

Die Vorinstanz stellt sich freilich auf den Standpunkt, eine Anweisung an den vorgehenden Pfandgläubiger gemäss Art. 886 ZGB, den Titel nach seiner Befriedigung an den nachgehenden Pfandgläubiger herauszugeben, wäre selbst dann erforderlich, wenn im übrigen Art. 903 gelten sollte. Diese Auffassung ist indessen bereits durch die vorstehenden Ausführungen widerlegt. Da Art. 903 die Nachverpfändung von Inhaberpapieren erschöpfend regelt, kann Art. 886 weder direkt noch analog und weder ganz noch teilweise zur Anwendung kommen.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird gutgeheissen, das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 16. November 1939 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROIT DES OBLIGATIONS

##### 6. Arrêt de la 1<sup>re</sup> Section civile du 17 janvier 1940 dans la cause S. A. Ideal Film contre Nobile.

Lorsqu'il y a doute sur la stipulation d'une *reprise cumulative de dette* ou d'un *cautionnement*, le juge optera pour le cautionnement. L'indication du minimum de la garantie est indifférente pour la validité du cautionnement ; c'est le maximum qui seul importe, art. 493 CO.

Ist zweifelhaft, ob eine *kumulative Schuldübernahme* oder eine *Bürgschaft* vorliege, so wird der Richter sich eher zu Gunsten der letzteren entscheiden.

Die Angabe des Minimums des Haftungsbetrages ist für die Gültigkeit der Bürgschaft bedeutungslos ; massgebend ist ausschliesslich das Maximum ; Art. 493 OR.

Allorchè è dubbio se ci si trovi di fronte ad un'*assunzione cumulativa di debito* oppure ad una *fideiussione*, il giudice si deciderà per quest'ultima.

L'indicazione del minimo della garanzia è irrilevante ai fini della validità della fideiussione ; importante è solo il massimo (art. 493 CO).

A. — En 1934 et 1935, la S. A. Ideal Film et la S. A. Art cinématographique, représentée par Nobile et Lansac,

ont passé quatre contrats de location de films destinés à l'Alhambra Théâtre, à Genève. Le prix de location était calculé en pour-cent de la recette brute des spectacles où les films loués étaient projetés sur l'écran, avec garantie d'un minimum.

Les quatre contrats renferment la clause suivante (avec des différences rédactionnelles sans importance) : « Sieur Nobile, cosignataire du présent contrat, se déclare personnellement responsable de la bonne exécution du présent contrat ainsi que des paiements qui en résultent ». Dans les deux contrats du 13 juillet 1934 et le contrat du 28 février 1935, Nobile a signé cet engagement, mais non dans le contrat du 26 janvier 1935.

La Société cinématographique étant tombée en faillite, la Société Ideal Film produisit dans la masse une créance de 30.543 fr. 65, et le 20 février 1936 poursuivit Nobile en paiement de la somme totale de 30.603 fr. 60. Le débiteur fit opposition à la poursuite n° 115.957. La créancière l'actionna alors le 30 juillet 1936 devant le Tribunal de première instance de Genève en paiement des sommes indiquées dans le commandement de payer.

Le défendeur a conclu au rejet de la demande, par le motif que son engagement de caution simple était nul en vertu de l'art. 493 CO, faute d'indication d'un chiffre déterminé jusqu'à concurrence duquel il pouvait être recherché.

Le Tribunal, par jugement du 30 novembre 1938 et la Cour de Justice civile du Canton de Genève, par arrêt du 10 novembre 1939, ont débouté la demanderesse de son action et l'ont condamnée aux dépens des deux instances. Ils ont admis qu'il ne s'agissait pas d'une reprise de dette cumulative, mais d'un cautionnement nul aux termes de l'art. 493 CO.

B. — La demanderesse a recouru en réforme au Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Cour cantonale. Elle reprend ses conclusions originales.

L'intimé a conclu au rejet du recours.

*Considérant en droit :*

Le débat porte a) sur la nature de l'engagement signé par le défendeur et b) sur la validité de cet engagement, s'il constitue un cautionnement.

a) Le mot de « cosignataire » qui introduit la clause insérée dans les contrats de location de films est sans intérêt pour la solution du problème. Il indique seulement que la personne qui a passé contrat pour la société est identique à celle qui assume elle-même une obligation. Et le mot de « personnellement » montre que la seconde signature de Nobile n'émane pas du représentant de la société, mais d'un tiers intervenant au contrat pour en garantir l'exécution ; il ne détermine pas la nature de cet engagement.

Nobile n'a pas promis le « fait d'un tiers », c'est-à-dire que la société payerait les loyers stipulés, et qu'en cas d'inexécution de cette obligation il dédommagerait le bailleur. Le défendeur n'est donc pas un porte-fort selon l'art. 111 CO (v. RO 64 II p. 346 ; 65 II p. 33, au lieu de prestation promise *au* tiers, lire : prestation promise *du* tiers).

Nobile s'est rendu responsable de la bonne exécution du contrat. Cet engagement peut avoir été pris à titre principal ou à titre accessoire.

La demanderesse soutient qu'il y a eu reprise cumulative de dette ; les premiers juges et la Cour d'appel ont estimé que Nobile s'est seulement constitué caution.

A l'appui de sa thèse, la demanderesse invoque l'avis de von TUHR (Partie générale du CO, p. 688), qui reconnaît que la limite entre les deux institutions est difficile à tracer, mais qui opte plutôt pour le *constitutum debiti alieni* lorsque celui qui assume l'obligation a un intérêt à l'exécution du contrat. La recourante reproche à la Cour de Justice d'avoir méconnu cet intérêt. Ce n'est pas le cas. La Cour s'est demandé si Nobile n'était pas intéressé à l'exécution d'un contrat passé par une société dont il

était l'unique administrateur, mais elle a considéré que cet intérêt n'était pas établi péremptoirement et qu'au surplus il ne suffisait pas en l'espèce pour démontrer l'existence d'une reprise cumulative de dette. Cette opinion est justifiée. Ce sont les circonstances de chaque cas particulier qui feront pencher la balance d'un côté ou de l'autre, et, en cas de doute, le juge devra donner la préférence au cautionnement, que le législateur a soumis à des prescriptions rigoureuses (qui seront encore renforcées dans un prochain avenir) pour obvier à des engagements inconsidérés. Il ne faut pas que le juge prête la main à des tentatives d'éluder les sages prescriptions de la loi, en admettant sans motif majeur la stipulation d'une autre obligation personnelle que la garantie spécialement instituée aux fins visées par les parties.

En l'espèce, comme dans le cas de la S. I. Domus S. A. (RO 65 II p. 30 et sv.), il y a tout lieu d'admettre que le défendeur n'a voulu accorder qu'une garantie accessoire et subsidiaire en promettant de payer le loyer des films si le locataire ne s'en acquittait pas. Que c'était bien cette responsabilité seulement qu'il entendait assumer et que la bailleresse voulait lui imposer ressort du témoignage retenu par la Cour de Justice civile. M. Berline, représentant de la Société Ideal Film, a déclaré que celle-ci avait « réclamé la garantie personnelle de Nobile *pour le cas où l'ARSA ne payerait pas*, et cela en raison du fait que l'Alhambra avait déjà plusieurs fois fait faillite ». La Cour souligne que « ce sont les propres termes employés par le témoin qui a ajouté que c'était lui-même qui avait discuté les clauses du contrat avec Nobile ». La créancière a donc voulu stipuler un cautionnement et c'est aussi comme caution simple que le défendeur a consenti à s'engager.

b) Cet engagement n'est toutefois point valable car, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire S. I. Domus, le maximum de la garantie n'est pas indiqué. Alors que le loyer dû à Domus était une somme déterminée

permettant à la caution de connaître le chiffre jusqu'à concurrence duquel il répondait, le loyer dû pour les films était essentiellement variable, puisque les sommes à payer devaient se calculer sur la base de recettes brutes dont le chiffre ne pouvait être fixé d'avance. Nobile ne pouvait donc connaître la limite maximum de sa responsabilité comme l'exige l'art. 493 CO.

La demanderesse objecte en vain qu'à défaut de maximum, des minimum de garantie avaient été fixés, et que les sommes réclamées ne dépassent pas ces chiffres. Le législateur ne s'est pas occupé du minimum. Avec raison. Il a voulu que la caution pût se rendre compte d'emblée de l'importance de son engagement, et ce qui est essentiel pour le garant, c'est de savoir quelle est la limite au delà de laquelle il ne pourra plus être recherché. La prescription de la loi est claire et nette. Elle est impérative. Son inobservation entraîne la nullité de l'engagement.

En ce qui concerne la clause insérée dans le contrat du 26 janvier 1935, elle ne lie pas le défendeur pour un autre vice de forme encore : le manque de signature.

*Par ces motifs, le Tribunal fédéral*

rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.

**7. Arrêt de la I<sup>e</sup> Section civile du 31 janvier 1940**  
dans la cause Sauthier contre Fumeaux.

*Recours en réforme* : Valeur litigieuse (consid. 1).

*Simulation* : Délimitation des attributions du Tribunal fédéral : questions de fait et questions de droit (art. 1<sup>er</sup> et 18 CO, 81 OJ) (consid. 2).

*Berufung* : Streitwert (Erw. 1).

*Simulation* : Umgrenzung der Kognitionsbefugnis des Bundesgerichts, Tat- und Rechtsfrage ; Art. 1 u. 18 OR, Art. 81 OG (Erw. 2).

*Ricorso in appello* : valore litigioso (consid. 1).

*Simulazione* : Limiti, entro i quali è circoscritto l'esame del Tribunale federale ; questioni di fatto e questioni di diritto ; art. 1 e 18 CO, art. 81 OGF (consid. 2).

A. — Dame veuve Judith Fumeaux-Duc est décédée le 11 mars 1936 à Sensine-Conthey à l'âge de 76 ans, laissant pour héritiers six enfants.

Un mois environ auparavant, le 31 janvier, elle avait passé avec l'une de ses filles, Mathilde, femme de Camille Sauthier, un acte authentique à teneur duquel elle déclarait vendre à celle-ci, avec les meubles qui s'y trouvaient, une maison et une grange, ainsi qu'un verger. La vendeuse se réservait toutefois un droit d'usufruit sur les biens cédés. Le prix de vente était fixé à la somme de 5000 fr., dont 4200 fr. furent payés comptant, le restant étant stipulé payable le 20 février suivant, sans intérêt.

Désigné comme représentant de la communauté héréditaire, Eloi Germanier, domicilié à Plan-Conthey, a, au nom de celle-ci, ouvert action contre Mathilde Sauthier en concluant à ce qu'il plût au Tribunal : principalement, prononcer l'annulation de l'acte du 31 janvier 1936 pour cause de simulation, les biens y mentionnés faisant retour à la masse successorale, subsidiairement condamner la défenderesse à payer le juste prix desdits biens et plus subsidiairement encore décider que l'opération intervenue entre la défenderesse et sa mère constituait une libéralité sujette à réduction.

La défenderesse a conclu au déboutement, en soutenant que l'acte attaqué constituait une vente parfaitement valable et faite au prix réel des biens vendus.

Par jugement du 22 septembre 1939, le Tribunal cantonal du Valais a alloué aux demandeurs leurs conclusions principales, déclaré en conséquence l'acte de vente du 31 janvier 1936 nul et de nul effet et condamné la défenderesse aux dépens.

Le Tribunal a admis en résumé que les parties à l'acte du 31 janvier 1936 n'avaient en réalité ni l'une ni l'autre l'intention de conclure une vente, qu'aussi bien la défenderesse n'avait pu fournir aucun renseignement précis sur l'origine des fonds qu'elle a remis à sa mère soi-disant en paiement du prix, qu'elle et son mari étaient à cette