

Bestimmtes über den Umfang der Verpflichtung der Beklagten nicht herleiten. Ob die Vorinstanz deren Brief vom 27. Dezember 1909 gewürdigt habe oder nicht, kann somit dahingestellt bleiben. Was endlich das Schreiben des Vaters Trudel an die Klägerin vom 10. Juni 1912 betrifft, wonach die Beklagte sich auch zur Deckung der Faktuerverluste verpflichtet habe, so begründet die Vorinstanz dessen Nichtberücksichtigung damit, dass Vater Trudel als Bürge am Ausgang des Prozesses beteiligt sei, daher als Zeuge nicht gehört werden könnte und seine schriftliche Äusserung ebenfalls keine Beweiskraft besitze. Es liegt auch hierin eine für das Bundesgericht verbindliche kantonale Beweiswürdigung. Übrigens ginge es nach materiellen bundesrechtlichen Grundsätzen nicht an, aus diesen Worten eines Dritten den Umfang der Verpflichtung der Beklagten zu bestimmen.

4. — Entscheidend im Sinne der Klageabweisung fallen ins Gewicht: einerseits die Umstände, unter denen die Schuldübernahme erfolgte; der Beweggrund, der die Beklagte zur Eingehung der Verpflichtung bestimmte; ihr Zweck; andererseits das spätere Verhalten der Parteien; die Art der Abwicklung. Zutreffend führt die Vorinstanz aus, die Beklagte habe der Klägerin die Erklärung ausgestellt, um die drohende Strafverfolgung von ihrem Verlobten abzuwenden; hierin erschöpfte sich das Interesse der Beklagten, da ja Trudel von der Klägerin bereits entlassen war. Es konnte sich für die Beklagte nur darum handeln, der Klägerin die von Trudel unterschlagenen Beträge zu ersetzen. In einer weitergehenden Verpflichtung und vollends in der von der Klägerin behaupteten, welche über die eigene Haftung Trudels hinausginge, läge bei der bescheidenen Stellung der Beklagten etwas ganz Aussergewöhnliches und Unvernünftiges, wofür denn auch ihre Briefe sprechen. Die Beklagte hat genau die unterschlagenen Beträge abbezahlt. Die Klägerin hat die letzte Zahlung von 74 Fr. stillschweigend entgegengenommen, ohne irgendwie Ver-

wahrung einzulegen; sie hat beinahe 9 Monate gewartet, bis sie weitere Ansprüche gegenüber der Beklagten erhob, und abermals beinahe ein Jahr, bis sie die vorliegende Klage anstregte. Darauf, wer der Beklagten die Höhe der unterschlagenen Summen bekannt gab — ob es die Klägerin war, wie die Vorinstanz ausführt, oder Vater Trudel, wie heute der Vertreter der Klägerin behauptet hat — braucht nicht abgestellt zu werden. Endlich wäre nach anerkannter Auslegungsregel im Zweifel gegen die Klägerin als Berechtigte und intellektuelle Ausstellerin des Verpflichtungsscheines zu entscheiden. Allen diesen Umständen gegenüber kann sich die Klägerin nicht einfach auf den Wortlaut der Urkunde berufen, der eben der Auslegung bedarf.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen vom 7. April 1914 bestätigt.

---

71. Arrêt de la II<sup>e</sup> Section civile du 7 juillet 1914  
dans la cause G. Gattino & Cie, demandeurs,  
contre Masse de la faillite d'Albert Gattino, défenderesse.

C h è q u e. Législation applicable à sa validité et à ses effets  
(CO art. 836 et 823). — Conséquences pour le tireur de la  
non-présentation du chèque dans le délai prévu à l'art. 834.  
— Exceptions personnelles en matière de change: notion du  
contrat de compte courant.

Les demandeurs ont conclu à être admis à l'état de  
collocation de la faillite de Albert Gattino pour deux  
créances de 5040 fr. 50 et de 6551 fr. pour lesquelles  
leur intervention a été écartée par l'administration de la  
faillite.

La première de ces créances se fonde sur un titre dont la teneur est la suivante :

« Mandat N° 1130 le 20 sept. 1912.

» Banque populaire suisse. Genève. A 10 jours de vue  
 » payez à MM. G. Gattino & C<sup>ie</sup> ou ordre fr. cinq mille au  
 » débit de » (signé) Albert Gattino. » Bon pour 5000 fr.

Ce titre après plusieurs endossements successifs a été présenté à la Banque populaire qui a refusé le paiement. Après protêt il a fait retour à G. Gattino & C<sup>ie</sup>. Ceux-ci produisent une lettre datée de Turin du 16 septembre 1912, par laquelle A. Gattino leur a remis, pour être portés à son crédit en compte courant, une série d'effets et entre autres un assegno de 5000 fr. sur Genève à dix jours de vue. Ils prétendent qu'il s'agit là du titre invoqué par eux dans le présent procès.

Leur seconde créance se fonde sur un titre semblable du 29 septembre 1912 avec cette différence qu'il est de 6500 fr. et qu'il indique Turin comme lieu de création. Il a été protesté le 15 octobre 1912. Les demandeurs produisent une lettre de Bologne du 22 septembre par laquelle A. Gattino les priait de payer le lendemain pour son compte 6500 fr. à la Banque Kuster & C<sup>ie</sup>. D'après les dépositions des comptables Sardi à Turin et Wäber à Neuchâtel, ce paiement de 6500 fr. aurait été fait par les demandeurs, auxquels A. Gattino aurait ensuite remis le chèque de même valeur.

Par jugement du 6 mai 1914 le Tribunal cantonal de Neuchâtel a écarté les conclusions de la demande avec suite de frais et dépens.

Les demandeurs ont recouru en réforme au Tribunal fédéral en reprenant leur conclusions.

Statuant sur ces faits et considérant

en droit :

1. — La valeur litigieuse est égale au montant total de la créance et non au dividende futur encore inconnu qui pourra lui être attribué (v. WEISS, Berufung an

das B. G. p. 70 et les arrêts cités en note). D'autre part, et bien qu'il n'ait cité aucun article de loi, il est manifeste que c'est en application du droit suisse, seul invoqué par les parties, que le Tribunal cantonal neuchâtelois a jugé la cause. Le recours est donc recevable.

2. — Pour écarter les conclusions des demandeurs, le Tribunal cantonal s'est borné à déclarer que le chèque, simple mandat de payer, ne confère aucun droit au porteur contre le tireur, qu'ainsi il aurait incombé à Gattino & C<sup>ie</sup> de prouver, autrement que par la production du chèque protesté, qu'ils sont créanciers de A. Gattino — ce qu'ils n'ont pas réussi à établir. Cette argumentation sommaire repose sur une méconnaissance évidente des effets attribués au chèque par la loi : il résulte au contraire de la façon la plus nette de l'art. 839 CO combiné avec les art. 762 et 808 que, en cas de défaut de paiement par le tiré, le porteur du chèque a un recours de droit de change contre le tireur. Mais, cette argumentation erronée étant éliminée, il importe de rechercher — ce que l'instance cantonale a omis de faire — si les titres invoqués sont des chèques valables. Conformément au principe de droit international généralement admis en ce qui concerne la forme des actes et expressément consacré par le CO (art. 823) en ce qui concerne les effets de change, cette question doit être résolue d'après la loi du lieu où l'acte a été passé, soit du lieu qui est indiqué comme celui de la création du titre (RO 26 II p. 258 et suiv.).

Toute indication de lieu fait défaut quant au mandat de 5000 fr. et, l'instance cantonale ayant jugé que la preuve n'était pas faite qu'il ait été envoyé de Turin par la lettre du 16 septembre 1912, on ignore s'il a été souscrit en Suisse ou en Italie. Mais ce point n'a pas besoin d'être élucidé, car la qualité de chèque ne saurait lui être reconnue ni d'après le droit suisse, ni d'après le droit italien : il ne renferme en effet ni la mention du mot « chèque » — qui est exigée par le CO (art. 830

ch. 1) — ni l'indication du lieu où il a été créé — qui est exigée non seulement par le droit suisse (v. art. 830 ch. 4 textes allemand et italien; la traduction française présente une lacune sur ce point), mais aussi par le droit italien (art. 340 combiné avec art. 55 Code de commerce). C'est donc par suite d'une appréciation juridique erronée — qu'il appartient naturellement au Tribunal fédéral de rectifier sur la base des pièces du dossier — que soit la défenderesse elle-même, soit l'instance cantonale ont attribué la caractéristique de chèque au « mandat » de 5000 fr. Et l'on ne peut pas non plus le considérer comme un titre « analogue aux effets de change » et assimilé à ceux-ci en vertu de l'art. 839 CO, puisque l'indication du lieu de création — soit l'une des conditions essentielles exigées par l'art. 839 — fait défaut.

Il s'agit ainsi d'une simple assignation civile. Or en elle-même l'assignation ne donne pas à l'assignataire le droit de se retourner contre l'assignant en cas de non paiement par l'assigné. Ce ne serait le cas que si l'assignant avait garanti le paiement par l'assigné (art. 111 CO) et une telle garantie ne résulte pas de la nature même de l'assignation, qui peut sans doute comporter, mais qui n'implique nullement une dette préexistante ou un engagement de la part de l'assignant envers l'assignataire (cf. RG 44 p. 158). Il aurait dès lors incombé à la recourante de prouver l'existence ou d'une dette de Gattino qu'il aurait entendu acquitter par l'assignation ou d'une promesse de garantie de paiement par l'assigné. Cette preuve ne résulte pas du dossier; notamment le fait que Gattino aurait remis le mandat à Gattino & C<sup>ie</sup> en les priant d'en porter le montant à son crédit est insuffisant à la fournir. D'ailleurs, d'après la constatation de l'instance cantonale, ce fait n'est pas même établi, de sorte qu'on ignore tout des relations entre A. Gattino et Gattino & C<sup>ie</sup> et des conditions dans lesquelles ceux-ci sont devenus porteurs du mandat. La prétention de 5000 fr. doit donc être écartée, du moment qu'elle ne peut s'appuyer

ni sur le titre en lui-même, ni sur une obligation de droit civil de Gattino.

3. — Le « mandat » de 6500 fr. daté de Turin réunit au contraire toutes les conditions de forme exigées pour la validité du chèque par la loi du lieu où il a été émis, soit par la loi italienne (v. art. 340 Code de commerce, cf. VIVANTE, Diritto commerciale IV p. 269 et suiv.). Il ne renferme pas le mot « chèque », mais à la différence du CO le droit italien ne requiert pas cette mention. Il n'exige pas non plus, à peine de nullité, l'existence d'une provision chez le tiré (v. VIVANTE IV p. 278). D'ailleurs qu'on considère l'existence de la provision comme une condition de forme ou comme une condition de fond (v. sur ce point controversé MEYER, Weltscheckrecht p. 55 et suiv., FICK, Chekgesetzgebung p. 292; pour le droit français, LYON-CAEN et RENAULT IV, p. 519, THALLER p. 796), dans tous les cas c'est une condition dont le défaut n'est pas révélé déjà par le titre lui-même et qui doit donc être invoqué par la personne poursuivie en vertu du chèque extérieurement régulier en la forme; or la Société intimée n'a pas même allégué que le tiré n'eût pas provision et on ne peut l'induire de la déclaration faite par la Banque populaire lors du protêt, car elle ne se rapporte pas à la date de l'émission qui seule est déterminante.

La validité formelle du chèque étant ainsi établie, il y a lieu de rechercher quelle est la loi qui en détermine les effets. Bien que, dans le cas particulier, l'application du droit suisse ou celle du droit italien doivent conduire au même résultat, cette question est essentielle pour la solution à donner au recours, car si c'était le droit italien qui était applicable, le Tribunal fédéral ne pourrait juger lui-même et devrait, en vertu de l'art. 79 al. 2 OJF, renvoyer la cause à l'instance cantonale.

La question de savoir si les effets de la lettre de change ou du chèque sont soumis à la loi du lieu de la création du titre, ou à celle du lieu de l'exécution ou du domicile

du débiteur est extrêmement controversée (v. MEYER, Op. cit. p. 509 et suiv. et les auteurs qui y sont cités; cf. WEISS, Dr. int. privé, IV p. 454 et suiv.). En faveur de la loi du lieu où l'engagement a été souscrit, on invoque surtout le fait que le porteur de bonne foi ne saurait être soumis à une loi différente puisque c'est la seule dont les indications contenues dans le titre ont pu lui faire prévoir l'application et que d'ailleurs dans la règle ce lieu coïncide avec celui du domicile du débiteur et de l'exécution. Sans méconnaître la valeur de ces considérations, on doit observer qu'ici on se trouve en présence du cas relativement rare d'un titre créé non au domicile du débiteur, mais en un lieu où il était seulement de passage et qui n'est pas non plus celui de l'exécution; en outre la nécessité de s'en tenir aux indications du titre lui-même n'est pas aussi impérieuse lorsque le recours est exercé par un porteur qui est en relations personnelles et directes avec le débiteur. Mais surtout les doutes que l'on peut conserver quant à l'applicabilité en principe de la loi du domicile du débiteur ou du lieu de l'exécution disparaissent en l'espèce à raison du fait que les deux parties sont d'accord pour l'application de cette loi, c'est-à-dire de la loi suisse, qu'elles ont l'une et l'autre expressément invoquée; c'est là une circonstance décisive (v. WEISS, Op. cit. p. 458) et dont le Tribunal fédéral, conformément à sa jurisprudence constante (v. RO 24 II p. 544, 26 II p. 740, 27 II p. 215 et p. 392, 29 II p. 262, 37 II p. 346), doit tenir compte.

Le CO, qui est ainsi applicable, donne, on l'a vu, au porteur du chèque un droit de recours contre le tireur en cas de défaut de paiement du tiré. Les conditions auxquelles ce droit est subordonné — présentation et protêt — sont réalisées. Le chèque paraît, il est vrai, n'avoir été présenté au paiement qu'après l'expiration du délai de huit jours prévu à l'art. 834. Mais cette omission (art. 835) n'entraîne la perte du droit de recours contre le tireur que « dans la mesure où, faute de pré-

sentation, celui-ci a subi un préjudice du chef du tiré. » Or la défenderesse n'a ni établi, ni même allégué qu'elle ait subi un tel préjudice.

Il ne reste plus qu'à examiner si, à défaut d'exceptions spéciales au droit de change, A. Gattino possède contre G. Gattino & C<sup>ie</sup> une exception tirée de leurs relations personnelles (art. 811 CO). A l'audience de ce jour le représentant de l'intimée a affirmé que les demandeurs sont en réalité les débiteurs de A. Gattino, mais le dossier ne fournit aucune preuve, aucun indice même de ce fait. De son côté l'instance cantonale a jugé, sans d'ailleurs que cela eût été allégué en procédure, qu'il existait entre les parties des relations de compte-courant qui s'opposent à ce que l'une des parties fasse valoir une créance résultant d'une opération isolée, seul le solde de l'ensemble des opérations du compte pouvant être réclamé. La question de savoir si les parties ont conclu un contrat de compte-courant (question qui, elle aussi, dans l'ignorance des conditions de la conclusion du contrat, doit être résolue en vertu du droit suisse seul invoqué par les parties) ne peut pas être tranchée en prenant en considération uniquement le fait que dans la correspondance produite A. Gattino a employé à diverses reprises l'expression « compte-courant ». Cette expression est fréquemment usitée pour désigner simplement la *forme* de comptabilité adoptée et n'implique pas qu'il y ait à la base des relations un *contrat de compte-courant*, c'est-à-dire un accord de volontés en vue de substituer à la pluralité des créances réciproques une créance unique, celle du solde (v. sur ce point, OSER, Note sur l'art. 117 CO, STAUB, Note 12 sur § 355 HGB, THALLER p. 790-791). En l'espèce rien ne permet de supposer que les parties aient expressément ou tacitement convenu de l'indivisibilité du compte; les défendeurs ne le prétendent pas et ne produisent aucune pièce d'où il résulterait qu'il y avait balances périodiques, calcul du solde, report à compte nouveau, etc. (cf. RO 29 II p. 335 et suiv.);

tous les éléments caractéristiques du compte courant proprement dit font défaut et, les défendeurs étant des négociants en vins et non des banquiers, la présomption est plutôt contre l'existence d'un contrat semblable, car, en l'absence de l'ouverture d'un compte de crédit, il n'est pas habituel qu'un commerçant s'interdise vis-à-vis de l'autre de faire valoir isolément les créances qu'il possède contre lui. Enfin on peut encore se demander si en l'absence de volonté exprimée nettement par les parties, les créances nées d'effets de change rentrent dans le compte courant (v. STAUB, Note 15 sur § 355). En résumé donc on ne saurait opposer à la créance de change de la demanderesse l'exception tirée d'un contrat de compte-courant dont il n'est établi ni qu'il ait été conclu entre parties, ni qu'il englobât la créance litigieuse.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est partiellement admis et le jugement du Tribunal cantonal de Neuchâtel est réformé en ce sens que G. Gattino & C<sup>ie</sup> sont colloqués en V<sup>e</sup> classe dans la faillite de A. Gattino pour la somme de 6551 fr.

72. Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. Juli 1914 i. S.  
Kirchhoff, Beklagter, gegen Weilenmann, Kläger.

Schuld anerkennung. Auslegung einer Verpflichtung zum Ersatz des durch Betrug zugefügten Schadens, die an die Bedingung geknüpft ist, dass der Betrogene auf Bestrafung verzichtet und infolgedessen das Strafverfahren ohne Anklageerhebung eingestellt wird.

A. — Mit Urteil vom 12. März 1914 hat die II. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich erkannt :

1. Friedrich Richard Kirchhoff Vater ist solidarisch mit Hans Kirchhoff Sohn verpflichtet, an den Kläger 2300 Fr. als bis Ende August 1913 fällige Ratenzahlungen zu bezahlen.

2. Die genannten Beklagten sind ferner solidarisch verpflichtet, dem Kläger weitere 1200 Fr. nebst 5 % Zins von 3500 Fr. seit 1. August 1911 zu bezahlen, und zwar in monatlichen Raten von 100 Fr. erstmals per 30. September 1913.

B. — Gegen dieses Urteil hat Friedrich Richard Kirchhoff Vater rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag auf Aufhebung und auf Abweisung der Klage.

C. — Eine Nichtigkeitsbeschwerde, die der Berufungskläger gegen das obergerichtliche Urteil erhoben hatte, wurde vom Kassationsgericht des Kantons Zürich am 16. Juni 1914 erledigt.

Das Bundesgericht zieht  
in Erwägung :

1. — Der Kläger ist Baumeister in Zürich. Im Jahre 1911 war Dedo Kirchhoff als Volontär bei ihm angestellt. Dieser beging während mehrerer Monate Betrügereien durch Fälschung von Zahltagslisten. Der Schaden, der dem Kläger hieraus erwuchs, beläuft sich auf zirka 4000 Fr..... Dedo Kirchhoff wurde am 7. September 1911 auf Veranlassung des Klägers verhaftet und Strafuntersuchung gegen ihn eingeleitet. Der Beklagte ist der Vater des Dedo Kirchhoff. Er trat nach der Verhaftung seines Sohnes in Unterhandlungen mit dem Kläger und stellte am 12. September 1911 gemeinsam mit drei andern Söhnen folgende « Verpflichtung » aus :

« Die Unterzeichneten, Vater und Brüder des Dedo » Kirchhoff, gewesenen Angestellten des Baumeister J. J. » Weilenmann in Zürich III, verpflichten sich dem Letzteren gegenüber zum Ersatz des zirka 4000 Fr. betragenden Schadens, den Dedo Kirchhoff durch Inkor-