

ment sans importance, et elles se trouvent d'ailleurs dépourvues de toute preuve.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour de Justice civile du canton de Genève, le 26 novembre 1898, est maintenu.

9. Arrêt du 18 février 1899

dans la cause frères Oberson contre Tornare.

Action en dommages-intérêts intentée par le vendeur pour inexécution d'un contrat de vente. (Art. 110 ss. CO.) A laquelle des parties l'inexécution est-elle imputable ? (Art. 263 CO.)

A. — Sous date du 14 mai 1897, Marcelin Tornare, laitier à Charmey, a passé avec Edmond Oberson, représentant la maison Oberson frères à Romont, une convention de la teneur suivante :

« Vendu aux frères Oberson, négociants, à Romont, ma
» partie de fromages d'hiver jusqu'au 20 mai 1897, à peser
» 230 pièces fin du mois et le solde fin juin, à laisser 20
» pièces au choix des acheteurs, rendues à Bulle sur wagon,
» à dîner et $\frac{1}{2}$ litre de vin aux voituriers. Le prix est fixé
» à 130 fr. les 100 kilos plus 120 fr. d'honoraires, paiement
» de chaque pesée comptant.

» Charmey, le 14 mai 1897.

» (Signé) Marcelin Tornare. — Oberson frères. »

Le nombre des pièces de fromage vendues était d'environ 470, dont à déduire les 20 que les acheteurs se réservaient de rebuter.

La première pesée, fixée à fin mai, n'eut pas lieu et les parties prirent de nouveaux arrangements constatés, d'une part, par un reçu de Tornare ainsi conçu :

« Reçu des frères Oberson, négociants à Romont, la somme
» de 12 000 fr. en billets à ordre, soit l'un de 6000 fr.
» payable le 15 août, le second à fin août 1897, cela contre
» ma partie de fromages ; les frais de change des billets se-
» ront supportés par les frères Oberson en règlement de
» compte. — Romont, le 15 juin 1897.

» (Signé) Marcelin Tornare. »

D'autre part, à la même date, Oberson frères remirent à Tornare une déclaration de la teneur qui suit :

« La partie N° 9 sera pesée, soit 250 pièces, et seront gar-
» dées en fruitière aux soins des acheteurs dès la date de la
» pesée, soit le 23 juin, cela au prix de 10 centimes par
» pièce et par mois, ainsi que le solde, soit la seconde pesée
» à faire première quinzaine de juillet.

» Romont, le 15 juin 1897.

» (Signé) Oberson frères. »

Le 19 juin, le notaire Andrey, à Bulle, adressa aux frères Oberson une lettre chargée de la teneur ci-après :

« Marcelin Tornare, négociant à Charmey, me charge de
» vous retourner les deux effets de 6000 fr. chacun que vous
» lui avez souscrits le 15 juin, vous avisant qu'il ne peut les
» accepter au lieu et place de l'argent comptant que vous
» aviez l'obligation de lui verser en règlement du prix des
» fromages qu'il vous a vendus. Il vous somme, ainsi que
» vous en avez fixé le jour vous-même, de vous rendre à
» Charmey mercredi 23 courant pour procéder au pesage et
» payer les fromages au comptant, conformément au marché
» conclu entre parties. »

Les frères Oberson ne répondirent pas à cette lettre et ne se présentèrent pas le 23 juin à Charmey ; mais ils adressèrent à Tornare un télégramme portant : « Monterai demain peser sans faute. Oberson. »

Le lendemain, 24 juin, Edmond Oberson se rendit effectivement à Charmey où eut lieu, entre lui et Tornare, une entrevue à laquelle assistèrent plusieurs témoins. D'après les dépositions de ceux-ci, Oberson manifesta l'intention de peser les fromages, en expliquant que la maison ayant fait des

pertes, il n'avait pas d'argent pour payer en ce moment; Tornare fit alors observer que c'était le moment de sa paie, qu'il avait absolument besoin de son argent et qu'il était inutile de procéder à la pesée sans cela; là-dessus Oberson se retira.

Les choses en restèrent là jusqu'au 30 juin, date à laquelle Tornare fit notifier aux frères Oberson, sous le sceau du Juge de Paix de Romont, une mise en demeure les sommant d'aller peser à Charmey et payer au comptant jusqu'au 2 juillet suivant la partie de fromages qu'il leur avait vendue, les prévenant qu'en cas de refus ou de silence il les actionnerait immédiatement en dommages-intérêts.

Le 2 juillet les frères Oberson ne s'étaient pas exécutés, mais l'un d'eux, Edmond Oberson, adressa à Tornare un télégramme disant qu'il lui était impossible d'aller à Bulle, vu qu'il devait se rendre à Fribourg comme témoin. Après ce télégramme, les frères Oberson gardèrent de nouveau le silence.

Le 5 juillet, Tornare somma Oberson frères de consentir à la rescision de la vente passée avec eux et de lui acquitter le montant de 1500 fr., le tout dans les 24 heures dès la remise de la sommation, faute de quoi il réclamait le paiement de 4000 fr. à titre de dommages-intérêts pour inexécution de la dite vente et citait doré et déjà Oberson frères en conciliation devant le Juge de Paix de Romont.

Les cités ne se présentèrent pas en conciliation et Tornare obtint un acte de renvoi en droit.

Le 20 juillet, Tornare vendit ses fromages à Silvio Canonico et C^{ie}, à Turin, aux conditions suivantes :

Le prix de vente était fixé à 120 fr. les 100 kg., plus 50 francs d'honoraires, marchandise vendue et pesée en gare de Bulle contre réception aux voituriers. Les pesées devaient avoir lieu l'une immédiatement et l'autre fin août ou commencement de septembre. Les paiements devaient se faire au comptant après livraison, en chèques sur Suisse ou toute autre valeur ayant cours au pair. Sur les 470 pièces environ fabriquées, les acheteurs devaient en prendre deux cents dans chaque pesée.

A teneur d'une lettre, en date du 24 novembre 1897, adressée à Tornare par J. Glasson, représentant de Silvio Canonico et C^{ie} à Bulle, le résultat de la vente faite à ces derniers était le suivant :

1 ^{re} pesée	200 pièces	=	5876 kg.	à	1 fr. 20	=	Fr. 7051 20
2 ^e	» 201	»	=	5617 »	à	1 fr. 20	= » 6740 40
						Total,	11 493 » » = » 13 791 60

Le solde rebuté :

58 pièces	=	1680 kg.	à	1 fr. 08	=	» 1814 40	
						Total,	Fr. 15 606 —

B. — Ensuite de l'acte de renvoi en droit à lui délivré le 10 juillet, Tornare avait, par citation-demande du 30 juillet, conclu par-devant le Tribunal de la Glâne à ce que Oberson frères fussent condamnés à lui payer la somme de 4000 fr. à titre de dommages-intérêts pour inexécution de la vente du 14 mai, avec intérêt légal dès la demande juridique.

Il invoquait à l'appui de cette demande les art. 110, 117, 122 et 123 CO. et exposait que s'il avait retourné aux défendeurs les deux effets qu'ils lui avaient remis, c'est qu'il ne pouvait ni ne voulait les accepter en lieu et place d'argent comptant. Il alléguait que le nombre des pièces de fromage dont Oberson frères auraient dû prendre livraison était de 454.

C. — Par exploit du 22 septembre, Oberson frères opposèrent au demandeur qu'il avait accepté une modification de la convention primitive et consenti à recevoir pour 12 000 fr. de billets, puis qu'il aurait ensuite retourné les dits billets et refusé de livrer les fromages et même de les laisser peser si ce n'était contre argent comptant. Dans ces conditions, les défendeurs s'estimaient déliés de leurs engagements. Ils soutenaient d'ailleurs que la sommation du 30 juin était en contradiction avec la convention écrite du 15 qui leur donnait terme jusqu'au 15 et 31 août et que la mise en demeure du 5 juillet était nulle parce que le délai qu'elle fixait était insuffisant.

A l'audience du tribunal du 15 novembre 1897, ils ont conclu à libération des fins de la demande.

D. — Par jugement du 7 mars 1898, le Tribunal de la Glâne a condamné les défendeurs à payer au demandeur la somme de 2000 fr.

Oberson frères ont appelé de ce jugement.

E. — A la requête de Tornare, la Cour d'appel de Fribourg a désigné des experts à l'effet de déterminer le déchet que subissent les fromages, la valeur des soins qu'ils exigent, etc.

Les parties ont repris en appel leurs conclusions de première instance.

F. — Par arrêt du 23 novembre 1898, la Cour d'appel a porté à 2200 fr. l'indemnité allouée à Tornare.

G. — En temps utile, les défendeurs ont déclaré recourir au Tribunal fédéral contre l'arrêt qui précède pour en faire prononcer la réforme dans le sens de l'admission de leurs conclusions libératoires.

Considérant en droit :

1. — L'action en dommages-intérêts intentée par Marcelin Tornare à Oberson frères a pour cause l'inexécution de la vente conclue entre parties le 14 mai 1897. Elle soulève tout d'abord la question de savoir à laquelle des parties cette inexécution est imputable.

A l'appui de leurs conclusions libératoires, les acheteurs Oberson ont fait valoir que l'inexécution serait imputable au vendeur, qui ne se serait pas conformé aux arrangements pris le 15 juin 1897 en modification du marché primitif.

La vente du 14 mai prévoyait que les fromages vendus seraient pesés 230 pièces fin mai et le solde fin juin et que le paiement de chaque pesée aurait lieu comptant. Il résulte du reçu signé par Tornare le 15 juin et de la déclaration de la même date remise par Oberson frères à Tornare que ces conditions furent modifiées en ce sens que ce dernier consentait à recevoir deux billets à ordre de 6000 fr. chacun, souscrits par Oberson frères, que les pesées étaient retardées, la première jusqu'au 23 juin et la seconde jusqu'à la première quinzaine de juillet et que Tornare devait garder les fromages en fruitière à raison de 10 c. par pièce et par mois dès la première pesée.

Les deux billets furent effectivement remis à Tornare, qui les accepta, puisqu'il en donna reçu sans réserve. Mais le 19 juin le notaire Andrey les retourna à Oberson frères en avisant ceux-ci que Tornare ne pouvait accepter des billets au lieu de l'argent comptant qu'ils avaient l'obligation de lui livrer en paiement de ses fromages ; il sommait en même temps Oberson frères de se rendre à Charmey le 23 juin pour peser les fromages et en effectuer le paiement au comptant.

La Cour d'appel de Fribourg a estimé que Tornare était en droit de retourner à Oberson frères leurs billets parce que l'acceptation en était subordonnée à la condition qu'ils pourraient être négociés et qu'évidemment cette condition n'a pu être remplie. Si l'on peut admettre cette manière de voir en ce qui concerne l'existence de la condition, qui est tout au moins très probable, en revanche rien n'établit que cette condition n'ait pas pu être remplie. Tornare, à qui la preuve incombait, n'a pas même allégué qu'il ait inutilement essayé de négocier les billets en question. On ne saurait donc considérer comme démontré qu'il fût en droit, après avoir accepté ces billets, de les retourner à Oberson frères et d'en revenir purement et simplement à la convention primitive. Par contre, on doit reconnaître avec l'arrêt dont est recours qu'Oberson frères ont en tout cas accepté cette manière de faire. Ils n'ont en effet élevé aucune protestation contre le renvoi de leurs billets ni contre la sommation qui leur était faite en même temps de se rendre à Charmey pour procéder au pesage des fromages et à leur paiement comptant. Edmond Oberson s'est au contraire rendu à Charmey le 24 juin dans le but de procéder au pesage et lorsque Tornare lui demanda s'il avait les fonds pour payer, il répondit négativement sans contester l'obligation du paiement comptant et sans offrir d'exécuter le marché en conformité des arrangements du 15 juin ; en outre, devant le refus de Tornare de laisser peser dans ces conditions, il se retira sans protestation. Enfin les sommations des 30 juin et 5 juillet ne provoquèrent non plus ni protestation ni offre d'exécution. Il est

impossible de ne pas voir dans cette attitude d'Oberson frères une renonciation à se prévaloir des modifications apportées le 15 juin à la convention primitive. Dès lors ils ne sont pas fondés à prétendre que c'est Tornare qui, pour ne s'être pas conformé à ces modifications, auxquelles eux-mêmes ont renoncé, a encouru la responsabilité de l'inexécution de la vente du 14 mai 1897.

Cette vente stipulait que le paiement de chaque « pesée » aurait lieu au comptant. Le vendeur a interprété cette clause en ce sens que le paiement devait avoir lieu pour chacune des pesées prévues, aussitôt l'opération du pesage terminée. Cette manière de voir a pour elle les termes mêmes du contrat, ainsi que l'usage suivi dans la Gruyère et constaté par les experts. Elle a du reste été acceptée tacitement par Oberson frères, qui, jusqu'au procès actuel, n'ont rien objecté à l'exigence de Tornare.

Ce dernier était donc en droit d'exiger de l'argent comptant le 24 juin et Oberson frères sont mal venus à soutenir que c'est lui qui a refusé d'exécuter le marché parce qu'il s'est opposé le dit jour au pesage des fromages. Il est évident que cette opération était inutile dès l'instant qu'Edmond Oberson avait déclaré d'avance n'avoir pas d'argent et ne faisait aucune offre de paiement comptant.

Oberson frères sont également mal venus à prétendre que le délai d'exécution de deux jours fixé par la sommation du 30 juin était trop court. Rien ne prouve que si ce délai eût été plus long ils se seraient exécutés, puisqu'ils n'ont fait aucune offre. Mais surtout Tornare n'était pas tenu de leur fixer un délai d'exécution. Ses acheteurs étant en demeure de prendre livraison et de payer le prix de la moitié des fromages dès le 23 juin et de la totalité dès le 30 juin, il avait le droit, aux termes de l'art. 263 CO., de se départir du contrat sans autre formalité, ainsi qu'il le fit en effet par sa lettre du 5 juillet.

La résiliation de la vente est ainsi la conséquence de l'inexécution par Oberson frères de leur obligation de procéder au pesage des fromages vendus et d'en payer le prix

comptant. Soit qu'ils eussent contracté un engagement financier au-dessus de leurs forces, soit qu'ils aient négligé de prendre les mesures nécessaires pour le remplir, cette inexécution constitue une faute de leur part et les rend passibles de dommages-intérêts envers leur vendeur (art. 110, 122, 124 et 263 CO.; comp. arrêts *Rec. off.*, tome XIX, p. 932, consid. 7; XXII, page 1202, consid. 5).

Ces dommages et intérêts doivent comprendre en tout cas le préjudice qui a pu être prévu, au moment de la vente, comme une conséquence immédiate de l'inexécution de celle-ci (art. 116 CO.).

Les instances cantonales ont évalué ce dommage en tenant compte de la perte résultant de la différence entre le prix promis par Oberson frères et celui payé par Canonico, du déchet des fromages depuis le moment où Oberson frères auraient dû procéder à leur pesage jusqu'au moment où Canonico en a pris livraison, des frais d'entretien que Tornare a dû supporter et de l'intérêt sur le prix de vente dont il a été privé pendant la même période. La deuxième instance a alloué à Tornare 1150 fr. pour différence de prix, 780 fr. pour déchet, 120 fr. pour frais d'entretien et 116 fr. 50 pour perte d'intérêts, en arrondissant le total à 2200 fr.

Ces divers éléments de dommage pouvaient tous être prévus au moment de la vente et c'est dès lors à bon droit qu'ils ont été pris en considération. Quant aux chiffres admis, on pourrait se demander si la Cour cantonale n'a pas calculé trop largement les indemnités pour déchet, frais d'entretien et perte d'intérêt en se basant sur un retard de 2 à 2 1/2 mois, dans le pesage et le paiement, et en fixant les frais d'entretien à 15 c. par pièce et par mois, alors que les parties elles-mêmes avaient convenu de 10 c. dans leur arrangement du 15 juin. Mais, si Tornare a été favorisé de ce chef, cette faveur est compensée par le fait que l'arrêt cantonal n'a pas tenu compte de ce qu'Oberson frères avaient le droit de rebuter 20 pièces de fromage seulement et qu'ainsi ils auraient été tenus d'en accepter, au prix convenu, un plus grand nombre que Canonico, qui en a rebuté 58. En outre,

les juges d'appel ont estimé qu'il ne se justifiait pas de tenir compte du fait que les honoraires promis par Oberson frères étaient de 120 fr. et ceux payés par Canonico de 50 fr. seulement. Cette différence représente cependant pour Tornare une perte qui pouvait également être prévue au moment du contrat comme une conséquence directe de l'inexécution de celui-ci.

De ces considérations il résulte qu'au total l'indemnité allouée n'est pas exagérée et doit être maintenue.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté et le jugement rendu par la Cour d'appel du canton de Fribourg, le 23 novembre 1898, confirmé.

10. Urteil vom 24. Februar 1899 in Sachen Weiß gegen Erben Bürgin-Weiß.

Klage gegen den Cessionar auf Herausgabe der Cessionssumme; was gehört zum Klagefundament? — Beweislast für das der Cession zu Grunde liegende Rechtsgeschäft und für behauptete Zahlung.

A. Durch Urteil vom 19. Dezember 1898 hat das Obergericht des Kantons Basellandschaft erkannt:

Das Urteil des Bezirksgerichts Sissach vom 27. Juli 1898, lautend:

„1. Dem Kläger werden die 1000 Fr. aus der Handschrift „d. d. 30. Januar 1897 nebst Zins zu 5 % seit 27. Dezember 1897 zugesprochen;

„2. Der Widerbeklagte wird zur Bezahlung von 4856 Fr. 15 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 11. März 1898 an Widerkläger verurteilt;
wird bestätigt.

B. Gegen dieses Urteil hat der Kläger und Widerbeklagte rechtzeitig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen, mit dem Antrage: Die Widerklage sei abzuweisen.

C. In der heutigen Verhandlung wiederholt der Vertreter des Klägers und Widerbeklagten diesen Berufungsantrag.

Der Vertreter der Beklagten und Widerkläger trägt auf Bestätigung des angefochtenen Urteils an.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Beklagten und Widerkläger sind die Erben (Nr. 1 der Tochtermann, Nr. 2 und 3 die Kinder) des am 12. Januar 1897 verstorbenen Johannes Bürgin-Weiß und dessen Ehefrau, die am 1. November gl. Jz. gestorben ist; der Kläger und Widerbeklagte der Bruder der Letztern und der Schwiegerjohn des am 20. August 1896 verstorbenen H. Grieder. Im Dezember 1897 belangte der Kläger die Beklagten auf Bezahlung von 1000 Fr. nebst Zins zu 5 %, gestützt auf einen Schuldschein folgenden Wortlauts: „Hiemit bescheinige ich von meinem Bruder J. Weiß 1000 Fr. (schreibe eintausend Franken) heute bar erhalten zu haben, als „Darlehen auf sechs Monate: Witwe Bürgin-Weiß. Sommerau, „den 30. Januar 1897.“ Die Beklagten bestritten vor erster Instanz die Echtheit der Unterschrift der Witwe Bürgin; die erste Instanz hat sie jedoch, wesentlich gestützt auf eine Schriftexpertise und auf eigene Prüfung, als echt anerkannt und die Klage, soweit sie auf Zusprechung des Kapitals geht, gutgeheißen, und es ist diese Forderung heute nicht mehr streitig. Dagegen haben die Beklagten gegen den Kläger auf dem Wege der Widerklage das Rechtsbegehren gestellt, er sei zur Bezahlung von 4856 Fr. 15 Cts. samt Zins zu 5 % seit 3. September 1895 zu verurteilen. Diese Forderung stützten sie auf die — aktengemäße — Thatsache, daß unterm 3. September 1895 eine auf den Namen von Joh. Bürgin, Sohn, in Sommerau lautende Obligation der basellandschaftlichen Kantonalbank (Serie A Nr. 7713) von 5000 Fr. nebst Zinsen, im ganzen mit 5156 Fr. 15 Cts., von Heimr. Grieder einkassiert worden ist. Diese Obligation trägt unter der gedruckten Rubrik „Übertragungen“ und dem gedruckten Vermerk „Gegenwärtige Obligation wird hiemit von dem Unterzeichneten übertragen an:“ die Unterschrift: „Jean Bürgin, Sohn“. Vor erster