

fiançailles en établissant l'existence de circonstances particulières dont on puisse conclure avec un certain degré de vraisemblance que le mariage n'aurait pas eu lieu. Or à ce point de vue l'instruction de la cause n'a rien révélé de topique. Que Brocard semble n'avoir pas fait de préparatifs spéciaux en vue du mariage, cela s'explique facilement si l'on considère que sa maison était déjà toute installée et qu'un nouveau mariage ne nécessitait sans doute pas des modifications profondes à son économie domestique. L'instance cantonale ajoute que l'opposition de ses enfants aurait pu l'amener à renoncer à son projet de mariage ; mais c'est là une simple hypothèse et le témoin qui la rapporte a précisé qu'elle lui avait été communiquée par une personne en mauvais termes avec dame Paschoud ; on ne saurait donc lui attacher une importance décisive, alors surtout que l'on constate par la correspondance produite que Brocard avait parlé de la demanderesse à ses enfants et qu'ils la déclaraient très sympathique. Enfin on ne peut tirer de l'âge des fiancés aucun argument contre la probabilité du mariage et bien au contraire cela constituerait plutôt une garantie que les engagements pris ne l'ont pas été à la légère et étaient donc destinés à être exécutés. Du moment qu'il n'existe ainsi aucun motif sérieux de mettre en doute que Brocard aurait réalisé prochainement son projet bien arrêté d'épouser la demanderesse, celle-ci a qualité pour agir, en vertu de la jurisprudence du Tribunal fédéral rappelée ci-dessus. La cause doit par conséquent être renvoyée à l'instance cantonale pour procéder à l'instruction et au jugement sur le fond.

le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est admis et l'arrêt cantonal est réformé en ce sens que le défendeur est débouté de son exception d'irrecevabilité de la demande.

15. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 15 mars 1918
dans la cause **Fraisse** contre **Richard senior**.

Art. 103 C. O. — Dommages-intérêts dus par le débiteur en demeure en raison de l'inexécution de la convention, s'il y a eu cas fortuit ou force majeure.

A. — Par lettre du 8 mars 1916, le demandeur R. Richard aîné à Zurich, a offert au défendeur G. Fraisse à Genève de lui vendre « sous contrôle de l'Hygiène suisse à Berne » 50 à 100 kg. de salol, marque Heyden, payables avant l'expédition de la marchandise en mains du Bankverein suisse à Chiasso. Le défendeur a accepté cette offre le lendemain... Richard lui annonça le 22 mars par télégramme que la marchandise était arrivée à Chiasso et l'invita à déposer les fonds comme convenu ; il lui remettait en outre sous pli chargé le bulletin de commande y relatif approuvé par le Bureau d'hygiène suisse à Berne. Mais le même jour Fraisse, alléguant l'existence d'une « certaine contrebande de produits sous contrôle », demandait à Richard et à son vendeur de s'engager « à supporter les frais pour le cas où il y aurait une poursuite quelconque ». Le lendemain Richard a décliné cette proposition en son nom et en celui de son client et a invité le défendeur à expédier les fonds à Chiasso en lui annonçant qu'à défaut il le tiendrait pour responsable de tout préjudice. Il a réclamé à nouveau ce paiement le 24 mars en lui expédiant facture du salol, puis le 25 et enfin le 28 par télégramme... Enfin le 1^{er} avril, Richard l'a sommé par voie d'huissier d'avoir à consigner jusqu'au 3 avril 1916 au soir, au Bankverein suisse à Chiasso une somme de 7000 fr. Par arrêté du 15 de ce même mois, le Conseil fédéral a restreint à certaines catégories de personnes dans lesquelles Fraisse n'était pas compris, l'autorisation de faire le commerce des médicaments. Celui-ci n'ayant ainsi pu obéir à la mise en demeure qui lui avait été notifiée, Richard l'a assigné le 27 avril

1916 devant le Tribunal de première instance de Genève en paiement de 7000 fr. avec intérêts de droit, sous offre de livraison de la marchandise vendue. Fraisse... a conclu à libération. Le 14 juillet 1916, le demandeur lui a imparté un dernier délai expirant le 29 du même mois à midi pour prendre livraison de la marchandise, puis... lui a annoncé le 29 septembre avoir été dans l'obligation de revendre la marchandise et lui a réclamé une somme de 3759 fr. 60 représentant la différence entre le prix convenu lors de la conclusion du marché et le prix de réalisation ; il lui demandait enfin 300 fr. de dommages-intérêts pour l'avoir mis dans l'obligation de constituer avocat pour cette affaire.

Par jugement du 21 mars 1917, le Tribunal civil de première instance a condamné Fraisse à payer au demandeur une somme de 4000 fr. à titre de dommages-intérêts avec intérêt de droit, ainsi qu'aux dépens de l'instance. Sur appel du défendeur, la Cour de justice civile de Genève a, par arrêt du 19/24 octobre 1917, confirmé en principe ce jugement en réduisant toutefois à 3759 fr. 60 l'indemnité accordée à Richard.

B. — Par déclaration du 6/7 novembre 1917, Gustave Fraisse a recouru en réforme au Tribunal fédéral contre cet arrêt...

Considérant en droit:

1° (Concerne la légitimation active du demandeur.)

2° — Le demandeur et intimé a mis régulièrement en demeure le recourant en application de l'art. 107 CO et l'a sommé de procéder du 1^{er} au 3 avril à la consignation-paiement convenu, au Bankverein suisse à Chiasso. C'était là un délai « convenable » au sens de cette disposition légale, aussi bien en raison du contrat conclu entre parties qu'à cause de la nature de la marchandise. Le recourant n'ayant pas obtempéré, le demandeur pouvait choisir entre les deux alternatives prévues à l'article 107 sus-indiqué, et pouvait soit annoncer qu'il tenait le contrat pour résilié et actionner le défendeur en dommages-

intérêts, soit réclamer l'exécution du contrat et une indemnité pour les conséquences du retard. Il a choisi cette seconde alternative et a intenté action dans ce sens le 27 avril, pour modifier ultérieurement ses conclusions ainsi que cela est indiqué plus haut, après avoir notifié une nouvelle mise en demeure au défendeur.

L'instance cantonale a vu dans l'arrêt du Conseil fédéral du 14 avril un cas de force majeure, soit « un fait du prince » ayant rendu impossible (CO art. 119) sans sa faute pour Fraisse l'exécution du contrat. Elle a néanmoins admis sa responsabilité en l'espèce aux termes de l'art. 103 CO, d'après lequel le débiteur en demeure ne peut, « en cas d'exécution tardive », se libérer qu'en établissant l'absence de toute faute de sa part, ou qu'en prouvant que le cas fortuit aurait atteint la chose due, même si l'exécution avait eu lieu à temps ; elle a admis en effet que Fraisse n'avait établi l'existence ni de l'une, ni de l'autre de ces exceptions.

3° — On peut se demander toutefois si l'instance cantonale, puisqu'elle considérait l'exécution comme étant devenue impossible par suite de circonstances non imputables au recourant, n'aurait pas dû logiquement conclure à sa libération, ou tout au moins le considérer comme tenu seulement en vertu des règles sur l'enrichissement illégitime rappelées à l'alinéa 2 de l'art. 119 CO. Mais ce qui est certain, c'est que si le recourant avait obéi à la mise en demeure qui lui a été signifiée le 1^{er} avril, il aurait pu, sans aucune difficulté, exécuter le contrat et prendre livraison de la marchandise avant l'adoption et la mise en vigueur de l'arrêt du Conseil fédéral du 14 avril. Dès lors Fraisse doit être considéré comme responsable des conséquences de son retard en vertu de l'art. 103 CO. Sans doute, cette disposition légale vise seulement l'exécution tardive, tandis qu'en l'espèce c'est de l'inexécution que se plaint le demandeur. Mais OSER (Kommentar ad art. 103 note 3) considère le débiteur comme responsable du cas fortuit — et on doit sans hésiter y assimiler la

force majeure — quand il s'est produit pendant la demeure et estime qu'il répond non seulement de la perte de la chose, mais encore de sa détérioration ou de la diminution de sa valeur économique. C'est cette dernière éventualité qui s'est produite en l'espèce; l'instance cantonale a admis en effet que le salol acheté par le recourant au prix de 7000 fr. a subi une diminution de valeur considérable et qu'il n'a pu être réalisé ultérieurement que pour 3240 fr. 40; elle a constaté en outre que cette réalisation a eu lieu de bonne foi. Dans ces circonstances, le demandeur était bien en droit de réclamer au recourant la différence entre ce montant et le prix convenu, soit la somme de 3759 fr. 60 qui lui a été accordée par la Cour de justice civile. Au surplus la demande pourrait être admise en application des art. 93 et 94 CO; il n'est point contesté en effet que le « salol » est une substance « sujette à déperissement »; le demandeur était donc en droit d'en exiger la résiliation, après sommation préalable, et c'est bien dans ce sens qu'il a agi en juillet 1916.

le Tribunal fédéral prononce:

Le recours est écarté et l'arrêt cantonal est confirmé.

16. Urteil der I. Zivilabteilung vom 15. März 1918
i. S. Botta gegen Vidiella.

Art. 82 OR: Einrede des nichterfüllten Vertrages wegen Nichtlieferung eines von mehreren Kaufgegenständen.

A. — Am 8. Februar 1917 bestellte der Beklagte Vidiella beim Reisenden des Klägers unter Genehmigungsvorbehalt des Verkäufers 15 Fass Montagner und 5 Fass Alicante, lieferbar sofort und zahlbar innert 30 Tagen. Mit Zuschrift vom 14. Februar genehmigte der Kläger diesen Vertrag, erklärte jedoch, den Wein nicht sofort liefern zu können,

da die Ware zur Zeit schwer erhältlich sei, er hoffe der Beklagte werde noch kurze Zeit Geduld haben. Hierauf antwortete der Beklagte nicht. Am 22. Februar sodann berichtete der Kläger dem Beklagten, er könne nunmehr den Alicante liefern, hinsichtlich des Montagner dagegen müsse er noch Geduld haben, bis er ihn erhalte. Der Beklagte hat daraufhin um Lieferung des Alicante gebeten, ohne hinsichtlich des Montagners einen Vorbehalt zu machen. Am 28. Februar gelangte er in den Besitz des Alicantes und am 16. März stellte ihm der Kläger Rechnung dafür. Der Beklagte verweigerte jedoch die Zahlung bis er auch den Montagner erhalten haben werde und sandte dementsprechend die ihm vom Kläger am 22. und nochmals am 27. März zugestellte Tratte per 3. April 1917 zurück. Daraufhin hat ihn der Kläger auf Zahlung des Fakturbetrages, plus Protestkosten, nämlich auf 2910 Fr. 30 Cts. nebst Zins zu 5% seit 3. April 1917 eingeklagt.

B. — Die erste Instanz hat diese Klage zur Zeit abgewiesen und auf die Appellation des Klägers hin, hat die Vorinstanz das erstinstanzliche Urteil bestätigt. Sie ist dabei davon ausgegangen, es handle sich um ein « Gesamtlieferungsgeschäft », das den Beklagten erst nach Lieferung beider Weine zur Zahlung verpflichtete. Zwar habe der Beklagte dem Kläger hinsichtlich des Montagner einen kurzen Lieferungsaufschub bewilligt, derselbe sei aber längst abgelaufen und der Beklagte habe daher mit Recht dem Kläger die Einrede des Art. 82 OR entgegengehalten. Hiezu sei er um so eher berechtigt, als er sich zur Hinterlegung des Kaufpreises bereit erklärt habe. Uebrigens habe der Kläger dadurch, dass er im Prozess die Erklärung abgegeben, er werde erst liefern, wenn er für den Alicante bezahlt sei, eingestanden, dass er jetzt liefern könnte. Er sei daher auf alle Fälle im Leistungsverzug. Eine Minderheit des Obergerichtes hat die Appellation gutheissen wollen, weil der Beklagte dadurch, dass er dem Kläger auf dessen Anzeige, er könne den Montagner