

kannt noch auch leicht erkennbar. Denn die Beklagte hat die Klägerin und deren Vertreter in der Korrespondenz im Glauben gelassen, dass sie es mit einem Manne zu tun hätten, und zwar mit jemand, der im Börsentermingeschäft bewandert sei. Von der Klägerin unter diesen Umständen verlangen zu wollen, dass sie von sich aus prüfe, ob nicht allenfalls der Auftraggeber in blosser Spielabsicht handle, würde zu weit führen. Die Behauptung der Beklagten, sie habe vor Ausführung des Auftrages durch die Klägerin, nämlich anlässlich der telephonischen Unterredung vom 8. März, den Vertreter der Klägerin, Frank, darüber aufgeklärt, dass sie das Geschäft für sich selber und nicht etwa als Beauftragte ihres Vaters oder Bruders abschliessen wolle, ist nicht bewiesen. Wenn die Vorinstanz auf diese Behauptung der Beklagten, die auch bei Abstellen auf die bisherige Praxis des Bundesgerichts als sog. Differenzumstand von Bedeutung gewesen wäre, nicht eingetreten ist, so hatte das seinen Grund offenbar darin, dass sie die Sachdarstellung der Beklagten, für welche diese lediglich den Parteieid antragen konnte, als unbeweisbar ansah.

Die Spieleinrede ist daher mangels Erkennbarkeit der Spielabsicht der Beklagten für die Gegenpartei abzuweisen, was zur Bestätigung des angefochtenen Urteils führt.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 7. Oktober 1938 wird bestätigt.

4. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 1^{er} février 1939

dans la cause **Société Immobilière Domus S. A.** contre **Nobile.**

Porte-fort, art. 111 CO. Distinction d'avec la caution.

Cautionnement, Art. 493 CO. Indication du montant jusqu'à concurrence duquel la caution est tenue. Référence de l'engagement de la caution à l'engagement du débiteur. Cas où la réunion des deux actes dans le même écrit n'est pas nécessaire.

Garantievertrag, Art. 111 OR : Abgrenzung gegenüber der Bürgschaft.

Bürgschaft, Art. 493 OR : Angabe des Betrages, bis zu welchem der Bürge haftet ; Verweis der Bürgschaftsverpflichtung auf die Hauptschuldurkunde ; Voraussetzungen, unter denen die Vereinigung der beiden Verträge in einem Schriftstück nicht erforderlich ist.

Promessa della prestazione di un terzo, art. 111 CO : Criteri che la distinguono dalla fideiussione.

Fideiussione (art. 493 CO) : Indicazione dell'importo della somma garantita ; riferimento nell'atto di fideiussione all'atto costantante il debito principale ; caso in cui non è necessario che i due contratti siano riuniti in uno stesso documento.

A. — Les 15 mai et 2 juin 1933, la Société immobilière Domus S. A., à Genève, a loué à la Société Art Cinématographique S. A. l'Alhambra pour une durée de dix ans à partir du 20 mai 1933. Le loyer était de 84 000 fr. par an. Le contrat porte les signatures des administrateurs de la locataire, soit entre autres celle d'Albert Nobile.

Le 28 décembre 1934, Nobile a signé l'arrangement suivant : « Je ... déclare me porter personnellement fort du loyer dû par la Société Art Cinématographique S. A. à la Société immobilière Domus. — Ce porte-fort cessera dès le jour où j'aurai donné ma démission d'administrateur de la S. I. Domus et je ne serai plus responsable des loyers à courir dès cette date. »

Le 28 janvier 1936, Nobile a donné sa démission d'administrateur de la S. I. Domus.

La Société Art Cinématographique a été déclarée en faillite le 7 janvier 1936. Sa dette de loyer se montait à 21 765 fr. 60.

B. — Le 3 février 1937, la bailleresse fit notifier à Nobile un commandement de payer poursuite n° 194.610, pour la somme de 13 118 fr. 85 avec intérêts (loyer du 11 novembre 1935 au 6 janvier 1936). Le débiteur forma opposition et, par exploit du 13 juillet 1937, la S. I. Domus l'actionna en paiement de 18 181 fr. 85, ramenés en cours d'instance à 18 008 fr. 80 avec intérêts à 5 % dès le 3 mars 1936.

Le défendeur a conclu à libération des fins de la demande,

en faisant valoir notamment que son engagement de porte-fort avait trait seulement au loyer dû à la date du 28 décembre 1934 et soldé depuis, et qu'au surplus sa garantie, assimilable à un cautionnement, était nulle parce qu'il n'avait pu se rendre compte de l'étendue de son engagement.

C. — Le Tribunal de 1^{re} instance du Canton de Genève, par jugement du 26 février 1938, et la Cour de Justice civile, par arrêt du 7 octobre 1938, ont rejeté la demande. Ils estiment que, malgré les termes de l'acte du 28 décembre 1934, le défendeur ne s'est pas porté fort, mais caution et que ce cautionnement est nul faute d'indication du montant de la dette garantie, voire même de données permettant de le déterminer facilement et avec précision (art. 493 CC).

La demanderesse a recouru en réforme au Tribunal fédéral contre l'arrêt d'appel. Elle conclut à la condamnation du défendeur à lui payer avec intérêt la somme réclamée en première instance, l'opposition au commandement de payer étant déclarée mal fondée.

L'intimé a conclu au rejet du recours.

Extrait des motifs :

Devant la Cour de Justice civile, le débat a porté principalement sur la nature juridique et sur la validité de la garantie assumée par le défendeur.

a) L'engagement de Nobile est-il celui d'un porte-fort ou celui d'une caution ? Le Tribunal de 1^{re} instance et la Cour d'appel ont eu raison d'examiner ce point à la lumière de l'art. 18 CO et d'admettre la stipulation d'un cautionnement malgré les termes de l'acte du 28 décembre 1934.

A la vérité, contrairement à l'avis du juge cantonal, il n'est pas décisif que, d'après le texte français de l'art. 111 CO, celui qui s'oblige promet le « fait » d'un tiers, tandis que Nobile n'aurait pas garanti un fait du locataire, mais le paiement du loyer. Le mot « fait » de l'art. 111 a le sens

très large de toute prestation quelconque (« Leistung », dans le texte allemand). Or le paiement d'un loyer est une prestation qui peut être garantie par un porte-fort ou par une caution. Le critère distinctif réside en ce que le porte-fort assume une obligation personnelle qui est en soi indépendante de la prestation promise du tiers et qui n'astreint pas le porte-fort à l'exécution du fait promis, si le tiers ne l'exécute pas, mais à des dommages-intérêts, tandis que le cautionnement est un engagement accessoire qui oblige, au besoin, le garant à exécuter la prestation du débiteur principal (RO 56 II p. 381 ; 64 II p. 346).

En l'espèce, un bail a été conclu et un loyer déterminé entre les deux sociétés. Le défendeur est intervenu par la suite pour se porter personnellement fort, soit responsable, du loyer dû ; cela ne peut pas raisonnablement signifier autre chose que la promesse de payer le loyer si le locataire ne s'en acquitte pas ; il y a donc là un engagement, assumé à titre accessoire, de fournir la prestation même du débiteur principal. Cette garantie est celle d'une caution, non d'un porte-fort.

b) Reste à examiner si ce cautionnement répond aux exigences de forme de l'art. 493 CO.

D'après la lettre du texte légal adopté lors de la révision de 1912, l'acte de cautionnement devrait indiquer un montant déterminé, soit un chiffre jusqu'à concurrence duquel la caution est tenue. Mais cette interprétation littérale s'est avérée trop rigide et rigoureuse pour les besoins de la pratique et il est apparu qu'une exigence aussi formaliste dépasserait le but de la prescription, qui est de protéger la caution contre les engagements inconsidérés. Il faut et il suffit qu'elle puisse se rendre compte facilement et d'emblée de l'étendue de son obligation. Aussi la jurisprudence a-t-elle assoupli très tôt la condition énoncée à l'art. 493. L'arrêt Bühlmann c. Bernet, du 14 avril 1916 (RO 42 II p. 152, consid. 3) pose en principe que, pour la validité de la garantie, il n'est pas nécessaire que le montant jusqu'à concurrence duquel la caution est tenue soit

indiqué dans l'acte même de cautionnement et en chiffres ; il suffit que ce montant soit « déterminable » avec précision et *de plano* d'après les indications de l'acte de garantie et du titre de la dette principale, soit par un raisonnement logique, soit par une simple opération arithmétique, et cela déjà au moment où la caution prend son engagement. Ces principes jurisprudentiels ont été maintenus dans une série d'arrêts (43 II p. 514 ; 47 II p. 305 ; 49 II p. 378, consid. 3 ; 50 II p. 290 ; 56 II p. 379 ; 57 II p. 526 ; 61 II p. 101).

Cette jurisprudence n'ayant pas échappé à la critique, le Tribunal fédéral a examiné à nouveau la question dans son arrêt *Hollenweger c. Monnot*, du 12 juillet 1938 (RO 64 II p. 346). Il a reconnu que certains arrêts avaient affaibli outre mesure la prescription de forme de l'art. 493 et nuï de la sorte à la sécurité du droit, en suscitant de nombreux procès sur l'appréciation de la validité de tel ou tel cautionnement. En conséquence, et sans toutefois abandonner son interprétation dans ce qu'elle a de conforme à l'esprit de la loi, le juge déclare qu'il se montrera désormais plus strict dans l'appréciation de la forme de l'acte de cautionnement. Il ne suffit pas que l'étendue de la garantie soit déterminable d'emblée par la caution ; il faut que le montant maximum lui soit indiqué d'une manière claire et directe (« *der Betrag muss ihm deutlich und unmittelbar vor Augen geführt werden* »). Le principe, c'est que l'acte de cautionnement fixe le chiffre maximum de la garantie. Si ce chiffre n'y figure pas, les éléments qui le composent doivent du moins être énoncés en chiffres. A l'indication dans l'acte de cautionnement équivaut la référence à l'acte d'engagement principal, pourvu qu'il y ait entre ces deux actes une connexité si étroite que l'un vienne tout naturellement compléter l'autre. Il en sera notamment ainsi lorsque l'engagement de la caution fait suite à celui du débiteur principal sur le même document et que les deux textes considérés ensemble ne laissent aucun doute à la caution sur l'étendue de son obligation éven-

tuelle. Mais l'arrêt du 12 juillet 1938 n'exige pas absolument la réunion des deux engagements dans le même écrit. Il réserve expressément la question du renvoi à un titre séparé constatant la dette principale.

L'espèce actuelle montre que, dans des circonstances particulières, pareille référence suffit pour la protection du garant et la sécurité du droit. Le bail de 1933 a précédé de plus d'une année l'acte de garantie du 28 décembre 1934 et les deux engagements figurent dans deux actes distincts. Un rapport étroit existe néanmoins entre eux non seulement par la mention que Nobile garantit le « loyer dû par la Société Art Cinématographique S. A. à la Société immobilière Domus », mais encore et surtout par le fait que les deux actes portent la signature du défendeur, donnée sur l'un en qualité d'administrateur de la débitrice principale et sur l'autre en qualité de garant. Dès lors, pour savoir si, conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Hollenweger*, la caution a discerné à coup sûr la limite extrême de son engagement, le juge peut et doit sans hésiter considérer les deux documents comme se complétant l'un l'autre.

Si donc il faut tenir compte du bail, que le défendeur connaissait d'autant mieux que, depuis le 5 février 1934, il gérait seul la société débitrice du loyer, on ne saurait adopter la solution de la Cour cantonale. Le montant maximum de l'engagement ressortait avec précision du bail, que l'administrateur Nobile avait à sa disposition. Les éléments de calcul s'y trouvent consignés en chiffres : le loyer est de 84 000 fr. par an et la durée du bail est de dix ans. De la somme totale des loyers se déduisaient d'ores et déjà les termes acquittés, au su du défendeur, à la date du 28 décembre 1934. Au moment de l'engagement, la caution savait donc exactement à quoi elle s'exposait.

Dans le cas *Hollenweger*, au contraire, le chiffre maximum de la garantie n'était ni déterminé, ni déterminable d'emblée. La caution n'aurait pu le connaître qu'approxi-

mativement, en se livrant à une enquête difficile et d'un résultat incertain.

Le montant que le défendeur est dès lors tenu de payer en vertu de son cautionnement n'est pas contesté.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

admet le recours et réforme l'arrêt cantonal en ce sens que le défendeur est condamné à payer à la demanderesse, Société immobilière Domus S. A., la somme de 18 008 fr. 80 avec intérêts à 5 % dès le 3 mars 1936 et que l'opposition au commandement de payer poursuite n° 194.610 du 3 février 1937 est déclarée non fondée.

III. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

5. Arrêt de la I^{re} Section civile du 18 janvier 1939 dans la cause D^{lle} Brandt contre Kallisthenis.

Recours en réforme. L'arrêt d'un tribunal cantonal statuant en seconde instance dans une cause que les parties ont soumise à la procédure arbitrale n'est pas susceptible d'un recours en réforme, même si l'appel à la cour cantonale est prévu par la loi et ne peut être exclu que par convention expresse.

Berufung. Der Entscheid einer oberen kantonalen Instanz in einer Sache, welche die Parteien einem Schiedsgerichtsverfahren unterworfen haben, unterliegt nicht der Berufung an das Bundesgericht, selbst wenn die Appellation an die obere kantonale Instanz durch das kantonale Prozessrecht vorgesehen ist und nur durch ausdrückliche Vereinbarung ausgeschlossen werden kann.

Ricorso a' sensi degli art. 56 e ss. OGF. La sentenza di un tribunale cantonale che statuisce in seconda istanza su una causa sottoposta dalle parti alla procedura arbitrale non può essere impugnata con ricorso a' sensi degli art. 56 e ss. OGF, anche se l'appello alla superiore istanza cantonale è previsto dalla legge e può essere escluso solo mediante espressa convenzione.

Par jugement du 13 juillet 1937 confirmé en appel, le Tribunal de première instance de Genève a désigné des arbitres pour statuer sur les différends des parties relatifs à l'exécution d'une convention du 7 mars 1932. Devant le Tribunal arbitral, demoiselle Brandt a pris des conclusions tendant à ce que Kallisthenis soit déclaré comptable envers elle de la somme de 59 526 fr. Le défendeur a conclu à libération et a formé une demande reconventionnelle en dommages-intérêts.

Statuant le 27 avril 1938, le Tribunal arbitral a partiellement admis la demande et débouté le défendeur. Demoiselle Brandt a fait appel de cette sentence arbitrale et Kallisthenis appel incident. Par arrêt du 15 novembre 1938, la Cour de Justice civile du canton de Genève a reçu les appels, débouté la recourante et rejeté l'appel incident, se déclarant incompétente pour connaître des conclusions reconventionnelles du défendeur.

Demoiselle Brandt a formé contre cet arrêt un recours en réforme au Tribunal fédéral.

Considérant en droit :

Lorsque les parties choisissent la voie de la procédure arbitrale, elles renoncent par là même à recourir au Tribunal fédéral (RO 64 II 230 ; WEISS, Berufung, p. 29/30, 93/94). Cette renonciation conventionnelle au recours est licite (RO 33 II 205). En réservant l'appel au Tribunal cantonal, les parties ne font que prévoir une seconde instance arbitrale. Même si, comme à Genève, l'appel est la règle à laquelle les parties ne peuvent déroger que par convention expresse (art. 395 PCG), la Cour cantonale ne se trouve pas saisie comme juridiction ordinaire. On conçoit mal en effet « qu'un seul et même litige soit jugé successivement par des juridictions d'ordre différent, dont l'une serait instituée et régie par les clauses d'une convention de droit privé, l'autre étant saisie et intervenant comme s'il s'agissait d'une cause instruite et jugée par une autorité de première instance ordinaire » (RO 64 II 231). Par identité