

Aus diesen Gründen
hat das Bundesgericht,
in teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils,
erkannt:

Die Beklagten haben den Klägern 1875 Fr. nebst Zins zu
5 % seit 1. Januar 1896 zu bezahlen.

193. Arrêt du 28 novembre 1896 dans la cause Steffen
contre la Caisse d'Epargne et d'Escompte de Saint-Imier.

A. En date du 15 février 1877 s'est constituée à Saint-Imier une société anonyme par actions sous la raison sociale « Caisse d'Epargne et d'Escompte de Saint-Imier. » Des statuts revisés et mis en harmonie avec le CO. ont été adoptés le 29 août 1887 et sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 1888. Aux termes de l'art. 26 des statuts du 15 février 1877, le Conseil d'administration devait désigner un gérant pour une durée à déterminer entre parties. Ce gérant devait diriger l'établissement sous la surveillance du Conseil d'administration et de ses commissions. Il avait à fournir un cautionnement dont le Conseil déterminait l'importance et la forme.

En exécution de ces dispositions, et dans sa séance du 19 mars 1880, le Conseil d'administration a nommé gérant le sieur Charles Blattner, aux conditions fixées dans un cahier des charges du 11 mars 1880. Ce cahier des charges contenait entre autres les dispositions suivantes : *Art. 2.* Le gérant est nommé pour une période de deux années, mais il peut en tout temps être révoqué, en vertu d'une décision motivée, par le Conseil d'administration. Les parties se réservent la dénonciation du contrat après un avertissement de trois mois, qui pourra être donné avant la fin du contrat. *Art. 3.* Le gérant touche un traitement de 3500 francs pour la première année, payable trimestriellement. Ce traitement pourra être

augmenté pour l'année suivante. *Art. 4.* Le cautionnement sera de 10 000 francs au moins.

Dans sa séance du 27 avril 1881, le Conseil d'administration a pris une décision ainsi ténorisée au procès-verbal : « A l'unanimité des membres présents, il est décidé d'augmenter le traitement du gérant et de le porter à 4000 francs par an dès le 23 avril courant, soit déjà dès le 1^{er} janvier dernier et de chercher à prolonger le contrat avec M. Blattner pour une nouvelle année dès le 1^{er} janvier 1882, avec un traitement ne pouvant pas dépasser 4500 francs. M. le gérant déclare séance tenante qu'il est disposé à passer un nouveau contrat aux conditions ci-dessus et pour une durée de deux années commençant le 1^{er} janvier 1881. » Ensuite de cette décision l'inscription suivante a été faite au pied du cahier des charges et signée par le président du Conseil et le gérant : « Dans sa séance du 27 avril 1881, le Conseil d'administration a nommé M. Blattner gérant de l'établissement pour les années 1881 et 1882, aux clauses et conditions du présent cahier des charges. Le traitement a été fixé dès le 1^{er} janvier au 31 décembre 1881 à 4000 francs. Le traitement pour l'année 1882 sera fixé ultérieurement sans toutefois dépasser la somme de 4500 francs. » Il n'est pas établi comment la situation du gérant fut réglée depuis la fin de 1882 jusqu'au commencement de 1889. Mais le 28 mars 1889 le Conseil d'administration décida derechef qu'« un nouveau contrat serait passé avec le gérant Blattner pour une nouvelle période de trois ans sur les bases établies par le précédent contrat. » Cette décision fut exécutée le même jour par l'inscription au pied du cahier des charges de la convention suivante : « M. Charles Blattner a été confirmé dans ses fonctions de gérant... pour une nouvelle période de trois années à partir du 31 mars courant au 31 mars 1892.... »

Le cautionnement du gérant fut fourni de la manière suivante : 1. Par acte notarié du 11 avril 1880, Jacob Steffen, notaire à Bienne, Etienne Affolter, propriétaire à Sorvillier, et Jean-Jacques Blattner-Bircher, propriétaire à Kuttigen (Argovie), se sont constitués « volontairement cautions soli-

daïres..., un seul pour le tout et sans division, de M. Ch. Blattner... à raison de ses nouvelles fonctions de gérant-caissier et jusqu'à concurrence d'une somme de 10 000 francs, à partir du 23 avril 1880... »

La caution Affolter étant décédée, Guillaume Grütter, employé de commerce à Olten, a, par acte notarié du 12 septembre 1881 et en termes identiques à ceux de l'acte du 11 avril 1880, déclaré se porter caution de Ch. Blattner conjointement avec J.-J. Blattner-Bircher et J. Steffen, à partir du 23 avril 1880.

Ch. Blattner a rempli ses fonctions de gérant de la Caisse d'Épargne de Saint-Imier jusqu'au 10 septembre 1892, jour où il a pris la fuite après avoir reconnu qu'il s'était rendu coupable de détournements importants. Une plainte ayant été déposée contre lui, l'enquête qui suivit révéla que ses détournements s'élevaient à 115 915 fr. 86 c. Sa mise en faillite fut immédiatement prononcée.

Le 14 septembre 1892, le Conseil d'administration de la Caisse d'Épargne de Saint-Imier adressa au président du tribunal de Courtelary une requête tendant à la mise en faillite de la société, l'inventaire ayant démontré que le passif excédait l'actif. Le même jour, plusieurs créanciers de la Caisse d'Épargne demandèrent que la déclaration de faillite fût ajournée et qu'il fût procédé en conformité de l'art. 657, al. 3 CO. Vu cette demande, le président du tribunal de Courtelary rendit le 14 septembre une ordonnance de la teneur suivante : « 1. Il est fait droit à la demande d'ajournement de la déclaration de faillite ; partant le prononcé de cette faillite est suspendu jusqu'au 12 octobre prochain. 2. Les livres de la Caisse d'Épargne et d'Escompte seront arrêtés à ce jour et un état de situation de cet établissement sera dressé le plus tôt possible par le Conseil d'administration. 3. MM. Rodolphe Matti, Fritz Thalman et Frédéric Brehm, tous à Saint-Imier, sont désignés en qualité de curateurs de la masse et en cette qualité ils pourront accepter des renouvellements en payement des effets échus en portefeuille ou en circulation, à condition que les garanties ne soient pas amoin-

dries. Ces mêmes curateurs devront en outre prendre toutes les mesures qu'ils jugeront nécessaires en vue de la conservation de l'actif. 4. Les fonds provenant de rentrées seront provisoirement consignés chaque huitaine à la Recette de ce district. »

Le 23 septembre 1892, une assemblée de créanciers de la Caisse d'Épargne et d'Escompte a décidé à l'unanimité, sur la proposition du Conseil d'administration, « de régler la situation de l'établissement à l'amiable, grâce à l'intervention de la Banque cantonale bernoise. »

Le 13 octobre, le Conseil d'administration a requis et obtenu une prolongation d'un mois du sursis accordé par la décision présidentielle du 14 septembre. Avant l'expiration de cette prolongation, tous les créanciers de la Caisse d'Épargne et d'Escompte ont adhéré au projet de liquidation amiable adopté par l'assemblée du 23 septembre. Les actes d'adhésion portent que le Conseil d'administration reçoit tous pouvoirs de prendre les mesures nécessaires en vue de cette liquidation, sans être tenu d'observer les formes et les délais prévus par la loi pour la conclusion du concordat. En présence de cet accord des créanciers, il ne fut pas donné suite à la demande de déclaration de faillite.

Le 28 novembre 1892, une convention fut conclue entre la Banque cantonale de Berne et la Caisse d'Épargne et d'Escompte de Saint-Imier représentée par le Comité de liquidation nommé par les créanciers. D'après cette convention, la Banque cantonale se chargeait de liquider, aux risques et périls des créanciers et selon les directions du Comité de liquidation, l'actif et le passif de la Caisse d'Épargne. Sous date du 1^{er} décembre suivant, inscription fut faite au registre du commerce que la Société de la Caisse d'Épargne et d'Escompte de Saint-Imier avait décidé sa liquidation et que l'ancien Conseil d'administration avait été désigné comme Comité de liquidation par une assemblée de créanciers et d'actionnaires tenue le 23 septembre 1892. L'inscription mentionnait en outre que la liquidation aurait lieu à l'amiable par les soins de la Banque cantonale de Berne représentée par A. Vernier,

gérant, J. Weber, caissier, et A. Marchand, comptable de la succursale de Saint-Imier. Cette inscription fut publiée dans la *Feuille officielle suisse du commerce* du 8 décembre 1892.

Le 23 août 1893, la Cour d'assises du Jura a condamné Ch. Blattner, par contumace, à trois ans de réclusion et aux dommages et intérêts envers la Caisse d'Épargne de Saint-Imier, celle-ci étant renvoyée à les faire liquider devant le juge civil.

B. C'est en se basant sur ces faits que la Caisse d'Épargne de Saint-Imier, en liquidation, représentée par la Banque cantonale de Berne, a formé le 4 septembre 1893 une demande devant le tribunal de district de Courtelary dans laquelle elle conclut à ce que les cautions Jacob Steffen, J.-J. Blattner-Bircher et Guillaume Grütter soient condamnées solidairement à la récupérer jusqu'à concurrence de 10 000 francs du dommage qui lui a été causé par les détournements de son ancien gérant et caissier Ch. Blattner à partir du 23 avril 1880. Pour établir le bien fondé de sa réclamation, elle fait valoir en substance ce qui suit : La première période de la gestion de Blattner a duré du 23 avril 1880 au 22 avril 1882. Dans le cas où avant la fin de cette période le contrat n'aurait pas été dénoncé par l'une des parties, l'administration de Blattner devait continuer. Or le 27 avril 1881, le traitement de Blattner a été élevé à 4000 francs et comme, avant le 23 avril 1882 et même depuis lors, il n'y a jamais eu de résiliation du contrat, Blattner a fonctionné comme gérant jusqu'au moment de sa fuite. Il en résulte que les défendeurs sont responsables, vis-à-vis de la demanderesse, jusqu'à concurrence de 10 000 francs, des détournements commis par le gérant Blattner pendant toute la durée de ses fonctions. Ces détournements ascendent à 114 910 fr. 41 c. et tombent pour 20 000 francs au moins dans la période du 23 avril 1880 au 23 avril 1882.

C. Répondant, les défendeurs ont tout d'abord soulevé un moyen consistant à dire qu'il résulte de l'acte de nomination du gérant, du cahier des charges et de l'acte de cautionnement du 11 avril 1880 que les trois cautions primitives ne se sont

engagées que pour la période biennale du 23 avril 1880 au 23 avril 1882. Ch. Blattner n'aurait en effet pas été nommé pour une période indéterminée et ce qui le prouverait, c'est que le contrat du 19 mars 1880 a été remplacé le 27 avril 1881 par un nouveau contrat. Par suite de ce nouveau contrat, le précédent est devenu caduc avec toutes les obligations accessoires. D'autre part, la Caisse d'Épargne a simplement remplacé la caution Affolter, décédée, par le sieur G. Grütter, sans requérir le consentement des deux autres cautions. Il suit de là que l'engagement de celle-ci disparaît et que la substitution de Grütter ne peut les lier. Si même le cautionnement n'est pas éteint pour les deux causes prémentionnées, la réclamation de la demanderesse doit être considérée comme prescrite, attendu que les détournements commis pendant la durée du contrat primitif de Blattner, auquel s'applique le cautionnement, remontent à plus de dix ans.

En second lieu les défendeurs ont soulevé une exception dilatoire basée sur le fait qu'aucun des actes de cautionnement dont s'agit ne stipulerait qu'ils se sont obligés solidairement avec Ch. Blattner, d'où il suivrait que la solidarité concernerait uniquement les rapports des cautions entre elles. Or il n'est pas allégué que les biens de Blattner aient été liquidés ni que la demanderesse soit porteur d'un acte de défaut de biens.

Au fond les défendeurs ont conclu au rejet de la demande. Ils fondent leur libération sur les faits suivants : La Banque cantonale bernoise n'est pas légitimée activement au procès. En effet, il n'est pas établi que la Caisse d'Épargne ait décidé sa liquidation. L'assemblée du 23 septembre 1892 n'était pas une assemblée d'actionnaires, mais de créanciers; elle n'avait aucun pouvoir de décider la liquidation. C'est donc à tort que la liquidation de la société a été inscrite au registre du commerce et publiée dans la *Feuille officielle*. Dès lors la Banque cantonale ne peut intenter une action au nom de la Caisse d'Épargne prétendue en liquidation, puisqu'il n'existe aucune décision régulière de liquidation. En outre, la convention du 28 novembre 1892 constitue un mandat donné par les créan-

ciers à la Banque cantonale et régi par les art. 392 et suiv. CO. La demanderesse ne pouvait agir en justice qu'en produisant avec la demande déjà une procuration expresse conformément à l'art. 394 al. 2 CO. Quant à leur engagement lui-même, les défendeurs s'en prétendent libérés par le motif que le Comité de direction, le Conseil d'administration et les vérificateurs des comptes de la Caisse d'Epargne auraient commis des négligences graves dans la surveillance et le contrôle des actes du gérant Blattner; ils auraient dû, avec le minimum de surveillance exigé d'eux par la loi et les statuts, s'apercevoir des soustractions commises par Blattner. — A supposer que l'acte de cautionnement du 11 avril 1880 lie toujours les défendeurs qui l'ont souscrit, il est toutefois à remarquer que J. Steffen et J.-J. Blattner s'étaient engagés solidairement avec E. Affolter. Or celui-ci a été remplacé par G. Grütter, mais jamais les deux autres cautions n'ont consenti à donner décharge à Affolter, soit à son hoirie et elles n'ont jamais accepté de devenir solidaires de Grütter, de sorte que la demanderesse doit supporter la part d'Affolter. — Quant à Grütter, il n'a souscrit qu'en vue de l'intervention de Steffen et Blattner. Si donc le cautionnement de ceux-ci devait être considéré comme caduc, le sien deviendrait également caduc. En tout cas Grütter ne pourrait être tenu pour plus du tiers de 10 000 francs.

D. Dans sa réplique, la demanderesse soutient que les défendeurs, qui ne sont ni créanciers ni actionnaires de la Caisse d'Epargne de Saint-Imier, n'ont pas qualité pour critiquer l'inscription faite au registre du commerce de la mise en liquidation de cette société. Elle conteste que la convention du 27 avril 1880 entre la Caisse d'Epargne et son gérant soit une novation du contrat antérieur; cette convention avait uniquement pour but d'élever le salaire de Blattner. La prescription applicable au cas particulier serait non pas la prescription décennale, mais celle de vingt ans prévue par le Cpp. pour les crimes. Les autres moyens de la réponse sont également combattus comme mal fondés.

E. La duplique et la triplique ne contiennent pas d'allégations nouvelles.

Après la clôture de la procédure probatoire, les parties ont déclaré, le 16 janvier 1896, vouloir prêter le tribunal de première instance.

F. Par arrêt du 4 juin 1896, la Cour d'appel et de cassation du canton de Berne a adjugé à la demanderesse ses conclusions en ce sens que J.-J. Blattner-Bircher et J. Steffen sont déclarés ses débiteurs solidaires jusqu'à concurrence des deux tiers de 10 000 francs, tandis que Guillaume Grütter est déclaré débiteur solidaire pour la totalité de cette somme. — Quant aux frais, ceux concernant Grütter sont mis en entier à sa charge, tandis que Blattner et Steffen sont condamnés à payer les deux tiers de ceux qui les concernent.

Cet arrêt est fondé en substance sur les motifs ci-après :

I. *En ce qui concerne l'exception péremptoire :*

Il n'est pas douteux que la réclamation contre le débiteur principal Ch. Blattner est soumise à la prescription de vingt ans (art. 69 CO. et art. 7 Cpp. bern.). Mais il n'en est pas de même de l'obligation accessoire des cautions, laquelle est soumise au délai de prescription de dix ans (Arg. art. 69, al. 2, 155 et 883 CO). Or la prescription n'a été interrompue contre les défendeurs que par la citation en conciliation du 3 février 1893; le cautionnement ayant été souscrit le 23 avril 1880, Steffen et consorts ne peuvent plus être recherchés pour la période allant de cette dernière date au 3 février 1883.

II. *En ce qui concerne l'exception dilatoire :*

Les cautionnements ayant été souscrits avant l'entrée en vigueur du CO., c'est le droit français qui fait règle pour déterminer la portée de la solidarité contractée par les cautions. Or le législateur n'a pas voulu donner aux mots « solidaire » et « solidairement » le sens d'une formule sacramentelle. Il suffit pour que la solidarité existe que la caution ait renoncé formellement au bénéfice de discussion. Or cette renonciation résulte d'une manière non équivoque des termes des actes du 11 avril 1880 et du 12 septembre 1881, de sorte que l'exception dilatoire soulevée par les défendeurs n'est pas fondée.

III. En ce qui concerne la demande principale :

Les défendeurs n'ont pas contesté la légitimation active de la Caisse d'Epargne comme telle ; en d'autres termes, ils n'ont pas allégué que cette dernière n'ait pas le droit de faire valoir sa réclamation contre eux. Par contre ils ont formellement contesté la légitimation au procès (*legitimitio ad processum*) de la Banque cantonale de Berne. Or, aux termes de l'art. 139 Cpc., le défendeur qui entend contester la légitimation du fondé de pouvoirs de son adversaire, est tenu de soulever un incident et de différer sa défense au fond. Les dispositions du Cpc. sont d'ordre public et les parties ne peuvent y déroger sans encourir les déchéances qu'elles prévoient. Les défendeurs n'ayant pas soulevé d'incident conformément à l'art. 139, chiffre 2 Cpc., ils ont admis implicitement que la Banque cantonale était légitimée comme fondée de pouvoirs de la Caisse d'Epargne de Saint-Imier.

Quant au moyen de libération tiré par les défendeurs d'une prétendue novation du contrat conclu le 19 avril 1880 entre la Caisse d'Epargne et Ch. Blattner, on doit admettre en présence des termes de l'engagement originaire, que celui-ci a duré aussi longtemps que les parties n'ont pas fait usage de leur droit de résiliation. Il est vrai que sous date du 27 avril 1881, donc avant l'expiration des deux premières années de l'activité de Blattner, le Conseil d'administration a de nouveau nommé ce dernier gérant pour les années 1881 et 1882, aux clauses et conditions du cahier des charges, et il a renouvelé cette nomination le 29 mars 1889. Mais ces nominations étaient purement formelles et avaient uniquement pour but non pas de créer un nouveau contrat, mais bien de constater par écrit les augmentations du traitement du gérant. Cette manière de voir est corroborée par la déposition du D^r Schwab, qui présidait le Conseil d'administration le 27 avril 1881. D'ailleurs la novation ne se présume pas et l'on ne saurait admettre, dans le cas particulier, que l'intention de l'opérer résulte clairement des actes passés. La novation n'étant pas établie, il s'ensuit que la Caisse d'Epargne n'était pas tenue de renouveler les cautionnements souscrits par les

défendeurs et que ceux-ci sont tenus, dans les limites de leur cautionnement, de répondre des sommes détournées par Blattner, à l'exception des détournements qui remonteraient à la période antérieure au 3 février 1883. Or depuis cette dernière date Blattner a commis des détournements pour une somme supérieure à 10 000 francs.

Les défendeurs soutiennent en troisième lieu que si les organes de la Caisse d'Epargne avaient exercé la surveillance qui leur incombait en vertu de la loi et des statuts, les malversations de Blattner auraient été découvertes et empêchées dès l'origine. A cet égard, il est établi par un rapport d'expertise que Blattner s'y prenait d'une manière particulièrement adroite pour masquer ses détournements et qu'une vérification minutieuse des livres et du portefeuille, par des hommes compétents, aurait seule pu amener la découverte des irrégularités dont s'agit. D'autre part, les défendeurs n'ont pas prouvé que Blattner fit des dépenses excessives pour son ménage et passât pour jouer à la bourse, circonstances qui, d'après eux, auraient dû provoquer un examen minutieux de sa gestion. Dans ces conditions, on ne peut pas admettre que les organes de la société aient commis la faute lourde qui serait nécessaire pour justifier la libération des cautions.

Enfin les défendeurs Blattner et Steffen soutiennent que leur part dans le cautionnement doit être diminuée de celle d'Affolter. Il résulte en effet des propres allégués de la demanderesse qu'Affolter est décédé peu après avoir contracté le cautionnement du 11 avril 1880, qu'il a été remplacé par J. Grütter sans le consentement des autres cautions et que ses héritiers ont été déchargés. En agissant ainsi, la Caisse d'Epargne a aliéné une partie des recours que les cautions pouvaient exercer après paiement. Les cautions restantes ont dès lors droit, suivant le principe admis par la jurisprudence de la Cour, d'être déchargées jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle elles auraient eu recours contre la caution libérée. Cette somme est d'un tiers de 10 000 francs. Il est vrai que la caution Affolter a été remplacée par

Grütter. Mais c'était à la demanderesse à prouver, ce qu'elle n'a point fait, que Grütter est solvable et que la libération d'Affolter ne causait aucun préjudice à J.-J. Blattner et J. Steffen. Quant à Grütter, qui s'est engagé sans l'intervention des autres défendeurs, il est clair qu'il est tenu pour la totalité du cautionnement.

G. L'arrêt de la Cour d'appel et de cassation a été communiqué aux parties le 11 septembre 1896.

Par acte du 30 septembre les défendeurs ont déclaré recourir au Tribunal fédéral. Ils concluent à la réforme de l'arrêt attaqué en ce sens :

1. Que l'exception de défaut de légitimation soulevée devant les instances cantonales soit admise pour autant que l'arrêt du 4 juin 1896 ne l'admet pas déjà, et qu'en conséquence la demande de la Caisse d'Epargne de Saint-Imier en liquidation soit écartée sans examen au fond ;

2. Eventuellement, que la demande soit repoussée ;

3. Que la demanderesse soit condamnée à tous les frais, tant des instances cantonales que du recours.

Dans les débats de ce jour, l'avocat des recourants a développé la première conclusion du recours et déclaré s'en référer au dossier pour la justification de la conclusion éventuelle. Il a expliqué que le défaut de légitimation opposé à la demanderesse ne consiste pas, ainsi que l'admet à tort l'arrêt attaqué, dans l'absence d'une procuration en bonne forme du Comité de liquidation de la Caisse d'Epargne à la Banque cantonale, mais bien dans le défaut de qualité de la Caisse d'Epargne de Saint-Imier, dite en liquidation, et par conséquent de sa fondée de procuration, la Banque cantonale, pour intenter action aux recourants en vertu de leurs cautionnements.

H. La demanderesse, par l'organe de son avocat, a conclu au rejet du recours avec suite de frais.

Vu ces faits et considérant en droit :

1. — Le présent litige appelle en partie, ainsi qu'il sera démontré ci-après, l'application du droit fédéral et répond

d'ailleurs aux autres conditions de la compétence du Tribunal fédéral

2. — La première question qu'il convient d'examiner est l'exception de défaut de légitimation active opposée par les recourants à leur partie adverse. La Cour d'appel et de cassation du canton de Berne a estimé qu'ils n'avaient pas contesté le droit de la Caisse d'Epargne et d'Escompte de Saint-Imier (en liquidation) de les actionner en exécution de leurs cautionnements, mais seulement le droit de la Banque cantonale de Berne d'agir au procès comme mandataire de la dite Caisse. Il est douteux toutefois que cette manière de voir soit conforme aux pièces du procès et l'on peut se demander si, déjà devant les instances cantonales, les défendeurs n'entendaient pas contester le droit de la Caisse d'Epargne en liquidation d'agir contre eux (*legitimatío ad causam*), aussi bien que le droit de la Banque cantonale de représenter cet établissement (*legitimatío ad processum*). En tant que leur exception avait ce dernier but, elle a été définitivement écartée par l'instance supérieure cantonale pour des motifs de procédure qui échappent au contrôle du Tribunal fédéral. Si l'on admettait, contrairement à l'opinion de la dite instance, que les recourants aient aussi contesté le droit d'action de la Caisse d'Epargne en liquidation, le Tribunal fédéral serait compétent pour examiner ce moyen, mais devrait l'écartier comme mal fondé. Les recourants font valoir que la société par actions « Caisse d'Epargne et d'Escompte de Saint-Imier n'aurait pas été dissoute jusqu'ici, attendu qu'elle n'a ni prononcé elle-même sa dissolution ni été mise en faillite et que ses créanciers n'avaient pas le droit de s'emparer de la liquidation de l'actif social ni d'en charger la Banque cantonale de Berne. La dite société subsiste donc encore, d'après eux, et a seule le droit, par l'intermédiaire de ses organes statutaires, de poursuivre le paiement de ce qui lui est dû. Il suivrait de là, ainsi que l'a soutenu le conseil des recourants dans sa plaidoierie de ce jour, que ceux-ci seraient exposés au danger de n'être pas valablement libérés de leurs dettes s'ils paient en mains de la demanderesse. Cette manière de voir n'est

toutefois pas fondée. Il est constant, en effet, que les dettes de la Caisse d'Epargne de Saint-Imier n'étaient plus couvertes par l'actif, qu'ainsi cette société était insolvable et que le Conseil d'administration, agissant en conformité de l'art. 657, al. 2 CO., a donné connaissance de ce fait, le 14 septembre 1892, au président du tribunal de Courtelary et requis de ce magistrat la mise en faillite de la société. En l'absence de la disposition du 3^e alinéa de l'art. 657 CO., la faillite aurait dû être prononcée immédiatement. Mais le président du Tribunal de Courtelary a fait application de cette dernière disposition qui permet au juge, sur la demande des créanciers ou d'un curateur nommé pour pourvoir aux intérêts de certaines classes de créanciers, d'ajourner la déclaration de faillite et de prendre provisoirement d'autres mesures en vue de la conservation de l'actif. Les mesures prises en vertu de cette disposition n'ont cependant pas eu pour résultat de supprimer les effets de la déclaration d'insolvabilité faite en conformité de l'art. 657, al. 2. Même lorsque le juge ne prononce pas immédiatement l'ouverture de la faillite, la société perd néanmoins le droit de disposer de son avoir et l'administration de celui-ci passe aux juges soit aux personnes qu'il en charge. Au surplus, aussi bien dans le cas de dissolution par décision de l'assemblée générale que dans le cas de faillite, la société subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'après l'achèvement de celle-ci, et n'est pas remplacée par une société de liquidation. (Comp. *Rec. off.* XVII, page 325, chiffre 6.)

On peut, il est vrai, se demander si l'art. 657, al. 3, autorise un mode de liquidation comme celui qui a été organisé ou toléré dans l'espèce par le président du tribunal de Courtelary. Mais c'est là une question qui ne concerne pas les débiteurs de la société, mais seulement la société elle-même, les actionnaires individuellement et les créanciers sociaux, attendu que leurs intérêts seuls sont mis en cause par la manière dont s'opère la liquidation. Aussi longtemps que la société, les actionnaires et les créanciers sont d'accord au sujet des mesures prises ou autorisées par le président du tribunal de Courtelary, les personnes qui ont été chargées de la liqui-

dation sont légitimées à faire valoir les créances de la société et les débiteurs de celle-ci peuvent se libérer en payant en leurs mains. Or les débiteurs de la société n'ont pas d'autre intérêt légitime que celui d'être libérés définitivement par le paiement de leur dette.

3. — Les autres questions que soulève le litige échappent pour la plupart à la compétence du Tribunal fédéral.

Il en est ainsi tout d'abord de la question de savoir si le contrat du 19 mars 1880 entre la Caisse d'Epargne et le sieur Blattner avait été conclu pour une durée déterminée ou pas. L'instance cantonale a estimé que, nonobstant la mention qu'il fait d'un terme de deux ans, ce contrat avait été conclu pour un temps indéterminé, avec faculté de résiliation pour chaque partie moyennant trois mois d'avertissement. Comme il s'agit de l'interprétation d'un contrat conclu avant l'entrée en vigueur du CO., le Tribunal fédéral n'est pas compétent pour revoir cette décision.

L'exception de novation, en tant que fondée sur la nouvelle nomination de Blattner du 27 avril 1881, est, pour le même motif, hors de la compétence du Tribunal fédéral. Il s'agit ici aussi d'apprécier le sens et la portée d'un acte antérieur au 1^{er} janvier 1883. Quant au contrat du 28 mars 1889, le Tribunal fédéral serait compétent en principe pour examiner s'il constitue une novation des engagements antérieurs entre la Caisse d'Epargne et son gérant. Mais il n'y a pas lieu de discuter cette question, bien que la Cour cantonale l'ait fait, attendu que les recourants n'ont pas, dans leur procédure écrite, invoqué la nomination de 1889 comme cause de novation. Si le Tribunal fédéral avait à se prononcer, il devrait du reste admettre, en présence de la décision de l'instance cantonale relative à la durée du contrat du 19 mars 1880, que la nomination de 1889, comme celle de 1881, avait pour unique but de constater l'augmentation du salaire du gérant et n'avait au surplus qu'une valeur de pure forme, d'où il suivrait qu'elle n'a pas eu d'effet novatoire.

L'exception de prescription rentrerait en principe dans la compétence du Tribunal fédéral. Mais l'instance cantonale,

tout en la déclarant fondée, conformément aux conclusions des défendeurs, en ce qui concerne les détournements du gérant Blattner antérieurs de plus de dix ans à la date de l'ouverture de l'action, a constaté en fait que les détournements remontant à moins de dix ans de la même date s'élèvent à une somme bien supérieure au montant des cautionnements.

Quant à l'exception dilatoire consistant à dire que les actes de cautionnement ne stipuleraient pas de solidarité entre les cautions et l'ex-gérant Blattner, elle échappe de nouveau entièrement à la compétence du Tribunal fédéral, attendu que les actes de cautionnement sont antérieurs à l'entrée en vigueur du CO. Il en est de même enfin du moyen tiré de la libération de la caution Affolter, ainsi que de celui fondé sur les fautes et négligences que les organes de la Caisse demanderesse auraient commises dans la surveillance et le contrôle des actes du gérant. L'un et l'autre de ces moyens soulèvent la question de savoir quelles obligations les actes de cautionnements, antérieurs à l'entrée en vigueur du CO., imposaient à la demanderesse au point de vue de la conservation des droits de recours éventuels des cautions et de la surveillance des actes du gérant.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt de la Cour d'appel et de cassation du canton de Berne, du 4 juin 1896, confirmé quant au fond et quant aux dépens.

194. Urteil vom 4. Dezember 1896 in Sachen
Dilena gegen Henßler.

A. Durch Urteil vom 6. Oktober 1896 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt: Der Beklagte ist verpflichtet, an die Kläger 1000 Fr. nebst Zins zu

5 % seit dem 4. September 1895 zu bezahlen; die Mehrforderung der Kläger wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Kläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt, mit dem Antrag auf Gutheißung der Klage in vollem Umfange, eventuell in einem durch richterliches Ermessen festzusetzenden, 1000 Fr. jedenfalls übersteigenden Betrage.

C. Einem Gesuch der Kläger um Erteilung des Armenrechtes ist vom Bundesgerichte in dem Sinne entsprochen worden, daß dieselben von der Verpflichtung zur Zahlung von Gerichtskosten und Kaution in der bundesgerichtlichen Instanz befreit wurden.

D. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert Advokat Dr. Hirzel Namens der Kläger die schriftlich gestellten Berufungsanträge. Advokat Dr. Kyj beantragt Namens des Berufungsbeklagten Abweisung der Berufung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 1. April 1895 war der damals 15 Jahre alte Albert Dilena, Sohn der Kläger, beim Beklagten, Malermeister Christian Henßler an der Höschgasse in Zürich, in die Lehre getreten. Am 20. Juli gl. J. erlitt A. Dilena bei Ausführung einer ihm von seinem Lehrmeister übertragenen Arbeit einen Unfall. Er hatte an diesem Tage einen Balkon im ersten Stock eines Neubaus anzustreichen. Als er mit dem Bemalen der Träger dieses Balkons beschäftigt war, geriet die Leiter, auf der er stand, in's Schwanzen, er verlor das Gleichgewicht und stürzte zu Boden. Die durch den Fall verursachten Verletzungen waren so schwer, daß er am 25. Juli an deren Folgen starb. Laut Weisung des Friedensrichteramtes Zürich vom 14. September 1895 belangten die Eltern des Verunglückten dessen Lehrmeister auf Bezahlung von 5000 Fr. Schadenersatz nebst Zins zu 5 % seit 4. September gl. J. Sie behaupteten, die Arbeit, bei welcher ihr Sohn verunglückte, sei eine gefährliche gewesen, und hätte demselben nach so kurzer Lehrzeit noch nicht zugemutet werden sollen; unter allen Umständen hätte der Beklagte denselben nicht allein dazu verwenden dürfen. Dazu komme, daß Beklagter, obwohl ihm die Verhältnisse des Hauses genau bekannt gewesen seien, dem Lehr-