

verlezt, und dieses Verhalten muß bei der Ausmessung des Schadenersatzes in Berücksichtigung fallen (unten Erw. 5).

5. Nach dem Gesagten ist die Beklagte dem Kläger gemäß Art. 346 O.-R., Abs. 3, erster Satz, prinzipiell zu vollem Schadenersatz verpflichtet. Die Ausmessung desselben hat nach Art. 116 eod. zu erfolgen, wonach das richterliche Ermessen unter Würdigung der Umstände zu entscheiden hat (der von der ersten kantonalen Instanz angerufene Satz 2 des Absatz 3 des Art. 346 trifft nicht zu, da er eine Regelung für den Fall, wo die Gründe für Aufhebung des Vertrages nicht in vertragswidrigem Verhalten des einen Teils liegen, also einen Gegensatz zu Satz 1 eod. enthält; vgl. Hapner, Komm. z. O.-R., 2. Aufl. Art. 346, Nr. 7). Als Schaden erscheint nun gemäß der Praxis des Bundesgerichts (s. Entsch., Amtl. Samml., XVIII, S. 312; XIX, S. 320) die Differenz zwischen dem vertraglich vereinbarten Lohne während der Vertragsdauer und demjenigen, welchen der Kläger mit seiner freigewordenen Arbeitskraft erwirbt, bezw. zu erwerben bei gutem Willen in der Lage war, wobei zu berücksichtigen ist, daß erfahrungsgemäß in der Regel ein entlassener oder ausgetretener Arbeitnehmer nicht sofort eine neue Stelle finden kann. In concreto ist nun der erste Schadensfaktor die Zeit der völligen Arbeitslosigkeit vom 24. April bis 26. Juni 1895; hiefür ist dem Kläger der volle Gehalt, den er bei der Beklagten als Aufseher gehabt hätte, zu vergüten, d. h. 200 Fr. per Monat, zusammen 400 Fr.; der von der Beklagten erhobene Einwand, der Kläger hätte bei ihr mit 130 Fr. monatlich weiter arbeiten können, fällt ohne weiteres dahin, da ihm dies eben nicht zugumuten war, und daß er anderweitig, während dieser 2 Monate, hätte Arbeit finden können, behauptet die Beklagte selbst nicht. In zweiter Linie kommt als Schadensfaktor in Betracht die Differenz zwischen dem Lohne, den er als Aufseher gehabt hätte, und demjenigen, den er wirklich hatte bis 15. September 1896; nun ist festgestellt, daß er während dieser Zeit einen Gehalt von 130 Fr. per Monat erhielt, also 70 Fr. weniger als nach Vertrag mit der Beklagten, in summa $14\frac{1}{2}$ mal 70 Fr. = 1015 Fr.; die Beklagte hat auch hier nicht bewiesen, daß der Kläger bei gutem Willen mehr zu erhalten in der Lage gewesen wäre. Der

ganze ihm zu vergütende Schaden beläuft sich danach auf 1415 Fr.; hievon ist jedoch ein Abzug zu machen mit Rücksicht auf das in Erw. 4 in sine geschilderte inkorrekte Verhalten des Klägers, und als solcher scheinen 215 Fr. als angemessen. Es ist daher bezüglich der Frage der Entschädigung die Entscheidung der Vorinstanz zu bestätigen, wobei natürlich auch heute noch der Kläger bis nach Ablauf der zwei Jahre seit seinem Austritt an Art. 4 des Vertrages gebunden ist, indem er einen 500 Fr. übersteigenden Schadenersatz schon vor erster Instanz nur für den Fall verlangt hat, als die Beklagte ihn von jener Verpflichtung nicht entbinde, und die Beklagte seine Befreiung nicht zugegeben hat. Bemerket sei nur noch, daß diese Verpflichtung des Klägers, die er nach Aufhebung des Vertrages freiwillig auf sich genommen hat, nicht als weiterer Schadensfaktor in Betracht kommen kann, da sie nicht eine Folge der Nichterfüllung des Vertrages durch die Beklagte ist.

6. Die Widerklage fällt nach dem Gesagten ohne weiteres dahin.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung beider Parteien wird als unbegründet erklärt, und demgemäß das Urteil des Obergerichtes des Kantons Schaffhausen vom 15. Dezember 1896 in allen Teilen bestätigt.

43. *Arrêt du 12 mars 1897 dans la cause Villotti contre Villotti et C^o en liquidation.*

A. Suivant convention du 30 août 1892, Louis Villotti, père, et Joseph Frossard, fabricant d'horlogerie à Porrentruy, ont formé entre eux, sous la raison sociale « Société des carrières du Doubs Villotti et C^o, » une société pour l'exploitation d'une carrière de calcaire située au-dessus de la gare de Saint-Ursanne. Le préambule de l'acte de société portait entre autres que Villotti, voulant donner plus de développement à l'exploitation de la carrière à lui concédée

par la commune de Saint-Ursanne, avait « proposé à M. Frossard de s'associer avec lui comme bailleur de fonds. » L'article premier dit que la société sera en nom collectif à l'égard de Villotti et en commandite seulement à l'égard de M. Frossard. La société devait avoir son siège à Saint-Ursanne et sa durée était fixée à 19 ans à compter du 1^{er} septembre 1892 (art. 2). Villotti apportait la concession qu'il tenait de la commune de Saint-Ursanne, ainsi que l'outillage servant à l'exploitation de la carrière, le tout évalué 10 000 fr. De son côté, Frossard fournissait pour sa mise sociale une somme de 10 000 fr. (art. 3). Les fonds que l'un ou l'autre des associés pourrait verser dans la Société au delà de sa mise sociale devaient être inscrits à son compte courant et porteraient intérêt au 5 % l'an, mais ne donneraient pas droit au partage des bénéfices (art. 4). Villotti devait seul avoir la gestion et la signature de la société (art. 5). Certaines opérations importantes, telles que la fixation des prix de vente de la pierre et l'achat de matériel devaient se faire d'un commun accord entre les associés (art. 7). Les bénéfices nets de la société devaient se partager par égales parts entre les associés. Les pertes devaient être supportées dans la même proportion, « sans que dans aucun cas M. Frossard puisse être engagé au delà de sa mise sociale » (art. 8).

L'inscription faite au registre du commerce porte que Villotti et Frossard ont formé entre eux une société en commandite.

Du mois de septembre 1892 au mois de juillet 1893, J. Frossard s'est occupé plus ou moins activement des affaires de la société. Il a notamment correspondu avec divers fournisseurs et clients de la société. Les lettres écrites par lui sont signées simplement de son nom personnel ou de son nom précédé de la mention « pour Villotti et C^{ie}. »

La Société Villotti et C^{ie} a été dissoute le 7 octobre 1893 par transaction judiciaire à la suite d'une demande de Villotti père en résiliation du contrat du 30 août 1892. L'acte de transaction porte que les parties conviennent de dissoudre « la société en commandite qui a existé entre elles. »

Un liquidateur fut nommé en la personne de l'avocat Ceppi, à Porrentruy. Celui-ci mit en adjudication publique la concession de carrière appartenant à la société en liquidation. D'après les conditions de l'adjudication, les acquéreurs devaient fournir deux bonnes cautions solvables et solidaires agréables au liquidateur. Le prix d'adjudication devait être payé en mains de ce dernier, savoir : 13 000 fr. le 15 avril 1894 et le surplus par tiers les 15 janvier 1895, 1896 et 1897, avec les intérêts au 5 % dès le jour de l'adjudication. En cas de retard dans le paiement d'un terme échu, la somme entière encore due serait immédiatement exigible et le vendeur aurait la faculté de résilier le marché et d'exiger de l'acquéreur en demeure tels dommages-intérêts qu'il appartiendrait.

Les carrières furent adjudgées le 17 janvier 1894, aux conditions qui précèdent et pour le prix de 33 000 fr. à Louis Villotti fils, entrepreneur à Saint-Ursanne, sous le cautionnement solidaire de L. Villotti père et de l'ingénieur Dollfuss, à Bâle. Le premier versement de 13 000 fr. eut lieu régulièrement; en revanche le premier tiers du solde, payable le 15 janvier 1895, ne fut pas payé, de sorte que le solde entier de 20 000 fr. en capital devint exigible. C'est pourquoi le liquidateur Ceppi fit notifier, le 18 janvier 1895, à Villotti fils et à sa caution solidaire Villotti père un commandement de payer de la somme de 20 100 fr. avec intérêt au 5 % dès le 17 janvier 1894. Le débiteur principal n'ayant pas fait d'opposition, la poursuite fut continuée contre lui et produisit une somme de 12 401 fr. 90 c. qui fut versée au liquidateur; un acte de défaut de biens fut délivré à la société créancière pour le surplus de sa créance, soit 9069 fr. 20 c.

La caution, Villotti père, fit au contraire opposition au commandement de payer du 18 janvier 1895. A la requête du liquidateur, le président du Tribunal de Porrentruy prononça la main-levée provisoire de l'opposition par jugement du 1^{er} février 1895. A la suite de ce prononcé et bien que Villotti eût formé appel, le liquidateur requit une saisie pro-

visoire qui fut exécutée les 12 février et 1^{er} mars 1895 et porta sur tous les biens de Villotti. Par arrêt du 30 mars, la Cour d'appel et de cassation de Berne réforma le prononcé présidentiel et alloua 60 fr. à l'appelant à titre de dommages-intérêts et frais.

Le 29 janvier déjà, le liquidateur Ceppi avait requis un séquestre sur diverses sommes dues à Villotti père. Celui-ci ayant assigné la société en liquidation pour demander la nullité du séquestre, le liquidateur adhéra le 13 février à ses conclusions en se soumettant aux frais qui furent liquidés à 30 fr.

Le 6 juillet 1895, le liquidateur fit notifier à Villotti père un nouveau commandement de payer pour les sommes suivantes :

1^o 9069 fr. 20 c. avec intérêt au 5 % du 25 mai 1895 dus par Villotti père comme caution de son fils suivant acte de vente du 17 janvier 1894, sauf à déduire 90 fr. pour frais liquidés ;

2^o 159 fr. 12 c., somme touchée par Villotti père de Fleury, à Mönchenstein, pour le comte de Villotti et C^{ie} le 5 novembre 1893, plus l'intérêt de cette somme au 5 % dès la perception.

Villotti ayant fait opposition à ce commandement, la Société en liquidation des carrières du Doubs Villotti et C^{ie}, agissant par son liquidateur, lui a ouvert action par demande du 21 septembre 1895 pour le faire condamner à payer les sommes réclamées.

B. Dans sa réponse, le défendeur a conclu à ce que la demanderesse soit :

1^o Renvoyée provisoirement des fins de sa demande sous suite des frais,

2^o Eventuellement, déboutée de ses conclusions avec retour des frais et dépens.

3^o Reconventionnellement, condamnée à lui payer des dommages-intérêts dont le montant excède 3000 fr. pour le préjudice causé par les saisie et séquestre injustifiés requis par elle, sous suite de frais.

A l'appui de sa conclusion dilatoire, le défendeur fait tout d'abord valoir ce qui suit : La société formée entre lui et J. Frossard par contrat du 30 août 1892 n'est pas une Société en commandite. Les clauses conventionnelles et le nombre des associés démontrent qu'il s'agit d'une Société en nom collectif. D'ailleurs Frossard a agi non en associé commanditaire, mais en associé responsable. Après la dissolution de la société et la nomination du liquidateur, les créanciers furent invités à produire leurs créances. Les associés seuls s'annoncèrent comme créanciers, savoir Frossard d'une somme approximative de 20000 fr. pour avances faites à la société, et le défendeur d'une somme de 47091 fr. 85 c. pour avances, salaires et dommages-intérêts (20 000 fr.) dus par Frossard. Outre sa mise primitive de 10 000 fr., le défendeur serait en effet créancier de 47091 fr. 85 c. vis-à-vis de la société et de J. Frossard. Le liquidateur a touché en espèces. Fr. 15091 20 et en a payé » 14159 47 dont 12000 fr. à Frossard ; il lui reste ainsi un excédent de recettes de 932 fr. 23 c. suffisant pour couvrir les créanciers, de telle sorte qu'il ne reste plus qu'à régler compte entre associés. Dans ces conditions le liquidateur n'est pas en droit de poursuivre le défendeur aussi longtemps qu'il n'est pas établi lequel des deux associés redoit à l'autre. J. Frossard doit être considéré comme associé indéfiniment responsable et doit supporter la moitié des pertes. Le défendeur lui réclame en outre, pour dommage causé par ses agissements durant la société, la somme de 20 000 fr. Si on lui tient compte de cette prétention, le défendeur sera créancier de la société et de J. Frossard d'une somme supérieure à celle qui lui est réclamée. Eventuellement, la demande doit être déclarée mal fondée. Même si J. Frossard n'était tenu que jusqu'à concurrence de ses 10 080 fr. de prétendue commandite, la somme de 12 000 fr. qu'il a déjà touchée et celles qui restent disponibles sont suffisantes pour le couvrir, attendu qu'il a lui-même écrit les 10 juillet et 1^{er} août 1893 qu'il n'avait à prétendre que 11 000 fr. La somme de 20 000 fr.

dont il se dit aujourd'hui créancier ne lui est pas due et le défendeur se réserve de contester cette prétention lorsque le liquidateur aura établi le compte des associés. D'ailleurs J. Frossard est en réalité associé indéfiniment responsable. Comme il n'avait pas de procuration de la Société Villotti et C^{ie} et que malgré cela il a contracté pour elle, il n'a pu le faire qu'en qualité d'associé responsable. Il doit donc supporter la moitié du déficit de la société et cette moitié dépasse la somme réclamée en demande. Il a en outre par ses procédés discrédité complètement la société et le défendeur en particulier, ce qui a déterminé ce dernier à demander la dissolution de la société et lui donne droit à des dommages-intérêts. Touchant sa demande reconventionnelle, le défendeur soutient que les saisie et séquestre pratiqués sans droit par le liquidateur lui ont causé un grave préjudice à raison de leur importance et des nombreuses personnes qui en ont eu connaissance. Il aurait été paralysé dans ses travaux et aurait perdu tout crédit personnel.

C. En réplique, la demanderesse a conclu à ce que Villotti soit débouté aussi bien des fins de son exception que de sa demande reconventionnelle. Elle conteste qu'il ait existé entre le défendeur et J. Frossard une société en nom collectif. Ce dernier n'est du reste pas en cause, mais bien la Société Villotti et C^{ie}, de telle sorte que les réclamations du défendeur contre Frossard ne sauraient être opposables à la demanderesse. En ce qui concerne spécialement la demande reconventionnelle, la Société Villotti et C^{ie} soutient que le liquidateur, en se basant sur la main-levée d'opposition prononcée par le juge de première instance, avait le droit de demander qu'il fût procédé à un inventaire des biens du défendeur, ce qui eut lieu. Les établissements de crédit n'ont pas été fermés au défendeur à la suite du séquestre et de l'inventaire dont il se plaint. Ces actes n'ont eu aucune influence sur les relations du défendeur avec ces établissements. Du reste la position du défendeur à l'époque de ces mesures était de nature à les justifier. Le 10 mai 1895, l'office des poursuites a avisé les tiers saisis que le défendeur avait

désormais la pleine et entière disposition des biens saisis.

D. La duplique et la triplique ne contiennent pas de faits nouveaux.

Le défendeur a demandé à entreprendre la preuve d'un certain nombre d'allégués tendant à établir que Frossard aurait agi dès le commencement de l'association non comme associé en commandite, mais comme associé responsable (allégués n^{os} 28 et 53 de la réponse), et que, plus tard, il aurait par ses procédés porté atteinte au crédit de la société et de l'associé Villotti (allégués n^{os} 69 à 76 de la réponse). Cette demande de preuve fut repoussée par le président du Tribunal du district de Porrentruy.

E. Par jugement du 12 mai 1896, le Tribunal du dit district a déclaré la demande bien fondée et débouté le défendeur de toutes ses conclusions en le condamnant aux frais de la procédure. Le défendeur a interjeté appel de ce jugement et attaqué en même temps l'ordonnance sur preuves en tant qu'il n'avait pas été admis à prouver une partie de ses allégués. Par arrêt du 9 octobre 1896, la Cour d'appel et de cassation du canton de Berne a confirmé le prononcé des premiers juges, en réduisant toutefois à 158 fr. 10 c. la somme de 159 fr. 12 c. réclamée par la demanderesse comme perçue par le défendeur du sieur Fleury. Cet arrêt est motivé en substance comme suit :

Les griefs formulés par le défendeur contre l'ordonnance sur les preuves ne sont pas justifiés, par le motif que les faits dont l'admission à la preuve est requise sont sans conclusion en la cause. En ce qui concerne l'exception dilatoire soulevée par Villotti, même si l'on admettait que les sommes qui font l'objet de la demande principale constitueraient des capitaux disponibles dans le cas où elles seraient versées (art. 583 al. 1^{er} et 611 CO.), et que le défendeur aurait alors le droit de les toucher en paiement de ses prétentions, il pourrait non pas demander à être libéré provisoirement de l'obligation de verser ces sommes, mais se refuser simplement à les verser en opposant à la demanderesse une exception de compensation. Si les prétentions du défendeur ne sont

pas liquides, le liquidateur de la société demanderesse a alors le droit de retenir les sommes nécessaires pour se satisfaire (art. 583, al. 2 CO.). Dans l'un et l'autre cas, l'exception dilatoire n'est pas fondée. En appel, le défendeur a cherché à la justifier en alléguant que par suite de la dissolution de la Société Villotti et C^{ie}, celle-ci avait perdu son caractère de personne juridique; que les créanciers étant payés, le liquidateur ne serait plus que le mandataire des deux anciens associés. Mais abstraction faite du point de savoir si le liquidateur ne représente pas la société dissoute à l'égard des associés eux-mêmes jusqu'au règlement de leurs comptes (art. 583 al. 2 CO.), il doit en tout cas la représenter à leur égard jusqu'au paiement des créanciers sociaux (art. 582 et 583 CO.); or Frossard, ainsi qu'il sera démontré plus loin, doit être envisagé comme créancier pour une forte somme. A titre de moyen libératoire, le défendeur a soutenu en appel que son cautionnement ne serait pas devenu définitif, attendu qu'il ne serait pas même allégué que le liquidateur l'ait agréé, ainsi que le prévoyaient les conditions de vente. Mais il résulte à l'évidence de la procédure que les deux cautions indiquées dans l'acte d'adjudication ont été acceptées par le liquidateur. Le défendeur a aussi soulevé en appel une exception *non adimpleti contractus*, basée sur le fait que la demande ne mentionne pas que l'objet de l'adjudication du 17 janvier 1894 ait été livré à L. Villotti fils. Cette exception n'est toutefois pas fondée non plus. L'adjudicataire, ainsi qu'il appert de la demande, a en effet versé une partie du prix de vente et, jusqu'à preuve du contraire, on peut en déduire que la livraison de la chose vendue a été effectuée. Le principal moyen de défense au fond que Villotti fait valoir est basé sur les faits déjà invoqués à l'appui de son exception dilatoire. Il s'agit donc de savoir si le défendeur peut se prévaloir de la disposition du 1^{er} alinéa de l'art. 583 CO., suivant laquelle les capitaux sans emploi pendant la liquidation sont distribués provisoirement entre les associés. Or il est établi en procédure que les créanciers proprement dits de la société sont pour la plupart réglés et que le liqui-

dateur a des fonds en suffisance pour payer ceux qui ne le sont pas encore. Mais il n'est pas douteux que si la Société Villotti et C^{ie} était en commandite, le commanditaire Frossard ne serait tenu des pertes, même vis-à-vis de l'associé indéfiniment responsable, que jusqu'à concurrence de sa mise de 10 000 fr., de sorte que pour les sommes qu'il a avancées en plus à la société, il devait être considéré comme créancier de celle-ci et qu'il ne pourrait être question pour Villotti de toucher quoi que ce soit sur l'actif réalisé avant le paiement des dites avances (comp. art. 548, 549, 572, 596 et 611 CO.). Il importe donc de décider quelle était la nature de la Société Villotti et C^{ie}. Or il appert du préambule du contrat du 30 août 1892, ainsi que de ses art. 1, 2 et 8 que Frossard devait faire une mise de fonds de 10 000 fr. et n'être tenu que jusqu'à concurrence de cette somme. D'autre part, l'art. 5 confie la gestion de l'entreprise et la signature sociale au défendeur seul. Ce dernier apparaît donc comme associé indéfiniment responsable et Frossard comme commanditaire (art. 590, 595, 596 et 603 CO.). L'article 1^{er} du contrat ne peut recevoir aucune autre interprétation raisonnable. Les termes employés sont évidemment une application mal appropriée de l'art. 593 CO. Cette interprétation du contrat du 30 août 1892 est corroborée par l'inscription de la société au registre du commerce. Mais le défendeur a allégué que dès la formation de la société Frossard aurait agi comme un associé indéfiniment responsable seul peut le faire. Les faits matériels sur lesquels cette opinion se base consisteraient en ce que Frossard aurait signé des correspondances, commandé pour l'entreprise un outillage coûteux de plus de 17 000 fr., fixé les prix de vente de la pierre et donné les ordres pour la construction d'un hangar et d'une conduite d'eau. Toutefois ces faits, fussent-ils prouvés, n'établiraient pas qu'un contrat de société en nom collectif soit intervenu entre parties, car il peut arriver qu'un commanditaire agisse comme un associé en nom collectif sans que pour autant le contrat change de nature. Les dits faits sont ainsi sans conclusion en la cause et c'est avec raison que le juge instruc-

teur a refusé d'en ordonner la preuve. La Société Villotti et C^o était donc bien une société en nom collectif et Villotti, en sa qualité d'associé indéfiniment responsable, n'a de droit que sur les capitaux disponibles après le paiement des créances de Frossard. Ce dernier, d'après la demanderesse, aurait, outre sa mise de 10 000 fr., fait à la société des avances s'élevant à 20 000 fr. environ et productives d'intérêt au 5^o/_o. Le défendeur ne conteste pas en principe l'existence d'avances, mais il objecte qu'elles auraient été faites à titre de mise de fonds d'associé indéfiniment responsable. En réalité Frossard étant simple commanditaire, ses avances doivent être envisagées comme une dette de la société, et le liquidateur est tenu de réserver la somme nécessaire pour faire face à cette prétention, à moins que son mal fondé n'apparaisse dès l'abord (arg. art. 583, al. 2 CO.). Partant, la somme que le liquidateur réclame à Villotti ne saurait être envisagée comme disponible à l'égard du défendeur, puisqu'elle doit servir avant tout à garantir le paiement de la prétention du créancier Frossard. Il n'est pas même exact que cette somme dépasse le montant de la dite prétention, attendu que le solde en capital de celle-ci (8000 fr.) ajouté aux intérêts, est certainement supérieur à 9227 fr. 10 c. Le défendeur n'a donc aucun motif pour refuser le versement de cette dernière somme au liquidateur.

Les faits qu'il a articulés pour établir que Frossard lui aurait causé, ainsi qu'à la société, un préjudice de 20 000 fr. environ ne sont pas opposables au liquidateur, lequel représente uniquement la société en liquidation, mais non les sociétaires envisagés individuellement. Ils sont donc irrelevants en la cause et ne pouvaient être admis à la preuve. Quant à la réclamation de 159 fr. 12 c., il n'est pas contesté et du reste établi que le défendeur a perçu d'un sieur Fleury pour le compte de la société non pas 159 fr. 12 c., mais bien 158 fr. 10 c. Il est donc tenu de restituer cette dernière somme. En ce qui concerne la demande reconventionnelle, il est vrai que la saisie des 12 février et 1^{er} mars a été pratiquée sans droit. Le recours de Villotti contre le jugement du

président du Tribunal de Porrentruy, qui prononçait la mainlevée provisoire de l'opposition au commandement de payer du 18 janvier 1895, avait suspendu les effets de ce jugement à teneur des dispositions du code de procédure civile bernois. L'art. 36 LP. n'était pas applicable au cas particulier parce qu'il ne l'est que dans les cas où l'appel est spécialement prévu par la dite loi. Toutefois le fait d'avoir partagé l'opinion contraire et d'avoir en conséquence requis la saisie dans les circonstances données, ne saurait être envisagé comme une faute dans le sens des art. 50 et suivants CO. En tant que la demande reconventionnelle est basée sur le séquestre annulé du 29 janvier 1895, la demanderesse est obligée en principe, indépendamment de toute faute, de réparer le dommage matériel que ce séquestre a pu causer (art. 273 LP.). En revanche une réparation pour tort moral n'est admissible qu'en vertu de l'art. 55 CO., qui exige que le créancier ait agi avec dol, négligence ou imprudence et que la situation personnelle du débiteur ait subi une atteinte grave. Or le défendeur n'a pas invoqué des moyens de preuve propres à établir qu'il ait subi un dommage matériel par suite du séquestre. La nature et la valeur des biens séquestrés, le lieu où la mesure a été pratiquée et son retrait peu après son exécution ne permettent pas de présumer une atteinte préjudiciable à la situation économique du défendeur. Les mêmes considérations, si elles n'excluent pas absolument l'existence d'un tort moral, doivent en tout cas faire admettre que le défendeur n'a pas éprouvé un tort grave et dès lors la réclamation apparaît comme non fondée, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la question de faute.

E. L'arrêt de la Cour d'appel et de cassation a été communiqué aux parties le 29 décembre 1896.

Le 13 janvier 1897, Villotti a déclaré recourir en réforme auprès du Tribunal fédéral et a repris les conclusions de sa réponse avec suite de dépens. En outre, pour le cas où le Tribunal fédéral estimerait que c'est à tort qu'une partie de ses allégués n'ont pas été admis à preuve, il conclut au renvoi de la cause devant les instances cantonales.

Le représentant de la partie intimée a conclu au rejet du recours avec suite de dépens.

Vu ces faits et considérant en droit :

1° L'action ouverte au nom de la société en liquidation Villotti et C^{ie} à l'associé L. Villotti tend principalement à l'exécution du cautionnement contracté par ce dernier pour garantir le paiement du prix de la concession de carrière et de l'outillage acheté par Louis Villotti fils suivant acte du 17 janvier 1894. Elle tend en outre au remboursement d'une somme de 159 fr. 12 c., réduite par les instances cantonales à 158 fr. 10 c. que le recourant a perçue d'un sieur Fleury pour la société. Le recourant a reconnu en principe qu'il doit compte de cette perception à la demanderesse. Quant à l'objet principal de la demande, la partie Villotti a soutenu devant la seconde instance cantonale qu'il ne serait pas établi que le cautionnement soit devenu définitif, attendu que la demanderesse n'aurait pas même allégué que le liquidateur l'ait agréé, conformément au droit qu'il s'était réservé. Elle a soulevé en second lieu une exception *non adimpleti contractus*, consistant à dire qu'il ne serait pas établi que la demanderesse ait livré à Louis Villotti les choses objet de la vente du 17 janvier 1895.

Les motifs sur lesquels la Cour d'appel et de cassation de Berne s'est fondée pour repousser ces deux moyens sont justifiés de tous points. Il y a lieu d'y ajouter que le droit réservé au liquidateur d'agréer les cautions que l'adjudicataire devait fournir à teneur des conditions de vente consistait en définitive dans la faculté de refuser les cautions offertes si elles n'offraient pas des garanties suffisantes. Si le liquidateur avait entendu refuser le cautionnement de Villotti père et de l'ingénieur Dollfuss, il aurait dû manifester son refus expressément; son silence devait au contraire être interprété comme un acquiescement tacite, et dès lors les cautions, n'ayant pas reçu d'avis que leur garantie ait été refusée, ont dû se considérer comme agréées. Quant à l'exception *non adimpleti contractus*, il résulte du fait que l'acheteur Villotti fils a payé volontairement une partie du prix d'acquisition,

qu'il a ensuite été poursuivi en paiement du solde et n'a fait aucune opposition à la poursuite, la preuve ou tout au moins la présomption que les choses vendues lui ont bien été livrées. C'eût été au recourant à combattre cette présomption par la preuve contraire, ce qu'il n'a pas fait.

2° Il est ainsi établi que la demanderesse est créancière de Villotti des sommes qu'elle lui réclame. Mais le recourant en refuse le paiement et oppose tout d'abord à la demande une exception dilatoire consistant à dire qu'il ne peut être astreint à payer les sommes qui lui sont réclamées que lorsque les comptes auront été établis entre lui et son co-associé Frossard et s'il résulte de ces comptes qu'il doit à ce dernier les sommes en question. Devant le Tribunal fédéral le recourant a motivé en substance cette manière de voir comme suit: Les parties sont d'accord et il est constaté en fait par l'arrêt cantonal que toutes les sommes qui étaient dues à des tiers par la Société Villotti et C^{ie} ont été remboursées ou que le liquidateur possède les fonds nécessaires pour rembourser celles qui pourraient être encore dues. La liquidation est donc terminée vis-à-vis des tiers; la société, en tant qu'elle subsistait encore comme unité de biens distincte sur laquelle les tiers avaient des droits, est aujourd'hui éteinte et il n'y a plus en présence que deux associés dont les comptes restent à régler. Avant que ces comptes soient arrêtés, l'un des associés ne saurait être tenu de payer des sommes qui devront peut-être lui faire retour en vertu du règlement définitif.

Cette argumentation ne saurait toutefois être admise. Il est d'abord inexact que la Société Villotti et C^{ie} soit éteinte par le fait que tous les tiers créanciers ont été désintéressés. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a jugé à plusieurs reprises, une société ne cesse pas d'exister d'une manière absolue par le fait de sa mise en liquidation; elle subsiste au contraire pour les besoins de celle-ci, et dans toutes les opérations de la liquidation c'est la société qui est représentée par le liquidateur et non les associés individuellement (voir Rec. off. XII, p. 205, consid. 3 et XVII, p. 325, consid. 3). Or le

liquidateur a entre autres pour mission d'exécuter les engagements et de faire rentrer les créances de la société dissoute. L'article 582 CO. ne fait à cet égard aucune distinction entre le cas où les débiteurs ou créanciers de la société sont des tiers et celui où ce sont les associés eux-mêmes. Ceux-ci peuvent en effet, aussi bien que les tiers, devenir créanciers ou débiteurs de la société par suite d'affaires conclues avec elle, de gestion d'affaires avec ou sans mandat, de délit, etc. (art. 537, 540, 567 CO.). Dans le cas particulier, l'associé Villotti est débiteur de la société en vertu du cautionnement qu'il a contracté au profit de celle-ci, tandis que l'associé Frossard se dit créancier ensuite de prêt d'une somme de 20 000 fr. environ. La situation juridique de l'associé créancier ou débiteur est la même que celle d'un créancier ou débiteur ordinaire de la société. Dès lors la liquidation de la Société Villotti et C^{ie} n'est pas achevée par le fait que tous les créanciers sociaux, qui ne sont pas en même temps associés, ont été payés ou que leur paiement est assuré, les créances et les dettes des associés vis-à-vis de la société tombant aussi sous le coup des prescriptions des art. 582 et 583 CO. Elle ne prendra fin qu'avec le règlement de compte définitif entre les associés (art. 584 CO.). Le liquidateur avait donc le droit, conformément à l'art. 583 CO., d'actionner Villotti en paiement des sommes qu'il doit comme caution de son fils.

3^o Le recourant oppose à cette action un moyen de défense au fond basé sur l'opinion que la Société Villotti et C^{ie} serait une société en nom collectif et que par conséquent Frossard serait responsable, comme associé en nom collectif, de la moitié des pertes, laquelle serait supérieure à la somme litigieuse, surtout si l'on tient compte des 20 000 fr. réclamés par Villotti à Frossard, à titre de dommages-intérêts. Mais ce moyen ne saurait être accueilli. Il est hors de doute que la société formée entre L. Villotti père et J. Frossard était une société en commandite dans laquelle Villotti était associé indéfiniment responsable et Frossard associé commanditaire, c'est-à-dire responsable seulement jusqu'à concurrence du

montant de sa mise (art. 590 CO.). Cela résulte du préambule de l'acte du 30 août 1892 dans lequel il est dit que Villotti a proposé à Frossard de s'associer avec lui comme bailleur de fonds (voir art. 23 C. c. fr.). Mais surtout cela résulte de la manière la plus décisive de l'art. 8 du contrat, qui dit expressément que Frossard ne doit dans aucun cas être engagé au-delà de sa mise sociale. Les termes inexacts employés à l'art. 1^{er} du contrat, qui dispose que la société sera en nom collectif à l'égard de Villotti et en commandite à l'égard de Frossard, ne peuvent être compris qu'en ce sens que les parties ont entendu que Villotti aurait la situation d'un associé en nom collectif et par conséquent indéfiniment responsable, tandis que Frossard aurait la situation d'un simple commanditaire. Ces termes s'expliquent d'ailleurs, ainsi que l'observe la Cour cantonale, comme une adaptation mal appropriée de ceux employés de l'art. 593 CO., lequel porte que, lorsqu'il y a, dans une société en commandite, plusieurs associés indéfiniment responsables, la société est en même temps à leur égard société en nom collectif. En dehors des termes de l'acte de société, la preuve que la Société Villotti et C^{ie} était en commandite résulte aussi du fait qu'elle a été inscrite comme telle au registre du commerce et que dans la transaction par laquelle les parties ont décidé sa dissolution, elle est encore désignée comme société en commandite.

A l'appui de sa manière de voir le recourant fait aussi valoir (allégué n° 28 de la réponse) qu'en fait Frossard aurait agi vis-à-vis des tiers comme associé en nom collectif en correspondant et faisant des commandes pour la société, en fixant le prix de la pierre, etc. La seconde instance cantonale a repoussé à bon droit ce raisonnement. La circonstance qu'un associé fait des affaires pour la société ne prouve rien quant au caractère de celle-ci, pas plus que le fait qu'il n'est pas autorisé à en faire. Même l'associé en nom collectif peut être privé par le contrat de société du droit d'administrer et cette exclusion déploie aussi son effet vis-à-vis des tiers lorsqu'elle a été inscrite au registre du commerce (art. 560

CO.). En sens inverse, l'associé commanditaire peut, vis-à-vis de ses co-associés, avoir le droit d'administrer ; en revanche, il ne peut pas représenter la société vis-à-vis des tiers. S'il le fait néanmoins, la société ne se transforme pas pour autant en une société en nom collectif, mais l'art. 598 CO. devient applicable. Si donc Frossard, auquel le contrat de société ne donnait pas même vis-à-vis de son co-associé le droit d'administrer, a fait pour la société des affaires que Villotti n'aurait ni autorisées ni ratifiées, il se peut, suivant le cas, qu'il soit tenu à des dommages-intérêts vis-à-vis de son co-associé, mais cela ne change rien au caractère de la société. C'est partant avec raison que les instances cantonales ont refusé d'admettre à la preuve les faits allégués sous n° 28 de la réponse, de même que l'allégué formulé sous n° 53, d'après lequel le recourant aurait, déjà devant le juge conciliateur, soutenu que la Société Villotti et C^{ie} serait en nom collectif.

Il ressort des considérations qui précèdent que les avances que Frossard a faites à la société n'ont pas eu lieu à titre de mises de fonds d'un associé indéfiniment responsable et qu'il n'est pas tenu de supporter la moitié des pertes sociales. L'art. 8 du contrat dit sans doute que les bénéficiers et les pertes se partageront par moitié, mais il ajoute que dans aucun cas Frossard ne pourra être engagé au delà de sa mise sociale. Ce dernier ne répond donc, même vis-à-vis de son co-associé, que jusqu'à concurrence de sa mise de 10 000 fr., et comme celle-ci, de même que celle d'une valeur égale faite par Villotti, est évidemment considérée comme perdue par les deux associés, — ce qui explique pourquoi Villotti ne l'a pas fait figurer dans son compte, — il s'ensuit que les pertes qui dépassent le montant de ces deux mises ne concernent en rien Frossard. En revanche, Villotti, comme associé indéfiniment responsable, est garant vis-à-vis de lui du remboursement des sommes prêtées à la Société en tant qu'elles ne seront pas couvertes par l'actif social.

Quant à la prétention à des dommages-intérêts réservée par Villotti contre Frossard, elle n'intéresse pas le procès

actuel, auquel ce dernier n'est pas partie, et ne peut être opposée à la réclamation du liquidateur, qui agit comme représentant de la société et non de Frossard. C'est dès lors à juste titre que les instances cantonales se sont opposées à la preuve des allégués relatifs à cette prétention contenus sous nos 69 à 79 de la réponse.

Le recourant fait enfin valoir que s'il payait la somme qui lui est réclamée, celle-ci devrait lui être immédiatement restituée, attendu que d'après l'art. 583 CO. les capitaux sans emploi pendant la liquidation doivent être provisoirement distribués aux associés. Mais en admettant que la disposition légale invoquée donne aux associés un droit d'action contre le liquidateur (voir von Hahn et Puchelt, *Comment. du C. com. all.*, ad § 141 : Renaud, *Commanditgesellschaft*, p. 583), on doit en tous cas décider, en présence de l'art. 583, al. 2 CO., qu'il ne peut être question de capitaux disponibles qu'en tant que les fonds nécessaires sont réservés pour payer les dettes sociales non encore échues et pour faire droit aux prétentions des associés lors du règlement de leurs comptes respectifs. La garantie résultant de cette réserve est dans l'intérêt des associés comme des créanciers. Il n'est pas indifférent pour ceux-ci que les fonds nécessaires à leur paiement soient réservés sur la fortune de la société ou qu'ils soient répartis entre les associés, car s'il y a eu répartition et si les créanciers sociaux sont obligés de s'en prendre aux associés, ils doivent, en cas de faillite, concourir avec les créanciers personnels de ces derniers. Il est vrai que dans le cas particulier la créance de Frossard est contestée par Villotti, mais cela a uniquement pour conséquence qu'elle doit être traitée comme une créance non encore échue. L'existence de cette prétention donne donc le droit et fait un devoir au liquidateur de réserver les sommes nécessaires pour en parfaire le règlement, s'il y a lieu (art. 583, al. 2 CO.). Or il est constant que le liquidateur ne détient pas actuellement des fonds suffisants pour ce règlement. Dès lors la somme qu'il réclame à Villotti au nom de la société ne deviendra pas en ses mains un capital disponible, susceptible d'être distribué aux associés

en conformité de l'art. 583, al. 1^{er} CO., puisque en regard de ce capital existera le solde à régler de la prétention Frossard. Le recourant a bien soutenu que le montant de la demande dépasserait la somme nécessaire pour solder la créance de Frossard et que par conséquent l'excédent tout au moins deviendrait sans emploi. L'instance cantonale supérieure a repoussé avec raison cette manière de voir en faisant observer que le recourant omet de tenir compte des intérêts réclamés par Frossard dès le mois de juin 1893 sur la totalité de ses avances, ce qui porte le solde de sa prétention à un chiffre supérieur au montant de la demande.

De ce qui précède il résulte que les moyens dilatoire et de fond invoqués par le recourant à l'encontre des conclusions de la demanderesse doivent être écartés et le prononcé de l'instance cantonale maintenu quant à la demande principale.

4^o L'arrêt cantonal doit également être confirmé en ce qui concerne la demande reconventionnelle en dommages-intérêts à raison du séquestre du 29 janvier et de la saisie des 12 février et 1^{er} mars 1895. La cour d'appel de Berne constate que le recourant n'a pas fourni la preuve que le séquestre lui ait causé un dommage matériel et que, d'autre part, la nature et la valeur des biens séquestrés, le lieu où le séquestre a été pratiqué et son retrait peu de temps après son exécution ne permettent pas d'admettre qu'il ait porté une atteinte grave à la situation du recourant. Ces constatations n'impliquent ni contradiction avec les pièces du dossier ni erreur de droit. C'est à juste titre dès lors que la Cour a refusé toute indemnité au recourant soit en vertu de l'art. 273 LP., soit en vertu de l'art. 55 CO.

Relativement à la saisie, l'arrêt attaqué ne tranche pas le point de savoir si cette mesure a causé un tort matériel ou moral au recourant. Mais il repousse la demande d'indemnité par le motif que le liquidateur de la Société Villotti et C^{ie} n'aurait commis aucune faute en requérant la dite saisie à la suite du jugement du président du Tribunal de Porrentruy prononçant la main-levée provisoire de l'opposition de Villotti et nonobstant l'appel formé par ce dernier. Cette solution est

justifiée, bien qu'il soit erroné de prétendre, ainsi que le fait la Cour cantonale, que le liquidateur pouvait s'appuyer sur l'opinion de MM. Brüstlein et Rambert (*Commentaire*, ad. art. 36 LP., note 2) pour admettre que l'appel contre le prononcé de main-levée n'était pas suspensif et qu'en conséquence il pouvait être suivi immédiatement à la poursuite. Ces auteurs ne disent en effet rien de semblable dans le passage cité de leur commentaire. Néanmoins la manière de voir admise par le liquidateur, sur le bien ou mal fondé de laquelle il n'y a pas lieu de prononcer ici, a en sa faveur de sérieux motifs, et l'on ne saurait considérer comme une faute engageant la responsabilité du liquidateur, soit de la société, de l'avoir considérée, en l'absence d'une jurisprudence contraire, comme conforme au véritable sens de la loi. Cela étant, la demande de dommages-intérêts doit aussi être écartée en tant que basée sur le fait de la saisie, attendu qu'elle ne peut s'appuyer que sur les art. 50 et 55 CO., dont l'application suppose une faute chez l'auteur du dommage.

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 9 octobre 1896, confirmé quant au fond et quant aux dépens.

44. Urteil vom 27. März 1897 in Sachen
Guilbert-Martin gegen Ulmann & Cie.

A. Durch Urteil vom 30. Dezember 1896 hat das Handelsgesicht des Kantons Zürich erkannt :

1. Es wird Vormerk genommen vom Rückzuge der Klage, soweit dieselbe darauf gerichtet ist, daß den Beklagten untersagt werde, Wasserstandsgläser mit rothen Streifen auf weißem Grunde in den Verkehr zu bringen.