

genügendem Masse gerecht, besonders wenn man in Betracht zieht, dass die Beklagte nach den Akten bisher mit verschwindenden Ausnahmen während höchstens 2 Stunden täglich geröstet hat und dass schon dies eine übermässige Belästigung der Nachbarschaft mit sich brachte. Auf der andern Seite bedeutet die Vorschrift des Bezirksgerichts, dass nur an drei Wochentagen von 9-11 Uhr geröstet werden dürfe, keineswegs eine zu weitgehende Einschränkung für die Beklagte, da nach den Akten die Rösterei in den letzten Jahren nie mehr als 20 Stunden monatlich im Betrieb war, während nach der Regelung des Bezirksgerichts der Beklagten monatlich mindestens 24 Stunden zur Verfügung stehen. Dagegen empfiehlt es sich, die Wahl der drei Tage nicht der Beklagten anheimzustellen, sondern sie zum vorneherein festzulegen, damit die Kläger genau wissen, wann sie mit einer Geruchsbelästigung zu rechnen haben und sich dementsprechend einrichten können. Dabei hätte die Vorinstanz auf die geschäftlichen Bedürfnisse der Beklagten gebührend Rücksicht zu nehmen.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

1. — Die Anschlussberufung wird abgewiesen.
2. — In Gutheissung der Hauptberufung wird das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. Dezember 1938 aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

Vgl. auch Nr. 20, 31. — Voir aussi nos 20, 31.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

31. Arrêt de la I^{re} Section civile du 13 juin 1939 dans la cause Lathion c. Martignoni.

Le mandat par lequel une personne s'engage envers une autre à acheter l'immeuble d'un tiers pour le rétrocéder au mandant n'est en principe pas soumis à la forme authentique.

Réserve est faite du cas où le mandant pourrait renoncer à son droit de révoquer le mandat ou la procuration, et du cas où le mandat tendrait à rendre possible la conclusion d'un contrat de vente qui, sans cela, échouerait devant l'exigence de la forme authentique.

Der Auftrag, die Liegenschaft eines Dritten zu erwerben, um sie dem Auftraggeber zu übertragen, bedarf grundsätzlich nicht der öffentlichen Beurkundung.

Vorbehalten bleiben der Fall der vertraglich vereinbarten Unwiderruflichkeit des Auftrages oder der Vollmacht, sowie der Fall, dass mit dem Auftrag der Abschluss eines Kaufvertrages angestrebt wird, der sonst am Erfordernis der öffentlichen Beurkundung scheitern müsste.

Il mandato, in virtù del quale il mandatario si obbliga a comperare un immobile di un terzo per retrocederlo al mandante, non è soggetto, in massima, alla forma autentica.

E' riservato il caso, in cui il mandante rinuncia al suo diritto di revoca del mandato o della procura, come pure è riservato il caso, in cui il mandato mira a rendere possibile la conclusione di un contratto di vendita, che, altrimenti, non sarebbe possibile per l'esigenza della forma autentica.

Jean Martignoni était propriétaire, à Thovex, d'une maison d'habitation avec jardin et deux petits prés, estimés au cadastre 4500 francs. Comme il était dans une situation obérée et que ses immeubles allaient être vendus par l'office des poursuites au plus offrant, il conçut le projet, pour les garder, de les faire reprendre par sa femme. Or il fallait d'abord assurer celle-ci contre une intervention de Maurice Lathion, qui apparaissait comme un acquéreur possible du fait qu'il avait à se couvrir d'une perte de 723 fr., éprouvée en qualité de caution de Jean Martignoni. C'est le but de la convention conclue le 17 décembre 1937

entre dame Martignoni et Lathion, par laquelle la première reconnaît devoir au second ladite somme de 723 fr., moyennant qu'il la laisse acheter aux enchères les immeubles de son mari. Mais dame Martignoni se rendit compte que, sans fortune et mariée sous le régime de l'union des biens, elle éprouverait des difficultés à se porter acquéreur des immeubles mis en vente. Le 3 janvier 1938, jour des enchères, Lathion accepta d'agir pour son compte selon acte conçu en ces termes :

« Thovey, le 3 janvier 1938.

» Martignoni Agnès donne l'autorisation au soussigné de faire l'achat de l'immeuble de son mari pour elle. Le soussigné doit lui revendre pour son prix d'achat plus 723 fr. »

(*sig.*) Mce Lathion.

C'est effectivement Lathion qui se présenta aux enchères et fit l'acquisition pour le prix de 3550 francs.

Les époux Martignoni se mirent alors en devoir de se procurer les fonds nécessaires à la reprise du marché. Mais, avant qu'ils pussent les réunir, Lathion vendit les immeubles à un nommé Glassey.

Dame Martignoni a intenté à Lathion une action en dommages-intérêts qui a été admise en principe par la Cour cantonale et le Tribunal fédéral.

Sur la validité du mandat conféré à Lathion par dame Martignoni, le Tribunal fédéral a considéré ce qui suit :

Le Tribunal cantonal a vu dans l'acte du 3 janvier 1938 par lequel le défendeur était chargé d'acquérir aux enchères les immeubles Martignoni, avec obligation de les revendre à la demanderesse, un contrat de mandat. Le défendeur soutenait au contraire et soutient encore devant le Tribunal fédéral qu'il s'agissait en réalité d'une promesse de vente, laquelle serait nulle faute d'observation de la forme authentique (art. 216 al. 2 CO). Cette thèse est en contradiction avec la commune intention des parties lors de la conclusion de leur accord. Dame Martignoni voulait devenir propriétaire des immeubles de son mari ;

mais, comme elle avait des raisons de ne pas se porter elle-même acquéreur aux enchères, elle est convenue avec Lathion qu'il acquerrait en son nom à lui, mais pour son compte à elle (« pour elle » dit la pièce ; malgré les termes « donne autorisation », il n'y avait pas procuration). Dans la forme en tout cas, le défendeur recevait un mandat qui impliquait l'obligation de faire tout le nécessaire afin que la demanderesse devînt, par son intermédiaire, propriétaire des immeubles de son mari. Dans la mesure toutefois où, pour exécuter son mandat, Lathion devait acheter les immeubles de l'office des poursuites et les rétrocéder ensuite à dame Martignoni, on pourrait être tenté de voir dans ce double engagement l'obligation de passer des conventions futures au sens de l'art. 22 CO. Mais, d'abord, il est pour le moins douteux, en ce qui concerne la première opération, que l'engagement de participer à une vente aux enchères soit soumis à une forme particulière à laquelle ne sont subordonnées ni les offres formulées, ni l'adjudication (HAAB, Comment. note 4 à l'art. 657, p. 237 ; ROTH, Der Vorvertrag, p. 360). D'autre part et quoi qu'il en soit du point précédent, il a été jugé que le mandat par lequel une personne s'engage envers une autre à conclure un contrat avec un tiers n'est en principe soumis à l'observation d'aucune forme, même si le contrat à conclure est subordonné à l'observation d'une forme particulière, comme c'est le cas pour la vente immobilière ; il en est ainsi soit que le mandataire doive conclure le contrat au nom du mandant (cf. art. 459 al. 2 CO), soit qu'il doive le faire en son nom mais pour le compte du mandant (RO 64 II 228/229 ; cf. aussi RO 57 II 502). La conclusion de la vente avec un tiers n'apparaît pas comme l'objet du mandat mais comme l'exécution du service promis. S'il ne passe pas l'acte, le *mandataire* est tenu en vertu des art. 397 et ss CO, non pas en qualité de promettant-acheteur (sauf stipulation pour autrui en faveur du tiers, art. 112 CO : cf. RO 57 II 506). De même, si le mandataire est tenu de rétrocéder l'immeuble à son mandant par

acte authentique, il ne faut pas voir dans le mandat une promesse de vendre distincte, mais une obligation découlant de la nature du rapport qui lie les parties, obligation que celles-ci n'ont même pas besoin de prévoir, car elle est statuée par la loi (art. 400 CO). Par ailleurs, le mandataire n'agit pas dans son propre intérêt, de sorte qu'il n'a pas besoin d'une protection spéciale. Quant au *mandant* lui-même, il se propose certes d'acquérir l'objet qu'il charge le mandataire de se procurer ; mais, sauf stipulations particulières, il ne s'y oblige pas ni envers le mandataire, ni envers le tiers ; il est en mesure, en révoquant le mandat (art. 404 CO), d'empêcher la passation de la vente. Il faut réserver le cas où le mandant renoncerait — dans la mesure compatible avec les art. 404 et 34 al. 2 CO — à son droit de révoquer le mandat ou la procuration et s'obligerait ainsi pratiquement à reprendre le marché ; les parties éluderaient de la sorte, au préjudice du mandant, la forme authentique destinée à protéger le promettant-acheteur. D'autre part, le Tribunal fédéral a déjà fait une exception pour le cas où le mandat tendrait à rendre possible la conclusion d'un contrat de vente qui, sans cela, échouerait devant l'exigence de la forme authentique (RO 64 II 229). On n'est pas, en l'espèce, en présence d'hypothèses de ce genre. Le mandat donné au défendeur le 3 janvier 1938 était par conséquent valable sans l'observation de la forme authentique.

32. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 20 septembre 1939
dans la cause Péroilles-Square S. A. c. Société coopérative Cobac.

Un vice du consentement peut, en principe, entraîner la nullité du contrat de crédit à terme différé.

Ein Willensmangel kann grundsätzlich die Unverbindlichkeit des Bausparvertrages nach sich ziehen.

Un vizio del consenso può portar seco, in linea di massima, la nullità del contratto di credito a termine differito.

Résumé des faits :

En 1935 et 1936, la S. A. Péroilles-Square a conclu avec la Société coopérative Cobac (appelée ci-dessous « la Cobac ») divers contrats de crédit à terme différé. En 1937, elle actionna la Cobac en nullité de ces contrats, qu'elle prétendait avoir été induite à conclure par le dol de l'agent acquisateur de la défenderesse.

Le juge cantonal ayant admis partiellement les conclusions de la demande, les deux parties ont recouru en réforme au Tribunal fédéral. Celui-ci a rejeté les deux recours.

Extrait des motifs :

1. — Il s'agit, en l'espèce, uniquement de rechercher si les contrats de crédit conclus entre les parties sont nuls en raison de l'erreur essentielle dans laquelle la demanderesse se serait trouvée ou encore en raison d'un dol dont répondrait la défenderesse. L'examen de cette question serait superflu et la demande devrait être rejetée dès l'abord dans le cas où les vices du consentement et, en particulier, l'erreur essentielle ou le dol ne pourraient, en principe, entraîner la nullité du contrat de crédit à terme différé, tel que le prévoient l'arrêté du Conseil fédéral du 29 septembre 1934 et l'ordonnance de la même autorité du 5 février 1935. Le Tribunal fédéral a, sans doute, jugé qu'il en est ainsi en matière de souscription d'actions d'une société anonyme (ATF 39 II 534, 64 II 281). Mais si les contrats de crédit à terme différé conclus par une même caisse sont, dans une large mesure, interdépendants, leur interdépendance, toutefois, est purement économique et leurs différents titulaires, à la différence des souscripteurs d'actions, ne sont liés entre eux ni *ex contractu* ni *ex lege*. Ils peuvent dès lors conclure d'un vice du consentement à la nullité du contrat. Cette solution s'impose d'autant plus que l'arrêté du 29 septembre 1934 et l'ordonnance du