

Ablauf der erstmals am 20. Juli 1915 gesetzten und dann im Abkommen vom 25./26. Juli 1915 erstreckten Nachfrist Anspruch auf Ersatz des ihr durch die Erfüllungsverzögerung des Beklagten zugefügten Schadens erheben. Allein sie musste dies unter Festhaltung des Begehrens um nachträgliche Erfüllung tun. Nur « statt dessen » konnte sie den Verzicht auf die Vertragserfüllung nebst dem Anspruch auf Ersatz des aus der Nichterfüllung entstandenen Schadens wählen, wofür sie sich entsprechend der Androhung vom 19. Mai mit der Erklärung vom 1. Juni 1916 endgültig entschieden hat. Durch diese Wahl hat sie also jenen andern Schadenersatzanspruch *implicite* aufgegeben. Für die Bestimmung des demnach hier einzig noch in Betracht fallenden, « aus der Nichterfüllung entstandenen » Schadens aber müssen in der Tat ausschliesslich die Verhältnisse im Zeitpunkte, in welchem der Verzicht auf die Vertragserfüllung erklärt wird, massgebend sein, da unter der « Nichterfüllung » im Zusammenhange des Art. 107 nur die Nichterfüllung innert der Nachfrist, deren erfolgloser Ablauf die Verzichts-erklärung veranlasst hat, verstanden sein kann (vergl. entsprechend, für den Fall der Schadensliquidation nach der hier nicht geltend gemachten Sondervorschrift des Art. 191 Abs. 3 OR, das Urteil der 1. Zivilabteilung des Bundesgerichts vom 6. Juli 1917 i. S. Aug. Marschel & C<sup>ie</sup> gegen Baumwollspinnerei und Zwirnerei A.-G., vomm. E. Kappeler-Bébié, Erw. 3\*). Mit dem Handelsgericht ist daher auf das Ende Mai 1915 eingegangene und am 5. August 1915 wieder gelöste Vertragsverhältnis der Klägerin zu Leo Brager grundsätzlich nicht abzustellen, sondern die für die beiden Schadenersatzforderungen einzig hierauf basierte Klage in diesem Umfange entgegen den Berufungsanträgen der Klägerin ohne weiteres abzuweisen.

2. — Was die vorinstanzlich gutgeheissene Klageforderung für den Kursverlust auf der vom Beklagten in

\* S. 356 in diesem Bande.

französischer Währung zurückerstatteten Anzahlung und für deren Verzinsung bis zur Rückerstattung (oben, litt. a) betrifft, ist aus der Vereinbarung der Parteien, wonach die Klägerin jene Anzahlung « in Check Paris zum Parikurse » leisten konnte, mit der Vorinstanz zu schliessen, dass die Anzahlung der Klägerin vorbehaltlos als vollwertig, wie wenn sie in schweizerischer Währung erfolgt wäre, angerechnet wurde und ihr deshalb auch zu diesem vollen Werte zurückerstattet werden muss. Und der Zinsanspruch lässt sich mit Rücksicht auf die grundsätzlich feststehende Schadenersatzpflicht des Beklagten wegen Nichterfüllung des Vertrages sehr wohl rechtfertigen. Somit erweist sich auch die Anschlussberufung des Beklagten als unbegründet.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Haupt- und Anschlussberufung werden abgewiesen, und es wird damit das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 2. März 1917 in allen Teilen bestätigt.

66. Arrêt de la 1<sup>re</sup> section civile du 28 septembre 1917  
dans la cause Gras et Collombat contre Brasserie de St-Jean.

Cautionnement garantissant un prêt d'une somme déterminée et une créance indéterminée pour des livraisons de bière. Divisibilité du cautionnement et validité pour le montant du prêt (Art. 493 CO). Une simple dénonciation du cautionnement ne constitue pas la sommation prévue à l'art. 503 CO. La « remise » d'un café ne signifie pas nécessairement la remise volontaire du café.

A. — Le 5 juin 1912, Charles Gilliard, cafetier à Genève, reconnaissait : « avoir reçu.... à titre de prêt » de la S. A. Brasserie de St-Jean, à Genève, une somme de 6000 fr. « destinée à lui faciliter l'achat et l'explo-

tation du café rue du Prince n° 11 à Genève. » Cette somme, portant intérêt à 5 % l'an, était représentée par un billet à ordre, renouvelable tous les trois mois sous déduction d'un versement de 150 fr. En outre, Gilliard s'engageait à se servir exclusivement auprès de la brasserie, pendant la durée du bail, de toute la bière qu'il débiterait, « bière qui lui sera livrée au prix net de 25 fr. l'hectolitre, payable à la fin de chaque mois ». La « reconnaissance » stipulait enfin : « Dans le cas où je (Gilliard) viendrais à remettre mon établissement, je m'engage à rembourser de suite la somme restant due à la Brasserie. » Au dos de cet acte figure à la même date le « cautionnement » d'André Gras et Félix Collombat, à Carouge, qui déclarent se « porter garants et cautions solidaires envers la Brasserie de St-Jean pour toutes les sommes pouvant lui être dues par..... Gilliard. »

Ce dernier ne versa aucun des acomptes trimestriels et ne paya pas régulièrement les fournitures de bière.

Le 29 mai 1913, Gras et Collombat invitèrent la Brasserie à « ne plus livrer de la bière à crédit à M. Gilliard ». Le 19 février 1914 ils notifiaient à la Brasserie qu'ils « dénonçaient le cautionnement qu'ils..... ont donné le 5 janvier 1912 ».

La créancière n'admit pas la dénonciation comme valable. Le 6 mars 1914, elle fit protester le billet de 6000 fr. et, le 1<sup>er</sup> avril 1914, elle poursuivit Gilliard en paiement de la dite somme avec intérêts dès le 8 décembre 1913 et frais de protêt. Gilliard ne forma pas opposition ; il fut déclaré en faillite le 8 février 1915. La Brasserie intervint pour un total de 6953 fr. 25, soit : 6000 fr., montant du billet du 5 juin 1912 plus 50 fr. d'intérêts ; 868 fr. 85 montant d'un billet représentant la valeur de marchandises fournies ; 8 fr. 05 pour fourniture de glace et de bière et 26 fr. 35 frais de poursuites.

La production fut admise à concurrence de 6876 fr. 90,

sur lesquels la créancière toucha un dividende de 8,27 %, soit 568 fr. 75. A la clôture de la faillite, la brasserie reçut un acte de défaut de biens pour la somme de 6308 francs 15.

Par lettre du 20 octobre 1915, la créancière écrivait à Gras : « ..... En vertu du cautionnement que vous nous avez fourni le 5 juin 1912, nous vous serions obligés de nous faire tenir la somme de 6000 fr. primitivement avancée à M. Ch. Gilliard, faisant abandon du surplus de notre créance. »

B. — Gras et Collombat ayant refusé de s'exécuter, la Brasserie leur intenta une poursuite, puis, par exploit du 10 février 1916, les assigna solidairement devant le Tribunal de 1<sup>re</sup> instance du Canton de Genève en paiement de la somme de 6000 fr. avec intérêts à 5 % dès le 5 juin 1912.

Les défendeurs conclurent à libération. Ils faisaient valoir :

1° Le cautionnement s'étendait également aux fournitures de bière dont le montant n'est ni déterminé dans l'acte, ni déterminable ; le cautionnement est nul en vertu de l'art. 493 nouveau CO.

2° Le capital de 6000 fr. n'est pas exigible en entier actuellement. Il n'y a pas eu « remise » du café par Gilliard. L'art. 500 CO est applicable. La demande ne serait en tout cas fondée qu'à concurrence des acomptes trimestriels de 150 fr. échus à la date du jugement à intervenir.

3° Les cautions sont enfin libérées par leur sommation du 19 février 1914, faite conformément à l'art. 503 CO.

C. — Le Tribunal de 1<sup>re</sup> instance a déclaré le cautionnement nul en vertu de l'art. 493 CO. La demanderesse a appelé de ce jugement à la Cour de justice civile du Canton de Genève. Par arrêt du 4 mai 1917, la Cour a condamné solidairement les défendeurs à payer à la demanderesse, « pour solde des causes de leur cautionnement du 5 juin 1912 », la somme de 5503 fr. 80 avec

intérêts à 5 % dès le 10 février 1916. Les motifs de ce jugement sont en résumé :

1° Le cautionnement s'applique : a) à un prêt de 6000 fr. ; b) à une dette de montant indéterminé. Ce cautionnement n'est pas indivisible. Il est valable en ce qui concerne le prêt (voir RO 42, II p. 149, 154) et nul relativement à la fourniture de bière.

2° Les défendeurs n'ont pas mis en demeure la Brasserie conformément à l'art. 503 CO ; ils se sont bornés à dénoncer leur cautionnement sans indiquer ce qu'ils exigeaient de la créancière.

3° L'art. 500 al. 1<sup>er</sup> CO n'est pas applicable parce que la faillite équivaut en l'espèce à la « remise » prévue par le contrat. L'acte du 5 juin 1912 ne fait aucune distinction entre la remise volontaire et la remise forcée en cas de faillite.

Sur le montant du billet de 6000 fr., la demanderesse a reçu 496 fr. 20. Les cautions doivent donc encore 5503 fr. 80 en capital. Le 20 octobre 1915, la Brasserie a fait abandon des accessoires de sa créance. Les seuls intérêts dus par les défendeurs sont les intérêts de droit dès l'introduction d'instance.

D. Les défendeurs ont interjeté en temps utile contre cet arrêt un recours en réforme auprès du Tribunal fédéral. Ils concluent à libération des fins de la demande et subsidiairement à ce que les conclusions de la demanderesse ne soient admises que jusqu'à concurrence des acomptes trimestriels de 150 fr. échus à la date du jugement à intervenir.

L'intimée a conclu au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt attaqué.

Statuant sur ces faits et considérant  
en droit :

1. — Le Tribunal fédéral a interprété l'art. 493 CO en ce sens qu'il n'est pas nécessaire que le montant jusqu'à concurrence duquel la caution est tenue soit

indiqué dans l'acte de cautionnement lui-même et en chiffres ; il suffit que ce montant puisse être déterminé avec précision et sans autre d'après les indications contenues dans l'acte de cautionnement et dans la reconnaissance de dette, soit par un raisonnement logique, soit par un simple calcul. Naturellement, le maximum garanti doit pouvoir se déterminer ainsi déjà au moment où le cautionnement a été contracté (cf. RO 42, II p. 153 cons. 3).

Cette condition est réalisée en l'espèce relativement au prêt de 6000 fr., mais non en ce qui concerne la dette afférente à la livraison de bière. L'issue du procès dépend donc de la question de savoir si le cautionnement consenti pour l'une et l'autre dettes forme un tout indivisible et si, dès lors, ce cautionnement est nul parce que le montant n'est pas précisé jusqu'à concurrence duquel les défendeurs sont tenus en vertu de leur engagement pris dans son ensemble, ou bien s'il suffit que tout au moins ce montant soit déterminé pour le prêt en faveur duquel la demanderesse invoque le cautionnement.

La solution adoptée par la Cour de Justice est juste. En réalité, il s'agit en l'espèce de deux cautionnements, l'un garantissant le prêt, l'autre le prix des livraisons de bière. Le montant de la créance résultant du prêt est déterminé ; de même le montant jusqu'à concurrence duquel les cautions sont tenues de ce chef. Il est hors de doute, vu les circonstances, que le cautionnement se rapportait au prêt de 6000 fr. dans sa totalité.

2. — L'instance cantonale a admis avec raison que la dénonciation du 19 février 1914 n'avait pas libéré les cautions. A teneur de l'art. 503 CO, lorsque la dette principale devient exigible, la caution peut réclamer du créancier qu'il poursuive juridiquement, dans le délai de quatre semaines, l'exécution de ses droits et qu'il continue ses poursuites sans interruption notable. Il n'est pas possible de considérer la déclaration des défendeurs « qu'ils dénoncent le cautionnement » comme

constituant la sommation prévue par la loi. Le fait, allégué par les recourants, que ce serait la coutume à Genève d'interpréter la simple dénonciation dans le sens de la sommation de l'art. 503 CO, n'est pas déterminant. La coutume ne saurait primer un texte de loi positif.

Quant à l'avis que les défendeurs ont donné à la brasserie le 29 mai 1913 de ne plus livrer à crédit de la bière à Gilliard, il est sans portée en l'espèce déjà par le motif que la demanderesse ne se fonde pas sur le cautionnement des défendeurs garantissant la créance relative aux livraisons de bière.

3. — Les conclusions subsidiaires du recours sont également mal fondées. D'après la convention du 5 juin 1912, la totalité de la créance résultant du prêt devenait exigible dans le cas où Gilliard remettrait son établissement. L'instance cantonale a interprété avec raison cette clause dans ce sens que les termes pour le remboursement du prêt n'étaient accordés au débiteur qu'aussi longtemps qu'il exploitait lui-même le café. Aussitôt le café remis, la demanderesse ne pouvait plus compter, en effet, que la dette serait éteinte aux moyens des bénéfices réalisés par la vente de la bière qu'elle livrait. Le but et la raison de la clause en question n'ont pu échapper à Gilliard. Il n'est donc pas exact de dire, comme les défendeurs le voudraient, que l'intention des parties était de restreindre l'exigibilité de la dette entière à l'hypothèse d'une remise volontaire du café.

Par ces motifs

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt attaqué confirmé.

### III. HAFTPFLICHTRECHT

#### RESPONSABILITÉ CIVILE

67. Arrêt de la II<sup>e</sup> Section civile du 12 septembre 1917  
dans la cause Hürlimann  
contre Compagnie genevoise des Tramways électriques  
et Bernard.

Le délai de prescription de l'action récursoire de l'entreprise de chemins de fer contre le tiers fautif (loi de 1905, art. 18), ne commence à courir que du jour où l'entreprise a été condamnée envers la victime de l'accident (où a reconnu volontairement sa responsabilité).

Charles Hürlimann, né le 8 mai 1894, a été victime d'un accident le 31 janvier 1915 dans les circonstances suivantes :

En sa qualité d'employé de la Société des Laiteries genevoises, il circulait sur un camion automobile servant à la livraison du lait. Ce camion était conduit par Emile Bernard auquel il appartenait. Il était pourvu d'un siège à deux places occupé par Bernard et par un autre garçon livreur. Hürlimann se tenait debout sur un marche-pied placé sur le côté gauche du camion à la hauteur du siège du chauffeur.

Le camion débouchait de la Rue de la Synagogue et était en train de prendre son virage pour suivre le Boulevard Georges Favon, direction Plainpalais, lorsqu'il fut pris en écharpe par une voiture de tramway de la Compagnie défenderesse qui suivait le Boulevard Georges Favon et roulait dans la direction du pont de la Coulouvrenière. Hürlimann fut pris entre l'avant du tram et le camion et eut les deux jambes écrasées. Il a dû subir une double amputation.