

kanten gehabt habe und welcher sich aus dem Gutachten des Experten Feiner ergebe. Die erste Instanz gelangt demnach dazu, die Aktiengesellschaft Portlandcemenfabrik Rogloch zu einer Entschädigung von 1400 Fr. zu verurtheilen, nämlich 100 Fr. für das von ihr vor 8. Januar 1891 ausgehobene Material und 4 Fr. per Kubikmeter = 1300 Fr. für circa 325, seit 8. Januar 1891 ausgehobene Kubikmeter, dagegen Huber & Guggenbühl für vor 8. Januar 1891 ausgehobenes Material zu einer Entschädigung von 200 Fr. Die zweite Instanz ist im Wesentlichen diesen Ausführungen beigetreten, doch hat sie die Entschädigungen für das vor 8. Januar 1891 ausgehobene Material nach freiem Ermessen erhöht, weil auch auf den Rugertrag Rücksicht genommen werden müsse, welchen das widerrechtlich ausgebeutete Material den Beklagten geliefert habe; dieser lasse sich allerdings nicht mit Sicherheit feststellen, allein er übersteige jedenfalls den vorinstanzlich gesprochenen Entschädigungsbetrag ganz wesentlich. Diese Auffassung der zweiten Instanz erscheint als rechtsirrhümlich. Der höhere Werth, welchen das Mergelmaterial für einen Cementfabrikanten hat, ist bei Festsetzung der Entschädigungsansprüche, welche von der Wittve Engelberger abgeleitet werden, nicht zu berücksichtigen; diese Entschädigungsansprüche sind, trotz ihrer Abtretung an die Klägerin, in ganz gleicher Weise zu bemessen, wie wenn die Wittve Engelberger selbst sie geltend machte, also auf den vollen, wohlbemeffenen Werth festzusetzen, welchen das Material für die Wittve Engelberger hatte. Der Fabrikationsgewinn, welchen die Beklagten vielleicht auf der Verarbeitung des Materials machten, darf nicht berücksichtigt werden; denn diesen etwaigen Gewinn haben die Beklagten jedenfalls nicht der Wittve Engelberger entzogen. Sie sind daher auch nicht verpflichtet, ihn ihr oder ihren Rechtsnachfolgern herauszugeben. In Bezug auf das Quantitativ der Entschädigung ist demnach das erstinstanzliche Urtheil wieder herzustellen. Denn für den Werth, welchen das Material für die Wittve Engelberger hatte, gibt allerdings der von dieser verlangte Kaufpreis einen zutreffenden Anhaltspunkt; dafür, daß sie etwa aus besondern Gründen zu billig verkauft habe, liegt nicht das Mindeste vor. Uebrigens übersteigt die erstinstanzlich gutgeheißene Entschädigung für das vor 8. Januar

1891 ausgebeutete Material den im Verhältnisse des Kaufpreises sich ergebenden Betrag sogar noch um ein geringes und ist daher jedenfalls genügend. Für das während der Besitzzeit der Klägerin ausgebeutete Material muß mit den Vorinstanzen der Ansat der Sachverständigen zu Grunde gelegt werden, von welchem nicht ersichtlich ist, daß er auf rechtsirrhümlicher Grundlage beruhe.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

1. Auf Beurtheilung der Regreßklagen wird wegen Inkompetenz des Gerichtes nicht eingetreten.

2. Rücksichtlich der Hauptklage wird die Weiterziehung der Beklagten dahin für begründet erklärt, daß, in Abänderung des Dispositiv 1 des angefochtenen Urtheils, die von den Beklagten der Klägerin zu leistenden Entschädigungen festgesetzt werden:

a. Für die beklagte Aktiengesellschaft Portlandcemenfabrik Rogloch auf 1400 Fr.

b. Für die beklagte Firma Huber & Guggenbühl auf 200 Fr.

Die Weiterziehung der Klägerin wird abgewiesen und es hat im Uebrigen in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Obergerichtes des Kantons Unterwalden nid dem Wald sein Bestehen.

138. *Arrêt du 22 Décembre 1892, dans la cause Théraulaz contre Brodard.*

Statuant par arrêt du 13 Juin 1892 en la cause pendante entre parties, la Cour d'appel de Fribourg a prononcé ce qui suit:

» La masse en discussion de Joseph Théraulaz ainsi que MM. Morard et Robadey, garants joints en cause, sont déboutés de leurs conclusions principales; ils sont par contre admis dans leur conclusion subsidiaire, mais jusqu'à concurrence du tiers seulement de la somme de dix mille francs et accessoires par eux réclamée.

» Olivier Brodard est admis, pour le surplus de la demande, dans sa conclusion libératoire. »

C'est contre cet arrêt que la masse Théraulaz et consorts recourt au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise lui adjuger, avec dépens, les conclusions par eux prises devant la Cour d'appel, et tendant à ce qu'il soit dit et jugé :

Principalement :

1° Que l'acte de vente passé entre parties le 2 Avril 1891 par le ministère du notaire Favre est nul.

2° Que la mutation à opérer au cadastre pour réintégrer au chapitre de la requérante les immeubles vendus, spécifiés au cadastre de la commune de la Roche sous les art. 1214 et 1220, aura lieu en vertu du jugement à intervenir et subsidiairement au moyen d'une stipulation notariale pour laquelle le préfet nommera au besoin, à la partie défenderesse, un représentant conformément à l'art. 660 du Code de procédure civile.

3° Que le défendeur est condamné à délaisser les immeubles litigieux, à en restituer les fruits aux demandeurs, ou, le cas échéant, leur valeur.

Subsidiairement :

Que le défendeur est condamné à payer aux instants la somme de 10 000 francs, avec intérêt au 5 % dès le 2 Avril 1891.

O. Brodard a conclu, de son côté, à libération des fins de ces demandes.

Statuant en la cause, et considérant :

En fait :

1° Le 23 Février 1891, le président du tribunal de la Gruyère, en sa qualité de juge liquidateur, fit vendre aux enchères publiques les immeubles provenant de la masse des biens en discussion de Joseph feu Jean-Joseph Théraulaz, à la Roche, art. 1214 et 1220 du cadastre de cette commune.

Selon verbal de mise signé Rémy, huissier, ces immeubles ont été adjugés à Olivier feu Auguste Brodard, à La Roche, pour le prix de 10 000 francs. La stipulation notariale de l'acte de vente eut lieu le 2 Avril 1891 à 6 h. $\frac{1}{4}$ du soir, par le ministère du notaire Pierre Favre, à Bulle.

Dans le dit acte, comparaissent comme parties contrac-

tantes, d'une part, Louis Morard, président du tribunal de la Gruyère, agissant en qualité de juge liquidateur de la discussion des biens de Charles-Joseph Théraulaz, vendeur, et, d'autre part, Olivier Brodard, acheteur. La convention conclue, entre autres, les clauses suivantes :

« Cette vente a lieu pour le prix de dix mille francs, qui est acquitté comptant ce jour à l'entière satisfaction du représentant de la masse venderesse.

« Au moyen de l'exécution des engagements qui précèdent, le représentant de la masse venderesse passe quittance à l'acquéreur. »

L'acquéreur Brodard se trouvait créancier du notaire Favre depuis le 6 Mars 1889, date à laquelle il lui avait versé en compte-courant une somme de 10 000 francs portant intérêt au 4 %. Des prélèvements ayant été faits sur ce compte, Brodard apporta au notaire Favre le jour de la stipulation, un montant de 1200 francs en espèces, destiné, avec celui du dépôt, à parfaire la somme de 10 000 francs prix de la vente, lequel, aux termes des clauses susmentionnées, devait être payé comptant.

La remise effective des fonds au vendeur n'eut toutefois pas lieu. Après lecture de l'acte de vente, Brodard dit au président Morard : « M. Favre a l'argent » sur quoi ce dernier ajouta : « Oui, j'ai l'argent, mais pas tout ici ; il est trop tard pour l'aller chercher à la banque ; je vous l'apporterai demain matin au greffe », sur quoi le représentant de la masse déclara qu'il lui était indifférent que l'argent soit compté directement au greffe, ce qui le dispenserait de reconnaître deux fois les espèces, une fois séance tenante et une fois au greffe. Puis il signa l'acte, et Brodard ayant encore demandé si son compte était en règle, le président Morard répondit affirmativement, et les parties se séparèrent.

Le lendemain 3 Avril, le notaire Favre n'apporta pas les fonds au greffe, et le liquidateur les lui fit réclamer à plusieurs reprises, mais vainement.

Par lettre du 6 Juin 1891, soit plus de deux mois après la stipulation, le juge liquidateur somma Brodard de verser en

ses mains, dans le délai de 2 jours, la somme de 10 020 francs, à défaut de quoi il serait pris à l'égard du débiteur des mesures de rigueur.

La discussion juridique des biens du notaire Favre fut prononcée le 10 Juin 1891.

C'est à la suite de ces faits que la masse Théraulaz a, selon citation en droit signifiée le 13 Juillet 1891, ouvert action à Brodard aux fins de faire prononcer, en première ligne, que l'acte de vente du 2 Avril est nul, que le défendeur est en conséquence condamné à délaisser les immeubles litigieux et à en restituer les fruits, ou subsidiairement qu'il est tenu de lui payer la somme de 10 000 francs avec intérêt dès le 2 Avril 1891, le tout avec dépens.

Sont intervenus comme garants pour se joindre à la partie demanderesse L. Morard, président du tribunal de la Gruyère, et Robadey, son greffier, décédé pendant le procès.

Par jugement du 13 Février 1892, le tribunal de la Gruyère a reconnu la masse Théraulaz fondée dans son action principale en nullité.

En revanche, et par arrêt du 13 Juin suivant, la Cour d'appel a écarté l'action en nullité, mais a déclaré fondée l'action en paiement du prix d'achat, tout en condamnant les garants à des dommages-intérêts dans la proportion de deux tiers de la somme de 10 000 francs, ainsi qu'il a été dit plus haut.

Cet arrêt se fonde, en substance, sur les motifs ci-après :

Favre était chargé par Brodard de remettre les fonds; cette remise a été renvoyée au lendemain, du consentement formel du vendeur : les parties ont envisagé ce mode de procéder comme l'équivalent d'un paiement comptant, et le représentant de la masse, en signant l'acte malgré le renvoi de la remise des fonds au lendemain, a donné une quittance sincère, ne présentant aucun des caractères de la simulation, bien que la cause de l'acte de vente ne se soit pas réalisée. Le défaut de paiement du prix ne pourrait donner lieu qu'à une action en résolution, mais une telle action est, en dérogation au droit commun, interdite par l'art. 1498 C. C. vis-à-vis des ventes d'immeubles. Cet article statuant que « si la

vente d'un immeuble a été parfaite, le vendeur ne peut en demander la résolution par le motif que le prix ou la créance en provenant n'aurait pas été payé » — met un obstacle absolu aux fins de la demande principale, et la masse Théraulaz doit en être déboutée.

En revanche, en ce qui concerne la conclusion subsidiaire, il est établi que Brodard avait dénoncé à Favre le remboursement de son dépôt en compte-courant, et qu'il avait parfait le chiffre destiné au prix de vente par l'apport d'une somme de 1200 francs, remise au notaire, dans ce but, le jour de la stipulation. Donc Brodard entendait charger Favre d'effectuer le paiement : le représentant de la masse a déclaré avoir accepté ce mode de procéder, et l'envisager comme un mandat donné à Favre pour payer pour le compte de l'acquéreur ; or cette opération n'est autre chose que le contrat d'assignation réglé par l'art. 406 C. O., mais l'assignation qui a pour but d'éteindre une dette contractée par l'assignant envers l'assignataire, ne libère le débiteur que quand le paiement a été effectué par l'assigné. D'autre part, l'assentiment donné par la masse au mandat d'assignation n'a pas eu la portée de libérer *ipso facto* l'acheteur de son obligation ; Brodard demeurerait, au contraire, tenu jusqu'au paiement effectif par l'assigné. Toutefois l'art. 411 C. O. exige que si l'assigné refuse le paiement que lui demande l'assignataire, celui-ci doit en aviser sur le champ l'assignant, sous peine de dommages-intérêts. Or, le représentant de la masse Théraulaz n'a avisé que le 6 Juin 1891 l'assignant Brodard du défaut de paiement des 10 000 francs qui devaient être versés le 3 Avril précédent ; dès lors la responsabilité de la masse est engagée vis-à-vis de Brodard. Ce dernier a été constitué en perte, du chef du retard de cet avis ; en effet, il est établi que le 2 Avril 1891, le notaire Favre avait en caisse environ 12 000 francs, — que les jours avant le dépôt de son bilan, Favre possédait chez lui environ 9000 francs de valeurs en titres, et que dans le mois qui a précédé sa déconfiture, il a pu payer des sommes plus fortes que celle objet du litige. Les demandeurs sont en droit de recourir contre Brodard en

paiement du prix de vente non acquitté par l'assigné, et leur conclusion subsidiaire est fondée en principe; en revanche les dommages-intérêts dont ils sont tenus vis-à-vis de Brodard en raison de la faute commise en omettant l'avis prescrit par l'art. 411 C. O. doivent être déduits, et la demande de la masse Théraulaz ne peut être admise que pour la différence; il paraît équitable, vu les circonstances, de fixer ces dommages-intérêts aux $\frac{2}{3}$ du montant total de la somme réclamée.

C'est contre cet arrêt que la masse Théraulaz et consorts ont recouru au Tribunal de céans, et que les parties ont conclu ainsi qu'il a été dit ci-dessus.

En droit :

2° La question de la compétence du Tribunal fédéral en la cause doit recevoir une solution affirmative. La vente immobilière passée entre Brodard et la masse Théraulaz est parfaite et définitive; la décision à intervenir dans l'espèce ne porte plus sur ce point, définitivement tranché par la Cour d'appel en application du droit cantonal, mais uniquement sur la nature et les conséquences du contrat lié entre parties ensuite des faits qui se sont passés lors de la stipulation du 2 Avril, et notamment du consentement du représentant de la masse défenderesse à ne recevoir les deniers de la vente que le lendemain, tout en donnant séance tenante, soit avant la remise des espèces, quittance définitive.

Ce n'est point là en effet un contrat accessoire d'une vente immobilière; il ne s'agit plus en effet de savoir si Brodard doit payer à titre d'acheteur, l'acte lui donnant quittance pleine et entière, mais seulement de déterminer si ce paiement différé devait être exécuté par Favre comme assigné, ou comme mandataire. Du reste pour que le crédit accordé par le liquidateur de la masse lors de la stipulation puisse être considéré comme un accessoire de la vente immobilière, il faudrait nécessairement qu'il mit en cause les mêmes parties, c'est-à-dire la venderesse et l'acheteur seulement, tandis qu'il intéresse une partie de plus, à savoir le notaire Favre, chargé par Brodard de payer la masse Théraulaz, et autorisé par le représentant de celle-ci à ne compter le prix de la vente que le lendemain de la stipulation. Or ce contrat, qu'il

apparaisse comme rentrant dans la notion de l'assignation ou du mandat, est régi par les dispositions du Code fédéral des obligations, et relève dès lors de la compétence du Tribunal de céans.

3° Au fond, les recourants, dans leur plaidoirie de ce jour, n'ont plus insisté sur l'adjudication de leurs conclusions principales, tendant à la nullité de l'acte de vente du 2 Avril et à la mutation à opérer au cadastre pour réintégrer au chapitre de la masse recourante les immeubles vendus; ils ont, en revanche, repris leur conclusion subsidiaire en paiement, par le sieur Brodard, de la somme de 10 000 francs avec intérêt au 5 % dès le 2 Avril 1891.

La vente étant, ainsi qu'il a été dit, parfaite, c'est avec raison que la Cour d'appel a estimé que l'arrangement ultérieur conclu entre parties en vue du paiement rentrait dans le cadre de l'assignation, prévue aux art. 406 et suivants du Code des obligations. Il résulte, en effet, des constatations de l'arrêt, basées sur les témoignages intervenus que Brodard, assignant, avait chargé Favre, assigné, de remettre les fonds, à lui versés par Brodard, au représentant de la masse Théraulaz, assignataire, et que ce dernier a formellement consenti à renvoyer au lendemain la remise effective du prix de vente; cet arrangement n'impliquait toutefois point la substitution de Favre à Brodard comme seul débiteur, ni la renonciation de la masse à exercer son recours contre l'acheteur en cas de non paiement.

Le paiement n'ayant en réalité point été effectué, ni le lendemain, ni plus tard, il incombait toutefois à l'assignataire, soit à la masse Théraulaz, aux termes de l'art. 411 C. O. d'aviser sur-le-champ l'assignant Brodard, sous peine de dommages-intérêts.

4° Or il est acquis à la procédure, notamment par l'audition du témoin Golet, que ce n'est qu'un mois après la stipulation de l'acte du 2 Avril que la masse recourante a invité Favre à effectuer le paiement des 10 000 francs; il est également constant que c'est seulement par la lettre du liquidateur Morard, en date du 6 Juin suivant, que Brodard a eu connaissance de l'inexécution du mandat qu'il avait donné à Favre.

L'omission, de la part du représentant de la masse Théraulaz, assignataire, d'aviser sur-le-champ l'assignant du défaut de paiement, conformément à l'art. 411 C. O. précité, a eu pour conséquence d'enlever à Brodard tout recours utile contre Favre, devenu insolvable dans l'intervalle, et dont la faillite fut prononcée peu de jours après; il est constant, en effet, que dans le courant d'Avril et de Mai, Favre avait encore en caisse une somme plus que suffisante pour payer le prix des immeubles achetés par Brodard; qu'immédiatement avant le dépôt de son bilan, le même notaire possédait encore pour plus de 9000 francs de titres. Il en résulte que cette faute grave, imputable à l'assignataire, entraîne sa responsabilité civile, et que si, en principe, les demandeurs sont, ainsi que le fait justement observer la Cour, en droit de recourir contre Brodard en paiement du prix de vente qu'ils n'ont pu toucher, ils sont tenus, en revanche, à des dommages-intérêts vis-à-vis du dit assignant, du fait de l'omission ou de la négligence signalée.

5° En ce qui touche la quotité de ces dommages-intérêts, le Tribunal fédéral n'est pas en possession des éléments nécessaires pour apporter une modification à l'appréciation, par la Cour cantonale, des faits sur lesquels se base l'évaluation à laquelle elle s'est arrêtée. En faisant entrer en ligne de compte, dans cette évaluation, la circonstance qu'un avis, même immédiat, n'aurait pas permis à Brodard de se récupérer complètement de sa perte, la dite Cour a plutôt établi un fait, que le Tribunal de céans n'est pas en mesure de soumettre à son contrôle. En tout cas, cette appréciation n'implique pas, dans l'application du droit fédéral, une erreur justifiant la réforme de l'arrêt attaqué.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Fribourg, le 13 Juin 1892, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

139. Urtheil vom 23. Dezember 1892
in Sachen Schneider gegen Weingart & Kaufmann.

A. Durch Urtheil vom 24. Oktober 1892 hat das Appellationsgericht des Kantons Baselstadt erkannt: Es wird das Urtheil des Civilgerichtes bestätigt. Das Urtheil des Civilgerichtes ging dahin: Beklagter wird zur Abnahme der 600 Säcke La Plata-Weizen, zur Zahlung des Fakturabtrages von 15,750 Fr. nebst Zins à 5 % seit 14. Juni 1892, zur Tragung des Lagergeldes seit 15. April 1892, zur Rückgabe der 600 leeren Säcke und zur Vergütung einer Leihgebühr von 6 Cts. per Sack und per angefangenen Monat vom 6. Mai 1892 an bis zur Rückgabe, eventuell zur Zahlung von 1 Mark nebst Zins zu 5 % seit 6. Mai 1892 für jeden nicht zurückgegebenen leeren Sack verurtheilt.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte die Weiterziehung an das Bundesgericht. Bei der heutigen Verhandlung beantragt sein Anwalt: Es sei in Abänderung des vorinstanzlichen Urtheiles die Klage abzuweisen. Dagegen beantragt der Anwalt des Klägers und Refersbeteiligten, es sei die gegnerische Beschwerde abzuweisen und das vorinstanzliche Urtheil zu bestätigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Klägerin hatte im letzten Jahre im Lagerhause der Centralbahn in Basel 600 Säcke La Plata-Weizen liegen. Im Dezember ließ sie durch die Lagerhausverwaltung dem Beklagten von demselben sogenannte Ausfallmuster zugehen. Am 6. Februar 1892 kam sodann zwischen den Beklagten und den Agenten des klägerischen Hauses, Gremmer & Loosli, ein Kaufabschluß zu Stande. In dem Bestätigungsbriefe der Firma Gremmer & Loosli vom 8. Februar ist bemerkt: Der Kauf sei ergangen „über 600 Säcke I° La Plata, gehabte Qualität, lagernd im Lagerhause der Schweizerischen Centralbahn in Basel à 26 Fr. 25 Cts. franco Basel, gewöhnliche Konditionen, lieferbar successive nach Bericht von dieser Bestätigung ab.“ Schon am 7. Februar hatte die klägerische Firma dem Beklagten direct Faktur über die Waare zugesandt und ihn ersucht, letztere successive beziehen zu wollen. Mit Schreiben vom 8. Februar sandte der Beklagte die Faktur