

Vorinstanz eine Reduktion der Ersatzpflicht der Beklagten um 60% eintreten lassen, und der Kläger hat durch Unterlassung der Berufung diesen Abzug als gerechtfertigt anerkannt. Die Beklagten sind der Auffassung, dass das Verschulden des Klägers die gänzliche Abweisung der Klage, zum mindesten aber eine 60% übersteigende Reduktion der Ersatzpflicht rechtfertige. Das Verschulden des Klägers ist allerdings erheblich; es ist jedoch nicht derart schwerwiegend, dass es die grundsätzliche kausale Haftbarkeit der Beklagten völlig auszuschalten vermöchte. In welchem Umfange die Reduktion zu erfolgen habe, ist eine Ermessensfrage, in der das Bundesgericht keinen Anlass hat, von der Lösung der Vorinstanz abzuweichen, welche die Verhältnisse an Ort und Stelle geprüft hat und daher eher in der Lage war, die einzelnen Faktoren in ihrer Bedeutung für den ganzen Hergang abzuwägen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichtes des Kantons St. Gallen vom 8. Juli 1938 wird bestätigt.

63. Extrait de l'arrêt de la 1<sup>re</sup> Section civile du 16 novembre 1938 dans la cause Mariéthod contre Banque de Sion, de Kalbermatten & C<sup>ie</sup>.

Cautionnement. Validité de la clause aux termes de laquelle la caution déclare renoncer au bénéfice de l'art. 503 CO.

*Résumé des faits et extrait des motifs :*

Isaac Mariéthod, préposé à l'office des poursuites de Sion, a été actionné en exécution d'un cautionnement contenant une clause aux termes de laquelle il déclarait renoncer au bénéfice des art. 500, 503 CO et 303 LP. Il n'a pas excipé de la nullité de cette clause, mais le TF a jugé devoir soulever cette question d'office. L'arrêt contient sur ce point les développements suivants :

L'acte de crédit de 1929 contient, comme on l'a dit, une clause aux termes de laquelle les cautions « déclarent renoncer au bénéfice des art. 500, 503 CO et 303 LP ». Bien que le demandeur n'ait pas excipé dans sa procédure de la nullité de cette disposition, il y a lieu pour le Tribunal fédéral d'examiner d'office la question (RO 45 II p. 551).

Cette question se ramène en réalité au point de savoir si une renonciation par la caution aux droits que lui confère l'art. 503 CO doit être considérée comme contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux droits attachés à la personnalité au sens de l'art. 19 al. 2 CO.

Il est clair tout d'abord que l'ordre public n'est pas intéressé à la réglementation de l'art. 503 CO. Tout au plus pourrait-on se demander si les dispositions de cet article ne doivent pas être tenues pour des règles de droit impératif, en raison de la nature des avantages qu'elles assurent à la caution. Il en serait sans doute ainsi si elles avaient été édictées en vue d'empêcher l'exploitation de l'une des parties par l'autre — exploitation que faciliterait une différence de leurs conditions économiques — ou, plus généralement encore, de prévenir l'aliénation de droits considérés comme inhérents à la personnalité (cf. RO 53 II 320 et 63 II 410). Mais tel n'est en réalité pas le cas. Une simple renonciation aux droits conférés par l'art. 503 CO n'a pas pour conséquence de mettre la caution à la merci du créancier, et si ce dernier en est avantagé, ce n'est toutefois pas au point de choquer le sentiment de la justice. Il en résulte tout simplement en effet que la caution accepte de rester tenue aussi longtemps que le débiteur principal, et il n'y a rien là qui puisse être considéré comme une atteinte aux droits de la personnalité. Aussi bien la loi réglemente, elle-même, les engagements solidaires; elle admet parfaitement que deux personnes signent comme codébiteurs solidaires, tout en convenant entre elles qu'il n'y a que l'une d'elles qui est la véritable débitrice et que l'autre

n'intervient en réalité qu'en qualité de garante. Or telle est précisément la situation dans laquelle se trouve la caution solidaire qui renonce envers le créancier au bénéfice de l'art. 503. Il convient dès lors d'admettre, ainsi que le fait la doctrine et ceux-là même parmi les auteurs qui ont examiné le problème *de lege ferenda*, que les dispositions de l'art. 503 ne sont pas de droit impératif, et qu'il est au contraire possible d'y déroger conventionnellement.

Il ne suit pas de là toutefois qu'il se justifie de n'attacher aucune importance à la pratique que l'on voit s'instaurer de plus en plus dans le monde des affaires et plus particulièrement dans les établissements de crédit et qui consiste à exiger des cautions une renonciation anticipée aux facultés qu'elles tiennent de la loi. Il n'est pas rare, en effet, de voir des formules imprimées de contrats de cautionnement dans lesquelles s'insère une clause portant renonciation expresse au bénéfice des dispositions des art. 497, 500, 502, 503, 508, 509, 511 CO, 303 LP, etc., autrement dit à la plupart, si ce n'est à tous les droits que la loi a cru devoir accorder à la caution. Cette pratique, qui n'a d'ailleurs pas laissé de préoccuper les personnes qu'intéresse la revision du droit sur le cautionnement (cf. par ex. STAUFFER, Verhandl. des Schweiz. Juristenvereins 1935, 2. Heft. Protokoll der Jahresversammlg. in Interlaken p. 511 a ; REIN, Die Voraussetzungen der Bürgschaft im schweiz. Recht, p. 81), n'aboutit en effet ni plus ni moins en réalité qu'à modifier l'essence même du contrat, si bien que celui qui signe comme caution finit souvent par se trouver en fait dans la position d'un codébiteur solidaire. Il se peut que cette situation réponde à des nécessités pratiques ; elle n'en est pas moins anormale par le risque qu'elle crée pour la caution de n'être pas tout à fait au clair sur l'étendue de ses droits. Aussi convient-il, lorsque la caution se prévaudra de l'erreur où elle se sera prétendument trouvée à cet égard, que les tribunaux ne fassent pas preuve de la rigueur qui est de

règle dans l'examen d'une telle question, mais admettent au contraire plus facilement l'exception lorsqu'il ne ressortirait pas du texte même de l'acte de cautionnement que la caution a eu son attention attirée, non seulement sur les numéros des articles de la loi dont il est fait mention, mais aussi sur le sens et la portée de ces dispositions, c'est-à-dire sur les droits auxquels elle a été appelée à renoncer.

En l'espèce, l'acte de cautionnement se borne, il est vrai, à l'énumération des articles de la loi au bénéfice desquels le demandeur a déclaré renoncer. Mais rien n'autorise à dire que le demandeur n'ait pas été exactement renseigné sur la portée de cette renonciation. Aussi bien, pas plus en première instance que devant le Tribunal fédéral, n'a-t-il prétendu n'avoir pas été au clair sur la nature des droits auxquels il renonçait. L'eût-il fait que sa double qualité de préposé à l'office des faillites et d'avocat permettrait encore d'élever de sérieux doutes sur le bien-fondé de cette exception.

## V. PROZESSRECHT

### PROCÉDURE

**64. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 28. September 1938 i. S. Textilwerk Schürli A.-G. gegen Cottonificio Valle di Susa S. A.**

Art. 63 Ziff. 2 OG. Recht der Parteien zur schriftlichen Zusammenfassung ihrer mündlichen Vorträge ; Voraussetzungen.

Wenn das Verfahren vor den kantonalen Gerichten mündlich ist und über die für die Urteilsfällung massgebenden Parteiverhandlungen nicht ein genaues Sitzungsprotokoll geführt wird, so hat nach Art. 63 Ziff. 2 OG jede