

avait subi une commotion cérébrale. Chiocchetti n'avait rien vu de ce qui s'était passé. Il se préparait à partir et avait quitté le troupeau pour chercher son sac à une centaine de mètres de la route, en compagnie d'un autre garçon.

Barbezat a intenté action à Barbay, en invoquant les art. 41 sv. CO, notamment l'art. 56.

Le Tribunal fédéral a considéré que Barbay avait commis une faute grave.

#### *Motifs :*

2. — Le dommage et le tort moral dont Barbezat demande réparation sont dus au fait que deux vaches de Barbay ont surgi inopinément sur la route. Le détenteur est responsable, s'il ne prouve qu'il a gardé et surveillé ces animaux avec toute l'attention commandée par les circonstances ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire (art. 56 CO). A bon droit, le Tribunal cantonal a considéré que non seulement le défendeur n'a pas fait ces preuves libératoires, mais qu'il avait commis des fautes.

En effet, Barbay n'a pas pris de mesure de précaution autre que de faire garder un troupeau de huit vaches par un garçon de 13 ans. Certes, il est courant de confier à de jeunes garçons le soin de surveiller le bétail qui pâture dans les prés en automne. Mais, d'abord, les vaches de Barbay n'étaient, d'après l'arrêt attaqué, « pas très tranquilles » ; il leur était déjà arrivé de chercher à s'échapper. Ensuite, le troupeau paissait en bordure d'une route de grande circulation et se trouvait caché à la vue des automobilistes qui venaient d'Aigle et se dirigeaient sur Villeneuve. Dans ces conditions, Barbay devait placer une barrière — même rudimentaire — le long de son pré, au moins sur une certaine distance, tout de suite après le tas de pierres. Cette mesure était simple à prendre et peu coûteuse. L'usage de fils de fer électrisés a été introduit de l'étranger en 1932 déjà et il s'est généralisé

en Suisse dès avant la guerre. En 1946, ces clôtures étaient livrables dans le commerce avec des piles de 2, 4 et 6 volts. Quoi qu'il en soit, le défendeur ne pouvait s'en remettre entièrement au jeune berger qu'il avait engagé. Il répond d'ailleurs pour ce dernier, n'ayant rien prouvé ni en ce qui concerne le choix de Chiocchetti et ses capacités, ni en ce qui concerne les instructions qu'il lui aurait données (art. 55 CO). Il n'a en particulier pas établi avoir recommandé à Chiocchetti de se tenir près de la route pour empêcher les vaches de la traverser ; l'omission de donner cette instruction constitue aussi une faute.

Le Tribunal cantonal considère que la faute de Barbay est d'une certaine gravité, mais non grave, parce qu'il faudrait juger le cas sous l'optique de 1946, non sous celle de 1950, la circulation n'étant pas alors ce qu'elle est aujourd'hui. Toutefois, la benzine est redevenue libre au mois de mars 1946. Dès ce moment-là, les détenteurs d'automobiles ont recommencé à circuler librement et ils ont roulé durant tout l'été 1946 déjà. S'il n'y avait pas sur la route toutes les voitures neuves qu'on rencontrait en 1950, la circulation n'en était pas moins fort intense et le nombre des voitures était égal à celui d'avant-guerre. Dans ces circonstances, la faute du défendeur, ne pouvant être taxée de légère, doit être tenue pour grave au sens des lois sur la responsabilité civile (LA, LRC, LIE, etc.).

#### 11. Extrait de l'arrêt de la I<sup>re</sup> Cour civile du 6 mars 1951 dans la cause Guinand contre Barloni.

*Exception de jeu* (art. 513 et 514 CO).

1. Notion du jeu (consid. 3).
2. La répétition d'un paiement volontaire ne suppose pas nécessairement qu'il ait été opéré après le jeu (consid. 4).

*Spieleinrede* (Art. 513 und 514 OR).

1. Begriff des Spiels (Erw. 3).
2. Die Rückforderung einer freiwillig geleisteten Zahlung setzt nicht notwendigerweise voraus, dass letztere nach dem Spiel gemacht worden ist (Erw. 4).

*Eccezione di giuoco* (art. 513 e 514 CO).

1. Nozione del giuoco (consid. 3).
2. La ripetizione d'un pagamento volontario non suppone necessariamente che esso sia stato effettuato dopo il giuoco (consid. 4).

*Résumé des faits :*

Guinand et Lagier ont tenu la banque au casino de Campione du 12 septembre 1945 au 12 septembre 1946. Ils s'associèrent alors en vue d'obtenir une nouvelle concession. Ils devaient fournir à cette fin un cautionnement de vingt millions de liras au gouvernement italien. Cette somme équivalait à 250 000 fr. suisses environ. Barioni, un habitué du casino, offrit de participer à la constitution du fonds de garantie par un versement de 25 000 fr. (deux millions de liras). Guinand et Lagier acceptèrent l'argent et lui signèrent un billet à ordre de 25 000 fr.

La concession ayant été accordée à un tiers, le gouvernement italien libéra la garantie en janvier 1947. Le cours de la lire ayant baissé entretemps, 16 000 fr. seulement furent récupérés sur les 25.000 avancés par Barioni. Tandis que ce dernier lui réclamait le remboursement des 25 000 fr., Guinand soutint que, s'agissant d'une dette de jeu, il ne devait rien.

Les juridictions genevoises, puis, sur recours en réforme de Guinand, le Tribunal fédéral ont rejeté l'exception de jeu.

*Extrait des motifs :*

3. — Selon la Cour de justice, la remise de fonds pour obtenir l'affermage d'une maison de jeu n'est pas une opération de jeu, parce que l'événement attendu par le débiteur dépend non du hasard, mais de la libre volonté d'un tiers, en l'espèce du gouvernement italien. Le recourant critique cette opinion : les deux millions de liras étaient destinés à garantir non pas les créances que l'Etat italien aurait pu avoir contre les concessionnaires, mais les créances des hôtes du casino contre la banque et notamment celles de la banque si elle venait à sauter. Le rem-

boursement du dépôt aurait donc été conditionné, à son avis, par le hasard : l'issue favorable ou défavorable des jeux, de sorte que l'avance de l'intimé a été faite en vue d'un jeu au sens de l'art. 513 al 2 CO.

La loi ne définit pas le jeu. C'est un contrat par lequel les parties, sans cause économique, se promettent réciproquement et sous une condition contraire une prestation déterminée — somme d'argent, objet en nature — de telle sorte qu'il y a nécessairement un gagnant et un perdant, désignés par l'accomplissement ou la défaillance de la condition. Toutefois, si l'enjeu n'a pas été fourni d'avance, le gagnant n'a pas d'action contre le perdant. S'ensuit-il que seul participe à un jeu au sens de l'art. 513 CO celui qui risque sa mise et que, partant, dans les jeux d'argent organisés, tels que la roulette, le banquier ne joue pas ? La question est délicate. On peut toutefois la laisser ouverte, car, à supposer même qu'elle doive être résolue par la négative et qu'une somme versée à titre de sûreté pour couvrir des pertes futures (selon l'explication proposée par Guinand) soit assimilable à une avance au sens de l'art. 513 al. 2 CO, ce qui est également douteux, l'exception de jeu élevée par le recourant se heurte de toute façon à l'art. 514 al 2 CO.

4. — Quoique, juridiquement désarmé, le gagnant ne puisse contraindre l'autre partie à tenir sa promesse, le perdant qui s'exécute volontairement n'est pas admis, en principe, à répéter son paiement. Cette règle n'est cependant pas absolue. L'art. 514 al. 2 prévoit une dérogation, en particulier quand l'exécution régulière du jeu a été empêchée par un cas fortuit. Le refus du gouvernement italien de délivrer la concession sollicitée constituait évidemment un empêchement fortuit.

On pourrait être tenté de soutenir que le paiement volontaire d'une dette de jeu au sens de l'art. 514 al. 2 est nécessairement postérieur à la perte et qu'un versement opéré avant ou pendant le jeu est régi par l'art. 513 al. 2. Mais cette interprétation rétrécirait à l'excès la

portée de l'art. 514 al. 2. La répétition qu'il autorise à titre exceptionnel n'aurait pas grande utilité si elle supposait que le perdant s'est acquitté de sa dette après coup, c'est-à-dire à un moment où il connaissait probablement l'empêchement à l'exécution régulière du jeu. C'est pourquoi il faut admettre que celui qui, d'avance, dépose sa mise en main d'un tiers à l'intention du gagnant peut la réclamer aussi longtemps que ce dernier ne l'a pas touchée (dans le même sens FISCH, Verträge mit Spielcharakter, p. 60, et OSER/SCHÖNENBERGER, art. 514 n. 10). Le tiers est en effet le mandataire du déposant, non de son adversaire. Chaque joueur a par conséquent la faculté de révoquer le mandat et de récupérer sa prestation. Il ne perd pas cette faculté pour avoir confié l'enjeu non directement au tiers, mais à son cocontractant, à charge de le remettre au dépositaire. Enfin, s'il y a répétition lorsque, pour les raisons énumérées par la loi, le jeu ne s'est pas déroulé régulièrement, il en est de même, a fortiori, lorsque, comme en l'espèce, il n'a pas eu lieu.

**12. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Januar 1951 i. S. Fisch gegen Baer.**

*Kollektivgesellschaft; richterliche Festsetzung des dem ausscheidenden Gesellschafter zukommenden Betrages.*

Mangels anderer Abrede haben die Gesellschafter gleichen Anteil an Gewinn und Verlust. Das gilt auch, wenn bei einer Zweiergesellschaft der eine Gesellschafter ausscheidet und der andere das Geschäft fortsetzt (Art. 580 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 579, 557 und 533 OR).

*Société en nom collectif; détermination par le juge de la somme qui revient à l'associé sortant.*

Sauf convention contraire, les associés ont une part égale dans les bénéfices et dans les pertes. Cette règle s'applique aussi lorsque, dans une société composée de deux associés, l'un se retire tandis que l'autre continue les affaires (art. 580 al. 2, rapproché des art. 579, 557 et 533 CO).

*Società in nome collettivo; determinazione da parte del giudice della somma che spetta al socio uscente.*

Salvo pattuizione contraria, i soci hanno una parte eguale negli

utili e nelle perdite. Questa regola si applica anche quando, in una società composta di due soci, uno si ritira, mentre l'altro continua gli affari (art. 580 cp. 2 combinato cogli art. 579, 557 e 533 CO).

Die Kollektivgesellschaft Baer und Fisch wurde Ende des Jahres 1947 gebildet und zu Beginn des Jahres 1948 im Handelsregister eingetragen. Baer hatte eine Gesellschaftseinlage von Fr. 35,000.— geleistet, seine Mitarbeit im Geschäft aber schon nach wenigen Tagen aufgegeben. Am 29. Juni 1948 kündigte er den Gesellschaftsvertrag auf den 31. Dezember 1948. Bei Ablauf der Kündigungsfrist forderte er die Rückzahlung des Einlagekapitals nebst Zins und Gewinnanteil. Fisch erklärte, im Sinne von Art. 579 OR das Geschäft fortsetzen zu wollen. Da sich die Parteien über die dem ausscheidenden Gesellschafter zukommende Abfindung nicht einigen konnten, wurde der Betrag, auf Klage Baers hin, gemäss Art. 580 Abs. 2 OR vom Handelsgericht des Kantons St. Gallen festgesetzt. Die dabei angewandte Berechnungsmethode lehnt das Bundesgericht als der gesetzlichen Ordnung widersprechend ab, mit nachstehenden

*Erwägungen:*

2. — ....

Nach Art. 580 Abs. 2 OR ist der dem ausscheidenden Gesellschafter zukommende Betrag, wenn wie hier keine vertragliche Regelung besteht und die Parteien sich nicht einigen können, vom Richter festzusetzen, und zwar «in Berücksichtigung der Vermögenslage der Gesellschaft im Zeitpunkte des Ausscheidens und eines allfälligen Verschuldens des ausscheidenden Gesellschafter.»

a) Ein Verschulden des Klägers wird von der Vorinstanz verneint. Damit hat sich der Beklagte in der Berufung abgefunden. In seiner Antwort auf die Anschlussberufung greift er allerdings diesen Punkt wieder auf um darzutun, dass entgegen den erhobenen Vorwürfen ein Verschulden nicht ihn, sondern den Kläger treffe. Da aber der Beklagte die Frage des Verschuldens des Klägers