

Zinsverfall schon entsprechend vorher; die Zinsperioden und die ortsüblichen Zinstage sind aus den Akten nicht ersichtlich) kündigen können. Diese Kündigung ist unterblieben, vielmehr wurde die Fälligkeit der Schuldbriefe erst durch den im Frühjahr 1933 über den Schuldner Trüb ausgebrochenen Konkurs herbeigeführt. Sache des Klägers wäre es daher gewesen, den Nachweis zu leisten, dass der Schuldner Trüb bereits in jenem früheren Zeitpunkte zahlungsunfähig gewesen ist. Er hat das aber nicht einmal behauptet, geschweige denn nachgewiesen.

Damit erweist sich der eingeklagte Gewährleistungsanspruch als unbegründet. Auf die Frage, ob die Nichtanmeldung beim öffentlichen Inventar über den Nachlass des Zedenten Rey ohnehin die Verwirkung zur Folge gehabt hätte, und ob die Beklagte aus der Erbschaft heute noch bereichert sei (Art. 590 ZGB), braucht unter diesen Umständen nicht eingetreten zu werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Aargau vom 8. Februar 1935 bestätigt.

25. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 29 mai 1935
dans la cause **Dame Giron contre Dr X.**

Mandat, contrat d'entreprise, responsabilité civile du dentiste (art. 363, 367, 368, 394 et 398 CO).

Le rapport entre dentiste et patient est celui du contrat d'entreprise en tant qu'il s'agit de travaux de technicien-dentiste et celui du mandat en tant qu'il s'agit de soins médicaux.

Engage sa responsabilité le dentiste qui néglige d'ancrer convenablement des couronnes, comme aussi celui qui, avant de les placer, omet de s'assurer de l'état intérieur des dents alors qu'il a des motifs de supposer des troubles à la pointe des racines.

La question de la faute professionnelle est une question de droit que le Tribunal fédéral peut revoir en prenant dûment en considération l'avis des experts.

A. — D'août 1928 à juillet 1930, le Dr X, dentiste à Genève, a donné ses soins à la recourante. Il reconnaît, dans son mémoire du 20 octobre 1931, que M^{me} Giron, qui avait été soignée précédemment par deux ou trois dentistes, est venue lui demander de remplacer plusieurs couronnes d'or dont les unes étaient trouées, d'autres tombées,

Le praticien, sans procéder à un examen des racines, plaça huit nouvelles couronnes. Deux s'étant détachées, il les remplaça.

Le 23 juin 1930, M^{me} Giron se rendit à Lausanne chez le Dr Fitting et lui apporta les couronnes placées par le Dr X; toutes étaient tombées.

Le Dr Fitting lui conseilla de retourner chez le Dr X et d'exiger un examen radiographique.

Le dentiste remplaça les couronnes, mais elles tombèrent de nouveau et, le 15 septembre 1930, M^{me} Giron revint chez le Dr Fitting, ses couronnes à la main. Le Dr Fitting fit alors des radiographies et constata:

que presque toutes les dents dont les couronnes étaient tombées et d'autres encore revêtues de couronnes présentaient des foyers purulents au sommet des racines;

que les obturations n'avaient pas été faites convenablement avant la pose des couronnes.

M^{me} Giron, qui souffrait beaucoup et se sentait atteinte dans sa santé générale, s'est fait soigner ensuite par différents médecins. Elle leur a payé au total 2300 fr. 50.

B. — La note du Dr X — note qui s'arrête au 15 octobre 1930, ce qui a été fait ensuite n'ayant pas été facturé — se montait à 1695 fr., somme sur laquelle le praticien reconnaît avoir reçu 600 fr. d'acomptes. Le 14 octobre 1930, le dentiste notifia à la recourante commandement de payer le solde de son compte, soit 1095 fr. M^{me} Giron ayant fait opposition, le demandeur l'assigna le 30 avril 1931 en paiement de la somme réclamée.

La recourante riposta le 27 juin 1931 en adressant au demandeur commandement de payer la somme de 10 000 francs à titre de dommages-intérêts.

Le 21 avril 1931, soit environ neuf mois après l'achèvement des travaux de prothèse dentaire, la recourante avait requis provisionnellement du Président du Tribunal de 1^{re} instance de Genève la nomination d'un expert chargé de vérifier si les soins de l'intimé avaient été donnés conformément aux règles de l'art.

Le Dr de Trey, dentiste à Lausanne, déposa son rapport le 19 juin 1931. Ce rapport se résume ainsi :

« Les travaux du Dr X n'ont pas été faits suivant les règles de l'art. Il a commis une faute professionnelle en ne contrôlant pas au moyen d'un examen radiographique l'état des racines avant de faire un travail quelconque de reconstruction des couronnes. L'ancrage de ces dernières était en outre insuffisant. Il y a donc eu — dit l'expert — défaut évident soit dans le diagnostic sur l'état des racines, soit dans la construction technique des couronnes et des aurifications. Les conséquences de ces faits sont que Mme Giron perd tout l'avantage de la reconstruction de ses dents, les 9/10 de ces traitements étant à refaire. Elle a de plus subi une perte de temps sérieuse pendant lequel le mal dans le périoste suit son cours et, quoique à développement lent, s'étend encore certainement pendant ce temps. Elle se trouve à la merci de complications aiguës qui peuvent survenir tout à coup. »

L'expert ajoute : « J'estime de 1800 à 2000 fr. le coût approximatif de la reconstruction indispensable à faire, sans le coût des traitements des racines. Ce dernier est très difficile à fixer et très approximatif ; dix traitements de racines occasionneront probablement une dépense de 800 fr. à 2000 fr. pour réparer les dégâts du périoste provoqués, comme dit plus haut, en grande partie par les dentistes qui ont traité Mme Giron avant qu'elle entre en traitement chez le Dr X et pour les aggravations évidentes qu'ont causées les erreurs de ce dernier. »

Les honoraires de M. de Trey se sont montés à 150 fr. Le reçu de cette somme est au dossier de la recourante.

Le demandeur a conclu au paiement de sa note, et

Mme Giron a formé une demande reconventionnelle de 11,474 fr., y compris 1000 fr. pour honoraires d'avocat.

Les deux parties offraient de prouver, l'une que ses soins avaient été donnés conformément aux règles de l'art, l'autre que le dentiste avait commis les fautes professionnelles relevées dans le rapport du Dr de Trey et lui avait causé un préjudice égal au montant de la somme réclamée reconventionnellement.

C. — Le Tribunal entendit quatre médecins dentistes :

Le Dr Pfäeffli déclare qu'il n'emploie la radiographie que s'il a des doutes sur l'état intérieur de la dent à couronner ; il ajoute : « Le simple fait qu'une couronne d'or est tombée peut entraîner ou favoriser l'infection de la dent ». — Le Dr Schaer distingue entre la première pose d'une couronne, qui nécessite, selon lui, un examen radiographique de la dent, et le renouvellement d'une couronne. Dans ce dernier cas, il n'y a pas faute professionnelle à ne pas procéder à une radiographie, si des signes cliniques ne décèlent pas le mauvais état des racines. Mais « il est inadmissible, en tout cas, de couronner une dent sans en vérifier l'état par les moyens cliniques ».

Le Dr Pfäeffli estime en outre que l'absence d'un pivot central — comme le demandeur l'a reconnu — était une des causes de la chute des couronnes chez Mme Giron.

D'après les Drs de Trey et Fitting, il est inadmissible de couronner des dents sans avoir préalablement vérifié par la radiographie l'état des racines. Ces deux médecins ne font aucune distinction entre la pose d'une première couronne et un remplacement. Ils admettent sans aucune réserve la faute professionnelle du Dr X, M. de Trey admet même que le médecin qui n'a pas d'appareil radiographique doit envoyer son client chez un spécialiste. Il précise avoir établi l'état des racines à l'époque de l'intervention du Dr X, « sur la déclaration » de ce dentiste « qu'au moment où il a entrepris les travaux, les dents de Mme Giron, sur lesquelles il a posé les couronnes par la suite, étaient des dents qui ne manifestaient aucune vita-

lité ». « Dans ce cas-là, remarque M. de Trey, le dentiste doit supposer qu'il y a probablement des troubles à la pointe de la racine » et alors « le traitement n'a pas été fait complètement ».

Les Dr de Trey et Fitting déclarent que tout le traitement est à refaire, qu'il coûtera cher et que M^{me} Giron subit un sérieux préjudice.

Par jugement du 20 décembre 1932, le Tribunal a admis que le défendeur avait fixé insuffisamment les couronnes, mais qu'en l'absence de signes cliniques décelant le mauvais état des racines, il avait pu, sans commettre une faute professionnelle, ne pas faire de radiographie préalable. Par conséquent, le Tribunal a réduit la note du demandeur de 900 fr. et a alloué à M^{me} Giron 450 fr. à titre de dommages-intérêts, y compris 100 fr. pour honoraires d'avocat. En définitive, le Tribunal a accordé 195 fr. au dentiste et 450 fr. à M^{me} Giron, les deux sommes se compensant à due concurrence, chaque partie gardant ses propres frais.

D. — La défenderesse a appelé de ce jugement et réduit ses conclusions à 10 000 fr., sous déduction du montant impayé de la note du demandeur, soit 1095 fr.

Le demandeur a conclu à la confirmation du jugement déferé, en reprenant subsidiairement ses conclusions déjà soumises au Tribunal de première instance et tendant à la nomination d'experts.

Par arrêt du 29 janvier 1935, la Cour de Justice civile du Canton de Genève a adopté les motifs des premiers juges sur le principe de la responsabilité du dentiste, mais a porté l'indemnité allouée à M^{me} Giron de 450 à 800 fr., en mettant cependant à sa charge les 4/5 des dépens d'appel.

E. — Contre cet arrêt, la défenderesse a recouru en réforme au Tribunal fédéral ; elle reprend ses conclusions.

L'intimé a conclu au rejet du recours.

Considérant en droit :

1. — Dans l'affaire Rüttimann contre Tripet (arrêt du 20 juin 1921, RO 47 II p. 215), le Tribunal fédéral a qualifié de contrat d'entreprise régi par les art. 363 et sv. CO le rapport juridique entre client et technicien-dentiste chargé d'une *prothèse* dentaire (fixation de ponts et pose de couronnes). Cette jurisprudence s'applique au remplacement des couronnes par le demandeur chez la défenderesse.

En revanche, autant qu'il s'agit d'un *traitement* dentaire, le rapport entre médecin et patient est celui du mandat, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral (RO 53 II p. 419).

Dans la première hypothèse, le juge doit examiner si l'entrepreneur a exécuté convenablement l'ouvrage ; dans la seconde, si le mandataire s'est acquitté convenablement de sa mission. Dans l'une et l'autre hypothèse, la question à résoudre est celle de la faute professionnelle reprochée au praticien.

D'après de nombreux arrêts du Tribunal fédéral, la question de la faute imputable au médecin est une question non de fait, mais de droit, car elle nécessite l'appréciation des actes ou omissions du praticien au regard de ses obligations professionnelles. C'est là une appréciation juridique encore que, pour la formuler, le juge doive faire appel aux hommes de l'art (RO 34 II p. 37 c. 4 ; 53 II p. 427 ; v. exposé des principes jurisprudentiels dans Journ. des Trib. 1932, p. 514 et sv.). Les experts sont les auxiliaires du juge ; par leurs constatations et leurs avis de spécialistes, ils doivent aider le magistrat à résoudre les questions débattues dans le procès (RO 34 II p. 39). Seuls ils sont en mesure de dire ce que l'on peut exiger d'un médecin, de préciser comment il doit procéder et d'exposer ce qui, d'après l'expérience, constitue une faute professionnelle (RO 57 II p. 203). Si donc, en principe, le juge n'est pas lié par les conclusions des experts, et reste libre de résoudre la question de la faute selon sa conviction morale

(RO 34 II p. 39 c. 4), l'avis des techniciens a pour lui une importance considérable.

2. — La défenderesse reproche au demandeur deux fautes professionnelles, soit :

- a) d'avoir mal « ancré » les couronnes ;
- b) d'avoir placé des couronnes neuves sur des racines malades, mal obturées par un précédent praticien, sans procéder à un examen radiographique et un traitement préalables.

Ad a) La première de ces fautes est purement technique ; elle s'apprécie selon les principes du contrat d'entreprise. Aux termes de l'art. 367, dernier alinéa CO, chacune des parties a le droit de demander, à ses frais, que l'ouvrage soit examiné par des experts et qu'il soit dressé acte de leurs constatations. La défenderesse a usé de cette faculté en faisant commettre le Dr de Trey en qualité d'expert. Contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire Rüttimann contre Tripet, on ne saurait reprocher à M^{me} Giron d'avoir agi trop tard.

En vertu de l'art. 368, premier alinéa, CO, l'ouvrage défectueux peut être refusé et l'entrepreneur en faute condamné à des dommages-intérêts.

La faute technique du demandeur est manifeste. Le demandeur ne la conteste d'ailleurs pas. Il l'a même reconnue expressément vis-à-vis du Dr de Trey et implicitement en n'appelant pas du jugement de première instance. L'absence de pivot central — ancrage insuffisant — a été une des causes de la chute des couronnes. Cette faute n'est pas grave en elle-même ; supposé que les racines eussent été saines, elle aurait simplement nécessité le remplacement des couronnes selon les règles de l'art. Les premiers juges et la Cour d'appel ont justement apprécié la portée de cette faute en rejetant la demande principale dans la mesure où le dentiste réclama le paiement d'un travail devenu inutile parce que mal exécuté.

Ad b) L'appréciation de la seconde faute est plus délicate, car sur ce point l'avis des médecins consultés n'est

pas unanime. Les uns estiment qu'une radiographie préalable s'impose dans tous les cas ; les autres font des réserves et des distinctions. Il n'est toutefois pas nécessaire de prendre parti dans le débat. Pour la solution du présent litige, il suffit de constater que même d'après les docteurs Pfaeffli et Schaer, dont la manière de voir est la plus favorable au demandeur, « le simple fait qu'une couronne d'or est tombée peut entraîner ou favoriser l'infection de la dent » (Dr Pfaeffli) et qu'il est « inadmissible, en tout cas, de couronner une dent sans en vérifier l'état par les moyens cliniques » (Dr Schaer). Aussitôt que le praticien peut avoir un doute quelconque sur l'état intérieur de la dent à couronner, il doit, sous peine de commettre une faute professionnelle, employer les moyens d'investigation à sa disposition pour s'assurer que les racines sont saines. Placer des couronnes sur des racines malades expose en effet le patient à des risques graves non seulement pour ses dents, mais pour sa santé générale.

Dans le cas particulier, le demandeur, contrairement à ce que la Cour cantonale admet, devait avoir des doutes sur l'état intérieur des dents dont il fallait remplacer les couronnes.

Le fait même que plusieurs couronnes sinon toutes étaient tombées aurait dû le mettre en garde, étant donné le danger d'infection signalé par le Dr Pfaeffli. En outre et surtout, le Dr de Trey constate qu'« au moment où » l'intimé a « entrepris les travaux », les dents de M^{me} Giron sur lesquelles il a posé les couronnes par la suite étaient des dents « qui ne manifestaient aucune vitalité » et il estime que, par conséquent, le dentiste aurait dû « supposer qu'il y avait probablement des troubles à la pointe de la racine ». Cela étant, le demandeur n'avait qu'une alternative : ou bien enlever les obturations faites par le praticien qui avait posé les couronnes tombées par la suite, s'assurer de l'état des racines, les traiter au besoin ; ou bien procéder ou faire procéder préalablement à une radiographie.

Le demandeur n'a pris ni l'une ni l'autre de ces précautions. Il s'est ainsi rendu coupable d'une négligence qui engage sa responsabilité et l'oblige à payer des dommages-intérêts, du moment qu'à dire d'expert elle a eu pour conséquence des « aggravations évidentes » de l'état des dents de la défenderesse.

Quant au chiffre de l'indemnité, il convient de considérer qu'une grande part de responsabilité incombe aux dentistes qui ont traité M^{me} Giron avant le Dr X et que le lien de causalité apparaît éloigné entre l'omission imputable au demandeur et le dommage causé à la défenderesse. Dès lors, il est suffisant de porter à 1500 fr. la somme accordée par la Cour de Justice civile et de modifier la répartition des dépens.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

admet partiellement le recours et réforme l'arrêt attaqué dans ce sens que l'indemnité due par le demandeur à la défenderesse est portée à 1500 fr., les dépens des deux instances cantonales étant mis pour les 3/4 à la charge du demandeur et pour 1/4 à celle de la défenderesse.

26. Urteil der I. Zivilabteilung vom 4. Juni 1935 i. S. Gebrüder Kunz gegen Strauss & Co.

Unklagbares Differenzgeschäft (Art. 513 OR). Art. 513 ist um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellt (Erw. 1).

Kriterium für den Spielcharakter: Ausschluss der wirklichen Erfüllung durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenseinigung; letztere ersichtlich aus sog. Differenzumständen: Mangelnde Sachkenntnis und mangelnder Zusammenhang mit der sonstigen Geschäftstätigkeit als solche (Erw. 3).

Auf Aktenwidrigkeitsrügen ist nur einzutreten, soweit sie auf die rechtliche Beurteilung von Einfluss sind (Erw. 2).

A. — Die Beklagten, Gebrüder Kunz, Metzgerei und Wurstwaren, Chur, traten zu Beginn des Jahres 1933 durch

die Firma Alfred Färber & C^{ie}, Zürich, die die Vermittlung von Börsenaufträgen besorgt, mit der Klägerin, der Firma Strauss & Cie in Liverpool, die sich mit Warengeschäften aller Art an amerikanischen und englischen Börsen befasst, in geschäftliche Beziehungen. Die Klägerin räumte den Beklagten einen sog. Margenkredit von 100 £ ein, und die Beklagten schlossen in der Folge vom Januar bis August 1933 mit der Klägerin insgesamt ca. 45 Termingeschäfte ab, mit denen sie von der Klägerin als Selbstkontrahentin insgesamt 1530 Tonnen Weizen, 600 Ballen = 135 Tonnen Baumwolle, 326 Tonnen Kakao, 508 Tonnen Zucker, 381 Tonnen Kupfer und 254 Tonnen Blei kauften und nachher, durchwegs vor Eintritt des Lieferungstermins, wieder an die Klägerin zurückverkauften. Sowohl die Abschlussbestätigungen der die Aufträge vermittelnden Firma Färber & C^{ie}, wie die Begleitschreiben, mit denen diese Firma die von der Klägerin gesandten Originalkontrakte an die Beklagten weiterleiteten, trugen den Vermerk: « Es ist Lieferung oder Übernahme von effektiver Ware verstanden ». Bei Käufen der Beklagten war auf den dem Originalkontrakt angefügten Allongen, die die Beklagten jeweils als Empfangsbestätigung unterzeichnet zurücksenden mussten, in englischer Sprache ein Stempel folgenden Inhalts angebracht: « Dieser Kontrakt ist Margen von nicht mehr als 100 £ unterworfen für alle offenen Verpflichtungen und Rechnungen. Margen müssen sofort bezahlt werden, sobald solche verlangt werden, andernfalls Strauss & C^{ie} berechtigt, aber nicht verpflichtet sind, einzelne oder alle offenen Engagements ohne weitere Anzeige zu liquidieren. Jeder Betrag, der Strauss & C^{ie} für einen abgeschlossenen Vertrag geschuldet wird, ist Strauss & C^{ie} sofort zu überweisen. » Die Preisdifferenz zwischen Kauf und Verkauf wurde je nach dem Ergebnis den Beklagten durch Strauss & C^{ie} als Gewinn gutgeschrieben oder als Verlust belastet. Für ihre Bemühungen schrieb sich die Klägerin Provisionen nach bestimmten Ansätzen gut. Die Beklagten erhielten verschiedentlich