

in der Konkursmasse vereinigten Gesamtheit der Gläubiger mit der Konkursmasse als Subjekt der Forderungen und eine darauf gegründete Kollokation nicht der einzelnen, sondern der Konkursmasse. Hinter der von der beklagten Masse angehobenen Betreibung verbirgt sich, als der von der Beklagten allein verfolgte, mit dem schweizerischen Recht in Konflikt kommende Zweck, das in der Schweiz liegende Massevermögen zum Nachtheile der schweizerischen Vollstreckungen der deutschen Konkursmasse zufließen zu lassen. Im übrigen braucht hier nicht geprüft zu werden, ob andere Beteiligte die von der Beklagten erwirkten Arrest- und Betreibungsrechte schon früher hätten als bundesrechtlich unzulässige Ausdehnung des deutschen Beschlagsrechtes auf schweizerisches Vermögen anfechten können und ob nicht die Vollstreckungsbehörden von Amtes wegen der Beklagten schon bei der Stellung des Arrest- und des Betreibungsbegehrens den Vollstreckungsschutz hätten verweigern sollen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufungen der beiden Kläger werden gutgeheißen und daher wird das angefochtene Urteil des zürcherischen Obergerichts vom 1. Juli 1911 aufgehoben und die Beklagte gänzlich aus dem Kollokationsplan weggewiesen.

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen.

II. Prozessrechtliche Entscheidungen.

Arrêts en matière de procédure.

Berufungsverfahren. — Procédure de recours en réforme.

87. Arrêt du 4 novembre 1911 dans la cause Flegenhimer, déf. et rec., contre W. Furst & Cie, dem. et int.

Défaut des réquisits de l'art. 56 OJF. Un **contrat de commission** conclu au domicile étranger du commissionnaire et dont les effets sont régis par la loi de ce domicile est soumis au **droit étranger** aussi en ce qui concerne la validité de sa formation, notamment l'exception tirée par l'une des parties — le mandant suisse actionné — du fait qu'il a été amené à contracter par le dol de la partie adverse (art. 24 CO). Est seule régie par le droit suisse du défendeur l'exception de jeu (art. 512 CO), opposée à la prétention du commissionnaire.

A. — W. Furst & C^{ie} sont agents de change à Bruxelles. Le 26 mai 1909, Georges Flegenhimer à Genève leur transmit un ordre de bourse, soit l'achat à fin juin de 50 Mexico-Tramway à 776 francs. Ces titres baissèrent rapidement. Dans une correspondance assez vive, Flegenhimer se plaint d'avoir été amené à conclure l'achat par le représentant de Furst & C^{ie} à Genève, le sieur Thollon. Il soutenait que la maison de Bruxelles avait reçu une commission de 25 fr. par titre pour placer les actions en question. Le 3 juin Flegenhimer a donné l'ordre de vendre les titres à 800 fr. à fin juin. Cet ordre n'a pu être exécuté. Dans une lettre du 28 juin 1909, Flegenhimer écrivait à Furst & C^{ie}: « J'accepte de payer la différence (des cours) à 700 fr. en prenant 750 comme prix d'achat. Si vous voulez, c'est bien,

» sinon, faites ce que vous croirez et nous verrons ce qui en » résultera. »

Le 29 juin Furst & C^{ie} firent vendre en bourse de Bruxelles les 50 Mexico-Tram au cours de 628 fr. et adressèrent à Flegenhaimer l'extrait de son compte soldant à son débit par 6012 fr. 40.

B. — N'ayant pu obtenir le règlement de cette somme, Furst & C^{ie} assignèrent, par exploit du 7 octobre 1909, Flegenhaimer en paiement de 6012 fr. 40 pour solde de compte et de 2000 fr. à titre de dommages-intérêts. Ce second chef de conclusions a été abandonné dans la suite.

Le défendeur a conclu à libération. Il soutient en substance que quelle que soit la nature du contrat intervenu entre les parties, « ce contrat ne pouvait trouver sa réalisation dans une *différence*, les parties n'ayant pas été censées exclure la livraison qui devint le but même du contrat ». Pour pouvoir formuler une réclamation, les demandeurs auraient dû ou devraient faire l'offre d'exécuter le contrat. Au lieu de cela ils ont « exécuté » le défendeur avant l'échéance du 30 juin sans l'avertir. Leur mandat aurait dû aboutir au 30 juin ou à la vente au prix de 800 fr. ou à la livraison des titres contre paiement du prix. Du reste les demandeurs ne justifient pas avoir réellement acheté le 25 mai et revendu le 29 juin les actions pour le compte du défendeur. Les indications de Thollon sur les Mexico-Tram étaient de nature à tromper le défendeur. Déjà le 29 juin il voulait vendre, mais le représentant des demandeurs l'en a empêché.

C. — Par jugement du 7 juillet 1910, le Tribunal de première instance du canton de Genève a condamné le défendeur à payer aux demandeurs la somme de 6012 fr. 40 avec intérêt légal pour solde de compte.

La Cour de Justice civile a confirmé ce prononcé par arrêt du 24 juin 1911.

D. — Contre cet arrêt, le défendeur a recouru en réforme au Tribunal fédéral dans le délai légal, en reprenant ses conclusions libératoires.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — La première question qui se pose est celle de la compétence du Tribunal fédéral au regard du droit applicable. La demande, basée sur un contrat de commission, tend au remboursement des avances et débours faits par les demandeurs en vue de l'opération dont le défendeur les a chargés (art. 439 CO), c'est-à-dire au paiement de la différence entre le prix d'achat et le prix de vente des titres achetés et revendus sous leur propre nom mais pour le compte de leur commettant (art. 430 CO).

Le lieu où le contrat de commission devait être exécuté était Bruxelles. C'est là que les demandeurs devaient faire l'opération dont le défendeur les avait chargés; c'est là que, d'après les principes généraux du droit, reconnus aussi bien en Suisse qu'en Belgique, ils avaient à s'acquitter envers leur commettant de leur obligation de livrer; et c'est également à Bruxelles qu'en vertu de l'art. 84 ch. 1^{er} CO, le défendeur avait à payer la somme due aux demandeurs en raison de l'exécution du contrat de commission.

Or, il est de jurisprudence constante du Tribunal fédéral que les effets des conventions relevant du droit des obligations sont régis par la *lex loci* qu'au moment de conclure les parties ont désignée ou ont dû vraisemblablement considérer comme applicable. Et l'instance fédérale admet que cette dernière loi est celle du pays où l'exécution du contrat doit avoir lieu (voir entre autres arrêts RO 20 p. 77, 410 c. 3, 873 c. 2; 22 p. 483 c. 3; 23 p. 249 c. 2). Le contrat de commission conclu entre les parties est, par conséquent, soumis au droit belge en ce qui concerne ses effets.

Ce droit régit également la formation et l'existence du lien juridique. La doctrine et la jurisprudence dominantes en Allemagne considèrent qu'à défaut de volonté reconnaissable des parties, la loi du lieu d'exécution est applicable non seulement aux effets du contrat, mais en général à l'ensemble de la convention (voir entre autres auteurs STAUDINGER, commentaire du code civil allemand, T. VI p. 44; STAUB, com-

mentaire du code de commerce : Exkurs ad § 372, 8^e édit., T. II p. 1412 et suiv. note 5 et suiv.).

Le projet de loi du 3 mars 1905 « destiné à compléter le projet de code civil suisse (droit des obligations) » adoptait cette solution comme étant « celle de la majorité des auteurs » (voir Message du Conseil fédéral p. 54 ch. 3)*. L'article 1769 disposait : « Lorsqu'il n'y a pas lieu d'admettre une intention contraire des parties, les dispositions du Code civil concernant les obligations régissent tous les contrats dont l'exécution doit avoir lieu en Suisse. » Cet article ne faisait donc aucune distinction, quant à la loi applicable, entre les effets et la formation du contrat.

Mais même si l'on considérait que la loi applicable est celle du lieu où le contrat a pris naissance (voir dans ce sens RO 32 II p. 418) le droit belge n'en devrait pas moins être appliqué en l'espèce. Le lien de droit existant entre les parties s'est en effet formé au moment où les demandeurs ont reçu à Bruxelles la lettre du défendeur dans laquelle celui-ci leur écrivait : « Je possède votre lettre du 25 mai suivant laquelle je vous confirme que j'ai acheté de vous à fin juin 50 Mexico-Tram à 776 fr. », c'est-à-dire au moment où l'avis de l'acceptation est parvenu aux auteurs de l'offre.

Dans ces conditions, c'est bien le droit belge qui régit l'ensemble du contrat conclu entre les parties, et le droit suisse apparaît dès lors comme inapplicable aussi en ce qui touche le moyen du défendeur tiré de ce qu'il aurait été trompé par l'agent des demandeurs de connivence avec eux.

2. — La seule question rentrant dans la compétence du Tribunal fédéral est donc celle de l'exception de jeu (voir RO 20 p. 449 c. 6). Or le défendeur n'a pas soulevé cette exception ; le tribunal de première instance le constate expressément, et dans l'énumération des points attaqués de l'arrêt cantonal, l'acte de recours passe sous silence la question du jeu. Le Tribunal fédéral, il est vrai, n'est pas lié par la déclaration de recours (voir WEISS, *Berufung an das*

* Feuille féd. 1905 II p. 54.

(Note du Réd. R.O.)

Bundesgericht, p. 102 et 286 ch. 4) et, conformément à sa jurisprudence constante, il doit examiner d'office si l'exception de jeu est fondée ; mais en l'espèce cette exception manque évidemment de toute base. Il suffit à cet égard de renvoyer aux conclusions d'audience du défendeur, du 21 juin 1910, ainsi qu'à ses écritures des 17 janvier et 26 octobre 1910, résumées dans la partie fait du présent arrêt, sub litt. B.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Il n'est pas entré en matière sur le recours.

88. **Urteil vom 10. November 1911 in Sachen**
Pianfo, Kl. u. Ber.=Kl., gegen Waldburger-Secchi,
Bekl. u. Ber.=Bekl.

Mangel des Berufungserfordernisses der Anwendung oder Anwendbarkeit eidgen. Rechts. (Art. 56 OG): Die Art. 199 bis 209 OR regeln nur die rechtsgeschäftliche Uebertragung des Mobiliareigentums und haben nicht auch die originären Erwerbsarten dieses Eigentums im Auge. Speziell die Frage, in welcher Weise und gegen wen der Vindikant einer verlorenen Sache, die der Finder dem rechtmässigen Eigentümer als solchem vorschriftsgemäss zur Verfügung hält, zur Geltendmachung seines Eigentumsanspruchs vorzugehen hat, beurteilt sich nicht nach Art. 206 OR, sondern nach dem kantonalen Recht.

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Am Vormittag des 12. April 1908 fand die beklagte Frau Henriette Waldburger-Secchi in Samaden auf der Strasse zwischen der Eisenbahnstation und dem alten Hotel „Bernina“ daselbst vier zusammengefaltete 500 Fr.-Banknoten. Sie lieferte den Fund dem Gemeindevorstand von Samaden ab, und dieser setzte gemäss § 192 bündn. BG das zuständige Kreisamt Oberengadin in Kenntnis.