

daraus nicht zu schließen gewesen, daß sie sich auch auf die andern Lieferungen erstreckt hätte, oder daß sie sich auf den Abschluß des ganzen Vertrages bezöge; soweit sie sich aber auf jene Lieferungen bezieht, ist den Rechten des Käufers mit Wandelung der betreffenden Lieferungen völlig Genüge geleistet. Eine Aufhebung des ganzen Vertrages kann auch aus dem Grunde aus der Arglist bei einzelnen Lieferungen nicht hergeleitet werden, weil es sich beim Kaufe in der Regel nicht um ein Geschäft, bei dem das persönliche Vertrauen der Kontrahenten zu einander von ganz besonderer Bedeutung ist, handelt (anders beim Dienstvertrage, bei der Gesellschaft, beim Auftrage); dem Käufer ist in der Mängelkrüge und dem allfälligen Wandelungs- (und Preis-minderungs-) Anspruch in dem oben erörterten Umfange genügend Schutz gewährt. Daß die Möglichkeit der Prüfung auf Seite des Beklagten beinahe ausgeschlossen sei (wie er behauptet hat), ist gewiß unrichtig, da sowohl er wie seine Abnehmer in That und Wahrheit die erste Lieferung geprüft haben. Im Fernern stellt nun aber die Vorinstanz in nicht aktenwidriger Weise und ohne Rechtsirrtum fest, daß der Klägerin überhaupt keine Arglist zur Last gelegt werden kann. Die Arglist soll nach den Ausführungen des Beklagten darin liegen, daß die Klägerin bewußt minderwertige Ware geliefert habe. Allein dieser Thatbestand erfüllt den Begriff der Arglist nicht; zu diesem gehört vielmehr eine Täuschung, sei es durch positive unwahre Angaben, sei es durch Verheimlichung u. dgl. Jene Lieferung minderwertiger Ware im Bewußtsein des Minderwertes stellt sich vielmehr lediglich als vorsätzliche ungenügende Vertragserfüllung dar, wogegen dem Käufer die in Art. 243 ff. und 110 ff. O.-R. geregelten Rechtsmittel gegeben sind.

5. Endlich will der Beklagte seinen Anspruch auf Rücktritt vom ganzen Vertrage noch aus einer analogen Anwendung des Art. 234 O.-R., der dem Käufer im kaufmännischen Verkehr bei Verabredung eines bestimmten Lieferungsstermines im Falle des Verzuges des Verkäufers das Recht des sofortigen Rücktrittes vom Vertrage einräumt, folgern. Von einer analogen Anwendung dieser Bestimmung, die für den Fall des Verzuges gemäß den Lebensverhältnissen im kaufmännischen Verkehr alle Berechtigung hat, auf den Fall mangelhafter Erfüllung kann ganz offenbar keine

Rede sein; die Folgen mangelhafter Erfüllung sind in Art. 243, in Verbindung mit Art. 110 ff. O.-R. vollständig und erschöpfend geregelt. Ubrigens würde auch bei analoger Anwendung dieses Artikels aus der mehrfach angeführten Vertragsbestimmung wiederum nur das Recht zum Rücktritt von jeder einzelnen Lieferung, nicht aber vom ganzen Vertrage, folgen.

6. Sonach erscheint denn der heute einzig noch streitige Anspruch des Beklagten nach allen Richtungen als unbegründet, wobei ihm aber, um dies nochmals ausdrücklich zu betonen, für die spätern Lieferungen alle Rechte, speziell die aus mangelhafter Erfüllung folgenden, gewahrt bleiben. Der Rückweisungsantrag des Beklagten erledigt sich nach diesen Ausführungen von selbst im Sinne der Abweisung, da alle Beweisunterlagen nach der hier vertretenen Auffassung für den Endentscheid unerheblich sind.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen und somit das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 17. August 1900 in allen Teilen bestätigt.

91. Arrêt du 3 novembre 1900  
dans la cause Lorimier contre Mayor.

**Cession**; dation en paiement, ou vente de créance. — **Garantie légale du cédant**, art. 192 CO. Fardeau de la preuve. Existence juridique des créances cédées. — **Erreur essentielle**. Art. 18 ss. CO.

Les défenderesses, demoiselle Elise Lorimier, à Neuchâtel, dame Marie Berry, née Lorimier, à Bâle, et dame Emilie Steudel, née Lorimier, à Mannheim, sont les héritières de Frédéric Lorimier, décédé le 30 avril 1899. Ce dernier avait, sous date du 7-10 décembre 1896, stipulé avec les héritiers de sa femme défunte, Louise-Henriette née Châtenay, un acte de partage aux termes duquel il déclara reprendre toutes les valeurs appartenant à la communauté et s'engagea en revanche à payer comptant aux dits héritiers la somme de

72 956 fr. 40 à l'expiration de son usufruit. Les héritiers de dame Lorimier-Châtenay étaient un frère et les descendants de deux sœurs de la défunte. Les descendants de l'une de ces sœurs, Fanny Mayor née Châtenay, reçurent un tiers de la succession ; ces héritiers étaient le demandeur actuel, Louis-Georges-Auguste Mayor, à Neuchâtel, sa sœur Julie-Henriette Mayor et les enfants de leur frère prédécédé William-Charles-Auguste Mayor. Après le décès de Frédéric Lorimier, l'exécuteur testamentaire de celui-ci, Gustave-Adolphe Clerc, notaire à Neuchâtel, paya aux héritiers de dame Louise-Henriette Lorimier, née Châtenay, les sommes à eux dues. Suivant le compte de l'exécuteur testamentaire, daté du 23 juin 1899, la part, en capital et intérêts, revenant aux ayants-droit de feu Fanny Mayor, née Châtenay, fut arrêtée à 24 462 fr., pour laquelle ils donnèrent quittance le même jour.

Pour payer à M. Georges Mayor, demandeur, le tiers qui lui revenait de cette somme, soit 8154 fr., M. G.-A. Clerc lui versa 154 fr. en espèces et lui fit cession et remise, le 23 juin 1899, de trois récépissés de dépôt de la Caisse hypothécaire de Prétoria (Transvaal) au nom de M. Frédéric Lorimier, à savoir : un récépissé série A n° 211 de 4000 fr. ; un dit n° 212 de 3500 fr. et un dit n° 222 de 500 fr. Ces trois titres portent, au dos, la mention suivante : « Bon pour cession à Georges Mayor, Neuchâtel, 23 juin 1899. L'exécuteur testamentaire de M. F. Lorimier (signé) G.-A. Clerc. » Dans une « Note d'opéré pour M. Georges Mayor, » signée le 23 juin 1899 par l'exécuteur testamentaire, il est mentionné ce qui suit, relativement à cette opération :

« Retenu pour son compte de la succession de M. Frédéric Lorimier 8000 fr. capital-obligations de la Caisse hypothécaire de Prétoria (*Fehr et Dubois*) jouissance 31 mars dernier en trois titres, savoir série A n° 211, de 4000 fr. ; id. n° 212 de 3500 fr. ; id. n° 222, de 500 fr., ensemble 8000 fr., somme dont il est fait droit à dite succession par règlement de compte. Les trois titres ci-dessus sont remis à M. Mayor. »

Dans le compte de la succession de Frédéric Lorimier, dressé pour les héritiers de Frédéric Lorimier le 14 septembre 1899, se trouve à l'avoir, sous date du 23 juin 1899, la mention ci-

après : « Bonifié aux héritiers de M<sup>me</sup> Lorimier-Châtenay le capital usufruité par feu M. Frédéric Lorimier, soit 72 956 fr. 40, plus intérêt 4 % du 30 avril dernier 53 j. = 429 fr. 60, = 73 386 fr. ».

Au « doit » on lit en revanche ce qui suit : « Reçu des dits héritiers pour les 8000 fr. placés à la Caisse hypothécaire de Prétoria, au pair, jouissance 31 mars dernier (par M. G. Mayor, 8000 fr.) ».

Comme Georges Mayor, sa sœur Julie avait aussi reçu des titres en paiement de sa part ; le 24 juin 1899, Georges Mayor inscrivit, sur la quittance signée le 23 du dit mois par les descendants de dame Fanny Mayor, née Châtenay, un reçu de la teneur suivante : « Reçu les titres achetés par M<sup>me</sup> Mayor. Neuchâtel, 24 juin 1899, (signé) G. Mayor. » L'exécuteur testamentaire Clerc a déposé, comme témoin, que les héritiers de dame Lorimier-Châtenay, et en particulier Georges Mayor, lui ont dit que s'il se trouvait dans la succession de F. Lorimier de bonnes valeurs de bourse, qui leur convenaient, ils les prendraient plus volontiers que de l'argent comptant ; le témoin leur a fourni la note des valeurs de la succession qu'ils pourraient choisir pour éviter les frais de vente. Le témoin ajoute que G. Mayor n'a pas insisté auprès de lui pour qu'il lui vendit les récépissés de dépôt de la Caisse hypothécaire de Prétoria ; que plus tard le mari d'une des héritières, M. Steudel, lui a déclaré que si ces titres de Prétoria n'avaient pas été vendus il aurait été heureux de les prendre dans la part de succession revenant à sa femme.

Les dits titres sont de la teneur suivante :

« Caisse hypothécaire de Prétoria (Transvaal).

» Swiss Mortgage Investment Syndicate.

» *Récépissé de dépôt.*

1. » Nous soussignés Fehr et Dubois, gérants de la Caisse hypothécaire de Prétoria, reconnaissons avoir reçu de (M. Frédéric Lorimier, à Neuchâtel, par l'entremise de MM. Berthoud & C<sup>ie</sup>, à Neuchâtel), la somme capitale de (quatre mille francs) pour être placée sur hypothèque avec les autres capitaux de la Caisse hypothécaire de Prétoria.

2. » Cette somme participe dès le (huit avril 1895) aux

opérations de la dite Caisse hypothécaire, conformément aux conditions stipulées dans son règlement de juin 1890.

3. » La situation de la Caisse hypothécaire sera dressée tous les six mois et arrêtée à Prétoria aux 31 mars et 30 septembre de chaque année. Elle sera communiquée chaque fois aux intéressés avec un rapport sur la marche de l'établissement, et les bénéfices nets réalisés et constatés par les comptes semestriels seront payés sans frais à (Neuchâtel) par l'entremise de MM. (Berthoud & C<sup>ie</sup>), trois mois après le bouclage des comptes, soit aux 30 juin et 31 décembre.

4. » Les placements opérés par la Caisse le sont au bénéfice comme aux risques et périls communs de tous les déposants, qui participent aux opérations de la Caisse proportionnellement à l'importance de leurs dépôts.

5. » Les gérants de la Caisse hypothécaire sont autorisés à prélever sur le profit net une commission pouvant s'élever jusqu'à 12 1/2 per cent par semestre.

6. » Les déposants ont le droit de retirer leurs capitaux pour l'expiration de la troisième année du dépôt, moyennant un avertissement donné au moins six mois à l'avance et adressé à la maison qui a reçu le dépôt en Europe. Dans le cas où la demande de retrait ne serait pas produite dans les six mois précédant l'expiration de la troisième année du dépôt, le dépôt sera considéré comme renouvelé pour trois nouvelles années et ainsi de suite. Les gérants se réservent toutefois la faculté de rembourser en tout temps, s'ils le jugeaient convenable aux intérêts des déposants.

7. » En notre qualité de gérants, nous ne sommes responsables que de la stricte observation des lois qui régissent au Transvaal le prêt sur hypothèque et des maisons chargées de nous représenter pour la remise et le remboursement des capitaux et le paiement des revenus.

» A Prétoria (Transvaal) le 8 février 1895.

» Les gérants de la Caisse hypothécaire de Prétoria :

» (sig.) Fehr et Dubois. »

Il résulte ce qui suit des actes, en ce qui concerne la nature et l'historique de la Caisse hypothécaire de Prétoria :

Par circulaire de juin 1890, Fehr et Dubois, à Prétoria, annonçaient qu'eu égard aux circonstances très favorables, aussi bien en fait qu'au point de vue juridique du pays du Transvaal, « ils se proposent de gérer une Caisse hypothécaire à l'instar de celles fondées par plusieurs de nos compatriotes en pays étranger, en Californie particulièrement. Les capitalistes désireux de participer à cette Caisse trouveront plus loin les règlements y relatifs, ainsi qu'une notice sur l'organisation du régime hypothécaire au Transvaal. Vu l'éloignement du Transvaal, la première condition pour la bonne marche d'une pareille entreprise, c'est la confiance que doit inspirer ceux chargés de la diriger, et les efforts des soussignés tendront à mériter l'estime qu'on voudra bien leur témoigner. »

La circulaire ajoute que MM. Berthoud & C<sup>ie</sup>, à Neuchâtel, et MM. DuBois et L'Hardy, au Locle, reçoivent les fonds destinés à la Caisse hypothécaire de Prétoria.

A cette circulaire sont jointes des « Notes sur l'organisation du régime hypothécaire au Transvaal » et le « Règlement pour la Caisse hypothécaire de Prétoria (Transvaal) » ; ce dernier, daté de juin 1890, dispose, au commencement, ce qui suit :

« Sous la dénomination de Caisse hypothécaire de Prétoria (Swiss Mortgage Investment Syndicate) MM. Fehr et Dubois ont fondé à Prétoria (Transvaal) un établissement de crédit hypothécaire qui constitue une personnalité juridique distincte et indépendante de leur propre maison. Ils en sont les gérants, reçoivent pour elle les fonds par l'entremise de leurs banquiers en Europe et en ont arrêté le fonctionnement comme suit :

» Les fonds mis à leur disposition pour le service de la Caisse hypothécaire de Prétoria sont placés exclusivement en première hypothèque et participent aux opérations de la Caisse trois mois après leur versement en Europe. Tous les placements opérés par la Caisse seront faits avec prudence et circonspection, etc. »

Le règlement dispose en outre que les versements sont

stipulés en francs et que leur remboursement s'effectuera en cette valeur ; que les dépôts devront être de 2000 fr. au minimum et qu'au delà de ce chiffre il n'est admis que des sommes multiples de 500 fr. Le règlement reproduit d'ailleurs les dispositions déjà mentionnées plus haut qui figurent dans le texte des récépissés.

Des dépôts furent effectués à la Caisse hypothécaire de Prétoria, en mains de Fehr et Dubois, par diverses personnes ; ces dépôts, qui s'élevaient à 157 500 fr. à fin mars 1891, atteignirent la somme de 1 723 000 fr. au 31 mars 1897, pour retomber à 1 630 000 fr. au 31 mars 1899. Pendant la période du 1<sup>er</sup> octobre 1890 au 31 mars 1899, Fehr et Dubois adressèrent régulièrement tous les six mois aux déposants un compte rendu des opérations et de la situation de la Caisse hypothécaire. Selon ces rapports semestriels, l'intérêt payé varia entre 8 % et 6 % par année. Il ressort des mêmes rapports que la Caisse hypothécaire ne possédait aucun capital en dehors des dépôts. En même temps que les comptes et rapports trimestriels, il était transmis régulièrement aux banquiers Berthoud & C<sup>ie</sup>, à Neuchâtel, et DuBois et L'Hardy, au Locle, par l'entremise desquels les dépôts à la Caisse étaient effectués et les intérêts payés aux déposants, une liste des placements hypothécaires opérés, avec indication de leur date, de l'échéance des hypothèques, du taux de l'intérêt, et, s'il s'agissait de nouveaux placements, avec la mention de la nature et de la valeur de l'hypothèque. En même temps que le compte et le bilan au 30 septembre 1898, Fehr et Dubois, sur la demande des maisons de banque susmentionnées, envoyèrent également un rapport signé « E. Voëgele, Auditor », lequel déclare que le compte est conforme aux livres et aux pièces à l'appui. En envoyant leur dix-septième rapport semestriel du 5 mai 1899, pour la période du 30 septembre 1898 au 31 mars 1899, Fehr et Dubois, après avoir annoncé un intérêt de 6 1/2 % l'an, déclarèrent qu'ensuite des événements politiques survenus dans le Transvaal il ne leur était pas possible d'expédier le montant des intérêts perçus par eux pour la susdite période. Là-dessus les deux prédites maisons

de banque voulurent faire procéder par un comptable expert de Johannesburg à l'examen des livres et titres de la Caisse hypothécaire, mais Fehr et Dubois s'y refusèrent et adressèrent en revanche, le 8 juillet 1899, à Berthoud & C<sup>ie</sup> une lettre dans laquelle ils faisaient à cette maison des communications qui, selon les termes d'une circulaire de cette maison en date du 2 août 1899, dépassaient les prévisions les plus pessimistes. Fehr et Dubois écrivaient en effet entre autres : « Les fonds qui auraient dû servir à former la Caisse hypothécaire ont été gardés par nous et nous les avons placés dans des affaires qui, nous l'espérons, devaient donner de plus grands bénéfices. Nous avons toujours l'espoir de rendre cet argent. Les affaires dans lesquelles nous nous sommes intéressés ont mal tourné l'une après l'autre ; pour chercher à refaire l'argent perdu, nous nous sommes lancés dans la spéculation et nous avons fait des pertes énormes.... La situation actuelle est la suivante : tous les fonds appartenant à la Caisse hypothécaire ont été détournés par nous et employés pour notre propre usage ; nous avons de notre côté perdu ou vendu tout ce que nous possédions ; nous sommes absolument sans ressources.... Nous demandons humblement aux intéressés de la Caisse hypothécaire de nous faire merci. Nous nous engageons à travailler de toutes nos forces afin de pouvoir repayer aussitôt que possible tout ce que nous devons.... »

Dans la circulaire du 2 août 1899, par laquelle les deux maisons de banque susnommées portaient ces faits à la connaissance des déposants, les dites maisons faisaient remarquer entre autres ce qui suit :

« Il résulte des révélations de la lettre du 8 juillet 1899 que MM. Fehr et Dubois ont odieusement trompé dès l'origine toutes les personnes ayant mis en eux leur confiance et en particulier les déposants de la Caisse hypothécaire de Prétoria. En ce qui nous concerne, dès la fondation de cette Caisse nous n'avons jamais dissimulé qu'il s'agissait avant tout d'une affaire de confiance, mais nous avons pleine confiance dans l'honnêteté personnelle de MM. Philippe et Jean Dubois, appartenant à l'une des plus honorables familles de notre

pays, et en celle de M. Fehr, leur associé, auquel les autorités fédérales avaient confié la charge de consul suisse à Johannesburg. Les circonstances, surtout les rapports détaillés de Fehr et Dubois, ne pouvaient que confirmer et fortifier la confiance qu'inspiraient ces messieurs. C'est à la suite de tous ces faits qu'ils écrivent leur lettre du 8 juillet, d'où semble résulter que tout cela n'a été de leur part qu'une comédie et qu'une série ininterrompue de mensonges et de faux et qu'ils ont été les seuls emprunteurs de la Caisse hypothécaire, même à l'époque de leur prospérité et lorsqu'ils avaient une brillante position. Si les choses se sont bien passées ainsi, les membres de la maison Fehr et Dubois se sont mis sous le coup de la loi pénale et doivent s'attendre à en subir les dures conséquences. Avant de prendre une décision définitive à leur égard, il nous paraît toutefois nécessaire de tirer au clair la situation, etc. »

Au cours du procès, le caissier de banque Ch. Pétremand de la maison Berthoud & C<sup>ie</sup> a déposé entre autres ce qui suit :

Dans les derniers jours de juin ou les premiers jours de juillet 1899, M. Georges Mayor a présenté au témoin trois récépissés de la Caisse hypothécaire de Prétoria, en le priant de les faire transférer au nom du dit Mayor, et la maison Berthoud & C<sup>ie</sup> a écrit au gérant de cette Caisse aux fins de porter ce transfert dans les livres de l'établissement. Aucune réponse n'est intervenue au sujet de ce transfert, alors que dans la règle et lorsque l'opération a eu lieu on reçoit de nouveaux titres signés par les gérants de la Caisse au nom du nouveau titulaire. L'entreprise de la Caisse hypothécaire de Prétoria était l'œuvre personnelle de Fehr et Dubois et la confiance que la maison Berthoud & C<sup>ie</sup>, ainsi que d'autres, leur témoignait reposait sur le fait que DuBois appartenait à une honorable famille des Montagnes et que Fehr était consul suisse à Prétoria et à Johannesburg. Berthoud & C<sup>ie</sup> étaient, avec la maison DuBois et L'Hardy, les correspondants de Fehr et Dubois. En cette qualité nous recevions les fonds destinés en placements à la Caisse hypothécaire et nous

étions chargés de payer les dividendes aux créanciers de la dite Caisse et non aux créanciers personnels de Fehr et Dubois, que nous ne connaissions pas. La Caisse a distribué régulièrement des dividendes jusqu'au 31 décembre 1898. Le fils du témoin est entré chez Ph. DuBois et a été employé pendant trois mois comme secrétaire personnel de M. Du Bois. Pendant ce temps il n'a vu aucune opération de la Caisse hypothécaire, mais bien l'inscription apposée à la porte d'entrée : « Caisse hypothécaire de Prétoria. — Swiss Mortgage Investment Syndicate. »

Tell Sandoz, négociant à Prétoria, a déposé en substance de la manière suivante :

J'ai habité pendant plusieurs années le Transvaal ; j'ai beaucoup connu à Johannesburg et à Prétoria la maison Fehr et Dubois, et personnellement ses chefs ; la Caisse hypothécaire de Prétoria a été réellement créée par eux ; c'était une institution réelle prêtant sur hypothèque et j'ai obtenu moi-même plus de 100 000 fr. de cette Caisse contre hypothèque en premier rang sur mes immeubles. Il y avait devant les bureaux une grande enseigne portant le titre de « Swiss Mortgage Syndicate. » Je crois, sans pouvoir l'affirmer, que Fehr et Dubois ont dû mobiliser les capitaux de la Caisse en prévision du « raid Jameson. » Philippe Dubois a fait partie du Réforme-Comité ; les Boers avaient séquestré les biens de la maison Fehr et Dubois qui n'avaient pas été réalisés ; on avait même voulu faire porter le séquestre sur ma dette que j'avais remboursée quelques jours avant, mais cette affaire s'est terminée dans la quinzaine. Je suppose que c'est la même raison qui a empêché les gérants de placer de nouveau les capitaux sur hypothèques, aussi longtemps que la situation demeurait troublée et tendue. Les gérants ont été ainsi amenés à placer les fonds de la Caisse dans des entreprises mobilières ; dans leur idée ce placement ne devait être que provisoire et d'ailleurs ces fonds ne reposaient pas seulement sur des valeurs mobilières, mais aussi sur des mines, des salines, etc.

C'est uniquement la répercussion de la crise politique sur

les affaires qui a causé la débâcle de Fehr et Dubois et de leurs entreprises.

Par demande du 1<sup>er</sup> novembre 1899, Georges Mayor a ouvert action à demoiselle Elise Lorimier, à Neuchâtel, et consorts, et a pris les conclusions suivantes :

« Plaise au Tribunal :

» 1<sup>o</sup> Donner acte au demandeur qu'il tient à la disposition des hoirs de feu M. Frédéric Lorimier les trois récépissés de la Caisse hypothécaire de Prétoria N<sup>os</sup> 211, 212, 222.

2<sup>o</sup> Condamner solidairement les hoirs Lorimier, soit demoiselle Elise Lorimier et consorts, à payer à l'instant la somme de 8000 fr. avec intérêts à 6 %/o du jour de la demande.

A l'appui de ces conclusions, le demandeur s'est fondé, en droit, sur l'art. 192 CO., à teneur duquel, lors d'une cession à titre onéreux, le cédant est garant de l'existence de sa créance au moment de la cession. Or le 23 juin 1899, jour de la cession, la créance cédée à M. Georges Mayor pour paiement de 8000 fr. n'existait pas, la Caisse hypothécaire de Prétoria n'ayant elle-même jamais existé. Le demandeur invoquait en outre les art. 18 et suiv. CO.

Les défenderesses, de leur côté, ont conclu dans leur réponse au rejet des conclusions de la demande.

Par jugement du 6 avril et 17 mai 1900, le Tribunal cantonal de Neuchâtel a prononcé ce qui suit :

Le Tribunal déclare bien fondées les conclusions de la demande, donne acte aux défendeurs que Georges Mayor tient à leur disposition les trois récépissés de la Caisse hypothécaire de Prétoria série A, N<sup>os</sup> 211, 212 et 222, condamne solidairement les hoirs Lorimier, soit M<sup>me</sup> Elise Lorimier, M<sup>me</sup> Berry-Lorimier et M<sup>me</sup> Steudel-Lorimier à payer à Georges Mayor la somme de huit mille francs avec intérêts de droit dès l'introduction de l'instance.

C'est contre ce jugement que la partie défenderesse a recouru en temps utile et en due forme au Tribunal fédéral et a conclu à ce qu'il lui plaise réformer complètement la dite sentence, en déclarant mal fondées les conclusions du demandeur.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1. — L'action se caractérise comme une *action en garantie* ensuite d'une cession stipulée et exécutée en Suisse entre ressortissants suisses ; elle doit dès lors, en principe, être jugée en application du droit suisse, et en particulier d'après les règles du droit fédéral des obligations. Le contrat à la base de la cession ressortit en effet au domaine du droit susdit. Dans l'origine, à la vérité, la créance existant entre Frédéric Lorimier et sa femme, soit les héritiers de celle-ci, avait pour fondement des rapports de droit de famille et de succession ; elle était par conséquent soumise au droit cantonal, et on peut discuter sur le point de savoir si cette dette s'est transformée en un rapport d'obligation ensuite de la convention du 7/10 décembre 1896, par laquelle F. Lorimier promettait aux héritiers de sa femme, pour la part de ces derniers aux biens de la communauté, une somme déterminée, à eux payable au moment de la cessation de son usufruit légal (voir arrêt du Tribunal fédéral en la cause Schlegel c. Kilchmann et Rist, du 29 mars 1895, *Rec. off.* XXI, page 111, consid. 5). Toutefois la stipulation concernant la cession des récépissés de dépôt de la Caisse hypothécaire de Prétoria elle-même, bien que conclue en vue d'acquitter une dette ayant eu sa source primitive dans le droit de famille et de succession, rentre dans le domaine du droit des obligations, et se trouve dès lors régie par le droit fédéral ; c'est sur cette stipulation que se fonde la prétention litigieuse. L'instance cantonale a d'ailleurs uniquement appliqué le droit fédéral, et non point le droit cantonal. Si, dès lors, la réclamation elle-même, objet du litige, doit être jugée en application du droit fédéral, le Tribunal de céans est compétent en principe pour statuer sur le recours, et il est indifférent, à cet égard, que quelques questions préliminaires devraient être jugées d'après un droit étranger et non d'après le droit fédéral ; dans ce cas, comme le tribunal cantonal n'a fait application d'aucune disposition de lois étrangères, le Tribunal fédéral aurait à examiner la question de savoir s'il estime devoir appliquer lui-même le droit étranger, ou s'il doit ren-

voyer la cause à l'instance cantonale pour nouveau jugement (art. 82 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale).

2. — S'il y a lieu, ainsi, d'entrer en matière sur le recours, il convient de faire remarquer d'abord, en ce qui concerne la nature de la cause à la base de la cession, que celle-ci se caractérise comme la stipulation d'une dation en paiement. Les défenderesses étaient obligées, en soi, à une prestation pécuniaire, mais comme le demandeur a préféré recevoir des titres au lieu d'argent comptant, et comme l'exécuteur testamentaire de la succession de Fréd. Lorimier de son côté, en évitation des frais qu'aurait occasionnés une vente de titres, préférerait aussi des titres à de l'argent comptant, les parties ont convenu, au lieu d'un règlement comptant, de donner et de recevoir les titres litigieux de dépôt de la Caisse hypothécaire de Pretoria. Les pièces de la cause, notamment la déposition de l'exécuteur testamentaire, notaire Clerc, et le compte dressé par celui-ci pour le demandeur, démontrent de la façon la plus péremptoire que c'est bien ainsi que les choses se sont passées. La partie défenderesse a soutenu qu'il s'agit, non point d'une dation en paiement, mais d'une vente, — que les créances des héritiers de dame Lorimier-Châtenay, y compris celle du demandeur, ont été acquittées par paiement, et qu'après le demandeur a acheté de la succession de Frédéric Lorimier les titres de dépôt litigieux. Bien que, dans son compte de caisse, l'exécuteur testamentaire ait donné à ces opérations cette forme comptable, cela ne correspond pas toutefois à la réalité ; en fait ce n'est pas un paiement comptant qui a été effectué, et les titres n'ont pas été achetés au moyen de la somme payée, mais ce sont les titres eux-mêmes qui ont été livrés directement en lieu de paiement. D'ailleurs on ne voit pas quel intérêt a la partie défenderesse à contester ce qui précède, et à prétendre que l'opération à la base de la cession n'apparaît pas comme une prestation en lieu de paiement, mais comme une vente. En effet, comme dans l'un et l'autre cas il s'agirait d'un contrat à titre onéreux à teneur de l'art. 192 C. O., la garantie du cédant est identiquement la même ; la garantie légale du cédant (qui seule

est en cause dans l'espèce) comprend, aussi bien dans le cas d'une vente de créance que dans celui d'une cession en lieu de paiement, l'existence de la créance au moment de la cession, mais non la solvabilité du débiteur.

3. — Si donc le cédant est garant de l'existence de la créance au moment de la cession, il doit garantir que la créance soit juridiquement réalisable, c'est-à-dire qu'elle existe en droit dans sa personne, vis-à-vis du débiteur cédé, et qu'elle ne puisse pas être attaquée par des exceptions opposables par ce dernier. Le cédant répond par conséquent dans le cas où le prétendu débiteur cédé n'existe pas, ou est une personne imaginaire ; dans ce cas en effet la créance, qui suppose l'existence d'un débiteur, n'existe pas elle-même ; il va également de soi que la créance doit exister au regard du *debitor cessus*, et que le cédant est responsable, dans le cas où une créance, d'un contenu identique à la créance cédée, existe à la vérité, mais vis-à-vis d'une autre personne que celle qui était désignée, lors de la cession, comme débiteur de la créance cédée. En effet, dans ce cas aussi, la créance cédée n'a pas d'existence juridique, puisque, par suite du défaut d'identité du débiteur, la créance existant réellement n'est pas identique avec celle qui a fait l'objet de la cession. Si, par exemple, un engagement a été pris par un représentant sans pouvoirs, et si cette créance a été cédée ensuite par le créancier, ce dernier, pour le cas où le représenté refuse sa ratification, doit répondre vis-à-vis de son cessionnaire même lorsque le représentant sans pouvoirs (voir p. ex. art. 821 CO.) serait tenu d'exécuter, de son côté, le contrat conclu sans droit ; il doit en être à plus forte raison de même lorsque le gérant sans pouvoirs n'est passible que de dommages-intérêts, comme c'est régulièrement le cas en droit fédéral (art. 48 CO.). Dans des cas semblables, comme il a été dit, la créance cédée est sans existence en droit, et il s'ensuit que le cédant doit assumer la garantie prévue à l'art. 192, al. 1 CO. Toutefois le fardeau de la preuve incombe au cessionnaire ; celui-ci doit prouver que la créance cédée n'existe pas en droit, et ce n'est point au cédant à rapporter

la preuve que la dite créance existe. En effet c'est la non existence de la créance cédée qui constitue la base de la prétention du cessionnaire, et c'est à lui dès lors à l'établir.

4. — Or à l'appui du bien fondé de sa prétention, le demandeur a allégué que la créance à lui cédée est stipulée contre la Caisse hypothécaire de Prétoria comme personne juridique ; qu'il est démontré qu'une telle personne juridique n'a jamais existé et qu'il s'ensuit que la créance cédée n'a, de même, jamais eu d'existence. Le tribunal cantonal a adopté cette manière de voir, en envisageant notamment la créance cédée comme provenant d'un prêt fait à la Caisse hypothécaire de Prétoria. Comme on l'a déjà observé, il est de principe qu'en cas de cession d'une créance sur un débiteur n'existant pas, il y a lieu à garantie de la part du cédant ; il doit donc être examiné si ces conditions de fait se présentent dans l'espèce. Il est nécessaire, à cet effet, de soumettre à un examen plus détaillé la nature juridique des créances constituées par les titres litigieux, soit récépissés de dépôt de la Caisse hypothécaire de Prétoria, et celle de cette Caisse elle-même.

5. — Il est tout d'abord évident que les récépissés dont il s'agit ne constituent nullement, ainsi que l'admet l'instance cantonale, une créance provenant d'un prêt. Ils contiennent la déclaration que Fehr et Dubois, Gérants de la Caisse hypothécaire de Prétoria, ont reçu les dépôts en question pour être placés sur hypothèque avec les autres capitaux de la Caisse hypothécaire de Prétoria, et ils stipulent que les placements opérés par la Caisse le sont au bénéfice comme aux risques et périls communs de tous les déposants, qui participent aux opérations de la Caisse proportionnellement à l'importance de leurs dépôts.

D'après ces dispositions fondamentales, les déposants et la Caisse hypothécaire de Prétoria ne se trouvent pas dans un rapport respectif de prêteur et d'emprunteur, mais les opérations de la Caisse ont lieu pour le compte et aux périls et risques des déposants ; ces derniers ne sont pas des prêteurs, mais — au moins économiquement parlant — des as-

sociés de la Caisse hypothécaire de Prétoria. Cette appréciation trouve sa confirmation dans le fait que les déposants ne perçoivent pas, pour leur capital, un intérêt fixe, mais un intérêt variant selon les résultats financiers de l'année, c'est-à-dire, en réalité, une part aux bénéfices, un dividende. Les déposants ont à la vérité le droit de retirer leurs capitaux tous les trois ans, et les récépissés ne prévoient pas, à cet égard, que les dépôts pourraient se trouver absorbés, en tout ou en partie par des pertes ; toutefois, dès le moment où le principe que les dépôts doivent être placés pour le compte et aux périls et risques des déposants, a été proclamé avec une clarté excluant tout malentendu, il va de soi que le déposant n'a le droit de retirer son dépôt que pour autant que celui-ci n'a pas été diminué par une part proportionnelle des pertes subies. De plus il ressort du règlement de la Caisse hypothécaire de Prétoria, rédigé en 1890 par Fehr et Dubois, que cette Caisse ne possédait et ne devait posséder d'autre actif que les dépôts, soit les créances hypothécaires résultant du placement hypothécaire des capitaux déposés. Il n'existait et il n'était prévu aucun autre fonds de roulement ou de garantie. Les fondateurs de la Caisse, Fehr et Dubois, devaient pourvoir à leurs frais, moyennant une part aux bénéfices nets, à toute l'administration de l'entreprise, et adresser, par l'intermédiaire de leurs banquiers, des rapports périodiques aux déposants. Ils étaient naturellement responsables, vis-à-vis de ces derniers, de l'exécution consciencieuse de leurs devoirs d'administrateurs ; en outre, à teneur d'une disposition spéciale du règlement, ils répondaient, sans restriction, des maisons qui leur servaient d'intermédiaires ; en revanche ils ne devenaient pas débiteurs des sommes par eux encaissées pour la Caisse hypothécaire de Prétoria ; au contraire ils ont décliné expressément cette qualité de débiteurs, et ont déclaré, au commencement du règlement de 1890, que « sous la dénomination de Caisse hypothécaire de Prétoria (Swiss Mortgage Investment Syndicate), MM. Fehr et Dubois ont fondé à Prétoria (Transvaal) un établissement de crédit hypothécaire qui constitue une



personnalité juridique distincte et indépendante de leur propre maison. »

D'après ces dispositions, les droits garantis aux déposants par les récépissés de dépôt étaient : le droit d'exiger des gérants l'administration des dépôts conformément à leur destination et en vue de l'exploitation des placements hypothécaires ; le droit de participation aux bénéfices de l'établissement, lequel devait être exploité par les gérants, pour le compte des déposants, sous le nom de Caisse hypothécaire de Prétoria ; le droit de participation à la fortune sociale, en ce sens que les dits déposants, en cas de retrait par eux de leurs capitaux, ont la faculté d'en demander le remboursement au moyen des fonds de la Caisse.

Au point de vue juridique, la Caisse hypothécaire de Prétoria peut être envisagée comme une société d'une nature particulière, qui, d'après le Code fédéral des Obligations, rentre dans la notion de la société simple (art. 524 et suiv. CO.). Les fondateurs Fehr et Dubois étaient les associés administrateurs de la société, leur apport à celle-ci consistait, non en capital, mais exclusivement en leur travail, moyennant quoi ils participaient aux bénéfices, et non aux pertes. Les déposants, en revanche, apportaient le capital nécessaire à l'entreprise commune, et participaient à la fois aux bénéfices et aux pertes. La circonstance que Fehr et Dubois avaient la faculté de rembourser les dépôts en tout temps, s'ils estimaient cette opération conforme aux intérêts de la société, n'est nullement en contradiction avec l'existence d'un rapport de société ; cette disposition signifie seulement que les associés administrateurs avaient le droit de mettre fin à la société, au moment où ils le jugeraient convenable, par le remboursement des dépôts.

On pourrait se demander si un rapport de société n'existait qu'entre les associés administrateurs et chacun des déposants pris isolément, comme c'est régulièrement le cas pour les syndicats formés en vue de l'émission d'actions etc., ou si au contraire une seule et même société embrassait les membres administrateurs et les déposants, de sorte que ces derniers étaient aussi associés entre eux. Dans ce cas il fau-

drait admettre que, contrairement à la règle, en vertu d'une stipulation spéciale, les associés administrateurs possédaient le droit de recevoir de nouveaux associés et que la sortie d'un ou plusieurs associés n'entraînait pas la dissolution de la société. Mais il n'est pas nécessaire de trancher cette question, parce que sa solution est indifférente pour le sort du litige.

Le point décisif à trancher est en effet celui de savoir si les créances procédant des rapports de société, tels que, d'après ce qui précède, ils ont été fixés par les récépissés de dépôt et qu'ils devaient être transférés au demandeur par la cession, existent ou non en droit. Si cette question doit être résolue affirmativement, il est indubitable (et du reste non contesté) que ces créances pouvaient être et ont été valablement cédées au demandeur. En effet, d'un côté, les créances résultant de rapports de société peuvent incontestablement être cédées d'une manière valable, — bien que la situation personnelle des associés ne soit pas transmissible, — et d'un autre côté il n'est point douteux que, dans l'espèce, les administrateurs de la société pouvaient autoriser un changement dans la personne des associés.

6. — Si l'on se demande si les prétentions susmentionnées, qui faisaient l'objet de la cession, ont existé au moment de celle-ci, il y a lieu de retenir, comme il a été dit plus haut, que la preuve du contraire incombe au demandeur, lequel fonde là-dessus sa prétention. Or cette preuve n'a point été rapportée. Il n'est en effet nullement établi que le rapport de société, duquel dérivent les droits des déposants, et spécialement du cédant, n'ait pas été valide, et qu'il n'ait pu fonder les droits susmentionnés, garantis dans les récépissés de dépôt. Tout le raisonnement de la partie demanderesse et de l'instance cantonale se base sur l'argument qu'il aurait été cédé des créances contre une personne juridique, la Caisse hypothécaire de Prétoria, et que cette personnalité n'a jamais existé. Il y a lieu toutefois de rappeler à ce sujet qu'il n'a jamais été question de voir le fondement d'une personne juridique ailleurs que dans l'association des déposants avec les membres administrateurs, et dans les capitaux des dépôts,

soit dans les placements hypothécaires faits au moyen de ceux-ci, et que dès lors le passage précité du règlement portant que l'institut de crédit hypothécaire fondé par Fehr et Dubois constitue « une personnalité juridique distincte et indépendante de leur propre maison », ne pouvait et ne voulait dire qu'une chose, à savoir que la Caisse hypothécaire de Prétoria constitue une entreprise spéciale, séparée de leur propre maison, dotée d'une fortune commerciale et sociale séparée de leur fortune propre. Or il n'est nullement démontré que le versement de capitaux de dépôt pour la Caisse hypothécaire de Prétoria, comme en réalité il a été fait pour des sommes très considérables, n'ait pas eu pour conséquence juridique la constitution d'une fortune sociale spéciale, distincte de la fortune de la maison Fehr et Dubois, soit qu'on la qualifie de *propriété* de la *société* comme telle ou de *copropriété* des *associés* ; il n'est pas prouvé davantage que tel n'ait pas été le cas également en ce qui concerne les placements hypothécaires effectués au nom de la société. Sur ce point d'ailleurs, ainsi que, d'une manière générale, pour ce qui concerne la nature de l'entreprise sociale de la Caisse hypothécaire de Prétoria, ce n'est pas le droit fédéral, mais sans aucun doute le droit en vigueur au siège de cet établissement, — où les capitaux versés devaient être placés, — qui est applicable, c'est-à-dire le droit du Transvaal. Or il n'est pas démontré que, d'après ce droit, il n'ait pas existé une fortune de la Caisse hypothécaire de Prétoria, indépendante et séparée des biens de la maison Fehr et Dubois. C'est au demandeur, auquel incombe le fardeau de la preuve, qu'il eût appartenu d'élucider ce point, et d'établir les dispositions du droit applicable dans le Transvaal à cet égard ; en effet, aux termes de l'art. 3 de la procédure civile fédérale, lequel, à teneur de l'art. 85 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, est aussi applicable à la procédure en matière de recours en réforme, — il incombe aux parties qui veulent faire état de principes de droit étranger, de les indiquer, et en cas de contradiction, d'en démontrer l'existence. Si l'on voulait en revanche admettre, — ce qui ne saurait être reconnu en principe, — qu'à défaut de la preuve

du contenu du droit étranger applicable il y a lieu d'appliquer le droit indigène, on n'arriverait pas à un résultat différent, attendu que, dans ce cas, la fortune acquise au nom de la société devrait être considérée comme une propriété indivise des associés, dans le sens de l'art. 544 CO. Par conséquent la preuve que les créances, soit la part sociale, cédées n'ont pas eu d'existence juridique, n'a pas été rapportée, et il faut admettre au contraire que la part sociale cédée existait en droit. La partie demanderesse et l'instance cantonale le contestent à la vérité, en alléguant que la Caisse hypothécaire de Prétoria n'a jamais existé ni fonctionné en fait, Fehr et Dubois ayant dès le principe détourné de leur destination les capitaux versés pour l'exploitation de la société, et cette exploitation n'ayant en réalité jamais commencé. Cet argument toutefois, même à le supposer exact en fait, n'est nullement décisif, attendu que si Fehr et Dubois ont détourné le montant des dépôts versés dans la caisse de la société, cette circonstance n'a d'importance qu'en ce qui concerne la possibilité de réaliser en fait les prétentions cédées, mais pas en ce qui a trait à l'existence juridique de ces dernières. Ce qui est décisif à ce dernier égard, c'est que l'entreprise sociale dite Caisse hypothécaire de Prétoria possédait une existence juridique, et que le cédant était en possession de la part sociale cédée. D'ailleurs on pourrait se demander si l'appréciation de l'instance cantonale n'est pas contraire aux pièces du dossier. Le tribunal cantonal fonde en effet son appréciation sur les actes du dossier, et notamment sur la lettre de Fehr et Dubois en date du 8 juillet 1899. Or, en dehors de cette lettre, il n'existe aucune pièce du dossier qui milite en faveur de l'opinion du dit tribunal. Cette lettre n'affirme d'ailleurs nullement d'une façon positive que Fehr et Dubois n'ont jamais conclu d'affaires pour la Caisse hypothécaire, et il appert du témoignage du sieur Tell Sandoz, (lequel se trouve confirmé sur ce point par celui du caissier de banque Pétremand) que Fehr et Dubois avaient fait des préparatifs pour l'exploitation de la Caisse hypothécaire, notamment en apposant à la porte d'entrée une inscription y relative (« Caisse hypothécaire de Prétoria — Swiss Mort-

gage Investement Syndicate ») et qu'au moins dans un cas, concernant le témoin Tell Sandoz, ils ont conclu en réalité des affaires hypothécaires. L'instance cantonale ne prétend pas que ce témoin ne soit pas digne de foi, et rien, dès lors, ne permet de lui refuser créance lorsqu'il dépose sur ses observations propres et personnelles.

7. La demande, en tant que fondée sur l'art. 192, al. 1 CO., doit dès lors être repoussée; elle doit aussi être rejetée en tant que basée sur les art. 18 et suiv. CO., soit sur l'erreur essentielle. Il ne peut d'abord être question d'une erreur sur la personne dans le sens de l'art. 20 *ibidem*, dont l'arrêt attaqué fait état. En effet le demandeur n'était nullement dans l'erreur en ce qui concerne la personne de son co-contratant, et c'est l'erreur sur la personne avec laquelle on contracte qui est seule visée à l'art. 20 précité. Une erreur sur la personne, non pas de la personne avec laquelle on contracte, mais du *debitor cessus*, — dont la partie opposante au recours paraît aussi vouloir faire état, apparaît, non point comme une erreur sur la personne, mais sur l'objet du contrat (art. 19, chiffre 2 CO.). Toutefois il ressort de tout ce qui précède qu'on ne se trouve pas en présence d'une erreur de ce genre; les droits existant réellement sont absolument identiques avec ceux qui ont été cédés, et une erreur ne pourrait exister que sur des circonstances qui ont de l'importance seulement au point de vue de la réalisation de la créance objet de la demande, et nullement en ce qui a trait à son identité juridique; or il est bien évident qu'une semblable erreur ne peut être qualifiée d'essentielle.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est admis, et le jugement rendu entre parties par le Tribunal cantonal de Neuchâtel, les 6 avril et 17 mai 1900, est réformé en ce sens que les conclusions de la demande sont déclarées mal fondées, et que les conclusions libératoires de la partie défenderesse lui sont adjugées.

92. Urteil vom 10. November 1900  
in Sachen Egger & Baur gegen Willich & Cie.

*Zulässigkeit der Berufung. Letztinstanzliches kantonales Haupturteil, oder Schiedsgerichtsurteil? (Art. 58 Org.-Ges.) — Anwendung eidgenössischen oder ausländischen Rechtes? (Art. 56 und 57 eod.) Kauf; Klage auf Zahlung des Kaufpreises; Wandelungseinrede (Art. 243 ff. O.-R.). Wegbedingen der Gewährspflicht? — Abschluss des Vertrages, Art. 5 O.-R. — Umfang der Gewährspflicht. — Verwirkung der Mängelrüge wegen Verspätung und wegen späteren Veränderungen der gekauften Sache? Verwirkung wegen in Gebrauchsetzung derselben? — Schadenersatz bei Wandelung, Art. 253 O.-R.*

A. Durch Urteil vom 21. Juni 1900 hat das Obergericht des Kantons Unterwalden mit dem Wald erkannt:

1. Die Beklagten haben an Kläger 3000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Juli 1899 zu bezahlen, vorbehältlich Kläger nicht vorzieht, innerhalb 14 Tagen vom Inkrafttreten des Urteils an gerechnet, die Presse im Rogloch in natura zurückzunehmen.

2. Die Widerklage sei abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben die Beklagten und Widerkläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrag, es sei ihre der Klage entgegengehaltene Wandelungseinrede begründet zu erklären, und es sei demnach die Klage abzuweisen und die Forderung der Widerkläger von 4000 Fr. nebst Zins und Kosten gutzuheissen. Mit Eingabe vom 20. Juli 1900 erklären die Kläger und Widerbeklagten, sie bestreiten zunächst die Kompetenz des Bundesgerichts; für den Fall aber, daß sich das Bundesgericht kompetent erklären sollte, schließen sie sich der Berufung an und beantragen, es sei das vorinstanzliche Urteil im Sinne einer vollständigen Zusprechung des Klagebegehrens abzuändern und daher zu erkennen: Der Beklagte habe den Klägern 4000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Juli 1899 zu bezahlen. In der heutigen Hauptverhandlung erneuert der Anwalt der Beklagten und Widerkläger seinen Berufungsantrag. Der Anwalt der Kläger und Widerbeklagten hält zunächst an seinem Antrag, auf die Berufung wegen Inkompetenz des Bundesgerichts nicht einzutreten, fest, und macht