

Il est hors de doute en effet que le contrat passé entre dame Spiro et Alexis Devegney, en vertu duquel dame Spiro s'était engagée à payer, à titre de rémunération, la somme de 3500 fr. objet de la reconnaissance de dette du 10 juin 1902 comportait, de la part d'Alexis Devegney, une prestation contraire aux bonnes mœurs.

Il résulte en effet des pièces du dossier et notamment des dépositions intervenues dans ce procès, que c'est Alexis Devegney qui s'est abouché avec demoiselle H., qui l'a mise en rapport avec dame Spiro et qui l'a amenée à jouer le rôle auquel elle s'est prêtée dans cette affaire. Au cours de la liaison de demoiselle H. avec M. Desavary, Alexis Devegney est constamment resté en relations avec elle c'es lui qui recevait ses rapports et qui lui payait le prix de ses services.

Alexis Devegney doit donc être considéré comme ayant, sinon directement provoqué, tout au moins facilité dans une forte mesure l'adultère de M. Desavary.

La reconnaissance du 10 juin 1902 est dès lors nulle comme ayant une cause immorale.

4. — Le contrat en question est non seulement immoral, mais encore illicite.

L'instance cantonale voit le caractère illicite de ce contrat dans le fait que Alexis Devegney y a promis son témoignage en échange d'une prestation pécuniaire, alors que le devoir de déposer comme témoin est une obligation légale qui ne saurait comporter de rémunération autre que celle prévue par la loi.

Tout en approuvant cette manière de voir, il faut considérer ce contrat comme illicite à un autre point de vue encore. L'adultère de M<sup>e</sup> Desavary n'était qu'un moyen imaginé par les parties pour obtenir du Tribunal de Saint-Julien qu'il prononçât le divorce des époux Desavary. Or, il faut admettre qu'un contrat en vertu duquel une des parties s'engage, moyennant rétribution, à provoquer la survenance de certains faits dans le but unique de permettre à l'autre partie de se servir de ces faits en justice dans une action qu'elle a l'in-

tention d'intenter et d'obtenir ainsi un jugement favorable, est contraire à la loi.

5. La reconnaissance de dette du 10 juin 1902 étant nulle comme ayant une cause immorale ou illicite, il est superflu de rechercher si elle n'a été obtenue par Alexis Devegney que grâce à des manœuvres dolosives.

6. — L'exception de nullité soulevée par l'intimée ayant été admise, elle est opposable aussi bien au recourant, qui a agi en qualité de cessionnaire des droits de son frère, qu'à son cédant lui-même, Alexis Devegney, qui était personnellement partie au contrat annulé.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours principal et le recours par voie de jonction sont écartés et le jugement de la Cour de Justice civile du canton de Genève est confirmé.

58. Arrêt du 13 juillet 1911 dans la cause

Stattelman et consorts, dem. et rec.,  
contre Comptoir d'Escompte de Genève, déf. et int.

Jugement au fond (art. 58 OJF). — Acte de **cautionnement d'un emprunt** renfermant la **clause de priorité de remboursement** de celui-ci. **Validité** de cette clause à l'égard du **créancier consentant** (analogie de l'art. 101 al. 1 CO), ainsi qu'à l'égard des **cautions d'un emprunt antérieur** du même débiteur, ces cautions ayant légalement (art. 499 et 511 al. 3 CO) à supporter l'aggravation de leur situation résultant des conditions de l'emprunt ultérieur contracté par leur débiteur. Interprétation de ce dernier cautionnement donné pour « toutes les avances faites ou à faire » par le créancier jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. — Imputation des remboursements effectués sur les obligations des deux espèces de cautions.

A. — Le 23 novembre 1901 s'est constituée à Genève la « Société immobilière du Bouveret » qui avait pour objet

l'achat d'un hôtel au Bouveret, la construction d'un casino, l'exploitation de ces propriétés, etc. Elle a obtenu du Comptoir d'Escompte un prêt de 300 000 fr. et par acte du 21 décembre 1901 Veuve Henny et fils, entrepreneurs de ferblanterie, Lachenal et Jacquemard, entrepreneurs, Lugon, maître d'hôtel, Seinet, négociant, Stattelmänn, entrepreneur, Lilla, entrepreneur, Zimmermann, couvreur, Rossetti, gypcier, Pidoux, serrurier, et Saulnier, architecte, se sont portés cautions solidaires de la Société immobilière du Bouveret en faveur du Comptoir d'Escompte « jusqu'à concurrence de la somme grosse de 300 000 fr. plus les intérêts en dérivant et les accessoires, pour le remboursement de toutes avances faites ou à faire, en compte courant ou autrement, et de tous engagements ou effets souscrits ou endossés au Comptoir d'Escompte par la dite Société... Nous nous engageons en conséquence à payer au dit Comptoir d'Escompte jusqu'à cette concurrence et à première réquisition le solde qui pourrait rester dû par la Société immobilière du Bouveret soit lors de la clôture ou du règlement de son compte, soit après répartition partielle ou totale de son actif en cas de liquidation volontaire ou de faillite. »

Le 22 novembre 1902, le compte de 300 000 fr. ouvert par le Comptoir d'Escompte étant épuisé, la Société immobilière du Bouveret a décidé de solliciter du Comptoir une nouvelle avance de 100 000 fr. en stipulant que « ce nouveau crédit jouirait d'un droit de priorité de remboursement sur le premier crédit de 300 000 fr. » Le Comptoir d'Escompte a consenti à faire ce prêt de 100 000 fr., garanti par le cautionnement solidaire de R. Zimmermann, C. Jacquemard, Veuve Henny & fils, F. Saulnier, B. Rossetti, Pidoux et Lugon — lesquels avaient déjà signé le premier acte de cautionnement —, et de Favre & Chalut, électriciens, Bernier & Keller, menuisiers, et Pellarin, menuisier. L'acte de cautionnement de 100 000 fr. a été signé le 28 novembre 1902. Le texte en est identique à celui de l'acte du 21 décembre 1901, avec cette seule différence qu'il porte la note suivante : « La Société immobilière du Bouveret décide (séance du 22 novembre 1902) que le présent emprunt jouira du

droit de priorité dans le remboursement des sommes dues au Comptoir d'Escompte. »

Par lettres du 7 et du 10 décembre 1902, Stattelmänn et Lilla ont protesté auprès de la Société et du Comptoir d'Escompte contre cette clause de priorité de remboursement de l'emprunt de 100 000 francs.

La Société immobilière du Bouveret ayant fait de mauvaises affaires, elle a proposé à ses créanciers un concordat qui a été homologué le 19 avril 1905. La créance du Comptoir d'Escompte a été admise au concordat pour une somme de 425 820 fr. 85, sur laquelle le Comptoir a reçu, en deux versements 175 643 fr. 05. De plus il a reçu en plusieurs versements opérés par les cautions Rossetti, Stattelmänn, Lilla, Veuve Henny & fils, Jacquemard, Pidoux, Zimmermann & Saulnier une somme totale de 123 035 fr. 90. Ensuite de ces paiements, la créance du Comptoir d'Escompte était en date du 9 décembre 1907 de 141 613 fr. 60.

B. — Par exploits des 2 février et 16 janvier 1906 le Comptoir d'Escompte a ouvert action à Favre & Chalut, Pellarin, Zimmermann, Saulnier, Jacquemard, Veuve Henny & fils et Rossetti — cautions du deuxième emprunt — en paiement de 105 627 fr. 15. Le 16 janvier 1906, il a ouvert action à Veuve Henny & fils, Stattelmänn, Rossetti, Jacquemard — cautions du premier emprunt — en paiement de 208 403 fr. 90. La jonction de ces deux causes a été ordonnée le 12 février 1906. Lilla et Seinet, domiciliés à Montreux, sont intervenus dans l'instance comme défendeurs et ont déclaré se soumettre à la juridiction des tribunaux genevois. Par suite de modifications intervenues en cours d'instance, Zimmermann, Saulnier et Jacquemard ont été mis hors de cause et les défendeurs sont en définitive :

a) Stattelmänn, Lilla et Seinet, qui ont signé seulement l'acte de cautionnement du 21 décembre 1901;

b) Favre & Chalut et Pellarin, qui ont signé seulement l'acte de cautionnement du 28 novembre 1902;

c) Veuve Henny & fils et Rossetti, qui ont signé les deux actes de cautionnement.

Les défendeurs du premier groupe concluent à ce que le

Comptoir d'Escompte soit débouté en l'état de ses conclusions ; ils soutiennent qu'il doit établir deux comptes distincts, l'un pour l'emprunt de 300 000 fr. et l'autre pour l'emprunt de 100 000 fr., et que tous les versements qui ont été opérés par la Société et les cautions doivent être imputés sur le compte de 300 000 fr.

Les défendeurs du deuxième groupe concluent à libération, les versements faits devant être imputés en premier lieu sur le compte de l'emprunt de 100 000 fr. qu'ils ont cautionné et cet emprunt se trouvant ainsi remboursé.

Enfin les défendeurs du troisième groupe déclarent s'en rapporter à justice, ne contestant pas le droit du Comptoir d'escompte de requérir jugement contre eux pour le montant de ses créances tel qu'il sera établi par le tribunal. Par contre ils font toutes réserves en ce qui concerne la répartition entre les différentes cautions du poids de la condamnation prononcée en faveur du Comptoir d'Escompte.

C. — Par jugement préparatoire du 9 décembre 1907, le tribunal de première instance a prononcé que le Comptoir d'Escompte est fondé à poursuivre solidairement tous les défendeurs en paiement du solde de sa créance, Pellarin et Favre & Chalut ne pouvant toutefois être poursuivis pour une somme capitale supérieure à 100 000 fr. En même temps le tribunal a commis un expert aux fins d'arrêter le montant de la créance du Comptoir d'Escompte.

Après dépôt du rapport d'expertise et par jugement du 16 novembre 1909 le tribunal a condamné les défendeurs solidairement — Favre & Chalut et Pellarin n'étant cependant tenus que jusqu'à concurrence de 100 000 fr. — à payer au Comptoir d'Escompte, avec intérêts de droit dès le 9 décembre 1907 et sous réserve des versements qui ont pu être faits depuis l'expertise, la somme de 143 632 fr. 35. Et il a dit qu'il y avait lieu de surseoir à statuer sur le recours des cautions entre elles jusqu'à ce que la Cour de Justice ait été appelée à statuer sur la question de principe tranchée par le jugement du 9 décembre 1907.

Par arrêt du 4 mars 1911, la Cour de Justice civile a

confirmé les jugements du 9 décembre 1907 et 16 novembre 1909, en réduisant la condamnation prononcée au profit du Comptoir d'Escompte à 141 613 fr. 60.

Stattelmann, Lilla, Seinet, Favre & Chalut et Pellarin ont, en temps utile, recouru en réforme auprès du Tribunal fédéral contre cet arrêt. Ils reprennent les conclusions résumées ci-dessus sous lettre B.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1. — Le recours est recevable contre l'arrêt attaqué qui constitue un « jugement au fond », au sens de l'art. 58 OJF : la Cour de justice civile a en effet statué sur le fond du droit en statuant sur la demande formulée par le Comptoir d'Escompte contre les défendeurs. Par contre elle a réservé pour jugement ultérieur la question de la répartition entre les défendeurs du poids de la condamnation prononcée contre eux au profit du demandeur ; la solution de cette question reste donc intacte et n'est pas soumise à l'examen du Tribunal fédéral.

2. — Le montant de la créance du Comptoir d'Escompte contre la Société immobilière du Bouveret n'est plus en discussion. En outre les défendeurs Veuve Henny & fils et Rossetti — signataires de deux actes de cautionnement — ne contestant pas le droit du Comptoir de leur réclamer le paiement de l'intégralité du solde redû, la condamnation prononcée contre eux par l'arrêt de la Cour est définitive. Le champ du débat est ainsi bien circonscrit : déterminer l'étendue des obligations respectives des cautions qui ont signé seulement le premier acte de cautionnement (Stattelmann, Lilla et Seinet) et de celles qui ont signé le second acte seulement (Favre & Chalut et Pellarin).

Les cautions de ce dernier groupe se prétendent entièrement libérées ; elles invoquent la clause d'après laquelle l'emprunt de 100 000 fr. qu'elles ont cautionné devait être remboursé en premier lieu et elles font observer qu'en fait la somme des versements opérés par la Société immobilière du Bouveret au Comptoir d'Escompte est supérieure au montant de cet emprunt. L'instance cantonale au contraire a

jugé que la clause de priorité de remboursement n'est pas opposable au Comptoir d'Escompte qui n'y a pas souscrit et que dès lors, à l'égard du créancier, le deuxième cautionnement garanti, à concurrence de 100 000 fr., le solde final de 141613 fr. 60 réduit par la Société sur le montant des deux emprunts réunis.

Il est indiscutable que les cautions qui ont signé l'acte du 28 novembre 1902 partaient de l'idée que les sommes que verserait la Société immobilière du Bouveret au Comptoir d'Escompte serviraient en premier lieu à éteindre la dette de 100 000 fr. cautionnée par elles; c'est à cette condition qu'elles ont consenti à donner leur signature. Il est également certain que la Société immobilière du Bouveret l'entendait bien ainsi; il suffit pour s'en rendre compte de consulter les procès-verbaux des séances du Conseil d'administration. Et l'on ne saurait dire avec l'instance cantonale que l'accord intervenu sur ce point entre la débitrice et les cautions fût pour le créancier une *res inter alios acta*; le Comptoir d'Escompte connaissait la décision prise; elle était rappelée expressément dans l'acte de cautionnement; il savait donc que la Société débitrice entendait acquitter en premier lieu la nouvelle dette de 100 000 fr.; on se trouve ainsi dans une situation tout à fait analogue à celle qui est indiquée à l'art. 101 al. 1 CO. Aux termes de cet article le débiteur qui a plusieurs dettes à payer au même créancier a le droit de déclarer lors du paiement laquelle il veut acquitter; en l'espèce, cette déclaration, au lieu d'être donnée lors du paiement, l'a été déjà lors de la constitution de la dette; mais rien ne s'oppose à ce que le débiteur déclare déjà à l'avance de quelle façon il veut que les paiements futurs soient imputés; une déclaration semblable déploie ses effets à propos de chacun de ces versements futurs, pour autant que le débiteur ne la révoque pas et que le créancier n'élève aucune protestation. Le Comptoir d'Escompte n'a nullement protesté; il a donc donné son consentement tacite au système d'imputation convenu entre parties. Il est vrai que les cautions du premier emprunt prétendent que cet ar-

rangement était sans valeur parce qu'il avait pour effet d'aggraver leur position — art. 165 et 168 CO. Mais ni l'un ni l'autre de ces articles n'est applicable: l'art. 168 vise le cas du créancier qui améliore la condition de l'un des codébiteurs solidaires au détriment des autres; or le Comptoir n'a pas amélioré la condition de certains des débiteurs du premier emprunt au détriment des autres débiteurs de ce même emprunt; et quant à l'art 165 CO, il n'a évidemment pas trait aux rapports entre le débiteur principal et ses cautions solidaires; ce qui le prouve c'est qu'à teneur de l'art. 499 CO la caution est tenue des suites de la demeure ou de la faute du débiteur et que l'art. 511 al. 3 CO admet implicitement que, contrairement à la règle de l'art 165, le débiteur peut par son fait personnel aggraver la position de ses cautions. Par conséquent, de même que la Société immobilière aurait pu, pour obtenir de nouvelles ressources, grever ses biens d'une hypothèque et affaiblir ainsi la situation des cautions du premier emprunt, de même elle pouvait, avec le consentement exprès ou tacite du créancier, mettre au bénéfice d'une clause de priorité de remboursement le nouvel emprunt qu'elle contractait. Ce n'est donc que par la voie de l'action révocatoire que la validité de cet emprunt, soit de la clause qu'il renfermait, aurait pu être contestée; mais les cautions du premier emprunt n'ont pas intenté l'action révocatoire et d'ailleurs ils n'auraient pas eu qualité pour le faire, la Société immobilière du Bouveret ayant obtenu un concordat (v. sur ce point JAEGER, note 2 sur art. 285 LP).

Il résulte de ce qui précède qu'en vertu de l'accord intervenu entre la Société et ses cautions et auquel le Comptoir d'Escompte a donné tacitement son adhésion, les paiements faits au créancier par la société débitrice devaient être imputés en premier lieu sur l'emprunt de 100 000 fr. garanti par Favre & Chalut et Pellarin. Abstraction faite des versements opérés par les cautions du premier emprunt, qui ne peuvent naturellement pas entrer en ligne de compte pour le remboursement du deuxième emprunt, le demandeur a reçu

de la Société immobilière du Bouveret une somme de 175 603 fr. 45, soit une somme supérieure au montant de l'emprunt remboursable par priorité; celui-ci se trouve donc être entièrement remboursé; d'où il suit que Favre & Chalut et Pellarin qui l'avaient garanti sont libérés et que les conclusions prises contre eux par le Comptoir d'Escompte doivent être écartées.

3. — Quant aux conclusions prises contre Stattelmann, Lilla et Seinet, c'est avec raison que l'instance cantonale les a déclarées bien fondées. Le cautionnement du 21 novembre 1901 s'appliquait — jusqu'à concurrence de 300 000 fr. — à « toutes les avances faites ou à faire » par le Comptoir d'Escompte à la Société immobilière du Bouveret; jusqu'ici les cautions ont payé 123 035 fr. 90; en leur réclamant pour solde de compte 141 613 fr. 60, le Comptoir d'Escompte reste ainsi dans les limites de l'acte de cautionnement. Sans doute ce solde provient non seulement du prêt primitif de 300 000 fr., mais encore d'avances faites ultérieurement par le Comptoir d'Escompte. Mais ce que Stattelmann et consorts ont promis de payer c'est le solde redû en fin de compte par la Société immobilière du Bouveret, et non pas le solde d'un emprunt déterminé, et rien ne prouve que, contrairement au texte formel de l'acte de cautionnement, le Comptoir d'Escompte se soit engagé envers les cautions à ne pas prêter à la Société une somme supérieure à 300 000 fr. Du moment donc qu'il est constant que le solde réclamé aux signataires de l'acte du 21 novembre 1901, même additionné aux paiements qu'ils ont déjà faits, ne dépasse pas 300 000 fr., et que d'ailleurs ce solde est réellement dû par la Société, ils sont tenus de le payer. Le Comptoir d'Escompte ne saurait donc être renvoyé à établir deux comptes distincts — l'un relatif au premier prêt de 300 000 fr., l'autre relatif aux prêts ultérieurs —, puisque, en tout état de cause, le solde de 141 613 fr. 60 qu'ils présenteraient ensemble au débit de la Société devrait être mise à la charge des cautions qui ont signé le premier acte de cautionnement.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours formé par Favre et Chalut est admis. Le recours formé par Stattelmann, Lilla et Seinet est écarté. En conséquence l'arrêt rendu par la Cour de Justice civile de Genève le 4 mars 1911 est réformé en ce sens que le Comptoir d'Escompte est débouté des conclusions qu'il a prises contre Favre & Chalut et Pellarin. L'arrêt de la Cour de justice civile est confirmé pour le surplus.

59. Urteil vom 18. Juli 1911 in Sachen

Ziegler, Kl., Widerbefl. u. Ber.-Kl., gegen Schumacher,  
Befl., Widerfl. u. Ber.=Befl.

*Von einem Apotheker, der in einem Kanton mit freier ärztlicher Praxis ein « Medizin- und Naturheilinstitut » betreibt, mit einem patentierten Arzte abgeschlossener Vertrag, der nach seinem Wortlaute die Leistung von ärztlichen Diensten bezweckt, durch den aber im Grunde der Arzt seinen beruflichen Titel hergeben soll, um das Institut nach aussen als ein von Fachmännern nach wissenschaftlichen Grundsätzen betriebenes erscheinen zu lassen. Ungültigkeit dieses Vertrages nach dem (von Amtes wegen anzuwendenden) Art. 17 OR wegen Unsittlichkeit und Widerrechtlichkeit (Täuschung des Publikums und Missbrauch des ärztlichen Titels). Die « Fernbehandlung » als ungültige Vertragsleistung.*

A. — Durch Urteil vom 8./27. März 1911 hat das Obergericht des Kantons Glarus in vorliegender Streitfache erkannt:

„I. Der zwischen den Parteien am 16. Oktober 1905 abgeschlossene Vertrag ist aufgehoben.

„II. Die beidseitigen Entschädigungsforderungen sind abzuweisen.“

B. — Gegen dieses Urteil haben beide Parteien gültig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen.

Der Kläger hat den Antrag gestellt, es sei in Abänderung des