découvert » de 800 fr. aurait été constaté dans les comptes d'une maison où il avait été précédemment occupé. Mais outre le fait que le jugement ne dit pas clairement si la preuve de cette allégation a été ou non rapportée non plus qu'il ne dit si ce « découvert » provenait du fait de Kubler, il est constant que le demandeur connaissait le passé dudit Kubler aussi bien que le défendeur et que cela ne l'a pas empêché de le cautionner. Il est donc mal venu à se prévaloir de cette circonstance. Au surplus, il suffit de lire le contrat pour constater que le défendeur avait, en fait, imposé à Kubler des prescriptions très rigoureuses, tant en ce qui concerne le contrôle des comptes que celui des marchandises, et avait pris à son égard des précautions plus sévères qu'on ne le fait en général contre un employé de sa condition. Pour ce qui est de la façon dont le défen-

deur a contrôlé l'observation de ces prescriptions, le dossier ne contient aucun fait dont on puisse déduire que le défendeur se soit rendu coupable de dol ou de négligence grave. Il a usé des moyens de contrôle dans la mesure du possible, ainsi d'ailleurs qu'il l'eût fait dans son propre intérêt, et la surveillance exercée apparaît comme normale. Il y a lieu d'ailleurs, sur ce point d'adopter les motifs et les arguments retenus par l'instance cantonale.

En ce qui concerne l'allégation suivant laquelle le défendeur aurait dû se rendre compte des détournements en constatant l'inexactitude de l'inventaire, elle ne saurait être retenue non plus. D'une part, en effet, le dossier ne permet pas de fixer la date à laquelle le défendeur a remarqué pour la première fois les défauts de l'inventaire. Fût-ce en 1919 ou en 1918 même, il est certain qu'à cette époque le déficit dépassait déjà le montant réclamé à la caution. Il n'en serait donc résulté aucun avantage pour elle. D'autre part, il convient d'observer également que si certains meubles n'étaient plus en magasin, leur valeur était cependant inscrite dans les comptes comme payée et que Kubler comblait successivement le déficit en invoquant chaque fois une nouvelle vente. S'il est vrai que Kubler était mal rétribué, cela n'exclut nullement le caractère illicite de ses actes et ne saurait non plus modifier les rapports établis entre le créancier et la caution. Il en est de même du fait que le défendeur aurait toléré que Kubler se fit aider par sa femme. Il n'est nullement établi que cette dernière ait participé aux actes reprochés à son mari et le serait-il, que Kubler n'en devrait pas moins répondre de ces actes envers le défendeur.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est rejeté et le jugement attaqué est confirmé.