

nissen rechtfertigt es sich, von dieser richterlichen Befugnis Gebrauch zu machen und die Beklagten solidarisch zu einer Entschädigung von 200 Fr. an die Kläger zu verurteilen. Die Beklagte Frau Pfister hat zwar jede Schuldpflicht aus dem Grunde bestritten, weil sie die Eingabe vom 24. Mai nicht unterschrieben habe, an ihrer Stelle habe Buchbindermeister Frank, der für sie den vorausgegangenen Teilungsverhandlungen beigewohnt habe, ohne ihr Vorwissen, unterzeichnet. Es ist richtig, daß ihre Unterschrift auf der fraglichen Eingabe nicht steht. Dagegen hat Carl Frank per Karoline Pfister geb. Bötsch in Mörschwyl unterzeichnet. Die Beklagte Frau Pfister ist nun aber vor Vermittleramt mit den Klägern persönlich in Unterhandlungen getreten und hat denselben wie die übrigen Beklagten Satisfaktion angeboten; aus diesem Benehmen ist zu schließen, daß sie die Unterschrift des Frank für sich als verbindlich betrachtete.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Beklagten sind solidarisch verpflichtet, den Klägern 200 Fr. zu zahlen.

28. *Arrêt du 9 Février 1894 dans la cause Erath
contre Turian & C^{ie}.*

Le défendeur Guillaume Erath, entrepreneur de pompes funèbres, à Genève, a fait par l'intermédiaire de la Société Turian & C^{ie}, agents de change en cette ville, aujourd'hui en liquidation judiciaire, une série d'opérations à la bourse de Genève, consistant en achats et ventes de titres; elles ont commencé en Février 1891 par une spéculation sur des actions des mines alpines autrichiennes, et ont continué par des opérations sur des actions de la Compagnie du Jura-Simplon et sur des bons de la même Compagnie.

Les ordres de bourse donnés par Erath ne paraissent pas tous l'avoir été par écrit; il en existe au dossier quatre signés par lui, sur formulaires spéciaux, datant tous du mois de

Mai 1891; de plus un ordre d'achat télégraphique, du 6 Juin.

Erath avait chez Turian & C^{ie} deux comptes de liquidation: dans le compte N° 1 sont portées les inscriptions concernant les opérations sur les Alpines et les bons Jura-Simplon, ainsi que sur une partie des actions Jura-Simplon; dans le compte N° 2 figurent d'autres opérations portant aussi sur des actions Jura-Simplon, mais en plus grande quantité. A chacun de ces comptes de liquidation correspondait un compte courant.

Au 30 Juin 1891 le compte courant N° 1 soldait au crédit d'Erath par 7345 fr. 10 c., et, à teneur du compte de liquidation correspondant, Erath demeurait acheteur, au 31 Juillet, de 50 Alpines données en report pour son compte par Turian & C^{ie}, de fin Juin à fin Juillet.

A la même date, le compte courant N° 2 soldait au débit d'Erath par 8029 fr. 90 c., et celui-ci restait acheteur, au 31 Juillet 1891, de 300 actions Jura-Simplon données en report pour son compte par Turian & C^{ie}, de fin Juin à fin Juillet. Quant aux autres valeurs sur lesquelles il avait spéculé à cette époque, savoir 150 actions et 600 bons Jura-Simplon, Erath les avait fait lever pour son compte, chez Turian & C^{ie}, par l'intermédiaire du Comptoir d'escompte de Genève, et à cet effet le dit Comptoir d'escompte avait versé à Turian & C^{ie}, contre ces titres, à la liquidation de Juin, la somme de 39 000 francs. Erath était encore débiteur de cet établissement de la dite somme, au 23 Décembre 1893.

Dès la liquidation de fin Juin 1891, jusqu'en Novembre de la même année, époque à laquelle la Société Turian & C^{ie} est tombée en déconfiture, les opérations faites par Turian & C^{ie} pour le compte d'Erath n'ont plus consisté qu'en reports des titres dont ce dernier restait acheteur à cette date. Les 50 actions Alpines furent successivement reportées jusqu'à fin Octobre; à cette liquidation l'opération se boucla par compensation avec le Comptoir d'escompte; le compte N° 1 est balancé et disparaît.

Les 300 actions Jura-Simplon furent, en revanche, encore reportées jusqu'à fin Novembre. Une baisse considérable s'étant produite sur ces actions dès Juin 1891, Erath a fait à

plusieurs reprises des versements à son compte courant pour diminuer le découvert; le total de ces versements est de 12 500 francs.

Le 26 Novembre 1891 le tribunal de commerce de Genève déclara la Société Turian & C^{ie} dissoute à partir de cette date, et nomma liquidateur M. Cherbuliez, arbitre de commerce à Genève. La Société paraît toutefois avoir été de fait en liquidation dès les premiers jours de Novembre, car, le 7 dit, Turian & C^{ie} en liquidation adressaient à Erath son compte de liquidation N^o 2 arrêté au 5 Novembre, et soldant à son débit par 3300 francs, ainsi qu'un extrait de ses deux comptes courants, également arrêtés au 5 Novembre, dont la différence soldait au débit d'Erath par 4450 fr. 10 c. Dans cet extrait le liquidateur invitait Erath à verser en ses mains cette dernière somme.

Erath n'ayant pas effectué ce versement, la liquidation Turian & C^{ie} lui a ouvert la présente action en paiement de 4450 fr. 10 c. avec intérêt dès le 5 Novembre 1891 et dépens.

Erath a conclu au rejet de la demande, attendu que les opérations qu'il a faites avec Turian & C^{ie} constituent des marchés à termes purement différentiels, assimilés par l'art. 512 C. O. au jeu, et ne donnant dès lors lieu à aucune action en justice. Le défendeur, qui affirme avoir été trompé par Turian & C^{ie}, et avoir perdu ainsi plus de 60 000 francs, estime que le caractère de jeu des dites opérations résulte de la nature des valeurs en cause, des reports successifs, et du fait que dans leur correspondance, Turian & C^{ie} ne réclament que le montant du découvert produit par la baisse des cours, et jamais le montant des titres achetés. Erath affirme, de plus, que son intention de jouer était connue de la maison Turian & C^{ie}, qui n'était qu'un office de spéculation et de jeu de bourse, et que d'ailleurs la situation financière du défendeur lui interdisait d'acheter des quantités aussi considérables de valeurs à titre de placement de fonds; s'il a pu, à fin Juin, lever les titres achetés pour son compte, c'est uniquement grâce à l'emprunt qu'il a effectué auprès du Comptoir d'es-

compte, emprunt dont il doit encore aujourd'hui le montant à cet établissement. Enfin Erath doute de l'existence même des opérations alléguées par la demande, et il a demandé à prouver sur ce point, subsidiairement, et par témoins, que le 5 Novembre il a demandé, contre paiement, la livraison des titres prétendument achetés pour son compte, mais que Turian lui a avoué ne pas les avoir.

En réponse à cette argumentation, la partie demanderesse a soutenu que Erath n'a pas prouvé l'existence du jeu, conformément à la jurisprudence fédérale; qu'étant les mandataires salariés de celui-ci, ils n'ont pu jouer contre lui; qu'il n'est pas établi que les parties aient eu l'intention d'exclure la livraison effective des valeurs achetées, puisqu'à la liquidation de Juin Erath a fait lever pour 39 000 francs de titres; enfin que les opérations effectuées ne sont pas hors de proportion avec la situation de fortune du défendeur, lequel est propriétaire de plusieurs maisons dans le canton de Genève et exerce une grande entreprise très lucrative.

Par jugement du 3 Juillet 1893, le tribunal de première instance a débouté la partie demanderesse de toutes ses conclusions, en se fondant, en substance, sur ce que les opérations faites n'ont porté que sur des différences de cours; Turian & C^{ie} n'ont pu, en effet, se tromper sur les véritables intentions de leur client, et le caractère aléatoire des opérations résulte, en outre, de leur répétition pendant près d'une année, de l'identité des valeurs en jeu, de la fréquence des reports, et de la disproportion entre le chiffre élevé des opérations et les ressources des contractants.

Le liquidateur de la Société Turian & C^{ie} ayant appelé de ce jugement, la Cour de justice civile, par arrêt du 9 Décembre 1893, a accueilli, au contraire, les fins de la demande et condamné Erath à payer à Cherbuliez q. q. a. la somme de 4450 francs avec intérêt dès le 5 Novembre 1891.

Cet arrêt se fonde, en résumé, sur les motifs ci-après:

Pour qu'il y ait un marché à terme assimilé au jeu par l'art. 512 C. O. il faut que l'obligation de livrer les titres ou d'en prendre livraison ait été exclue d'une manière apparente;

la simple intention non exprimée d'exclure toute livraison effective ne suffit pas. Le seul fait que des reports ont eu lieu de mois en mois ne prouve pas davantage, à lui seul, le jeu. Erath n'établit nullement que la livraison effective des titres achetés à terme ait été exclue dans l'intention des parties; au contraire il a fait prendre livraison, à un moment donné, d'une grande quantité de titres chez Turian & C^{ie}, et il affirme lui-même s'être présenté chez ces derniers le 5 Novembre 1891 pour prendre livraison des titres qui faisaient alors l'objet de ses opérations. Enfin il n'a pas établi que l'importance de ces opérations fût hors de proportion avec ses ressources.

La Cour a écarté ainsi l'exception de jeu, et n'a pas admis la preuve par témoins offerte par le défendeur; elle a estimé, en effet, que le fait que Turian se serait refusé, le 5 Novembre, à livrer les titres contre paiement, ne suffirait pas à établir que l'ensemble des opérations dont il demande le règlement n'ait pas été effectué en réalité. De plus, le 5 Novembre, Turian était en déconfiture et dessaisi de l'administration de ses biens; en outre les titres afférents aux opérations d'Erath étaient remis en gage en vue du report de fin Novembre.

C'est contre cet arrêt que G. Erath a recouru en réforme au Tribunal fédéral, dans le sens du maintien du jugement de première instance.

La partie demanderesse, ainsi qu'il a été dit, a conclu de son côté au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt d'appel.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° La réalité des opérations à la base de la demande a été contestée à tort par le défendeur. D'une part, il existe au dossier 5 ordres de bourse écrits, par lesquels Erath charge Turian & C^{ie} d'acheter ou de vendre pour lui divers titres, de la même nature que ceux qu'il a fait lever pour 39 000 francs à la liquidation de Juin 1891; d'autre part, les reports postérieurs à cette date ont eu lieu dans les mêmes conditions que les précédents, sans que le défendeur ait jamais protesté contre ces opérations. Enfin le fait qu'il a opéré, du 5 Août

au 2 Novembre, pour 12 500 francs de versements en mains de Turian & C^{ie} dans le but de diminuer le découvert de son compte, prouve qu'il était d'accord avec les dits reports.

2° Le défendeur ne contestant pas le chiffre du solde passif qui lui est réclamé, il y a lieu de rechercher tout d'abord si l'exception de jeu qu'il soulève est fondée.

Il convient de retenir, à cet égard, que la circonstance que Turian & C^{ie} ont été les mandataires salariés du défendeur n'exclut pas toute possibilité de jeu, puisque le banquier, bien que ne jouant pas contre son client, peut être considéré comme ayant participé à l'opération aléatoire risquée par celui-ci, en lui avançant les fonds nécessaires dans ce but. A ce point de vue déjà il est incontestable qu'en principe l'art. 512 C. O. peut, le cas échéant, être opposé au banquier; il en est ainsi, à plus forte raison, dans l'espèce, attendu que, le défendeur n'ayant pas spécifié la personne de laquelle Turian & C^{ie} devaient acheter ou à laquelle ils devaient vendre, ceux-ci étaient en droit de se porter eux-mêmes vendeurs ou acheteurs (C. O. art. 446). Ils ont, de même, exécuté les reports sans mentionner la personne qui se chargeait de l'opération, et sont ainsi censés avoir opéré eux-mêmes. A supposer donc que l'opération ait effectivement constitué un marché à terme purement différentiel, l'exception susvisée doit pouvoir être opposée à la partie demanderesse. (Voir arrêt du Tribunal fédéral en la cause Bodenkreditanstalt contre Kernén, *Recueil* XVIII, page 866, considérant 4.)

3° Quant à la question de savoir si les opérations faites par l'intermédiaire de Turian & C^{ie} constituent des marchés à terme purement différentiels, il ressort de la jurisprudence constante du Tribunal fédéral que pour qu'un semblable marché puisse être assimilé au jeu dans le sens de l'art. 512 C. O. il est nécessaire que les parties aient eu, dès le principe et d'un commun accord, l'intention d'exclure réciproquement le droit et l'obligation de la livraison effective des titres achetés ou vendus, et, en outre, que cette intention ait été manifestée expressément ou tacitement. C'est en s'appuyant sur cette définition correcte que la Cour de justice a repoussé

l'exception de jeu; or la constatation par la dite Cour de l'intention des parties est une question de fait, dont la solution ne pourrait être soumise au contrôle du Tribunal fédéral que si elle impliquait une erreur de droit.

Tel n'est toutefois pas le cas dans l'espèce puisque, d'un côté, on ne se trouve pas en présence d'une convention expresse excluant la livraison effective, et que, d'un autre côté, la Cour n'a certainement pas commis d'erreur de droit en refusant de voir la preuve d'un marché purement différentiel dans les circonstances relevées par le défendeur. Tout d'abord la nature des titres sur lesquels les opérations ont porté, ne saurait à elle seule démontrer l'intention de jouer; il en est de même du fait que des reports successifs ont été opérés sur ces titres. (Voir arrêt Bodencreditanstalt contre Kernén, précité, page 868.) Enfin le défendeur n'a point fourni la preuve que sa situation pécuniaire ne lui ait pas permis de lever les titres reportés de mois en mois dès fin Juin, ni qu'une pareille impossibilité économique ait été connue de Turian & C^{ie}. Au contraire ceux-ci savaient qu'à la liquidation de Juin Erath avait levé pour 39 000 francs d'actions et de bons Jura-Simplon; ils pouvaient donc parfaitement admettre qu'il serait également en situation de lever 50 Alpines et 300 bons Jura-Simplon, qui ne représentaient pas une valeur hors de proportion avec la précédente. Il importe peu d'ailleurs que pour se procurer les fonds nécessaires pour lever les titres dont il a pris livraison à la liquidation de Juin, le défendeur ait dû avoir recours à une maison de crédit ou d'escompte; rien ne démontrait, en effet, qu'il ne pût obtenir également le crédit nécessaire pour lever les 50 Alpines et les 300 Jura-Simplon, d'une valeur totale de 50 000 francs environ.

4° Il suit de tout ce qui précède que le défendeur n'a pas prouvé que l'intention commune et initiale des parties ait été d'exclure le droit et l'obligation de la livraison effective. Au surplus le défendeur déclare lui-même qu'il a demandé, le 5 Novembre, à Turian la livraison des titres, ce qui exclut évidemment l'exception de jeu, et implique la reconnaissance,

de la part d'Erath, que le marché était sérieux, obligatoire pour les deux parties, et que Turian & C^{ie} avaient, de leur côté, le droit d'en exiger l'exécution.

5° Quant à l'offre de preuve formulée subsidiairement par le défendeur, elle tend uniquement à établir que le 5 Novembre Turian & C^{ie} ne voulaient ou ne pouvaient pas remplir leurs engagements envers lui. Or Erath avait été avisé, par lettre du 31 Octobre, que Turian & C^{ie} avaient donné en report, de fin Octobre à fin Novembre, 300 actions Jura-Simplon desquelles le défendeur restait acheteur à fin Novembre, et il n'a jamais protesté contre cette nouvelle opération; dans ces conditions il n'était en tout cas pas en droit de réclamer la livraison immédiate de ces titres, qui ne devaient lui être remis qu'à la fin du mois; d'où il suit que Turian était, de son côté, fondé à s'opposer à sa demande. Le défendeur aurait pu seulement, vu la suspension de paiement de Turian & C^{ie} et l'art. 96 C. O., refuser de payer aussi longtemps qu'une garantie pour la livraison de ces titres ne lui aurait pas été fournie, mais Erath n'a jamais formulé une telle demande, pas plus qu'il n'a réclamé plus tard la livraison des titres ou des dommages-intérêts ensuite de l'inexécution du contrat. Il était donc d'accord pour que l'opération entière se bouclât par une différence de cours arrêtés au 5 Novembre, et il avait d'autant plus intérêt à accepter ce mode de procéder qu'à cette date les titres du Jura-Simplon avaient bénéficié d'une hausse sensible. Dans cette situation, c'est avec raison que la Cour cantonale a estimé que la preuve requise subsidiairement était sans pertinence. Le recours apparaît, dès lors, dans son ensemble, comme dénué de fondement.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour de justice civile de Genève, le 9 Décembre 1893, est maintenu tant au fond que sur les dépens.