

5° Il résulte de tout ce qui précède que l'erreur de B. au sujet de la dette de la dame de C. était connue de P., lequel savait en outre que cette erreur était le seul motif de l'offre trop élevée faite par le demandeur. Le fait que P. a utilisé sciemment cette erreur implique le dol, et B. n'est dès lors, aux termes de l'art. 24 précité C. O., point obligé par le contrat de cession, lors même que son erreur ne devrait pas être considérée comme essentielle.

Les conclusions de la demande de B. devant lui être accordées à teneur de l'article 24 C. O., il est sans intérêt de rechercher si le cédant est tenu en garantie conformément à à l'art. 192 du même code.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt rendu par la cour d'Appel de Fribourg le 12 Février 1886 maintenu, tant au fond que sur les dépens.

*54. Arrêt du 1<sup>er</sup> Mai 1886 dans la cause Titzck et C<sup>ie</sup>  
contre Post et Lappé.*

Par lettre du 20 Mars 1884 les sieurs Th. Lappé, pharmacien à Rolle, et Aug. Post, négociant, aussi à Rolle, ont chargé C.-F. Titzck et C<sup>ie</sup>, au Havre, de leur acheter cent balles coton livrables dans les mêmes mois que les balles achetées par M. A. Hirt, à Soleure, et aux meilleures conditions possibles. « Pour les différences possibles, » ajoute la même lettre, « nous nous déclarons solidairement responsables envers vous. »

Par lettre du 21 Mars 1884 C.-F. Titzck avise Lappé qu'il a acheté en exécution de cet ordre 50 balles coton (à 200 kg) à 74 fr. 25 c. les 50 kg., livrables en Juin, et 50 balles livrables en Juillet, à 74 fr. 75 c.. En même temps Titzck demandait la remise de 1000 francs pour le dépôt original

exigé par la caisse de liquidation, à raison de 10 francs par balle.

Cette somme fut adressée par Lappé à Titzck le 29 dit, et par lettre du 31, Titzck lui en accuse réception.

Par lettre du 18 Avril suivant, Titzck & C<sup>ie</sup> avisent Lappé que sur ordre reçu la veille, ils ont de nouveau acheté pour le compte de celui-ci cent balles de coton à 77 fr. 75 c. livrables en Août; un dépôt original de 1000 francs fut effectué le 22 du même mois par Lappé en mains de Titzck pour la caisse de liquidation.

Le 3 Mai 1884 Lappé se trouvait au Havre, en route pour le Texas, où son fils possédait une plantation de coton, il promit à Titzck de l'informer sur la situation des cotons en Amérique, et lui donne en même temps l'ordre discrétionnaire de reporter ou de vendre au mieux de ses intérêts.

Le 9 Juillet Lappé écrit de Tack Saddle (Texas) à Titzck que la récolte prochaine paraît devoir être très mauvaise, que les prix du coton doivent hausser beaucoup; il prie en outre Titzck de bien vouloir garder jusqu'au dernier moment les deux cents balles, et éventuellement de les reporter comme il avait été convenu dans le courant de Mai. Le 31 Juillet Titzck répond à Lappé pour le remercier de ses renseignements, et lui annoncer qu'ils ont été insérés dans une des circulaires quotidiennes de la maison.

Ensuite de reports successifs, Lappé se trouvait devoir à Titzck, du chef des marchés susmentionnés, environ 7000 francs en Septembre 1884, et par lettre du 15 dit, Titzck invite Lappé, alors de retour d'Amérique, à lui adresser ce montant, attendu que, par principe, sa maison ne fait aucune avance pour le compte des clients.

Par lettre du 20 Septembre 1884, Lappé avise Titzck qu'il considère l'affaire subsistant pour le compte de celui-ci, attendu que c'est ensuite des reports inutiles, hâtifs et renouvelés presque chaque mois par Titzck, que ces frais considérables ont été occasionnés; Lappé déclare abandonner à Titzck les 2000 francs envoyés comme dépôt, et ce à titre d'amiable compensation.

Lappé ayant persisté à refuser de payer le compte de Titzck, ce dernier ouvrit action à Lappé et à Post, le 27 Février 1885 concluant à ce qu'il soit prononcé avec dépens : 1° que les défendeurs sont ses débiteurs solidaires et doivent lui faire immédiat paiement de la somme de 1420 francs et intérêts au 5 % dès le 23 Décembre 1884 ; 2° que Lappé est en outre son débiteur et doit lui faire prompt paiement de la somme de 8297 fr. 25 c. et intérêts au 5 % l'an dès le 27 Décembre 1884.

Le demandeur estime que l'art. 512 du C. O., statuant que le jeu ne donne aucune action en justice, n'est pas applicable en l'espèce, attendu que les demandeurs n'ont ni su, ni dû savoir que Post et Lappé entendaient jouer, et que bien au contraire Lappé s'est constamment présenté auprès de Titzck comme un client sérieux, donnant même des renseignements détaillés sur la récolte et sur le marché du coton en Amérique. Post et Lappé se livraient à un réel commerce, et non au jeu ; ils se sont trompés dans leurs prévisions, et ils ne sauraient être admis à faire supporter leurs pertes à la maison Titzck, sous le prétexte qu'ils se seraient livrés à des opérations de jeu.

Dans leur réponse Post et Lappé ont conclu à libération, tant au fond qu'exceptionnellement en vertu de l'art 512 du C. O., des conclusions de la demande. Post a conclu en outre subsidiairement, à la réduction à la somme de 420 francs de la conclusion N° 1 de la demande, déduction devant être faite sur cette conclusion de la somme de mille francs versée à Titzck et C<sup>ie</sup> le 29 Mars 1884 à titre de dépôt original pour l'opération à terme du 21 Mars 1884.

A l'appui de ces conclusions les défendeurs faisaient valoir en substance :

Titzck et C<sup>ie</sup> se sont écartés des conditions qu'ils avaient posées eux-mêmes aux défendeurs au moment où leurs relations d'affaires ont commencé. Ils ont, par ce fait, causé un dommage considérable aux défendeurs et ils doivent en supporter les conséquences. Ils auraient dû arrêter les frais lors des premières pertes essayées par Lappé et liquider la situa-

tion, au lieu d'opérer sans ordre les reports abusifs, qui ont eu pour effet d'augmenter ces pertes dans une énorme proportion.

2° L'art. 512 du C. O. est applicable au cas actuel. Il faut en effet considérer comme un jeu toute opération à terme dans laquelle les parties n'ont pas eu l'intention de prendre livraison des marchandises achetées ou de donner suite à la vente par la remise des objets vendus. Le critérium du jeu, c'est l'intention des parties de ne pas exécuter les marchés autrement que par le paiement des différences sur le cours. Or tel a bien été le cas dans l'espèce.

Statuant par jugement du 30 Octobre 1885, le Tribunal du district de Rolle a accordé à Titzck et C<sup>ie</sup> leurs conclusions, et débouté Lappé et Post de celles qu'ils avaient prises tant au fond qu'exceptionnellement et subsidiairement.

Lappé et Post ayant recouru en réforme contre ce jugement, le Tribunal cantonal, par arrêt du 20 Janvier 1886, a admis le recours, réformé la sentence des premiers juges en ce sens que les conclusions prises par Titzck et C<sup>ie</sup> contre Lappé et Post sont écartées, et dit qu'à forme de sa conclusion subsidiaire, seule maintenue devant la deuxième instance, Post doit payer à Titzck et C<sup>ie</sup> 420 francs avec intérêts à 5 % l'an dès le 23 Décembre 1884 : Cet arrêt est fondé, en résumé, sur les motifs suivants :

1° Bien que Titzck et C<sup>ie</sup> n'aient pas, conformément au principe énoncé dans leurs circulaires, exigé une couverture immédiate après chaque opération, leurs clients qui ont accédé à cette dérogation, n'ont point le droit de prétendre que Titzck et C<sup>ie</sup> aient, par ce fait, violé les clauses du contrat. C'était là une simple renonciation, acceptée de part et d'autre, à une condition inscrite en faveur de Titzck dans leurs prospectus. Lappé n'a point invité Titzck et C<sup>ie</sup> à correspondre avec Post : il ne leur a indiqué aucun représentant autorisé à traiter en son nom ou à recevoir sa correspondance ; Titzck et C<sup>ie</sup> ont écrit plusieurs fois à Lappé à Rolle et si leurs lettres ne sont pas parvenues à leur adresse, ils n'en sont point responsables. A son passage au Havre, Lappé a donné à

Titzck et C<sup>ie</sup> l'ordre discrétionnaire de vendre ou reporter au mieux de ses intérêts, et par sa lettre du 9 Juillet 1884, Lappé écrivait à cette maison de garder jusqu'au dernier moment les deux cents balles et éventuellement de les reporter ainsi qu'il avait été convenu. Lappé n'est donc pas fondé à prétendre que Titzck et C<sup>ie</sup> n'ont pas exécuté ses ordres.

2° Quant à l'exception de jeu soulevée par Lappé, il est constant que celui-ci n'est pas négociant en cotons : il ressort de l'ensemble des circonstances de la cause qu'il n'a jamais eu l'intention de prendre livraison de la marchandise qu'il commandait. En effet, il a toujours fait reporter, et à son départ pour l'Amérique, il a donné l'ordre de vendre ou de reporter au mieux ; étant en Amérique, et prévoyant une hausse il a donné l'ordre à Titzck de garder jusqu'au dernier moment, et éventuellement de reporter.

Dans leur lettre du 20 Mars 1883, Lappé et Post, en donnant à Titzck et C<sup>ie</sup> un ordre d'achat de cent balles, déclarant déjà se porter solidaires vis-à-vis de cette maison « pour les différences possibles. » Ils ont ainsi dès le principe manifesté l'intention de ne spéculer que sur les différences. Il résulte de l'ensemble de ces faits que Titzck et C<sup>ie</sup> ont su que Lappé et Post voulaient se livrer à un jeu.

Quant à la conclusion subsidiaire de Post, une somme de 1000 francs ayant été versée par Post et Lappé à titre de couverture pour l'opération du 21 Mars 1884, il y a lieu d'imputer cette somme au compte de cette seule opération.

C'est contre cet arrêt que Titzck et C<sup>ie</sup> recourent au Tribunal fédéral, concluant à l'adjudication des conclusions de leur demande devant le Tribunal civil de Rolle.

A l'audience de ce jour, le conseil du sieur Post a déclaré que son client renonce, ainsi qu'il l'a déjà fait devant le Tribunal cantonal, à opposer l'exception de jeu, pour s'en tenir uniquement à sa conclusion subsidiaire.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1° Les demandeurs Titzck et C<sup>ie</sup> formulent deux conclusions distinctes, l'une contre Lappé et Post solidairement,

l'autre contre Lappé seul. Les conditions exigées par l'art. 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale doivent être réalisées, ainsi que le Tribunal de céans l'a souvent exprimé, en cas de cumulation objective de demandes, à l'égard de chacune de ces conclusions prises individuellement.

Or la première conclusion de Titzck et C<sup>ie</sup>, dirigée contre Lappé et Post, et relative à l'opération du 21 Mars 1884, ne porte que sur le paiement de 1420 francs et intérêts dès le 23 Décembre de la même année, soit sur une somme évidemment inférieure à 3000 francs. Le Tribunal est ainsi, aux termes de l'art. 29 précité, incompétent pour en connaître.

Il en est différemment de la deuxième conclusion de Titzck et C<sup>ie</sup>, en paiement de 8297 fr. 25 c. et intérêts dès le 27 Décembre 1884, qu'ils estiment leur être dus par Lappé ensuite des opérations relatives à l'achat de coton du 18 Avril précédent et des reports de l'achat du 21 Mars.

Toutes les conditions nécessaires pour asseoir la compétence du Tribunal fédéral en ce qui touche la dite conclusion sont réunies en l'espèce, pour le cas où elle est soumise à l'application du droit fédéral. Or les deux instances cantonales ont appliqué ce droit, sans objection aucune de la part des parties ; il y a donc lieu d'admettre que celles-ci ont voulu soumettre leurs rapports contractuels au droit fédéral. Il ne saurait d'ailleurs être fait application du droit étranger à l'exception tirée de l'art. 512 du C. O. ; c'est en effet par des considérations de morale que le législateur a privé du droit d'action en justice les marchés à terme qui présentent les caractères du jeu ou du pari, et le Tribunal de jugement est en tous cas lié par une semblable disposition d'ordre public.

Il y a donc lieu d'examiner le mérite du recours quant à la seconde conclusion.

2° Le premier moyen opposé par Lappé à la demande, — moyen consistant à dire que Titzck et C<sup>ie</sup> n'auraient pas observé les conditions qu'ils avaient eux-mêmes fixées à leurs clients, — est dénué de fondement.

Ainsi, en effet, que le Tribunal cantonal le fait ressortir avec raison, il ne saurait être tiré argument par Lappé du fait

que Titzck et C<sup>ie</sup>, en se départant en sa faveur du principe de ne faire aucune avance à leurs clients, ont dérogé à une clause insérée dans les prospectus en leur faveur, lorsque cette dérogation a été acceptée de part et d'autre, et qu'elle s'est produite ensuite de l'ordre discrétionnaire formel, donné à Titzck et C<sup>ie</sup> par Lappé soit à son passage au Havre, soit par lettre du 9 Juillet 1884, de vendre ou de reporter, puis de garder et éventuellement de reporter au mieux de ses intérêts les 200 balles, objet du procès.

En ce qui concerne l'exception de jeu formulée par Lappé :

3° L'art. 512 du Code fédéral des obligations dispose que le jeu et le pari ne donnent lieu à aucune action en justice, et qu'il en est de même des prêts ou avances faits sciemment en vue d'un jeu ou d'un pari, et de ceux des marchés à terme sur des marchandises ou valeurs de bourse qui présentent les caractères du jeu ou du pari.

Il faut constater dès l'abord que la loi ne prohibe point d'une manière générale les marchés à terme, mais seulement les opérations qui, déguisées sous les apparences d'un marché à terme, cachent toutefois un jeu; c'est le cas lorsque les parties contractantes ont, lors de la conclusion du contrat, manifesté d'une manière indubitable, soit expressément, soit par des actes concluants, qu'elles n'avaient point l'intention d'acheter ni de vendre, mais bien d'exclure la livraison de la marchandise, et de résoudre le contrat uniquement par le paiement des différences résultant de la variation des cours au profit de l'une ou de l'autre des parties.

Dans ce cas, la doctrine comme la jurisprudence des pays soumis à l'empire du Code civil, — dont l'art. 1965 refuse également toute action au jeu et au pari, — concordent pour comprendre un semblable marché à terme sous la définition du jeu ou de pari, et pour lui appliquer l'article de la loi qui prive ceux-ci de toute action en justice. En France il a été constamment admis que, pour être réels et sérieux, les marchés à terme ne devaient pas exclure la livraison effective de la marchandise et que le législateur a voulu prohiber les opérations destinées, de par la volonté originaire des parties, à

se résoudre nécessairement en différences, et constituant dès lors des opérations de jeu. (Voy. Zachariae, *Französisches Civilrecht* publié par Puchelt, 6<sup>e</sup> édition pag. 382 et suivantes; Aubry et Rau, IV, 579; Troplong, *Contrats aléatoires*, II, 287; Laurent, 2<sup>e</sup> édition, XXVII, Titre XIII, chap. II. Dalloz s. v. Jeu et pari N<sup>os</sup> 15-21.)

De même la doctrine dominante et la pratique allemande admettent que les caractères principaux d'un jeu (*Glücksvertrag*) se trouvent réunis dans les marchés à terme excluant la livraison par l'intention concordante des parties, et à la suite desquels la différence seule entre le prix d'achat et le cours à l'expiration du terme peut être exigée (*Reines Differenzgeschäft*.) par opposition au marché à terme par lequel les parties conviennent qu'au jour fixé l'acheteur aura l'alternative de réclamer, soit la livraison en nature, soit la différence dans le sens ci-dessus. (Voy. Holtzendorf, *Rechtswörterbuch*, 4<sup>e</sup> édition s. v. *Differenzgeschäft*, I, pag. 533 et suivantes. *Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts*, VI, 224; XX, 278 et suivantes; Puchelt, *Zeitschrift*, 482.)

Il y a donc lieu de rechercher si les opérations intervenues entre parties revêtent ce caractère de jeu, et si, en particulier, leur intention d'exclure toute livraison effective résulte des faits et circonstances de la cause.

4° Cette question doit recevoir une solution affirmative. Le Tribunal cantonal constate en effet qu'il résulte de l'ensemble des faits par lui admis que Lappé n'a jamais eu l'intention de prendre livraison des marchandises qu'il commandait, mais qu'il a au contraire manifesté dès l'origine celle de ne spéculer que sur les différences et que dès lors Titzck et C<sup>ie</sup> ont su que Lappé voulait se livrer à un jeu. La constatation de ces faits lie le Tribunal fédéral aux termes de l'art. 30 de la loi sur l'organisation judiciaire.

Or Titzck et C<sup>ie</sup> n'ont jamais manifesté une intention différente, et, dans cette situation, leur silence doit être considéré comme une adhésion au jeu pratiqué par leur client: ils admettent eux-mêmes cette conséquence, puisque leur unique moyen de défense consiste précisément à prétendre qu'ils

n'auraient pas su, ni dû savoir que Lappé voulait se livrer à des opérations de jeu. Le fait que toutes ces opérations avaient uniquement en vue les différences, se trouve corroboré en outre par la circonstance que Titzck et C<sup>ie</sup> n'ont jamais offert de livrer la marchandise achetée, et que Lappé n'a jamais réclamé cette livraison.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

1° Il n'est pas entré en matière sur le recours en tant qu'il a trait à la première conclusion de la demande.

2° Le recours est rejeté en ce qui concerne la deuxième conclusion, et l'arrêt du Tribunal cantonal maintenu tant au fond que sur les dépens.

### 55. Urtheil vom 28. Mai 1886 in Sachen Geldner gegen Masse Grüninger.

A. Durch Urtheil vom 6. März 1886 hat das Appellationsgericht des Kantons Glarus erkannt:

1. Es sei die Rechtsfrage der Appellantin bejahend entschieden.

2. Sei die vom Experten eingegebene Kostennote von 100 Fr. sanktionirt.

3. Seien diesem Fall 40 Fr. der heutigen Kosten zugetheilt.

4. Die rechtlichen Kosten hat Appellat der Appellantin zu ersetzen, die außerrechtlichen hat jeder Theil an sich selbst zu tragen.

B. Gegen diesen Entscheid ergriff der Kläger und Widerbeklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht; er meldet in seiner Rekursklärung folgende Anträge an: es wolle das Bundesgericht:

1. In Aufhebung des Appellationsgerichtsurtheils des Kantons Glarus vom 6. März 1886 das von Hr. Geldner ur-

sprünglich gestellte Rechtsbegehren gutheißen und die Masse Grüninger mit ihren Begehren abweisen oder, mit andern Worten, es wolle das Bundesgericht Dispositiv 1 des civilgerichtlichen Urtheils vom 3. November 1885 bestätigen.

2. Der Konkursmasse Grüninger die sämtlichen entstandenen Projektkosten überbinden und solche zu einer angemessenen Entschädigung an Hr. Geldner verhalten.

Die Rekursbeklagte Masse Grüninger dagegen beantragt mittelst Eingabe vom 9. April 1886: es wolle das Bundesgericht:

I. Weil der Hauptwerth der Prozessesache in concreto weniger als 3000 Fr. betrage, die Weiterziehung als unzulässig erklären und die Klage somit wegen Inkompetenz von der Hand weisen.

II. Eventuell:

1. Unter Abweisung sämtlicher Begehren des C. Geldner das Urtheil des Appellationsgerichtes vom 6. März 1886 in seinem vollen Umfange bestätigen und

2. Hl. Advokaten R. Gallati als Bevollmächtigten des C. Geldner unter Aufserlegung sämtlicher Projektkosten zu einer angemessenen Prozessentschädigung an die Konkursmasse von C. Grüninger verhalten.

Beide Parteien haben auf das Erscheinen vor Bundesgericht verzichtet. Mit nachträglicher Eingabe vom 13. Mai 1886 übermittelt die Beklagte und Widerklägerin

1. eine Bescheinigung der Fallimentskommission des Kantons Glarus d. d. 28. April 1886, daß „die durch den Kaufvertrag vom 20. Juni 1885 betroffenen Objekte des Ziegler Kaspar Grüninger, Grundbuch Nr. 84, 958 und 939, nebst Zubehörden an der zu Folge Verständigung zwischen den betreffenden Kontrahenten nämlich nunmehr der Konkursmasse des benannten Kaspar Grüninger und Herrn Karl Geldner, in Basel, am 17. dies stattgehabten endgültigen öffentlichen Versteigerung um den Sautpreis von 2000 Fr., an die Herren Gebrüder Grüninger, Zieglerhändler in Näfels, als lezt- und meistbietende Erganter zugeschlagen worden sind.“ Die Beklagte beruft sich auf diese Bescheinigung, sowie auf den § 116