

benutzte. Wenn dem Kläger die Verwahrung der fraglichen Gegenstände oblag, womit für ihn selbstverständlich die thatsächliche Möglichkeit körperlicher Einwirkung auf dieselben geschaffen war, so war dies die Folge seiner vertraglichen Stellung als Angestellter des Eigenthümers; dadurch wurde also der, durch den Direktor wie durch die übrigen Angestellten lediglich ausgeübte, eigene Gewahrsam des Eigenthümers keineswegs ausgeschlossen und nicht bewirkt, daß eine Einwirkung des Eigenthümers vom Kläger als eigenmächtiger Eingriff in seinen Gewahrsam hätte zurückgewiesen werden können. Die Thatsache der Anzeichnung der Gegenstände durch den Kläger ändert hieran nichts; denn dadurch wurde ja nichts daran geändert, daß die bezeichneten Gegenstände fortwährend Inventarstücke des Gewerbes des Eigenthümers blieben, über welche die Verfügungsgewalt grundsätzlich dem Inhaber des Gewerbes und dritten Personen nur als dessen Angestellten zustand. Es liegt in dieser Anzeichnung lediglich der Versuch, die gesetzliche Vorschrift, daß zur Begründung eines Faustpfandes die Entäußerung des Gewahrsams durch den Verpfänder gehört, zu umgehen.

10. Ist danach der Bestand eines Faustpfandrechtes des Klägers wegen mangelnder Besitzübergabe zu verneinen, so muß die gleiche Entscheidung auch bezüglich des eventuell beanspruchten Retentionsrechtes Platz greifen, denn es fehlt eben, nach dem Ausgeführten, an der zur Entstehung eines Retentionsrechtes erforderlichen Verfügungsgewalt. Uebrigens dürfte auch die erforderliche Konnexität zwischen der Forderung und dem Gegenstande der Retention mangeln. Dagegen muß allerdings dem Kläger das Recht gewahrt bleiben gemäß Art. 136 D.-R. die Verrechnung seiner Darlehensforderung gegen die Forderung der beklagten Masse Ravier aus seiner Geschäftsführung als Direktor der Kuranstalt Schönfels geltend zu machen.

Demnach hat das Bundesgericht

in Abänderung des angefochtenen Urtheils des Obergerichtes des Kantons Zug,

erkennt:

1. Die Darlehensforderung des Klägers an die beklagte Masse Ravier wird auf 12,190 Fr., der Saldo, welchen der Kläger der

Masse Ravier aus seiner Geschäftsführung als Direktor der Kuranstalt Schönfels schuldet, auf 3295 Fr. 65 Cts. festgesetzt.

2. Dispositiv 2 b des angefochtenen Urtheils ist aufgehoben; dagegen wird den Beklagten und Widerklägern Cavallasca, Wörner, Speck und Hürlimann vorbehalten, den Kläger, sofern ihr Pfändungspfandrecht zu Recht besteht und sie aus den übrigen Pfändern für ihre im Fallimente Ravier geltend gemachten Forderungen nicht gedeckt werden, für den Ausfall bis zum Fakturawerthe der von ihm verbrauchten gepfändeten Weine mit 528 Fr. 35 Cts. zu belangen.

3. Der Kläger hat der Masse Ravier für fehlende Inventarstücke 50 Fr. zu vergüten.

4. Mit ihren übrigen Anträgen sind beide Parteien abgewiesen.

107. Arrêt du 27 Novembre 1891, dans la cause Ludwig contre Dupont-Lachenal et Maurer.

*Statuant et considérant :*

*En fait :*

1° A Genève existait en 1885 une société en commandite, ayant pour but le commerce des plumes et duvets, composée de deux associés, Ch. Ludwig et G. Scheumann, et ayant pour commanditaire le sieur J. Wild, à Londres, intéressé à la maison pour la somme de 90 000 francs.

Par convention du 30 Juin 1885 Ami Maurer, à Genève, entra en qualité d'associé dans la maison Ch. Ludwig et C<sup>ie</sup>, en remplacement de G. Scheumann.

Cette convention stipule, entre autres, que Ch. Ludwig et A. Maurer auront seuls la signature sociale; que le capital social est formé par la commandite de J. Wild, par l'apport de tout ce que Ch. Ludwig possède dans la maison, soit marchandises, soit débiteurs, et par l'apport de 15 000 francs de A. Maurer. Les comptes de Ch. Ludwig et A. Maurer de-

vaient être établis en compte courant, et jouir d'un intérêt de 5 % l'an.

Pour parfaire le montant de son apport, A. Maurer, par acte sous seing-privé du 15 Janvier 1886, emprunta à Dupont-Lachenal la somme de 5000 francs. Cet acte est libellé comme suit :

« RECONNAISSANCE :

» Je soussigné, reconnais avoir reçu ce jour de Monsieur  
» Dupont-Lachenal la somme de cinq mille francs pour le terme  
» de deux ans, laquelle somme je m'engage à lui servir les  
» intérêts à raison de cinq pour cent l'an et payables par  
» semestre échu.

» Je déclare en outre que cette somme est versée dans la  
» caisse de la maison Ch. Ludwig et C<sup>ie</sup> et ne pourra être  
» retirée de la dite caisse que pour rembourser Monsieur  
» Dupont-Lachenal.

» Genève, le 15 Janvier 1886.

» Bon pour cinq mille francs,

» (Signé) A. Maurer. »

Au bas de cet acte se trouve la mention suivante :

« Nous soussignés Ch. Ludwig et C<sup>ie</sup> reconnaissons avoir  
» reçu la somme ci-dessus soit cinq mille francs et qu'elle  
» est à la disposition de M. Dupont-Lachenal à l'échéance  
» susindiquée, soit le 31 Décembre 1887, ou au cas à la  
» mort de M. Maurer.

» Genève, le 15 Janvier 1886.

» Bon pour cinq mille francs.

» (Signé) Ch. Ludwig et C<sup>ie</sup>. »

Au dos de la même reconnaissance ont été mises successivement les deux mentions suivantes :

» Renouvelé dans les mêmes conditions que ci-dessus  
» pour le terme de deux ans, soit jusqu'au 31 Décembre  
» 1889.

» Genève, le 1<sup>er</sup> Janvier 1888.

» (Signé) A. Maurer. (Signé) Ch. Ludwig et C<sup>ie</sup>.

» Renouvelé dans les mêmes conditions que ci-dessus  
» pour le terme d'un an, soit jusqu'au 31 Décembre 1890.

» Genève, le 1<sup>er</sup> Janvier 1890.

» (Signé) A. Maurer. (Signé) A. Maurer-Chapalay. »

Cette dernière signature est celle de la femme du sieur Maurer.

La signature Ch. Ludwig et C<sup>ie</sup> a été apposée de la main de Ch. Ludwig dans l'acte du 15 Janvier 1886, et de celle de Maurer dans celui du 1<sup>er</sup> Janvier 1888.

Il est incontesté que la somme de 5000 francs ci-dessus n'a jamais été rendue à Dupont-Lachenal. Maurer ne conteste pas la devoir, mais Ch. Ludwig soutient, en revanche, qu'il n'est point tenu de la rembourser à Dupont-Lachenal.

Par exploit du 9 Juin 1890, Dupont-Lachenal a assigné Ch. Ludwig et C<sup>ie</sup>, négociants, à Genève, et A. Maurer à comparaître à l'audience du Tribunal de commerce du 16 dit; il concluait à ce qu'il plaise au Tribunal condamner les défendeurs à lui payer solidairement entre eux, avec intérêts légaux dès le 1<sup>er</sup> Janvier 1890 et dépens, la somme de 5000 francs qu'ils lui doivent.

Ch. Ludwig a conclu à libération, en faisant valoir ce qui suit :

1<sup>o</sup> Le prêt des 5000 francs en question n'a pas été fait à la société Ch. Ludwig et C<sup>ie</sup>, mais à Maurer; la société a simplement pris l'engagement de ne pas rembourser à Maurer son apport jusqu'au 31 Décembre 1887 et de garder jusqu'à cette date, sur les sommes revenant à Maurer, 5000 francs à la disposition de Dupont-Lachenal; il n'y a donc pas eu de la part de Ludwig et C<sup>ie</sup> reconnaissance solidaire avec Maurer vis-à-vis de Dupont-Lachenal: celui-ci n'ayant pas encaissé cette somme jusqu'à la prédite date, la société est déliée.

2<sup>o</sup> Ludwig et C<sup>ie</sup> pourraient tout au plus être considérés comme caution simple de Maurer, pour un temps déterminé, soit jusqu'au 31 Décembre 1887; mais même dans ce cas Dupont-Lachenal serait déchu de tout droit vis-à-vis de

Ludwig et C<sup>ie</sup>, aux termes de l'art. 502 C. O., Dupont-Lachenal n'ayant pas commencé les poursuites dans les quatre semaines qui ont suivi l'expiration du terme.

3<sup>o</sup> Le renouvellement de l'engagement fait le 1<sup>er</sup> Janvier 1888 à l'insu de Ch. Ludwig est radicalement nul à son égard, aux termes de l'art. 561 C. O.; en effet les associés n'ont le droit d'user de la signature sociale que pour les affaires que comporte le but de la société, et la signature donnée abusivement par Maurer, qui contractait ou renouvelait pour son compte personnel, est nulle vis-à-vis des tiers de mauvaise foi, comme Dupont-Lachenal, qui savait que le prêt était fait à Maurer personnellement, et qui aurait dû dès lors soumettre le renouvellement à Ch. Ludwig.

4<sup>o</sup> Même en admettant que Ludwig et C<sup>ie</sup> aient été à un moment donné débiteurs solidaires de Dupont, ou cautions de Maurer, il est intervenu, le 1<sup>er</sup> janvier 1890, une novation par changement de débiteur au profit de Ludwig et C<sup>ie</sup> en conformité de l'art. 142, § 2 C. O.; en effet Maurer a renouvelé alors l'emprunt vis-à-vis de Dupont-Lachenal, en lui offrant de substituer sa femme à Ludwig et C<sup>ie</sup>. Dupont-Lachenal a accepté cette substitution, et ne peut dès lors tenter son action à Ludwig et C<sup>ie</sup>.

Dupont-Lachenal, dans sa réplique, présente les observations dont suit le résumé :

Il résulte de la convention du 15 Janvier 1886 que la somme a bien été prêtée à Maurer, mais remise à la Société Ludwig et C<sup>ie</sup>, qui peut s'en servir pour les besoins de son commerce, mais est tenue de la rembourser directement à Dupont-Lachenal.

La société est tenue vis-à-vis de Dupont, puisque les associés se sont engagés à ce que la somme de 5000 francs versée dans la caisse sociale ne pourra en être retirée que pour rembourser le dit Dupont-Lachenal. Ils se reconnaissent détenteurs de cette somme, et se sont engagés solidairement à la tenir à disposition du créancier à l'échéance; c'était là un rapport de droit analogue à la situation d'un banquier qui reçoit un dépôt et s'engage à le restituer à l'échéance stipu-

lée, ce qui exclut toute idée de cautionnement. Il ne saurait donc être question d'opposer, à la demande de Dupont-Lachenal, ainsi que Ludwig tente de le faire, la déchéance édictée par l'art. 502 C. O. au profit de la caution.

Le renouvellement du 1<sup>er</sup> Janvier 1890 ne constitue point une novation libérant Ludwig; Dupont ne l'a jamais reconnu comme valable, puisqu'il n'était pas signé par Ludwig et C<sup>ie</sup>. Il n'a pu y avoir, d'ailleurs, substitution de débiteur, attendu que Ludwig et C<sup>ie</sup> étaient dépositaires de la somme prêtée par Dupont, et, en tout cas, l'engagement de la dame Maurer-Chapalay est nul, pour n'avoir pas été autorisé selon les formalités voulues par la loi.

Par jugement du 12 Mars 1891, le Tribunal de commerce, estimant que la Société Ludwig et C<sup>ie</sup> s'est constituée débitrice de Dupont-Lachenal personnellement, à titre de dépositaire de fonds appartenant au sieur Dupont et qu'elle s'engageait à lui rembourser directement, a condamné solidairement les défendeurs à payer à Dupont-Lachenal la somme de 5000 francs, avec intérêts et dépens; elle a condamné en outre, Maurer à relever et garantir Ludwig de cette condamnation.

Par arrêt du 25 Mai suivant, la Cour de Justice civile, ensuite d'appel de Ch. Ludwig, a confirmé le jugement de première instance, par les motifs ci-après résumés.

Le texte même de la reconnaissance du 15 Janvier 1886 contredit l'allégation de Ludwig, que la société Ludwig et C<sup>ie</sup> n'aurait pas pris d'autre engagement que celui de ne pas rembourser à Maurer son apport avant le 31 Décembre 1887 et de garder jusqu'à cette date les sommes revenant à Maurer, à concurrence de 5000 francs. Rien dans les termes employés ne permet d'admettre que telle ait été l'intention des parties; tout au contraire, il en résulte que Ludwig et C<sup>ie</sup> ont pris l'engagement de tenir au bout de deux ans la somme de 5000 francs à la disposition de Dupont-Lachenal.

Cette somme a été versée dans la caisse de la société Ch. Ludwig et C<sup>ie</sup>, qui l'a employée aux affaires sociales; on ne saurait donc considérer comme un simple cautionnement l'en-

gagement consenti par elle en faveur de Dupont, alors que, comme dans l'espèce, la prétendue caution a encaissé la somme prêtée, et pris personnellement l'engagement de la restituer au prêteur à l'échéance ; cette prétendue caution n'est en réalité qu'un simple codébiteur tenu de l'exécution de l'obligation, conjointement et non subsidiairement, avec son autre débiteur. L'art. 502 C. O. n'est ainsi pas invocable dans le présent cas.

Il est sans intérêt d'examiner la question de savoir si le renouvellement du 1<sup>er</sup> Janvier 1888 a été valablement fait par Maurer, et si Dupont peut être considéré comme ayant contracté avec lui un acte nul en raison de la mauvaise foi des deux parties ; la solution de cette question ne saurait en effet modifier la nature des engagements pris par Ludwig et C<sup>ie</sup> le 15 Janvier 1886.

Il n'est pas établi que le renouvellement signé par Maurer et par sa femme le 1<sup>er</sup> Janvier 1890 ait été accepté par Dupont, qui le conteste formellement : son acceptation n'entraînerait d'ailleurs pas une décharge vis-à-vis de la société Ch. Ludwig et C<sup>ie</sup>. La novation doit résulter clairement de l'acte. C'est dès lors à juste titre que le Tribunal de commerce a décidé que Ludwig était comme associé indéfiniment responsable de la société Ch. Ludwig et C<sup>ie</sup>, tenu de la créance que possède contre elle Dupont, et que Maurer a été tenu de relever et garantir Ludwig de cette condamnation.

C'est contre cet arrêt que Ludwig a recouru au Tribunal fédéral, reprenant tous les moyens qu'il a fait valoir devant les instances cantonales, et concluant à ce qu'il plaise à ce tribunal admettre son recours, réformer l'arrêt en question, débouter Dupont-Lachenal de sa demande contre le recourant, et le condamner en tous les dépens ; subsidiairement confirmer le jugement du Tribunal de commerce de Genève du 12 Mars 1891, en tant qu'il a condamné Maurer à relever et garantir Ch. Ludwig des condamnations prononcées contre celui-ci au profit de Dupont-Lachenal, en capital, intérêts et frais.

Dupont-Lachenal a conclu au maintien de l'arrêt attaqué.

Par écriture du 24 Juin 1891, A. Maurer avait également conclu au rejet du recours.

Ch. Ludwig ayant été déclaré en faillite par jugement du Tribunal de commerce de Genève du 13 Août 1891, le juge fédéral délégué, par ordonnance du 1<sup>er</sup> Octobre suivant, a fixé au syndic de la faillite un délai expirant le 15 dit pour déclarer si elle veut continuer le procès ou si elle veut se désister.

Par écritures des 14 et 17 du même mois, A. Bousquet, syndic de la dite faillite, a déclaré persister dans le recours formé par Ch. Ludwig.

*En droit :*

2<sup>o</sup> La compétence du Tribunal fédéral en la cause est hors du doute ; elle n'a pas été d'ailleurs contestée, et toutes les conditions exigées à cet égard par l'art. 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale se trouvent réalisées dans l'espèce. En particulier la valeur du litige est certainement supérieure à 3000 francs, puisque la réclamation du demandeur porte sur une somme de 5000 francs, qu'il estime lui être due solidairement par les deux défendeurs.

3<sup>o</sup> Au fond, l'arrêt dont est recours constate en fait, comme résultant de l'intention commune des parties, que la société Ludwig et C<sup>ie</sup> a pris l'engagement, par la reconnaissance du 15 Janvier 1886, de tenir à la disposition de Dupont-Lachenal, à l'échéance du 31 Décembre 1887, la somme de 5000 francs, qu'elle déclare avoir reçue.

Si cette constatation de fait, appuyées sur les termes mêmes de l'acte du 15 Janvier ci-dessus, lie le Tribunal fédéral aux termes de l'art. 30 de la loi sur l'organisation judiciaire précitée, il n'en est pas de même de l'interprétation de cet engagement par la Cour de justice civile. La fixation du caractère et de la portée juridique de la reconnaissance susvisée apparaît en effet comme une question de droit, dont la solution rentre au premier chef dans la compétence du Tribunal de céans.

A cet égard la Cour de justice civile estime que, par l'engagement pris dans la prédite reconnaissance, Maurer, et

Ludwig, associés de la maison Ludwig et C<sup>ie</sup>, ont consenti une dette solidaire, à titre de codébiteurs, et que la Société Ludwig et C<sup>ie</sup>, ayant encaissé la somme objet du prêt, et pris l'engagement de la restituer au prêteur, le sieur Ludwig, en sa qualité d'associé de la raison commerciale Ludwig et C<sup>ie</sup>, est solidairement responsable au même titre que le sieur A. Maurer.

Cette interprétation va toutefois à l'encontre des termes mêmes de la reconnaissance prérappelée, qui ne parle nullement d'une caution ou d'un codébitéur ; ces termes, de plus, ne sont point identiques en ce qui concerne Maurer, d'une part, et la société Ludwig et C<sup>ie</sup>, d'autre part.

Tandis en effet que, par l'acte du 15 Janvier 1886, A. Maurer reconnaît avoir reçu de Dupont-Lachenal à titre de prêt la somme de 5000 fr. pour le terme de deux ans, et s'engage à en payer à ce dernier les intérêts, Ch. Ludwig et C<sup>ie</sup>, en déclarant aussi avoir reçu la somme, se bornent à promettre de la tenir à disposition de Dupont-Lachenal à l'échéance du 31 Décembre 1887. Ludwig et C<sup>ie</sup> n'ont pas contracté ni reçu l'emprunt solidairement avec Maurer, ce qui ressort des deux formules différentes d'engagement employées, l'une pour Maurer, et l'autre pour Ludwig et C<sup>ie</sup>. C'est du reste Maurer seul qui devait et a réellement payé les intérêts, et Dupont n'a, d'ailleurs, jamais été porté sur les livres de la société comme créancier de Ludwig et C<sup>ie</sup>.

Il sort de là que l'engagement pris par Ch. Ludwig et C<sup>ie</sup> n'est pas indentique avec celui consenti par A. Maurer, qu'il en est au contraire distinct, et ne saurait être interprété extensivement au préjudice de la société.

4° Il est incontestable que le versement des 5000 francs dans la caisse sociale ne peut pas être assimilé à un dépôt, puisque Dupont-Lachenal, qui a prêté cette somme à Maurer ne peut en être resté propriétaire. Dupont est devenu, par le fait de ce prêt, propriétaire de la créance de 5000 francs vis-à-vis de Maurer, mais il ne l'est plus de la somme elle-même, versée par celui-ci à son compte dans la caisse de la société.

L'acte du 15 Janvier 1886 n'apparaît pas davantage comme un cautionnement, puisque l'engagement pris par Ludwig et C<sup>ie</sup> est direct et non point seulement subsidiaire, c'est-à-dire ne devant pas déployer ses effets que dans le cas où le débiteur principal ne se libérerait pas.

5° La reconnaissance du 15 Janvier 1886 contient bien plutôt un double contrat, à savoir, en premier lieu, un prêt stipulé entre Dupont et A. Maurer, lequel s'oblige à en restituer le capital au bout de deux ans, et à en servir les intérêts à Dupont jusqu'à ce terme, et, en second lieu, un contrat d'assignation ou de délégation, par lequel Maurer, comme assignant, charge la société Ludwig et C<sup>ie</sup>, comme assignée, de payer à l'assignataire Dupont la somme de 5000 francs dont il s'agit. (C. O. art. 406.) La société Ludwig et C<sup>ie</sup> a accepté cette assignation et l'a notifiée à l'assignataire Dupont par la reconnaissance du 15 Janvier 1886, dans laquelle elle s'oblige à tenir la somme en question, au 31 décembre 1887, à la disposition de l'assignataire Dupont. Ch. Ludwig en sa qualité d'associé de la maison assignée, est donc tenu directement à cette prestation vis-à-vis de Dupont, sauf son recours contre son coassocié Maurer et ne peut lui opposer que les exceptions résultant de leurs rapports personnels ou du contenu de la délégation, à l'exclusion de celles qui dérivent de ses rapports avec l'assignant (C. O., art. 409).

6° Il est vrai qu'à l'échéance la somme n'a pas été encaissée par Dupont, mais que l'acte du 15 Janvier 1886 a été renouvelé jusqu'au 31 Décembre 1889, sous la signature de Ch. Ludwig et C<sup>ie</sup>, apposée par l'associé Maurer, et que le recourant Ludwig estime n'être pas lié par cette signature, laquelle n'aurait pas eu pour objet une affaire sociale (C. O., 561).

Ce moyen est toutefois inadmissible. L'exception consistant à dire qu'en signant le dit renouvellement Maurer a agi dans son intérêt particulier, et non dans celui de la raison sociale, peut être opposée, de ce chef, à l'associé qui aurait commis l'abus prétendu, mais pas à un tiers de bonne foi, comme Dupont, lequel, lors du renouvellement du 1<sup>er</sup> Janvier 1888,

devait admettre que celui-ci avait eu lieu dans les mêmes conditions que l'acte lui-même, attendu que Maurer était en possession de la signature sociale, et pouvait ainsi valablement engager la société. Celle-ci est donc tenue de reconnaître la validité du renouvellement en question.

7° La reconnaissance du 15 Janvier 1886 a été l'objet d'un second renouvellement, le 1<sup>er</sup> Janvier 1890, pour une année, sous la signature de A. Maurer et de sa femme A. Maurer-Chapalay, et, pour échapper à la responsabilité de ce renouvellement, le recourant oppose qu'il implique une novation, par substitution à Ch. Ludwig de la dame Maurer, ce qui doit avoir pour effet la libération du dit Ludwig.

Ce moyen ne peut être davantage accueilli. Dans une constatation de fait liant le Tribunal fédéral, la Cour de justice civile déclare en effet qu'il n'est point établi que ce deuxième renouvellement ait été accepté par Dupont. Abstraction faite de cette circonstance, l'existence d'une novation ne saurait être déduite du fait de la signature de la dame Maurer apposée sur le prédit acte ; la novation ne se présume point, et, pour qu'il soit possible de l'admettre dans l'espèce, il faudrait qu'elle résultât clairement de la volonté de toutes les parties. Or rien ne permet de présumer qu'elles aient voulu, par la dite signature, substituer la dame Maurer au débiteur Ludwig, et qu'en particulier Dupont ait consenti à libérer ce dernier en considération de la nouvelle garantie offerte par dame Maurer.

8° Dupont n'ayant toutefois pas encaissé le montant de sa créance avant l'échéance du 31 Décembre 1889, il y a lieu de rechercher si la société Ludwig et C<sup>ie</sup> était tenue, au delà de ce terme, au paiement de la somme en litige.

A cet égard il y a lieu de remarquer d'abord qu'il n'est point établi, et qu'il n'a pas même été allégué que Ludwig et C<sup>ie</sup> auraient restitué les 5000 francs à Maurer après le 31 Décembre 1889, d'où il faut conclure que la société a conservé en mains cette somme, avec l'autorisation de Maurer, pour la faire servir au remboursement de la créance de Dupont. D'ailleurs ni Ludwig et C<sup>ie</sup>, ni Maurer ne se sont livrés,

vis-à-vis de Dupont, à aucune démarche qui puisse justifier une autre conclusion.

Il est vrai que l'obligation de la société, aux termes de la reconnaissance du 15 Janvier 1886, consistait seulement à tenir la dite somme à disposition du créancier Dupont à l'échéance convenue, c'est-à-dire à la lui restituer, sur sa demande, à la dite échéance (dette quérable).

Il ne suit néanmoins pas de là que, par l'omission de Dupont d'opérer l'encaissement de sa créance au terme fixé, la société ait été libérée définitivement, puisque la seule non-observation du terme ne saurait avoir pour effet d'éteindre la dette elle-même, c'est-à-dire l'obligation, assumée par Ludwig et C<sup>ie</sup>, de tenir la somme en question à la disposition de Dupont-Lachenal. Aux termes du C. O. une semblable omission n'avait pas d'autres conséquences que celle attachée par la loi à la situation d'un créancier en demeure, et encore, pour que ces conséquences se produisissent, était-il nécessaire que le créancier Dupont, lequel avait omis d'encaisser à l'échéance la somme à sa disposition, ait été préalablement mis en demeure, par le débiteur, d'y procéder, afin, le cas échéant, de constater juridiquement son refus. (C. O. art. 106.) C'est à partir de ce moment seulement que la société eût pu se libérer de son obligation, soit en consignat la somme due, aux frais et risque du créancier (*ibid.* art. 107), soit en la versant en main de Maurer.

Or dans le cas actuel aucune mise en demeure n'est émanée de la société Ludwig et C<sup>ie</sup> vis-à-vis de Dupont ; les choses sont demeurées en l'état, de part et d'autre, d'où il résulte que l'engagement pris par la dite société ne s'est point modifié, et doit continuer à sortir ses effets.

9° L'arrêt de la Cour de justice civile devant être, ensuite de ce qui précède, maintenu dans son dispositif, la conclusion subsidiaire du recourant, tendant à ce que Maurer soit condamné à relever et garantir Ludwig des condamnations prononcées contre celui-ci, tombe, puisque l'arrêt de la dite Cour confirmant le jugement du Tribunal de commerce du 12 Mars 1891, fait droit implicitement à la conclusion prémentionnée.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est rejeté, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour de justice civile de Genève, le 25 Mai 1891, est maintenu, dans le sens des considérants qui précèdent, tant au fond que sur les dépens.

108. Urtheil vom 11. Dezember 1891 in Sachen  
Price gegen Wulff.

A. Durch Urtheil vom 26. September 1891 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

Der Beklagte Pierre Price ist schuldig, an den Kläger 3000 Fr. Konventionalstrafe zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte Pierre Price die Weiterziehung an das Bundesgericht, indem er den Antrag anmeldete:

1. Es sei die Klage des Ed. Wulff, Cirkusbesitzer, gänzlich abzuweisen, eventuell

2. Es sei die klägerische Forderung auf den Betrag von 400 Fr. zu reduzieren.

Auf Vertretung bei der heutigen Verhandlung hat der Beklagte laut telegraphischer Anzeige seines Anwaltes verzichtet, indem er erklärt, sich auf Akten und Protokoll zu berufen und nova zu bestreiten.

Der Anwalt des Klägers trägt auf Abweisung der gegnerischen Beschwerde und Bestätigung des vorinstanzlichen Urtheils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. In thatsächlicher Beziehung ist folgendes hervorzuheben: Am 18. November 1889 wurde durch Vermittlung des Impresario Theuret in Paris ein schriftlicher Vertrag abgeschlossen, wonach der (damals in Budapest sich aufhaltende) Cirkusbesitzer Eduard Wulff die Brüder Pierre, John, Franz und Eugen

Price (welche damals in Frankfurt am Main angestellt waren) gegen ein Gehalt von 2500 Fr. per Monat als musikalische Clowns engagirte. Die Vertragsdauer wurde auf 3 Monate vom 1. September 1890 an festgesetzt und es behielt sich Wulff die Verlängerung des Engagements durch einen Monat vorher zu machende Anzeige vor. Es wurde eine feste Reiseentschädigung von 200 Fr. versprochen, in der Meinung, daß die nöthige Reisezeit von Budapest nach Belgien nicht bezahlt werde. In Art. 7 des Vertrages ist bestimmt: Il est bien entendu que la direction n'est pas responsable des accidents pouvant survenir pendant le cours des représentations des artistes ni des conséquences résultant des lois existantes et ordonnances de la Préfecture de Police concernant les exercices exécutés par les artistes. Die Brüder Price erwählten Domizil in Budapest. Für Bruch des Vertrages wurde beidseitig ein Reuegeld (dédite) von 3000 Fr. festgesetzt. Der Vertrag wurde seitens der Brüder Price einzig von dem ältesten derselben, Pierre Price, unterzeichnet. Die Brüder Price traten ihre Stellung nicht an. Am 5. August 1890 schrieb vielmehr Pierre Price an Wulff, sie haben soeben von einem Anverwandten in Brüssel die Nachricht erhalten, es sei in ganz Belgien strengstens (bei einer Strafe bis 250 Fr.) untersagt, Kinder unter 16 Jahren öffentlich auftreten zu lassen; da nun Wulff ihres Wissens auch nach Brüssel reise und der jüngste Bruder Price erst 12 1/2 Jahre alt sei, sie aber ohne diesen nicht arbeiten können, so sehen sie sich veranlaßt, von § 7 des Vertrages Gebrauch zu machen und betrachten die gegenseitigen Verpflichtungen als aufgehoben. Wulff ließ diesen Brief unbeantwortet. Dagegen erwirkte er, nachdem die Brüder Price beim Cirkus Herzog in Dienst getreten und mit diesem nach Zürich gekommen waren, dort gegen dieselben Arrest und belangte sie hernach auf Bezahlung der Konventionalstrafe von 3000 Fr. Die erste Instanz (Bezirksgericht Zürich) wies die Klage gegenüber Franz, John und Eugen Price ab; der Vertrag sei für dieselben nicht rechtsverbindlich, da nicht nachgewiesen sei, daß Pierre Price, welcher denselben einzig unterzeichnet habe, zum Abschluß desselben für seine Brüder ermächtigt gewesen sei; es sei nicht dargethan, daß der (mehrjährige) Franz Price den Pierre