

il s'ensuit qu'aucune faute ne peut être reprochée en l'espèce à la Banque fédérale et partant qu'il y a lieu d'admettre avec le juge cantonal que cette dernière a bien exécuté le mandat dont elle avait été investie en conformité de l'art. 396 susinvoqué du Code fédéral des obligations.

4° Etant donnée cette solution de la première question soulevée par le présent litige, il est évident que de par l'art. 399 C. O. le recourant est à considérer comme étant devenu le 2 Mars 1889 acquéreur et propriétaire des titres litigieux, que par conséquent la demande contre lui formulée de ce chef par la Banque fédérale est bien fondée et qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter aux autres questions qui ont surgi en cours du procès et des plaidoiries de ce jour, notamment à celles concernant l'acceptation subséquente de l'achat des actions par Strudel et la responsabilité de la Banque pour les faits et omissions de son correspondant de Paris. (C. O. 397.)

Quant à cette dernière, il importe et suffit d'ailleurs de faire remarquer qu'elle n'a formé l'objet d'aucune discussion devant l'instance cantonale, la partie défenderesse n'ayant allégué ni demandé à prouver qu'il y ait eu faute quelconque à la charge de Montandon.

Par ces motifs.

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté et le jugement rendu le 1^{er} avril 1890 par la Cour civile du canton de Vaud est maintenu tant au fond que sur les dépens.

83. Arrêt du 5 Juillet 1890 dans la cause Niedergang
contre Klenk et consorts.

Charles-Auguste Klenk, de Neuveville (canton de Berne), instructeur de II^e classe des troupes d'administration, qui avait habité Genève depuis le 19 Janvier 1882, y mourut subitement le 10 Mars 1888, laissant une veuve, née Charlotte Mermillod, et un enfant mineur, Paul-Albert.

Le 5 Septembre suivant, Elise Niedergang, domiciliée depuis le 1^{er} Septembre 1885 à Winterthour, où elle paye les impôts à raison de 70 000 fr. de fortune et 10 000 fr. de revenu, agissant en vertu d'une ordonnance du président du tribunal civil de Genève, a pratiqué une saisie-arrêt en mains de la Banque de Genève au préjudice de la veuve Klenk, tant en son nom personnel qu'en sa qualité de tutrice de son enfant mineur, et ce à concurrence de la somme de 20 000 fr., qu'elle prétend avoir remise en 1886 et 1887 au sieur Klenk à titre de dépôt et que celui-ci a déposée, sous son propre nom, à la Banque de Genève précitée. Ensuite et par exploit du même jour, elle a conclu contre veuve Klenk et la Banque de Genève à ce qu'il plût au Tribunal civil de ce canton : « valider » en la forme la dite saisie-arrêt; dire qu'elle sera convertie » en saisie exécutoire définitive; ordonner à la tierce-saisie » de faire et affirmer conformément à la loi, la déclaration » des objets, sommes ou valeurs qu'elle peut avoir ou devoir, » aura ou devra, appartenant à quelque titre que ce soit, à » la débitrice saisie; lui ordonner de s'en vider les mains en » celles de la saisissante, à concurrence, sinon à acompte, de » la somme de 20 000 fr., et tous les légitimes accessoires. »

En même temps et par exploit du 10 Septembre 1888, Charles Buxcel, à Genève, qui avait également pratiqué contre dame Klenk une saisie-arrêt pour le montant de 920 francs 70 cent., a conclu devant le Tribunal prénommé à sa validation dans les termes qui viennent d'être énoncés.

A l'audience du 2 Octobre suivant, les deux causes ont été

jointes, et la Banque de Genève a déclaré avoir en mains un dépôt de 10 000 fr. à l'échéance du 22 Novembre 1888, au nom de feu Klenk. La défenderesse n'a point contesté la créance de Buxcel, mais bien celle de demoiselle Niedergang, qui a soutenu avoir remis à Klenk, à titre de dépôt, par sommes de 2000 et 3000 fr. une somme de 10 000 fr. placée au Crédit lyonnais au mois de Novembre 1886, puis une seconde somme de 10 000 francs au mois de Novembre 1887, somme que Klenk aurait déposée à la Banque de Genève. Elle n'a cependant produit, à l'appui de ses affirmations, aucun reçu ni aucune pièce constatant directement le dépôt. Dame Klenk, tout en reconnaissant ne posséder aucun renseignement sur la provenance des sommes déposées au nom de son mari et sans contester que celui-ci fût sans fortune aucune et sans autre ressource que son traitement d'instructeur de 2^e classe, s'est refusée à reconnaître la créance de la demanderesse et a déclaré que si son mari a pu recevoir des sommes de celles-ci, c'est à titre gratuit. Elle a ajouté que l'avoir à la Banque de Genève était l'unique fortune de l'hoirie, la somme déposée au Crédit Lyonnais ayant été escroquée par un nommé Urech.

Le tribunal civil a d'abord ordonné la comparution personnelle des parties, puis, — par ordonnance du 2 Avril 1889, — acheminé la demoiselle Niedergang à prouver par témoins une série de faits dont elle déduisait l'existence de la créance. Pour ordonner ces enquêtes, il a admis que les lettres écrites par feu Klenk à demoiselle Niedergang et les déclarations de la veuve Klenk en comparution personnelle constituaient un commencement de preuve par écrit.

Après avoir procédé aux enquêtes, les 9 et 23 Avril 1889, le tribunal a trouvé : que les dispositions des témoins N^{os} 1, 3, 5 et 8 corroborent la teneur des lettres de feu Klenk, à savoir qu'il était sans fortune aucune, se trouvait dans la gêne et empruntait; que les témoignages de S. et B. confirment aussi les relations de feu Klenk et de demoiselle Niedergang, — que la débitrice saisie a reconnu par-devant le témoin N^o 8 que son mari ne lui laissait que des dettes, —

qu'elle a avoué aux témoins N^{os} 4 et 8 que défunt son époux avait déposé dans une Banque à Genève une somme de 20 000 francs appartenant à une demoiselle Niedergang, de Wintherthour, — que feu Klenk quelques jours avant son décès a confié au témoin N^o 2, en compagnie duquel il était à la brasserie Landolt, à Genève, qu'il avait déposé dans une banque de Genève une grosse somme ne lui appartenant pas et qu'il en était content, « car on n'est jamais tranquille » quand on est détenteur de fonds considérables à autrui, » — que les lettres de feu Klenk, les dires de sa veuve en comparution personnelle le 5 Mars 1889 et les enquêtes qui viennent d'être rappelées, démontrent et prouvent le bien-fondé de l'action de demoiselle Niedergang, — qu'en conséquence la somme de 10 000 fr. déclarée par la Banque de Genève n'appartient pas à la succession de feu Klenk, mais à demoiselle Niedergang, cosaisissante avec sieur Buxcel. Par ces motifs le Tribunal a condamné, le 20 Avril 1889, veuve Klenk, qualité qu'elle agit, à payer à sieur Buxcel, avec intérêt de droit la somme de 920 fr. 70 cent., et à demoiselle Niedergang, avec les intérêts dès le 5 Septembre 1888, la somme de 20 000 fr., validé la saisie-arrêt pratiquée par celle-ci en mains de la Banque de Genève et mis les frais à la charge de dame Klenk.

La veuve Klenk a interjeté appel tant de ce jugement que de diverses ordonnances rendues par le Tribunal au cours de l'instance et conclu, en vertu des art. 1341 et 1347 du Code civil, au déboutement de demoiselle Niedergang de toutes ses conclusions, avec condamnation à tous les dépens de première instance et d'appel. L'intimée, reprenant ses conclusions de première instance, a conclu à la confirmation des jugements dont appel. Ch. Buxcel étant décédé au cours de l'instance d'appel, sa mère, à Lausanne, et sa sœur mariée Montalla, à Genève, se sont portées héritières de sa succession et ont déclaré s'en rapporter à justice. De même la Banque de Genève et le procureur-général de ce canton.

La Cour de justice civile a examiné tout d'abord la question de savoir si la demoiselle Niedergang possède un com-

mencement de preuve par écrit de la créance, si c'est par conséquent à bon droit qu'elle a été acheminée à faire la preuve de cette créance par témoins, et elle l'a résolue, par arrêt du 14 Avril 1890, dans le sens négatif. Elle s'est appuyée, à cet effet, aux considérations suivantes :

C'est à tort que les premiers juges ont acheminé l'intimée à faire la preuve testimoniale par elle offerte; une semblable preuve n'était pas admissible aux termes des art. 1341 et 1347 C. C., aucun commencement de preuve par écrit de nature à rendre vraisemblable le fait allégué n'ayant été produit. On ne saurait, en effet, considérer comme tel les énonciations contenues dans les lettres d'un sieur Urech dont la qualité de mandataire de la recourante n'est nullement établie. Les seuls écrits sur lesquels l'intimée peut se baser pour en tirer un semblable commencement de preuves sont : les lettres de feu Klenk à la demoiselle Niedergang des 25 Février et 6 Mars 1888, et les déclarations faites par veuve Klenk devant le tribunal lors de sa comparution personnelle le 5 Mars 1889. Ces déclarations combinées avec les renseignements fournis par dites lettres seraient peut-être de nature à faire supposer que les sommes déposées au nom de Klenk à la Banque de Genève et au Crédit lyonnais proviennent de la demoiselle Niedergang et ont été remises par celle-ci à Klenk, mais elles ne sauraient suffire à rendre vraisemblable le fait qui est allégué que ces sommes ont été remises à Klenk à titre de dépôt. On ne trouve, en effet, dans les trois pièces invoquées par l'intimée aucune indication quelconque d'un contrat de dépôt conclu entre demoiselle Niedergang et Klenk et la nature des relations qui existaient entre eux, telle qu'elle est révélée par leur correspondance, permet d'admettre comme plus vraisemblable que cette remise, si elle a réellement été faite, l'a été à un titre tout différent de celui du dépôt.

Quant à la demande des hoirs Buxcel, ceux-ci ne prenant pas de conclusions positives et se trouvant encore dans les délais pour faire inventaire et délibérer, la Cour a trouvé qu'il convenait, avant de statuer sur la validité de la saisie-

arrêt pratiquée par feu Buxcel, de renvoyer la cause à l'instruction.

En conséquence, elle a admis l'appel interjeté par veuve Klenk contre le jugement du tribunal civil du 21 Mai 1889 et contre les ordonnances du 2 Octobre 1888 et des 26 Février et 2 Avril 1889, — confirmé les ordonnances des 2 Octobre 1888 et 26 Février 1889, — réformé et mis à néant l'ordonnance préparatoire du 2 Avril et le jugement du 21 Mai 1889, — déclaré irrecevable l'offre de preuve formulée par demoiselle Niedergang, — débouté celle-ci de la demande en paiement de 20 000 fr. contre veuve Klenk, — annulé la saisie-arrêt pratiquée contre cette dernière par l'intimée en mains de la Banque de Genève, — condamné demoiselle Niedergang à l'égard de la veuve Klenk en tous les dépens et renvoyé pour le surplus la cause à l'instruction.

C'est contre cet arrêt que l'avocat Lachenal, conseil de demoiselle Niedergang, a recouru, par acte du 3 Mai 1890, concluant à son annulation et au maintien des décisions des juges de première instance. Il fait valoir que les pièces produites en première instance constituaient à l'évidence, soit séparément, soit surtout dans leur ensemble, un commencement de preuve par écrit, rendant admissible la preuve testimoniale, — que les considérations développées dans l'arrêt de la Cour et tirées des pièces du dossier constituent de pures appréciations que l'instance supérieure peut revoir et modifier, — que d'ailleurs la Cour n'a point posé en fait que le contrat dont s'agit au procès ait été conclu à Genève, où ni l'une ni l'autre des parties n'avait son domicile lors du dit contrat, — que c'est donc à tort qu'elle a fait application dans l'espèce des dispositions restrictives de la loi genevoise sur l'admission de la preuve testimoniale, — que la recourante a fait devant les juges de première instance la preuve de sa réclamation et que l'arrêt d'appel consacrerait, s'il était maintenu, un véritable enrichissement illégitime.

La veuve Klenk intimée a conclu, de son côté, en demandant : « Plaise au Tribunal fédéral :

» 1° Ne pas entrer en matière sur le recours, attendu que

» la décision rendue le 14 Avril 1890 par la dernière instance
 » judiciaire cantonale est basée sur l'application des faits de
 « la cause, appréciation faite au point de vue de la législa-
 » tion cantonale en matière de preuves (Code civil, articles
 » 1341-1347; loi genevoise de procédure civile), et que l'in-
 » stance supérieure ne peut ni revoir ni modifier, — que feu
 » Klenk avait son domicile permanent à Genève où se trou-
 » vait son ménage et sa famille, — que l'objection présentée
 » par la recourante pour la première fois devant le Tribunal
 » fédéral est du reste sans valeur, — qu'en effet demoiselle
 » Niedergang est mal venue à présenter cette objection
 » maintenant, alors qu'elle a elle-même actionné veuve Klenk
 » devant les tribunaux genevois, reconnaissant ainsi leur
 » compétence;
 » 2° En tant que de besoin, maintenir et confirmer la dé-
 » cision portée à l'arrêt dont est recours. »

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° Il est à noter préliminairement que le Tribunal fédéral n'a point à s'occuper ici du procès pendant entre l'intimée dame Klenk, d'une part, et les hoirs Buxcel, d'autre part, ce procès ayant été renvoyé à l'instruction par la Cour de justice civile et ne faisant l'objet d'aucune conclusion en la présente instance.

2° Quant au recours de demoiselle Niedergang, la compétence du Tribunal fédéral ne saurait être, en la forme du moins, contestée. Le recours est bien dirigé contre un jugement au fond rendu par la dernière instance judiciaire cantonale dans un litige dont la valeur dépasse en capital la somme de 3000 fr. et qui appelle l'application des dispositions d'une loi fédérale. La recourante fonde, en effet, sa demande sur un contrat de dépôt stipulé en 1886-1887 avec feu Klenk et sur ce qu'elle lui aurait remis en dépôt la somme de 20 000 fr. par elle réclamée. Sous réserve — par conséquent — de la question de savoir si la preuve du dit dépôt est régie par le droit cantonal ou fédéral, le litige doit être jugé en conformité des principes sanctionnés par le code fédéral des obligations au sujet du contrat de dépôt et le tri-

bunal fédéral doit entrer en matière sur le fond du recours qui lui est soumis.

3. Le Code civil du canton de Genève contient sous le titre III (« des contrats ou des obligations conventionnelles » en général », au chapitre VI (« de la preuve des obligations et du paiement »), II^e section (« de la preuve testimoniale ») des dispositions ainsi conçues :

» *Art. 1341.* Il doit être passé acte devant notaires, ou
 » sous signature privée, de toutes choses excédant la somme
 » ou valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts vo-
 » lontaires; et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre
 » et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué
 » avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il
 » s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante
 » francs. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans
 » les lois relatives au commerce.

» *Art. 1347.* Les règles ci-dessus reçoivent exception lors-
 » qu'il existe un commencement de preuve par écrit. On ap-
 » pelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre
 » lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente,
 » et qui rend vraisemblable le fait allégué. »

Pour toute obligation dérivant d'un contrat et « même d'un » dépôt volontaire, » dépassant la somme ou valeur de 150 francs, ces articles exigent donc la preuve *par écrit*, à l'exclusion de celle *par témoins*, et ils ne reçoivent exception que dans les cas où il y aurait un commencement de preuve par écrit rendant vraisemblable le fait allégué.

4° Les deux instances cantonales ont fait application de ces dispositions au cas particulier; la première, pour en déduire l'admissibilité de la preuve par témoins offerte par la demanderesse, attendu qu'à son avis il existe au dossier un véritable commencement de preuve par écrit; la Cour de justice, pour en inférer le contraire, fondée sur ce que le commencement de preuve par écrit rendant vraisemblable le fait allégué des sommes remises en dépôt fait défaut au procès.

Dans ces conditions, il s'agit tout d'abord de savoir si les art. 1341 à 1348 du Code civil genevois sont encore en

vigueur, ainsi que le supposent les instances cantonales, ou s'ils ont été abrogés par la disposition de l'art. 9 C. O., d'après laquelle : « les contrats ne sont soumis à une forme » particulière, au point de vue de leur validité, qu'en vertu » d'une prescription spéciale de la loi. »

Or il appert à l'évidence des débats auxquels cette disposition a donné lieu au sein des Chambres fédérales que ces dernières n'ont point entendu abroger les articles précités pas plus que les dispositions analogues des autres cantons de la Suisse romande, mais qu'elles ont, au contraire, clairement exprimé l'intention de les laisser subsister comme des dispositions de procédure, quand bien même elles sont contenues dans des lois cantonales concernant le droit des obligations. (Voir Schneider et Fich, *Commentaire sur le Code des obligations*, édition française, p. 46, note 3, et Dr Hafner, *Einführung zum Obligationenrecht*, p. XIV et XXV.) En effet, tandis que le projet du Conseil fédéral portait à l'art. 9 que « les contrats ne sont soumis à une forme particulière, au » point de vue de leur validité *et de la preuve*, qu'en vertu » d'une prescription spéciale de la loi, » et que le Conseil des Etats proposait, comme moyen terme, une adjonction à cet article disant que « la preuve des conventions sur » objets d'une valeur de plus de 3000 fr. ne pouvait se faire » par témoins, sauf en matière commerciale et pour affaires » conclues sur un marché, etc., » le Conseil national a reconnu » que les dispositions tendant à restreindre la preuve testimoniale ne pouvaient être détachées de l'ensemble du système des preuves auquel elles appartiennent, qu'il fallait » partant laisser la question des preuves entièrement de » côté. C'est pourquoi les deux Conseils ont fini par biffer » les mots susrapportés *et de la preuve* du projet et par » adopter l'art. 9 dans la teneur précise qu'il a maintenant.»

5° Mais s'il est ainsi constant que les Chambres fédérales ont donné cette signification à l'art. 9 du Code des obligations dans l'intention bien arrêtée de ne point abroger par là les dispositions de procédure contenues dans les législations des cantons de la Suisse romande, cette intention lie évidemment

le juge qui, appelé à appliquer la loi, ne peut lui attribuer — par voie d'interprétation — un sens et une portée que le législateur n'a point entendu lui donner.

Les art. 1341 à 1348 du Code civil genevois étant par conséquent encore en vigueur, le Tribunal fédéral n'a pas qualité pour soumettre à sa censure la décision par laquelle la Cour de justice civile du canton de Genève a déclaré qu'il n'existe pas en l'espèce un commencement de preuve par écrit rendant vraisemblable le fait du prétendu dépôt de la somme réclamée et que la preuve par témoins admise par la première instance était en conséquence inadmissible. Il s'agit en effet à cet égard de l'application et de l'interprétation du droit cantonal.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt rendu le 14 Avril 1890 par la Cour de justice civile du canton de Genève est maintenu tant au fond que sur les dépens.

84. Urtheil vom 5. September 1890 in Sachen
Dürr gegen Haab & Kerber.

A. Durch Urtheil vom 3. Juni 1890 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Die Klage ist abgewiesen, die Widerklage dagegen gutgeheissen und der Kläger und Widerbeklagte ist verpflichtet, den Beklagten und Widerklägern 7500 Fr. nebst Zins à 5% und zwar von 2500 Fr. seit 26. September 1889 und von 5000 Fr. seit 15. Oktober 1889 zu bezahlen, abzüglich des Erlöses für verkauftes Vogelfutter. Die Beklagten und Widerkläger sind berechtigt, die in ihrem Besitz befindlichen Waaren des Klägers bis zur Befriedigung ihrer Forderung für Kapital, Zins, und Kosten zu retiniren.