

discordanza cogli atti, che la consegna di detti tre mobili avvenne alle stesse condizioni come per l'altro mobiglio indicato nell'istromento. Anche un nuovo esame delle prove non potrebbe condurre ad un altro risultato. L'istanza cantonale parla bensì a torto di una ammissione della controparte, risultante dalle deposizioni testimoniali di alcuni membri del Consiglio di Amministrazione, ammissione che non sarebbe naturalmente vincolante per la massa. In realtà non trattasi che della constatazione di un accordo orale, avvenuto fra l'attrice ed alcuni membri del Consiglio di Amministrazione, all'epoca in cui il mobiglio fu dato in possesso.

Per questi motivi, la I<sup>a</sup> Sezione civile  
del Tribunale federale  
pronuncia :

L'appellazione è respinta e quindi confermata la sentenza 13 giugno 1913 della Camera civile del Tribunale di Appello del Cantone Ticino.

#### 4. Obligationenrecht. — Code des obligations.

##### 93. Arrêt de la I<sup>re</sup> Section civile du 4 juillet 1913

*dans la cause Banque fédérale, déf. et rec., contre Pommey, dem. et rec. par voie de jonction.*

Opérations de jeu ; demande de restitution de titres remis en couverture. Paiement volontaire ? La remise de titres en garantie d'opérations de jeu ne constitue pas un paiement.

A. — Ch. Pommey a ouvert action le 6 octobre 1910 à la Banque fédérale en concluant à la restitution d'un certain nombre de titres (15 oblig. Mexique 5 %, 16 obligations 4 % Brésil 1902, 40 actions La Union y el Phcenix Español) qu'il lui avait remises en nantissement.

La Banque a conclu à libération en exposant que, créancière de Pommey à raison d'opérations de bourse faites pour

lui à Paris, elle a vendu pour se couvrir et conformément à l'acte de nantissement les titres revendiqués et qu'elle a porté au crédit du demandeur le produit de leur réalisation.

Pommey a répliqué que les opérations faites pour son compte ont été irrégulières ou même fictives et il a exigé de la Banque qu'elle en apportât la justification par la production des bordereaux des agents de change et des coulissiers de Paris.

La Banque a produit les bordereaux concernant les opérations faites depuis le 22 décembre 1909, date du dernier arrêté de compte approuvé par Pommey. Celui-ci a dénié toute valeur à cette approbation et a soutenu que les bordereaux produits démontraient le caractère fictif des opérations.

Le Tribunal de première instance a débouté le demandeur de ses conclusions ; il a estimé que l'approbation donnée par Pommey à son arrêté de compte le 23 décembre 1909 le liait et que la preuve de la régularité des opérations subséquentes résulte des bordereaux produits.

Pommey a interjeté appel et a repris ses conclusions en offrant toutefois l'imputation d'une somme de 3547 fr. 45 reçue par lui en divers paiements de 1908 à 1910. Subsidiatement il a conclu à la désignation d'un expert chargé de vérifier la régularité des opérations de bourse faites à Paris. Enfin il a conclu à une indemnité de 18 000 fr.

Par arrêt du 26 octobre 1912, la Cour a déclaré irrecevable, comme formée pour la première fois en appel, la demande en dommages-intérêts. Pour le surplus, constatant que les parties n'ont pas soulevé l'exception de jeu, mais qu'elle doit être examinée d'office, la Cour a renvoyé la cause pour être instruite sur ce point.

B. — Par arrêt du 5 avril 1913, la Cour a condamné la Banque à restituer à Pommey, contre paiement de 4184 fr. 95, 40 actions Union et Phénix espagnol avec coupons attachés depuis le 8 janvier 1910 et 8 obligations 4 % Brésil avec coupons attachés dès le 30 décembre 1909, la Banque étant tenue, à défaut de restitution en nature, de rembourser la

valeur de ces titres au cours du jour. Pour le surplus, elle a débouté les parties de leurs conclusions.

Cet arrêt est motivé comme suit :

Le marché à terme ne donne lieu à aucune action en justice lorsque les parties ont convenu d'exclure la livraison des titres ; et une telle convention tacite doit être présumée lorsqu'il existe une disproportion évidente entre le chiffre des opérations et la situation du donneur d'ordre, s'il est prouvé que l'autre partie connaissait cette situation. En l'espèce il n'a existé jusqu'au 15 janvier 1909, aucune disproportion entre les ordres donnés par Pommey et la fortune que la Banque pouvait lui supposer ; par contre à partir de cette date la disproportion est manifeste ; les opérations faites depuis le 15 janvier 1909 tombent donc sous le coup des art. 512 et suiv. CO.

Cela étant, le demandeur a le droit d'exiger la restitution des titres remis en couverture des opérations de jeu, dans la mesure où la remise de ces titres n'apparaît pas comme un paiement volontaire. Or en ce qui concerne les titres remis avant le 15 janvier 1909 (8 oblig. Brésil, 40 actions Union et Phénix espagnol) il n'est pas établi que Pommey ait consenti à les affecter au paiement de dettes de jeu, aucune opération de ce genre n'ayant encore eu lieu ; il a dès lors le droit d'en exiger la restitution, sous imputation de la somme qu'il doit à la Banque à raison des opérations régulières qu'elle a exécutées ; cette somme s'élève à 4184 fr. 95. Par contre en ce qui concerne les coupons encaissés et les titres déposés depuis le 15 janvier 1909, Pommey ne peut en demander la restitution, car il les a remis ou laissés volontairement à la Banque pour garantir le remboursement d'une dette de jeu déjà existante ; il s'agit d'un paiement anticipé qui, en vertu de l'art. 514 CO, ne peut être répété.

C. — La Banque a formé en temps utile auprès du Tribunal fédéral un recours en réforme contre cet arrêt en concluant à ce que le demandeur soit débouté de toutes ses conclusions. Elle conteste qu'il y ait eu convention tacite d'exclure la livraison, car dès qu'elle s'est aperçue que Pom-

mey voulait faire des opérations de jeu elle a cherché à y mettre un terme. Mais si l'on admet qu'il y a eu jeu, on doit constater alors qu'il a commencé avant la date du 15 janvier 1909 et que les titres remis avant cette date constituent eux aussi des paiements volontaires effectués par le demandeur et que celui-ci ne peut par conséquent répéter.

Le demandeur s'est joint au recours en reprenant l'intégralité de ses conclusions. Il ajoute que, dans tous les cas, la somme à payer par lui doit être réduite de 995 fr. coupons perçus en juillet 1909, et que la restitution des titres ou de leur valeur doit s'opérer sur la base de la valeur qu'ils avaient au jour de l'introduction de la demande.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1. — C'est avec raison et en conformité de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral que la Cour a recherché d'office si les opérations conclues entre parties présentaient le caractère d'opérations de jeu. D'ailleurs si au début le demandeur n'a pas soulevé cette exception, après le premier arrêt de la Cour il l'a faite sienne et en a soutenu le bien fondé.

Dans l'examen de cette question la Cour a fait application des principes souvent proclamés déjà par le Tribunal fédéral, à savoir qu'un marché à terme constitue une opération de jeu lorsque les parties ont expressément ou tacitement convenu d'exclure la livraison des titres, et qu'une telle entente doit être présumée lorsque entre le chiffre des opérations faites et la situation de fortune du donneur d'ordres il existe une disproportion évidente et connue du banquier. En l'espèce l'instance cantonale a admis que, tout au moins à partir du 15 janvier 1909, l'ampleur des ordres donnés par Pommey et exécutés par la Banque a été hors de toute proportion avec la fortune du demandeur telle qu'elle était connue de la défenderesse. Il s'agit là avant tout de constatations de fait et c'est à tort que la recourante soutient qu'elles sont contraires aux pièces du dossier ; elle prétend notamment que la Cour n'aurait pas dû évaluer les positions spéculatives de Pommey au montant des ordres de bourse donnés

par lui, puisque ces ordres concernaient des *ventes* à terme et non des *achats* à terme; mais cette argumentation va à fin contraire de la thèse soutenue par la défenderesse; les risques qu'implique une vente à découvert, bien loin d'être inférieurs à ceux d'un achat à terme, sont au contraire illimités; l'évaluation de l'instance cantonale ne peut donc dans tous les cas pas être regardée comme exagérée. Au surplus la disproportion constatée entre l'importance des opérations effectuées et la situation de fortune du demandeur n'est pas le seul fait qui permette de supposer que les parties avaient entendu exclure la livraison des titres. La preuve de cette intention commune peut résulter aussi, en ce qui concerne le demandeur, de ses aveux et, en ce qui concerne la défenderesse, du fait qu'elle n'a jamais exigé de Pommey la livraison effective des titres qu'il vendait, se bornant à lui demander une couverture pour les différences qui seules constituaient le véritable objet des affaires conclues.

2. — Pour refuser la restitution des titres revendiqués, la Banque ne peut donc se contenter d'invoquer la créance qu'elle possédait contre Pommey, puisque, d'après ce qui précède, c'est une créance de jeu ne donnant aucune action en justice (art. 512 CO). La demande de restitution des titres doit par conséquent être admise, à moins que leur remise à la Banque n'apparaisse comme un paiement volontaire, le joueur ne pouvant, aux termes de l'art. 514 CO, répéter ce qu'il a payé volontairement. Il reste ainsi à rechercher quelle valeur on doit attribuer à la remise de titres à une banque en couverture d'opérations de jeu. La réponse à cette question ne saurait être douteuse. Elle est commandée par le texte précis de l'art. 514 qui parle de *paiement* volontaire. Or on ne peut assimiler un nantissement ni au paiement actuel d'une dette existante, ni au paiement anticipé d'une dette future. Au plus implique-t-il une promesse de paiement et cette promesse, comme tous autres engagements de jeu, est sans effet juridique. Seule la répétition des paiements effectivement opérés étant exclue par la loi, le joueur pourra donc exiger la restitution des titres remis par lui à la Banque, à moins qu'il n'ait entendu les donner en paiement de sa

dette ou que, pour se couvrir, elle ne les ait réalisés avec son consentement exprès ou tacite. Cette solution admise assez généralement en France (v. AUBRY et RAU, IV p. 578 et 581; SIREY 1868, 2. 208 et 86, 1. 368), et en Allemagne par la doctrine et la jurisprudence unanimes (v. *Commentaires du BGB* sur § 762, STAUB, 376 note 48a; arrêts du Reichsgericht, 30 p. 215 et suiv. et 38 p. 233 et suiv.), a été adoptée au moins implicitement par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Lapille c. Goncet du 24 juin 1905 (v. dans le même sens, HAFNER note 4 sur art. 512 et note 2 sur art. 514). Elle est conforme aussi bien à l'esprit qu'à la lettre de la loi. Le but du législateur a manifestement été d'entraver le jeu en refusant à celui qui le favorise toute action pour obtenir le remboursement de ses avances. Or ce but ne serait pas atteint si, pour se mettre à l'abri de l'exception de jeu, il suffisait au banquier de se faire constituer des nantissements par ses clients. Sans doute on ne peut que réprover la conduite du spéculateur qui, après avoir joué à crédit, oppose l'exception de jeu à la Banque et exige la restitution des valeurs qu'il lui avait remises en garantie de sa créance. Mais c'est là un risque qu'il est juste de faire supporter au banquier qui a sciemment prêté les mains à une opération considérée par la loi comme immorale.

Dans le cas particulier, non seulement le demandeur n'a pas autorisé la Banque à réaliser les titres remis en couverture, mais il s'est formellement opposé à cette réalisation. Et d'autre part il est impossible de considérer la remise de ces titres comme une dation en paiement; la Banque elle-même n'a jamais prétendu qu'il lui en eût transféré la propriété en paiement ou des dettes déjà existantes ou des dettes futures qu'il pourrait contracter, et il va sans dire que, si tel avait été le cas, elle n'aurait pas eu à le mettre en demeure de payer une dette qui se serait trouvée éteinte sans autre par la dation en paiement déjà effectuée, et la menace de réalisation des titres aurait été vaine s'ils avaient déjà appartenu à la Banque. En réalité les parties n'ont pas eu en vue autre chose qu'un nantissement pur et simple. Et ceci est vrai soit des titres remis avant le moment où les opérations de jeu

ont commencé, soit de ceux remis ultérieurement. La distinction faite par la Cour entre ces deux catégories de titres ne se justifie pas : que la dette de jeu à garantir eût déjà pris naissance lors de la remise des titres ou qu'elle ne fût pas encore née, peu importe ; dans les deux cas, il s'agissait de la constitution d'un gage et non d'un paiement. Le paiement n'est intervenu qu'ensuite de la réalisation des titres et il a eu lieu non seulement sans la volonté, mais contre la volonté du demandeur. La Banque n'est par conséquent pas fondée à invoquer l'art. 514 CO pour refuser la restitution des titres. Par contre c'est avec l'assentiment, au moins tacite, du demandeur qu'elle a encaissé les coupons des titres remis en nantissement et qu'elle en a affecté le montant au paiement de sa créance ; le demandeur n'a dès lors pas le droit de répéter ces paiements, qui doivent être considérés comme volontairement effectués.

D'autre part il y a lieu d'observer que la créance que la Banque a fait valoir contre Pommey n'a pas sa source uniquement dans les opérations de jeu conclues entre parties ; dans la mesure où elle résulte d'autres opérations licites, soit d'avances consenties au demandeur, elle échappe naturellement à l'exception de jeu. Aussi bien Pommey ne demande-t-il la restitution des titres que sous imputation d'une somme de 3547 fr. 45 qu'il reconnaît devoir à la Banque. On ne voit pas par quels calculs il est arrivé à ce chiffre qu'il n'a pas tenté de justifier et que de son côté la défenderesse n'a pas discuté. Mais on doit tenir cette offre pour satisfaisante, car si, à l'aide des comptes fournis par la Banque, on calcule le solde dont Pommey se trouvait débiteur le 15 janvier 1909 — date à laquelle ont commencé les opérations de jeu — et si l'on y ajoute les sommes que la Banque lui a versées depuis, on obtient une somme inférieure à celle que le demandeur offre de payer.

Enfin, dans l'éventualité où les titres ne seraient pas restitués en nature, c'est à tort que l'instance cantonale a autorisé la Banque à en restituer la valeur au cours du jour. Le demandeur a évidemment le droit d'en exiger la valeur calculée à la date à laquelle il a formé sa demande.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

1. Le recours principal est écarté.
2. Le recours par voie de jonction du demandeur est admis et l'arrêt de la Cour de Justice est réformé en ce sens que :
  - a) la Banque fédérale est tenue de restituer à Pommey, contre paiement de la somme de 3547 fr. 45 avec intérêts à 5 % dès le 6 octobre 1910
  - a) 15 oblig. 5 % Mexique d'une valeur nominale de 100 Pesos, portant les n°s 182 740-41, 184 538-43, et 184 545-561 ;
  - b) 16 oblig. 4 % Brésil 1902 de 20 £ chacune portant les n°s 214 532-547 ;
  - c) 40 actions la Union y el Phoenix Español, valeur nominale 200 fr., portant les n°s 9848-74, 30 150, 45 366-77 ;
 tous ces titres avec coupons attachés dès le 6 octobre 1910, la Banque étant condamnée, faute de restitution de ces titres, à en payer à Pommey la valeur au cours du 6 octobre 1910 avec intérêts à 5 % dès cette date.

94. *Urteil der I. Zivilabteilung vom 5. Juli 1913*  
in Sachen *Bach*, Bfll. u. Ber.-Kl., gegen  
*Spar- und Leihkasse Steckborn in Stg., Kl. u. Ber.-Bfll.*

*Art. 617 OR. Bestreitung der Einzahlungspflicht durch den Aktienzeichner. weil die betreffende Aktienemission (Kapitalerhöhung) nicht zu Stande gekommen sei, ein anderer Aktienzeichner als Verwalter der A.-G. nicht habe zeichnen können und dieser zudem zahlungsunfähig sei. — Die Zeichnungserklärung ist, auch im Falle der Kapitalerhöhung und hinsichtlich der noch nicht einbezahlten Aktienquoten, wegen Betruges nicht anfechtbar. — Einrede des nicht erfüllten Vertrages durch den Einzahlungspflichtigen, weil ihm wegen Liquidation der Gesellschaft nicht mehr die volle Stimm- und Dividendenberechtigung zustehe.*

A. — *Durch Urteil vom 15. April 1913 hat das Obergericht des Kantons Thurgau in vorliegender Streitfache erkannt:*