

klärt, daß im baslerischen Strafprozeß adhäſionsweiſe nur ſolche Civilklagen geltend gemacht werden können, welche aus der ſtrafbaren Handlung, wegen welcher der Beklagte dem Strafgerichte überwieſen worden iſt, hergeleitet werden können. Ob und inwiefern nun den Klägern durch den Verkauf an Zeltſch ein Schaden entſtanden ſei, iſt ziffermäßig nicht zu beſtimmen. Es kann auch kaum angenommen werden, daß Zeltſch, welcher erklärt hat, daß er keinen Heiſſieck-Champagner halte, ſtatt des beklagtiſchen Schaumweins wirklichen Heiſſieck-„Monopole“ gekauft haben würde, und daher die Kläger inſofern durch verminderten Abſatz eine Einbuße erlitten haben. Ferner mangelt jede Angabe über den Preis, zu welchem die Kläger ihren Wein verkaufen und über den Gewinn, den ſie dabei machen. Ob einer der Abnehmer Zeltſchs durch den Verkauf des beklagtiſchen „Monopole“ abgehalten worden ſei, wirklich Heiſſieck-„Monopole“ zu erwerben, iſt ebenfalls ſehr fraglich, abgesehen davon, daß im ganzen nur acht Flaſchen verkauft worden ſind. Dagegen iſt nicht zweifelhaft, daß der Vertrieb des geringen deutſchen Schaumweines unter der klägeriſchen Marke „Monopole“ geeignet war, die klägeriſche Marke zu diſcreditieren. Über die Höhe des dieſfälligen Schadens hat gemäß Art. 51 D.-R. das richterliche Ermessen zu entſcheiden, und nun erſcheint es in Erwägung aller Umſtände als angemessen, den Schaden unter beiden Titeln, wegen Nachahmung der Marke und der falſchen Herkunftſbezeichnung, auf 100 Fr. feſtzulegen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung der Kläger wird als begründet erklärt und das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Baſelſtadt vom 23. September 1895 dahin abgeändert, daß der Beklagte verpflichtet wird, den Klägern 100 Fr. Schadenersatz zu bezahlen.

IV. Obligationenrecht. — Code des obligations.

141. Arrêt du 4 octobre 1895 dans la cause Firmenich contre Dériaz.

Par lettres du 12 janvier 1885 Ch. Firmenich et les frères Louis et Gédéon Dériaz ont conclu un contrat d'après lequel ceux-ci s'engageaient à continuer les études en vue de la construction, pour le compte de Firmenich, d'une villa avec dépendance et se chargeaient de l'élaboration des plans d'exécution, de la conclusion des marchés avec les entrepreneurs, de la direction et de la surveillance des travaux et de la vérification des mémoires, contre paiement de cinq pour cent à titre d'honoraires.

La construction eut effectivement lieu en 1886. Il n'est pas établi à quel moment exact elle fut terminée et quand Firmenich en prit possession; mais elle était en tout cas achevée le 21 décembre, date à laquelle Firmenich écrivait ce qui suit à Dériaz frères en leur adressant un chèque pour solde de leur compte :

« Je saisis avec plaisir cette occasion pour vous remercier sincèrement du bon accomplissement du mandat dont je vous avais chargé en janvier 1885 pour la construction d'une villa, avec dépendances pour bureaux, etc., etc. Non seulement vous avez réussi à me satisfaire pleinement par votre intelligence et capacité, mais vous m'avez encore montré toujours la plus grande franchise et vous avez, ce que je tiens surtout à constater ici, constamment et scrupuleusement veillé à mes intérêts et à l'exécution de mes désirs. Aussi je me fais un devoir de vous recommander comme vous le méritez partout où l'occasion s'en présentera. »

Peu après l'achèvement des travaux, des fissures se manifestèrent dans les murs de la dépendance. Les parties sont en désaccord sur le point de savoir si l'existence de ces

fissures fut déjà constatée antérieurement à la lettre de Firmenich ci-dessus transcrite ou si elle ne le fut que postérieurement.

Le recourant allègue qu'il les aurait signalées immédiatement à Dériaz frères et aurait adressé à ces derniers plusieurs réclamations successives auxquelles ils auraient répondu en le priant d'attendre, afin qu'ils pussent examiner la marche des fissures dans le but d'y remédier radicalement une fois pour toutes. Dériaz frères reconnaissent de leur côté que postérieurement à la réception des travaux, Firmenich leur aurait signalé à une ou deux reprises l'existence d'une fissure dans la dépendance de son immeuble ; ils auraient répondu qu'avant de procéder à une réparation quelconque, il était préférable de patienter quelque temps, afin de voir comment se comporterait cette fissure et de pouvoir y remédier en connaissance de cause, ce que Firmenich accepta, la fissure n'ayant aucun caractère alarmant.

Les choses en restèrent-là jusqu'en octobre 1894. Le recourant adressa le 11 à Dériaz frères une réclamation à laquelle ceux-ci répondirent par une lettre du 13 du dit mois dans laquelle on lit entre autres ce qui suit :

« En réponse à votre honorée du 11 octobre, nous venons d'abord vous dire, puisque vous paraissez en tout premier lieu très désireux d'être rassuré à ce sujet, que nous n'avons jamais entendu prétendre que les fissures dont vous vous plaignez ne se fussent pas produites peu après l'achèvement des travaux. Nous pensions que vous deviez assez nous connaître pour savoir que nous n'avons jamais cherché à éluder une responsabilité. Nous ne partageons pas votre manière de voir au sujet de cette responsabilité, voilà tout.

» En un point de vos dépendances, notre vigilance (qui ne peut pas être infaillible) a été mise en défaut par suite de causes extérieures s'aggravant les unes les autres et qui se sont manifestées surtout après l'achèvement de la construction.

» L'expérience semble démontrer qu'il eût fallu faire à la dépendance des fondations beaucoup plus larges et plus profondes ; en faisant ainsi vous auriez eu à payer ce supplément de fondations, puisque vos travaux ont été exécutés au mètre. Il est donc juste que vous consentiez à payer maintenant ce que vous auriez dû payer lorsque les travaux ont été exécutés. Voilà la base de discussion que nous vous proposons et nous pensons que vous la trouverez juste. »

Les parties n'ayant pu s'entendre, Firmenich a ouvert action à Dériaz frères, par exploit du 15 novembre 1894, pour faire prononcer avec suite de dépens :

1° Qu'ils doivent exécuter immédiatement les travaux nécessaires pour réparer les fissures existant dans son immeuble et pour empêcher qu'elles se produisent à l'avenir.

2° Qu'il est autorisé en tant que de besoin à faire exécuter les dits travaux à leurs frais par les premiers ouvriers requis, dans les quinze jours du jugement à intervenir.

3° Qu'ils doivent lui payer la somme de cinq mille francs à titre de dommages-intérêts pour le préjudice causé.

Au cours de la procédure devant le tribunal de première instance il a pris en outre diverses conclusions subsidiaires tendant, entre autres, à ce que trois experts fussent nommés aux fins d'examiner son immeuble et les fissures qui s'y sont produites, indiquer les causes de ces fissures, dire notamment si elles ne proviennent pas du fait que les fondations de l'immeuble ne sont ni assez larges ni assez profondes, enfin indiquer les travaux à faire et en fixer le coût.

Sans entrer en discussion sur le fond, Dériaz frères ont prétendu que la réclamation de Firmenich était prescrite, attendu qu'à teneur de l'art. 362 CO., l'action du maître qui a commandé une construction se prescrit par cinq ans dès la réception de l'ouvrage. Ils ont en conséquence conclu au rejet de la demande, en se réservant, pour le cas où leur exception serait repoussée et la cause renvoyée à l'instruction, de s'expliquer sur les prétentions de Firmenich et de conclure sur sa demande d'expertise et son offre de preuves.

En réponse à l'exception soulevée par Dériaz frères, Fir-

menich a soutenu que le contrat entre lui et Dériaz frères n'était pas un louage d'ouvrage, mais un louage de services et un mandat, soumis à la prescription de dix ans, et qu'en conséquence l'art. 362 CO. était inapplicable. Il a invoqué en dernière analyse, à l'appui de son action, les art. 110 et 113 CO. Les défendeurs ont contesté que ces articles fussent applicables, la lettre de Firmenich du 21 décembre 1886 démontrant clairement, suivant eux, qu'ils n'ont commis aucune faute.

Le tribunal de première instance a estimé que la prescription de cinq ans établie par l'art. 362 CO. ne s'applique pas seulement aux actions fondées sur un louage d'ouvrage, mais à toute action ayant pour cause un vice de construction, quels que soient l'auteur de ce vice et la nature du contrat existant entre lui et le maître de l'ouvrage. On pourrait d'ailleurs se demander, d'après les premiers juges, si le contrat intervenu entre parties, contrat qui imposerait à Dériaz frères des obligations spéciales et plus étendues que celles d'un architecte qui ne coopère pas directement à l'entreprise (ainsi l'obligation de traiter avec des entrepreneurs et de vérifier leurs mémoires), ne leur créerait pas le rôle d'un entrepreneur général. Le tribunal n'a pas admis, ainsi que le soutenait Firmenich, que Dériaz frères aient reconnu leur responsabilité par leur lettre du 13 octobre 1894, ni que cette lettre ait interrompu la prescription de cinq ans, celle-ci étant déjà achevée à la date de la dite lettre. Enfin il a repoussé l'offre de Firmenich de prouver par témoins que Dériaz frères se seraient engagés à faire les réparations nécessaires à leurs frais, attendu que ce prétendu engagement comporterait des conséquences juridiques supérieures à la valeur pour laquelle la preuve par témoins est admissible d'après la procédure genevoise.

En conséquence, par jugement du 22 mars 1895, le tribunal de première instance a débouté Firmenich de ses conclusions tant principales que préparatoires.

Ensuite de recours la Cour de justice civile a confirmé ce jugement par arrêt du 22, communiqué aux parties le 29 juin 1895.

Touchant la question de savoir si l'art. 362 CO. peut être invoqué en la cause, cet arrêt est motivé comme suit :

Un contrat tel que celui passé entre parties tient à la fois du louage de services, du louage d'ouvrage et du mandat ; dans ses rapports avec les entrepreneurs et les maîtres d'état, l'architecte est un mandataire du maître ; mais pour tout ce qui concerne la partie de l'ouvrage à laquelle il contribue personnellement, l'élaboration des plans, le calcul de la résistance des matériaux et des conditions de solidité de la construction, le contrat qu'il a passé avec le maître est un contrat de louage d'ouvrage auquel les règles posées par les art. 350 et suiv. CO. doivent s'appliquer. On ne comprendrait pas que tandis que l'entrepreneur est déchargé après l'expiration du délai de cinq ans dès la réception des travaux de toute responsabilité pour les défauts de l'ouvrage, l'architecte en restât responsable sans recours possible contre l'entrepreneur dans le cas où ce dernier serait en faute.

Firmenich a recouru en temps utile au Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Cour de justice civile, dont il demande la réforme dans le sens de l'adjudication des conclusions prises par lui devant les premiers juges.

Dériaz frères ont conclu au rejet du recours.

Considérant en droit :

1° Il n'est pas exact, ainsi que l'a admis la première instance cantonale, que l'action dont parle l'art. 362 CO. soit tout action fondée sur un défaut de l'ouvrage, quelles que soient la personne responsable de ce défaut et la nature du contrat existant entre elle et le maître de l'ouvrage. Le titre 12 du Code des obligations, dans lequel figure l'art. 362, ne s'occupe que du louage d'ouvrage, c'est-à-dire du contrat par lequel, suivant la définition de l'art. 350, « l'une des parties, l'entrepreneur, s'engage à exécuter un ouvrage, moyennant un prix que l'autre, le maître, s'engage à lui payer. » Il n'y a aucune raison d'admettre que l'art. 362 ait une portée plus étendue que les autres dispositions placées sous le même titre et s'applique à d'autres contrats que le louage d'ouvrage. « Les droits qui compétent au maître à raison des défauts

de l'ouvrage » (art. 362, 1^{er} al.) ou « l'action du maître » (art. 362, 2^{me} al.), dont cet article fixe le délai de prescription, sont évidemment les droits et actions du maître vis-à-vis de l'entrepreneur. La place qu'occupe la disposition qui forme l'art. 362, à la suite des art. 357 à 361 dans lesquels l'entrepreneur est expressément mentionné comme le sujet passif des droits du maître à raison des défauts de l'ouvrage, ne laisse aucun doute à ce sujet. L'art. 362, comme les précédents, n'a en vue que les rapports nés d'un louage d'ouvrage entre maître et entrepreneur.

2^o Pour savoir si la prescription établie par l'art. 362 peut être invoquée par Dériaz frères, il y a donc lieu de déterminer la nature du contrat passé entre eux et le recourant. C'est à tort que le jugement dont est recours admet qu'il s'agit d'un louage d'ouvrage, combiné avec un louage de services et un mandat. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà prononcé antérieurement (voir arrêts du 4 novembre 1893, *Recueil officiel*, XIX, p. 833, et du 2 mars 1894, *Recueil officiel*, XX, p. 200, consid. 4), l'architecte qui se borne, comme c'est le cas dans l'espèce, à dresser les plans d'une construction, à passer des contrats au nom du maître avec les entrepreneurs chargés des travaux, à diriger ceux-ci et à vérifier les comptes de la construction, n'a pas la qualité d'*entrepreneur*; il ne se charge pas, en effet, de l'exécution de l'ouvrage, mais se borne à fournir certains services nécessaires à cette exécution. En tant que son rôle est ainsi limité, l'architecte rentre dans la catégorie des personnes visées par l'art. 348 CO., dont les services supposent des connaissances professionnelles ou une culture scientifique et sont rétribués au moyen d'honoraires (professions libérales). Le contrat par lequel il promet ses services dans ces conditions est un louage de services et, en l'absence de dispositions spéciales de la loi, la prescription des actions dérivant de ce contrat est régie par les art. 146 et suiv. CO. Ces actions n'étant pas de celles prévues à l'art. 147, qui se prescrivent par cinq ans, sont par conséquent soumises à la prescription ordinaire de dix ans.

La Cour de justice civile a objecté à cette manière de voir

que l'on ne comprendrait pas que, tandis que l'entrepreneur est déchargé après cinq ans, dès la réception des travaux, de toute responsabilité pour les défauts de l'ouvrage, l'architecte en restât responsable sans recours possible contre l'entrepreneur dans le cas où ce dernier serait en faute. On doit reconnaître, en effet, qu'il y a une certaine anomalie dans le fait que l'architecte demeure responsable pendant dix ans, tandis que l'entrepreneur est déchargé au bout de cinq ans déjà. Mais cette anomalie résulte de l'interprétation certaine et non équivoque de la loi et il n'appartient pas au juge de la faire disparaître. D'ailleurs il est à remarquer que l'objection soulevée n'a pas l'importance que lui attribue la seconde instance cantonale, vu que l'architecte n'a à répondre que de sa propre faute et non de celle de l'entrepreneur, et qu'en outre il contracte avec les entrepreneurs comme mandataire du maître, qui seul est obligé et acquiert des droits en vertu des contrats conclus en son nom.

3^o Il résulte de ce qui précède que l'action intentée par le recourant à Dériaz frères n'est pas prescrite, attendu qu'il ne s'est en tout cas pas écoulé dix ans depuis le moment où le droit d'action a pris naissance.

Mais on peut se demander si le recourant n'a pas, ainsi que le soutiennent Dériaz frères, déchargé ceux-ci, par sa lettre du 21 décembre 1886, de toute responsabilité à raison du défaut de construction dont il se plaint. Car il est évident, alors même que le titre du louage de services ne renferme pas de disposition analogue à celle de l'art. 360, que le seul principe de la bonne foi doit faire admettre que celui qui a fourni ses services est déchargé de toute responsabilité lorsque le maître les a acceptés expressément ou tacitement sans se prévaloir de fautes ou négligences qu'il aurait constatées ou dû constater. Or il est clair que la lettre du recourant ne peut être envisagée comme une décharge si les fissures du bâtiment se sont produites seulement après le moment où elle a été écrite. Mais même si ces fissures s'étaient déjà manifestées antérieurement, on ne peut admettre que Dériaz frères aient été déchargés de toute responsabilité par la lettre en

question. Il est vrai que cette lettre ne renferme aucune réserve, mais il résulte de ce que Dériaz frères écrivaient à Firmenich le 13 octobre 1894, ainsi que du contenu de leur exploit du 1^{er} janvier 1895, que, sur leur proposition, la question des fissures avait été réservée, dès les premiers avertissements de Firmenich, jusqu'au moment où une réparation pourrait être entreprise en connaissance de cause, ce qui n'eut jamais lieu.

Dériaz frères ne peuvent donc pas se retrancher derrière la lettre du 21 décembre 1886 pour échapper à l'action qui leur est intentée.

4° L'action du recourant n'étant ni prescrite ni éteinte par une libération de responsabilité qu'auraient obtenue Dériaz frères, le jugement de la seconde instance cantonale doit être réformé et il y a lieu d'entrer en matière sur le fond de la cause. Toutefois l'instruction devant les instances cantonales ayant porté uniquement sur la question de prescription, le Tribunal fédéral ne possède pas les éléments de fait nécessaires pour se prononcer sur le fond. La cause doit en conséquence être renvoyée à la dernière instance cantonale pour instruction ultérieure et jugement sur le fond.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis et le jugement de la Cour de justice civile de Genève réformé en ce sens que l'exception de prescription admise par ce jugement est repoussée et la cause renvoyée devant la dernière instance cantonale pour instruction ultérieure et jugement sur le fond.

142. Urteil vom 4. Oktober 1895 in Sachen
Burger gegen Sennereigenossenschaft Hinterfeld-Weilen.

A. Durch Urteil vom 17. Mai 1895 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern erkannt:

1. Der Klägerin, Sennereigenossenschaft Hinterfeld-Weilen, ist ihr Klagsbegehren unter Ziffer 1 zugesprochen für den noch freitigen Betrag von 3881 Fr. 10 Cts., welche Summe zinsbar erklärt wird zu 5 % seit 7. November 1892.

2. Dieselbe ist mit ihrer peremptorischen Einrede gegenüber der Widerklage abgewiesen.

3. Der Beklagte, Christian Burger, ist mit seinem Widerklagsbegehren abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte und Widerkläger die Berufung an das Bundesgericht erklärt mit dem Antrage, es sei in Abänderung der Dispositive 1 und 3 desselben die Klage der Sennereigenossenschaft Hinterfeld-Weilen abzuweisen, die Widerklage dagegen zuzusprechen.

In seiner Antwortschrift beantragt der Anwalt der klägerischen Partei Abweisung der Berufung und Bestätigung des angefochtenen Urteils.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Laut § 1 der am 8. Januar 1887 aufgestellten Statuten haben die Viehbesitzer in Hinterfeld-Weilen und Umgegend eine Sennereigenossenschaft mit 80 Teilrechten von 25 Beteiligten gebildet. (Art. 11 bestimmt als Organe der „Genossenschaft“ die Versammlung der Genossen und eine fünfgliedrige Vorsteherchaft.) Eine Eintragung der Genossenschaft in's Handelsregister hat nicht stattgefunden. Im April 1892 wurde sodann ein Kaufvertrag abgeschlossen „zwischen den Milchlieferanten der Sennhütte Hinterfeld als Verkäufer einerseits und Herrn Albrecht Rupp, Käser, in Thun, andererseits“, wonach sich die ersteren verpflichteten, dem letzteren die Milch von ihren Kühen vom Mai 1892 bis Martini gleichen Jahres um den Preis von 6 Fr. 20 Cts. per Zentner zu liefern. Unterschrieben ist der Vertrag vom Käufer und auf Seite