

Vorschrift sobald tunlich untersuche. In der Übersendung nicht vertragsgemäßer, oder nicht gleichmäßiger Ware allein kann daher keine Täuschungshandlung erblickt werden.

6. Die Bemängelung der Ware muß somit als verwirkt erklärt werden. Übrigens wäre die Einrede auch bei materieller Prüfung nicht zu schützen; denn aus dem von den Beklagten selbst eingelegten Befund des Kantonschemikers geht hervor, daß wirklich reine Margarinbutter geliefert worden ist, und der Umstand, daß eine Probe sich als ziemlich ranzig erwiesen hat, wäre jedenfalls vom Kläger nicht zu vertreten, nachdem dieser Mangel erst mehrere Wochen nach Empfang der Ware konstatiert worden ist.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird als unbegründet erklärt und daher das Urteil des Obergerichtes des Kantons Glarus vom 8. Oktober 1894 in allen Teilen bestätigt.

160. Arrêt du 14 Décembre 1894 dans la cause  
*Hänni contre Fischer & C<sup>ie</sup>.*

A la date du 16 Août 1892 il a été conclu entre Fischer & C<sup>ie</sup>, négociants en fromages à Soleure, et Rodolphe Hänni, fromager à Selgiswyl, un contrat dont la teneur a été rédigée et signée au crayon sur un carnet de MM. Fischer & C<sup>ie</sup> comme suit :

« Rud. Hänni in Selgiswyl (Kanton Freiburg) verkauft der Firma Fischer & C<sup>ie</sup> in Solothurn seine diesjährigen Sommerkäse vom 1. Mai bis Ende September 1892 zu folgenden Konditionen :

» Der Preis wird bestimmt durch den höchsten Durchschnittspreis von vier gleich grossen Molken drei Stunden in der Umgebung von Selgiswyl. Zahlung je nach Empfang der offenen Käse. Auf 11. November wird Hänni ein Vorschuss

auf seine Molken behufs Milchzahlung gemacht, zwar zum Zinsfusse von 5 % bis 31. Dezember 1892. Also unterhandelt den 16. August 1892 in Bern. Sig. Fischer & C<sup>ie</sup>, Rud. Hänni. »

Hänni ayant exprimé quelques doutes sur la solvabilité de Fischer & C<sup>ie</sup>, il prétend avoir exprimé ces craintes le 23 Août à Fischer, qu'il avait rencontré à Berne à cette date, après quoi Fischer aurait déclaré vouloir se départir du marché, mais se serait ravisé le lendemain. Fischer a contesté cet allégué, et déclaré qu'il s'était engagé, vu les scrupules de Hänni, à payer les fromages à Berne lors du chargement, au lieu d'effectuer ce paiement à Soleure.

Par lettre du 24 Août 1892, Fischer & C<sup>ie</sup> firent savoir à Hänni qu'ils prendraient la première livraison le 29 Août à Berne, et que le paiement aurait lieu à la gare de Berne, lors du chargement.

Le 26 Août Hänni leur répondit qu'il ne leur livrerait pas les fromages, et le 29 dit, il les livra à un autre acheteur, Bürgi & C<sup>ie</sup>.

Par lettre du 27 Août à Hänni, Fischer & C<sup>ie</sup> contestent de nouveau s'être départis du contrat, et demandent à leur vendeur de leur fixer un jour, pour procéder au pesage des premiers fromages à livrer.

Hänni n'ayant rien répondu, Fischer & C<sup>ie</sup> lui écrivirent, le 3 Septembre suivant, qu'ils concluaient de son silence qu'il ne voulait pas exécuter le contrat, et que, si tel était le cas, ils le rendraient d'ores et déjà responsable du dommage qui résulterait pour eux de ce procédé.

Par lettre du 2 Octobre, l'avocat von Arx à Soleure, au nom de Fischer & C<sup>ie</sup>, somme de nouveau Hänni d'exécuter la livraison de la marchandise, à défaut de quoi ses clients le poursuivraient juridiquement en paiement de la somme de 5000 francs à titre de dommages-intérêts.

Par lettre du 6 dit, Hänni se refuse à exécuter le contrat, en alléguant de nouveau que celui-ci aurait été résilié d'un commun accord le 23 Août.

Par exploit du 2 Novembre 1892, Fischer & C<sup>ie</sup> somment

de nouveau Hänni d'exécuter la livraison dans le délai de 3 jours, à défaut de quoi ils considéreront le contrat comme résilié, et se réservent d'attaquer le défendeur en dommages-intérêts.

Cette mise en demeure étant également demeurée sans réponse, un commandement de payer une somme de 5000 francs à titre d'indemnité pour inexécution du contrat a été notifié le 10 Novembre à l'instance de Fischer & C<sup>ie</sup>; Hänni fit opposition à cette poursuite, et la maison Fischer & C<sup>ie</sup> l'a dès lors fait assigner devant le tribunal de la Singine, et a conclu à ce que Hänni soit condamné à lui acquitter une indemnité de 5000 francs avec intérêts au 5 % dès le 10 Novembre 1892, sous réserve de la modération du juge, et à lui donner en conséquence mainlevée de son opposition au prédit commandement de payer.

Dans l'exploit de citation-demande un terme péremptoire échéant le 23 Janvier 1893 a été fixé à Hänni pour notifier ses exceptions. Le 31 dit, ce dernier notifia aux demandeurs qu'il obtenait une prolongation de délai pour notifier ses appointements à preuve; par le même exploit il a annoncé vouloir opposer à la demande de Fischer & C<sup>ie</sup> deux exceptions :

a) L'une tirée du défaut de liberté de volonté, parce qu'au moment du contrat, à la suite d'un état maladif, il était inconscient de ses actes.

b) L'autre tirée du fait de la renonciation de Fischer & C<sup>ie</sup> à l'exécution du contrat.

A l'audience du 15 Mai 1893, les demandeurs ont excipé de la tardiveté de ces exceptions.

Dans différentes audiences, il a été procédé à l'interpellation des parties et à l'audition des témoins.

Les demandeurs ont notamment établi que les fromages d'été de 1892 ont été vendus, en moyenne, dans quatre laiteries voisines de Selgiswyl, au prix moyen de 71 fr. 60 les 50 kg.

Hänni a établi de son côté que pendant l'année 1892 il a été en traitement médical; il résulte de l'avis du médecin qui

l'a soigné que toutefois un usage modéré de la boisson ne pouvait pas être particulièrement nuisible au malade, et n'était pas de nature à exercer une influence quelconque sur son état mental; qu'enfin si le 16 Août 1892, jour du contrat, Hänni se trouvait pris de boisson, il était encore dans une période de maladie telle qu'il offrait certainement moins de résistance à l'influence de l'alcool.

A l'instance du défendeur, un expert a été commis aux fins de résoudre les points suivants :

a) D'après les usages commerciaux, si les parties prennent pour base du prix de vente une ou plusieurs fromageries, celles-ci ne doivent-elles pas être spécialement indiquées dans l'acte de vente?

b) L'endroit de la livraison ne doit-il pas être déterminé?

c) Quel bénéfice auraient réalisé Fischer & C<sup>ie</sup> sur le marché, étant donné les conditions du commerce en 1892 et en prenant pour base les fromageries d'été de Schwarzenbourg, Neuenegg, Heitenried et Grossried?

L'expert a résolu les deux premiers points affirmativement. Quant au troisième, il conclut: Fischer & C<sup>ie</sup> n'auraient pu réaliser qu'un bénéfice minime, qui suivant les circonstances aurait pu être réduit à zéro.

Par jugement du 9 Avril 1894, le tribunal de la Singine a écarté aussi bien la contre-exception des demandeurs que les deux exceptions du défendeur et, sur le fond, a admis la conclusion libératoire opposée par Hänni à la demande de Fischer & C<sup>ie</sup>. Ce jugement se fonde, en substance, sur l'art. 2 C. O. et sur le fait que les parties ne se sont pas mises d'accord sur tous les points essentiels du contrat. En dehors de cette considération principale, le jugement fait valoir en outre qu'en tout cas Hänni n'était pas tenu d'opérer la livraison de ses fromages à la gare de Berne, mais, aux termes de l'art. 82, N° 2 C. O., seulement à Selgiswyl; que Fischer & C<sup>ie</sup> ne sont pas en droit d'exiger l'exécution du contrat ou des dommages-intérêts, puisqu'ils n'ont pas offert d'exécuter eux-mêmes le contrat dans sa teneur primitive, que la mise en demeure du 2 Novembre 1892 n'indiquant pas le lieu où Hänni devait

livrer, ce dernier était autorisé à attendre que Fischer & C<sup>ie</sup> se rendissent, aux termes de l'art. 84, N° 2 C. O., à Selgiswyl pour prendre livraison de la marchandise; que d'ailleurs aucune faute ne saurait être relevée à la charge de Hänni, mais bien à celle de Fischer & C<sup>ie</sup>, qui ont rendu impossible l'exécution du contrat, en n'indiquant pas le lieu de la livraison dans la mise en demeure du 2 Novembre 1892.

Fischer & C<sup>ie</sup> ont appelé de ce jugement, et à l'effet de déterminer le dommage à eux causé par la rupture unilatérale du contrat passé avec Hänni, ils ont demandé une seconde expertise, pour laquelle la Cour d'appel a commis trois experts, lesquels ont résolu comme suit les trois questions qui avaient fait l'objet de la première expertise :

*Ad 1.* Dans les marchés de fromages d'Emmenthal, il est fait usage des deux systèmes, en indiquant les laiteries qui feront la base du marché, ou en prenant la moyenne des plus hauts prix d'une contrée et en fixant le nombre des laiteries.

*Ad 2.* L'endroit où les fromages doivent être livrés à l'acheteur doit toujours être indiqué sur les contrats d'achat et de vente.

*Ad 3.* En tenant compte de la réputation des fromages fabriqués par Hänni, et de la circonstance que la marchandise était destinée à l'Allemagne, où la clientèle est très exigeante, les experts admettent la possibilité d'un bénéfice moyen de 7 francs par 100 kg., soit 1610 francs pour 23 000 kg. en supposant la qualité marchande. Toutefois il y a à tenir compte des frais généraux, des pertes éventuelles, des déchets et aussi des rebuts qui se forment en cave chez l'acheteur. Il aurait pu se faire, suivant la tenue de la marchandise en cave du négociant, que le bénéfice supputé plus haut à 1610 francs ait été diminué ou supprimé par les rebuts.

Par arrêt du 25 Septembre 1894, la Cour d'appel a réformé la sentence des premiers juges, et, émettant, a prononcé que Fischer & C<sup>ie</sup> sont admis dans les fins de leur demande, dont le chiffre est réduit toutefois à 800 francs. Hänni est, partant, débouté dans ce sens de ses exceptions et de sa conclusion libératoire. L'arrêt met les dépens pour un quart à la charge

de Fischer & C<sup>ie</sup>, et pour trois quarts à la charge de Hänni.

Cet arrêt s'appuie, en substance, sur les motifs ci-après :

Hänni avait terme jusqu'au 23 Janvier 1893 pour notifier ses exceptions susvisées; ne l'ayant fait que le 31 dit, il est déchu du droit de les invoquer. Elles sont d'ailleurs dénuées de fondement; rien n'établit qu'au moment de la conclusion du contrat l'ivresse du défendeur ait été telle qu'elle excluait de sa part un consentement librement donné; Hänni n'a en outre tenté aucune preuve pour établir le fait, allégué par lui, de la résiliation de la vente. Au fond c'est à tort que les premiers juges ont envisagé la détermination de l'endroit où les fromages devaient être livrés comme une condition essentielle de la perfection de la vente; cette question est sans influence sur la naissance de l'obligation. L'argument tiré de la prétendue détermination insuffisante du prix de vente n'a pas plus de valeur; il suffit, à cet égard, que ce prix soit objectivement fixé de manière à ce qu'une nouvelle intervention de la volonté des parties ne soit pas nécessaire. Or tel est le cas dans l'espèce, où il n'y a qu'à prendre la moyenne des prix payés par les quatre grandes laiteries dans le rayon de Selgiswyl. La vente du 16 Août était donc parfaite, et la demande d'indemnité formée par Fischer & C<sup>ie</sup> se justifie en principe à teneur des art. 110 et 111 C. O. En tenant compte d'un côté du fait que le dommage subi par les demandeurs n'a pas été établi avec exactitude, et, d'un autre côté, du fait de la faute grave du défendeur, la Cour arbitre à la somme de 800 francs l'indemnité à laquelle les appelants ont droit vis-à-vis de l'intimé.

Usant du bénéfice de l'art. 70 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, Fischer & C<sup>ie</sup> ont déclaré se joindre au pourvoi, et conclure à une augmentation de la somme qui leur a été allouée. Ils demandent au tribunal de céans de revenir sur l'appréciation de la Cour et de prendre pour base de son arrêt, en premier lieu, le gain dont ils ont été privés, soit le minimum de 1610 francs indiqué par les experts; il y a lieu de tenir compte, dans l'espèce, d'un second élément. Les 1610 francs représentent le préjudice visé à l'art. 116, al. 1

C. O., mais le 3<sup>me</sup> alinéa de cet article permet d'accorder de plus amples dommages en cas de faute grave. Or Hänni, en manquant sans motif plausible quelconque à ses engagements, a commis la faute grave ici prévue.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1<sup>o</sup> La compétence du Tribunal fédéral existe tant au point de vue de la valeur du litige qu'à celui du droit applicable. Le recours est en outre dirigé contre un jugement au fond rendu par la dernière instance cantonale. La date de la communication par écrit du jugement aux parties, conformément à l'art. 63, chiffre 4 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale ne résulte pas des pièces du dossier, et il n'est pas possible de contrôler si le recours, daté du 26 Octobre 1894, a été interjeté dans le délai de 20 jours à partir de cette communication, aux termes de l'art. 65 de la loi précitée. La partie défenderesse au recours n'ayant toutefois pas excipé de sa tardiveté, ni établi que son dépôt ait eu lieu en dehors du délai légal, il y a lieu d'entrer en matière sur le pourvoi.

2<sup>o</sup> Le tribunal de céans n'a pas à examiner les deux exceptions soulevées par le recourant devant les instances cantonales, et consistant à dire, d'une part, que le défendeur Hänni se serait trouvé, lors de la stipulation du contrat, dans un état d'ébriété qui aurait vicié son consentement, et, d'autre part, qu'en tout cas les parties auraient convenu le 23 Août 1892, de se départir de la convention qu'elles avaient liée le 16 dit. La Cour cantonale, en effet, a déclaré d'une manière qui lie définitivement le Tribunal fédéral que ces exceptions étaient tardives, et qu'en tout cas la preuve des faits sur lesquels le défendeur cherchait à appuyer ces exceptions n'a pas été rapportée.

3<sup>o</sup> Le grief consistant à prétendre que le contrat serait nul vu le défaut d'accord des parties sur deux points essentiels (C. O. art. 2), à savoir le prix de la chose vendue et le lieu de l'exécution, est dénué de fondement. En ce qui touche la première de ces objections, les experts ont admis que la détermination du prix de vente par la moyenne des prix obtenus lors des ventes de fromages des quatre plus grandes laiteries

situées à 3 lieues autour de Selgiswyl constituait à cet égard une fixation suffisante, et qu'elle répond d'ailleurs à l'usage général en matière de semblables transactions. Au surplus, et abstraction faite de cette considération, le tribunal de céans a déjà reconnu qu'il n'est point nécessaire, pour que l'accord des parties sur la chose et sur le prix doive être considéré comme existant, qu'au moment de la conclusion du contrat ce prix soit fixé et indiqué par un chiffre, mais qu'il suffit qu'il soit susceptible d'être déterminé objectivement, c'est-à-dire que la convention expresse ou tacite des parties permette de le calculer sans nouvelle entente entre elles, comme c'est certainement le cas dans l'espèce (voir arrêt du 5 Septembre 1890 en la cause Dürr contre Haab & Kerber. *Recueil officiel* XVI, N° 84 considérant 3), et comme cela a eu lieu en réalité.

La détermination, dans le contrat, de l'endroit précis où la livraison de la marchandise devait être effectuée ne constituait pas davantage une condition essentielle de la perfection de la vente, puisque la loi elle-même prévoit que lorsque l'obligation porte sur une chose déterminée, la délivrance doit être faite dans le lieu où se trouvait la chose au temps du contrat (C. O. art. 84, chiffre 2<sup>o</sup>).

L'exception tirée par le défendeur du fait que le contrat n'aurait pas été rédigé en deux doubles n'a pas été soulevée devant les instances cantonales, et le Tribunal fédéral n'a point à entrer en matière sur ce point.

4<sup>o</sup> Le contrat intervenu entre parties étant valable, il est constant d'autre part que le défendeur a refusé, par sa lettre du 26 Août 1892, de l'exécuter; il s'était mis d'ailleurs lui-même hors d'état de le faire à partir du 29 dit, date à laquelle il avait vendu et livré la marchandise dont il s'agit à une autre personne.

La non-exécution, par le défendeur, de ses obligations contractuelles doit dès lors se résoudre en dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts auraient pu être réclamés en application des art. 110 et 111 C. O., sans autre mise en demeure d'exécuter l'obligation, dès le moment où il était prouvé que

Hänni s'était mis dans l'impossibilité de remplir son obligation.

La partie demanderesse a toutefois procédé différemment, à savoir par la voie tracée à l'art. 122 *ibidem*, en impartissant à Hänni un délai convenable pour s'exécuter, et en le prévenant que faute par lui de ce faire, le contrat se trouvera résilié à l'expiration du délai. Il en résulte que, dans le cas particulier, l'action en dommages-intérêts, intentée par le demandeur, doit être jugée d'après l'art. 124 du même Code, lequel dispose que dans les cas prévus à l'art. 122, la partie qui se départ du contrat peut demander la restitution de ce qu'elle a payé, et de plus, des dommages-intérêts si elle justifie que l'autre partie est en faute. Or l'existence d'une faute du défendeur est incontestable, puisque, comme on l'a vu, il résulte des pièces de la cause, non seulement qu'il s'est refusé à remplir ses obligations contractuelles, mais encore qu'il s'est placé lui-même dans l'impossibilité de les exécuter. Les conditions de l'art. 124 précité se trouvent donc réalisées à son égard.

C'est en vain que, pour échapper aux conséquences de la demeure, Hänni invoque la circonstance que le lieu de livraison n'était pas indiqué. Ainsi qu'il a été dit, ce lieu était prévu par la loi, et la sommation juridique de livrer suffisait pour mettre en demeure le défendeur, qui, du reste, n'a jamais offert, ni pu offrir de livrer à l'endroit de livraison déterminé par la loi. Le sieur Hänni, enfin, ne saurait exciper de la disposition de l'art. 92 C. O., statuant que le paiement doit être effectué le jour de l'échéance puisque, soit dans leur première lettre du 24 Août 1892, soit dans leur exploit du 2 Novembre suivant, Fischer & C<sup>o</sup> avaient offert de payer comptant au moment de la livraison de la marchandise.

5° En ce qui concerne la quotité des dommages-intérêts à allouer aux demandeurs, les experts ont admis l'existence d'un dommage, sans pouvoir en supputer le montant d'une manière exacte. Dans cette situation, la Cour, en tenant compte des diverses circonstances de la cause, a évalué à 800 francs le dommage causé.

Aucune erreur de droit ne saurait être reconnue dans cette

manière de procéder, et le tribunal de céans n'a aucun motif pour modifier, à cet égard, l'appréciation de l'instance cantonale.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Les recours sont écartés, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour d'appel du canton de Fribourg, le 25 Septembre 1894, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

161. Urteil vom 15. Dezember 1891 in Sachen  
Lawinsky gegen Schneebeli.

A. Mit Urteil vom 13. Oktober 1894 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt :

1. Die Hauptklage ist abgewiesen.

2. Die Beklagte ist berechtigt, über die vom Kläger gemäß Vertrag vom 29. August 1893 erworbenen Gegenstände und Forderungen frei zu verfügen und den Versteigerungsserlös für einen Teil der Ware in Empfang zu nehmen, vorbehaltlich des vertraglichen Rückkaufsrechtes des Klägers.

B. Gegen dieses Urteil erklärte der Anwalt des Klägers die Berufung an das Bundesgericht und beantragte, es sei dasselbe aufzuheben und dasjenige des Bezirksgerichtes Meilen im ganzen Umfange wieder herzustellen.

In der heutigen Verhandlung, zu welcher einzig der Anwalt der Rekursbeklagten erschienen ist, beantragt derselbe Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung :

1. Der Kläger Adolf Lawinsky, welcher in Chur ein Konfektionsgeschäft betrieb, kam im Sommer 1893 in finanzielle Schwierigkeiten, und sah sich genötigt, einen gerichtlichen Nachlassvertrag nachzusuchen. Zur Beschaffung der dafür nötigen Mittel trat er in Unterhandlungen mit dem seither verstorbenen