

tions ou tout au moins constatent quel en est le fabricant. Il en est de même pour les marchands de détail lorsqu'ils s'approvisionnent. Aussi bien — circonstance établie par le juge du fait — les acheteurs ont-ils coutume de préciser par le nom du fabricant l'article qu'ils demandent : des Brésiliens Taverney, des Brésiliennes Masson, etc. Cette discrimination particulière des acheteurs de cigares n'existe pas au même degré chez les acheteurs des tablettes « Gaba », formés de toute sorte de gens. Ce fait permet au juge de se montrer moins exigeant dans la présente cause et de trouver suffisantes les différences notées par les premiers juges entre les deux emballages en question. Sur les paquets du demandeur, le mot « Brésilienne » est seul mis en vedette, tandis que sur les paquets de la défenderesse, outre le mot « Brésilien » ceux de « Taverney's » et de « cigares de tabacs supérieurs » ressortent nettement. La forme cintrée du nom « Brésilienne » et la bande or caractéristique qui le souligne ne figurent pas sur l'emballage Taverney. Les paquets du demandeur sont sensiblement plus petits que ceux du concurrent. Leur contenu est désigné comme « cigarettes sans papier » alors que la défenderesse mentionne que ses paquets renferment des « cigares ».

Dès lors, tout bien considéré, la ressemblance des emballages n'apparaît pas de nature à créer chez les marchands de détail et chez le public acheteur une confusion entre les produits des deux maisons concurrentes.

En outre, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire « Gaba », il résulte des constatations de la Cour civile que la défenderesse n'a pas cherché à tromper le public par des procédés contraires à la bonne foi. C'est d'après les vignettes de ses propres cigares « Flora » et « Vater Rhin » qu'elle a composé celles des « Brésiliens ».

Ad b) L'absence de « manœuvres illicites » enlève d'emblée toute base à l'action en « réparation du préjudice causé ». Au surplus, le demandeur n'a pas fourni la preuve d'un dommage. Il a fait entendre deux marchands de

tabacs au sujet des confusions qui se seraient produites. Mais l'un des témoins, dit le juge cantonal, « connaissait ces deux marques (Brésiliens Taverney et Brésilienne Masson) et les distinguait ». Quant à l'autre témoin, il s'est borné à déclarer au voyageur de Masson, en lui montrant un paquet de Taverney, qu'il avait déjà des « brésiliens ». Or il a pu faire cette réponse, sans confondre les deux emballages, simplement parce que les brésiliens Taverney lui suffisaient.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

rejette le recours et confirme le jugement attaqué.

35. Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Section civile du 23 juin 1937 dans la cause Banque populaire valaisanne S. A. contre Fleury.

Notion fédérale de l'ouverture d'action :

La citation en conciliation constitue une ouverture d'action même si elle n'est pas obligatoire mais simplement possible d'après la procédure cantonale.

Libération de la caution qui s'est engagée dans l'idée que d'autres cautions s'obligeraient avec elle, lorsque, à son insu, le créancier renonce à certaines cautions ou en accepte d'autres que les cautions prévues (art. 497 al. 3 CO).

Résumé des faits :

Cautionnement consenti dans l'idée que cinq autres cautions s'engageraient également. — Au dernier moment, renonciation de la Banque créancière à l'une des cautions et substitution d'une nouvelle caution à l'une des cinq autres. Validité de son engagement contesté par la première caution, qui ouvre action en répétition de la somme indûment payée par elle à la Banque (art. 86 LP, 497 CO). Moyen libératoire de la défenderesse tiré du fait que seulement une tentative de conciliation non prévue par la procédure cantonale et non introductive d'instance d'après le droit cantonal a eu lieu dans le délai d'une année fixé par l'art. 86 LP. Mais instance introduite en temps utile

selon la notion de droit fédéral de l'ouverture d'action. Demande déclarée recevable et admise au fond par jugement du Tribunal cantonal valaisan du 20 janvier 1937. — Recours de la défenderesse. Confirmation du jugement cantonal mais pour d'autres motifs que ceux du prononcé attaqué.

Considérant en droit :

1. — La recourante reproche à la Cour cantonale d'avoir admis l'applicabilité de l'art. 497, al. 3 CO, aux termes duquel, « lorsqu'une caution s'est engagée sous la condition (Voraussetzung, opinione) reconnaissable pour le créancier que d'autres cautions s'obligeraient avec elle pour la même créance, elle est libérée si cette condition ne s'accomplit pas ».

Les constatations du juge du fait conduisent d'emblée au rejet de ce moyen de recours.

Le Tribunal fédéral doit en effet tenir pour constant :

1° que, dans les pourparlers entre les débiteurs et les cautions, il n'a pas été question du cautionnement de Giacomini ;

2° qu'il n'en a pas davantage été question entre les débiteurs et la Banque ;

3° que la substitution de Giacomini aux deux cautions prévues de Jean Schwéry a été décidée par la Banque et le débiteur au dernier moment, rapidement, sans prendre l'avis des autres intéressés ;

4° que la Banque savait qu'en signant l'acte de cautionnement le demandeur Fleury partait de l'idée que cinq autres cocautions le signeraient aussi, soit notamment Camille Schwéry et Barthélemy Gillioz présentés par Jean Schwéry.

Dès lors la Banque ne pouvait, sans s'exposer au moyen libératoire tiré de l'art. 497, al. 3 CO, se contenter de cinq cautions parmi lesquelles ne figuraient ni Schwéry ni Gillioz.

La recourante objecte en vain que la preuve n'a pas été fournie que Fleury ait connu ses cocautions. Le premier

juge a considéré ce fait comme établi et son appréciation des preuves administrées par le demandeur échappe au contrôle du Tribunal fédéral.

C'est aussi en vain que la recourante conteste que le demandeur ait posé comme condition formelle de son cautionnement celui de Schwéry et de Gillioz. Cette circonstance, fût-elle exacte, serait inopérante. La comparaison du texte allemand et de l'italien avec le texte français de l'art. 497, al. 3, montre que la loi n'exige nullement la stipulation d'une véritable condition. Le texte allemand se contente d'une « Voraussetzung » de la caution, le texte italien, de son « opinione ». Le texte français seul parle d'une condition. Mais ce terme n'est pas adéquat puisque, en cas de condition formellement reconnaissable comme telle par le créancier, l'art. 497, al. 3 serait superflu pour libérer la caution en cas d'inaccomplissement de la condition (arrêt du Tribunal cant. vaud. du 18 avril 1921 dans la cause Deladoey c/ Saugg, Schw. J. Z. 18 p. 18 et WEISS n° 5868 ; OSER n° 46 sur art. 497 CO).

Le demandeur a donc été libéré de son engagement au moment même où la Banque a agréé comme caution Giacomini à la place des deux autres garants prévus.

D'où il suit que le demandeur en versant à la défenderesse en trois acomptes 11 400 fr., lui a payé une dette inexistante et l'a enrichie sans cause. Aussi est-il fondé en principe à réclamer la restitution de l'indu.

2. — Le demandeur invoque tout d'abord l'art. 86 LP. Selon le premier et le dernier alinéa de cet article, celui qui paye un indu parce qu'il n'a pas fait opposition à la poursuite ou parce que le juge a donné mainlevée au poursuivant, peut répéter la somme dans l'année par la procédure ordinaire, et, en dérogation à l'art. 63 CO, il lui suffit de prouver l'inexistence de la dette.

On vient d'exposer que le demandeur a prouvé avoir payé une somme qu'il ne devait pas. Ce paiement est intervenu dans une poursuite restée sans opposition. Le premier versement date du 12 avril 1934, deux jours après récep-

tion de l'avis de saisie. L'action en répétition est donc fondée et doit être admise, à moins que, comme le Tribunal cantonal l'admet, elle n'ait pas été exercée dans l'année.

3. — En cas de paiement par acomptes, la dette ne s'éteint qu'au versement du solde ; le délai d'un an court dès ce moment pour la répétition du montant total et ne doit pas se calculer pour chaque acompte en particulier (JAEGER, n. 7 sur art. 86 LP). Le demandeur a versé le dernier acompte de 1400 fr. le 3 décembre 1934. Le délai pour ouvrir action expirait donc le 3 décembre 1935.

Avant cette date, soit le 11 novembre 1935, le demandeur a cité la défenderesse en conciliation, et le 22 novembre le Juge lui a délivré acte de non-conciliation. Mais ce n'est que le 13 janvier 1936 que le demandeur a déposé son mémoire introductif d'instance. La défenderesse en conclut que l'action est périmée. Le Tribunal cantonal a admis ce moyen. Il considère que si la citation en conciliation interrompt la prescription en vertu de l'art. 135 CO, elle ne crée pas la litispendance en procédure valaisanne et, par suite, n'empêche pas la péremption ; or, le délai de l'art. 86 LP est un délai de péremption, non de prescription.

La dernière remarque est juste (JAEGER, note 7 sur art. 86 LP ; BLUMENSTEIN, p. 322), et le Tribunal fédéral doit tenir pour acquis au débat que la citation en conciliation n'introduit pas l'instance d'après la procédure valaisanne ; cette question de droit cantonal échappe à son contrôle.

Mais le rejet du moyen tiré de la péremption n'en résulte pas forcément.

D'après la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, lorsque le droit fédéral fixe le délai dans lequel une action doit être intentée, la notion d'ouverture d'action est une notion de droit fédéral, indépendante de ce que les lois cantonales entendent par introduction de l'instance ou par litis-contestation (RO 33 II p. 455, à propos de l'art. 242 LP ; 41 III p. 390 ; art. 250 et 242 LP ; 42 I p. 360, art. 250 LP ; 42 II p. 332, art. 308 CC ; 49 II p. 41, enrichisse-

ment illégitime ; 49 III p. 68, art. 83 LP ; cf. arrêt Roh c. Echo des Diablerets du 1^{er} juin 1937 confirmant cette jurisprudence. La distinction faite par JAEGER entre l'action de l'art. 86 LP et celle de l'art. 83 LP, v. n. 7 sur ces art., ne se justifie point, car dans les deux cas le délai est fixé par le droit fédéral).

Or, suivant cette notion « fédérale », l'action est intentée par l'acte introductif ou même seulement préparatoire par lequel le demandeur requiert pour la première fois, sous une forme déterminée, la protection du juge, l'acte dût-il ne pas correspondre en tous points à l'ouverture d'action de la procédure cantonale (RO 41 III p. 391 ; 42 I p. 360 ; 42 II p. 101, 332 ; 46 II p. 88 ; 47 II p. 108 ; 49 II p. 41).

Aux termes de l'art. 127 du code de procédure valaisan, « toutes les causes civiles sont soumises en principe aux préliminaires de la conciliation devant le juge de commune ». Mais l'art. 128, chif. 5, du même code *dispense* de la tentative de conciliation en général « toutes les causes qui, soit en vertu du droit fédéral, soit en vertu du droit cantonal, doivent être introduites dans un délai péremptoire ». Le chiffre 4 du même article est plus restrictif ; il dispense de la conciliation « les causes découlant de la LP, mais seulement dans les cas suivants », qu'il énumère sans citer l'art. 86. D'où l'on pourrait être tenté de conclure que la dispense générale du chiffre 5 ne vaut pas pour l'action fondée sur l'art. 86 et que, dans ce cas, la conciliation doit être tentée.

Mais cette question peut rester indécise car le chiffre 5 de l'art. 128, du moins dans son texte français, renferme explicitement une simple *dispense*, à savoir une permission de ne pas procéder à l'acte préliminaire en raison de la nature de la cause ; il ne l'exclut pas ; la note marginale française le corrobore en disant que l'art. 128 indique les « cas où la tentative de conciliation n'est *pas nécessaire* ». Et même le texte allemand de l'art. 128, qui est le texte original, n'exclut pas la conciliation ; il dit seulement que les cas énumérés n'y sont *pas soumis* : « unterliegen nicht »,

et la note marginale dit qu'il s'agit d'*exceptions* à la règle selon laquelle la tentative est obligatoire « *Ausnahmen* ». D'où l'on peut conclure que la conciliation, sans être prévue dans ces cas, est cependant possible, en ce sens que si une partie cite l'autre devant le juge conciliateur et que celui-ci délivre un acte de non-conciliation, il ne procède pas à un acte qui, juridiquement, doit être tenu pour nul et non avenu. Quant à l'art. 129 CPC, il dispense certaines causes de la conciliation en raison du domicile ou de la qualité d'une des parties (demandeur domicilié hors du canton, administration publique partie au procès).

L'arrêt du Tribunal fédéral, 42 II p. 103, parle, il est vrai, du cas où la procédure cantonale « prescrit » (« *vorschreibt* ») la citation en conciliation, mais ne distingue en réalité pas entre la tentative obligatoire et la tentative simplement facultative. Avec raison. Cette question n'est pas essentielle. Ce qui importe du point de vue du droit fédéral, ce n'est pas le caractère obligatoire ou facultatif de la tentative de conciliation, c'est la constatation que le demandeur a requis à un moment donné pour la première fois la protection du juge, sous une forme déterminée, admise par le droit cantonal. Faire abstraction de la tentative conciliatoire lorsque la loi cantonale ne l'ordonne pas mais ne l'exclut pas non plus, ce serait faire pâtir le demandeur de l'essai d'accommoder le conflit sous l'autorité du juge conciliateur avant de déposer son « mémoire introductif d'instance ». Dans le présent cas, la défenderesse a été citée en conciliation, elle n'a pas décliné la compétence du juge de commune pour procéder à cet acte préliminaire ; et le juge ne s'est pas non plus déclaré d'office incompetent, il a, au contraire, délivré un acte de non-conciliation. Ces faits mêmes montrent que la tentative de conciliation pouvait valablement avoir lieu. Enfin, il convient de remarquer que l'action n'était pas fondée uniquement sur les art. 86 LP et 62 et 63 CO, mais que le demandeur invoquait aussi les art. 41 et 509 CO,

moyens sur lesquels la conciliation devait être tentée selon l'art. 127 CPC valaisan.

Il suit de ces considérations que, contrairement à l'avis des premiers juges, le demandeur a intenté l'action dans le délai d'une année fixée par l'art. 86 LP, que cette action est fondée et que, dès lors, le jugement attaqué doit être confirmé dans son dispositif.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

rejette le recours et confirme le jugement attaqué.

**36. Urteil der II. Zivilabteilung vom 1. Juli 1937
i. S. Papier-Handelsgesellschaft Zürich gegen Müller-Messmer.**

Doppelvertretung ist wie Kontrahieren mit sich selbst grundsätzlich unstatthaft.
Folge: Ungültigkeit des Geschäftsabschlusses; Vorbehalt der Genehmigung.
Entsprechende Anwendung dieser Regeln auf Organe juristischer Personen.

Im Konkurs der Lagerhaus Giesshübel A.-G. in Zürich, vormals Jucker-Wegmann A.-G., hat sich der als Gläubiger kollozierte H. Müller-Messmer den Rechtsanspruch der Konkursmasse auf Anfechtung des am 15. November 1932 von der jetzigen Gemeinschuldnerin mit der Papierhandels-gesellschaft Zürich abgeschlossenen Kaufvertrages und eventuell auf Admassierung der auf Grund dieses Vertrages an die Käuferin übertragenen Vermögenswerte nach Art. 260 SchKG abtreten lassen. Demzufolge verlangt er mit der vorliegenden gegen die Papierhandels-gesellschaft angehobenen Klage die Herausgabe bezw. Übertragung der betreffenden (näher bezeichneten) Vermögenswerte, eventuell die Bezahlung eines Betrages von Fr. 53,062.57 mit Zins zu 5 % seit dem 19. Dezember 1933. Die Beklagte widersetzt sich der Klage und verlangt eventuell widerklageweise die Ersetzung der Gegenleistung bis zu Fr. 62,908.87. Die kantonalen Gerichte haben die Klage zugesprochen und die Widerklage von der Hand