

20. Arrêt du 16 mars 1912 dans la cause

Société des entreprises réunies de la Kander et de Hagneck,
dem. et rec., contre Société procédés Paul Girod,
def. et rec. par voie de jonct.

Vente par livraisons successives. Droit de l'acheteur de refuser le paiement du prix des livraisons effectuées à raison de la demeure du vendeur pour les livraisons suivantes. Impossibilité de l'exécution de l'obligation du vendeur à cause de la baisse des eaux alimentant sa fabrique? Calcul du dommage causé à l'acheteur par la non-livraison des marchandises: on doit prendre pour base de ce calcul le prix que l'acheteur aurait pu obtenir par la revente des marchandises au moment de la demeure du vendeur.

A. — En août 1906 la Société demanderesse a vendu à la Société défenderesse, à 395 fr. la tonne, 50 tonnes de ferro-silicium livrables de septembre à novembre 1906 et 500 tonnes livrables en 1907. Lors de la conclusion du marché, la Société Paul Girod a demandé pour 1907 des livraisons de 40 à 50 tonnes par mois. La Société Kander et Hagneck a répondu qu'elle ne pouvait s'engager à livrer 50 tonnes pendant les mois de janvier, février, mars et avril.

Sur les 50 tonnes livrables en 1906, la demanderesse n'a pu fournir, vu le manque d'eau, que 32 tonnes; l'exécution du reste du marché a été reportée à 1907 avec le consentement de l'acheteuse. Le solde des 50 tonnes a été livré en mars et avril 1907. Quant aux 500 tonnes à fournir en 1907, les livraisons suivantes ont été effectuées: avril 1907, environ 20 tonnes, mai environ 30, juillet environ 25, août environ 28, septembre environ 29, soit au total 136 tonnes 460 kg. A de nombreuses reprises au cours de l'année la défenderesse a insisté pour recevoir des livraisons plus abondantes. La société demanderesse s'est excusée en alléguant tout d'abord le manque d'eau et ensuite d'autres circonstances exceptionnelles dont elle n'a pas précisé la nature. Le 4 octobre la Société Girod l'a mise en demeure de lui livrer avant la

fin de l'année les 365 tonnes formant le solde du marché de 500 tonnes. Le 9 octobre la demanderesse, tout en offrant un envoi de 30 tonnes, a déclaré qu'il lui était impossible de faire des promesses et proposé de reporter le solde du marché sur l'année suivante; elle a renouvelé cette proposition le 25 octobre en se déclarant hors d'état de liquider ses engagements avant la fin de l'année. Enfin le 8 novembre elle a écrit qu'elle ne pourrait recommencer les envois avant mars 1908. La société défenderesse a refusé le report du marché à l'année suivante et a refusé de régler les factures, d'un montant total de 32 135 fr. 80, pour les dernières livraisons effectuées. De son côté la demanderesse a déclaré qu'elle ne livrerait pas les 30 tonnes annoncées le 9 octobre avant que les factures fussent réglées.

B. — Aucun arrangement amiable n'ayant pu intervenir, la Société Kander et Hagneck a ouvert action en paiement de 32 135 fr. 80 avec intérêts dès le 16 septembre 1907 sur 9909 fr. 45, dès le 14 octobre 1907 sur 10 972 fr. 60 et dès le 28 novembre 1907 sur 11 253 fr. 75.

La société défenderesse a conclu reconventionnellement au paiement d'une indemnité de 52 735 fr., chiffre qu'elle a réduit ensuite à 42 666 fr.; la compensation étant opérée jusqu'à due concurrence entre cette somme et le montant des factures impayées, elle conclut en définitive au paiement de 10 530 fr. 20 (42 666 fr. moins 32 135 fr. 80) avec intérêts dès le 10 mars 1909, date de la réponse.

Le calcul de l'indemnité est le suivant: Fondée sur un rapport d'expertise, la défenderesse évalue à 443 fr. 40 — prix moyen en 1907 — le prix auquel elle aurait vendu au syndicat pour la vente du ferro-silicium les 365 tonnes que la demanderesse avait l'obligation de lui livrer à 395 fr.; elle aurait ainsi réalisé un bénéfice de 48 fr. 40 par tonne, soit au total 17 666 fr. En outre elle a droit à une indemnité supplémentaire de 25 000 fr., parce que, ensuite de la non-livraison de la marchandise promise par la demanderesse, elle a perdu un grand nombre de clients qui ont résilié leurs contrats et l'ont abandonnée.

La demanderesse a conclu à libération des conclusions reconventionnelles, en soutenant que le défaut de livraison est imputable à une circonstance — manque d'eau — que les parties avaient envisagée contractuellement comme un cas de force majeure, qu'ainsi elle n'a commis aucune faute, qu'au contraire c'est la défenderesse qui a violé le contrat en refusant de payer les factures et que dès lors elle n'a pas droit à la réparation du préjudice résultant de la rupture du contrat. Subsidièrement, elle prétend que ce préjudice est de 7159 fr. 50: en effet on doit prendre pour base du calcul non le prix payé par le syndicat, mais bien celui auquel le ferro-silicium se vendait sur le marché en octobre et novembre 1907, époque à laquelle la défenderesse réclamait l'exécution du solde du contrat; or, d'après les experts, ce prix était de 430 fr. pour l'Amérique et de 480 fr. pour l'Allemagne; si l'on prend une moyenne entre ces deux chiffres et que l'on déduise les frais de transport (32 à 45 fr. par tonne) on obtient un prix moyen de 416 fr. 50 la tonne. La défenderesse n'a droit qu'à la différence entre ce prix et celui de 395 fr. fixé dans le contrat, soit, pour 333 tonnes, à 7159 fr. 50.

C. — Le syndicat pour la vente du ferro-silicium, dont il a été question ci-dessus, groupait un certain nombre de maisons allemandes, autrichiennes, françaises et suisses; la société défenderesse y a adhéré en octobre 1906 aux conditions suivantes: La Société Girod s'engageait à livrer au syndicat un minimum de 3000 tonnes pour un prix correspondant au 75 % du prix obtenu des acheteurs par le syndicat lui-même. Après la clôture de l'exercice annuel, le syndicat répartissait le bénéfice entre ses membres au prorata des quantités fournies.

Il résulte d'une expertise intervenue en cours de procès que le prix net moyen payé en 1907 par le syndicat à la Société Girod a été de 443 fr. 40 la tonne, soit de 48 fr. 40 supérieur à celui que la Société Girod payait à la demanderesse. C'est ce chiffre de 48 fr. 40 que la défenderesse a pris pour base de ses calculs.

En 1907, sur les 3000 tonnes à livrer au syndicat, la Société Girod n'en a livré que 1120.

D. — Par jugement du 15 juillet 1911, le tribunal cantonal a alloué à la défenderesse une indemnité de 27 595 fr. 35, soit 17 595 fr. 35 représentant le manque à gagner sur les 363 540 kg. non livrés que la défenderesse aurait pu vendre au syndicat à un prix supérieur de 48 fr. 40 par tonne au prix payé à la demanderesse — et 10 000 fr. à raison du fait que la défenderesse était également engagée avec d'autres clients à des conditions non moins avantageuses et que, n'ayant pu leur livrer par la faute de la demanderesse, elle les a perdus.

La demanderesse étant créancière de 32 135 fr. 80 et débitrice de 27 595 fr. 35, la défenderesse est débitrice, après compensation, de la différence, soit de 4540 fr. 45 avec intérêts à 5 % dès le 28 novembre 1907.

La société demanderesse a formé en temps utile auprès du Tribunal fédéral un recours en réforme en reprenant ses conclusions principales et subsidiaires.

La société défenderesse s'est jointe au recours en reprenant en leur entier ses conclusions reconventionnelles tendant au paiement de 10 530 fr. 20 pour solde.

Statuant sur ces faits et considérant en droit:

1. — Lors de la conclusion du contrat la société défenderesse a exigé que la demanderesse exécutât le marché avant la fin de 1907 au moyen de livraisons échelonnées de mois en mois et d'importance approximativement égale. La demanderesse n'a fait de réserves qu'en ce qui concerne les mois de janvier à avril; elle a donc pour le surplus tacitement admis l'exigence de la Société Girod. Le marché pour 1907 — y compris le report de 1906 — portant sur 518 tonnes, la demanderesse devait ainsi livrer de mai à décembre 1907 environ 65 tonnes par mois. Or elle n'a certainement pas rempli cette obligation. La défenderesse avait par conséquent le droit, conformément à l'art. 95 CO ancien, de refuser le paiement des livraisons effectuées. En effet dans les contrats par livraisons successives, l'acheteur peut se re-

fuser à payer les livraisons déjà effectuées lorsque le vendeur est en demeure pour les livraisons suivantes, car le marché ne se scinde pas en une série de contrats distincts; chacune des livraisons ne constitue que l'exécution partielle d'un contrat unique (cf. ROHG 23 p. 77; STAUB, note 124 sur § 374; arrêt du Tribunal fédéral du 8 décembre 1911, Willi c. Kunstmühle; v. *Die Praxis des B. G.* I 64). Au surplus le refus de payer n'est intervenu qu'après que la demanderesse se fût déclarée hors d'état de fournir les livraisons suivantes dans le délai convenu. En présence de cette déclaration la défenderesse était fondée à résilier le contrat sans autre; elle n'était pas tenue de fixer au préalable à la demanderesse un « délai convenable » pour exécuter son obligation (art. 122 CO); car il était doré et déjà certain que ce délai serait expiré avant que la demanderesse eût rempli son engagement, puisqu'elle affirmait elle-même ne pouvoir recommencer les livraisons qu'au printemps 1908.

Le refus de la demanderesse d'exécuter son obligation s'étend, bien entendu, aussi aux 30 tonnes offertes par elle contre paiement des livraisons antérieures; du moment que la défenderesse avait le droit de refuser de payer à raison de la demeure de la demanderesse, celle-ci ne pouvait subordonner la livraison des 30 tonnes à la condition du paiement des tonnes déjà fournies. La défenderesse était donc fondée à considérer le marché comme résilié par le fait de la demanderesse aussi en ce qui concerne ces 30 tonnes.

2. — Le contrat ayant ainsi été résilié par le fait de la demanderesse, elle est en principe tenue à des dommages-intérêts à moins de prouver (art. 110 CO ancien) qu'aucune faute ne lui est imputable.

Elle a tenté de rapporter cette preuve en alléguant en procédure que la baisse anormale des eaux de l'Aar l'avait mise dans l'impossibilité de fabriquer la quantité convenue de ferro-silicium. On doit tout d'abord relever la contradiction qui existe entre cette allégation et les déclarations formelles contenues dans les lettres que la demanderesse a écrites à la Société Girod en cours d'exécution du contrat.

Pour s'excuser de l'insuffisance de ses livraisons, elle affirmait (v. notamment lettre du 6 juin 1907) que ce n'était pas l'eau qui l'empêchait de travailler, « mais d'autres interruptions survenues dans le service de la fabrique ». Elle n'a d'ailleurs établi ni la réalité de ces interruptions ni leur caractère fortuit. Mais même si l'on admet que, nonobstant cette affirmation catégorique, elle peut aujourd'hui rejeter toute la responsabilité de l'inexécution du contrat sur la baisse des eaux, il n'en reste pas moins que cette baisse n'est survenue — abstraction faite des mois de janvier à avril pour lesquels elle n'avait pas pris d'engagement — qu'à partir d'octobre 1907. L'excuse invoquée par la demanderesse ne vaudrait donc au plus que pour les derniers mois de l'année. Or la baisse des eaux en hiver est un phénomène normal et la demanderesse pouvait et devait se prémunir contre ses conséquences en fabriquant davantage pendant les mois d'été. Rien ne prouve d'ailleurs que cette baisse ait été notablement plus considérable en 1907 que dans les années précédentes. En outre la demanderesse n'a pas non plus établi qu'en cas de baisse des eaux elle fût incapable de fabriquer du ferro-silicium; sans doute cette fabrication n'aurait pu avoir lieu qu'à des conditions plus onéreuses pour elle, mais il va sans dire que cela est indifférent. Enfin de l'examen des bilans de 1906 et 1907 il résulte que la production de l'usine de Nidau — où se fabrique le ferro-silicium — a été plus forte en 1907 qu'en 1906 — ce qui exclut l'hypothèse de circonstances tout à fait exceptionnelles ayant paralysé en 1907 l'activité de cette usine. Quant au fait que, à raison des basses eaux, la défenderesse a consenti à reporter sur 1907 l'exécution du marché de 1906, il n'implique évidemment pas qu'elle ait par là même consenti à reporter, pour la même raison, sur 1908 l'exécution du marché de 1907. Et l'on ne peut pas non plus tirer de la correspondance — qui est contradictoire sur ce point — la conclusion que la défenderesse a admis que la baisse des eaux serait considérée comme un cas de force majeure. Dans ces conditions le moyen invoqué par la demanderesse doit en

tout état de cause être rejeté. Il n'est donc pas nécessaire de rechercher si, à supposer prouvée l'impossibilité de fabriquer la quantité promise de ferro-silicium, cette impossibilité constituerait un moyen de libération pour la demanderesse ou si, au contraire, s'agissant de fongibles, elle n'aurait pas eu l'obligation de se procurer ailleurs la marchandise qu'elle ne pouvait pas fabriquer elle-même; en faveur de la première solution on peut arguer du fait que le marché du ferro-silicium était entre les mains du syndicat auquel appartenait la Société Girod; mais d'autre part, il semble qu'il existât à la fin de l'année 1907, en dehors de ce syndicat, des industriels indépendants qui auraient pu fournir à la demanderesse le ferro-silicium qu'elle s'était engagée à livrer à la défenderesse.

3. — La défenderesse ayant droit à la réparation du dommage que lui a causé l'inexécution du contrat, il reste à déterminer la quotité de ce dommage. L'instance cantonale a alloué une première indemnité de 17 595 fr. 35, correspondant à un manque à gagner de 48 fr. 40 par tonne sur les 363 540 kg. non livrés par la demanderesse. Celle-ci soutient que, pour calculer le préjudice subi par la Société Girod, on doit prendre comme base, non le prix moyen payé en 1907 par le syndicat à la Société — comme l'a fait l'instance cantonale — mais bien le prix moyen du marché en octobre-décembre 1907. Or, si l'on adopte ce mode de calcul proposé par la recourante principale elle-même, on constate que la différence entre le prix auquel le ferro-silicium se vendait à cette époque et le prix auquel la demanderesse s'était engagée à le fournir à la Société Girod est sensiblement supérieure à la somme de 48 fr. 40 allouée par le Tribunal cantonal. En effet c'est par erreur que la demanderesse soutient que les prix révélés par l'expertise — 480 fr. pour l'Allemagne et 430 fr. pour l'Amérique — doivent être diminués du montant des frais de transport. Il résulte au contraire très nettement du rapport des experts que ceux-ci ont opéré cette déduction des frais de transport et que les prix de 480 fr. et de 430 fr. doivent être entendus parité Genève

(les prix, frais de transports compris, étaient en effet de 94 à 98 dollars pour l'Amérique et de 417 à 420 mk. pour l'Allemagne). En prenant la moyenne entre 480 et 430 on obtient un prix moyen de 455 fr. la tonne qui représente le prix auquel se vendait le ferro-silicium dans les derniers mois de 1907; le manque à gagner de la Société Girod calculé comme le propose la demanderesse est donc de 60 fr. (455-395) par tonne, c'est-à-dire qu'il est supérieur à celui de 48 fr. 40 qu'a admis l'instance cantonale conformément aux conclusions de la Société défenderesse. Il ne saurait par conséquent être question de réduire l'indemnité de 17 595 fr. 35 allouée et l'on peut se dispenser de rechercher si — comme le prétend la recourante principale — le tribunal cantonal a eu tort de se baser sur les prix payés par le syndicat à Girod, puisque, en faisant abstraction de ces prix et en adoptant les bases de calcul proposées par la demanderesse, on est conduit à évaluer le préjudice subi à un chiffre supérieur à celui qui a été fixé par le jugement attaqué. On doit d'ailleurs observer que le prix moyen payé en 1907 par le syndicat ne constitue pas une norme satisfaisante pour l'évaluation du dommage causé par le défaut de livraison des 363 tonnes; car ce qui importe c'est le prix que la société défenderesse aurait pu obtenir au moment où la marchandise devait lui être livrée; or encore en octobre et novembre la défenderesse a exigé la livraison du solde du marché; elle n'avait pas résilié le contrat à raison de l'inexécution des livraisons partielles précédentes et elle ne peut donc pas faire entrer en ligne de compte le dommage qu'elle a subi avant le mois d'octobre 1907. C'est dès lors le prix du ferro-silicium en octobre et novembre 1907 qui devrait faire règle pour l'évaluation du dommage et ce prix ne correspond pas au prix moyen pour 1907 que les experts ont fixé en prenant la moyenne des prix payés aux différentes époques de l'année.

4. — Quant à l'indemnité supplémentaire de 10 000 fr., elle est destinée, d'après l'instance cantonale, à réparer le dommage résultant du fait que la défenderesse n'a pu livrer à divers clients le ferro-silicium qu'elle leur avait promis et

que, ensuite de ce défaut de livraison, elle les a perdus ; il y a ainsi deux éléments distincts de préjudice ; d'une part, manque à gagner sur des contrats conclus, d'autre part, perte de clientèle pour l'avenir.

En ce qui concerne le premier de ces deux éléments de dommage, on doit observer que la réclamation de la défenderesse ne saurait coexister avec celle qui a été admise ci-dessus. Il est bien évident en effet que la Société Girod, qui a déjà obtenu l'équivalent du bénéfice intégral qu'elle aurait réalisé au cours du jour sur les 363 tonnes non livrées ne peut pas exiger en outre une indemnité représentant le bénéfice qu'elle aurait fait sur les affaires conclues avec tels clients déterminés. D'ailleurs elle n'a donné aucune indication précise ni sur l'époque à laquelle ces marchés devaient être exécutés, ni sur les prix de vente convenus ; de telle sorte que le tribunal ignore si c'est le défaut de livraison de la demanderesse à la fin de 1907 qui a empêché l'exécution des marchés et quels gains la défenderesse aurait retirés de ces ventes. Ce premier élément de dommage ne peut donc être pris en considération.

On ne peut pas davantage tenir compte de la prétendue perte de clientèle. Il est vrai que l'agent de la Société Girod en Allemagne a déclaré que par suite du défaut de livraison imputable à la demanderesse la société défenderesse avait perdu définitivement plusieurs acheteurs. Mais il a ajouté qu'elle les avait perdus en 1906 et en 1907, et la demanderesse ne pourrait dans tous les cas être rendue responsable que de la perte de clientèle amenée par elle à la fin de 1907 puisque c'est à ce moment seulement que la défenderesse l'a mise en demeure d'exécuter le solde du marché. Or on ignore totalement si à cette époque la Société Girod a perdu des clients. De plus il est essentiel de remarquer que la défenderesse s'était engagée à livrer sa production au syndicat, qu'elle devait lui fournir un minimum de 3000 tonnes et qu'en 1907 elle est demeurée de 1800 tonnes au dessous du contingent ainsi fixé. A supposer que la demanderesse eût exécuté complètement son contrat, la société défenderesse se serait donc tout de même trouvée dans l'impossibilité de

remplir ses engagements envers le syndicat et à bien plus forte raison envers ses autres acheteurs. Dans ces conditions la preuve de la relation de cause à effet entre la faute de la demanderesse et la perte de clientèle de la défenderesse fait défaut.

Il résulte de ce qui précède que l'indemnité supplémentaire de 10 000 fr. allouée par l'instance cantonale n'est pas justifiée. La compensation doit donc s'établir entre la créance de 32 135 fr. 80 — dont le montant n'est pas contesté — et l'indemnité de 17 595 fr. 35 due par la demanderesse. La défenderesse reste ainsi débitrice pour solde de 14 540 fr. 45.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours principal de la société demanderesse est partiellement admis et le jugement du Tribunal cantonal de Neuchâtel est réformé en ce sens que la défenderesse est déclarée débitrice pour solde de 14 540 fr. 45 avec intérêts à 5 % dès le 28 novembre 1907.

Le recours par voie de jonction de la défenderesse est écarté.

21. Urteil vom 30. März 1912 in Sachen

La Roche-Hellu, Kl., Wiberbell. u. Ver.-Kl., gegen
Spar- und Leihkasse in Bern, Bekl., Wiberkl. u. Ver.-Bekl.

Der Bürgschaftsvertrag beurteilt sich, auch wenn die verbürgte Hauptschuld dem kantonalen Recht untersteht, nach eidg. Recht. — Bedeutung einer Bürgschaft, die von einem Dritten gemeinsam mit dem Gläubiger der verbürgten Forderung eingegangen worden ist.

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Laut Hypothekarobligation vom 31. Januar 1903 hatte Paul Ruf-Martin in Basel an A. Schmidt-Bomblin aus Kaufvertrag um das in den Gemartungen Basel und Allschwil ge-