

derung im Fernern die Einrede, daß den Klagewechseln ein materielles Schuldverhältniß nicht zu Grunde liege, sowie die Einrede der Kompensation entgegenstellt, so ist das Bundesgericht zu Ueberprüfung der hierauf bezüglichen Beschwerden nicht kompetent. Die Vorinstanzen haben ausgeführt, daß nach dem zur Zeit der Ausstellung der Klagewechsel geltenden kantonalen Wechselrechte die gedachten Einreden gegenüber von Wechselforderungen durch die rechtliche Natur der letztern ausgeschlossen gewesen seien; sie stellen also fest, daß die, durch den Ausschluß dieser Einreden bedingte, strenge Haftung des Wechselschuldners ein Ausfluß der besondern Natur der Wechselverpflichtung, der materiellen Wechselstrenge, wie dieselbe durch das kantonale Recht geordnet war, sei. Diese Entscheidung entzieht sich der Nachprüfung des Bundesgerichtes, da sie ausschließlich auf der Anwendung kantonalen Rechtes beruht. Es verstößt auch die Anwendung des kantonalen Rechtes in dieser Beziehung nicht gegen die Uebergangsbestimmungen zum eidgenössischen Obligationenrecht, speziell Art. 882 Absatz 3. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß nach Art. 882 Absatz 1 und nach Art. 901 D. R. die Wirkungen einer Verpflichtung, speziell die besondern, — durch die besondere rechtliche Natur des Wechsels bedingten, — Wirkungen einer Wechselverpflichtung nach dem zur Zeit der Eingehung der Verpflichtung geltenden, hier also nach kantonalem, Rechte zu beurtheilen sind.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung des Beklagten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem Urtheile des Appellationsgerichtes des Kantons Baselstadt sein Bewenden.

46. Arrêt du 28 Mai 1886 dans la cause Schlesinger & C^e
contre Banque fédérale.

Le 6 Août 1885, le citoyen Paul Walker, fabricant d'horlogerie à Bienne, fit, par première de change à l'ordre de lui-même, traite sur dame veuve Walker-Kopp, rue du

Marché au dit lieu, pour une somme de 4500 francs, payable le 5 Novembre suivant.

Cette traite fut acceptée le dit 6 Août par la veuve Walker et endossée en blanc à Schlesinger et C^e à la Chaux-de-Fonds.

Schlesinger et C^e endossèrent le 7 Août 1885 la dite traite à la Banque fédérale, comptoir de la Chaux-de-Fonds.

La Banque fédérale ayant indiqué la Banque populaire de Bienne en qualité d'intervenante au besoin, en cas de non-paiement, endossa le 15 Août 1885 cette traite à la Banque commerciale neuchâteloise, laquelle par endos régulier du 30 Octobre la remit à la Banque cantonale de Berne.

Cette traite n'ayant pas été payée à son échéance, la Banque cantonale de Berne, comptoir de Bienne, la remit le lendemain à F. Moll, huissier près le Tribunal de première instance au dit lieu, aux fins de la présenter, pour paiement au tiré et accepteur, dame veuve Walker, et faute par elle de s'exécuter, de lever protêt conformément à l'art. 815 C. O.

L'huissier Moll accepta son mandat et expédia le 6 Novembre 1885, un acte authentique de la teneur suivante:

« Copia. — Biel den 6. August 1885 für 4500 Fr. Den
» 5. November nächsthin zahlen Sie gegen diesen Prima-
» wechsel an die Ordre des Herrn Paul Walker, Fab. Biel die
» Summe von Franken vier tausend fünf hundert, den Werth
» in Rechnung und stellen solchen auf Rechnung laut Bericht.
» Frauen W^e Walker-Kopp in Biel (Marktgasse) au besoin à
» la Banque populaire. sig. Paul Walker. Acceptirt Biel, den
» 6. August 1885 sig. Wittwe Walker-Kopp.

» Payez à l'ordre de la Banque fédérale, valeur reçue
» comptant. Chaux-de-Fonds, 7 Août 1885, sig. Schlesinger
» et C^e.

» Payez à l'ordre de la Banque commerciale neuchâteloise.
» Valeur reçue comptant. Neuchâtel le 15 Août 1885, Ban-
» que fédérale, comptoir de la Chaux-de-Fonds. Le directeur,
» sig. Louis Droz.

» Payez à l'ordre de la Banque cantonale Berne. Valeur
» en compte. Neuchâtel, le 30 Octobre 1885. Banque commer-
» ciale neuchâteloise. Le directeur, sig. (illisible.)

» *Wechsel-Protest.* Das Original vorstehenden Wechsels
 » habe ich auf Verlangen der Inhaberin Tit. Cantonalbank.
 » Filiale in Biel heute im Domizil der Frauen W^{me} Walker-
 » Kopp in Biel zur Einlösung vorgewiesen, und von deren
 » Sohn Albert Walker zur Antwort erhalten, er sei nicht ein-
 » verstanden, dass seine Mutter diesen Wechsel einlöse.
 » Hierauf verfügte mich zur Nothadressatin, Tit. Volksbank
 » in Biel, welche erklärten dass Sie diesen Wechsel nach
 » erhobenem Protest zu Ehren der eidgenössischen Bank
 » filiale in Chaux-de-Fonds einlösen.
 » Da demnach die verlangte Zahlung nicht erfolgt ist, so
 » habe ich zur Wahrung aller Rechte nach Vorschrift der
 » §§ 814 und 815 des Obligationenrechts Protest erhoben
 » und zu Urkunde dessen gegenwärtigen Akt ausgefertigt.
 » Biel den 6^{ten} November 1885.

» (sig.) Moll, Amstgerichtsweibel. »

Lorsque la traite ainsi protestée fut présentée en retour à Schlesinger et C^{ie} cette maison opposa aux poursuites, soit au recours de change que la Banque fédérale dirigea contre elle en paiement du dit effet.

Schlesinger et C^{ie} fondaient leur opposition sur l'allégation que le protêt levé par l'huissier Moll n'est pas conforme aux exigences de l'art. 815 chiffres 3 et 4 C. O. et que dès lors à teneur de l'art. 762 *ibid.*, aucun recours ne saurait être exercé contre le tireur et les endosseurs.

La Banque fédérale ayant ouvert action à Schlesinger et C^{ie}, le 1^{er} Décembre 1885 en paiement du dit effet, les défendeurs maintinrent leur opposition par les motifs suivants:

L'acte levé par l'huissier Moll ne fait aucune mention d'une « sommation » quelconque de paiement faite à dame Walker-Kopp, ce en opposition au prescrit de l'art. 815 chiffre 3 C. O. — Cet acte n'indique pas, en outre, si le tiré dame Walker était présente ou absente, ou n'a pas pu être trouvée. On ne peut constater, par cet acte, si elle a refusé de donner réponse à la sommation qui lui aurait été faite, ou si elle a donné réponse quelconque. La déclaration mentionnée du fils n'indique pas qu'il agit au nom de sa mère et ne

constitue point une déclaration positive du tiré ou faite au nom du tiré, constatant que celui-ci n'a pu ou voulu donner réponse.

Dans sa réponse, la Banque fédérale conclut au rejet de l'opposition; elle estime que le protêt en question est conforme aux exigences de la loi, attendu que Albert Walker, fils de la débitrice, était suffisamment qualifié pour représenter sa mère et que l'huissier n'était tenu dès lors que de mentionner la déclaration du fils Walker, ce qu'il a fait.

Statuant sur la seule question en litige, à savoir celle de la validité du protêt du 6 Novembre 1885, le Tribunal cantonal de Neuchâtel a, par arrêt du 4 Mars 1886, reconnu la régularité de cet acte et déclaré l'opposition mal fondée par les motifs pouvant être résumés comme suit:

Le but du protêt est de constater le refus du tiré de payer la lettre de change dont le montant lui est réclamé; l'acte de protêt doit à cet effet contenir la preuve que l'officier public chargé de le dresser s'est rendu au domicile du tiré pour le sommer de payer; qu'il a reçu de lui une réponse ou n'en a pas reçu, ou enfin qu'il n'a pas pu trouver le tiré. Dans l'espèce, il résulte de l'acte de protêt que l'huissier s'est rendu au domicile de dame veuve Walker pour y présenter l'original de la traite; que n'ayant pas trouvé à son domicile la débitrice elle-même, il y a trouvé son fils, à qui il a fait connaître le but de sa présence; qu'il n'en a pas reçu de paiement, mais que Albert Walker, dont la réponse indique qu'il avait discuté avec sa mère la question du paiement de la traite, lui a donné pour réponse qu'il n'était pas d'accord pour que sa mère payât cette traite. Au vu de cette réponse obtenue du fils de la débitrice, que l'huissier pouvait à bon droit considérer comme le représentant de sa mère, cet officier public a pu avec raison déclarer que le paiement n'avait pas été effectué et dresser protêt. L'huissier ayant considéré la mère comme suffisamment représentée par son fils, n'avait pas à mentionner dans l'acte de protêt, à peine de nullité de cet acte, l'absence de la mère.

Il est admis dans la jurisprudence qu'il suffit pour la va-

lité de l'acte de protêt que l'indication de l'absence du tiré ressorte de l'ensemble des énonciations de cet acte. Or ici cette indication ressort en outre du fait que si la dame Walker eût été présente à son domicile au moment de la présentation de la traite, l'huissier n'eût pas manqué de relater cette présence et l'adhésion ou l'opposition de la débitrice à la réponse donnée par son fils pour une dette la concernant personnellement.

Le procès attaqué satisfait dès lors aux exigences de la loi, en ce qui concerne le but de l'acte soit la constatation du refus de la part du tiré de payer la lettre de change.

C'est contre cet arrêt que Schlesinger et C^{ie} recourent au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise leur accorder les conclusions de leur opposition, c'est-à-dire :

a) déclarer bien fondée cette opposition ;
 b) prononcer la radiation du commandement de payer du 1^{er} Décembre 1885 ;

c) condamner la Banque fédérale à tous les frais et dépens.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1^o Le recours faute de paiement ne peut, à teneur de l'art. 762 C. O. être exercé contre le tireur et les endosseurs d'une lettre de change, que lorsque la présentation au paiement et le défaut de paiement ont été constatés par un protêt dressé en temps utile, disposition d'où ressort l'importance de cette formalité.

L'art. 815 énumère les conditions que doit réaliser le protêt et lorsque cet acte n'a pas été dressé dans la forme voulue par la loi, il est évident qu'il ne saurait être considéré comme valide.

Il suit de là que le protêt doit nécessairement remplir toutes les conditions légales.

2^o L'art. 815 précité contient en matière d'instrumentation du protêt, des prescriptions spéciales, selon que cet acte doit être dressé en présence ou en l'absence du protesté.

Dans le premier cas, ce document doit contenir la sommation de payer faite à celui contre qui le protêt est dressé, sa réponse ou la mention qu'il n'en a pas donné.

Dans l'espèce, l'acte de protêt ne contient aucune de ces indications et c'est dès lors avec raison que soit les parties soit le Tribunal cantonal ont admis que cet acte ne répond pas à ces exigences et qu'un semblable protêt ne doit pas être considéré comme existant en l'espèce.

3^o Il reste donc à rechercher si l'acte de protêt remplit les conditions exigées alors que la personne contre laquelle il est dressé est absente. Dans ce cas le chiffre 3 de l'art. 815 C. O. exige que l'acte de protêt contienne l'indication que cette personne n'a pu être trouvée c'est-à-dire que non seulement elle n'a pas été rencontrée, mais que, malgré sa requête, il n'a pas été possible à l'officier instrumentaire de remplir sa mission à son égard. Cet officier doit, aux termes de cet article, lorsqu'il trouve quelqu'un au domicile de la dite personne, s'enquérir si elle ne se trouve pas à la maison, et, dans le cas de l'affirmative, la faire sommer de paraître ; ce n'est qu'après que cette tentative est demeurée sans résultat, que l'acte de protêt doit être dressé.

Il doit en tout cas ressortir avec certitude de cet acte que la personne en question n'a pas été trouvée.

Le protêt dressé par l'huissier Moll, en constatant seulement que l'officier instrumentaire a présenté l'effet au domicile de la dame Walker-Kopp et que le fils de celle-ci lui a répondu qu'« il n'était pas d'accord que sa mère payât cette traite » n'établit pas d'une manière indubitable et précise que la dame Walker n'était pas présente en ce moment. Même en admettant que cette constatation de l'acte de protêt puisse faire présumer cette absence, elle ne saurait équivaloir à une certitude. La possibilité de la présence de la dame Walker n'est point exclue, et en assimilant la prédite énonciation du protêt à la constatation indispensable exigée par l'art. 815 C. O. pour la validité de cet acte, l'arrêt dont est recours s'est livré par la voie d'une induction ou d'une présomption à une interprétation que rien n'autorise. (Voy. Thöl, *Handelsrecht*, 3^e édition, II, 310 ; Schneider et Fick, *Commentaire ad art. 815*, chiffre 5 ; Wächter, *Wechsellehre*, pag. 322 ; Bédaride, *Commentaire du code de commerce*, N° 558 ; Nouguier, *Des lettres de change*, 4^e édition, N° 1256, etc.)

Le défaut de constatation d'une circonstance aussi importante que celle de l'absence du tiré ne saurait être suppléé par la voie du raisonnement et d'une simple hypothèse, même vraisemblable.

A ce premier point de vue, le protêt litigieux n'est donc pas conforme aux exigences de la loi et l'opposition au recours de change basé sur cet acte apparaît comme fondée.

4° Mais à supposer même qu'il puisse être admis que le dit protêt constate d'une manière suffisante le fait de l'absence du tiré lors de l'instrumentation de l'acte, ce document n'en serait pas pour cela conforme aux conditions requises par l'art. 815 C. O.

Cette disposition exige en effet la mention dans le protêt non seulement que le tiré n'a pas été rencontré dans son domicile, mais encore celle du fait qu'il n'a pas pu y être trouvé, ce qui suppose nécessairement, de la part du fonctionnaire instrumentaire tout au moins une information spéciale en vue de cette constatation. Or le protêt en question garde un silence absolu sur toute investigation de ce genre ; il n'en résulte en particulier nullement que le tiré n'ait pu être atteint dans son domicile, et cette constatation, indispensable pour que les endosseurs puissent se rendre compte de la situation qui leur est faite est précisément, aux termes de l'art. 815 précité, un des essentialia, et partant, une des conditions de la validité de l'acte.

Il suit de tout ce qui précède que le protêt dressé le 6 Novembre 1883 par l'huissier Moll, en ne mentionnant pas, conformément au prescrit impératif de l'art. 815 C. O. si le tiré a pu être trouvé à son domicile, est entaché d'un vice essentiel, lequel doit entraîner sa nullité, et que le recours, faute de paiement, ne peut ainsi, aux termes de l'art. 762 C. O. être exercé contre les endosseurs.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis et l'arrêt du Tribunal cantonal de Neuchâtel est réformé en ce sens que l'opposition formée par

Schlesinger et C^{ie} aux poursuites qui leur sont adressées par la Banque fédérale en paiement d'un effet de change de 4545 fr. 25, capital et frais de retour compris, est déclarée fondée et la Banque fédérale déboutée de ses conclusions.

47. Arrêt du 5 juin 1886 dans la cause

Pharisaz, Gillard & C^{ie} contre l'Orphelinat de Sâles.

Il existe dans la paroisse de Sâles (Gruyère) un orphelinat créé en faveur des quatre communes qui composent cette paroisse.

Ces communes décidèrent, à la fin de 1883 ou au commencement de 1884, la construction d'une grange, et ont confié l'exécution de cette décision au Conseil paroissial de Sâles, auquel furent adjointes quelques autres personnes.

Cette commission fit élaborer par les sieurs Pharisaz, Gillard et C^{ie} un plan avec cahier des charges et devis, et après les avoir approuvés elle ouvrit un concours pour l'exécution de l'entreprise. Pharisaz, Gillard et C^{ie} soumissionnèrent pour le prix le plus élevé, à savoir 8500 francs, tandis que la soumission la plus basse atteignit 6800 francs seulement.

Sous date du 28 Juillet 1884, la Commission de bâtisse se réunit sous la présidence du président du Conseil paroissial de Sâles.

Procédant au scrutin pour l'adjudication des travaux, les huit membres présents de la commission votèrent 4 pour Pharisaz, Gillard et C^{ie}, 3 pour le sieur Wuichard et 1 pour Descloux et Mauron; le procès-verbal indique que Pharisaz, Gillard et C^{ie} ont obtenu la majorité.

Le président Frossard informa les demandeurs de ce résultat, et après qu'ils eurent réduit leur soumission à 8000 francs, il signa avec eux et le secrétaire de la Commission le cahier des charges. Deux membres de la commission déclarèrent toutefois au protocole s'opposer à l'exécution des travaux pour autant que la ratification ne serait pas soumise à