

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. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 19 avril 1918
dans la cause **Perrelet**
contre **Banque cantonale neuchâteloise.**

Opérations de bourse exécutées à l'étranger. Droit applicable
Novation résultant de reconnaissance du solde de compte-courant. Exception de jeu. Exception de contre-partie.

A. — De 1909 à 1913 Bernard Perrelet a fait exécuter par la Banque cantonale neuchâteloise un grand nombre d'opérations d'achat et de vente de titres. Il avait à la Banque deux comptes séparés, dénommés, l'un, compte-nantissement, l'autre, compte-courant. A la suite des opérations traitées, le compte-nantissement soldait, au 31 décembre 1913, par 119 739 fr. 35 au débit de Perrelet ; il a été renouvelé pour 90 000 fr., le solde de 29 739 fr. 35 étant porté au compte-courant ordinaire, qui s'est élevé de ce fait à 31 537 fr. 40. Le 25 mars 1914, Perrelet a signé la reconnaissance suivante : « L'extrait de mon compte-courant auprès de la Banque cantonale neuchâteloise

arrêté au 31 décembre 1913 a été vérifié, reconnu exact et le solde de 31 537 fr. 40, que je reconnais devoir, reporté à mon débit à nouveau de conformité. »

Se fondant sur cette reconnaissance la Banque a fait notifier à Perrelet un commandement de payer pour la dite somme de 31 537 fr. 40 et a obtenu le 4 novembre 1914 la main-levée de l'opposition faite par le débiteur.

Perrelet a alors ouvert la présente action en libération de dette dans laquelle il a conclu à ce qu'il plaise au tribunal :

1^o annuler la poursuite intentée par la Banque ;

2^o prononcer qu'il n'est débiteur sur son compte-courant ordinaire que de 1797 fr. 95 ;

3^o prononcer que c'est sans droit que la Banque lui réclame la somme de 29 739 fr. virée du compte-nantissement ;

(les conclusions 4 et 5 ne sont plus en cause, Perrelet ayant déclaré dans son acte de recours les retirer).

A l'appui de ces conclusions il fait valoir l'exception de jeu, le moyen tiré de contre-partie, le moyen pris de la violation de l'art. 10 de la loi du 26 février 1907 sur la Banque cantonale neuchâteloise, et enfin il invoque l'art. 177 al. 2 CCS.

La Banque a conclu à libération. Elle soulève une contre-exception tirée du fait de la reconnaissance du compte par le demandeur et conteste au fond les moyens invoqués.

Après enquête et expertise le Tribunal cantonal neuchâtelois a, par jugement du 17 octobre 1917, écarté les conclusions résumées ci-dessus, sous réserve d'une somme de 30 fr. pour laquelle l'action en libération de dette est justifiée.

Le demandeur a recouru en réforme au Tribunal fédéral en reprenant les conclusions précitées.

Considérant en droit :

1. — L'instance cantonale a fait application du droit fédéral et c'est bien ce droit qui est en effet applicable.

Les deux parties sont des Suisses domiciliés en Suisse ; c'est en Suisse qu'elles ont contracté ensemble, que devaient être exécutées leurs obligations réciproques et qu'a d'ailleurs été donnée 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 neuchâtoise*, 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 si le demandeur peut exciper de la nullité, d'après le droit étranger, d'opérations faites pour son compte à l'étranger par la Banque *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 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

droit d'opposer l'exception de jeu à 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 telle 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 RG 56 p. 23 et suiv. et 59 p. 192 et suiv., REGELSBERGER dans Ihering's Jahrbücher 46 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 qu'elles eussent le caractère de jeu au sens que la jurisprudence constante du Tribunal fédéral attribue à cette notion. D'après sa teneur, 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. Or l'instance

cantonale constate que, non seulement la livraison des titres n'a pas été exclue, 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 II 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 à des 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;

le Tribunal fédéral ne peut revoir cette question qui relève de la procédure cantonale et il n'a aucun motif d'ordonner 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, à de nombreuses reprises, utilisé les services des maisons Théodore André Perquel & C^{ie} et Jules Perquel & C^{ie} 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 libellé de leurs avis d'opéré, 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 revêtent 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 connaissance ; 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 commissionnaire 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 a chargé la Banque cantonale d'acheter puis de vendre pour son compte des titres ; ces marchés ont été exécutés : Perrelet a reçu les titres achetés et la contre-valeur des titres vendus ; la façon 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

conformes 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 sût que Perquel & C^{ie} étaient contre-partistes — le jugement attaqué considérant même comme vraisemblable qu'elle l'a ignoré — on peut admettre avec l'instance cantonale que la défendresse a commis une faute légère en n'examinant pas avec une attention suffisante les bordereaux d'opéré 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-partistes ; 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. Dès 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

« 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 acheté ou vendu à des conditions qui ne correspondaient pas aux conditions générales du marché. Le préjudice qu'il a subi est, comme pour tous les spéculateurs malheureux, une conséquence du choix des titres sur lesquels ont porté les spéculations et du moment des achats et des ventes. Il va sans dire qu'il ne saurait reprocher à la Banque cantonale de lui avoir donné à cet égard de mauvais conseils, car la reconnaissance signée par lui s'oppose à ce qu'il remette en question à ce point de vue les opérations qui sont à la base de la dette novée. Il n'en serait autrement que s'il avait été la victime de manœuvres dolosives de la part de la Banque (v. RO 23 p. 713 consid. 3). Il a prétendu que tel était le cas, mais on doit admettre avec l'instance cantonale qu'il a totalement échoué dans la preuve des prétendus actes dolosifs commis par la défenderesse ou ses employés. 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 conséquence des opérations mêmes qu'il a décidées et ordonnées, et non de la façon dont elles ont été exécutées.

4. — L'arrêt attaqué a écarté l'exception basée sur la prétendue violation par la défenderesse de l'art. 10 de la loi du 26 février 1907 sur la Banque cantonale neuchâtoise. Cette exception relevant exclusivement du droit public neuchâtois — ainsi que le demandeur le proclamait lui-même (v. Conclusions en cause p. 85 et suiv., notamment p. 86) — le Tribunal fédéral n'est pas compétent pour revoir la décision cantonale en cette matière.

5. — Enfin l'article 177 al. 2 CCS était invoqué en demande, mais c'était uniquement à l'appui de la conclusion IV (nullité du nantissement des titres de dame Perrelet) — conclusion que, dans son acte de recours, le demandeur a déclaré retirer. D'ailleurs dame Perrelet seule, à l'exclusion du demandeur, aurait en qualité pour

se prévaloir des dispositions de l'art. 177 al. 2 ou éventuellement de l'art. 202 CCS.

le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est écarté et le jugement cantonal est confirmé.

28. Urteil der I. Zivilabteilung vom 19. April 1918
i. S. Goldschmid gegen Posteau.

Bundesratsbeschluss vom 4. Dezember 1914 betr. Schutz des in der Schweiz domizilierten Schuldners. Keine Anwendung auf aus eigentlichen Kriegserlassen abgeleitete Einreden. Dagegen auf Einreden aus einem Moratorium. Auch wenn dasselbe dem einzelnen nur unter bestimmten Voraussetzungen gewährt wird? — Kein Recht des in der Schweiz domizilierten Ausländers sich auf das Kriegsrecht seines eigenen Staates zu berufen. — Schweizerisch-französischer Gerichtsstandsvertrag nur auf Angehörige der Vertragsstaaten anwendbar.

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 Parteipollen vertauscht wären, zur Zeit mit Rücksicht auf die französische Kriegsgesetz-