

## **BGE 78 II 61**

Bundesgericht (BGE), 1952-01-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_78\\_II\\_61](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_78_II_61)

FR: ATF 78 II 61

IT: DTF 78 II 61

### **Volltext**

60 Obligationenrecht. N° 9. suit que non seulement le cooant ne peut retenir pour soi un droit accessoire tel que le cautionnement (ce droit serait caduc), mais qu'il ne peut pas non plus le ceder isolement (cf. en ce qui concerne le droit de gage, le § 1250 BGB). C'est précisément par son caractère de droit accessoire que le cautionnement solidaire se distingue d'autres obligations solidaires dont fait état VON TUHR. Tandis que, dans ces rapports d'obligation, chaque débiteur est obligé comme s'il était seul en présence du créancier, la caution ne l'est qu'en dépendance de l'obligation du débiteur principal, si et aussi longtemps que celui-ci est tenu. Au demeurant, on peut laisser indécis le point de savoir si la cession de la créance contre un seul débiteur solidaire est juridiquement possible. La cession par le créancier de ses seuls droits derivant du cautionnement se révèle aussi entièrement incompatible avec la disposition de l'art. 505 a CO (devenu l'art. 507) aux termes de laquelle la caution est subrogée aux droits du créancier à concurrence de ce qu'elle lui a payé. Suppose que la créance de cautionnement soit cessible, le cessionnaire deviendrait réellement le titulaire de cette créance : il ne serait pas uniquement autorisé à la faire valoir, car la cession de la créance confère le droit lui-même, non seulement la faculté de l'exercer. Mais le paiement qui serait fait au créancier du cautionnement agissant en son nom propre ne pourrait pas avoir pour conséquence de transférer à la caution la créance contre le débiteur principal, car cette créance serait, par hypothèse, restée au cedant. La règle de subrogation édictée par la loi ne peut produire ses effets que si les qualités de titulaire de la créance garantie et de créancier à raison du cautionnement sont réunies dans la même personne. Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce : Le recours est admis, l'arrêt attaqué est annulé et l'action en libération de dette est admise dans toute son étendue, le débiteur étant entièrement libéré des fins de la poursuite. Obligationenrecht. N° 10. 61 10. Arrêt de la Ire Cour civile du 22 janvier 1952 dans la cause Brand contre Thurig & Cie. Exception de jeu, art. 513 al. 2 CO. S'agissant de marchés différentiels et autres marchés à terme, cette exception ne peut être valablement invoquée que si, d'après l'ensemble des circonstances de la cause, l'élément purement aléatoire domine et si l'intention de réaliser une différence de cours reposant principalement sur le hasard est reconnaissable par l'agent de bourse (confirmation de la jurisprudence de l'arrêt RO 65 II 21). Spieleinrede, Art. 513 Abs. 2 OB. Bei Differenz- und andern Termingeschäften kann die Spieleinrede nur mit Erfolg erhoben werden, wenn nach den gesamten Umständen das rein aleatorische Element vorherrscht und wenn die Absicht, einen zur Hauptsache auf dem Zufall beruhenden Gewinn aus der Kursdifferenz zu erzielen, dem Börsenagenten erkennbar ist (Bestätigung der Rechtsprechung gemäss BGE 65 II 21). Eccezione di gioco, art. 513, cp. 2 CO. In caso di contratti differenziali e di altri contratti a termine l'eccezione di gioco può essere sollevata con buon esito soltanto quando, secondo l'insieme delle circostanze della causa, l'elemento puramente aleatorio è dominante e se l'intenzione di realizzare una differenza di corsi dovuta essenzialmente all'azzardo è riconoscibile dall'agente di borsa (conferma della

giurisprudenza : RU 65 II 21). A. - En mars 1948, Jean Brand, administrateur de sociétés, a Genève, est entré en relation avec la société Thurig & Cie, maison d'agents de change, a Genève, et a fait de nombreuses opérations de bourse à terme sur les actions Baltimore and Ohio Ry. Après que les premières opérations eurent laissé un léger bénéfice, un fléchissement sensible s'est fait sentir dans le courant de l'année 1948 sur la plupart des valeurs américaines. Brand a néanmoins continué ses opérations sur les actions précitées, les reportant à chaque liquidation dans l'espoir de voir le cours des titres remonter. Il a même augmenté ses achats, si bien que le débit de son compte a pris chaque mois un peu plus d'importance. Pendant la période du 6 mars au 1<sup>er</sup> novembre 1948, Brand a acheté et revendu 2975 actions, réparties sur 24 transactions. Le montant total des achats et des ventes a été de 339528 fr. 65, la valeur des titres s'élevant donc à 170000 Fr. en chiffre

62 Obligationenrecht. N° 10. rondo Les commissions et frais se sont montés à 1965 fr. 45. A la requête de Thurig & Cie, Brand a versé à celle-ci, à titre de provisions, un premier montant de 2064 fr. 20, le 12 avril, et une somme de 3200 fr., le 24 mai, soit au total 5264 fr. 20. En novembre 1948, la société Thurig & Cie a requis un sursis concordataire de quatre mois. Désireuse de faire rentrer les comptes débiteurs, elle a demandé à Brand, par lettre du 18 novembre 1948, de lui rembourser jusqu'au 30 novembre le solde débiteur de son compte, qui était de 6321 fr. 70. Brand n'a pas répondu à cette lettre, ni aux rappels que Thurig & Cie lui a adressés les 11 et 18 décembre 1948, et il n'a effectué aucun versement. Aussi, par commandement de payer notifié le 6 janvier 1949, Thurig & Cie a engagé contre lui une poursuite en paiement du solde débiteur de 6321 fr. 70. Brand a fait opposition totale. B. - Par exploit du 1<sup>er</sup> mars 1949, Thurig & Cie a assigné Brand devant le Tribunal de première instance de Genève en paiement de 6321 fr. 70, avec intérêt à 5 % dès le 30 novembre 1948, et de 500 fr. à titre d'indemnité judiciaire. Brand a conclu à libération en invoquant l'exception de jeu de l'art. 513 al. 2 CO. Il a allégué que c'était sur les sollicitations d'un fonds de pouvoir de Thurig & Cie qu'il s'était laissé aller à des spéculations en bourse; que lui-même n'avait aucune expérience quelconque en cette matière; que sa situation de fortune ne lui permettait pas de s'engager dans des proportions aussi fortes; que Thurig & Cie avait profité de son inexpérience pour faire les opérations les plus risquées sur des titres essentiellement spéculatifs, au sujet desquels il n'avait aucun renseignement. Par jugement du 8 mai 1950, le Tribunal de première instance a admis la demande et condamné Brand à payer à Thurig & Cie la somme de 6321 fr. 70, avec intérêt à 5 % dès le 30 novembre 1948, l'opposition formée à la poursuite étant déclarée non fondée. Sur appel de Brand, la Cour de justice civile de Genève, Obligationenrecht. N° 10. 63 par arrêt du 26 juin 1951, a confirmé le jugement du Tribunal de première instance. Cette décision est en substance motivée de la manière suivante : Selon la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral (Stich c. Metal Traders Ltd, RO 65 II 21 ss), un marché à terme a le caractère de jeu lorsque l'intermédiaire de bourse peut reconnaître la prédominance de l'élément aléatoire et la volonté chez son commettant de réaliser une différence de cours reposant principalement sur le hasard. Or les conditions de la présente espèce sont toutes différentes. En effet, contrairement à ce qu'il prétend, Brand s'est présenté de son propre chef chez Thurig & Cie et a donné lui-même ses ordres de bourse; il a toujours reçu les décomptes des liquidations de fin de mois. Le fonds de pouvoir avec lequel il traitait était d'autant plus fondé à admettre que Brand était au courant des opérations de bourse que celui-ci avait travaillé pendant sept ans à la Banque de Genève et avait été ensuite agent général de la Société d'assurances « La Suisse »). En outre, Brand étant administrateur de sociétés, il est pour le moins osé de sa part de soutenir qu'il ne

connait rien aux operations de bourse. D'autre part, Brand jouait au grand seigneur, parlait des voyages qu'il faisait avec son avion (qui en realite ne lui appartenait pas) et la perte relativement faible de 6000 fr. qu'il subissait n'apparaissait donc nullement disproportionnee a ses ressources. Enfin, l'action Baltimore and Ohio Ry, si elle est un titre speculatif, concerne l'une des plus importantes compagnies de chemins de fer des Etats-Unis et elle represente une valeur economique certaine; l'achat a terme de ces actions ne peut donc etre considere comme une operation livree au hasard; d'ailleurs, les fluctuations du cours de ces actions durant l'annee 1948 n'ont guere ete differentes de celles des autres titres americains cotes a la Bourse de Geneve. En resume, Brand n'a pas rapporte la preuve qui lui incombeait et il n'a pas etabli le bien-fonde de l'exception de jeu qu'il invoquait.

M Obligationenrecht. N° 10. O. Jean Brand a recouru en reforme au Tribunal federal en reprenant les conclusions liberatoires qu'il avait prises devant les juridictions cantonales. La societe intimee a conclu au rejet du recours. Considerant en droit : 1. - Aux termes de l'art. 513 al. 2 CO, l'exception de jeu est applicable non seulement aux avances ou prets faits sciemment en vue d'un jeu ou d'un pari, mais aussi aux marches differentiels et autres marches a terme sur des marchandises ou valeurs de bourse quand ils offrent les caracteres du jeu ou du pari. C'est sur cette derniere disposition que le recourant Brand fonde son recours. Jusqu'en 1939, le Tribunal federal avait toujours attribue le caractere de jeu ou de pari aux marches differentiels et autres marches a terme, lorsque l'intention concordante (expresse ou tacite) des parties, au moment de la conclusion du contrat, avait ete d'exclure la livraison des valeurs ou des marchandises negociees, de sorte que seule la difference de leurs cours constituait l'objet du contrat (cf. RO 40 II 545; 57 II 407 ; 58 II 52; 61 II 118). Si l'on s'en tenait au critere adopte par cette jurisprudence, l'exception de jeu devrait etre rejetee en l'espece. Sans doute, le recourant a-t-il allegue differentes circonstances de fait qui, selon lui, seraient de nature a etabli que la livraison effective des actions negociees avait ete exclue par les parties. Mais ces allegations se heurtent a la constatation de la juridiction cantonale selon laquelle les titres achetes, livrables a liquidation de fin de mois, se trouvaient en mains de la societe intimee a la disposition du recourant. Lorsqu'elle deduit de cette circonstance que les parties n'avaient pas exclu la livraison des titres, la Cour de justice cantonale se prononce sur l'intention des parties et tranche ainsi une question de fait qui lie le Tribunal federal. 2. - Toutefois, la jurisprudence precisee du Tribunal Obligationenrecht. N° 10. 65 federal, qui avait ete critiquee par la doctrine, n'a pas ete maintenue dans l'arret Stich c. Metal Traders Ltd, du 24 janvier 1939 (cf. RO 65 II 21 ss). Dans cet arret, en effet, le Tribunal federal a constate que l'exclusion conventionnelle de la livraison effective des titres, meme tacite, ne se produit pas du tout dans la pratique, car a la base de tout marche a terme, meme conclu a seule fin de jouer, il existe toujours une combinaison de veritables ventes et achats produisant un echange de biens et influant les cours. Il a admis en consequence que ce critere de l'exclusion conventionnelle de la livraison etait une pure fiction et qu'au surplus il n'etait pas determinant, pour le motif qu'il existait des operations a terme serieuses, tel le marche de couverture (Deckungskauf), pour lesquelles les parties pourraient tres bien exclure par contrat la livraison effective. Ces constatations ont conduit le Tribunal federal a modifier sa jurisprudence et a juger que, pour decider si l'exception de jeu doit etre admise ou non, il convient de prendre en consideration l'ensemble des circonstances de la cause. S'il resulte de cet ensemble que l'element purement aleatoire domine et que l'intention de realiser une difference de cours reposant principalement sur le hasard est reconnaissable par l'agent de bourse, il faut admettre le jeu.

Comme indices de la volonté de jouer entrent en considération l'absence de rapport entre la spéculation et la profession ou l'entreprise du spéculateur, l'ignorance des affaires de la bourse, l'absence de tout discernement et de tout plan dans la conclusion des affaires (par exemple la spéculation simultanée à la hausse et à la baisse), la disproportion entre les moyens du spéculateur et les risques de pertes normalement prévisibles. Il s'agit d'une énumération, qui n'est pas limitative, des différents éléments qui peuvent entrer en ligne de compte pour déterminer si l'on se trouve ou non en présence d'un jeu. 3. - En l'espèce, le recourant allègue différentes circonstances qui, selon lui, devaient rendre reconnaissable 5 AS 78 II - 1952

66 Obligationenrecht. N° 10. pour la société intimée son intention de réaliser un bénéfice reposant principalement sur le hasard et qui établirait le bien-fondé de l'exception de jeu. Toutefois, ces alléguations se heurtent aux constatations de fait de l'arrêt attaqué, qui lient le Tribunal fédéral et dont il résulte à l'évidence que l'argumentation du recourant est dépourvue de tout fondement. a) Si la liquidation de fin mars 1948 a laissé un léger bénéfice (435 fr. 80), en revanche toutes les suivantes se sont terminées par une perte. Or, pour couvrir ces pertes, le recourant a effectué successivement, en avril et mai, deux versements en espèces de 2064 fr. 20 et 3200 fr. La société intimée pouvait en conclure que les opérations engagées par lui n'excédaient pas ses moyens financiers. Dès l'instant où Brand pouvait, en l'espace de quelques semaines, mettre à disposition une somme de plus de 5000 fr., la société Thurig & Cie était fondée à penser que le compte débiteur de 6321 fr. 70, que les opérations postérieures avaient occasionné, serait aisément couvert par le recourant. Du moins aucune des pièces du dossier n'établit que la société intimée aurait du savoir que Brand se trouvait gêné financièrement. Bien au contraire, le recourant, par ses propos, a créé l'impression qu'il disposait de larges ressources. La juridiction cantonale constate à cet égard que le recourant « jouait au grand seigneur », parlait des voyages qu'il faisait avec son avion, qui en réalité ne lui appartenait pas. Aussi, Brand est-il de mauvaise foi lorsqu'il invoque maintenant sa prétendue gêne financière pour soutenir que les opérations conclues par lui étaient disproportionnées à ses moyens. D'autre part, c'est à tort que le recourant reproche à la société intimée de ne pas s'être renseignée sur sa véritable situation financière. La pratique des banques n'exige pas d'une manière absolue que celles-ci s'informent au sujet de la solvabilité de leurs clients. Or, dans les circonstances de l'espèce, Thurig & Cie n'avait pas de motif de s'entourer de tels renseignements. En effet, au Obligationenrecht. N° 10. 67 moment où il est entré en relations d'affaires avec la société intimée, Brand était directeur des « Grandes Caves du Prieuré » et il se disait administrateur de sociétés. En outre, il était officier dans l'armée et, vis-à-vis de Thurig & Cie, il « jouait au grand seigneur ». Enfin, il avait versé en quelques semaines une somme supérieure à 5000 fr. pour couvrir les pertes qu'il avait essuyées lors des premières liquidations. Vu l'ensemble des circonstances, la société Thurig & Cie était fondée à penser que Brand disposait de moyens financiers étendus. C'est en vain que le recourant fait état de la déconfiture de son entreprise « Les Grandes Caves du Prieuré », car le sursis concordataire que cette société a sollicité ne date que de l'automne 1950 et se trouve ainsi postérieur de deux ans à la période en cause. Enfin, c'est à Brand, qui invoque l'exception de l'art. 513 al. 2 CO, qu'il aurait appartenu d'établir (ainsi par des déclarations de salaires ou des attestations fiscales) sa situation financière réelle au cours de l'année 1948. Or il n'en arien fait. b) Le recourant conteste avoir été au courant de la pratique de la bourse et il soutient que son activité comme directeur des « Grandes Caves du Prieuré » ne permet pas de tirer une telle conclusion. Mais cette alléguation se heurte aux constatations de fait de l'arrêt

attaque, qui lie le Tribunal federal, selon lesquelles Brand connaissait au contraire les choses de la bourse. Elle apparait d'ailleurs depourvue de fondement dans les circonstances de la cause. En effet, Brand non seulement a fait un apprentissage de banque, mais il a ete employe pendant sept ans a la Banque de Geneve. Sans doute fait-il valoir qu'il n'a jamais travaille a la bourse de cet etablissement bancaire. Mais cette circonstance est sans pertinence, sinon on en arriverait a devoir admettre l'exception de jeu toutes les fois que le pretendu joueur n'est pas un connaisseur rompu aux choses de la bourse, ce qui n'a certainement pas ete dans l'intention du Iegislateur. Au surplus, il n'est guere vraisemblable qu'un employe d'un important etablisse-

68 Obligationenrecht. NO 10. ment bancaire d'une grande place commerciale ne soit pas au courant des choses de la bourse. Enfin, en sa qualite d'agent general d'une importante compagnie d'assurance, puis comme administrateur de societes, Brand a necessairement du acquerir une certaine experience en cette matiere. c) Dans les circonstances de la cause, il n'est pas non plus possible d'affirmer que l'achat et la vente de titres aient ete sans aucun rapport avec la profession du recourant, en sa qualite d'administrateur de societes. Il n'etait nullement exclu en effet que Brand procedät a de telles operations soit pour son propre compte, soit pour celui de tiers, notamment des differentes societes qu'il disait administrer. D'autre part, quoi qu'en dise le recourant, les operations passees par lui ne demontrent nullement une absence de plans et de discernement dans la conclusion des affaires : Brand a persiste dans ses operations parce qu'il caressait l'espoir - nullement deraisonnable - que le cours des actions remonterait. Le fait que ces transactions aient ete de courte duree est sans importance, car, par definition, il est impossible de prevoir combien de temps peuvent se prolonger des operations de bourse. Enfin, contrairement a ce que pretend le recourant, c'est bien Brand lui-meme qui a pris l'initiative de traiter les operations de bourse litigieuses et c'est lui qui a donne les ordres d'achat et de vente a cet effet. Il s'agit sur ce point de constatations de fait qui ne peuvent etre attaquées devant le Tribunal federal. d) En ce qui concerne enfin la nature des titres sur lesquels ont porte les operations, la juridiction cantonale a constate que l'action Baltimore and Ohio Ry, bien qu'elle soit de caractere speculatif, represente neanmoins une valeur economique certaine, dont les recettes sont en progression. Dans ces conditions, il est exclu de voir un jeu dans le seul fait que des operations de bourse ont porteesur de tels titres. Le fait que ces actions sont sujettes a des variations de cours est sans pertinence. Obligationenrecht. No II. 69 puisque c'est la le caractere propre de tous les titres cotes a la bourse. 4. - En resume, l'ensemble des circonstances de la cause, telles qu'elles ont ete constatees par la juridiction cantonale, ne permet en aucun cas d'affirmer qu'en l'espece, l'element purement aleatoire ait domine et que l'intention de jouer de Brand ait ete reconnaissable pour la societe intimee. C'est des lors a bon droit que les premiers juges ont rejete l'exception de jeu et admis l'action. Par ces motifs, le Tribunal fM Aral rejette le recours et confirme l'arret attaque. 11. Auszug aus dem Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 11. Februar 1952 i. S. Konkursamt Burgdori sowie Hunziker und Konsorten. Genossenschaft. Einführung einer persönlichen Haftung der Mitglieder. Fehlen des gesetzlichen Quorums. Unangefochtene Eintragung. Fehlen des Hinweises auf die persönliche Haftung in den Beitrittserklärungen. Konkurs der C..genossenschaft. Societä cooperative. Statuts imposant aux: associés une responsabilitäM personnelle. Quorum legal non atteint. Inscription non attaquée. Declarations d'entree II,e mentionnant pas 180 responsabilitäM personnelle des associés. Faillite de 180 societä cooperativa. Societa cooperativa. Statuti ehe istituiscono una responsabilitä. personale dei soci. Quorum legale non raggiunto. Iscrizione non impugnata.

Dichiarazione d'ingresso che non menziona 180 re- sponsabilita personale dei soci.  
Fallimento della societa coope- rativa. Siehe III. Teil Nr. 7, Seite 33 ff. Vgl. auch Nr. 13. -  
Voir aussi n° 13.

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