

Vertragsverhältnis eine dahingehende übereinstimmende Willensmeinung der Parteien ergäbe — wobei es sich dann wohl eher um einen Garantievertrag als um eine Bürgschaft handeln dürfte (vergl. BECK, a.a.O. S. 528, 533). Eine solche gemeinsame Absicht der Parteien kann jedoch mit der Vorinstanz nicht als erwiesen betrachtet werden. Auf Seiten der Klägerin mag zwar eine solche Absicht bestanden haben, wie sich aus den eingangs wiedergegebenen Stellen ihrer Schreiben vom 11. und 17. Oktober 1935 an Pavella ergibt. Allein weder dieser, noch die Klägerin haben der Beklagten von diesen Briefstellen Kenntnis gegeben, offenbar, wie mit der Vorinstanz zu vermuten ist, weil sie befürchteten, dass die Beklagte eine solch weitreichende Haftung ablehnen würde. Aus den Umständen aber war der Beklagten die genannte Absicht der Klägerin nicht erkennbar, weshalb ihr eine solche Vertragsmeinung auch nicht imputiert werden kann. Denn nach der verbindlichen Feststellung der Vorinstanz ist es in den in Frage stehenden beteiligten Kreisen nicht üblich, einen Vertrag über die Deckung eines derart aussergewöhnlichen Risikos in die Form der gewöhnlichen Solidarbürgschaft zu kleiden. Wenn der Beklagten daher auch die damaligen Devisenschwierigkeiten Italiens bekannt sein mochten, so hatte sie doch keinen Anlass, ohne besonderes diesbezügliches Begehren seitens der Klägerin anzunehmen, dass deren Bestreben auf die Erlangung einer Sicherheit gegen die Folgen von Zahlungsschwierigkeiten infolge der Devisenlage Italiens gerichtet sei.

Endlich ist auch der Umstand, dass die Bürgschaftssumme in Schweizerfranken angegeben wurde, für den Standpunkt der Klägerin unbehelflich; denn sie verlangte ja zuerst eine Bürgschaft in Belgas, und erst als die Beklagte dies ablehnte, erklärte sie sich mit einer Bürgschaft in Schweizerwährung einverstanden.

7. — Muss die Berufung und damit in Bestätigung des angefochtenen Urteils die Klage gegen die Bürgin abge-

wiesen werden, so erübrigt es sich, auf die Differenzen hinsichtlich des Quantitatifs der verbürgten Forderung einzutreten.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 4. März 1937 wird bestätigt.

63. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 3 novembre 1937 dans la cause Holzeinkaufstelle Schweizerischer Papier- und Papierstoff-Fabrikanten (Hespa) contre A. S.

Art. 171 CO. — Dans la cession à titre onéreux, le cédant est garant de l'existence de la créance, que la cession ait eu lieu en guise de paiement, en vue de paiement ou même à titre de garantie (consid. 4).

Art. 110 ch. 1 et 173 al. 2 CO. — Droits du tiers qui paie le cessionnaire contre le cédant.

Extrait des faits :

A. — Le Duc de Leuchtenberg était propriétaire d'une collection d'orfèvrerie de grande valeur qui avait appartenu à l'Impératrice Joséphine et qui comprenait un peigne orné de brillants. En 1924, le Duc la remit à l'orfèvre A. S., pour qu'il la vendît. A. S. trouva acquéreur pour le peigne au prix de 80 000 francs.

Par la suite, l'orfèvre consentit au Duc des avances d'argent en empruntant lui-même les fonds au Comptoir d'Escompte de Genève.

Le 9 août 1929, le Duc de Leuchtenberg décéda; certains de ses héritiers répudièrent la succession, d'autres l'acceptèrent.

A. S. reconnut qu'il détenait « pour le compte du Comptoir d'Escompte » la collection de l'Impératrice.

La banque arrêta le 15 avril 1930 « le compte de M. A. S. dû par le Duc de Leuchtenberg » à 131 113 fr. 85. Par convention du 17 avril entre les héritiers du Duc,

A. S. et le Comptoir, les premiers reconnurent devoir au bijoutier ladite somme garantie par un droit de rétention sur le service de Joséphine. Dans le compte figure notamment un versement de 40 000 fr. du 4 novembre 1925. Le même jour, A. S. céda au Comptoir sa créance contre l'hoirie de Leuchtenberg, qui s'engage à payer cette dette audit Comptoir.

La Holzeinkaufstelle Schweizerischer Papier- und Papierstoff-Fabrikanten (Hespa) et l'Union de Banques Suisses (UBS) avaient aussi avancé au Duc et à la Duchesse de Leuchtenberg de fortes sommes. Les Hoirs passèrent en 1931 une transaction avec la Hespa et l'UBS, leur remettant en gage, en second rang, le service de l'Impératrice.

A la fin de 1933, la Banque d'Escompte Suisse (BES), qui avait succédé au Comptoir, réclama à l'Hoirie le remboursement de 182 856 fr. représentant le compte « A. S.-de Leuchtenberg » et de 14 254 fr. représentant un compte Wolkonsky, et sous menace de procéder à la réalisation du gage. Estimant la valeur du gage très supérieure à la créance de la BES, la Hespa et l'UBS offrirent à la BES, pour libérer le gage, 174 000 fr., alors que les comptes A. S. et Wolkonsky atteignaient ensemble environ 197 000 fr. La BES se déclara prête à délivrer le gage moyennant paiement par l'UBS de 180 000 fr.

Le 25 juillet 1934 fut signée entre la BES, l'UBS et Hespa la convention suivante :

« Exposé des faits :

» La Banque d'Escompte Suisse est créancière de Monsieur Auguste S., qui lui doit la somme de 183 472 francs, valeur 26 juin 1934, en compte A. S.-de Leuchtenberg, et de l'Hoirie de Leuchtenberg, qui lui doit 14 254 francs, valeur 11 juin 1934.

» Ces créances sont garanties par un gage en premier rang sur le service de l'Impératrice Joséphine et par

deux hypothèques faisant environ 695 000 francs français contre Messieurs Ravaisson-Mollien et Wolkonsky. L'Union de Banques Suisses et la Hespa sont également créancières de l'Hoirie de Leuchtenberg et leurs créances sont garanties par les mêmes gages suivant transaction du 23 décembre 1931.

» Les parties conviennent de ce qui suit :

» 1. La Banque d'Escompte Suisse déclare renoncer au gage sur le service de l'Impératrice Joséphine et sur les deux hypothèques mentionnées ci-dessus, moyennant paiement de la somme de 180 000 francs.

» 2. La Hespa s'engage à verser cette somme à la Banque d'Escompte Suisse dès la ratification de la présente convention par la Commission de Gestion de ladite banque.

» Cette somme de 180 000 fr. sera portée par la Banque d'Escompte Suisse au crédit de M. A. S. en compte A. S.-de Leuchtenberg et de l'Hoirie de Leuchtenberg, au prorata des sommes dues par eux.

» 3. Au cas où l'Hoirie de Leuchtenberg prétendrait que les créances susdites de la Banque d'Escompte Suisse sur M. A. S. et sur elle-même sont inférieures à cette somme de 180 000 fr., la Banque d'Escompte Suisse sera en droit de réclamer à ses deux débiteurs le montant total de ses créances tel qu'il figure à l'alinéa 1^{er} de l'exposé des faits de la présente convention.

» La Banque d'Escompte Suisse donnera par contre quittance définitive à Monsieur A. S. pour le compte A. S.-de Leuchtenberg et à l'Hoirie de Leuchtenberg pour la créance de 14 254 fr., valeur 11 juin 1934, sitôt que l'Hoirie de Leuchtenberg, après vérification, lui aura fait savoir qu'elle renonce à critiquer ces deux comptes et à faire valoir une prétention quelconque contre la Banque d'Escompte.

» Lorsque l'Hoirie de Leuchtenberg aura fait savoir à la Banque d'Escompte qu'elle renonce à toute prétention contre ladite Banque, celle-ci remettra à la Hespa

les bijoux et autres objets précieux qui sont déposés dans ses coffres et qui appartiennent à l'Hoirie de Leuchtenberg et à la Duchesse de Leuchtenberg, bijoux et objets qui sont frappés d'un gage en second rang en faveur de la Hespera et de l'UBS. »

Les 180 000 fr. furent payés le 2 août 1934 et la BES fit savoir à A. S. qu'elle avait renoncé en faveur de Hespera et de l'UBS au gage sur le service de Joséphine et qu'ainsi A. S. ne le détenait plus pour son compte à elle, BES. Le 20 novembre 1935, l'UBS céda à Hespera tous ses droits résultant de la convention du 25 juillet 1934.

Entre temps, l'Hoirie et A. S. avaient correspondu au sujet du compte « A. S.-de Leuchtenberg ». L'Hoirie estimait qu'une somme de 40 000 fr. portée comme un prêt de A. S. représentait un acompte sur les 80 000 fr., prix de vente du peigne. A. S. finit par le reconnaître.

B. — Le 3 janvier 1936, Hespera intenta action contre A. S. en lui réclamant le remboursement des sommes suivantes :

Montant de 40 000 fr. porté à tort comme prêt dans le compte de Leuchtenberg		
valeur 4 novembre 1925	fr.	40 000
Intérêts à 8 % depuis cette date au 30 juin 1934	»	36 159
Somme de 20 000 fr. portée à tort en compte le 26 février 1926	»	20 000
Intérêts depuis cette date	»	18 719
		<hr/>
	fr.	114 878

La demanderesse prétend que ces deux sommes de 40 000 fr. et de 20 000 fr. étaient non pas des prêts, mais des acomptes, et que le versement de 20 000 fr. précedemment effectué de la main à la main le 28 décembre 1925, à Paris, ne l'avait jamais été. Le Duc n'aurait ainsi reçu, sur les 80 000 fr. du peigne, que les 20 000 fr. versés par le Comptoir le 26 décembre 1925.

Le défendeur, après avoir admis la plupart des allégations de Hespera, a contesté à la demanderesse le droit de réclamer le montant sus-indiqué, qu'il déclare devoir à l'Hoirie de Leuchtenberg et à personne d'autre.

Par jugement du 16 décembre 1936, la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois a rejeté la demande et mis les frais à la charge de la demanderesse. Celle-ci a recouru en réforme au Tribunal fédéral qui a admis la demande.

Extrait des motifs :

4. — Pour déterminer les droits de la BES dans lesquels la demanderesse a été subrogée légalement par son paiement du 2 août 1934, il faut se rappeler que, tout d'abord, la BES était créancière du défendeur en vertu d'un compte courant clos au 15 avril 1930 par 131 113 fr. 85 et au 30 juin 1934 par 184 472 fr., qu'en second lieu, le défendeur avait cédé à la BES, le 25 juillet 1934, sa créance de même montant contre les Hoirs de Leuchtenberg et que, depuis 1930 en tout cas, le service de Joséphine avait été remis en gage à la BES pour garantir la dette de A. S. à l'égard de ladite Banque.

Afin de préciser les rapports de droit entre la BES et A. S., le Tribunal cantonal examine longuement si la cession du 17 avril 1930 a été faite en guise de paiement (an Zahlungsstatt) ou en vue de paiement (zahlungshalber). Sa conclusion est que la cession a été faite simplement en vue de paiement.

Cette manière de voir est juste. Les mots « bonification Auguste S. », qui figurent en date du 17 avril 1930 sur le relevé du compte « A. S.-de Leuchtenberg » pourraient faire croire qu'il y a eu extinction de la dette de A. S. à l'égard de la BES et ainsi *datio in solutum*. Mais l'article « bonification A. S. » n'est pas porté à l'avoir du compte A.S., comme ce serait le cas si la BES avait considéré la cession comme en éteignant la dette ; il se trouve au débit du compte. Il s'agit manifestement, comme le relève le Tribunal cantonal, d'une expression impropre, rappelant

simplement la cession A. S. et ne libérant en rien ce dernier. La BES a continué à intituler ce compte « compte A. S.-de Leuchtenberg » et à envoyer les bien-trouvés à A. S. ; dans la convention avec la Hespera, elle indique clairement que son débiteur est A. S., etc. L'acceptation d'une créance avec extinction de la dette originaire est du reste si peu dans la manière des banques que la présomption admise — en cas de doute — par la doctrine, qu'il doit s'agir d'une cession *solutionis causa* plutôt que d'une *datio in solutum*, s'impose ici. Enfin, au cours de la procédure, le défendeur a reconnu que la cession « n'avait point éteint ses dettes envers la BES » (réponse, ch. 30).

Cette discussion sur la nature de la cession n'était d'ailleurs pas indispensable. Sans conteste la cession de A. S. à la BES a été faite à titre onéreux ; elle avait pour but d'éteindre la dette, c'est-à-dire l'obligation contractée à titre onéreux par A. S. envers la BES : ce n'était ni un legs, ni une donation.

Or, dans la cession à titre onéreux, le cédant est garant de l'existence de la créance, et cela que la cession ait eu lieu en guise de paiement, en vue de paiement ou même à titre de garantie. La seule différence c'est que, dans les cessions en vue de paiement ou en garantie, le cédant reste débiteur directement en vertu du rapport d'obligation antérieur qui n'est pas éteint, tandis qu'en cas de *datio in solutum*, la première obligation étant éteinte, il est garant, en vertu de la cession même, comme un vendeur RO 26 II 731 ; OSER-SCHÖNENBERGER art. 171 n. 1 et 7, 172 n. 2 et 7 ; BECKER, art. 171 n. 5, 172 n. 2 ; Vorbem. z. Art. 68-90, n. 5 ; v. TUHR § 56 I et II ; BOSSHARD, die Abtretung zahlungshalber u. an Zahlungsstatt, p. 34 II et 84 ; WOLFF, Wesen u. Voraussetzung der Zession, p. 135).

L'opinion du Tribunal cantonal suivant laquelle, dans la cession en vue de paiement, le cédant n'est pas garant et l'article 171 n'est pas applicable, est peut-être juste au point de vue strictement théorique, en ce sens que le

cédant est débiteur direct. Mais en pratique le résultat est le même et la plupart des auteurs admettent sans hésiter l'application de l'article 171, c'est-à-dire la garantie pour l'existence de la créance, [aussi bien en cas de *datio in solutum* que de *cessio solutionis causa*, quoique le rapport de droit à la base de la garantie soit différent. (V. aussi RO 35 II 88, où le Tribunal fédéral parle bien d'un « Rückgriff ».)

Dans le cas particulier, la cession en vue de paiement ne fait aucun doute, si bien que A. S., débiteur de la BES lors de la cession, est resté garant (ou débiteur) pour la part de la créance contre les Hoirs de Leuchtenberg que le cessionnaire ne pourrait recouvrer, par suite d'exceptions légitimes des débiteurs de la créance cédée.

5. — La conclusion logique de ces considérations, c'est que la demanderesse, subrogée dans les droits de la BES, dont elle avait payé la créance jusqu'à concurrence de 180 000 fr. pour dégrever le gage donné par le défendeur A. S. à la BES en garantie de sa dette, devenait *ipso facto* la créancière du prénommé pour le montant non payé ou non recouvrable de l'Hoirie de Leuchtenberg.

Le Tribunal cantonal en a jugé autrement. Il admet une subrogation de la demanderesse mais ajoute : « Si le cessionnaire primitif (la BES) cède à son tour la créance à un tiers (Hespera), le second cessionnaire ne peut exercer l'action en garantie de l'article 171 CO que contre son cédant cocontractant et non contre le cédant originaire. »

Or, « considérant que ces principes, consacrés par la doctrine et la jurisprudence en matière de cession, doivent trouver également leur application en cas de subrogation, cette dernière institution se caractérisant sans autre comme une cession légale », le juge cantonal refuse à la demanderesse le droit d'exercer un recours quelconque contre le défendeur, qui n'est que le cédant originaire et non pas son cédant cocontractant.

Le Tribunal fédéral ne peut se rallier à ce raisonnement. Sans doute, la jurisprudence et la doctrine, en cas de cession d'une créance de A à B et d'une nouvelle cession

de B à C, refusent à C le droit d'actionner A directement en garantie : seul B est garant à l'égard de C. Mais étendre par analogie au cas de la cession légale, soit de la subrogation, ce principe, admis seulement jusqu'ici pour la cession volontaire de créance, ne serait possible que si cette extension répondait à un besoin et qu'en outre elle ne fût pas contraire à une règle de droit positif. Or cette règle existe : c'est l'article 173 al. 2 CO qui *exclut* l'application des articles 171 et 172 à la cession légale et prévoit que cette cession légale n'entraîne aucune garantie du précédent créancier. Dans la subrogation de l'article 110 al. 1, qui est un des cas les plus typiques de la cession légale, le « précédent créancier » de l'article 173 al. 2 n'est autre que le créancier auquel le tiers est subrogé par son paiement. Le tiers est ici la demanderesse ; le précédent créancier est la BES.

Cette différence entre la cession volontaire et la cession légale se justifie. La seconde cession résulte non pas d'un contrat, mais d'un acte de disposition unilatéral, par lequel on peut même se subroger dans les droits du créancier contre le gré de celui-ci. Il était donc juste d'exclure en principe et sauf circonstances spéciales la garantie du créancier auquel un tiers se subroge ainsi (OSER, 173 n. 7 ; BECKER, 173 n. 4 ; v. TUHR, § 97 III n. 24 ; HAFNER, 195/2 ; ROOS, Über die Subrogation, p. 96, qui cite PLANCK, PLANIOL et BAUDRY-LACANTINERIE). Ces auteurs font une réserve pour le cas où l'action en garantie découlerait du rapport de droit fondamental entre le créancier et le tiers subrogé, par exemple d'un mandat ou d'une commission. Mais, comme on l'a vu, l'acte de disposition de la demanderesse, soit son paiement de 180 000 francs, est un acte abstrait : il n'est motivé par aucun rapport de droit antérieur avec la BES.

Il n'appartient du reste pas au Tribunal fédéral, dans le présent procès, de dire si — eu égard à des circonstances particulières — la BES est quand même garante envers la demanderesse : il n'a à juger ici que des droits de Hespera

contre A. S., et peut donc se borner à constater que, contrairement à l'opinion du Tribunal cantonal, le principe de la responsabilité en cascade, appliqué en cas de cessions successives, est exclu formellement par l'art. 173 al. 2 s'il s'agit de subrogation légale.

On ne voit pas non plus pourquoi, en payant la BES et en dégageant le gage, la demanderesse — comme le voudrait le Tribunal cantonal — n'aurait acquis que les droits de la BES contre les Hoirs de Leuchtenberg et non contre A. S.

Car A. S. reconnaît qu'il est resté débiteur de la BES après la cession : la convention du 25 VII 1934 précise non seulement que la BES est créancière de A. S. de 183 472 francs, mais encore que cette créance directe de la BES contre A. S. est « garantie par un gage en premier rang sur le service de l'Impératrice Joséphine ».

En versant à la BES les 180 000 francs, la demanderesse a payé la dette d'autrui dont parle l'article 110 ch. 1 CO et doit être subrogée en premier lieu dans les droits du créancier contre celui dont elle a payé la dette, c'est-à-dire contre le défendeur.

En admettant même que les droits transférés à la demanderesse ne pourraient résulter que de la cession de créance A. S.-BES, on arrive au même résultat. La subrogation a pour effet d'éteindre la créance à l'égard du créancier, mais — par une fiction — de la transmettre « in toto » au tiers subrogé : celui-ci non seulement devient créancier, mais acquiert tous les droits accessoires, toutes les sûretés, y compris les droits contre les cautions, tous les droits de recours du créancier (OSER-SCHÖNENBERGER, 110 n. 2 et 15 ; BECKER, 110 n. 7 ; v. TUHR, § 59 III. En droit français, COLIN et CAPITANT, p. 90 ; PLANIOL, n° 374 ; BAUDRY-LACANTINERIE, Traité des obligations, vol. 2, n° 1567).

Si l'on considère donc le rapport de droit BES-Hoirs de Leuchtenberg et les droits de la BES résultant de la cession de créance, on doit admettre que ces droits com-

prennent non seulement le droit de recouvrer la créance, mais encore le droit de recours contre le cédant pour la non-existence de la créance (art. 171 CO).

Que ce soient les droits directs contre A. S. résultant du crédit consenti à ce dernier par la BES ou le droit de recours contre lui résultant de sa cession de créance, les uns ou les autres ont passé à la demanderesse par suite du paiement effectué et de la subrogation. Il n'y a aucune raison pour ne pas autoriser la demanderesse à faire valoir ses droits directement contre le défendeur.

III. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

64. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 20. Oktober 1937 i. S. W. gegen Sch.

Zulässigkeit der Berufung; Begriff des Haupturteils, Art. 58 OG. Kein solches ist das Adhäsionsurteil des Solothurnischen Schwurgerichts.

Aus dem Tatbestand :

Der Beklagte W. wurde vom Schwurgericht Solothurn adhäsionsweise zur Bezahlung einer Entschädigungs- und Genugtuungssumme von Fr. 1500.— an den Zivilkläger Sch. verurteilt, der Fr. 5000.— verlangt hatte.

Auf die Berufung des Beklagten tritt das Bundesgericht nicht ein, mit den folgenden

Erwägungen :

1. — Nach Art. 58 OG ist die Berufung an das Bundesgericht nur zulässig gegen letztinstanzliche kantonale Haupturteile. Es ist daher zu prüfen, ob das Urteil des

Solothurner Schwurgerichts hinsichtlich des Zivilpunktes den Anforderungen des Art. 58 OG genügt.

2. — Die Zulässigkeit und die Behandlung einer Zivilklage im Adhäsionsprozess wird in §§ 94/6 der Solothurner Strafprozessordnung allgemein geregelt. Die Rechtsmittel gegen schwurgerichtliche Urteile sind in den §§ 330 ff. umschrieben. In strafrechtlicher Beziehung sind die Kassation und die Wiederaufnahme der Untersuchung vorgesehen. Im Abschnitt über die Kassation erfährt nun der Weiterzug des Zivilpunktes eine besondere Regelung :

§ 331.

« Der Verletzte und der Angeklagte können bezüglich des Zivilpunktes wegen mangelhafter oder unrichtiger Anwendung des Zivilgesetzes Rekurs an das Obergericht ergreifen.

Der Rekurs ist innert acht Tagen, von der Eröffnung des Urteils an gerechnet, einzureichen.

Das Obergericht kann von sich aus die Sache erledigen oder dieselbe auf den Weg des ordentlichen Zivilprozesses verweisen. »

Eine gleiche Rekursmöglichkeit bezüglich des Zivilpunktes besteht gegenüber Strafurteilen der Friedensrichter, Amtsgerichtspräsidenten und Amtsgerichte, laut § 422 StrPO.

3. — Es erhebt sich die Frage, ob dieser Rekurs ans Obergericht gemäss § 331 StrPO ein ordentliches Rechtsmittel, also einen Teil des ordentlichen Instanzenzuges nach Solothurner Prozessrecht darstellt. Wenn ja, ist das Schwurgerichtsurteil bezüglich des Adhäsionsurteils kein letztinstanzliches kantonales Urteil, die Berufung daher nach Art. 58 OG unzulässig.

Literatur und Judikatur scheinen freilich auf den ersten Blick in der Umschreibung des Begriffes eines letztinstanzlichen kantonalen Haupturteils im Sinne von Art. 58 OG nicht einheitlich zu sein.

Nach WEISS, Berufung S. 31 wäre die Bestimmung des