

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	12 (1893)
Artikel:	L'exception de jeu dans les marchés différentiels
Autor:	Rossel, Virgile
DOI:	https://doi.org/10.5169/seals-896687

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 20.02.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins zu Frauenfeld 1893.

Rapport

présenté par M. le Dr. VIRGILE ROSEL, professeur à l'Université de Berne.

L'exception de jeu dans les marchés différentiels.

§ I. Historique.

I. Législation cantonale.

Il n'est pas sans intérêt de rechercher quelles étaient, dans les cantons, avant l'entrée en vigueur du Code fédéral de 1883, les prescriptions légales applicables aux marchés différentiels, à ces opérations de bourse qui doivent, dans l'intention des parties, se résoudre par le paiement d'une simple différence et ne comportent pas de livraison effective des marchandises ou des titres. Les conditions de la vie économique sont telles, dans la plupart des Etats confédérés, et les moeurs, que la législation n'a pas eu à se préoccuper

¹⁾ A consulter, entre autres, outre nos manuels du Code fédéral des obligations, les ouvrages de *Thöl* et *Endemann* sur le droit commercial allemand, les traités de droit civil ou commercial français de *Laurent*, *Aubry* et *Rau*, *Zachariae* (7^{me} éd.), *Baudry-Lacantinerie*, *Lyon-Caen* et *Renault*, etc., puis *Sirey*, *Daloz*, et des ouvrages spéciaux comme: *Gareis: Klagbarkeit der Differenzgeschäfte* (1882), *Wiener: L'exception de jeu et les opérations de bourse* (1883) etc. Pour la Suisse, voir entre autres: *Jeanneret: Le jeu, le pari et les marchés de bourse* (1892), *Schnetzler: L'exception de jeu* (1892), *Meyer: Der römisches-rechtliche Begriff der Natural-Oblig. im schw. O. R.* (1892).

des jeux de bourse. Un premier groupe de cantons ne possède aucune disposition légale sur cette matière: *Appenzell* (R. I. et R. E.), *Uri*, *Unterwald* (le haut et le bas), *Schwyz*, *Glaris*, *Thurgovie*, *Bâle-Campagne*, *Grisons*, etc. La jurisprudence, d'autre part, n'y a jamais eu à se prononcer sur la nullité ou la validité de marchés différentiels. *Bâle-Ville* se trouve, à cet égard, dans une situation particulière; la législation cantonale ne prescrivant absolument rien en ce qui concerne le jeu, le pari, les opérations de bourse, on s'en tenait au § 698 de la *Stadtgerichtsordnung* de 1719, d'après lequel il y avait lieu de s'en rapporter „aux anciennes coutumes et usages admis dans notre ville, et, à défaut, au droit commun.“ Les Tribunaux bâlois n'ont guère rendu, avant 1883, que deux jugements sur des contestations relatives aux effets civils des marchés à terme. En 1868, ils repoussèrent l'exception de jeu dans un cas où elle aurait été incontestablement admise d'après la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral. Mais en 1882, la Cour d'appel de Bâle-Ville l'accueillit, dans une autre affaire, contrairement à la décision de l'autorité de première instance, à l'encontre d'un marché qui, d'après les circonstances (exclusion tacitement convenue de l'exécution effective du contrat), devait être tenu pour un marché purement différentiel.

Un autre groupe est formé par les cantons d'Argovie, Berne, Lucerne, Zurich, Tessin, Fribourg, Neuchâtel et Vaud; dans ces cantons, les marchés différentiels ne donnent pas d'action civile, la loi les assimilant expressément ou tacitement au jeu et au pari. Le Code civil de *Lucerne* dispose, par exemple, en son § 528 alin. 1: „En dehors des contrats prohibés par d'autres prescriptions de la loi, les paris et le jeu ne créent pas d'obligation civile et les réclamations qui en découlent ne peuvent être poursuivies en justice.“ La législation ne mentionne par les marchés différentiels, mais il paraît vraisemblable que les tribunaux lucernois auraient déclaré le § 528, alin. 1, ci-dessus, applicable par analogie aux marchés à terme qui, pour reprendre les termes mêmes de l'art. 512 alin. 2 C. O., eussent porté sur des marchandises

ou valeurs de bourse et présenté les caractères du jeu ou du pari. La jurisprudence de la Cour d'appel lucernoise ne nous fournit toutefois aucun arrêt caractéristique rendu dans ce domaine (cfr. cependant *Zeitschr. des bern. J. V. XXII*, 124 et s.). Nous pouvons en dire autant de *Soleure* (§ 1019 C. civ.), de *Berne* (§ 6 litt. b. de la loi du 27 Mai 1869 pour l'ancien canton, et art. 1965 à 1967 C. civ. fr. pour le Jura bernois), de *Fribourg* (art. 2014 à 2017 C. civ.), du *Tessin* (art. 932 et 933 C. civ.), et sans doute aussi d'*Argovie* (§ 626 C. civ. cfr. toutefois *Zeitschrift des bern. J. V. VIII*, 177 et s.).

Le Code civil du canton de *Vaud* (art. 1448 à 1450) avait consacré les principes des art. 1964, 1965 et 1967 du Code Napoléon, la loi n'accordant aucune action pour une dette de jeu ou le paiement d'un pari, mais le perdant ne pouvant répéter ce qu'il a volontairement payé, à moins qu'il n'y ait eu, de la part du gagnant, dol, supercherie ou escroquerie. L'exception de jeu n'était donc pas explicitement prévue pour les marchés différentiels. Les tribunaux vaudois (*Journal des Tribunaux*, II, 206 et s., IV, 318 et s., XXI, 627 et s., XXXI, 70 et s., *Gazette des Tribunaux suisses*, II, 270) n'en ont pas moins admis d'une manière constante l'exception de jeu contre tous les marchés à terme fictifs. La Cour de cassation civile, dans un arrêt du 20 Mars 1851, a reconnu que l'une de deux personnes associées dans un but de spéculation ne pouvait réclamer à l'autre ce qu'elle avait payé de ce chef: „Considérant que, dès le moment où il est constant que l'association entre les parties ne portait pas sur des opérations de commerce sérieuses, mais qu'elle avait pour but une spéculation sans objet réel, et ne consistant que dans les chances aléatoires que pouvaient offrir les engagements à prendre ou à livrer fictivement des esprits de vin, ces opérations ne peuvent être envisagées que comme constituant un jeu; — qu'elles sont ainsi frappées par la disposition de l'art. 1449 C. civ., laquelle est générale et comprend les dettes provenant de toute espèce de jeu; — considérant que la réclamation de M. a pour objet le paiement ou le rembours d'une somme qu'il aurait livrée pour solde d'une dette résul-

tant d'un jeu sur les esprits de vin, et par suite de son association avec V. pour ces opérations aléatoires; — que son action en rembours est ainsi prohibée par le susdit article de la loi.“ Un autre arrêt, du 24 Novembre 1873, a reconnu que les art. 1449 et 1450 „ne font pas exception pour le cas où le jeu aurait eu lieu dans un pays qui l'autoriserait et n'ont point égard à la nationalité des joueurs, — qu'il s'agit là d'une disposition d'ordre public résultant de considérations tirées du mobile, du caractère et des conséquences du jeu.“

A *Neuchâtel* (C. civ. 1587, 1588), on vivait sous le régime des art. 1965 et 1967 du Code Napoléon, exactement comme dans le canton de Vaud. La jurisprudence (*Arrêts du Tribunal cantonal I*, 67, 71) s'est prononcée dans le même sens que les Tribunaux vaudois. Le Tribunal cantonal, après avoir constaté, dans un jugement des 16, 17 et 19 Novembre 1883, que la réclamation formulée par l'agent de change G. à la masse en faillite C. était le résultat d'opérations différentielles, admit l'exception de jeu de la défenderesse pour les motifs suivants: „Considérant que l'intention de jouer étant certaine en ce qui concerne la maison C., il faut rechercher si le demandeur, dans ses relations avec cette maison, a connu cette intention de jouer et s'il a pu se faire illusion sur le caractère fictif des opérations auxquelles il prêtait son concours; . . . considérant que, de l'ensemble des faits, il résulte pour le juge la conviction que le demandeur n'ignorait pas l'intention de jouer de C. et qu'il n'a pu se faire illusion sur le caractère aléatoire des actes auxquels il se prêtait; considérant que l'art. 1587 du Code civil qui prononce que la loi n'accorde aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari, s'applique, de même que l'art. 1965 du C. civ. fr. dont il est la reproduction, au mandataire, à l'intermédiaire ou à l'agent de change qui, *sciemment*, a prêté son concours à des opérations de bourse devant se résoudre par le paiement de différences; — que cet article pose un principe d'ordre public et qu'il n'a point égard à la profession des parties en cause“ . . . Ainsi, selon l'arrêt dont nous

avons transcrit les passages essentiels, l'intention de jouer doit être commune aux deux parties pour que l'exception de jeu puisse être admise. C'est ce que le Tribunal neuchâtelois a décidé encore par un jugement du 19 Novembre 1883, où il a repoussé l'exception de jeu soulevée par la même maison C., attendu que le demandeur, un agent de change de Genève, avait invité la défenderesse à lever les titres achetés par elle et que d'ailleurs l'achat d'actions Ouest-Suisse, dont le solde formait la créance litigieuse, avait eu lieu par la maison C. „d'ordre et pour le compte de clients, d'un seul entre autres pour 250 de ces titres qu'il avait payés en soldant son compte avec la maison C.“

Le § 1403 du canton de *Zurich* règle expressément, comme suit, la question de l'exception de jeu dans les marchés différenciels: „Sont assimilés au jeu les marchés différenciels, c'est-à-dire les conventions ayant seulement pour objet la livraison fictive de marchandises, entre autres, de valeurs, et portant en réalité uniquement sur la différence entre le cours actuel du marché et celui du temps de la livraison; les créances en résultant ne donnent lieu à aucune action civile.“ Les Tribunaux zurichois ont rendu une série de décisions que nous ne pouvons, faute d'espace, résumer ici (cfr. *Commentaire d'Ullmer*, n° 2000 et Supplém. n° 3301; en outre, *Gwalter Zeitschrift*, XXII, 413, et *Rechenschaftsbericht des Obergerichts*, 1886, n° 129); elles consacrent une interprétation rigoureuse du texte précité.

Enfin, seul de tous les cantons suisses, *Genève* a proclamé la légalité des opérations de bourse, y compris les marchés différenciels, par une loi du 22 Février 1860, dont voici la teneur: „Les marchés à terme sur les denrées, marchandises, titres négociables, soit industriels, soit de travaux ou de fonds publics, sont reconnus à la Bourse de Genève comme opérations commerciales légales (art. 1). Ces marchés pourront se résoudre par des différences, d'accord entre les contractants (art. 2). Pour avoir date certaine, ils devront être enregistrés par les Commissions de la Bourse (art. 3). L'enregistrement aura lieu sur la production de bordereaux ou conventions ar-

rêtées sur le papier timbré destiné aux opérations de bourse (art. 4). Les art. 421 et 422 du Code pénal sont abrogés. — L'article 1965 du Code civil (analogique à l'art. 1965 C. civ. fr.) ne peut être interprété comme applicable aux marchés à terme désignés à l'article 1^{er}^u (art. 5). La jurisprudence genevoise n'offrirait qu'un intérêt purement rétrospectif; nous pouvons, en conséquence, la laisser de côté.

Tel était, rapidement esquissé, le droit en vigueur dans les cantons suisses avant le 1^{er} Janvier 1883. Comme on l'a vu, ou bien les marchés différentiels étaient ignorés par la législation et la jurisprudence n'avait jamais été saisie de questions y relatives, ou bien, sauf à Genève, ils étaient assimilés au jeu et au pari. On pourrait déjà prétendre dès lors, que la législation antérieure était en somme d'accord avec l'opinion publique pour refuser toute protection légale aux marchés à terme fictifs; et l'art. 512, al. 2 C. O. n'aurait guère fait que consacrer le droit existant, en l'enfermant dans une formule plus précise, si tant est que la disposition finale de cet article ait ajouté quelque chose au principe général posé en matière de jeu et de pari.¹⁾

II. Législation fédérale.

M. Munzinger, dans ses *Motifs du projet de code de commerce suisse* (1865), commence par constater que Bluntschli, le rédacteur du Code civil zurichois, a justifié la disposition du § 1403 du dit Code (voir p. 501) en exposant que le marché différentiel „n'a pas le caractère du contrat de vente, puisque les parties spéculent exclusivement sur la différence des cours,“ que ce marché „est pire qu'un pari où il y a au moins un enjeu déterminé, qu'il a une action démoralisante

¹⁾ Je dois la plupart de ces renseignements à quelques-uns de mes collègues de la Société des juristes suisses; notamment à M. M. Martin (Genève), Soldan (Vaud), Mentha (Neuchâtel), Gabuzzi (Tessin), Iselin (Bâle), A. Schneider (Zurich), Winkler (Lucerne), Affolter (Soleure), Fehr (Thurgovie), de Planta (Grisons), Gallati (Glaris), R. v. Reding (Schwyz), Hohl (Trogen), Muheim (Altdorf).

sur le commerce et qu'il exerce une influence fâcheuse sur le prix réel des marchandises, puisque la passion des joueurs vient troubler les oscillations naturelles de la valeur.“ Il rappelle ensuite les opinions de la doctrine et de la juris-prudence allemandes et françaises, rompt une lance en faveur de la légalité des jeux de bourse et conclut sans conclure: „Au milieu de ce conflit des opinions . . . nous avons mieux aimé nous abstenir de trancher la question dans le projet et en abandonner la solution aux lois cantonales et la décision aux tribunaux.“ Effectivement, le projet de Munzinger ne mentionne pas les opérations différencielles. Qu'en est-il des projets d'un Code fédéral des obligations ?

Le projet (Juillet 1877), „élaboré sur les bases arrêtées par une commission“ en 1876, prescrivit, en son art. 726, que „le jeu et le pari ne créent aucune obligation,“ et en son art. 728^a, que „les marchés à livrer sont soumis aux dispositions des articles 726 et 727, lorsqu'ils présentent un jeu ou un pari“ (cfr. projet Fick de 1875, art. 730, 732). Le Projet du Conseil fédéral (1879) fondit ces deux articles et les compléta dans son art. 522: „Le jeu et le pari ne créent aucune obligation. — Il en est de même des avances ou prêts faits sciemment en vue d'un jeu ou d'un pari, ainsi que des marchés à terme ou sur différence ayant pour objet des marchandises ou des valeurs de bourse, si ces marchés présentent les caractères du jeu ou du pari.“ Cet article provoqua des récriminations assez vives et des discussions assez laborieuses. La Société industrielle et commerciale du canton de Vaud se prononça en majorité contre le système du projet. Nous lisons dans le très substantiel *Rapport* fait à cette société le 8 Mars 1880 et publié quelque temps après: „Un membre de la commission s'est prononcé d'une manière très catégorique dans le sens du projet qui maintient les principes généralement admis par les législations de pays qui nous entourent, en ne reconnaissant pas aux spéculateurs de bourse, pas plus qu'aux intermédiaires, le droit de réclamer en justice l'exécution d'obligations que réprouvent l'honnêteté et la morale la plus élémentaire . . .

Les autres membres de la commission ont déclaré ne pas partager cette manière de voir. Tout en s'associant pleinement aux opinions exprimées par la minorité sur les déplorables conséquences qu'entraînent pour la société et les familles les spéculations de la bourse et le jeu, et en flétrissant unanimément ce moyen de s'enrichir, la majorité a d'abord fait observer qu'il est très difficile de distinguer entre les marchés à terme et les opérations de bourse non reconnues par la loi. Elle a reconnu ensuite que de nombreuses opérations de bourse se font jurement en Suisse et qu'ainsi la loi, dont le but est de lutter contre ces funestes habitudes ne l'atteint nullement . . . A notre époque, le législateur n'a plus la préoccupation de se faire le tuteur des citoyens, de les gouverner paternellement . . . Si, par des pertes au jeu, les spéculateurs font perdre leurs créanciers et amènent la ruine de personnes qui ont eu confiance dans leur honnêteté dans les affaires, il y a un moyen de leur faire supporter les conséquences de leurs actions coupables, c'est de leur infliger une peine sévère" . . . Bref, on flétrit les jeux de bourse, quitte à les tolérer.

Une Commission, chargée par le Conseil d'Etat du canton de Vaud d'examiner le projet de Juillet 1879, déclare que „s'inspirant de l'intérêt public, elle a, dans sa majorité, maintenu tel quel l'article du projet.“ Une autre commission, en revanche, investie du même mandat par le Conseil d'Etat du canton de Genève, combat résolument l'extension de l'exception de jeu aux marchés différentiels: „Tous les membres de la Commission sont d'accord pour déplorer les abus des spéculations de bourse, mais ils n'estiment point que l'on y remédie en refusant éventuellement une action aux créances régulièrement consenties en vertu de ces opérations. Bien au contraire . . . Il y a d'ailleurs une immense différence entre le jeu, qui place en présence deux individus déterminés dont l'un s'enrichit aux dépens de l'autre, et un marché à la bourse dans lequel l'acheteur ou le vendeur n'a vis-à-vis de lui aucun *partner* connu, de telle sorte que c'est un intermédiaire qui perdrait par le refus de l'action. Mais, en outre, ce

Marché fait partie d'un ensemble d'opérations qui ne sont nullement illicites et jouent un rôle utile en matière économique. Des représentants autorisés du commerce nous ont assuré que des spéculations sur les blés ont fortement contribué, cet hiver, à préserver l'Europe de la disette. Aussi, l'opinion publique et la législation tendent de plus en plus, en divers pays, à faire rentrer ces opérations dans le droit commun. La loi genevoise du 22 Février 1860 a légalisé les marchés à terme à la Bourse de Genève et, dès ce moment, on a constaté beaucoup moins d'abus dans cette ville que sur des places soumises à un régime différent. " La Commission genevoise invoquait l'expérience pour proposer la rédaction suivante: „L'exception de jeu n'est pas opposable dans les marchés à terme sur les marchandises ou valeurs de bourse, conclus suivant les usages du commerce, quand même ils n'auraient pour résultat qu'un simple paiement de différences.“

Cette proposition fut reprise, textuellement, par M. le conseiller national Pictet, le 9 Décembre 1880.

Le Conseil des Etats avait, au cours du premier débat sur le projet de Code fédéral des obligations, adhéré purement et simplement au projet. Tout au contraire, le Conseil national, dans sa session de Décembre 1880, se rangea à la manière de voir de M. Pictet en rédigeant ainsi le 2^{me} alin. de l'art. 522 (512 actuel): „L'exception de jeu n'est pas opposable dans le cas de marchés à terme portant sur des marchandises ou valeurs de bourse, et conclus suivant les usages du commerce.“ En même temps, il décidait de renvoyer cet article au Conseil fédéral pour rapport. Le Conseil fédéral expliqua que, pour des raisons d'opportunité, il convenait de s'en tenir au texte même du projet; il ajoutait que „les intérêts visés par la décision du Conseil national sauraient bien trouver leur sauvegarde dans la jurisprudence de nos tribunaux.“

En date du 17 Février 1881, le Conseil des Etats rejeta le système adopté provisoirement par le Conseil national. Cette dernière Chambre „adhéra à la suppression“ de son

art. 522 alin. 2 dans sa séance du 3 Mars suivant; sa Commission s'était en vain opposée à cette décision, et l'assurance donnée par le Conseil fédéral que les tribunaux „saurraient bien sauvegarder les intérêts visés“ emporta le vote, quoiqu'elle ne lie aucunement les autorités judiciaires et qu'elle ne les pût lier (cfr. *Arrêts du T. F.*, *XVII*, 142 et s.).

Le texte définitif de l'art. 522 (512) fut ainsi fixé: „Le jeu et le pari ne donnent lieu à aucune action en justice. — *Il en est de même* des avances ou prêts 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.*“ Faisons observer, ici déjà, que cette rédaction laisse place à une équivoque. A quoi se rapportent, en effet, les mots „*de ceux*“? Aux „avances et prêts faits sciemment“ en vue d'un marché à terme, ou aux „marchés à terme . . . qui présentent les caractères du jeu ou du pari“? L'interprétation grammaticale semblerait plutôt justifier la première hypothèse. Mais l'interprétation logique et la comparaison des textes allemand et français nous montrent que les mots „*de ceux*“ doivent désigner cette catégorie de marchés à terme qui ont reçu le nom de marchés différentiels; il eût été préférable de laisser ces deux mots de côté. Nous verrons, dans la suite, s'il est permis de prétendre, en se basant sur les termes mêmes de l'art. 512 alin. 2, que la loi ne refuse pas d'action pour le remboursement de prêts ou avances faits sciemment en vue de marchés différentiels et s'il n'y a pas assimilation complète entre le jeu et les jeux de bourse non légalisés.

III. Législation étrangère.

Ce serait sortir du cadre de cette étude, que de vouloir donner ici un tableau détaillé de la législation étrangère sur les marchés différentiels. Il y aurait certes là matière à un intéressant travail de droit comparé. Nous nous contenterons de quelques indications.

Parmi les nations qui ont consacré la théorie de l'art. 512

al. 2 C. O., nous rencontrons en première ligne la *Belgique*, où la jurisprudence applique l'art. 1965 du Code civil (correspondant exactement à l'art. 1965 du Code Napoléon) aux marchés à terme dans lesquels les parties n'ont entendu spéculer que sur la différence des cours. Une réaction assez énergique contre cet état de choses n'a point abouti. En *Russie*, les obligations nées de marchés à découvert sont déclarées nulles. En *Allemagne*, dans les pays de „droit commun“, c'est le droit romain qui fera règle, mais, comme il n'a pas prévu les opérations de bourse, on peut se demander s'il est admissible d'assimiler les marchés à terme fictifs au jeu, qui ne produit pas d'action civile, ou au pari qui est un contrat valable en tant qu'il ne poursuit pas un but illicite ou immoral ou qu'il ne constitue pas une forme déguisée du jeu. Ni la jurisprudence, ni la doctrine ne sont fixées à cet égard; nous tenons l'assimilation au jeu pour la solution la plus rationnelle. Dans les pays de „droit français“, on applique l'art. 1965 du Code Napoléon aux marchés différentiels, à ceux dans lesquels il a existé, à l'origine, entre l'acheteur et le vendeur, une convention de régler toutes leurs opérations par un paiement de différences. En *Prusse*, l'exception de jeu n'est donnée que lorsque la livraison et le paiement effectifs ont été expressément exclus *ab initio*. Les marchés différentiels ne sont pas pourvus d'une action civile en Saxe. La jurisprudence a varié en Bavière, quoique l'assimilation au jeu soit reconnue en général. En somme, à défaut d'une prescription spéciale dans le Code de commerce pour l'Empire d'Allemagne (cfr. art. 271 chif. 2 et 357), on s'en rapporte aux législations particulières des Etats. La doctrine paraît se prononcer, en majorité, pour la légalité des *Differenzgeschäfte*. En *Angleterre*, les marchés à découvert ne sont plus interdits, comme ils l'étaient avant 1860, par un acte de 1734; on peut dire cependant que la jurisprudence considère comme nuls les marchés à terme portant uniquement sur le paiement de différences.

La législation a subi, en *France*, des changements répétés et assez profonds. La catastrophe financière provoquée par

les entreprises aventurées de Law amena une répression rigoureuse de la spéculation (arrêt du 24 Septembre 1724). Vers la fin de l'ancien régime, on dut sévir de nouveau contre les spéculateurs, que le droit intermédiaire traita plus sévèrement encore. Un décret du 13 Fructidor an *III* frappa même de fortes pénalités les „agioteurs“; et d'autres actes législatifs aggravèrent les peines de la détention, de l'exposition en public et de la confiscation des biens. On retrouve comme un écho de la législation révolutionnaire dans les art. 419, 421 et 422 du Code pénal français. Le Code Napoléon (art. 1965) n'accorda „aucune action pour une dette de jeu ou pour le paiement d'un pari“, sans rien disposer toutefois concernant les marchés à terme. La jurisprudence tâtonna longtemps. Dès 1848, on décide que la loi ne prohibe pas tous les marchés à découvert, où les agents de change ne reçoivent pas, avant la conclusion de l'opération faite par leur entremise, les sommes ou les titres nécessaires à la réalisation, mais les marchés à découvert fictifs seulement qui constituent un jeu ou un pari. Des réclamations surgirent de toutes parts; on leur donna satisfaction en promulguant la loi du 28 Mars 1885, dont l'art. 1 est ainsi conçu: „Tous marchés à terme sur effets publics et autres; tous marchés à livrer sur denrées et marchandises sont reconnus légaux. — Nul ne peut, pour se soustraire aux obligations qui en résultent, se prévaloir de l'art. 1965 C. civ., lors même qu'ils se résoudraient par le paiement d'une simple différence.“ Ce texte va moins loin que celui de la loi genevoise de 1860. Il ne légalise nullement les opérations de bourse dans lesquelles les parties se sont interdit, dès l'origine, le droit d'exiger la livraison et le paiement.

L'Autriche a abrogé l'exception de jeu dans les marchés différentiels (loi du 1^{er} Avril 1875). Il en est de même en *Italie*, bien que les tribunaux n'appliquent pas uniformément la loi de 1876, en *Hollande* et en *Espagne* depuis 1875.

§ 2. Les textes légaux et leur application.

I. L'art. 512 alin. 2.

Notre loi vise, en son art. 512 al. 2, non pas tous les jeux de bourse, mais seulement les marchés différentiels proprement dits, ceux que la doctrine allemande désigne sous le nom de *reine Differenzgeschäfte*. Il est vrai que ceci ne ressort pas nettement des termes mêmes de la disposition légale dont s'agit, où il n'est parlé que des marchés à terme „présentant les caractères du jeu ou du pari.“ On a préféré abandonner aux tribunaux le soin de définir les éléments des marchés à terme assimilés au jeu ou au pari en vertu de l'art. 512 al. 2. Mais il n'est pas douteux que le législateur a eu en vue ceux-là uniquement des marchés à terme sur marchandises ou valeurs de bourse qui étaient affaire de pure spéculation. Il ne suffit pas qu'une pensée de spéculation ait déterminé des opérations qui pourraient être d'ailleurs sérieuses et parfaitement sincères; il faut encore que cette pensée de spéculation soit exclusive de toute exécution effective des marchés conclus et que les parties aient simplement joué ou parié sur une différence de cours. Lorsqu'un marché porte sur des marchandises ou des valeurs de bourse et qu'il est entendu entre les co-contractants que le vendeur ne livrera pas, que l'acheteur ne paiera point, mais qu'on spécule sur la hausse ou la baisse de tels titres ou de telles denrées, il y a jeu ou pari. Le marché à terme, somme toute, doit n'être lui-même qu'une variété ou une forme du jeu ou du pari pour tomber sous le coup de l'art. 512 al. 2.

Il convient d'interpréter restrictivement cette prescription de la loi, ainsi que toutes les prescriptions de droit exceptionnel. Non point, comme le voudraient certains partisans de la légalité des jeux de bourse, que „la conscience juridique de notre peuple“, ou „l'opinion publique“ puissent prévaloir sur un texte légal; au demeurant, nous inclinons précisément à penser que la „conscience juridique de notre peuple“ et „l'opinion publique“, au lieu „d'exiger impérieusement que l'exception de jeu ne soit appliquée qu'avec une extrême

réserve“ demanderaient, au contraire, aux tribunaux de mettre toutes les entraves possibles à la spéculation. Il importe de considérer l'art. 512 *in fine* en lui-même et de ne lui faire dire que ce qu'il dit. Or quels sont les marchés à terme auxquels il refuse une action civile? Ce sont les jeux ou paris déguisés sous la forme de semblables marchés, soit les marchés à terme qui „présentent les caractères du jeu ou du pari“. Entre les contractants, le marché à livrer ou à terme constitue non pas une spéculation — protégée alors par la loi — sur les marchandises ou valeurs de bourse *elles-mêmes* et une vente, mais une spéculation sur la différence entre le cours du jour de la convention et celui du jour de la livraison supposée, car il n'y aura, en effet, ni livraison de marchandises ou de titres, ni paiement de leur prix. C'est bien ces marchés à terme fictifs, qui ne sont pas des ventes mais de véritables paris sur la hausse ou sur la baisse, que le Code fédéral des obligations a destitués de toute action civile. Et ces marchés ne comprennent pas tous les „jeux de bourse“, du moins dans l'acception courante et très large de ce terme, mais les marchés différentiels proprement dits, ceux qui, de par la volonté des parties, doivent se résoudre par un paiement de différences et qui sont exclusifs de tout droit de demander, de toute obligation de souffrir l'exécution réelle du contrat.

Il n'est pas exact, au surplus, de dire avec le Tribunal de Commerce de Genève (*Revue judiciaire*, VIII, 108) qu'il faut, pour que l'art. 512 al. 2 devienne applicable, „une manifestation *expresse* de la commune intention des parties de spéculer sur les différences, en excluant d'avance toute intention ou possibilité de prendre livraison.“ Nulle part, notre loi ne prescrit que l'intention de spéculer soit manifestée *expressis verbis*; la volonté des parties peut, ici comme en général, résulter d'actes concluants.

Nous nous rangeons, de toutes manières, à l'opinion du Tribunal fédéral qu'on trouve formulée à nouveau dans un récent arrêt (*Arrêts du T. F. XVIII*, 537): „Le Tribunal fédéral a constamment appliqué l'art. 512 al. 2 C. O. en ce

sens que cette disposition légale ne déclarait pas dépourvus d'action civile tous les marchés à terme sur marchandises ou valeurs de bourse, mais seulement les marchés différentiels proprement dits qui présentent les caractères d'un jeu ou d'un pari. Il a en outre vu constamment la marque distinctive du marché différentiel proprement dit dans le fait, qu'expressément ou tacitement, les parties avaient exclu la délivrance et la prise de livraison des marchandises ou valeurs de bourse vendues ou achetées, en sorte que la différence de cours était l'objet unique du contrat.“ Les jeux ou paris déguisés sous l'apparence d'un marché à terme, voilà les opérations que la loi se refuse à pourvoir d'une sanction.

Notre Code ne demande pas, comme en France, pour l'application de l'art. 512 al. 2, que l'intention d'exclure toute exécution effective du contrat ait été manifestée par écrit et à l'avance. Il suffit, qu'à un moment donné, *verbalement* ou *par écrit*, d'une manière *expresse* ou *tacite*, les parties aient manifesté leur volonté *concordante* de spéculer sur la différence des cours et ne se soient pas même réservé *sérieusement* la possibilité de requérir la délivrance ou la prise de livraison. En particulier, l'intention concordante des parties est indispensable (*Arrêts du T. F. XVII*, 144 et s., *Journ. des Trib.*, *XXXIII*, 427), tant et si bien que si l'une d'elles a entendu conclure un marché à terme sérieux, l'exception de jeu est inadmissible à son encontre. Mais, dans un cas pareil, n'y aurait-il pas une *error in negotio*, et le contrat serait-il non seulement annulable, comme le dispose l'art. 19 chif. 1 C. O., mais bel et bien inexistant? En réalité, „l'une des parties entendait faire un contrat autre que celui auquel elle a déclaré consentir“.

Relativement à l'accord exprès ou tacite, il y a lieu de faire observer ceci: Il est évident que si l'exception de jeu est fondée sur la circonstance que l'intention exclusive de jouer a été manifestée expressément par les intéressés, il n'est pas besoin d'établir pour cela que l'on s'est servi de termes sacramentels; les tribunaux rechercheront le sens exact des expressions employées. L'accord tacite reposera

sur des faits concluants, parmi lesquels on peut citer les suivants: le marché à terme intervient entre personnes qui ne possèdent pas l'objet du marché et qui n'ont ni les moyens ni le désir de le posséder jamais; il ne rentre point dans le cercle d'activité des contractants; il est d'une importance telle qu'on doit l'envisager comme hors de proportion avec les ressources des parties; il comprend plus de marchandises ou de valeurs qu'il n'en existe; l'une des parties a, par son silence, adhéré à la volonté de jouer exprimée par l'autre, etc.¹⁾ Néanmoins, un marché à terme ne devient pas un marché différentiel proprement dit par cela seulement, que l'un des contractants, ou même tous les deux, seraient partis de l'idée, lors de la conclusion du contrat, qu'il n'y aurait pas, au jour de l'échéance, de délivrance et de paiement effectifs, mais un simple règlement de différences. Il faut que l'obligation de livrer et le droit de réclamer la délivrance aient été exclus conventionnellement, car, s'il n'en a pas été ainsi, aucune des parties n'est empêchée d'exiger l'exécution réelle à l'échéance. „La simple intention, non exprimée, dit le Tribunal fédéral (*Arrêts, XVIII*, 538), qui peut avoir existé dans l'esprit de l'un des contractants à l'époque de la conclusion du marché, de liquider l'affaire, non par une livraison et un paiement effectifs mais par le paiement de différences, cette simple intention ne saurait donner à l'opération le caractère d'un marché différentiel proprement dit.“ Ce ne sont également pas des marchés différentiels visés par l'art. 512 al. 2 que ceux où il est loisible aux parties de choisir entre l'exécution même du marché et l'acquittement de différences (*ibid. XII*, 462, *XIII*, 496 et s.). Mais si l'intention de livrer ou de payer est simplement simulée, si, par un échange de lettres ou autrement, l'une des parties cherche seulement à faire passer pour un marché à terme sérieux un marché purement

¹⁾ „En revanche, d'autres éléments de fait... par exemple, le fait que les titres achetés ont été reportés, ou encore l'établissement de comptes de liquidation mensuels ne suffiraient pas, à eux seuls, à établir qu'on est en présence de marchés purement différentiels“ (arrêt du T. F. du 9 Décembre 1892; *Journ. des Trib. XLI*, 119).

différentiel — ceci en vue d'exclure l'exception de jeu dans un procès éventuel, — les tribunaux n'ont pas à tenir compte de semblables manœuvres (voir p. 525).

Il importe peu d'ailleurs que les marchés différenciels soient ou non conformes aux usages de la Bourse; s'ils ne sont que des jeux ou paris déguisés, il ne donnent point d'action civile (*ibid. XVII*, 144 et s.).

D'autre part, nous tenons pour certain que l'art. 512 alin. 2 enlève à l'auteur „d'avances ou prêts faits sciemment“ en vue d'un marché différentiel la faculté de les faire valoir en justice. Sans doute, l'historique de la rédaction de notre texte pourrait être invoqué en faveur de l'opinion contraire. Il est bien certain que l'art. 522 (512) du projet de 1879 portait: „Il en est de même des avances ou prêts . . . ainsi que des marchés à terme“ etc. Et l'on conçoit qu'il soit permis de dire qu'en séparant nettement les deux assimilations au jeu et au pari faites des „avances et prêts“ et des marchés différenciels, le législateur n'entendait établir entre elles aucune relation particulière. Mais, à y regarder de près, le texte de 1879 ne diffère du texte définitif que par les mots et non pour le sens. C'est ce que nous avons déjà expliqué précédemment. Au demeurant, il est prudent de ne point tabler sur l'intention du législateur, quand elle ne saurait être déterminée qu'arbitrairement, quand elle ne ressort pas de déclarations clairement formulées et pourvues d'une autorité suffisante. Or, en l'espèce, nous n'avons sous les yeux que des textes; les commentaires officiels font défaut; et ces textes sont, à tout prendre, identiques. Quel est maintenant le but de notre Code? D'apporter des entraves à l'agiotage. Comment cherche-t-il à l'atteindre? En étendant l'exception de jeu aux marchés différenciels, en assimilant purement et simplement ces marchés au jeu et au pari. Puisque l'assimilation est complète, puisque, d'un autre côté, les „avances et prêts faits sciemment en vue d'un jeu ou d'un pari“ ne sont pas protégés par une action civile, comment voudrait-on que ceux „faits sciemment en vue“ d'un marché différentiel, absolument assimilé au jeu et au pari,

fussent dotés d'une sanction légale? Pari, jeu ordinaire, ou jeu de bourse selon l'art. 512 *in fine*, toutes ces opérations sont envisagées et traitées de même par le législateur (cfr. art. 513 et 514, qui ne distinguent pas); les règles s'appliquant à l'une d'entre elles s'appliquent *toutes* aux autres, celles concernant les „avances et prêts“, comme celles se rapportant aux cas des art. 513 et 514. Assurément, il ne sera pas facile, à l'ordinaire, de faire la preuve que des „avances et prêts“ ont été „faits *sciemment*“ en vue d'un marché différentiel; mais enfin, toutes les fois qu'il sera nettement constaté que l'auteur des avances ou prêts a eu ou devait avoir connaissance de leur destination, l'exception de jeu sera admissible. En décider autrement serait affaiblir sans raisons plausibles la portée de l'art. 512 *in fine*, aller directement à l'encontre du but de la loi.

La question, peut-être la plus délicate à résoudre de toutes celles qui se rattachent à l'interprétation de l'art. 512 al. 2, est celle des *intermédiaires*, et, plus spécialement, des commissionnaires. Nous possédons à cet égard deux décisions du Tribunal fédéral, conçues à peu près dans les mêmes termes (*Arrêts*, XII, 461, et XVII, 144): „On peut opposer l'exception de jeu au commissionnaire en tout cas lorsqu'il exécute des ordres de bourse, qu'il ne désigne pas le nom de son acheteur ou de son vendeur et qu'il apparaît ainsi comme une véritable partie contractante; une solution contraire enlèverait à peu près toute sa valeur pratique à l'art. 512 C. O.“ Il faudra d'ailleurs non seulement que le commissionnaire annonce à son commettant l'exécution de la commission sans lui nommer l'acheteur ou le vendeur (art. 446 C. O.), mais qu'il ait été au courant de l'intention de jouer du commettant et, qu'expressément ou tacitement, il ait adhéré à cette volonté de faire une opération de jeu, de pari ou de marché différentiel. La manifestation concordante, expresse ou tacite, de la volonté de jouer, doit naturellement exister ici entre le commettant et le commissionnaire, comme entre deux personnes concluant sans intermédiaire. Et alors, il n'est pas douteux que la *ratio legis* reste la même dans l'une et l'autre

éventualité. Quand le commissionnaire n'a pas eu la précaution de se faire remettre au préalable une couverture, il n'aura pas d'action en paiement des sommes déboursées pour son client, ni même de la provision et des frais d'usage (art. 445), s'il est établi qu'il connaissait, ou devait connaître, l'intention de jouer de ce dernier et s'il n'a pas exprimé d'intention contraire. Nous retombons, en effet, dans la question, déjà tranchée, des „avances et prêts faits sciemment en vue d'un jeu ou d'un pari.“

En ce qui touche plus particulièrement le paiement des différences effectué par le commissionnaire, simple intermédiaire, pour le compte du commettant, il convient de distinguer:

1^o Le commettant n'a pas chargé le commissionnaire de payer. Il est évident qu'il pourra soulever l'exception de jeu, le mandat n'ayant embrassé que l'opération aléatoire elle-même, non le paiement. Et c'est là encore une „avance ou un prêt fait sciemment en vue d'un jeu ou d'un pari“.

2^o Le commettant a chargé le commissionnaire d'acquitter les différences. Le mandat porte, il est vrai, tout ensemble, sur le jeu et sur le paiement, et l'on sait que le paiement d'une dette de jeu est valable d'après l'art. 514. Mais nous avons toujours le cas de l'„avance ou du prêt fait sciemment en vue d'un jeu ou d'un pari;“ et, de nouveau, nous refuserions une action civile au commissionnaire.

Quant au gain réalisé par suite de l'opération, le client ne pourrait, d'un autre côté, le réclamer au commissionnaire qui serait en droit de lui opposer l'exception de jeu.

Nous avons examiné, il y a un instant, la situation faite au commissionnaire, co-contractant de son client (art. 446 C. O.), qui exécute la commission *sans couverture préalable*. Et s'il a *reçu une couverture*? Nous ne ferions, ajoutons-le en passant, aucune différence entre la provision et les frais d'usage et le paiement des pertes subies, car les divers chefs de réclamations ont la même cause, et si le débiteur peut exciper à raison de l'une des prétentions dérivant d'une opération de jeu, il le peut aussi à raison des autres. Lorsque la couverture consistera en numéraire ou en titres au porteur,

il y aura de fait un paiement anticipé, le commissionnaire devenant propriétaire de la couverture jusqu'à concurrence des frais, de la provision et des différences acquittées (sauf, bien entendu, l'art. 514 *in fine*). Lorsque la couverture consiste en titres nominatifs non endossés ou cédés, il n'y aura ni paiement, ni nantissement (cfr. art. 215), ni même droit de rétention en faveur du commissionnaire. Effectivement, pour ne parler que des droits de gage et de rétention, ces droits ne sont que des accessoires de la créance principale et si la créance principale elle-même n'existe pas, ses accessoires tombent avec elle. Lorsque les titres nominatifs auront été endossés ou cédés, que le commissionnaire en sera devenu propriétaire, il y aura, en revanche, paiement anticipé jusqu'à due concurrence.

On pourrait se demander peut-être si le commissionnaire ne serait pas en droit de conserver la couverture, en se fondant sur l'art. 75 C. O., et cela dans tous les cas, sauf à s'exposer à une action pénale pour ce qu'il en retiendrait au-delà de ses frais, provisions et paiements. Mais l'art. 75 n'accorde de répétition que pour „ce qui a été donné en vue d'atteindre un but illicite ou immoral.“ Or les marchés différentiels, pour n'être pas légalisés, n'en sont pas moins licites. Quant à les qualifier d'immoraux, ni le législateur, ni l'opinion publique n'ont encore poussé le puritanisme aussi loin. La spéculation est bien regardée comme immorale dans son principe, mais de cette immoralité tolérée par la coutume sociale et que le droit positif ne condamne pas. Nous pouvons, en conséquence, ne point nous occuper de l'art. 75.

Si le commissionnaire lui-même qui figure dans l'opération seulement comme intermédiaire n'a, selon nous, aucune action contre le commettant, lorsqu'il a participé sciemment à une opération de jeu, il va sans dire que nous arriverions au même résultat à l'égard de tout mandataire qui négocierait, le sachant et le voulant, un marché différentiel pour le compte d'un tiers. Il faut que la loi déploie tous ses effets naturels; et toutes les créances nées des affaires visées par l'art. 512 sont dépourvues d'action civile lorsque le créancier n'a pas

ignoré leur cause. Sans doute, la preuve de la complicité de l'intermédiaire ne sera point aisée à faire; si elle est faite, il n'y a pas de motif pour le mettre à l'abri de l'exception de jeu. La jurisprudence française a décidé, d'une manière constante, avant la loi de 1885, que, dans les rapports des agents de change avec leurs clients, l'agent de change qui avait prêté son ministère à des opérations assimilables au jeu ou au pari, était sans aucune action soit en paiement de ses provisions, soit en remboursement de ses avances. Celui qui a sciemment accepté le mandat de jouer ou de parier, de participer en connaissance de cause à un contrat sinon illicite au sens propre du mot du moins désavoué par la loi, s'est associé aux chances de l'opération; et quand il aurait payé le gagnant, même en exécution d'un second mandat, greffé sur le premier, une fois la perte consommée, il serait destitué de toute action en remboursement. Le voeu de la loi ne doit pas être trompé; il ne doit pas être possible d'échapper à ses prescriptions, „en donnant à penser, comme l'explique Marcadé, qu'entre des joueurs auxquels toute action réciproque est interdite, un tiers pourrait se placer qui, participant au jeu comme intermédiaire, viendrait plus tard, sous le prétexte de paiements effectués à la décharge et en l'acquit du perdant, actionner ce dernier en justice.“

En revanche, quand une personne, qui n'a pas servi d'intermédiaire dans le jeu, accepte du perdant le mandat d'acquitter la dette et qu'il la paie, il a l'action de mandat contre son mandant, et l'exception de jeu est inadmissible de la part de celui-ci, puisqu'aussi bien le mandat de payer une dette semblable doit être reconnu par la loi comme le paiement lui-même. Il en serait autrement d'un gérant d'affaires, qui aurait payé sans l'assentiment et peut-être à l'insu du perdant; ce dernier ne saurait être déchu du bénéfice de l'art. 512 C. O. et l'exception de jeu devrait être accueillie.

D'autres questions se posent. Nous ne nous attacherons pas à celles de pur détail; ainsi nous nous contenterons de rappeler que la caution peut opposer l'exception de jeu tout aussi bien que le débiteur principal, qu'une hypothèque ou un

gage constitué aux fins de garantir une dette de jeu n'est pas valable, que l'art. 512 n'a pas d'effet rétroactif, etc. Mais il importe de rechercher si l'exception de jeu dans les marchés différentiels est vraiment d'ordre public, et, dans l'affirmative, quelles sont les conséquences de ce principe.

L'exception de jeu a pour motif l'ordre public; elle n'est pas d'ordre public, le jeu étant plus ou moins réprouvé par la loi mais n'étant pas une cause illicite d'obligation. De même qu'on peut valablement renoncer à la prescription et que, comme le porte l'art. 2223 C. civ. fr., „les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription,“ de même on peut valablement payer une dette de jeu. Les marchés différentiels engendrent une obligation naturelle, dont l'exécution volontaire constitue une véritable *solutio* (cfr. art. 513 et 514 ci-après). Celui qui est actionné en vertu d'une dette de jeu est donc libre de payer ou d'exciper. S'il surgit un procès entre gagnant et perdant, et que celui-ci refuse de se libérer en invoquant la compensation ou tout autre moyen, mais sans faire valoir l'exception de jeu, les tribunaux ne sont pas en droit de l'admettre. Quand bien même il résulterait de l'ensemble des faits du litige, que la réclamation du demandeur a pour objet une dette de jeu, si le défendeur n'a pas excipé, c'est qu'il ne peut être supplié d'office à son silence sur ce point. Il ne nous paraît pas qu'il puisse exister un doute à cet égard.

Nous n'éprouvons, d'autre part, point de scrupules à adopter, dans un autre ordre de faits, l'opinion qui tendrait à appliquer le droit fédéral, à l'exclusion du droit étranger, aux marchés différentiels qui, conclus valablement sous l'empire de la loi étrangère, devraient être exécutés en Suisse. Le Tribunal fédéral a décidé sur ce point (*Arrêts*, XII, 381, XIII, 503): „Il ne saurait être fait application du droit étranger à l'exception tirée de l'art. 512 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 et du pari, et le Tribunal de jugement est, en pareil cas, lié par une semblable disposition d'ordre public.“

II. Les art. 513 et 514.

Ces deux articles ne mentionnent par les marchés différenciels, mais il est clair qu'ils leur sont applicables tout comme au jeu et au pari, à raison de l'assimilation complète faite par l'art. 512 *in fine* (cfr. *Revue de jur. féd. IV*, Nr. 64. *VI*, Nr. 47). Voici d'abord la teneur de l'art. 513: „*Le paiement d'une reconnaissance de dette ou d'une obligation de change souscrite, à titre de couverture, par l'auteur du jeu ou du pari ne peut être poursuivie en justice, lors même que ce dernier se serait dessaisi du dit acte.* --- *Toutefois le présent article ne déroge pas aux règles spéciales en matière de lettre de change*“ (cfr. art. 16 al. 2 et 811). Cette disposition légale a essentiellement pour but de sanctionner le principe de l'art. 512, d'empêcher que ce principe ne soit méconnu par la substitution d'un rapport juridique à un autre qui pourrait servir de base à une obligation civile. La reconnaissance de dette ou l'obligation de change souscrite par le perdant, à titre de couverture, n'est effectivement qu'une simple promesse de paiement qui n'enlève pas au débiteur le droit de soulever l'exception de jeu. D'un autre côté, si même le perdant s'est dessaisi de l'acte constatant la reconnaissance de dette ou l'obligation de change, il peut encore opposer son exception au gagnant, ainsi qu'aux tiers porteurs de mauvaise foi, tandis qu'il devra payer aux tiers porteurs de bonne foi qui n'ont pas connaissance de la cause de la dette; sauf, vraisemblablement, dans ce dernier cas, un recours du débiteur (le perdant) contre le gagnant (*condictio sine causa*), car celui-ci ne doit pas pouvoir rendre illusoire, par la cession de son titre, le bénéfice légal de l'exception de jeu. Il importe peu d'ailleurs que la „couverture“ dont parle l'art. 513 ait été fournie pour garantir des risques éventuels ou pour consacrer une dette déjà existante. En ce qui concerne plus spécialement l'art. 513 alin. 2, le législateur a eu en vue l'art. 811 C. O., d'après lequel le porteur de bonne foi d'une lettre de change, même souscrite ensuite d'une opération de jeu, est en droit de faire valoir sa créance sans que le débiteur puisse se prévaloir à son en-

contre de l'art. 512 (*Revue de jur. féd. IV*, Nr. 64, VII, Nr. 47); le porteur de mauvaise foi ne pourrait pas se prévaloir de l'art. 811, et le débiteur aurait contre lui *l'exceptio doli*.

Mais le paiement volontaire d'une dette de jeu étant valable, il faut nécessairement admettre, — l'art. 513 n'y met point obstacle, — que ce paiement peut avoir lieu au moyen d'une *datio in solutum*, par la cession d'une créance, l'endossement d'une lettre de change, etc., ou par le moyen de la compensation. En acceptant de compenser, en donnant à titre de paiement, le perdant a renoncé à son exception de jeu dans le sens de l'art. 514; la dette de jeu est désormais éteinte et l'exception qui en dérivait de même.

La dette de jeu peut, d'autre part, être valablement cédée comme telle, sans que cette cession modifie, au surplus, la position du débiteur. Quant à la novation, elle est bien admissible, mais dans cette mesure seulement que la créance novée ne produit, en principe, que les effets d'une obligation naturelle. Ceci est certain, quand il y a novation par changement d'objet; mais, dans l'espèce de *l'expromissio*, et dans celle de la délégation parfaite, il ne semble pas que l'art. 513 s'oppose à ce que la créance ainsi novée puisse être poursuivie en justice contre le nouveau débiteur; enfin, dans la novation par changement de créancier, le débiteur n'a pas contre le nouveau créancier l'exception de jeu si ce dernier n'a pas connaissance de la cause de la dette.

Rappelons encore que, dans une association de plusieurs joueurs, les co-sociétaires ont une action en partage contre celui des associés qui détient les sommes gagnées (cfr. *Arrêts du T. F. X*, 563), car nous ne sommes plus ici en présence d'un rapport juridique se confondant avec l'opération de jeu elle-même. Mais l'un des associés, par exemple, ne pourrait réclamer en justice les paiements effectués pour le compte de ses co-sociétaires.

L'art. 514 est ainsi conçu: „*On ne peut répéter ce qu'on a payé volontairement que si l'exécution régulière du contrat a été empêchée par un cas fortuit ou par le fait même de l'autre partie, ou si cette dernière s'est rendue coupable de dol.*“ Comme

nous l'avons expliqué ailleurs (*Manuel du droit fédéral des obligations*, 609): „Ce texte paraît inintelligible, au premier abord. L'art. 514 signifie: que le perdant ne peut répéter ce qu'il a volontairement payé que si l'opération formant l'objet du jeu ou du pari a été *empêchée* — *vereitelt*, qui a le sens de: faire échouer — par un cas fortuit, ou par celle des parties ayant reçu le paiement, ou encore par des manoeuvres frauduleuses de cette dernière.“

Ainsi notre Code prescrit que les marchés différentiels, assimilés au jeu et au pari, ne créent pas d'obligation civile, mais que, règle générale, la *condictio indebiti* n'est pas accordée à celui qui a payé une dette de jeu, quand bien même celui-ci se serait cru par erreur obligé au paiement et pourvu que son paiement ait été volontaire. Le paiement erroné, notamment, est considéré comme valable;¹⁾ *lex non distinguit*. Une obligation naturelle a été exécutée et notre Code respecte cette exécution à l'instar de nombreuses autres lois, à condition qu'elle ait été volontaire.

Si le droit de répétition a été écarté, c'est que le jeu et le pari pour „ne donner lieu à aucune action en justice“ n'en créent pas moins une obligation naturelle, d'une espèce particulière il est vrai, en ce que la loi attribue à la dette de jeu plus ou moins d'effets qu'à l'obligation naturelle. Il n'y avait pas de raison d'en interdire l'exécution volontaire, d'autant plus que si la loi attache une certaine réprobation au jeu et au pari, elle ne les envisage point comme des causes illicites d'obligation. Et puis, le droit de répétition deviendrait la source de contestations nombreuses et délicates, dont les Tribunaux ne doivent pas avoir à s'occuper, puisqu'enfin les intérêts nés des opérations visées par les art. 512 et s. ne méritent pas plus la sollicitude des autorités judiciaires que celle du législateur. On dira que l'exclusion du

¹⁾ Et s'il provenait d'un héritier qui, ne connaissant pas la cause d'un billet souscrit par son auteur pour une dette de jeu, en paierait le montant au gagnant? Nous n'admettrions pas non plus la répétition, car c'est la volonté de payer du perdant qui importe et on peut la tenir pour existante dans une semblable hypothèse.

droit de répétition est établie surtout en faveur des joueurs de mauvaise foi qui, en cas de perte, sauront invoquer l'exception de jeu, et, en cas de gain, décider peut-être leurs co-contractants à se libérer envers eux, tandis que les joueurs honnêtes paieront toujours leurs pertes et n'ont aucune garantie d'être payés de leurs gains. Mais la loi n'a pas à s'immiscer dans les relations purement personnelles des parties. Que les joueurs s'arrangent de façon à choisir leurs partenaires! Ils n'ignorent pas ce à quoi ils s'exposent en jouant.

Ainsi le paiement volontaire, qu'il ait été fait en numéraire, en titres au porteur, sous forme de *datio in solutum* par le transport de la propriété d'une créance, d'une lettre de change, d'un meuble ou d'un immeuble, — le perdant, ajoutons-le, n'est point, dans ces cas, tenu à garantir la réalité du droit cédé, — le paiement volontaire ne peut plus être répété. Quand les enjeux ont été remis à un tiers, le gagnant n'est sans doute pas fondé à réclamer la propriété de l'enjeu; mais si le dépositaire s'en est dessaisi en faveur du gagnant, avant la révocation du mandat de payer, il y a paiement volontaire dans le sens de la loi.

L'art. 514 ne reconnaît le droit de répétition que dans deux circonstances:

1^o si l'exécution régulière du contrat a été empêchée par un cas fortuit ou par le fait même de l'autre partie;

2^o si le gagnant s'est rendu coupable d'un dol, car le perdant n'a entendu payer que dans la pensée qu'il a réellement perdu, en dehors de toute supercherie ou escroquerie de la part de son co-contractant. Les faits de supercherie ou d'escroquerie sont opposables au gagnant, qu'ils aient été accomplis au cours de l'opération de jeu ou pour obtenir le paiement.

Enfin, il est certain que la répétition serait également admissible si le paiement, même volontaire, avait eu lieu par un incapable, un mineur, un interdit, une femme mariée, en l'absence d'une autorisation du représentant légal: un incapable, qui n'a pas la capacité de vouloir juridiquement, ne

peut effectuer un paiement volontaire. Si le représentant légal avait donné, en connaissance de cause, son autorisation au paiement d'une dette de jeu, il engagerait sa responsabilité envers le représenté.

Comme nous n'avons par l'intention d'écrire une dissertation sur les marchés différentiels, mais seulement de présenter un rapport destiné à servir de base à une discussion, nous pouvons nous en tenir à ces indications sommaires sur les textes légaux et leur application. Il nous reste à exprimer, puis à motiver brièvement, notre opinion sur le mérite de la solution consacrée par l'art. 512 alin. 2 C. O.

§ 3. Considérations théoriques et critiques.

On a pu voir déjà que nous sommes partisan de l'assimilation des opérations de bourse à celles du jeu ou du pari, en tant que ces opérations ont uniquement pour but la spéculation sur la différence des cours et qu'elles n'ont absolument rien d'un marché à terme sérieux. Tout le monde est d'accord pour déplorer les désastreuses conséquences de la spéculation. Chacun doit reconnaître d'autre part, qu'elle est, dans l'organisation sociale actuelle, sinon, comme l'a dit Proudhon, „le génie de la découverte“, du moins l'un des agents les plus actifs du commerce et l'un des éléments essentiels du crédit public; la circulation des capitaux, la régularisation du mouvement des cours, son rôle éminemment fécond dans la souscription des emprunts d'Etat, voilà quelques-uns de ses principaux bienfaits qu'il serait injuste et puéril de nier. Mais la médaille a un terrible revers. La spéculation, inproductive au demeurant dans son principe, inspirée par les seules suggestions de l'intérêt particulier, peut non seulement conduire à l'encombrement, par suite d'une excessive dépense de capitaux et de forces, mais donner au mouvement des cours un caractère purement factice: de là tant de catastrophes financières, qui jettent une si profonde perturbation dans les affaires et compromettent si gravement

l'épargne d'un pays. D'un autre côté, l'appât d'un gain facile, l'illusion de responsabilités improbables et lointaines, le relâchement moral qui est l'inévitable résultat du jeu envisagé bientôt comme le grand effort et le but de la vie, la fâcheuse habitude, l'irrésistible tentation de ne plus proportionner l'étendue de ses affaires à celle de ses ressources, l'agitation et la fièvre prenant la place des paisibles et saines émotions du travail en même temps que le travail lui-même est exploité par des intermédiaires indifférents à tout ce qui n'est pas leur avantage personnel, des fortunes scandaleuses nées d'un coup de chance et bâties sur des ruines, toutes ces considérations, auxquelles nous pourrions en ajouter bien d'autres, ont déterminé, dans l'opinion publique, un courant de réprobation contre les spéculateurs; et le législateur a dû, ou devra bien suivre ce courant.

S'il convient de protéger, de légaliser, les opérations de bourse sérieuses qui constituent de véritables marchés, en dépit de leur caractère aléatoire, il est permis, il est nécessaire de mettre un frein à celles de ces opérations qui sont de simples jeux ou de simples paris déguisés. On ne voit vraiment pas pourquoi la loi entourerait de garanties quelconques des jeux ou des paris portant sur des marchandises ou des valeurs de bourse, alors qu'elle envisage le jeu et le pari eux-mêmes, quand ils ont un objet différent, comme des contrats destitués de toute sanction civile. Si l'intérêt social exige que le jeu et le pari soient traités comme des conventions dépourvues de toute action en justice et si personne ne conteste la justesse du principe posé à l'art. 512 alin. 1 de notre Code fédéral des obligations, pourquoi l'intérêt social commanderait-il qu'on fît une exception en faveur de ceux des marchés à terme qui sont tout uniment des jeux ou des paris? Et la jurisprudence du Tribunal fédéral, se conformant exactement au texte et au voeu de la loi, ne tient pour soumis à la prescription de l'art. 512 *in fine* que les marchés différentiels proprement dits. Il y a, on le sait, un marché de cette espèce quand, dans une vente à livrer de marchandises ou de valeurs de bourse, la fixation d'un prix

de vente a simplement pour but de régler à l'avance la question de savoir qui, de l'acheteur ou du vendeur, paiera la différence entre le prix convenu et le cours de la bourse ou du marché au jour de l'échéance, ensorte que le contrat serait sans effet si le cours de la bourse ou du marché et le prix convenu correspondaient absolument, tandis que, si cette concordance n'existe point, l'une ou l'autre des parties devra acquitter la différence. Il peut ainsi être stipulé qu'aucune des parties n'est en droit d'exiger, l'une la délivrance, l'autre le prix de livraison des marchandises ou valeurs de bourse formant l'objet du contrat, mais que celui-ci portera exclusivement sur la différence de cours. Le caractère distinctif et primordial du véritable marché différentiel est, qu'expressément ou tacitement, les parties se sont entendues pour exclure l'exécution réelle du contrat et ne spéculer que sur les différences.

Les *Motifs* à l'appui du Projet de Code civil allemand renferment, à propos de la matière qui nous occupe, les explications suivantes: „Il est inutile de prendre pour modèle diverses lois qui, en traitant des marchés différentiels, n'ont eu en vue que les marchés différentiels proprement dits et de décider s'il y a lieu de les assimiler au jeu et au pari, car, ainsi que nous l'avons fait remarquer, ces marchés ne jouent pas le moindre rôle dans la vie pratique. On pourrait aller plus loin s'il se révélait qu'il fût désirable de prendre des mesures contre ceux des marchés à terme qui, par leur résultat, se confondent plus ou moins avec les véritables marchés différentiels.“ Il semblerait que ces dernières opérations fussent très rares, alors qu'en réalité elles sont des plus communes; toutefois il est possible que, dans leur forme apparente, elles ne cadrent pas toujours avec la définition du *reines Differenzgeschäft*, car les parties chercheront souvent à déguiser ou à simuler pour échapper à l'application de l'art. 512. Mais, ainsi que le veut l'art. 16 C. O.: „Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il faut rechercher la commune intention des parties, sans s'arrêter aux dénominations ou aux expressions inexactes dont elles se sont servies, soit par erreur,

soit pour déguiser la nature véritable de la convention (simulation)“. Au reste, si l'on voulait faire de la subtilité, l'art. 512, al. 2, ne mentionne pas seulement les marchés différentiels proprement dits comme ne donnant aucune action en justice, mais les marchés à terme (*Lieferungs- und Differenzgeschäfte*, dans le texte allemand) qui présentent les caractères du jeu ou du pari. La combinaison des art. 16 et 512 alin. 2 nous montre que les Tribunaux ont une assez grande liberté d'appréciation. Quand une opération de bourse ne sera qu'un marché à terme fictif, quand des circonstances de l'affaire il découlera que les parties n'ont eu qu'un but de spéculation, avoué ou déguisé, en faisant abstraction de l'éventualité d'une exécution sérieuse du marché, lorsque la convention ne sera plus, en somme, qu'un pari sur la hausse ou la baisse des cours, un jeu d'une nature particulière, la jurisprudence admettra l'exception de jeu. Ce n'est pas la circonstance que le marché à terme a lieu à couvert ou à découvert — car des marchés à terme à découvert peuvent être très réels — qui fournit un critère suffisant pour déterminer quels marchés le législateur a visés à l'art. 512 *in fine*, mais bien la circonstance que, soit lors de la formation du contrat, soit même depuis, il a été entendu entre les parties que la livraison des titres ou marchandises et le paiement de leur prix n'interviendraient pas au terme convenu et que le marché se liquiderait par un simple règlement de différences. Tout se réduit donc à une question d'intention des parties, — à une question de fait.

On a craint que la jurisprudence, grâce à la latitude qui lui était laissée, ne tombât dans des incertitudes ou des contradictions. On a prétendu que cette latitude n'était pas sans danger, attendu qu'il ne serait plus possible de savoir quels étaient les marchés à terme auxquels la loi refuse toute sanction civile. On a proposé, pour remédier à une situation que l'on jugeait périlleuse, de n'assimiler au jeu et au pari que les opérations différentielles où les contractants stipuleraient, expressément et *ab initio*, l'exclusion d'une exécution effective du marché. On a plaidé en faveur de la légalité des

opérations différentielles, naturellement, tout en condamnant le jeu.

Il faut dire qu'en vérité les inquiétudes, les scrupules et les voeux n'ont pas leur raison d'être sous l'empire de la législation en vigueur et de la jurisprudence admise dans notre pays. Ce n'est pas la légalité des opérations de bourse qui ne serait point reconnue, mais seulement la légalité des jeux ou des paris qui prennent la forme d'une opération de bourse. Dès l'instant où le jeu et le pari ne sont pas protégés, l'exception de jeu doit être accueillie contre toute obligation née de rapports juridiques qui „présentent les caractères du jeu et du pari“. Et comme il appartient aux tribunaux de définir ce que l'on doit comprendre par un jeu ou un pari, il leur est également réservé de décider quand un marché à terme tombera sous l'application de l'art. 512 alin. 2. Cette liberté d'appréciation, qui a produit de bons résultats, est le meilleur moyen d'assurer à la loi un effet pratique et d'atteindre la spéculation réprouvée par le législateur.

Nous voudrions même qu'on ne s'en tînt pas là et qu'on élargît encore le cadre de l'art. 512, en ce sens qu'il y serait ajouté une disposition ainsi conçue: „Le juge prononce librement, en tenant compte des circonstances“. Il importe que l'autorité judiciaire ne soit pas trop rigoureusement liée par les prescriptions de la procédure sur la preuve.

Au surplus, l'art. 512 *in fine*, dans sa partie qui concerne les marchés à terme, est parfaitement inutile et nous ne concevons pas qu'on l'ait combattu avec tant d'acharnement. Si chacun reconnaît la nécessité de destituer de toute sanction civile les obligations fondées sur un jeu ou un pari, toute controverse doit cesser à l'instant, puisqu'aussi bien les marchés à terme sont légalisés pour autant qu'ils ne sont ni un jeu ni un pari. Et maintenant, qu'un marché à terme soit un jeu avoué ou déguisé, il est un jeu; et l'art. 512 alin. 2 lui serait déjà applicable si le législateur n'avait, par surcroît de précaution, jugé à propos de rappeler aux tribunaux que les marchés à terme pourraient fort bien n'être que des jeux

ou des paris. L'art. 512 *in fine* n'est donc qu'un *memento*; il n'étend, ni même ne précise, le premier alinéa du même article; il se borne à en tirer une conséquence que l'autorité judiciaire eût tirée en l'absence d'un texte semblable.

En résumé, nous sommes placés, en ce qui concerne les opérations de bourse, absolument sous le même régime que la France avant 1885: „Le jeu et le pari ne donnent lieu à aucune action en justice“, — quel qu'en soit l'objet ou la matière, des marchandises, ou des valeurs de bourse, ou autre chose. On supprimerait l'art. 512 *in fine* que notre loi ne serait nullement modifiée; on l'aurait amputée d'une phrase superflue et on aurait, du même coup, réglé une question discutable: celle de savoir si la disposition relative aux avances et prêts peut être étendue aux marchés à terme qui présentent les caractères d'un jeu ou d'un pari. D'ailleurs, les marchés à terme ne sont guère et les marchés différentiels ne sont jamais conclus que sur des „marchandises ou valeurs de bourse“, si bien que ces termes de la loi n'apparaissent eux-mêmes que comme un pléonasme; et puis, le mot „marchandises“, employé ici dans un sens tout à fait général, embrasse les „valeurs de bourse“.

La disposition générale de l'art. 512 alin. 1, fondue avec la première partie de l'alinéa 2 du même article, suffirait donc pour que les tribunaux, si on leur accordait par surcroît la faculté d'apprécier librement les preuves, „de prononcer librement, en tenant compte des circonstances“ (cfr. art. 202 alin. 2), pussent accueillir, dans des limites possibles et raisonnables, l'exception basée sur le jeu ou le pari. Il n'est pas nécessaire de dispositions spéciales sur les marchés différentiels, sur les marchés à terme où la livraison est exclue par l'intention concordante des parties et à la suite desquels on ne peut exiger que la différence entre le prix d'achat et le cours à l'échéance. On devrait, en l'absence même d'un texte formel, les assimiler au jeu ou au pari, comme sous l'empire de l'art. 1965 C. civ. fr., en vertu de l'art. 512 alin. 1. Mais dès que les parties conviennent *sérieusement*, qu'au jour fixé, l'acheteur aura l'*alternative* de

réclamer soit la délivrance des marchandises ou valeurs, soit la différence des cours, il n'y a plus un simple contrat de jeu et l'exception de jeu devrait être rejetée. Il faut seulement que les tribunaux aient toute latitude d'atteindre les jeux ou paris déguisés sous l'apparence d'un marché. Et alors, la jurisprudence ne sera ni aussi incertaine qu'on le craint, ni aussi désarmée qu'on le croit; les arrêts rendus par le Tribunal fédéral dans ce domaine le montrent avec toute la clarté souhaitable.

Quant à légaliser les marchés différentiels proprement dits, les jeux de bourse qui ne sont que des jeux ou des paris, et quant à doter l'agiotage de mesures protectrices, il n'y faut point songer. Le souci de l'intérêt social, le respect de l'opinion publique interdisent au législateur toute initiative de ce genre. Le jeu, sous quelque forme qu'il se présente ou se déguise, ne doit pas bénéficier d'une sanction légale, car il est dans son mobile, dans son action et dans son but évidemment contraire à l'ordre public. Que si l'on voit dans l'extension de l'exception de jeu aux opérations de bourse une prime établie au profit des joueurs malhonnêtes, des spéculateurs déloyaux, qui ne se gêneront pas d'encaisser le montant de leurs gains, quitte à refuser le paiement de leurs pertes, nous ne saurions partager l'indignation des avocats de la légalité des marchés différentiels, car l'agiotage, répréhensible en soi et funeste à tant d'égards, ne mérite pas d'encouragements. Ou alors, qu'on propose carrément la suppression générale de l'exception de jeu!

Il sera même nécessaire, dans le futur Code pénal suisse, d'édicter, au chapitre de la banqueroute, des prescriptions sévères à l'encontre des débiteurs qui se seront ruinés et qui auront fait perdre leurs créanciers en se livrant, sous l'espèce du marché à terme ou autrement, à la passion du jeu.

Si nous avions à formuler nos conclusions, nous dirions tout en laissant la porte ouverte à des mesures législatives uniformes sur l'organisation de la Bourse et en les recommandant même:

- 1^o *Le principe de l'article 512 C. O. doit être maintenu.*
 - 2^o *L'article 512 C. O. pourrait être avantageusement modifié en ce sens qu'on en retrancherait la dernière partie (depuis les mots: „et de ceux“ ...) et qu'on le compléterait par l'adjonction d'un nouvel alinéa ainsi conçu: „Le juge prononce librement, en tenant compte des circonstances.“*
 - 3^o *Il y aura lieu d'introduire, dans le futur Code pénal suisse, des dispositions répressives à l'encontre des débiteurs dont la déconfiture aura été provoquée par le jeu, en particulier par les jeux de bourse.*
-