

festgestellten Engrospreis der Vanille von 33 Fr. ungefähr 315 kg zur Deckung der Forderung genügt, so dass die Klägerin etwa 185 kg zuviel beschlagnahmt hat. Allein auch wenn man davon ausgeht, dass das Retentionsrecht nur für den liquiden und im Prozess gutgeheissenen Anspruch der Klägerin geltend gemacht werden darf, so besteht doch keine Veranlassung, das Retentionsrecht der Klägerin weiter einzuschränken. Es konnte der Klägerin nicht zugemutet werden, dass sie den Wert der Vanille genau schätze; sie durfte soviel zurückbehalten, um in jedem Falle gedeckt zu sein, und zwar umsomehr, als sie von den Beklagten auf die Preisverhältnisse nicht aufmerksam gemacht wurde. Nun hatten diese die Vanille zu 25 Fr. 20 Cts. gekauft, während nach der Feststellung der Vorinstanz anzunehmen ist, dass sie sie zu 50 Fr. per kg an ihre Abnehmer hätten liefern können, wenn sie durch die Retention der Klägerin nicht daran verhindert worden wären. Der von der Vorinstanz berechnete Gewinnausfall von 4588 Fr. (= 185 mal 24 Fr. 80 Cts.) erscheint daher den Verhältnissen entsprechend. Doch empfiehlt es sich aus den von der Vorinstanz geltend gemachten Gründen, diesen Ausfall der Klägerin nicht voll zu belasten, und das Bundesgericht erachtet es als angemessen, die Schadenerersatzforderung der Beklagten mit der Vorinstanz auf 2000 Fr. anzusetzen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufungen werden abgewiesen und das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Bern vom 12. Mai 1920 bestätigt.

**66. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 8 novembre 1920
dans la cause Grand contre Menoud.**

Courtage immobilier: droit du courtier à la commission ? promesse de vente conclue par lui avec un acheteur; nullité de cette promesse de vente, conclue suivant les formes requises par la loi du lieu de la passation de l'acte, mais non d'après celles exigées par la *lex rei sitae*.

Dès la fin de 1916 le notaire J. Menoud avait chargé E. Demierre, agent immobilier à Romont, de lui trouver un acquéreur pour sa montagne des « Cases » près Montbovon au prix de 230 000 fr. ou, au besoin, de 220 000 fr. En août 1917, Demierre s'est adjoint le courtier Jean Frioud en lui promettant de partager la commission.

En automne 1917 Frioud a mis au courant de l'affaire Joseph Grand, cafetier à Lausanne, lequel a proposé de s'entremettre de son côté pour trouver un acquéreur. Une entrevue a eu lieu le 15 novembre 1917 chez le notaire Menoud. Celui-ci, à la demande de Grand, a consenti à abaisser la limite à 200 000 fr., étant entendu qu'il payerait une commission de 5000 fr. à Demierre et Frioud et que tout ce qui dépasserait le prix de 200 000 fr. serait acquis à Grand.

Grand a proposé les Cases d'abord, sans succès, à Robert Bornand, puis à G. Cayrac, marchand de bois à Genève. Celui-ci est monté le 29 novembre 1917 pour visiter la montagne, mais y a renoncé vu l'abondance de la neige et parce qu'il avait été vexé de voir à la station du M.O.B. qu'un autre amateur, M. Dumas, se rendait également aux Cases conduit par le courtier Frossard. Le même soir il a eu un entretien avec Grand qui lui a déclaré que Dumas allait conclure — ce qui n'était pas exact — que le pâturage était loué 5000 fr. — sans lui dire que ce prix s'appliquait aussi à une « gîte » indépendante

de la montagne à vendre — et que le cube de bois à exploiter était de 4000 m³ — tandis que l'état de cubage remis par le notaire Menoud n'accusait que 3703 m³.

Le lendemain 30 novembre 1917, Cayrac a passé devant le notaire Golay, à Lausanne, une promesse d'achat de la propriété des Cases pour le prix de 250 000 fr., dont 100 000 fr. payables lors de la passation de l'acte définitif de vente, qui devait intervenir avant la fin de février. Le promettant vendeur J. Menoud était représenté dans l'acte par J. Grand, qui s'engageait à faire parvenir dans les cinq jours une procuration justifiant ses pouvoirs.

Le 1^{er} décembre Grand s'est rendu chez Menoud et, sans l'informer de la conclusion de la promesse de vente, lui a fait signer une procuration en sa faveur aux fins de vendre la propriété des Cases pour le prix minimum de 200 000 fr. et, à cet effet, de « passer promesse de vente et faire tout ce qui sera utile en pareille circonstance. »

Malgré la promesse stipulée avec Cayrac, Grand a continué à chercher des amateurs ; il a offert les Cases à J. Demont pour le prix de 235 000 fr., au notaire Meylan pour 250 000 fr., à M. Musy, Conseiller d'Etat, pour 212 000 fr. au cas où Cayrac n'achèterait pas.

Le 1^{er} janvier 1918 Menoud a écrit à Demierre qu'il avait eu la visite de Cayrac et qu'il avait demandé, mais sans avoir pu encore l'obtenir, une expédition de la promesse de vente (en fait il ne l'a reçue que le 8 février). Le 10 janvier 1918, il a confirmé par lettre à Grand que celui-ci encaisserait tout ce qu'il pourrait obtenir en sus de 200 000 fr., tandis que la provision de 5000 fr. en faveur de Demierre et Frioud serait supportée par le vendeur personnellement sur les 200 000 fr. ; il se réservait d'ailleurs de choisir le notaire stipulateur.

Le 25 février Grand a convoqué pour le 28 février Cayrac et Menoud en l'étude du notaire Pasquier à Bulle aux fins de passer l'acte définitif de vente, en avisant Menoud que, à défaut de Cayrac, il se porterait acquéreur en son propre nom. Le 28 février Cayrac ne s'est pas

présenté ; Grand est arrivé en compagnie de son frère Auguste qui était porteur d'un chèque de 100 000 fr. et qui s'est déclaré prêt à acheter en lieu et place de Cayrac, Menoud a refusé, se disant lié à Cayrac. Par lettre du même jour, Menoud a retiré à Grand les pouvoirs qu'il disait lui avoir conférés uniquement pour traiter avec Cayrac au prix de 200 000 fr. plus une commission raisonnable. Le même jour, au sortir de la conférence chez le notaire Pasquier et en vertu de la procuration du 1^{er} décembre, Grand a passé avec son frère devant le notaire Andrey à Bulle, une promesse de vente pour le prix de 200 000 fr.

Le 3 mars, Grand a fait demander à Cayrac s'il consentait à lui donner une commission supérieure à 5000 fr., disant qu'au cas contraire il stipulerait la vente avec M. Musy qui offrait 230 000 fr. Cayrac s'est plaint à cette occasion que le prix que lui avait fait Grand était trop élevé. Le 5 mars il a acheté les Cases de J. Menoud pour le prix de 200 000 fr., plus 10 000 fr. destinés au règlement du courtage ; sur cette somme Demierre et Frioud ont touché 5000 fr. ; le solde de 5000 fr. a été refusé par Grand, qui a jugé insuffisante cette commission.

Grand a ouvert action à Menoud en concluant au paiement de 50 000 fr., soit à la somme qui devait lui revenir sur la base de la promesse de vente Cayrac.

Le défendeur a conclu à libération en excipant de la nullité de la promesse de vente et aussi de la promesse de rémunération en faveur du demandeur. Subsidiairement il conclut à ce que le salaire du demandeur soit réduit à 2500 fr., somme égale à celle qu'ont touchée Demierre et Frioud.

Le Tribunal de première instance a alloué au demandeur ses conclusions à concurrence de 25 000 fr. Il a jugé que c'est par suite d'une véritable manoeuvre collusoire entre Menoud et Cayrac que la vente n'a pas eu lieu au prix de 250 000 fr. convenu avec Grand ; ce dernier a donc droit en principe à la commission que lui aurait

procurée cette vente, mais le chiffre doit toutefois en être réduit à 25 000 fr. en application de l'art. 417 CO.

Sur appel des deux parties, la Cour d'appel a réformé ce jugement et a réduit à 10 000 fr. la somme à payer par le défendeur au demandeur. La Cour a jugé que Grand ne pouvait se prévaloir de la promesse de vente Golay, celle-ci étant nulle puisqu'elle n'a pas été passée devant un notaire fribourgeois, que Grand n'avait pas de procuration de Menoud et qu'enfin c'est par des manœuvres déloyales qu'il a amené Cayrac à accepter le prix de 250 000 fr. ; c'est du reste pour ces diverses raisons que Cayrac n'a pas donné suite à la promesse de vente. La Cour ajoute que la convention passée entre Menoud et Grand est entachée par l'erreur dans laquelle ce dernier a sciemment entretenu le défendeur au sujet du prix qu'on pourrait obtenir pour la propriété. Toutefois du moment que Cayrac a payé 10 000 fr. en sus des 200 000 fr., pour régler le courtage, le demandeur a droit à cette somme — sans avoir à partager avec Demierre et Frioud dont la commission devait être prélevée sur le prix touché par le vendeur.

Soit le demandeur, soit le défendeur ont recouru en réforme contre cet arrêt en reprenant leurs conclusions primitives.

Considérant en droit :

Le contrat conclu entre parties est un contrat de courtage par lequel le demandeur s'engageait à s'entremettre pour trouver un amateur disposé à acheter l'immeuble du défendeur ; celui-ci de son côté s'engageait à abandonner au courtier la partie du prix de vente qui dépasserait la somme de 200 000 fr. Ce mode de calcul de la rémunération du courtier n'a en soi rien d'illicite et il s'agit de savoir si la commission ainsi stipulée a été acquise par le demandeur, c'est-à-dire s'il a procuré au défendeur un acheteur à un prix supérieur à 200 000 fr.

A cet égard il invoque la promesse de vente qu'il a conclue avec Cayrac pour la somme de 250 000 fr. Mais

il importe tout d'abord de rechercher si cette promesse de vente était valable et si l'on peut par conséquent reprocher au défendeur, comme un acte de mauvaise foi au préjudice du courtier, de n'en avoir pas poursuivi l'exécution.

Aux termes de l'art. 657 CCS les contrats ayant pour objet le transfert de la propriété ne sont valables que s'il sont reçus en la forme authentique et cette forme est requise non seulement pour l'acte définitif de vente, mais aussi (art. 216 CO) pour la promesse de vente. Quant aux modalités de la forme authentique, le droit fédéral ne les fixe pas lui-même, mais remet aux cantons le soin de les déterminer « pour leur territoire » (art. 55 Tit. fin. CCS). En l'espèce, l'instance cantonale a jugé que la promesse de vente ne remplissait pas les conditions de forme nécessaires, parce qu'elle a été passée devant un notaire vaudois, tandis que seul un notaire fribourgeois aurait été compétent à cet effet, vu que les immeubles étaient situés dans le canton de Fribourg. Cette décision n'impliquerait une violation du droit fédéral que si celui-ci contenait, expressément ou implicitement, une disposition suivant laquelle, en matière de vente immobilière, la forme authentique est régie par la loi du canton de la passation de l'acte, sans égard au lieu de la situation de l'immeuble. Or tel n'est certainement pas le cas. Le Code consacre au contraire à l'art. 55 Tit. fin. la compétence territoriale de chaque canton, il ne règle pas les conflits qui peuvent se produire entre les lois cantonales et qui doivent donc être résolus en application des principes généraux du droit international (voir dans ce sens l'étude récente de GUHL, Die interkantonale Bedeutung der öffentlichen Urkunde, dans la *Revue mensuelle pour le droit administratif et le notariat du canton de Berne*, XXIII p. 257 et suiv. et p. 305 et suiv.). S'agissant ainsi d'une question de droit intercantonal non réglée par le droit fédéral, le Tribunal fédéral, comme instance de recours en réforme, ne saurait revoir la so-

lution qui lui a été donnée par le tribunal cantonal, c'est-à-dire qu'il doit reconnaître le droit du canton de Fribourg de considérer comme dépourvue de la forme authentique une promesse de vente d'un immeuble fribourgeois passée devant un notaire vaudois. Aussi bien cette solution est-elle conforme à celle qu'a adoptée le Conseil fédéral en sa qualité d'autorité de surveillance du registre foncier ; d'accord avec la théorie dominante en droit international privé, il a admis une dérogation à la règle *locus regit actum* dans ce sens que c'est la *lex rei sitae* qui détermine la forme des contrats relatifs aux immeubles (v. GUHL, op cit. p. 266 et suiv. ; cf. aussi WIELAND, Note 6 sur art. 657 ; REICHEL, Note 4 sur art. 55 Tit. fin. ; BLUMENSTEIN, Revue citée XI p. 241 et suiv.). On a, il est vrai, tenté de soutenir (v. LEEMANN, Note 32 sur art. 657) que le contrat immobilier conclu en la forme authentique prévue par la loi du lieu de la passation de l'acte doit être considéré comme valable en ce qui concerne les relations personnelles entre parties, quand bien même le défaut de la forme exigée par la loi de la situation de l'immeuble a pour effet de le rendre impropre à servir de base à l'inscription au registre foncier. Mais cette distinction ne se justifie ni théoriquement ni pratiquement (v. GUHL, op cit. p. 313 et suiv.) et d'ailleurs, en l'espèce, il n'en resterait pas moins que, en vertu de la promesse de vente nulle en droit fribourgeois, le défendeur ne pouvait recourir aux tribunaux fribourgeois pour contraindre Cayrac à passer l'acte définitif de vente et qu'ainsi le demandeur n'est pas fondé à prétendre qu'il l'a mis en mesure de vendre sa propriété au prix de 250 000 fr.

Mais en outre la promesse de vente était nulle aussi par le motif qu'elle a été conclue par le demandeur sans qu'il eût reçu du défendeur les pouvoirs nécessaires pour contracter en son nom. C'est en vain qu'il invoquerait la procuration qui lui a été délivrée le 1^{er} décembre 1917 par Menoud, puisqu'elle est postérieure à la passa-

tion de la promesse de vente et que d'autre part sa teneur ne permet pas de la considérer comme une ratification de cet acte dont à ce moment le défendeur ignorait l'existence.

Dans ces conditions, il est superflu de rechercher si, comme l'a admis l'instance cantonale, Cayrac aurait pu également exciper du dol du demandeur pour contester la validité de la promesse de vente : en tout état de cause, celle-ci était nulle pour les deux motifs de forme indiqués ci-dessus et par conséquent le promettant-acquéreur n'était pas lié.

Sans doute il a, dans la suite, traité avec le défendeur mais le demandeur n'a prouvé ni que le prix de 200 000 fr. indiqué dans l'acte de vente soit simulé et qu'en réalité le défendeur a touché davantage, ni même que Cayrac aurait été disposé à payer un prix supérieur et que Menoud s'est contenté de 200 000 fr. uniquement pour priver le courtier de sa commission. Quant au fait que le demandeur aurait pu obtenir d'autres amateurs des conditions plus avantageuses, il est indifférent puisqu'en fait les pourparlers qu'il a engagés dans ce but ne sont pas arrivés à chef et qu'il n'a pas présenté ces acquéreurs au défendeur ; il a, il est vrai, proposé son propre frère comme acheteur à la place de Cayrac et pour le prix stipulé avec ce dernier dans la promesse de vente Golay, mais tout d'abord il semble résulter de l'instruction que cette offre était tardive, Menoud s'étant à ce moment-là déjà lié directement envers Cayrac pour le prix de 200 000 fr., et en outre il n'est pas probable que Auguste Grand aurait vraiment consenti à payer 250 000 fr., puisque le même jour il a passé promesse de vente avec son frère pour 200 000 fr. seulement.

Seule donc la vente conclue en définitive entre Menoud et Cayrac peut servir de base pour le calcul de la commission due au demandeur. Et c'est avec raison que l'instance cantonale a jugé qu'il a droit de ce chef aux 10 000 fr. versés par Cayrac en sus de la somme de

200 000 fr. indiquée dans l'acte de vente. En effet, au point de vue économique, la situation est la même que si, au lieu de scinder ainsi ses prestations, l'acheteur avait payé un prix global de 210 000 fr. ; en vertu même de son contrat avec le défendeur, le demandeur peut donc prétendre à la partie de ce prix qui dépasse 200 000 fr. Mais d'ailleurs voulût-on même considérer les 10 000 fr. payés en sus comme réellement distincts du prix de vente proprement dit, c'est cependant au demandeur qu'ils devraient être attribués, puisque Cayrac a stipulé qu'ils devaient servir au paiement des commissions : on se trouverait en présence d'une stipulation pour autrui au bénéfice de laquelle le demandeur peut se mettre. Il est vrai qu'il y avait également d'autres courtiers, soit Demierre et Frioud et que ceux-ci ont touché 5000 fr. Mais, outre que l'acheteur Cayrac a été procuré par le demandeur et non par Demierre et Frioud, il avait été entendu dès le début que la commission due à ces derniers serait supportée par le vendeur personnellement et serait prélevée sur le prix de 200 000 fr. (v. lettre Menoud du 10 janvier 1918) — de sorte qu'il ne se justifierait certainement pas de renvoyer le demandeur à partager avec ces courtiers les 10 000 fr. versés en sus de la somme de 200 000 fr.

Le Tribunal fédéral prononce :

Les deux recours sont rejetés et l'arrêt cantonal est confirmé.

**67. Urteil der II. Zivilabteilung vom 11. November 1920
in Sachen Winkler gegen Schweizer.**

OR Art. 160 Abs. 1 : Alternativ- oder Kumulativkonventionalstrafe? Auslegung eigentlicher Konventionalstrafversprechen im allgemeinen und speziell solcher zum Schutze von Verpflichtungen zu einem Nichttun, die unzählige Male verletzt werden können.

A. — Am 22. Januar 1916 kaufte der Kläger Schweizer von der Firma Winkler & C^{ie}, Eisenwarenhandlung, in Wallisellen deren Detail- und Migroseisenwarengeschäft « mit einem Warenlager von 8 bis 9000 Fr. zum Ankaufspreis.... sowie Mobiliar und Bureauaterial » im Betrage von 1000 bis 1200 Fr. » Ziffer 3 u. 10 des Vertrages lauten : « Die Inhaber Herr Heinrich Winkler » und... verpflichten sich für die Dauer von sechs Jahren, » auf 10 Kilometer im Umkreis von Wallisellen kein ähnliches Detailgeschäft zu betreiben noch zu vertreten.... » Für den Uebertretungsfall ist eine Konventionalstrafe » von 2000 Fr. bestimmt worden. » Als in der Folge die Inventur einen Waren- und Mobiliarwert von 18,862 Fr. 50 Cts. ergab, bezahlte der Kläger diesen Betrag als Kaufpreis.

B. — Am 16. Dezember 1919 machte der Kläger gegen Heinrich Winkler Klage anhängig auf Bezahlung von 2000 Fr. Konventionalstrafe und Feststellung, dass die §§ 3 und 10 des Vertrages noch bis 22. Januar 1922 weiter fort dauern und der Beklagte in jedem Uebertretungsfall eine Konventionalstrafe von 2000 Fr. an den Kläger zu bezahlen habe.

C. — Das Bezirksgericht Bülach verurteilte den Beklagten zur Bezahlung von 2000 Fr., wies aber die Feststellungsklage ab « in der Meinung, dass inskünftig während der Vertragsdauer kein Anspruch des Klägers » mehr besteht auf Konventionalstrafe, dass dagegen