

worauf auch die Beklagten in ihrer Berufungsschrift sich nicht mehr einlassen, mag einfach auf die Begründung des vorinstanzlichen Urteils hingewiesen werden. Die Frage, ob trotz des Verzuges des Käufers in der Annahme der Ware, demselben die Prüfung im Sinne von Art. 246 D.-R. noch immer zustehe, wurde von der Vorinstanz deswegen nicht gelöst, weil von Seite der Beklagten unterlassen wurde, ein bezügliches ausdrückliches Begehren zu stellen. Die Entscheidung der Vorinstanz beruht also auch in diesem Punkte auf bloßer Anwendung des kantonalen Prozessrechtes und entzieht sich daher insoweit der bundesgerichtlichen Prüfung. Aus demselben Grunde braucht auch nicht geprüft zu werden, ob die Beklagten, wenn sie die Dualität der Ware bemängeln wollten, ihre sachbezüglichen Einwendungen nicht schon im gegenwärtigen Prozesse geltend machen mußten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem Urtheile des Handelgerichtes des Kantons Zürich vom 2. November 1894 sein Bewenden.

27. Arrêt du 15 février 1895 dans la cause Mahler & C^{ie}
contre Girard.

Le 24 octobre 1892, les demandeurs ont écrit à la maison Girard-Demartines, distillateur-liquoriste à Morges, pour attirer l'attention de celle-ci sur un nouvel appareil, inventé par William Saint-Martin, 7, rue Gavarni à Paris, et destiné au mûrissement instantané des alcools. Au dire de Mahler & C^{ie} les alcools traités sont prêts à être livrés à la consommation après avoir passé à la machine, et après le temps nécessaire pour le repos du liquide, c'est-à-dire 15 jours ou un mois au plus après l'opération. Le prix de l'appareil est de 3000 fr., frais de transport à la charge de l'acheteur; au moyen de cette machine, on peut traiter 10 à 12 hectolitres d'alcool en 10 heures. En terminant, Mahler & C^{ie} recommandent vive-

ment à la maison Girard-Demartines de faire l'acquisition de cet appareil, et lui offrent de fournir l'oxygène comprimé nécessaire à son fonctionnement.

Avec leur lettre du 24 octobre 1892 les demandeurs ont envoyé à la défenderesse un prospectus contenant la description de l'appareil et des détails sur la manière de l'employer.

Dans la notice de ce prospectus, on lit entre autres :

« Comme on peut le voir par le dessin, l'appareil n'offre aucune complication, l'entretien en est facile, il peut fonctionner à la main ou par force motrice à volonté. Une seule personne suffit pour son maniement, et il peut s'installer dans un espace d'un mètre carré. Les essais seront faits sur place et gratuitement. »

Par lettre du 21 janvier 1893, le sieur Decroux, fondé de procuration de la maison Girard-Demartines, demande à Mahler & C^{ie} divers renseignements sur l'appareil offert. Decroux désire savoir quels sont les résultats de cette méthode de traitement des alcools, quels sont les accessoires nécessaires et leur coût, si le maniement à la main de l'appareil se fait facilement sans trop fatiguer un homme qui ferait ce travail pendant plusieurs heures consécutives ou si un moteur serait nécessaire pour un travail prolongé. Après s'être informé du montant des droits d'entrée, des frais de transport et de pose, Decroux termine en demandant à Mahler & C^{ie} s'ils ont vendu des appareils Saint-Martin dans la Suisse romande, où il pourrait les voir fonctionner.

Par lettre du 28 janvier Decroux s'informe si le gaz oxygène comprimé n'offre pas des dangers d'explosion, et si les récipients fournis par la Compagnie « Continental Oxygène » à Londres, dont Mahler & C^{ie} se disent concessionnaires, sont assez forts pour écarter tout péril.

En réponse à ces deux lettres, Mahler & C^{ie} ont écrit, en date du 1^{er} février 1893, que le prix de 3000 francs comprend l'appareil Saint-Martin pour traiter les liquides par l'oxygène avec tous les accessoires nécessaires, et prêt à fonctionner. En vue de s'assurer la clientèle de la maison Girard, les demandeurs offrent de livrer l'appareil au même prix, rendu

à Morges. « Pour vous prouver, poursuivent-ils, que nous sommes absolument sûrs du bon fonctionnement de l'appareil, nous sommes prêts à vous le fournir à titre d'essai pour tout un mois, en ce sens que si après un mois vous n'étiez pas satisfaits de l'appareil, vous pourriez nous le renvoyer, et vous n'auriez à votre charge que les frais de transport et de droits d'entrée (au maximum de 100 francs). » Quant au maniement de l'appareil, Mahler & C^{ie} disent que pour de petites quantités, ou pour des essais, un homme peut le faire marcher pendant une heure sans se fatiguer, et traiter pendant ce temps deux hectolitres de liquides; que pour un travail continu, un moteur sera nécessaire, à l'aide duquel on pourra traiter de 18 à 20, et à la rigueur jusqu'à 30 hectolitres. La fin de la lettre contient des détails sur l'installation de l'appareil, le traitement des liquides à l'ozone ou à l'oxygène, et des récipients destinés à comprimer le gaz comprimé, récipients dont la construction élimine tout danger d'explosion.

Aux lettres Girard-Demartines des 2, 9 et 15 février 1893, Mahler & C^{ie} ont répondu, sous date du 15 dit, entre autres, qu'ils confirment leur offre de fournir l'appareil Saint-Martin à titre d'essai pour un mois.

Par lettre du 21 février, Decroux déclare qu'il se décide à faire l'essai d'une machine Saint-Martin aux conditions suivantes :

1° Prix 3000 francs, franco droits et ports à Morges, y compris tous les accessoires, sauf mieux.

2° Faculté de pouvoir la rendre, si elle ne convient pas, moyennant le paiement des droits et frais de transport, 100 francs au plus.

3° Essai un mois.

4° Garantie de bon fonctionnement cinq ans.

5° Paiement à 4 mois, dès l'arrivée à Morges, en cas d'acceptation définitive.

6° Envoi immédiat.

Decroux fait observer que le chiffre de 2 à 3 chevaux indiqué pour la force du moteur lui paraît exagéré, dès le moment qu'un homme peut faire marcher la machine, et par

lettre du même jour il demande, comme autre condition importante, que le secret soit gardé sur son acquisition.

Le 22 février Mahler & C^{ie} se déclarent d'accord sur les conditions posées; ils ajoutent que l'« ozoniseur » n'est pas compris dans les accessoires, et qu'ils auraient préféré que Girard-Demartines consentît à payer par traite à trois mois dès la réception de l'appareil, la traite ne devant toutefois être acceptée qu'à l'échéance de l'essai d'un mois.

Le lendemain Girard-Demartines fait savoir qu'il est d'accord, et demande l'envoi immédiat de l'appareil.

Par lettre du 4 mars suivant, Mahler & C^{ie} avisent la défenderesse que, pour être tout à fait sûrs de recevoir une machine fonctionnant à la perfection, ils se sont décidés à aller faire à Paris un essai préalable, et qu'à cet effet ils désiraient savoir quels sont les liquides qu'on se propose de traiter. Le 6 dit, Decroux répond qu'il désire traiter les cognacs, l'absinthe, le kirsch, spécialement le cognac.

Le 4 avril, les demandeurs avisent Girard-Demartines que l'appareil commandé à titre d'essai a été expédié le 30 mars à son adresse. « Notre sieur Pfyffer, ajoutent-ils, viendra personnellement à Morges pour surveiller l'installation de l'appareil et pour faire les essais avec vous. » A la fin de leur lettre Mahler & C^{ie} supposent que la défenderesse a à sa disposition un petit moteur, « l'appareil n'étant pas construit pour être mû à la main. »

Decroux répond le 6 avril qu'il résulte pourtant des prospectus et de la correspondance entre parties que l'appareil devait pouvoir être mis en mouvement à la main ou au moyen d'un moteur; que la maison Girard-Demartines ne possède pas de moteur dans ses locaux, et qu'elle ne pensait en installer un que si elle acceptait définitivement l'appareil.

Le 8 avril Mahler & C^{ie} écrivent qu'ils regrettent cette absence de moteur; que le prospectus dit bien que l'appareil peut être mû à la main ou au moyen d'un moteur, mais que ces mots signifient que des machines d'un genre ou de l'autre peuvent être construites au gré de l'acheteur; que les petites machines (N° 1) sont en général celles qu'on manœuvre à la

main, les grandes comme celle qui a été expédiée exigeant une force plus considérable ; qu'ils ont cependant demandé au fabricant à quel prix l'appareil pourrait être transformé. Mahler & C^{ie} demandent à la défenderesse si elle ne peut emprunter à un voisin une petite force motrice pour faire les essais, et ils ajoutent que lorsque Pfyffer viendra à Morges pour l'installation de l'appareil, il apportera du cognac traité, afin de faire constater l'amélioration obtenue.

Le 11 avril Decroux fait remarquer que le malentendu ne provient pas de sa faute, car les demandeurs lui écrivaient le 1^{er} février que pour de petites quantités ou pour des essais un homme peut faire fonctionner l'appareil pendant une heure sans se fatiguer et traiter pendant ce temps deux hectolitres de liquide. Si Decroux avait reçu plus tôt la brochure explicative accompagnant la lettre du 8 avril, il aurait commandé une machine N° 1, qu'il prie de lui envoyer en échange de celle livrée, s'il en est temps encore.

Le 19 avril Mahler & C^{ie} annoncent que le fabricant a répondu que les machines N° 1 étant rarement demandées ne sont faites que sur commande, et que la fourniture d'une de ces machines pourrait être effectuée en 4 ou 5 semaines ; quant à la transformation de l'appareil, elle serait fort compliquée et coûterait au moins 200 francs. En conséquence Mahler & C^{ie} engagent vivement la défenderesse à faire l'essai de la machine expédiée, à l'aide du moteur dont parle sa lettre du 11 avril. Les demandeurs se déclarent prêts à partager avec la défenderesse les frais qui pourraient résulter d'un semblable essai, et ils prient enfin leur partie adverse de les avertir de l'arrivée de la machine et de leur dire le jour qui leur conviendra pour en faire l'installation.

Dans sa lettre du 21 avril, Decroux se refuse à supporter des frais, le malentendu n'étant pas son fait. Il avise Mahler & C^{ie} de l'arrivée de la machine et ajoute qu'ils peuvent venir dès le 24, en le prévenant à l'avance de leur arrivée. Decroux déclare en outre que, vu les difficultés que présente l'établissement d'un moteur hydraulique, il ne s'engage pas à accepter l'appareil reçu ; il se réserve enfin, pour le cas où l'essai réus-

sirait, de faire l'échange de la machine livrée contre un appareil N° 1 sans autres frais pour lui.

Par lettre du 24 avril, Mahler & C^{ie} annoncent l'arrivée de leur sieur Pfyffer pour le 26 dit, et acceptent les réserves et conditions posées par Decroux en date du 21 avril. Ils ajoutent : « ... pour preuve que nous ne vous imputons aucune faute dans le malentendu qui a eu lieu, nous nous sommes décidés à supporter à nous seuls les frais supplémentaires de la pose de l'appareil pour l'essai. »

Malgré la promesse contenue dans leur lettre du 4 avril, les demandeurs ne se sont pas fait représenter par Pfyffer à l'essai qui eut lieu à Morges chez les frères von Auw, entre le 26 et le 29 avril 1893. Ce fut M. Mahler qui vint, et il n'était pas porteur du cognac traité à Paris ; il reconnut qu'il avait vu l'appareil dans cette dernière ville, mais qu'il ne l'avait jamais vu fonctionner.

L'appareil, monté, fut mis en action. On s'aperçut alors que des tuyaux étaient dessoudés et Mahler reconnut que le ressort de la soupape de sûreté était trop faible pour que la pression nécessaire de 20 atmosphères pût être obtenue. Une grande quantité de liquide sortait sur plusieurs points de l'appareil et fut perdue. Des ouvriers furent appelés pour ressouder les tuyaux et faire un nouveau ressort de soupape, mais Mahler ayant reconnu que le ressort refait était encore trop faible, l'emporta à Lucerne pour en faire faire un plus fort, disant qu'il ne pouvait réparer ce ressort à Morges. L'essai susdit eut lieu au moyen de la force motrice dont disposent les frères von Auw, en présence de ceux-ci, de Mahler et de Decroux.

Le 10 mai, Mahler & C^{ie} envoient le régulateur réparé, monté à la résistance de 20 atmosphères, ainsi qu'une vis qui s'était brisée lors du montage ; les demandeurs engagent Girard-Demartines à continuer les essais avec la force motrice de von Auw frères, et en attendant, disent-ils, ils font venir pour la défenderesse une pompe marchant à volonté à bras ou au moteur. Le 13 mai la défenderesse avise les demandeurs qu'elle ne peut plus utiliser la force motrice en question, et

que dès lors un nouvel essai ne peut avoir lieu avant la réception de la nouvelle pompe.

Le 27 mai Mahler & C^{ie}, eu égard aux pourparlers de la défenderesse en vue de l'installation d'une force hydraulique, la pressent de renoncer au mécanisme à bras, en lui faisant entrevoir que dans ce cas ils feraient un rabais sur le prix.

Diverses lettres échangées entre parties concernent la concession demandée à qui de droit pour la force motrice, des renseignements sur le fonctionnement de la pompe et sur le prix du brevet pour la Suisse de l'appareil Saint-Martin, ainsi que le point de savoir si l'appareil fourni est le même qui a été essayé à Paris. Il résulte d'une de ces lettres que c'est un appareil du même genre, mais pas précisément celui qui a été essayé à Paris.

Par lettre du 20 juin, la défenderesse déclare renoncer pour le moment à l'installation d'un moteur. « Je me vois obligé, dit-elle, de revenir à ce qui était décidé primitivement entre nous, à savoir que vous devez me livrer une pompe pouvant être mise en mouvement à la main ou par un moteur à volonté... Une fois en possession de la pompe à bras, je ferai les essais convenus et laisserai reposer la marchandise traitée pour me rendre compte ensuite du résultat obtenu. Vous savez que l'essai fait avec vous ici a été incomplet et ne peut servir de base. » Elle signale ensuite quelques défauts de l'appareil et réclame des clefs pour son démontage ; elle demande enfin si Mahler & C^{ie} veulent fournir la pompe qu'ils ont promise ou s'ils autorisent à faire faire à Morges la transformation de celle qui a été livrée avec l'appareil.

Le 22 juin les demandeurs répondent qu'ils veulent bien fournir la nouvelle pompe (qu'ils n'ont en définitive jamais fournie), à condition que la défenderesse pense toujours sérieusement à acheter l'appareil Saint-Martin ; ils veulent savoir aussi combien coûterait la transformation à effectuer à Morges.

Dans sa lettre du 1^{er} juillet, Decroux écrit entre autres : « Je n'ai pas changé du tout dans mon projet d'acheter l'appareil, mais je ne puis me prononcer définitivement avant

d'avoir pu faire les essais convenus, vous savez que ce n'est pas moi qui en suis la cause, mais l'inventeur, qui n'a pas livré la pompe pouvant manœuvrer à bras comme c'était convenu. Vous savez aussi que l'essai que vous avez fait vous-même était trop imparfait pour que je puisse m'en contenter. » La défenderesse communique ensuite le devis du mécanicien Golay, s'élevant à 95 francs pour le changement du mouvement de la pompe, et à 10 francs pour support complémentaire. « Aussitôt le changement fait, conclut-elle, je ferai des essais d'une quantité importante d'eau-de-vie, et après un mois de repos de celle-ci, je me prononcerai définitivement comme il a été convenu. »

Par lettre du 4 juillet, Girard-Demartines insiste pour qu'en cas de renonciation, il n'ait à sa charge que le port et les droits d'entrée de l'appareil, soit 100 francs au plus, et, par dépêche du lendemain, Mahler & C^{ie} se déclarent d'accord.

Le 18 juillet, Girard-Demartines refuse un remboursement postal de 5 francs pour location d'un tube à oxygène, par le motif, entre autres, que c'est par la faute de Mahler & C^{ie}, ou par celle de l'inventeur, qu'il n'a pu faire les essais, attendu que, contrairement à la convention, la pompe ne peut pas marcher à bras.

Le 20 juillet Pfyffer vint à Morges sans avoir annoncé son arrivée. Il constata que la manivelle de la pompe n'avait pas même été mise en ouvrage, le mécanicien Golay ayant, au dire de la défenderesse, déclaré qu'il était trop occupé et qu'il ne pourrait faire cette manivelle qu'après les vendanges. Après avoir conféré avec les mécaniciens Golay et Salathé, Pfyffer chargea ce dernier de transformer l'appareil, et ce travail fut livré le 27 juillet.

Les demandeurs ont allégué que le 20 juillet Pfyffer informa Decroux que l'appareil serait laissé entre les mains de la défenderesse encore jusqu'au 5 août, mais que pour cette date au plus tard, la maison Girard devait se déclarer acheteur ou, à ce défaut, restituer l'appareil. Ayant entrepris par témoins la preuve que ces conditions auraient été communiquées par Pfyffer à L. Béchert, négociant à Lausanne, cousin

de la veuve Girard et qui s'intéressait aux affaires de celle-ci, les demandeurs ont échoué dans cette preuve, ainsi que sur celle tendant à établir que Béchert aurait été d'accord sur ces conditions.

Par lettre du 25 juillet, Mahler & C^{ie} confirment les conditions qu'aurait posées Pfyffer le 20 juillet. « Nous vous laissons, disent-ils entre autres, encore jusqu'au 5 août le temps de vous décider, tout en vous priant de nous faire part de votre décision plus tôt si c'est possible, Salathé ayant promis d'arranger l'appareil jusqu'au 26 juillet ; vous serez à même de continuer dès lors les essais que vous aimeriez encore faire avant de vous déclarer acheteur... Le 6 août vous nous renverrez l'appareil, à moins que vous ne vous en soyez déclaré acheteur jusqu'alors. »

Le 3 août la défenderesse tenta un nouvel essai, en l'absence des défendeurs, de l'appareil marchant à bras. Plusieurs fuites se manifestèrent, par lesquelles le liquide s'échappait, notamment dans la boule à air dans laquelle se produit la pression ; enfin le pulvérisateur s'obstrua et le liquide ne circula plus ; aussi l'essai fut-il déclaré impossible par les personnes présentes auxquelles ni clefs, ni engins spéciaux n'avaient d'ailleurs été fournis pour le montage et le démontage de la machine.

Par lettre du 4 août, Girard-Demartines avisa les demandeurs de ce résultat. « Nous regrettons » dit-il, de ne pouvoir vous donner une réponse définitive maintenant ; du reste ni M. Béchert ni M. Decroux n'ont accepté d'une manière définitive le terme du 5 courant pour accepter ou refuser la machine. Si l'essai avait pu se faire convenablement, nous vous donnerions certainement notre réponse aujourd'hui, mais nous n'avons pas pu faire circuler du cognac, attendu que l'appareil laissait échapper l'eau en plusieurs endroits, et qu'il n'était pas en notre pouvoir d'arrêter les fuites. » La défenderesse ajoute que faute de directions et de connaissances spéciales, ainsi que des engins nécessaires, elle n'a pu continuer l'essai de l'appareil, et elle propose aux demandeurs de l'expérimenter de nouveau vers fin août, après le retour de vacance de Decroux.

En date du 5 août, les demandeurs s'adressent à l'inventeur de l'appareil, M. Saint-Martin à Paris, qui leur répond le 7 août en leur donnant les directions nécessaires.

Par lettre du 9 août, les demandeurs expriment leur étonnement de ce que leur partie adverse conteste avoir accepté d'une manière définitive le terme du 5 dit pour accepter ou refuser la machine. Si ce point n'avait pas été réglé dans ce sens par l'entretien de Pfyffer avec Decroux et Béchert, il l'eût été par le fait que les demandeurs ont expressément confirmé le résultat de cet entretien par leur lettre du 25 juillet, et que cette confirmation a été acceptée tacitement, la partie défenderesse n'ayant pas fait savoir à Mahler & C^{ie}, par retour du courrier, qu'elle n'était pas d'accord. Les demandeurs, dans la même lettre, donnent diverses directions sur le maniement de l'appareil, dont le montage et le démontage n'exige, selon eux, l'emploi d'aucune clef spéciale. Ils terminent en priant la défenderesse de leur renvoyer l'appareil, ou de s'en déclarer acheteur suivant la convention.

Le 19 août Mahler & C^{ie} confirment leur lettre du 9, demeurée sans réponse, et déclarent que l'appareil n'ayant pas été renvoyé jusqu'à ce jour, ils considèrent la maison Girard comme acquéreur, et fournissent en conséquence une traite sur la défenderesse pour le prix d'achat de 3000 francs, et payable le 31 août 1893.

Le 21 août un employé de la maison Girard répond qu'il serait inutile de faire traite avant qu'un accord soit intervenu, et que M. Decroux devant rentrer incessamment, la solution ne saurait tarder.

Par lettre du 22 août Mahler & C^{ie} annoncent que vu l'absence de M. Decroux, ils retiendront encore la traite, mais qu'il n'est plus question pour eux de reprendre l'appareil ; ils demandent enfin à Girard-Demartines de leur indiquer par retour du courrier quel est le mode de paiement qu'il compte employer.

En date du 25 août Decroux conteste être tenu ainsi que le prétendent les demandeurs dans leurs lettres des 9, 19 et 22 du même mois. Il s'estime encore au bénéfice du contrat, à teneur duquel un essai d'un mois lui est garanti ; cette clause

doit être observée, attendu que le repos d'un mois est nécessaire à la marchandise traitée pour qu'on en puisse apprécier l'amélioration. Decroux propose de procéder à un essai définitif la semaine suivante, en présence d'un représentant des demandeurs, qui mettra l'appareil en état et enseignera le démontage. Un mois après cet essai, la défenderesse se prononcera pour l'acceptation ou le refus.

Par lettre du 29 août Mahler & C^{ie} réitérent leurs regrets de ce que la défenderesse n'ait pas profité du délai qui lui était accordé pour de nouveaux essais, et avertissent celle-ci qu'ils ont lancé la traite de 3000 francs au 31 du dit mois.

Par lettre du lendemain 30 août, Decroux fait savoir à Mahler & C^{ie} qu'il laissera protester la traite, que la machine restera intacte et qu'il ne l'essayera pas jusqu'à ce qu'il leur plaise de venir la mettre en état et de lui enseigner le démontage.

La traite au 31 août fut protestée à son échéance et les frais de protêt se sont élevés à 21 fr. 30 c.

Il est résulté entre autres ce qui suit, d'une expertise intervenue en la cause, ainsi que de l'inspection locale à laquelle il a été procédé :

Un jeu de clefs serait fort utile, mais non pas indispensable pour le montage et le démontage de l'appareil : une clef anglaise universelle peut en tenir lieu pour de simples expériences. L'obstruction du pulvérisateur nécessitait un nettoyage et un démontage. L'assistance d'un technicien expérimenté, ou tout au moins d'une personne au courant du fonctionnement de l'appareil était nécessaire à cet effet, ainsi que pour opérer prudemment la mise en marche d'une machine à organes délicats, soumis à de hautes pressions ; les directions contenues dans la lettre de Mahler & C^{ie} du 9 août ne dispensaient pas d'avoir recours à l'assistance d'un homme du métier. Le jour de l'expertise, et après que l'appareil eut été réparé sous la direction de l'expert, il pouvait fonctionner pour un essai, et même pour une série d'essais. Le travail de la pompe à main ne peut être soutenu d'une façon continue pendant une heure par un manœuvre de force moyenne. Le

travail manuel, ainsi que la surveillance à exercer, nécessitent la présence de deux hommes faisant alternativement le service de la pompe. L'appareil peut fonctionner sans ozonateur, organe indépendant, applicable, selon l'inventeur, à quelques cas particuliers seulement, et dont l'adaptation ne saurait ni faciliter, ni entraver le jeu mécanique du système. L'avarie constatée au tuyau de raccordement de la pompe le jour de l'expertise est de peu d'importance, et elle a été réparée en temps utile ; cette pièce peut avoir été tordue (maillée) au cours des essais antérieurs. Il s'agit en somme d'un de ces accidents fréquents dans une installation provisoire.

C'est à la suite de ces faits que Mahler & C^{ie} ont, par exploit du 11 novembre 1893, ouvert action à la maison Girard-Demartines, concluant à ce qu'il plaise à la Cour civile du canton de Vaud prononcer avec dépens que la défenderesse doit leur faire prompt paiement, avec intérêt à 5 % dès le 11 novembre 1893, des valeurs suivantes :

1° 3000 francs, prix d'un appareil Saint-Martin et accessoires, fournis à la dite maison.

2° 21 fr. 30 c., frais de protêt et retour de traite.

Les demandeurs continuent à offrir déduction des frais de montage de l'appareil et de confection d'une manivelle (note Salathé) moyennant due justification.

Dans sa réponse, la défenderesse a conclu à libération des conclusions de la demande.

Par jugement des 6/15 décembre 1894, la Cour civile a repoussé les conclusions des demandeurs et admis celles libératoires de la défenderesse. Ce jugement se fonde en substance sur les motifs ci-après :

Il s'agit dans l'espèce d'un contrat de vente à l'essai (C. O. art. 269 et 271). Le délai d'un mois convenu pour l'essai devait partir non du moment de la réception de la marchandise, mais du moment où il aurait été constaté, par un essai concluant, que l'appareil pouvait marcher normalement. Or les essais tentés à fin avril et le 3 août 1893 n'ont pas réussi, et les demandeurs ont du reste expressément consenti à la prolongation du délai d'essai d'un mois. Il y a lieu de recher-

cher laquelle des parties a, par sa faute, rendu cette prolongation nécessaire. Or l'instruction de la cause a révélé plusieurs fautes à la charge de Mahler & C^{ie}. C'est ainsi que les demandeurs, au lieu d'envoyer à Girard-Demartines une machine marchant également à la main ou au moyen d'un moteur, leur ont fourni un appareil qui n'était pas construit pour être actionné à la main, et Mahler & C^{ie} se chargèrent des frais de transformation du système à moteur en système à bras. Les longueurs qui sont résultées de cette circonstance doivent être attribuées à Mahler & C^{ie}, qui en doivent répondre. De plus il est résulté de l'expertise que la machine livrée ne peut, contrairement aux affirmations de Mahler & C^{ie}, être mise en œuvre et fonctionner à l'aide d'un seul homme. Lors de la tentative d'essai fin avril 1893, Mahler a reconnu que la soupape de sûreté était trop faible et il a emporté cette pièce à Lucerne pour faire fabriquer un ressort plus fort. Pour procéder à des essais ultérieurs, la défenderesse attendait la pompe promise par les demandeurs, qui ne l'ont jamais fournie. Non seulement l'essai de fin avril 1893 ne réussit pas, mais encore, et cela contrairement à leur promesse, les demandeurs ne fournirent pas le cognac traité à Paris au moyen de l'appareil Saint-Martin. L'essai du 3 août a échoué aussi, les personnes présentes ne connaissant pas suffisamment le maniement de la machine; les demandeurs s'adressèrent alors à l'inventeur de celle-ci, et après avoir reçu ses directions, ils les communiquèrent à la défenderesse le 9 août. Pendant la période d'avril à août 1893, la défenderesse a toujours fait entendre, et les demandeurs paraissent aussi avoir admis que de nouveaux essais devaient se faire jusqu'à entière satisfaction, des essais incomplets ne pouvant renseigner l'acheteur sur l'effet utile de l'appareil. Si l'essai définitif et concluant n'a pas été fait en contradictoire, la faute en est aux demandeurs, qui ont excipé d'une prétendue nouvelle convention intervenue entre parties pour fixer un délai péremptoire à l'acheteur; mais cette convention n'a pas été établie au procès. C'est donc à tort que les demandeurs ont mis la défenderesse en demeure d'accepter ou de renvoyer l'appareil dans un

délai péremptoire échéant le 5 août 1893, attendu que la maison Girard-Demartines n'était obligée à se constituer acquiescitrice qu'un mois après l'essai qui aurait démontré le bon fonctionnement de l'appareil. En réalité cet essai concluant n'a jamais eu lieu, et la défenderesse n'a jamais pu se rendre compte de l'effet utile de l'appareil. Le délai d'essai ne devait partir que du moment où la machine aurait pu être prête à fonctionner, ce qui n'a été le cas ni lors de la tentative d'essai du mois d'avril, ni lors de celle du 3 août 1893. Le délai n'a donc pas encore commencé à courir. Il ne s'agit point en l'espèce de garantie à raison des défauts de la chose vendue (art. 243 ss. C. O.), la seule question étant celle de savoir si la vente est parfaite par suite de l'expiration du délai d'essai, et cette question a été résolue négativement.

C'est contre ce jugement que Mahler & C^{ie} ont recouru au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise :

Réformer le dit jugement dans le sens de l'adjudication des conclusions qu'ils ont prises en demande, tant sur le fond que sur les dépens, et condamner veuve Girard-Demartines aux frais et dépens du présent recours et de la première instance.

Dans sa réponse, veuve Girard oppose en première ligne une fin de non recevoir tirée de ce que le mémoire motivant le recours n'aurait été déposé que le 21^{me} jour dès la communication du jugement. Au fond, la défenderesse conclut au rejet du recours et à la confirmation du dit jugement.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1^o Il résulte du dossier, et en particulier du timbre du pli dans lequel le jugement de la Cour cantonale a été transmis aux recourants, que cet envoi a été fait de Lausanne le 15 décembre 1894 à 8 heures du soir à l'adresse du conseil de Mahler & C^{ie}, lequel n'a ainsi pu le recevoir que le lendemain 16 décembre. Le recours, déposé le 4 janvier suivant, et le mémoire à l'appui du dit recours, le lendemain 5 janvier, l'ont donc été dans le délai de 20 jours prévu à l'art. 65 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, et par conséquent en temps utile. Il en résulte que la fin de non recevoir, soit

exception de tardiveté formulée par la partie défenderesse au recours ne saurait être accueillie.

2° Les deux parties, ainsi que l'instance cantonale, considèrent avec raison le contrat litigieux comme une vente à l'essai. Il y a donc lieu d'appliquer en l'espèce la disposition générale de l'art. 269 C. O., qui laisse à l'acheteur toute liberté pour agréer ou refuser la chose et, puisque la chose avait été remise à l'acheteur avant l'examen, la disposition spéciale de l'art. 271 du même Code, aux termes de laquelle la vente est réputée parfaite, si l'acheteur ne déclare pas refuser la chose ou ne la rend pas dans le délai fixé par la convention ou par l'usage local, ou à défaut immédiatement après la sommation du vendeur.

L'instance cantonale, ainsi que la défenderesse, estiment que cette dernière n'a jamais été obligée jusqu'ici de déclarer conformément à l'art. 271 précité son refus ou son acceptation de l'appareil litigieux, attendu que jusqu'ici aucun appareil propre à être expérimenté utilement n'a été mis à sa disposition.

3° Cette opinion ne peut être admise. Les conditions du contrat ont été déterminées d'une manière précise dans la lettre de l'acheteur du 21 février 1893, par laquelle il fait la commande de l'appareil, et après que de son côté la maison venderesse, qui avait longuement discuté avec sa partie adverse sur divers détails techniques de l'appareil, et avait donné autant qu'il était en son pouvoir les renseignements demandés, se fût résolue, ainsi qu'il conste de ses lettres des 1^{er} et 15 février, à remettre à l'essai pour un mois à la maison Girard la machine en question. De plus les demandeurs ont accordé ou promis à la défenderesse, en dehors des obligations qui leur incombaient aux termes du contrat, divers services auxiliaires. C'est ainsi que dans leur lettre du 4 avril ils lui annoncent que leur sieur Pfyffer se rendra lui-même à Morges pour surveiller l'essai de l'appareil, et, en effet, lors de ce premier essai, qui eut lieu le 28 avril, l'un des demandeurs, Mahler lui-même, était présent en lieu et place de son associé Pfyffer.

C'est vraisemblablement à la suite de ce fait que la Cour

cantonale a admis que les demandeurs avaient assumé l'obligation d'assister contradictoirement aux essais, et même de donner à la défenderesse toutes les indications techniques nécessaires en vue d'un essai concluant de l'appareil. Ce point de vue n'est toutefois pas acceptable. Il est vrai que le prospectus imprimé, communiqué à la défenderesse, contient la mention que les essais sont faits sur place et gratuitement, ce qui semble indiquer que c'est le vendeur qui s'en charge. Cette disposition n'a toutefois jamais fait l'objet d'une des clauses du contrat lié entre parties; elle n'a point, en particulier, été mentionnée au nombre des conditions précises auxquelles la commande était subordonnée, et reproduites dans les faits du présent arrêt; la dite disposition s'est trouvée remplacée par la remise de l'appareil à l'essai, en ce sens que les dits essais devraient être faits par l'acheteur, ce qui est d'ailleurs la règle. La preuve que les parties ne l'ont pas entendu autrement se trouve, en dehors de leur attitude respective, dans le fait que la défenderesse a, dans sa lettre du 1^{er} juillet, déclaré expressément qu'elle allait procéder aux essais, et dans la circonstance que l'essai du 3 août a eu effectivement lieu, sans que les demandeurs en aient été informés; c'est donc erronément que l'instance précédente a admis que ceux-ci étaient tenus de prêter leur assistance et leur coopération lors des essais auxquels la défenderesse voulait soumettre l'appareil.

Si les connaissances techniques nécessaires faisaient défaut à l'acheteur, il incombait à celui-ci de se procurer, à ses frais, l'aide nécessaire pour pouvoir procéder utilement à l'essai. On ne voit pas en effet en vertu de quel principe les frais d'une opération entreprise en vue de mettre l'acheteur en situation de se décider sur l'acceptation de la chose, et par conséquent dans son intérêt, pourraient être mis à la charge du vendeur. (Voir Staub, *Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch*, 2. Auflage, page 771, ad art. 339, § 10.)

4° La circonstance que les demandeurs, pour éviter des difficultés douanières, ont renoncé à faire traiter une certaine

quantité de leur cognac à Paris, comme ils en avaient manifesté l'intention dans leur lettre du 8 avril, postérieure d'ailleurs à la conclusion du contrat, ne saurait exercer de l'influence sur la situation respective des parties, telle qu'elle résultait des conditions du contrat lui-même. Il en est de même du fait que les demandeurs, après avoir constaté que la soupape de sûreté de l'appareil était trop faible, l'emportèrent à Lucerne pour la réparer, et la retournèrent à Morges après sa réparation.

5° Quant à l'obligation prétendue des demandeurs à fournir un appareil pouvant marcher à bras, il faut constater ce qui suit : la défenderesse, dans sa lettre du 21 janvier, pose-t-elle la question de savoir si un moteur ne serait pas nécessaire, et l'actionnement à la main de la machine trop fatigant pour un seul ouvrier. Dans sa lettre de commande du 21 février, la défenderesse, après avoir formulé ses six conditions, ajoute que, comme un homme seul pouvait mettre l'appareil en mouvement, un moteur supplémentaire de la force d'un demi-cheval suffirait. Plus tard la défenderesse se montre hésitante sur la question de savoir si elle persiste ou non à réclamer une machine marchant à bras. Le 4 avril les demandeurs répondent que l'appareil qu'ils allaient fournir n'était pas construit pour l'actionnement à bras, et le 11 dit, la défenderesse, sans insister davantage pour le moment, déclare qu'elle pourra procéder aux essais au moyen d'un moteur que la maison von Auw lui prêterait à cet effet ; le 21 du même mois, elle informe les demandeurs de l'arrivée de l'appareil, et, tout en se réservant d'acquiescer définitivement une machine N° 1, elle a procédé le 28 à l'essai avec le moteur.

On pourrait donc se demander si, à partir du 21 avril, les demandeurs auraient été en droit de faire courir le délai d'essai d'un mois, et, sans entrer en matière sur d'autres réclamations, de mettre la défenderesse en demeure de déclarer dans ce délai si elle accepte ou non l'appareil, le silence de cette dernière devant être interprété comme une acceptation.

6° Les demandeurs ne se sont toutefois pas placés sur ce terrain, mais, après que la défenderesse eut de nouveau

insisté, dans le courant des mois de mai et juin, sur la transformation de l'appareil en vue de la marche à bras, ils accueillirent cette demande et déclarèrent vouloir se charger des frais de cette opération d'après les devis du mécanicien Golay. Il va de soi qu'après cette concession de leur part, les demandeurs devaient prolonger d'une manière correspondante le délai d'essai ; ils envoyèrent le 20 juillet le sieur Pfyffer à Morges, et par lettre du 25 dit, confirmant une prétendue convention verbale du 20, ils fixèrent à la défenderesse un délai expirant le 5 août pour se prononcer sur son acceptation, ou pour renvoyer l'appareil.

Ce nouveau terme apparaît, dans les circonstances données, comme une prolongation suffisante du délai d'essai, et il a été tacitement reconnu comme tel par la défenderesse ; si cette dernière eût simplement gardé le silence, les conclusions de la demande devraient être admises. L'allégation de la défenderesse qu'elle n'était tenue à se déterminer sur l'acceptation que si les résultats de l'essai l'avaient satisfaite, est insoutenable et incompatible avec la nature de la vente à l'examen. Le vendeur a uniquement à accorder le délai fixé par la convention, et ce n'est que dans le cas où ce délai n'a pu, par sa faute, être utilisé, qu'il est tenu à le prolonger d'une manière suffisante. Or cette prolongation correspondante a eu lieu dans l'espèce, ainsi qu'il a été dit. Si, dans les limites de ce nouveau délai, l'essai ne réussissait pas au gré de la défenderesse, celle-ci pouvait simplement refuser d'agréer la chose.

7° La défenderesse n'a toutefois pas gardé le silence pendant le délai prolongé ; au contraire elle a, sous date du 4 août, demandé un nouveau délai et laissé entendre par là qu'elle n'acceptait pas la chose ensuite de l'essai auquel il avait été procédé. L'intention de la loi n'est pas que l'acheteur déclare expressément sa non acceptation, mais toute déclaration permettant d'inférer cette non acceptation est suffisante à cet égard ; c'est le cas, en particulier, de la demande de la concession d'un nouveau délai, ou de la prolongation de celui qui avait déjà été accordé (Voir von Hahn, *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 2° édition, tome II, page 254.) La

circonstance que la défenderesse n'a pas immédiatement renvoyé la machine est, en présence de la lettre du 4 août, sans importance touchant le point de savoir si elle a agréé le dit appareil. La restitution de la chose équivaut, il est vrai, d'après la loi, à la non acceptation; en revanche le fait que la chose n'est pas immédiatement renvoyée ne saurait paralyser les effets d'une non acceptation déclarée d'une autre manière.

De même les sommations et déclarations faites par le demandeur postérieurement à l'expiration du délai convenu sont indifférentes en ce qui touche la question de l'acceptation de la chose.

8° La vente n'étant ainsi pas parfaite, il s'ensuit que l'action actuelle, tendant uniquement au paiement du prix de l'objet vendu, ne saurait être accueillie.

En revanche il faut admettre que la défenderesse eût dû restituer l'appareil aussitôt après le 5 août, et qu'il y aurait lieu, le cas échéant, de prononcer cette restitution, ainsi qu'à la condamner à des dommages-intérêts envers sa partie adverse, si l'omission de rendre la chose a causé à celle-ci un dommage.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté, et le jugement rendu entre parties par la Cour civile du canton de Vaud, les 6/15 décembre 1894, est maintenu tant au fond que sur les dépens.

28. Urteil vom 9. März 1895 in Sachen
Versicherungsgesellschaft „Le Soleil“ gegen Odermatt.

A. Mit Urteil vom 3. Dezember 1894 hat das Obergericht des Kantons Unterwalden ob dem Wald erkannt: Die von Jos. Maria Odermatt gegen die Versicherungsgesellschaft „Le Soleil“ gestellte und einzig noch in Appellation befindliche Rechtsfrage

ist in dem Sinne bejahend entschieden, daß die genannte Unfallversicherungsgesellschaft pflichtig ist, an Jos. Maria Odermatt eine Entschädigung von 4000 Fr. zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil erklärte die Beklagte die Berufung an das Bundesgericht und beantragte, der Kläger sei mit seiner Klage gänzlich abzuweisen. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Anwalt der Beklagten diesen Antrag und bemerkt, die von ihrem früheren Anwalt auf Grund des Art. 14 der Policebestimmungen erhobene Einrede der Verwirkung des Klageanspruches werde fallen gelassen. Der Anwalt des Klägers beantragt Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Am 20. Dezember 1892 schloß der Kläger, Gärtner und Bauunternehmer Jos. Maria Odermatt in Sarnen, mit der beklagten Gesellschaft einen Versicherungsvertrag ab, mit dem Zwecke, sowohl seine Arbeiter, deren Zahl auf 11 bis 15 angegeben wird, gegen die ökonomischen Folgen körperlicher Unfälle beim Gewerbebetrieb, als sich selbst gegen die Folgen der gesetzlichen Haftpflicht sicher zu stellen. In Art. IV Abs. 10 der Allgemeinen Bedingungen der Police ist gesagt: „Ohne besondere schriftliche Übereinkunft sind der Versicherungsnehmer und die Glieder seiner Familie in die Versicherung nicht eingeschlossen,“ und ein handschriftlicher Nachtrag enthält die Bestimmung: „Es ist vereinbart, daß die Familienglieder des Unterzeichners von der Versicherungspolice ausgeschlossen sind, nämlich der Ehegatte, die Kinder und Großkinder, die Eltern und Großeltern, die Geschwister.“ Im weitern ist hervorzuheben, daß Art. XIII den Versicherungsnehmer in den Fällen, wo ein Haftpflichtprozeß gegen ihn erhoben wird, verpflichtet, dem von der Gesellschaft dazu bestimmten Anwalte die zur Vertretung im Prozesse erforderliche Vollmacht zu erteilen. Art. XIV lautet: „Gegenwärtiger Vertrag fällt als ungültig dahin, wenn der Versicherungsnehmer im Laufe eines Haftpflichtprozesses die Garantiefolge gegen die Gesellschaft anstellt, da letztere sich nur auf eine direkte und selbständige Klage einzulassen braucht.“

2. Am 19. Februar 1894 verunglückte der beim Kläger als