entgegen, und es ist daher die Klage in Gutheißung dieser Einrede ohne Überprüfung ihrer materiellen Würdigung, auf der das vorinstanzliche Urteil beruht, abzuweisen; —

erkannt:

Die Berufung der Beklagten wird gutgeheißen und das Urteil des zürcherischen Handelsgerichts vom 20. Juni 1911 dahin abgeändert, daß die Klage abgewiesen wird.

16. Arrêt du 1^{er} mars 1912 dans la cause Gimmi, dem. et rec., contre Compagnie du chemin de fer Martigny-Châtelard, déf. et int.

Contrat de publicité. — Lorsque l'offre écrite qui doit servir de base à un contrat de publicité prévoit le choix par le preneur d'annonces des catalogues d'hôtels dans lesquels il veut faire paraître sa réclame, le contrat ne saurait être considéré comme conclu tant que ce choix n'a pas été fait (art. 1 CO).

Commet une erreur essentielle au sens de l'art. 19 ch. 4^o CO, la partie qui croit souscrire à une page d'annonce au prix unique de 50 fr. alors que son co-contractant entend réclamer le prix de 50 fr. pour chaque catalogue différent dans lequel la réclame doit paraître.

Cette erreur n'astreint pas son auteur à des dommages-intérêts envers son co-contractant lorsque celui-ci a dû la connaître au moment de conclure. (Art. 23 CO).

A. — En juin 1908, la C^{ie} du chemin de fer de Martigny au Châtelard reçut de Walther Gimmi, maison d'édition et de publicité à Baden (Suisse), une circulaire hectographiée l'invitant à publier des annonces dans un catalogue qu'elle se proposait d'éditer pour des bibliothèques d'hôtels. Cette circulaire contenait le passage suivant: «... nos prix, savoir » 50 fr. par page entière, 35 fr. par demi page, 25 fr. par » quart de page, et pour chaque hôtel séparément, nous » semblent peu élevés.... Vous trouverez d'autre part une » liste des hôtels..... où chaque intéressé pourra choisir ce » qui lui convient le mieux. »

La Compagnie examina et annota la circulaire. Par lettre du 27 juin elle refusa l'offre. La maison de Baden envoya alors son représentant Stocker-Michaud à la Compagnie, qui se décida à souscrire une page d'annonce. Le 14 juillet, elle adressa à Gimmi la lettre suivante: « *Donnant suite aux » offres que nous a faites votre représentant M. Stocker- » Michaud, nous vous informons que nous sommes disposés » à prendre une page à raison de 50 fr. dans votre cata- » logue. Cependant notre budget de publicité étant épuisé » pour cette année, il est bien entendu que nous reportons » la dite somme sur l'année 1909. Sous peu nous vous adres- » serons le texte ainsi que le cliché à publier.* » Gimmi accusa réception de cette lettre le 19 juillet en confirmant l'ordre de publicité reçu.

Une année plus tard, soit le 29 août 1909, après un échange de lettres concernant le texte et le cliché de l'annonce, Gimmi informe la Compagnie que les catalogues ont paru pour 80 hôtels et qu'ils ont été expédiés, ce qui fait 4000 fr. à raison de 50 fr. pour le catalogue de chaque hôtel. Au reçu de cette lettre, la Compagnie télégraphia à Gimmi de suspendre l'insertion dans d'autres catalogues. Le 2 septembre elle confirma son télégramme par une lettre dans laquelle elle manifesta sa surprise de ce que l'annonce souscrite par elle lui soit facturée 4000 fr., alors que son intention, ressortant de sa lettre du 14 juillet 1908, était de prendre la dite annonce au prix de 50 fr., payable en 1909.

B. — Les parties n'ayant pu s'entendre, Gimmi a assigné, en avril 1910, la Compagnie du Martigny-Châtelard devant le Tribunal de 1^{re} instance de Genève en paiement de « la somme de 4000 fr. ou ce que justice connaîtra à titre soit de prestation convenue soit de dommages-intérêts ».

La défenderesse a conclu à libération des fins de la demande en reconnaissant devoir la somme de 50 fr.

C. — Le Tribunal de première instance a écarté la demande par jugement du 7 février 1911 et a déclaré « satisfaisante l'offre de la Compagnie de payer la somme de 50 fr. »

Sur appel du demandeur, la Cour de Justice civile du canton de Genève a confirmé la décision des premiers juges par arrêt du 16 décembre 1911.

D. — Le demandeur a recouru en temps utile au Tribunal fédéral contre ce prononcé en reprenant ses conclusions originaires. Subsidiatement il a conclu au renvoi de la cause devant l'instance cantonale pour l'administration de la preuve qu'il avait offerte tendant à démontrer qu'il a inséré la réclame en question dans le catalogue de 80 hôtels, qu'à l'exception d'un client tous ont payé sans réclamation aucune le prix convenu et que pour lui la perte des 4000 fr. dus par la défenderesse représente un déficit net de même importance.

La défenderesse a conclu à l'irrecevabilité du recours et à son rejet comme mal fondé.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — La défenderesse ayant reconnu devoir la somme de 50 fr., la valeur litigieuse monte à 3950 fr.; c'est donc la procédure écrite qui est applicable en l'espèce.

Il est de jurisprudence constante du Tribunal fédéral que le recourant peut combiner dans une seule et même écriture la déclaration de recours et le mémoire motivé prévus par la loi (art. 67 OJF). Le fait que le demandeur n'a pas produit deux pièces séparées n'est donc pas de nature à rendre son recours irrecevable (v. entre autres Arrêts, 33 II p. 84 cons. 1). Il en est de même du fait que le demandeur n'indique que très sommairement les moyens juridiques invoqués. Ces moyens apparaissent comme suffisants pour permettre à la partie adverse et au Tribunal fédéral de se rendre compte des motifs pour lesquels l'arrêt cantonal est attaqué (v. FAVEY, *Conditions du recours de droit civil au Tribunal fédéral*, p. 9 et suiv. et les arrêts cités).

2. — Au fond, il y a lieu de confirmer la décision de la Cour de Justice civile. En effet, on doit admettre que le contrat n'a pas été conclu sur la base de la circulaire du demandeur. Cette circulaire prévoit le choix par le preneur d'annonces des hôtels dans le catalogue desquels il veut faire insérer sa réclame. La défenderesse n'a pas fait ce

choix. Un accord n'est donc pas intervenu entre les parties sur la base de la circulaire. D'autre part, il ressort de la lettre du 27 juin 1908 (Dossier du demandeur IV n° 9) que la défenderesse a refusé l'offre du demandeur (« notre budget de publicité étant épuisé, nous ne pouvons donner suite à votre demande »). Le demandeur étant alors revenu à la charge en envoyant son représentant à la défenderesse, celle-ci s'est décidée à faire une commande. Les conditions dans lesquelles cet arrangement oral a été conclu ne ressortent pas du dossier. On en est réduit à la lettre du 14 juillet 1908 de laquelle il résulte clairement que la défenderesse n'a voulu s'engager qu'au paiement d'une somme unique de 50 fr. Si donc on fait abstraction de la circulaire, la demande doit être écartée comme mal fondée.

Au reste, les conclusions du demandeur ne sauraient être accueillies même si l'on admet que la lettre du 14 juillet constitue la réponse à l'offre contenue dans la circulaire de juin 1908. En effet, il appert de la lettre du 14 juillet, ainsi que des annotations figurant au bas de la circulaire que la défenderesse ne voulait pas s'engager à payer une somme totale supérieure à 50 fr.; qu'elle n'a donc pas accepté l'offre telle qu'elle était formulée dans la circulaire et qu'elle a fait, de son côté, une offre nouvelle au demandeur. Ce dernier ne pouvait pas se méprendre sur le véritable sens de la lettre du 14 juillet. Son silence doit donc être interprété comme une acceptation tacite de l'offre faite par la défenderesse de souscrire une page d'annonce au prix unique de 50 fr. Du fait que le demandeur aurait réellement considéré la lettre du 14 juillet comme l'acceptation pure et simple de sa propre offre, il résulterait en effet qu'aucun accord n'est intervenu et qu'aucun contrat n'a été conclu entre les parties.

Enfin, il faudrait admettre en tout état de cause que la défenderesse s'est trouvée dans une erreur essentielle au moment de contracter, étant donné que l'obligation assumée par elle est notablement plus étendue qu'elle ne le voulait en réalité (art. 19 ch. 4° CO); et l'on ne saurait l'astreindre à des dommages-intérêts par le motif que l'erreur proviendrait de

sa propre faute, car le demandeur devait connaître l'erreur dans laquelle se trouvait la défenderesse (art. 23 CO). A cet égard, il faut tenir compte non seulement du contenu de la lettre du 14 juillet, mais aussi du fait que la défenderesse n'a pas cherché à connaître les hôtels pour lesquels l'annonce devait paraître. Cette circonstance aurait dû éveiller l'attention du demandeur, et la bonne foi qui doit présider aux rapports entre parties exigeait qu'il cherchât à élucider cette question.

Quel que soit donc le point de vue auquel on se place, la demande apparaît comme dénuée de fondement.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt de la Cour de Justice civile du canton de Genève du 16 décembre 1911 est confirmé dans toute son étendue.

17. Urteil vom 8. März 1912 in Sachen

Favre & Cie, Kl. u. Ver.-Kl., gegen Verband ostschweizerischer landwirtschaftl. Genossenschaften, Bekl. u. ebenfalls Ver.-Kl.

Vereinbarung einer Konventionalstrafe für verspätete Ausführung eines Werkvertrages. Einreden des Strafschuldners aus Art. 181 aOR: Angebliche Unsittlichkeit der Strafklausel im Sinne des Art. 17 aOR, speziell auch wegen der Strafhöhe. — Verschulden des Strafgläubigers an der verspäteten Vertragserfüllung. — Höhere Gewalt: Begriff; Stellung des Streiks hierzu. — Richterliche Herabsetzung der Strafe (Art. 182 aOR).

Das Bundesgericht hat über folgendes Streitverhältnis:

A. — Durch Vertrag vom 24. Juni 1907 hat der beklagte Verband ostschweizerischer landwirtschaftlicher Genossenschaften die Arbeiten in armiertem Beton für seinen Bau eines neuen

Lagerhauses in Winterthur, mit dessen Leitung er das Architekturbureau Jung & Bribler (später Bribler & Bölli) daselbst betraut hatte, der Klägerin, der Baufirma Favre & Cie in Zürich und Miffetten, um den Preis von 149,663 Fr. 60. Cts übertragen. Nach § 7 dieses Vertrages sollte das Gebäude bis 13. Oktober 1907 zum Aufrichten bereit sein, und zuvor hatte sich der Unternehmer der Betonarbeiten mit demjenigen der Maurerarbeiten ins Einvernehmen zu setzen, um diesem letzteren die Einhaltung jenes Termins und die stets ungehinderte Weiterführung seiner Arbeiten zu ermöglichen.

In vorbehaltener Ergänzung dieser Vertragsbestimmung ist sodann in einem Vertragsnachtrage der Parteien vom 28. Juni 1907 u. a. noch der Arbeitsbeginn auf den 22. Juli 1907 festgesetzt und ferner eine Konventionalstrafe von je Fr. 700 für die erste und zweite Woche, von 1400 Fr. für die dritte Woche und von 2000 Fr. für jede weitere Woche Verspätung der Arbeiten vereinbart worden.

Endlich haben die Parteien am 8. November 1907 auf Grund der einleitenden Feststellung, daß nach dem bisherigen Verlauf der von der Klägerin übernommenen Betonarbeiten auf die Vollendung des Rohbaues vor Einbruch des Winters nicht mehr gerechnet werden könne, noch eine weitere Vereinbarung wesentlich folgenden Inhaltes getroffen:

„Die Unternehmer verpflichten sich freiwillig und ohne Anspruch auf irgendwelche Entschädigung, alle Schutzmaßregeln sofort vorzubereiten und am Bauplatz bereitzuhalten, damit bei Eintreten von Frost die in den letzten 5 Tagen erstellten Beton- und Maurerarbeiten gegen Kälte gesichert werden — Abdeckung mit Stroh. Gegen Rässe und Schnee ist das ganze Gebäude mittelst Brettern und Dachpappe so abzudecken, daß eine Abdämmung nach außen erfolgen kann. Kann sich die Bauherrin resp. deren bauleitende Architekten mit der Unternehmung über die nötigen Schutzmaßregeln nicht verständigen, so werden die streitigen Punkte durch einen Experten, als welcher Herr Professor Schüle am Polytechnikum in Zürich in Aussicht genommen wird, endgültig erledigt. Beide Parteien erklären, sich seinen Anordnungen unbedingt zu unterziehen. Auf die