

suit que non seulement le cédant ne peut retenir pour soi un droit accessoire tel que le cautionnement (ce droit serait caduc), mais qu'il ne peut pas non plus le céder isolément (cf. en ce qui concerne le droit de gage, le § 1250 BGB). C'est précisément par son caractère de droit accessoire que le cautionnement solidaire se distingue d'autres obligations solidaires dont fait état VON TUHR. Tandis que, dans ces rapports d'obligation, chaque débiteur est obligé comme s'il était seul en présence du créancier, la caution ne l'est qu'en dépendance de l'obligation du débiteur principal, si et aussi longtemps que celui-ci est tenu. Au demeurant, on peut laisser indécis le point de savoir si la cession de la créance contre un seul débiteur solidaire est juridiquement possible.

La cession par le créancier de ses seuls droits dérivant du cautionnement se révèle aussi entièrement incompatible avec la disposition de l'art. 505 a CO (devenu l'art. 507) aux termes de laquelle la caution est subrogée aux droits du créancier à concurrence de ce qu'elle lui a payé. Supposé que la créance de cautionnement soit cessible, le cessionnaire deviendrait réellement le titulaire de cette créance : il ne serait pas uniquement autorisé à la faire valoir, car la cession créance confère le droit lui-même, non seulement la faculté de l'exercer. Mais le paiement qui serait fait au créancier du cautionnement agissant en son nom propre ne pourrait pas avoir pour conséquence de transférer à la caution la créance contre le débiteur principal, car cette créance serait, par hypothèse, restée au cédant. La règle de subrogation édictée par la loi ne peut sortir ses effets que si les qualités de titulaire de la créance garantie et de créancier à raison du cautionnement sont réunies dans la même personne.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est admis, l'arrêt attaqué est annulé et l'action en libération de dette est admise dans toute son étendue, le débiteur étant entièrement libéré des fins de la poursuite.

10. Arrêt de la 1^{re} Cour civile du 22 janvier 1952 dans la cause Brand contre Thurig & Cie.

Exception de jeu, art. 513 al. 2 CO.

S'agissant de marchés différentiels et autres marchés à terme, cette exception ne peut être valablement invoquée que si, d'après l'ensemble des circonstances de la cause, l'élément purement aléatoire domine et si l'intention de réaliser une différence de cours reposant principalement sur le hasard est reconnaissable par l'agent de bourse (confirmation de la jurisprudence de l'arrêt RO 65 II 21).

Spieleinrede, Art. 513 Abs. 2 OR.

Bei Differenz- und andern Termingeschäften kann die Spieleinrede nur mit Erfolg erhoben werden, wenn nach den gesamten Umständen das rein aleatorische Element vorherrscht und wenn die Absicht, einen zur Hauptsache auf dem Zufall beruhenden Gewinn aus der Kursdifferenz zu erzielen, dem Börsenagenten erkennbar ist (Bestätigung der Rechtsprechung gemäss BGE 65 II 21).

Eccezione di gioco, art. 513, cp. 2 CO.

In caso di contratti differenziali e di altri contratti a termine l'eccezione di gioco può essere sollevata con buon esito soltanto quando, secondo l'insieme delle circostanze della causa, l'elemento puramente aleatorio è dominante e se l'intenzione di realizzare una differenza di corsi dovuta essenzialmente all'azzardo è riconoscibile dall'agente di borsa (conferma della giurisprudenza : RU 65 II 21).

A. — En mars 1948, Jean Brand, administrateur de sociétés, à Genève, est entré en relation avec la société Thurig & Cie, maison d'agents de change, à Genève, et a fait de nombreuses opérations de bourse à terme sur les actions Baltimore and Ohio Ry. Après que les premières opérations eurent laissé un léger bénéfice, un fléchissement sensible s'est fait sentir dans le courant de l'année 1948 sur la plupart des valeurs américaines. Brand a néanmoins continué ses opérations sur les actions précitées, les reportant à chaque liquidation dans l'espoir de voir le cours des titres remonter. Il a même augmenté ses achats, si bien que le débit de son compte a pris chaque mois un peu plus d'importance. Pendant la période du 6 mars au 1^{er} novembre 1948, Brand a acheté et revendu 2975 actions, réparties sur 24 transactions. Le montant total des achats et des ventes a été de 339 528 fr. 65, la valeur des titres s'élevant donc à 170 000 fr. en chiffre

rond. Les commissions et frais se sont montés à 1965 fr. 45. A la requête de Thurig & C^{ie}, Brand a versé à celle-ci, à titre de provisions, un premier montant de 2064 fr. 20, le 12 avril, et une somme de 3200 fr., le 24 mai, soit au total 5264 fr. 20.

En novembre 1948, la société Thurig & C^{ie} a requis un sursis concordataire de quatre mois. Désireuse de faire rentrer les comptes débiteurs, elle a demandé à Brand, par lettre du 18 novembre 1948, de lui rembourser jusqu'au 30 novembre le solde débiteur de son compte, qui était de 6321 fr. 70. Brand n'a pas répondu à cette lettre, ni aux rappels que Thurig & C^{ie} lui a adressés les 11 et 18 décembre 1948, et il n'a effectué aucun versement. Aussi, par commandement de payer notifié le 6 janvier 1949, Thurig & C^{ie} a engagé contre lui une poursuite en paiement du solde débiteur de 6321 fr. 70. Brand a fait opposition totale.

B. — Par exploit du 1^{er} mars 1949, Thurig & C^{ie} a assigné Brand devant le Tribunal de première instance de Genève en paiement de 6321 fr. 70, avec intérêt à 5 % dès le 30 novembre 1948, et de 500 fr. à titre d'indemnité judiciaire. Brand a conclu à libération en invoquant l'exception de jeu de l'art. 513 al. 2 CO. Il a allégué que c'était sur les sollicitations d'un fondé de pouvoir de Thurig & C^{ie} qu'il s'était laissé aller à des spéculations en bourse ; que lui-même n'avait aucune expérience quelconque en cette matière ; que sa situation de fortune ne lui permettait pas de s'engager dans des proportions aussi fortes ; que Thurig & C^{ie} avait profité de son inexpérience pour faire les opérations les plus risquées sur des titres essentiellement spéculatifs, au sujet desquels il ne possédait aucun renseignement.

Par jugement du 8 mai 1950, le Tribunal de première instance a admis la demande et condamné Brand à payer à Thurig & C^{ie} la somme de 6321 fr. 70, avec intérêt à 5 % dès le 30 novembre 1948, l'opposition formée à la poursuite étant déclarée non fondée.

Sur appel de Brand, la Cour de justice civile de Genève,

par arrêt du 26 juin 1951, a confirmé le jugement du Tribunal de première instance. Cette décision est en substance motivée de la manière suivante :

Selon la jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral (Stich c. Metal Traders Ltd, RO 65 II 21 ss), un marché à terme a le caractère de jeu lorsque l'intermédiaire de bourse peut reconnaître la prédominance de l'élément aléatoire et la volonté chez son commettant de réaliser une différence de cours reposant principalement sur le hasard. Or les conditions de la présente espèce sont toutes différentes. En effet, contrairement à ce qu'il prétend, Brand s'est présenté de son propre chef chez Thurig & C^{ie} et a donné lui-même ses ordres de bourse ; il a toujours reçu les décomptes des liquidations de fin de mois. Le fondé de pouvoir avec lequel il traitait était d'autant plus fondé à admettre que Brand était au courant des opérations de bourse que celui-ci avait travaillé pendant sept ans à la Banque de Genève et avait été ensuite agent général de la Société d'assurances « La Suisse ». En outre, Brand étant administrateur de sociétés, il est pour le moins osé de sa part de soutenir qu'il ne connaît rien aux opérations de bourse. D'autre part, Brand jouait au grand seigneur, parlait des voyages qu'il faisait avec son avion (qui en réalité ne lui appartenait pas) et la perte relativement faible de 6000 fr. qu'il subissait n'apparaissait donc nullement disproportionnée à ses ressources. Enfin, l'action Baltimore and Ohio Ry, si elle est un titre spéculatif, concerne l'une des plus importantes compagnies de chemins de fer des Etats-Unis et elle représente une valeur économique certaine ; l'achat à terme de ces actions ne peut donc être considéré comme une opération livrée au hasard ; d'ailleurs, les fluctuations du cours de ces actions durant l'année 1948 n'ont guère été différentes de celles des autres titres américains cotés à la Bourse de Genève. En résumé, Brand n'a pas rapporté la preuve qui lui incombeait et il n'a pas établi le bien-fondé de l'exception de jeu qu'il invoquait.

C. — Jean Brand a recouru en réforme au Tribunal fédéral en reprenant les conclusions libératoires qu'il avait prises devant les juridictions cantonales.

La société intimée a conclu au rejet du recours.

Considérant en droit :

1. — Aux termes de l'art. 513 al. 2 CO, l'exception de jeu est applicable non seulement aux avances ou prêts faits sciemment en vue d'un jeu ou d'un pari, mais aussi aux marchés différentiels et autres marchés à terme sur des marchandises ou valeurs de bourse quand ils offrent les caractères du jeu ou du pari. C'est sur cette dernière disposition que le recourant Brand fonde son recours.

Jusqu'en 1939, le Tribunal fédéral avait toujours attribué le caractère de jeu ou de pari aux marchés différentiels et autres marchés à terme, lorsque l'intention concordante (expresse ou tacite) des parties, au moment de la conclusion du contrat, avait été d'exclure la livraison des valeurs ou des marchandises négociées, de sorte que seule la différence de leurs cours constituait l'objet du contrat (cf. RO 40 II 545 ; 57 II 407 ; 58 II 52 ; 61 II 118).

Si l'on s'en tenait au critère adopté par cette jurisprudence, l'exception de jeu devrait être rejetée en l'espèce. Sans doute, le recourant a-t-il allégué différentes circonstances de fait qui, selon lui, seraient de nature à établir que la livraison effective des actions négociées avait été exclue par les parties. Mais ces allégations se heurtent à la constatation de la juridiction cantonale selon laquelle les titres achetés, livrables à la liquidation de fin de mois, se trouvaient en mains de la société intimée à la disposition du recourant. Lorsqu'elle déduit de cette circonstance que les parties n'avaient pas exclu la livraison des titres, la Cour de justice cantonale se prononce sur l'intention des parties et tranche ainsi une question de fait qui lie le Tribunal fédéral.

2. — Toutefois, la jurisprudence précitée du Tribunal

fédéral, qui avait été critiquée par la doctrine, n'a pas été maintenue dans l'arrêt Stich c. Metal Traders Ltd, du 24 janvier 1939 (cf. RO 65 II 21 ss). Dans cet arrêt, en effet, le Tribunal fédéral a constaté que l'exclusion conventionnelle de la livraison effective des titres, même tacite, ne se produit pas du tout dans la pratique, car à la base de tout marché à terme, même conclu à seule fin de jouer, il existe toujours une combinaison de véritables ventes et achats produisant un échange de biens et influençant les cours. Il a admis en conséquence que ce critère de l'exclusion conventionnelle de la livraison était une pure fiction et qu'au surplus il n'était pas déterminant, pour le motif qu'il existait des opérations à terme sérieuses, tel le marché de couverture (Deckungskauf), pour lesquelles les parties pourraient très bien exclure par contrat la livraison effective.

Ces constatations ont conduit le Tribunal fédéral à modifier sa jurisprudence et à juger que, pour décider si l'exception de jeu doit être admise ou non, il convient de prendre en considération l'ensemble des circonstances de la cause. S'il résulte de cet ensemble que l'élément purement aléatoire domine et que l'intention de réaliser une différence de cours reposant principalement sur le hasard est reconnaissable par l'agent de bourse, il faut admettre le jeu. Comme indices de la volonté de jouer entrent en considération l'absence de rapport entre la spéculation et la profession ou l'entreprise du spéculateur, l'ignorance des affaires de la bourse, l'absence de tout discernement et de tout plan dans la conclusion des affaires (par exemple la spéculation simultanée à la hausse et à la baisse), la disproportion entre les moyens du spéculateur et les risques de pertes normalement prévisibles. Il s'agit là d'une énumération, qui n'est pas limitative, des différents éléments qui peuvent entrer en ligne de compte pour déterminer si l'on se trouve ou non en présence d'un jeu.

3. — En l'espèce, le recourant a allégué différentes circonstances qui, selon lui, devaient rendre reconnaissable

pour la société intimée son intention de réaliser un bénéfice reposant principalement sur le hasard et qui établirait le bien-fondé de l'exception de jeu. Toutefois, ces allégations se heurtent aux constatations de fait de l'arrêt attaqué, qui lie le Tribunal fédéral et dont il résulte à l'évidence que l'argumentation du recourant est dépourvue de tout fondement.

a) Si la liquidation de fin mars 1948 a laissé un léger bénéfice (435 fr. 80), en revanche toutes les suivantes se sont terminées par une perte. Or, pour couvrir ces pertes, le recourant a effectué successivement, en avril et mai, deux versements en espèces de 2064 fr. 20 et 3200 fr. La société intimée pouvait en conclure que les opérations engagées par lui n'excédaient pas ses moyens financiers. Dès l'instant où Brand pouvait, en l'espace de quelques semaines, mettre à disposition une somme de plus de 5000 fr., la société Thurig & C^{ie} était fondée à penser que le compte débiteur de 6321 fr. 70, que les opérations postérieures avaient occasionné, serait aisément couvert par le recourant. Du moins aucune des pièces du dossier n'établit que la société intimée aurait dû savoir que Brand se trouvait gêné financièrement. Bien au contraire, le recourant, par ses propos, a créé l'impression qu'il disposait de larges ressources. La juridiction cantonale constate à cet égard que le recourant « jouait au grand seigneur », parlait des voyages qu'il faisait avec son avion, qui en réalité ne lui appartenait pas. Aussi, Brand est-il de mauvaise foi lorsqu'il invoque maintenant sa prétendue gêne financière pour soutenir que les opérations conclues par lui étaient disproportionnées à ses moyens.

D'autre part, c'est à tort que le recourant reproche à la société intimée de ne pas s'être renseignée sur sa véritable situation financière. La pratique des banques n'exige pas d'une manière absolue que celles-ci s'informent au sujet de la solvabilité de leurs clients. Or, dans les circonstances de l'espèce, Thurig & C^{ie} n'avait pas de motif de s'entourer de tels renseignements. En effet, au

moment où il est entré en relations d'affaires avec la société intimée, Brand était directeur des « Grandes Caves du Prieuré » et il se disait administrateur de sociétés. En outre, il était officier dans l'armée et, vis-à-vis de Thurig & C^{ie}, il « jouait au grand seigneur ». Enfin, il avait versé en quelques semaines une somme supérieure à 5000 fr. pour couvrir les pertes qu'il avait essuyées lors des premières liquidations. Vu l'ensemble des circonstances, la société Thurig & C^{ie} était fondée à penser que Brand disposait de moyens financiers étendus.

C'est en vain que le recourant fait état de la déconfiture de son entreprise « Les Grandes Caves du Prieuré », car le sursis concordataire que cette société a sollicité ne date que de l'automne 1950 et se trouve ainsi postérieur de deux ans à la période en cause. Enfin, c'est à Brand, qui invoque l'exception de l'art. 513 al. 2 CO, qu'il aurait appartenu d'établir (ainsi par des déclarations de salaires ou des attestations fiscales) sa situation financière réelle au cours de l'année 1948. Or il n'en a rien fait.

b) Le recourant conteste avoir été au courant de la pratique de la bourse et il soutient que son activité comme directeur des « Grandes Caves du Prieuré » ne permet pas de tirer une telle conclusion. Mais cette allégation se heurte aux constatations de fait de l'arrêt attaqué, qui lie le Tribunal fédéral, selon lesquelles Brand connaissait au contraire les choses de la bourse. Elle apparaît d'ailleurs dépourvue de fondement dans les circonstances de la cause. En effet, Brand non seulement a fait un apprentissage de banque, mais il a été employé pendant sept ans à la Banque de Genève. Sans doute fait-il valoir qu'il n'a jamais travaillé à la bourse de cet établissement bancaire. Mais cette circonstance est sans pertinence, sinon on en arriverait à devoir admettre l'exception de jeu toutes les fois que le prétendu joueur n'est pas un connaisseur rompu aux choses de la bourse, ce qui n'a certainement pas été dans l'intention du législateur. Au surplus, il n'est guère vraisemblable qu'un employé d'un important établisse-

ment bancaire d'une grande place commerciale ne soit pas au courant des choses de la bourse. Enfin, en sa qualité d'agent général d'une importante compagnie d'assurance, puis comme administrateur de sociétés, Brand a nécessairement dû acquérir une certaine expérience en cette matière.

c) Dans les circonstances de la cause, il n'est pas non plus possible d'affirmer que l'achat et la vente de titres aient été sans aucun rapport avec la profession du recourant, en sa qualité d'administrateur de sociétés. Il n'était nullement exclu en effet que Brand procédât à de telles opérations soit pour son propre compte, soit pour celui de tiers, notamment des différentes sociétés qu'il disait administrer.

D'autre part, quoi qu'en dise le recourant, les opérations passées par lui ne démontrent nullement une absence de plans et de discernement dans la conclusion des affaires : Brand a persisté dans ses opérations parce qu'il caressait l'espoir — nullement déraisonnable — que le cours des actions remonterait. Le fait que ces transactions aient été de courte durée est sans importance, car, par définition, il est impossible de prévoir combien de temps peuvent se prolonger des opérations de bourse.

Enfin, contrairement à ce que prétend le recourant, c'est bien Brand lui-même qui a pris l'initiative de traiter les opérations de bourse litigieuses et c'est lui qui a donné les ordres d'achat et de vente à cet effet. Il s'agit sur ce point de constatations de fait qui ne peuvent être attaquées devant le Tribunal fédéral.

d) En ce qui concerne enfin la nature des titres sur lesquels ont porté les opérations, la juridiction cantonale a constaté que l'action Baltimore and Ohio Ry, bien qu'elle soit de caractère spéculatif, représente néanmoins une valeur économique certaine, dont les recettes sont en progression. Dans ces conditions, il est exclu de voir un jeu dans le seul fait que des opérations de bourse ont porté sur de tels titres. Le fait que ces actions sont sujettes à des variations de cours est sans pertinence,

puisque c'est là le caractère propre de tous les titres cotés à la bourse.

4. — En résumé, l'ensemble des circonstances de la cause, telles qu'elles ont été constatées par la juridiction cantonale, ne permet en aucun cas d'affirmer qu'en l'espèce, l'élément purement aléatoire ait dominé et que l'intention de jouer de Brand ait été reconnaissable pour la société intimée. C'est dès lors à bon droit que les premiers juges ont rejeté l'exception de jeu et admis l'action.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.

11. Auszug aus dem Entscheid der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer vom 11. Februar 1952 i. S. Konkursamt Burgdorf sowie Hunziker und Konsorten.

Genossenschaft. Einführung einer persönlichen Haftung der Mitglieder. Fehlen des gesetzlichen Quorums. Unangefochtene Eintragung. Fehlen des Hinweises auf die persönliche Haftung in den Beitrittserklärungen. Konkurs der Genossenschaft.

Société coopérative. Statuts imposant aux associés une responsabilité personnelle. Quorum légal non atteint. Inscription non attaquée. Déclarations d'entrée ne mentionnant pas la responsabilité personnelle des associés. Faillite de la société coopérative.

Società cooperativa. Statuti che istituiscono una responsabilità personale dei soci. Quorum legale non raggiunto. Iscrizione non impugnata. Dichiarazione d'ingresso che non menziona la responsabilità personale dei soci. Fallimento della società cooperativa.

Siehe III. Teil Nr. 7, Seite 33 ff.

Vgl. auch Nr. 13. — Voir aussi n° 13.