

bestand oder nicht, hat das Bundesgericht heute nicht zu entscheiden. Denn diese Forderung (aus Anweisungsrecht) ist etwas anderes als die heute eingeklagte Forderung (aus Auftragsrecht, nämlich auf Verwendungsersatz), deren Gläubigerin die Klägerin ist. Diese letztere Forderung war nicht verarrestiert und konnte, weil sie der Klägerin zustand, von der Käuferin (Litisdenuntiatin) gar nicht mit Beschlagnahme belegt werden für eine angebliche Schadensersatzforderung gegenüber der Minmetal aus einem andern Geschäft.

Die eingeklagte Forderung (aus Auftragsrecht, nämlich auf Verwendungsersatz) hat rechtlich auch nichts zu tun mit der Forderung, die der Minmetal gegenüber der Klägerin aus dem bestätigten Akkreditiv zustand. Ob diese letztere Forderung im Zeitpunkt der Arrestlegung noch bestand oder nicht, hat das Bundesgericht heute ebenfalls nicht zu entscheiden. Was die Klägerin heute gegenüber der Beklagten geltend macht, ist eine eigene Forderung, gerichtet auf Verwendungsersatz und gestützt auf Auftragsrecht. Es liegt nach dem früher Gesagten auf der Hand dass — entgegen der Auffassung der Litisdenuntiatin — die Klägerin nicht eine Forderung der Minmetal geltend macht und daher nicht etwa als Vertreterin der Minmetal klagt.

Alle Folgerungen, welche die Beklagte und die Litisdenuntiatin — unmittelbar oder mittelbar — aus dem Arrest ableiten wollen, entbehren somit der Begründung.

7. — Aus dem Gesagten ergibt sich ohne weiteres, dass die von der Beklagten und der Litisdenuntiatin in ihren Berufungen vorgebrachten Gesichtspunkte unzutreffend sind. Das hat die Abweisung beider Berufungen zur Folge.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Beide Berufungen werden abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 31. Mai 1951 wird bestätigt.

9. Arrêt de la 1^{re} Cour civile du 22 janvier 1952 dans la cause Lévy contre Satim S.A.

Art. 164, 492 sv. CO. La créance dérivant du cautionnement ne peut être cédée séparément de la créance principale.

Art. 164, 492 ff. OR. Die Forderung aus dem Bürgschaftsverhältnis kann nicht losgelöst von der verbürgten Hauptschuld abgetreten werden.

Art. 164, 492 e seg. CO. Il credito derivante dalla fideiussione non può essere ceduto separatamente dal credito principale.

A. — En vertu d'une convention du 14 octobre 1935, Marcel Lévy s'est reconnu débiteur envers le Crédit Lyonnais S. A., agence de Genève, d'une somme de 105 000 fr., payable en quinze annuités à partir du 1^{er} janvier 1936. Il s'agissait d'une dette à l'origine plus élevée mais qui était ramenée à ce montant par la convention. Selon un acte de cautionnement du 15 février 1932, le frère du débiteur, Roger Lévy, répondait de cette dette en qualité de caution solidaire jusqu'à concurrence de 25 000 fr. Roger Lévy est intervenu à la convention du 14 octobre 1935 entre le Crédit Lyonnais et Marcel Lévy pour confirmer son engagement de caution. De plus, sa mère et lui ont constitué, en garantie du cautionnement et d'une autre tranche de 25 000 fr. de la dette de Marcel Lévy, une hypothèque en 3^e rang grevant des immeubles que les constituants possédaient à Morges.

En 1937, Roger Lévy est tombé en faillite. Le Crédit Lyonnais produisit sa créance dérivant du cautionnement et fit valoir son gage. Les immeubles furent réalisés, mais une somme de 1050 fr. seulement sur le produit de la réalisation échut à l'hypothèque en troisième rang, de sorte que la banque créancière se vit délivrer un acte de défaut de biens de 48 950 fr. contre Roger Lévy.

Le 25 novembre 1948, le Crédit Lyonnais céda cet acte de défaut de biens à Transéa S. A. Cette société, à son tour, céda l'acte à Cominter S. A. le 3 décembre 1948.

Selon jugement du 21 décembre 1948 passé en force de chose jugée, la Chambre d'appel des Prud'hommes de

Genève a déclaré Transéa S. A. débitrice de Roger Lévy d'une somme de 25 000 fr.

Cominter S. A. a fait séquestrer cet avoir à raison de sa créance constatée par l'acte de défaut de biens, ainsi que la créance dérivant du cautionnement et qui lui avait été également cédée. Elle a ensuite exercé une poursuite contre Roger Lévy et obtenu mainlevée de l'opposition formée par ce dernier.

B. — Roger Lévy a intenté l'action en libération de dette. En cours d'instance, Cominter S. A. est tombé en faillite et les créances ont été acquises par Satim S. A. qui est devenue défenderesse au procès.

Tandis que la Tribunal de première instance a rejeté entièrement la demande, la Cour de justice, par arrêt du 9 octobre 1951, l'a admise pour la part restée à découvert de la tranche de 25 000 fr. garantie par l'hypothèque en 3^e rang, soit pour 23 950 fr. La Cour retient ce qui suit :

En engageant ses immeubles pour la dette de son frère Marcel, Roger Lévy n'a fait que constituer un droit de gage en faveur d'un tiers ; il ne s'est pas obligé personnellement à payer cette dette. En revanche la poursuite doit aller sa voie pour la créance dérivant du cautionnement, laquelle a aussi fait l'objet de la cession. Il est exact que le Crédit Lyonnais n'a jamais cédé sa créance contre Marcel Lévy. Mais il n'est pas vrai, comme l'objecte le demandeur, que la créance contre la caution ne puisse être cédée sans la créance principale. On est en présence d'un cautionnement solidaire, qui a fait de la caution un débiteur solidaire ; comme tel, Roger Lévy peut être, au choix du créancier, recherché en lieu et place du débiteur principal Marcel Lévy. C'est donc que le cautionnement peut être cédé pour lui-même.

C. — Contre cet arrêt, le demandeur recourt en réforme au Tribunal fédéral en concluant à ce que son action en libération de dette soit admise aussi en ce qui concerne la créance à raison du cautionnement. Il soutient que la créance contre la caution ne perd pas son caractère acces-

soire du fait que le cautionnement est solidaire ; il en déduit qu'elle ne peut être cédée qu'avec la créance garantie.

La défenderesse conclut au rejet du recours.

Considérant en droit :

La Cour de justice invoque en faveur de son opinion l'autorité de VON TUHR, qui expose en effet ce qui suit dans son « Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts » (VON TUHR-SIEGWART, p. 792-793) : On déduit généralement de la nature du cautionnement que la créance contre la caution ne peut être cédée sans la créance principale ; une telle cession se présentera rarement, mais elle est possible tout comme la cession de la créance contre un débiteur solidaire. Si le débiteur ne fait pas la prestation au cédant, le cessionnaire pourra rechercher la caution. VON TUHR suit en cela l'opinion d'ENNOCERUS (Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, vol. I 2, Recht der Schuldverhältnisse, § 303 note 15) et de PLANCK (Kommentar zum BGB, t. II 1, note I c ad § 401) qui ne restreignent même pas la possibilité de céder séparément la créance contre la caution au cas du cautionnement solidaire. Mais la doctrine dominante en Allemagne ainsi que le Tribunal d'empire (RGE vol 85 p. 364) se prononcent en sens contraire.

Cette dernière manière de voir est fondée pour le droit suisse. La forme solidaire du cautionnement ne change rien au fait que la dette de la caution dépend de l'existence d'une dette principale. Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable (art. 492 al. 1 CO rev.) et il prend fin dès que celle-ci est éteinte, pour quelque cause que ce soit (art. 509 CO rev., 501 a CO). Il constitue ainsi un droit accessoire qui n'a pas d'existence hors de son union avec la créance principale. Cela ressort nettement de l'art. 170 CO qui dispose que la cession d'une créance comprend les droits accessoires, ce qui ne s'explique que parce que ceux-ci sont inséparables de celle-là. Il s'en-

suit que non seulement le cédant ne peut retenir pour soi un droit accessoire tel que le cautionnement (ce droit serait caduc), mais qu'il ne peut pas non plus le céder isolément (cf. en ce qui concerne le droit de gage, le § 1250 BGB). C'est précisément par son caractère de droit accessoire que le cautionnement solidaire se distingue d'autres obligations solidaires dont fait état VON TUHR. Tandis que, dans ces rapports d'obligation, chaque débiteur est obligé comme s'il était seul en présence du créancier, la caution ne l'est qu'en dépendance de l'obligation du débiteur principal, si et aussi longtemps que celui-ci est tenu. Au demeurant, on peut laisser indécis le point de savoir si la cession de la créance contre un seul débiteur solidaire est juridiquement possible.

La cession par le créancier de ses seuls droits dérivant du cautionnement se révèle aussi entièrement incompatible avec la disposition de l'art. 505 a CO (devenu l'art. 507) aux termes de laquelle la caution est subrogée aux droits du créancier à concurrence de ce qu'elle lui a payé. Supposé que la créance de cautionnement soit cessible, le cessionnaire deviendrait réellement le titulaire de cette créance : il ne serait pas uniquement autorisé à la faire valoir, car la cession créance confère le droit lui-même, non seulement la faculté de l'exercer. Mais le paiement qui serait fait au créancier du cautionnement agissant en son nom propre ne pourrait pas avoir pour conséquence de transférer à la caution la créance contre le débiteur principal, car cette créance serait, par hypothèse, restée au cédant. La règle de subrogation édictée par la loi ne peut sortir ses effets que si les qualités de titulaire de la créance garantie et de créancier à raison du cautionnement sont réunies dans la même personne.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est admis, l'arrêt attaqué est annulé et l'action en libération de dette est admise dans toute son étendue, le débiteur étant entièrement libéré des fins de la poursuite.

10. Arrêt de la 1^{re} Cour civile du 22 janvier 1952 dans la cause Brand contre Thurig & Cie.

Exception de jeu, art. 513 al. 2 CO.

S'agissant de marchés différentiels et autres marchés à terme, cette exception ne peut être valablement invoquée que si, d'après l'ensemble des circonstances de la cause, l'élément purement aléatoire domine et si l'intention de réaliser une différence de cours reposant principalement sur le hasard est reconnaissable par l'agent de bourse (confirmation de la jurisprudence de l'arrêt RO 65 II 21).

Spieleinrede, Art. 513 Abs. 2 OR.

Bei Differenz- und andern Termingeschäften kann die Spieleinrede nur mit Erfolg erhoben werden, wenn nach den gesamten Umständen das rein aleatorische Element vorherrscht und wenn die Absicht, einen zur Hauptsache auf dem Zufall beruhenden Gewinn aus der Kursdifferenz zu erzielen, dem Börsenagenten erkennbar ist (Bestätigung der Rechtsprechung gemäss BGE 65 II 21).

Eccezione di gioco, art. 513, cp. 2 CO.

In caso di contratti differenziali e di altri contratti a termine l'eccezione di gioco può essere sollevata con buon esito soltanto quando, secondo l'insieme delle circostanze della causa, l'elemento puramente aleatorio è dominante e se l'intenzione di realizzare una differenza di corsi dovuta essenzialmente all'azzardo è riconoscibile dall'agente di borsa (conferma della giurisprudenza : RU 65 II 21).

A. — En mars 1948, Jean Brand, administrateur de sociétés, à Genève, est entré en relation avec la société Thurig & Cie, maison d'agents de change, à Genève, et a fait de nombreuses opérations de bourse à terme sur les actions Baltimore and Ohio Ry. Après que les premières opérations eurent laissé un léger bénéfice, un fléchissement sensible s'est fait sentir dans le courant de l'année 1948 sur la plupart des valeurs américaines. Brand a néanmoins continué ses opérations sur les actions précitées, les reportant à chaque liquidation dans l'espoir de voir le cours des titres remonter. Il a même augmenté ses achats, si bien que le débit de son compte a pris chaque mois un peu plus d'importance. Pendant la période du 6 mars au 1^{er} novembre 1948, Brand a acheté et revendu 2975 actions, réparties sur 24 transactions. Le montant total des achats et des ventes a été de 339 528 fr. 65, la valeur des titres s'élevant donc à 170 000 fr. en chiffre