

## BGE 44 II 154

Bundesgericht (BGE), 1918-01-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_44\\_II\\_154](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_44_II_154)

FR: ATF 44 II 154

IT: DTF 44 II 154

### Volltext

154 Obligationenrecht. N° 27. Änderung des Urteils binnen zwei Jahren vorzubehalten, da die Folgen der Verletzung nach dem Gutachten nicht • mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden können. Zu dem Betrage von 2000 Fr. kommen sodann noch 40 Fr. für die Heilungskosten, die dem Kläger vom Beklagten zu ersetzen sind. Demnach erkennt das Bundesgericht: 1. Die Berufung wird gutgeheissen und der Beklagte " unter Aufhebung von Ziffer 3 des Urteils der ersten Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 14. Januar 1918 verurteilt, dem Kläger 2040 Fr. zu bezahlen. 2. Die Abänderung dieses Urteils binnen zwei Jahren wird im Sinne des Art. 46 Abs. 2 OR vorbehalten. 27. Ärl'et de la 1re Section civile "du 19 avril 1918 dans la cause Perrelet contre Banque cantonale neuchateloise. Operations de bourse executees a l'étranger. Droit applicable Novation resultant de reconnaissance du solde de compte-courant. Exception de jeu. Exception de contre-partie. A. - De 1909 a 1913 Bernard Perrelet a fait executer par la Banque cantonale neuchateloise un grand nombre d'operations d'achat et de vente de titres. Il avait a la Banque de-ux comptes separes, denommes, l'un, compte-nantissement, l'autre, compte-courant. A la suite des operations traitees, le compte-nantissement soldait, au 31 decembre 1913, par 119739 fr. 35 au debit de Perrelet; il a He renouvele pour 90000 fr., le solde de 29739 fr. 35 etant porte au compte-courant ordinaire, qui s' est eleve de ce fait a 31537 fr. 40~ Le 25 mars 1914, Perrelet a ~igne la reconnaissance suivante : ( { L'extrait de mon compte-courant aupres de la Banque cantonale neuchateloise . . , <.ob~~~eäf. N-17,' 155 arrete au 31 decembre 1913 a ete verifie. reconnu exact et le solde de 31537 fr. 40, que je reconnais devoiro.- reporte a mon debit a nouveau de conformite. » Se fondant sur cette reconnaissance la Banque a fait notifier a Perrelet un commandement de payer pour la dite somme de 31537fr. 40etaobtenule 4novembre 1914 la main-levée de l'opposition faite par le debiteur. Perrelet a alors ouvert la presente action en liberation de dette dans laquelle il a conclu a ce qu'il plaise au tribunal: 1° annuler la poursuite intentee par la Banque; , 2° prononcer qu'il n'est debiteur sur son compte-courant ordinaire que de 1797 fr. 95 ; 3° prononcer que c'est sans droit que la Banque lui l'eclame la somme de 29739 fr. viree du compte-nantissement; (le& conclusions 4 et 5 ne sont plus en cause, Perrelet ayant declare dans son acte de recours les retirer). A l'appui de ces'conclusions il Jait valoir l'exception de jeu, le moyen tire de contre-partie, le moyen pris de la violation de l'art. 10 de la loi du 26 fevrier 1907 sur la Banque cantonale ne-uchateloise. et enfl,il il invoque l'art. 177 al. 2 ces. La Banque a conclua liberation. Elle souleveune contre- exception tiree du fait de la reconnaissance du compte par le demandeur et contes te au fond les moyens invoques. Apres enquete et expertise le Tribunal cantonal neucha- teLois a, par jugement du 17 octobre 1917, ecarte les conclusions resumeef, ci-dessu&, sous reserve d'une somme de 30 fr. pour la quelle l'action en liberation de dette est . justifiee. Le demandeur a recouru en reforme au Tribunal foederal en reprenant les conclusions precitees. Considprani en droit: 1. - L'in&tance cantonale a fait application du droit foederal et c'est bien ce droit qui est en effet

applicable. AS 44 n - 1918 11 156 Obligationenrecht. N° 27. Les deux parties sont des Suisses domiciliées en Suisse; c'est en Suisse qu'elles ont contracté ensemble, qu'elles devaient exécuter leurs obligations réciproques et qu'elles ont d'ailleurs été données la reconnaissance opposée par la défenderesse à l'action en libération de dette du demandeur. S'agissant ainsi de statuer sur les rapports d'obligation existant entre Perrelet et la Banque cantonale neuchâteloise, on ne peut songer à appliquer une autre loi que la loi fédérale qui est à la fois la loi nationale des parties, la loi de leur domicile, la loi du lieu de la conclusion et de l'exécution du contrat et enfin la Lex fori. On verra pour le surplus que le demandeur peut exciper de la nullité, d'après le droit étranger, d'opérations faites pour son compte avec des tiers; mais en tout état de cause c'est le droit fédéral qui déterminera les conséquences, dans les rapports entre les parties au procès, de cette nullité résultant du droit étranger. 2. - A l'exception de jeu soulevée par le demandeur, la défenderesse oppose une contre-exception tirée du fait que le solde débiteur des opérations ayant prétendument le caractère de jeu a été reconnu par Perrelet. Il est incontestable qu'en principe la reconnaissance du solde du compte-courant emporte novation (art. 117 al. 2 CO) - mais il reste à rechercher si, nonobstant cette novation, le débiteur peut invoquer l'exception de jeu qui lui appartenait à l'égard des opérations qui ont donné naissance à la dette reconnue. Or cette question est résolue affirmativement soit par le texte catégorique de l'art. 514 CO, soit par la doctrine suisse unanime (v. HAFNER, Note 2 sur art. 512; OSER, Note II 3 sur art. 116 et Note VI 2 b et sur art. 513 et t BECKER, Note 3 sur art. 17 et Note 2 sur art. 116), soit par la jurisprudence du Tribunal fédéral (v. RO 29 II p. 642 et suiv.). Il n'existe à ce sujet de divergences d'opinions que lorsque le solde reconnu est le résultat d'opérations dont une partie seulement ont le caractère de jeu; en pareil cas, on peut se demander si et dans quelle mesure le joueur est en obligation de droit. N° 27. 157 droit d'opposer l'exception de jeu:) la réclamation fondée sur la reconnaissance: l'exception ne s'applique-t-elle au solde reconnu que dans la proportion existant entre les opérations de jeu et celles qui n'ont pas ce caractère? ou bien, vu l'impossibilité de distinguer dans quelle mesure le solde provient de telle catégorie d'opération plutôt que de toute autre, doit-on admettre l'exception sans restriction ou au contraire l'exclure entièrement? (cf. sur ce point notamment OSER, Note VI 2 a V sur art. 513, Entscheidungen des Obergerichtes 23 et suiv. et 59 p. 192 et suiv. - REGELSBERGER dans Ihering's Jahrbücher 4G p. 27 et suiv.). Mais il n'est pas nécessaire de résoudre, en l'espèce, ces questions fort controversées, car, bien qu'il signale comme spécialement critiquables certaines opérations déterminées, le demandeur paraît attribuer le caractère de jeu à l'ensemble des opérations et par conséquent l'exception de jeu, recevable contre chacun des articles du compte, serait également recevable, d'après l'art. 514 CO, contre le résidu de ce compte, c'est-à-dire contre le solde reconnu. Au surplus la question de recevabilité n'a qu'un intérêt théorique, car l'exception de jeu apparaît d'emblée comme mal fondée. Le demandeur fait observer que la plupart des opérations ont porté sur des titres de pure spéculation et que leur montant était manifestement disproportionné à sa fortune. Cela est vrai, mais il ne s'en suit pas encore qu'elles fussent le caractère de jeu au sens que la jurisprudence constante du Tribunal fédéral attribue à cette notion. D'après sa telle ainsi que d'après l'interprétation que lui a donnée le Tribunal fédéral, l'article 513 CO ne s'applique pas à tous les genres de spéculation; en particulier il ne vise pas les spéculations au comptant, mais uniquement les spéculations à terme, et encore à la condition que, d'après l'intention concordante des parties, le droit et l'obligation de prendre livraison et d'effectuer la livraison des titres aient été exclus, de telle sorte que seule la différence fasse l'objet du marché. 01' l'instance 158

Obligationenrecht. N° 27. cantonale constate que, non seulement la livraison des titres n'a pas eu lieu, mais qu'en fait elle a toujours eu lieu. Cette constatation lie le Tribunal fédéral; bien loin en effet d'être contredite par les pièces du dossier, elle est en accord parfait avec le rapport de l'expert qui déclare positivement que toutes les opérations d'achat et de vente de titres ont été réelles et effectives et qu'il n'y a eu aucun report. Dans trois cas, il est vrai, il n'y a pas eu livraison des titres achetés par Perrelet : il s'agit de 25 Randmines et de 25 Robinson Gold achetées le 28 mai et revendues le 2 juin 1909 et de 25 Randmines achetées le 7 juin et revendues le 11 juin 1909. Mais le défaut de livraison s'explique par le fait qu'avant la date à laquelle les titres pouvaient et devaient être livrés (fin courant) ils ont été revendus ; on ne se trouve donc nullement dans le cas où un spéculateur joue en même temps à la hausse et à la baisse - cas dans lequel le Tribunal fédéral a estimé qu'on était en présence d'un simple jeu (v. RO 31 11 p. 66 ; cf. p. 615). En l'espèce le droit et l'obligation de prendre livraison n'étaient pas exclus; la levée des titres était au contraire la conclusion normale du marché et si elle n'a pas eu lieu c'est simplement parce qu'avant la date fixée il s'est produit une hausse suffisante pour que Perrelet eût avantage à revendre au lieu de prendre livraison. Du reste en tout état de cause on doit éliminer du champ du débat ces trois opérations, car elles se sont toutes traduites par un gain pour le demandeur, lequel n'a dès lors pas d'intérêt à exciper de jeu à leur égard. En résumé donc, sur la base des constatations concordantes du rapport d'expertise et du jugement attaqué, on doit admettre que le demandeur ne s'est pas livré aux marchés à terme ayant le caractère de jeu et qu'il n'est donc pas fondé à invoquer les art. 513 et 514 CO. Quant à la procédure suivie pour aboutir à ces constatations, c'est en vain que le recourant l'a critiquée à l'audience de ce jour en se plaignant qu'il n'eût pas été fait droit complètement, à ses réquisitions de production de pièces ; l'Obligationenrecht. N° 27. 159 le Tribunal fédéral ne peut revoir cette question qui relève de la procédure cantonale et il n'a aucun motif de donner un complément de l'instruction très complète qui a eu lieu (cette observation vaut d'ailleurs d'une façon générale, soit aussi à l'égard des critiques analogues formulées par le recourant contre l'instruction des autres points litigieux). 3. - L'exception de contre-partie - sur laquelle le recourant insiste tout particulièrement - est tirée du fait que les ordres donnés par le demandeur, au lieu d'être exécutés par des agents accrédités (agents de change ou coulissiers), l'ont été dans de nombreux cas à Paris par de simples banquiers sans qualité officielle et qui se sont portés contre-partie. La reconnaissance du solde signée par le demandeur ne saurait l'empêcher d'invoquer ce moyen, puisqu'il allègue justement (et qu'il paraît d'ailleurs établi) que c'est seulement après la signature de cette reconnaissance qu'il a appris les faits de contre-partie ; il peut donc attaquer la reconnaissance elle-même, en tant que donnée dans l'opinion erronée que les ordres avaient été correctement exécutés. Mais, s'il est recevable, ce moyen est, comme le précédent, mal fondé. Il résulte des constatations de l'instance cantonale que la Banque elle-même n'a pas fait de contre-partie, c'est-à-dire qu'elle ne s'est pas portée elle-même acheteuse ou vendeuse des titres qu'elle était chargée de vendre ou d'acheter pour le compte du demandeur. D'autre part, il est exact qu'elle (a, a de nombreuses reprises, utilisé les services des maisons Theodore Andre Perquel & Oe et Jules Perquel & Oe à Paris, qui n'étaient ni agents de change, ni coulissiers; ces maisons remplissaient ouvertement le rôle de contre-partie, ainsi que la Banque cantonale aurait pu s'en rendre compte par le libelle de leurs avis d'opère, tandis qu'elle a avisé le demandeur que ses ordres avaient été exécutés en Bourse. De ces faits le demandeur tire la conclusion qu'il n'est pas lié par des opérations exécutées en France que le droit français considère comme nulles parce qu'elles

reventent le caractère de contre-partie occulte (à l'égard du demandeur) et parce que certaines d'entre elles (celles portant sur des titres cotés en Bourse) ont eu lieu en violation du monopole des agents de change français. Mais cette manière de voir est erronée. Tout d'abord l'instance cantonale constate que les opérations de contre-partie n'étaient pas nulles en droit français, parce que la contre-partie a été pratiquée ouvertement par les maisons Perquel ; sur ce point le Tribunal fédéral est lié, car il s'agit de l'application du droit étranger qui échappe à sa censure ; d'ailleurs la nullité édictée par le droit français ne pourrait conduire à l'annulation des marchés dans les rapports entre la Banque cantonale et Perrelet, puisque ces rapports sont régis par le droit suisse et que celui-ci, non seulement n'interdit pas la contre-partie, mais l'autorise expressément en permettant (art. 436 CO) au commissaire de livrer lui-même comme vendeur la chose qu'il devait acheter ou de conserver comme acheteur celle qu'il devait vendre. De même le monopole français des agents de change ne saurait être invoqué pour contester la validité des opérations faites en Suisse entre deux contractants suisses. Perrelet achète la Banque cantonale d'acheter puis de vendre pour son compte des titres ; ces marchés ont été effectués : Perrelet a reçu les titres achetés et la contre-valeur des titres vendus ; la faculté dont la Banque a procédé à l'étranger pour accomplir son mandat n'intéresse le demandeur que dans la mesure où elle a influé sur le résultat des opérations pratiquées pour son compte ; à supposer même que les achats et les ventes aient eu lieu en violation de règles du droit français, le demandeur ne peut exciper de cette violation du droit français que si elle implique pour lui un préjudice. En d'autres termes, ayant effectivement reçu les titres qu'il voulait acheter et le prix de ceux qu'il voulait vendre, il ne peut prétendre faire annuler ces achats et ces ventes.

Obligationenrecht. N° 27. 161 confondues à sa volonté sous prétexte que les marchés que la Banque a passés en France pour les procurer et auxquels il n'était pas partie seraient critiquables au point de vue du droit français ; cette circonstance n'a d'importance, dans les relations entre la Banque cantonale et le demandeur, que pour autant qu'il en est résulté pour ce dernier un dommage. Tout le débat se ramène donc à la question de savoir si en s'adressant à la maison Perquel pour faire exécuter les ordres du demandeur et en laissant croire à celui-ci que ses ordres étaient exécutés en Bourse, la Banque cantonale a manqué à ses obligations et si de ce fait Perrelet a subi un dommage. Bien qu'il ne soit pas clairement établi que la Banque fut qu'elle (Perquel & Co) étaient contre-parties - le jugement attaqué considérant même comme vraisemblable qu'elle l'a ignoré - on peut admettre avec l'instance cantonale que la défenderesse a commis une faute, légère en n'examinant pas avec une attention suffisante les bordereaux d'opérations qui lui auraient révélé la véritable nature des opérations traitées. Mais il aurait appartenu au demandeur de prouver que cette faute a eu pour lui des conséquences dommageables. Or il n'a ni rapporté, ni même sérieusement entrepris cette preuve. Rien ne permet de supposer qu'il aurait renoncé à ses spéculations s'il avait su que la Banque cantonale s'adressait à des contre-parties ; en admettant même qu'il aurait attaché une importance quelconque à cette circonstance, il est plus que probable qu'il se serait contenté d'inviter la Banque à choisir à l'avenir des intermédiaires officiels. Des lors il reste seulement à rechercher si les cours auxquels la maison Perquel a acheté et vendu les titres ont été plus désavantageux que ceux qui auraient été pratiqués par des agents de change et des coulissiers. Sur ce point, qui est essentiellement un point de fait, on ne peut que s'en rapporter à l'appréciation de l'instance cantonale, laquelle déclare que la situation de Perrelet n'eût pas été sensiblement différente.

162 Obligationenrecht. N° 27. « si toutes les opérations eussent été faites en Bourse par des intermédiaires réguliers ». En réalité si le demandeur a fait des pertes ce n'est pas pour avoir

achete ou vendu a des conditions qui ne correspondaient pas aux conditions generales du marche. Le prejudice qu'il a subi est, comme pour tous les speculateurs malheureux, une consequence du choix des titres sur lesquels ont porte les speculations et du moment des achats et des ventes. Il va sans dire qu'il ne saurait reprocher a la Banque cantonale de lui avoir donne a cet egard de mauvais conseils, car la reconnaissance signee par lui s'oppose a ce qu'il re mette en question a ce point de vue les operations qui sont a la base de la dette nee. 11 n'en serait autrement que s'il avait He la victime de manœuvres dolosives de la part de la Banque (v.-RO 23 p. 713 consid. 3). 11 a pretendu que tel etait le cas, mais ou doit admettre avec l'instance cantonale qu'il a totalement echoue dans la preuve des pretendus actes dolosifs commis par la defenderesse ou ses employes. Dans ces conditions c'est en vain qu'il tente, en invoquant la contre-partie, de faire supporter par la Banque les pertes qui sont la consequence des operations memes qu'il a decidees et ordonnees, et non de la facon dont elles ont ete executees. 4. - L'arret attaque a ecarte l'exception basee sur la pretendue violation par la defenderesse de l'art. 10 de la loi du 26 fevrier 1907 sur la Banque cantonale neuchateloise. Cette exception relevant exclusivement du droit public neuchatelois - ainsi que le demandeur le proclamait lui-meme (v. Conclusions en cause p. 85 et suiv., notamment p. 86) - le Tribunal federal n'est pas competent pour revoir la decision cantonale en cette matiere. 5. - Enfin l'article 177 al. 2 CCS etait invoque en demande, mais c'etait uniquement a l'appui de la conclusion IV (nullite du nantissement des titres de dame Perrelet) - conclusion qui, dans son acte de recours, le demandeur a declare retirer. D'ailleurs dame Perrelet seule, a l'exclusion du demandeur, aurait en qualite pour Obligationenrecht. N° 28. lö3 se prevaloir des dispositions de l'art. 177 al. 2 ou eventuellement de l'art. 202 CCS" le Tribunal federal prononce: Le recours est ecarte et le jugement cantonal est confirme. 28. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. April 1918 i. S. Goldsohmid gegen Posteau. ' B U 11 des rat sb e s ch I U s s vom 4. Dez e m bel' 1914 betr. Schut z des in der Sc h w e i z dom i z i - I i e r t e n S c h u I d n e I ' s. Keine Anwendung auf aus eigentlichen K r i e g s e r l a s s e n abgeleitete Einreden. Dagegen auf Einreden aus einem Mo rat 0 I ' i u m. Auch wenn dasselbe dem einzelnen nur unter bestimmten Voraussetzungen gewährt wird? - Kein Recht des in der Schweiz dom i z i I i e I ' t e n Aus I ä n d e r s i e h a u f d a s K r i e g s I ' e c h t s e i n e s e i g e n e n S t a a t (' S z u b e r u f e n. - S c h w e i z e i z e r i s c h - f r a n z Ö 5 i s c h (' r G e r i c h t s s t a n d s v e r t r a g n u r a u f A n g e h ö r i g e d e r V e r t r a g s s t a a t e n a n w e n d b a r. A. - Die Klägerin, eine in Paris domizilierte, französische Firma, stand mit dem Beklagten, der deutscher Staatsangehöriger ist und in Luzern wohnt, in Geschäftsverbindung. Aus dieser resultierte zu ihren Gunsten ein Saldo von 2684 Fr. 40 Cts. Dieses Guthaben hat sie, als der Beklagte ihr die Zahlung verweigerte, im vorliegenden Prozess geltend gemacht. Vor den kantonalen Instanzen anerkannte der Beklagte seine grundsätzliche Schuld, bestritt aber seine derzeitige Zahlungspflicht unter Verweisung auf die in- und ausländische Kriegsgesetzgebung. B. - Beide Vorinstanzen haben seine Einwendungen zurückgewiesen und die Klage zugesprochen, das Obergericht im wesentlichen aus folgenden Gründen: Obschon der Beklagte, wenn die Parteirollen vertauscht wären. zur Zeit mit Rücksicht auf die französische Kriegsgesetz-

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.