

wegen eintritt, sodass der Amortisationsverfügung des Richters lediglich deklarative Bedeutung zukäme, sondern dass das Amortisationsdekret das für die Kraftloserklärung konstitutive Element bildet. Die Frist hat nur die Bedeutung, dass vor ihrem Ablaufe die Amortisation nicht ausgesprochen werden darf, keineswegs aber, dass die Kraftloserklärung ausgesprochen werden muss, sofern das aufgerufene Papier innert der Frist nicht vorgelegt wird (WAHL, *Traité des Titres au porteur* Bd. II S. 264 f.). Vielmehr bleibt es dem Richter überlassen, auch nach Ablauf der Frist, das Verfahren noch weiter auszudehnen und weitere Erhebungen über den Verbleib des Titels vorzunehmen, wenn ihm dies nach den Umständen des Falles als geboten erscheint. Danach kann aber nichts darauf ankommen, ob der aufgerufene Titel vor oder nach Ablauf der Frist von Art. 851 OR produziert wird; vielmehr muss die Amortisation abgelehnt werden, sofern überhaupt die Vorlegung des Titels vor dem Erlasse des Amortisationsdekretes erfolgt. Denn eine der wesentlichsten Voraussetzungen der Kraftloserklärung besteht — neben dem Ablaufe der Frist — darin, dass die Vorlegung des Titels bis zu dem Momente, in dem die Amortisationsverfügung ergeht, nicht möglich ist (JACOBI in *Ehrenbergs Handbuch* Bd. IV S. 385). Wenn das Gesetz eine Amortisation von Inhaberpapieren zulässt, so kann dies nur dadurch erklärt werden, dass es von der Vermutung ausgeht, ein trotz des Amortisationsverfahrens dem Richter nicht vorgelegtes Papier sei überhaupt nicht mehr vorhanden und dass aus diesem Grunde vom Standpunkte der Rechtssicherheit aus der Ausstellung einer neuen, die aufgerufene ersetzenden Urkunde, was den Zweck des Amortisationsverfahrens bildet, keine Bedenken entgegenstehen. Wird daher, wie es im vorliegenden Falle unbestrittenermassen geschehen ist, der Titel vorgelegt, so kann von einer Kraftloserklärung nicht die Rede sein. Unter diesen Umständen kann dahingestellt bleiben, ob die angefochtene Ver-

fügung nicht auch deswegen hätte aufgehoben werden müssen, weil der Richter die Publikation nur zwei Mal erlassen hat, oder ob allenfalls die Erwähnung der Titel in der von der Redaktion des Handelsamtsblattes veröffentlichten Zusammenstellung als dritte Publikation angesehen werden könnte.

3. — Ist nach dem Gesagten die Kraftloserklärung aufzuheben, weil die abhanden gekommenen Inhaberpapiere inolge der Ausschreibung vorgelegt worden sind, so greift Art. 854 OR nicht Platz, sondern Art. 853 OR, d. h. der Richter hat nunmehr die dort vorgeschriebenen Vorkehren zu treffen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung des Gerichtspräsidenten III von Bern vom 11. Februar 1920 aufgehoben.

27. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 18 mai 1920

dans la cause **Stolz et Kambli S. A.** contre **Lumina.**

N'est pas susceptible de réduction l'indemnité due à titre de réparation du dommage concret représenté par la différence entre le prix de vente et le prix de la chose achetée de bonne foi pour remplacer la marchandise non livrée (art. 191 al. 2 CO).

A. — Par lettre du 14 novembre 1916, la Société Lumina pour le commerce des huiles minérales, à Genève, informait la maison Stolz et Kambli, à Uster, que ses stocks du Havre et de Marseille étaient complètement réassortis et que par conséquent elle pouvait lui vendre à des conditions très avantageuses les quantités auxquelles il avait droit sur son contingent de 1917. Sur la base de cette lettre, des pourparlers s'engagèrent qui

aboutirent à la vente par Lumina à Stolz et Kambli de 200 fûts d'huile minérale, « marchandise mise sur wagon le Havre », fûts perdus, « livraison sur demande des acheteurs jusqu'à fin mars 1917 », payable en argent français à la consignation de la marchandise.

Le 5 février 1917, Stolz et Kambli ayant obtenu l'autorisation d'exporter de France en Suisse, invitaient Lumina à expédier la marchandise. Le lendemain, Lumina répondait qu'elle donnait les instructions nécessaires pour que les huiles fussent livrées le plus rapidement possible. Dans la suite, Stolz et Kambli se plaignirent de ne rien recevoir et le 8 mars, déclarèrent qu'ils rendaient Lumina responsable des dommages que ce retard pouvait leur causer. Ils ajoutaient avoir acheté de la marchandise entreposée au Havre et prête à être expédiée, mais non pas une marchandise qui n'était pas disponible et qu'ils auraient pu acheter beaucoup meilleur marché. Lumina répondit le 9 mars que lors de la conclusion du marché elle avait informé les acheteurs que la marchandise était flottante et était vendue comme telle. Stolz et Kambli protestèrent contre cette assertion et mirent le vendeur en demeure de livrer les 200 fûts jusqu'au 25 mars. Le 17 mars Lumina reconnaissait avoir vendu la marchandise prise au Havre et cela sur acceptation de la commande par la maison Terracini, laquelle n'était pas encore en mesure d'effectuer la livraison, mais attendait d'un jour à l'autre l'arrivée d'un bateau. Stolz et Kambli maintinrent leur point de vue et Lumina leur ayant annoncé le prochain départ de Philadelphie du vapeur « Storegut », puis le naufrage de ce navire, ils firent observer le 27 juin 1917 que cet événement ne changeait en rien la situation. Ils insistaient par conséquent pour obtenir la livraison de l'huile vendue. Lumina écrivit le 5 juillet que 65 barils chargés sur un autre navire pourraient encore arriver. Stolz et Kambli répondirent le 14 juillet qu'ils attendaient la livraison de ces 65 fûts sous réserve du préjudice que leur causait l'inexécution du reste de leur commande.

Les pourparlers continuèrent, mais les parties ne parvinrent pas à s'entendre et Stolz et Kambli se procurèrent une marchandise de remplacement auprès d'un tiers.

B. — Par exploit du 29 août 1917, ils ont assigné la Société Lumina devant le Tribunal de première instance de Genève en paiement de la somme de 26328 fr. 40 à titre de dommages-intérêts pour cause d'inexécution du marché. Ils alléguaient que le marché passé avec le tiers comportait une majoration du montant indiqué ci-dessus sur les prix convenus avec la défenderesse, et ils invoquaient l'art. 191 al. 2 CO.

La défenderesse a conclu à libération.

Par jugement du 13 novembre 1918, le Tribunal de première instance a adjugé aux demandeurs la totalité de leurs conclusions avec intérêts de droit.

C. — Sur appel de la défenderesse, la Cour de Justice civile du canton de Genève a commis des experts aux fins de déterminer le dommage causé aux demandeurs en tenant compte du bénéfice commercial d'usage autorisé et du bénéfice réalisé sur la revente des huiles achetées en remplacement. Par arrêt du 9 janvier 1920, la Cour, réformant le jugement de première instance, a condamné la défenderesse à payer aux demandeurs, avec intérêts de droit, la somme de 4000 fr. à titre de dommages-intérêts.

Cet arrêt est motivé en résumé comme suit : La défenderesse encourt en principe la responsabilité de l'inexécution du marché, car son offre de livrer 65 fûts n'était pas satisfaisante. Mais l'art. 191 al. 2 CO ne fixe qu'un élément d'appréciation. En temps normal, le dommage sera généralement au minimum égal à la différence entre le prix de vente et le prix payé pour remplacer la chose. Cependant le dommage peut être inférieur. En l'espèce les demandeurs auraient pu revendre l'huile au prix de 44800 fr. ; l'ayant achetée pour 23200 fr. 70, ils auraient donc pu réaliser un bénéfice de 21599 fr. 30, soit près

de 100 %. Un pareil bénéfice est inadmissible à teneur de la législation de guerre en vigueur au moment de la conclusion du contrat. Si l'on considère que le bénéfice usuel dans le commerce des huiles est de 10 %, il apparaîtrait comme équitable de réduire à 4000 fr. les dommages-intérêts.

D. — Les demandeurs ont recouru en réforme au Tribunal fédéral en reprenant leurs conclusions.

La défenderesse a conclu au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt du 9 janvier 1920.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

La défenderesse n'ayant pas recouru contre l'arrêt de la Cour de Justice civile qui la condamne en principe à réparer le dommage causé par l'inexécution du marché, la seule question à résoudre est celle du montant des dommages-intérêts.

Faute d'avoir obtenu la livraison de la marchandise promise par « Lumina », les demandeurs se sont procurés des huiles ailleurs et, conformément à l'art. 191 al. 2 CO, ils réclament à titre de dommages-intérêts la différence entre le prix de vente et le prix qu'ils ont payé pour remplacer la chose qui ne leur a pas été fournie. Ils prétendent que cette différence atteint 26328 fr. 40, mais il résulte du rapport des experts commis par l'instance cantonale que ce chiffre n'est pas tout à fait exact. Le prix de revient des 200 fûts « Lumina », rendus à Uster, se serait monté à 23200 fr. 70, y compris tous les frais et en tenant compte du change, tandis que les demandeurs ont payé pour la marchandise de remplacement, rendue à Uster, 48466 fr. 65, ensorte que la différence entre le prix de vente et le prix payé est de 25265 fr. 95. C'est ce dernier chiffre qui doit être tenu pour exact, car les experts ont établi leur calcul avec soin et n'ont négligé aucun facteur d'appréciation important.

Sans méconnaître que, d'après l'art. 191 al. 2, les demandeurs, dont la bonne foi n'est pas mise en doute,

ont droit en principe à la différence des prix indiqués ci-dessus, l'instance cantonale estime néanmoins qu'une réduction des dommages-intérêts se justifie à raison du fait que les acheteurs auraient contrevenu à l'arrêté fédéral du 18 avril 1916, concernant les mesures propres à empêcher « le renchérissement des denrées alimentaires et d'autres articles indispensables », s'ils avaient revendu les huiles « Lumina » en réalisant un gain supérieur au bénéfice commercial d'usage — l'huile minérale devant être considérée comme un article indispensable et le bénéfice d'usage étant de 10 %, tandis que les demandeurs auraient pu gagner du 100 %.

Mais en argumentant ainsi, la Cour de Justice civile oublie que les demandeurs entendent se faire indemniser d'un dommage concret, d'un *damnum emergens* et non pas d'un dommage abstrait résidant dans le *lucrum cessans*. Or, on ne peut pas dire que l'achat de remplacement au double du prix de vente de « Lumina » soit contraire aux prescriptions de l'arrêté fédéral, et la défenderesse n'a pas prétendu que les demandeurs auraient pu remplacer la marchandise à meilleur marché. Ce n'est que la vente ou la revente à des prix excessifs qui tomberait éventuellement sous le coup de l'arrêté. (Quant à la disposition de l'art. 1^{er} litt. d de l'arrêté, elle prévoit à la vérité l'accaparement, soit l'achat à des prix dépassant sensiblement le prix du marché indigène ou le prix d'importation ; mais ces conditions ne sont pas réalisées ici.) Sans doute, d'après les experts, la marchandise achetée de « Lumina » était destinée en partie à la revente et en partie à la fabrication, mais on ignore quelle quantité aurait été revendue et si le bénéfice réalisé sur ce marché aurait dépassé le gain commercial usuel. Du reste, même dans cette hypothèse, il n'y aurait aucun rapport entre cette revente et le dommage positif causé par l'inexécution du marché conclu avec la défenderesse. Du moment que les demandeurs avaient acheté de bonne foi à un prix plus élevé de la marchandise de

remplacement, le préjudice concret subi par eux était établi. L'usage que Stolz et Kambli ont fait ensuite de cette marchandise ne touche en aucune façon les relations juridiques existant entre eux et la défenderesse et ne diminue en rien la responsabilité de cette dernière.

On pourrait dès lors seulement se demander si, en application des art. 99, al. 3 et 43, al. 1^{er} CO combinés, une réduction équitable des dommages-intérêts ne serait pas possible, étant donné qu'on est en présence d'un contrat de guerre, que la faute de « Lumina » est peu considérable et que l'inexécution du contrat doit être attribuée en partie à un cas fortuit. Il est exact que le Tribunal fédéral a tenu compte à réitérées reprises de pareilles circonstances pour réduire les indemnités qu'il jugeait excessives, mais dans toutes ces espèces il s'agissait d'un dommage abstrait et non pas, comme c'est le cas ici, d'un dommage concret, exactement déterminé par la différence entre le prix de vente et le prix de la chose achetée de bonne foi pour remplacer la marchandise non livrée. Dans cette dernière éventualité, où la preuve précise d'un préjudice réellement éprouvé est fournie, on ne peut pas mettre une partie du dommage à la charge de l'acheteur qui n'en est nullement responsable.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est admis et l'arrêt cantonal est réformé dans ce sens que l'indemnité à payer par « Lumina » est portée à la somme de 25265 fr. 95 avec intérêts de droit.

**28. Urteil der I. Zivilabteilung vom 26. Mai 1920
i. S. Müller gegen Hongler.**

Unlauterer Wettbewerb. Art. 41 OR: Individualrecht an einer Verpackung (Ausstattung und Verpackung).

A. — Die Klägerin betreibt die Fabrikation und den Verkauf von Christbaumkerzen. Seit Jahrzehnten verwendet sie für die Verpackung der Ware sogenannte Ausziehschachteln, deren Etikette einen Christbaum mit brennenden Kerzen, sowie zwei Kinder, einen Knaben und ein Mädchen, darstellt und die Aufschrift « Christbaumkerzen » und die Initiale « M » (d. h. Müller) trägt. Die Etiketten sind teils in schwarz und gold, teils in weiss und gold ausgeführt. Im Juli 1919 hat die Klägerin zwei solcher Schachteln beim schweizerischen Amt für geistiges Eigentum als gewerbliche Muster zum Zwecke der Erlangung des gesetzlichen Muster- und Modellschutzes hinterlegt. Der beklagte Hongler, ein Konkurrent der Klägerin, hat im Juli 1919 ebenfalls solche Schachteln herstellen lassen und hat sie zur Verpackung seiner Ware für das Weihnachtsgeschäft 1919 verwendet. Diese Schachteln haben genau die gleiche Etikette mit dem gleichen Bild und der gleichen Aufschrift, ausgenommen die Initiale « M », die durch die Buchstaben « J. H. » (d. h. J. Hongler) ersetzt ist. Es sind ebenfalls Ausziehschachteln und zwar in der gleichen Form, wie sie die Klägerin verwendet. Sie sind mit Glanzpapier beklebt, das von verschiedener Farbe, blau und rot und gold ist, während die Schachteln der Klägerin blaues oder rotes oder rosa Papier aufweisen.

B. — Die Klägerin erhob daher gegen den Beklagten beim Handelsgericht des Kantons St. Gallen Klage mit den Rechtsbegehren, es sei zu erkennen :

1. Der Beklagte habe sich durch Verwendung nachgemachter Packungen für Christbaumkerzen des unlau-