

demselben alle erforderliche Sorgfalt angewendet wird, ein für das nachbarliche Eigentum, insbesondere gerade wegen des Funkenwurfs gefährlicher. Die Bahngesellschaften sind daher verpflichtet, nicht nur beim Betriebe, sondern schon bei der Anlage der Bahn hierauf Rücksicht zu nehmen. Läßt sich beim Baue der Bahn bei Aufwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit voraussehen, daß der, auch ordnungsmäßige, Betrieb bei Ereignissen, welche im ordentlichen Laufe der Dinge zeitweise einzutreten pflegen, wie heftiger Sturmwind, u. dgl., der Anlage der Bahn nach leicht zu Zerstörung nachbarlichen Eigentums zufolge Funkenwurfs führen könne, so ist die Bahn verpflichtet, alle Maßnahmen zu treffen, welche geeignet sind, die Nachbarn gegen solche Schädigungen wirksam zu sichern; sie hat an den gefährdeten Stellen Land zu Anlage sog. Schutzstreifen in der gehörigen Ausdehnung zu erwerben, oder besondere Feuerwachen aufzustellen, u. dgl. Unterläßt sie dies, sei es aus Mangel an Voraussicht, sei es aus Ersparungsrücksichten, so verfährt sie schuldhaft und die Unterlassung geht auf ihre Gefahr. Allein im vorliegenden Falle kann nun auf einen derartigen Mangel in der Bahnanlage nicht abgestellt werden, da die Klägerin gar keine dahingehenden Behauptungen aufgestellt, im Gegenteil ganz ausdrücklich erklärt hat, daß von einem Verschulden der Beklagten nicht die Rede sein könne.

Die vorliegende Klage erscheint daher, da zu ihrem Fundament notwendig ein Verschulden der Beklagten gehört und von der Klägerin Nichts vorgebracht worden ist, woraus ein solches Verschulden abgeleitet werden könnte, als unbegründet.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Weiterziehung wird als unbegründet erklärt und das Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 28. November 1893 in allen Teilen bestätigt.

30. Arrêt du 23 Février 1894 dans la cause Mosoni
contre « La Nation. »

Par contrat du 16 Juin 1884 la Compagnie d'assurances « La Nation » avec siège à Paris, représentée par M. Fournier, son agent général à Genève, assurait pour dix ans à dater du 17 Juin 1884, contre les incendies, l'hôtel du Weisshorn et son mobilier, propriété des frères François et Pierre Mosoni, sis à Luc (Vallée d'Anniviers), moyennant une prime annuelle de 120 francs payable d'avance chaque année au domicile de la Compagnie à Paris, ou au domicile de son agent à Genève.

L'art. 6 des conditions générales de la police porte entre autres :

« Les primes des années autres que la première doivent être acquittées à l'échéance fixée par la police, ou au plus tard dans les quinze jours qui suivent.

» A défaut de paiement dans ce délai, l'effet de l'assurance est suspendu, sans qu'il soit besoin d'aucune demande ou mise en demeure, et l'assuré, en cas de sinistre, n'a droit à aucune indemnité.

» Le recouvrement des primes antérieures, que la Compagnie aurait fait opérer officieusement au domicile des assurés, ne peut lui être opposé comme une renonciation aux dispositions précédentes, et ce, par dérogation expresse à toute jurisprudence contraire.

» L'assurance reste suspendue même pendant les poursuites exercées par la Compagnie pour le recouvrement de la prime échue. Mais la police reprend son effet, dans tous les cas, le lendemain à midi du jour où le paiement de la prime arriérée et des frais, s'il y a lieu, a été fait à la Compagnie et accepté par elle.

» Il est bien entendu que le paiement de la prime échue, effectué pendant ou après le sinistre, ne donne à l'assuré aucun droit à aucune indemnité.

» La portion de prime afférente au temps pendant lequel l'assurance a été suspendue n'est pas déduite : elle demeure acquise à la Compagnie comme indemnité de retard apporté dans le paiement.

» Si la prime n'a pas été payée dans le délai d'un mois à partir de son échéance, la Compagnie peut maintenir ou résilier la police. La résiliation sera opérée de plein droit par une notification ou par une lettre chargée.

» Le paiement des primes non acquittées à leur échéance se poursuit par les voies de droit, et tous les déboursés sont à la charge de l'assuré. »

Un incendie, qui éclata le 31 Juillet 1889, a détruit presque entièrement l'hôtel du Weisshorn et son mobilier.

Communication télégraphique fut immédiatement donnée à M. Gallerini, représentant de la Compagnie à Sion. En même temps les assurés faisaient devant le Juge de Paix de la commune de Saint-Luc, la déclaration prescrite par l'art. 15 des conditions de la police, et trois jours après, soit le 3 Août 1889, ils transmettaient à l'agent de la Compagnie à Genève une copie du procès-verbal dressé par le dit juge, et l'invitaient à se rendre sur les lieux pour reconnaître le dégât et déterminer l'indemnité.

Par lettre du 9 dit, l'agent répondit que la Compagnie déclinait toute responsabilité en raison du sinistre survenu le 31 Juillet, attendu que l'effet de la police du 16 Juin 1884 était suspendu par défaut du paiement de la prime dans la quinzaine de l'échéance, qui avait eu lieu le 17 Juin 1889.

Les frères Mosoni firent alors assigner la Compagnie « La Nation » devant le Juge instructeur du district de Sierre, aux fins de procéder au choix des experts chargés d'évaluer le montant du préjudice causé par l'incendie, mais comme la Compagnie persistait à décliner toute responsabilité, les experts furent nommés en son absence et déposèrent le 29 Août leur rapport évaluant à 52 508 francs le montant du dommage.

A la suite de la communication de ce rapport à la Compagnie, et de l'opposition faite par elle à la demande de

paiement de la somme susindiquée formulée par les frères Mosoni, ces derniers ont ouvert à « La Nation » une action civile tendant à la faire condamner à leur payer la prédite somme à titre d'indemnité pour le dommage résultant de l'incendie de leur hôtel. Les demandeurs s'appuyaient sur la police d'assurance du 16 Juin 1884, sur le fait de l'incendie du 31 Juillet 1889, et sur le rapport des experts. Répondant ensuite par anticipation à l'exception qu'ils prévoyaient de la part de la Compagnie, les demandeurs, tout en reconnaissant que d'après les dispositions de la police le paiement de la prime devait s'effectuer chaque année d'avance au domicile de la Compagnie à l'échéance du 17 Juin, alléguaient que ces clauses du contrat avaient été postérieurement modifiées du consentement de la Compagnie, en ce sens que celle-ci aurait perçu le montant de la prime par mandat d'encaissement postal, et que l'échéance aurait été prorogée du 17 Juin au 15 Août de chaque année.

La preuve de ces modifications résultait, selon les demandeurs, du fait que toutes les primes des années précédentes avaient été payées sur mandat postal d'encaissement émis par la Compagnie, à l'échéance prorogée du 15 Août, sans protestation ni réserve de la part de la défenderesse.

La Compagnie défenderesse a conclu à libération, en s'appuyant sur la disposition de l'art. 6 de la police, et sur le fait que la prime échue le 17 Juin 1889 n'avait été payée ni dans les délais fixés par le contrat, ni postérieurement. Tout en admettant en principe que les parties étaient libres de modifier le contrat, elle a contesté qu'une modification quelconque soit intervenue au sujet des conditions contenues dans la police d'assurance ; non seulement elle n'a jamais voulu consentir à proroger l'échéance de la prime, mais chaque année, par circulaire adressée dans le courant de Juin, elle a averti les demandeurs des conséquences que pourrait avoir pour eux le retard du paiement ; un avertissement de ce genre leur a été adressé aussi dans l'année 1889.

A l'appui de son affirmation qu'aucune prorogation d'échéance n'avait été convenue entre parties, la Compagnie

avait produit, entre autres documents, une lettre de Mosoni frères, datée du 24 Juin 1889, par laquelle ils communiquaient à l'agent général de « La Nation » à Genève que, vu la saison manquée, ils ne pouvaient pas payer la prime d'assurance, et qu'ils en feraient parvenir le montant par d'autres moyens au mois d'Octobre suivant.

La lettre portait la mention qu'on y avait répondu le 26 Juin 1889. Les frères Mosoni prétendirent que la date de leur lettre avait été altérée, et qu'au lieu d'être datée du 24 Juin 1889, elle était du 24 Août 1888. Une expertise ordonnée pour éclaircir ce point arriva à la conclusion qu'effectivement soit la date du 24 Juin 1889 figurant en tête de la lettre, soit celle du 26 Juin 1889 indiquée comme celle de la réponse avaient été altérées; il résulte en outre du copie de lettres de la Compagnie qu'aucune lettre n'a été écrite aux frères Mosoni à la date du 26 Juin 1889.

Statuant, le tribunal du district de Sion a, par jugement du 23 Février 1893, accueilli la demande des frères Mosoni, et condamné en conséquence la Compagnie défenderesse à leur payer la somme de 52 508 francs. Ce jugement se fonde en substance sur les considérations suivantes :

Les faits de la cause sont de nature à faire admettre que la Compagnie avait, sinon expressément, au moins tacitement consenti à la prorogation du terme de l'échéance au 15 Août de chaque année; que les parties avaient tacitement convenu que le paiement de la prime se ferait au moyen de mandats postaux d'encaissement émis par la Compagnie, ce qui implique une modification des art. 5 et 6 des conditions générales de la police.

Par arrêt du 18 Novembre 1893, la Cour d'appel du Valais, devant laquelle la cause fut portée par la Compagnie défenderesse, a réformé le jugement de première instance et débouté les frères Mosoni des fins de leur demande.

Cet arrêt s'appuie, en résumé, sur les motifs ci-après :

Les demandeurs n'ont pas fourni la preuve que la Compagnie ait jamais consenti à déroger à la convention, soit police, ni qu'elle ait, en particulier, admis la prorogation de

l'échéance de la prime du 17 Juin au 15 Août de chaque année. Ils n'ont pas davantage prouvé qu'ils n'aient pas encouru, et ce ensuite d'une entente intervenue, la demeure avec ses conséquences. Au contraire il résulte des pièces produites qu'ils ont demandé des termes de paiement, et non point un changement d'échéance. La prime de 1889 n'a pas été payée à l'échéance, et conformément à l'art. 6 de la police les effets du contrat étaient suspendus à partir de 15 jours après l'échéance, et les frères Mosoni ne peuvent invoquer dès lors le dit contrat pour réclamer une indemnité. Le fait que la Compagnie n'a pas requis le paiement de la prime de 1889 ne peut lui être imputé à charge, puisqu'elle n'avait pris, vis-à-vis des frères Mosoni, aucun engagement de le réclamer après l'échéance.

C'est contre cet arrêt que les frères Mosoni ont recouru au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise leur accorder leurs conclusions de première et deuxième instance, tendant à ce que la Compagnie défenderesse soit condamnée à leur payer une indemnité de 52 508 francs, avec intérêts légaux dès le 1^{er} Août 1889.

La Compagnie, de son côté, a conclu au rejet du recours et au maintien de l'arrêt attaqué.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1^o Le Tribunal fédéral est compétent en la cause; à défaut de prescriptions spéciales de droit cantonal en matière d'assurance, la question actuelle doit, conformément à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral être tranchée d'après les principes généraux du Code fédéral des obligations. Or, dans l'espèce, la Cour d'appel du Valais a constaté qu'il n'existe aucune disposition de droit cantonal, réglant le droit d'assurance, et elle a, en outre, dans le dispositif de son arrêt, donné acte aux parties qu'elles ont admis l'une et l'autre le for saisi de la cause.

Il résulte d'ailleurs d'une lettre du 4 Juin 1890 du bureau fédéral des assurances aux frères Mosoni, que le Conseil d'Etat du Valais, en accordant à la Compagnie défenderesse l'autorisation de faire des opérations dans le conton, lui a imposé

pour condition qu'elle accepte la compétence des tribunaux valaisans pour toutes les contestations de droit civil relatives aux contrats d'assurance conclus dans le Valais. Cette prorogation de for avait aussi évidemment pour but de soumettre au droit valaisan, et subsidiairement au droit fédéral, les effets juridiques des contrats liés par la Compagnie avec des personnes domiciliées dans le canton, sans égard même au lieu de stipulation et de l'exécution de ces contrats.

2° Au fond, il est constant, ensuite des faits relatés ci-dessus, qu'au moment où l'incendie qui a détruit l'hôtel du Weisshorn, appartenant aux frères Mosoni, — soit à la date du 31 Juillet 1889 — la prime d'assurance afférente à cette époque, et échue le 17 Juin de dite année, n'avait pas été payée à cette échéance, et qu'elle ne l'a été ni dans les 15 jours suivants, ni plus tard. Il en résulte que, conformément à l'art. 6 des conditions générales de la police plus haut reproduites, stipulant en pareil cas la suspension des effets de l'assurance et la perte du droit à l'indemnité en cas de sinistre, que la fin de non recevoir opposée par la Compagnie à la réclamation des frères Mosoni est fondée, à moins que ceux-ci ne prouvent que les dispositions des art. 5 et 6 du contrat ont été postérieurement modifiées par suite d'une entente expresse ou tacite intervenue entre parties.

3° Or c'est précisément ce que les demandeurs ont tenté, en soutenant, d'une part que la date de l'échéance de la prime, fixée par la police au 17 Juin, avait été prorogée au 15 Août de chaque année, du consentement des parties, et, d'autre part, que la disposition de l'art. 5 des conditions de la police, édictant que la prime était payable d'avance au domicile de l'agent de la Compagnie à Genève (prime *portable*), a été modifiée en ce sens que le paiement devait s'effectuer en réalité sur présentation, à la susdite date du 15 Août, d'un mandat postal d'encaissement émis par la défenderesse et tiré sur les demandeurs (prime *quérable*), ce qui entraînait la mise en demeure de l'assuré, de plein droit, par seul fait du non paiement de la prime dans les délais prévus par la police.

4° Sur le premier moyen il y a lieu de constater d'abord que la question de savoir si la date de l'échéance de la prime, prévue par la police de 1884, a été modifiée et reportée à une date postérieure, est une question de droit dont l'examen rentre dans les attributions du tribunal de céans. Mais la solution de cette question dépend à son tour de la manière dont les tribunaux cantonaux ont résolu le point, incontestablement de fait, de savoir si la Compagnie a ou non adhéré, tacitement ou expressément, à la demande qui lui avait été faite dans ce sens par les assurés Mosoni. Or la Cour d'appel ayant déclaré, à cet égard, que les demandeurs n'avaient pas rapporté la preuve de cette adhésion à la prorogation de l'échéance, le Tribunal fédéral est lié par cette appréciation, et ce motif serait déjà suffisant pour faire écarter le moyen dont il s'agit. Mais, même à supposer que le Tribunal fédéral puisse contrôler cette appréciation de la Cour cantonale, rien dans les faits de la cause ne serait de nature à l'infirmer.

Les demandeurs ont bien prétendu que la Compagnie avait accordé la prorogation d'échéance au 15 Août, conformément à leur désir, et qu'en réalité les primes de 1885, 1886 et 1887 avaient été payées à cette date, et celle de 1888 plus tard encore, sur la demande expresse des assurés.

Il résulte à la vérité de la lettre des frères Mosoni à la Compagnie en date du 12 Juin 1886, que les demandeurs ont prié la Compagnie de proroger à l'avenir le paiement de la prime au 15 Août, mais rien ne démontre que la Compagnie ait jamais accueilli cette requête, qu'elle prétend au contraire avoir positivement repoussée, en déclinant toute responsabilité en cas de retard dans le paiement. Par lettre du 24 Juin de l'année suivante, les frères Mosoni excusent de nouveau le retard de paiement de la prime afférente à 1887, ce qui démontre à l'évidence qu'aucune prorogation au 15 Août ne leur avait été accordée en 1886. La même preuve ressort, d'une manière plus éclatante encore si possible, de la lettre des frères Mosoni à la Compagnie, en date du 19 Juin 1888, priant cette dernière « de ne pas disposer en ce moment sur eux, » attendu que la saison d'exploitation de l'hôtel n'a pas

encore commencé. Les demandeurs ajoutent qu'ils expédieront le montant de l'assurance au mois d'Août. Ce paiement paraît toutefois n'avoir pas été effectué à cette date, puisque par lettre du 12 Octobre 1888, l'agent général de la Compagnie à Genève informe les frères Mosoni qu'il leur fera présenter de nouveau à l'encaissement leur prime d'assurance « échue dès le 17 Juin dernier, » sans que les demandeurs aient protesté en quoi que ce soit contre cette indication de l'échéance normale de la prime. Enfin, les diverses quittances de la Compagnie, produites au dossier, mentionnent toutes que la prime d'assurance est payable le 17 Juin. Dans ces circonstances, le premier moyen, fondé sur une prétendue prorogation de la date primitivement stipulée pour l'échéance de la prime, apparaît comme dépourvu de tout fondement.

5° En ce qui touche le second moyen invoqué par les demandeurs, et consistant à soutenir que la Compagnie ne saurait en tout cas se retrancher derrière la prétendue déchéance prévue à l'art. 6 des conditions générales de la police, puisqu'elle a elle-même fait encaisser régulièrement la prime au domicile des frères Mosoni, et transformé ainsi cette prime en quérable, de portable qu'elle était stipulée dans l'origine, ce qui doit avoir pour conséquence de libérer les demandeurs des effets du retard dans le paiement, il est vrai que le tribunal de céans, dans son arrêt du 29 Décembre 1893 en la cause Frutiger contre Compagnie suisse d'assurance contre les accidents à Winterthur, a reconnu comme principe généralement admis dans le droit d'assurance, que l'obligation de l'assuré de payer la prime au domicile de l'assureur ou de ses agents à une échéance fixe, peut se transformer en une dette quérable, dans le cas où la Compagnie elle-même se serait départie de cette clause du contrat et aurait fait régulièrement encaisser les primes chez l'assuré, et que dans des circonstances semblables la Compagnie ne peut plus invoquer les conditions de la police, pour prétendre que l'assuré, n'ayant point payé à l'échéance, est déchu de tout droit à la somme assurée, en cas de sinistre. Il serait en effet contraire à la bonne foi qui doit présider aux rapports entre parties,

que la Compagnie puisse invoquer la clause de déchéance pour motif de retard dans le paiement de la prime, alors qu'elle aurait accoutumé l'assuré à un mode de paiement dérogeant aux stipulations de la police, en faisant encaisser elle-même le montant de la dite prime au domicile de son client.

Il suit de là que s'il était établi que, dans l'espèce, la défenderesse avait régulièrement fait encaisser les primes, à l'échéance, chez les demandeurs, en laissant croire à ces derniers que ce mode de paiement était définitivement substitué à celui prévu par la police, en faisant naître dans leur esprit l'opinion qu'ils étaient déchargés de leur obligation originaire, consistant à faire parvenir eux-mêmes le montant de la prime, à l'échéance convenue, au domicile de la Compagnie ou de l'un de ses agents, et qu'ils pouvaient attendre en toute quiétude et sans préjudice de leurs droits que le paiement leur en fût réclamé comme d'habitude, il y aurait lieu sans doute d'admettre que la Compagnie a, par ce mode de procéder, renoncé à son droit d'exciper de la déchéance des assurés, en cas de sinistre après l'échéance de la prime, par le motif qu'ils n'auraient pas payé dans le délai prévu par la police.

6° Tel n'est toutefois point le cas dans l'espèce actuelle, où l'on ne saurait admettre que la prime, de portable qu'elle était d'après le contrat d'assurance soit devenue quérable, en égard à la manière dont elle a été ultérieurement payée.

Bien qu'il soit établi que le paiement des primes par les frères Mosoni a toujours été effectué au bureau de poste de Sierre, ensuite de mandats d'encaissement émis par la Compagnie sur les dits assurés, cet usage ne saurait être considéré comme impliquant une dérogation aux stipulations originaires de la police.

En effet aux termes de l'art. 5 de la dite police, la prime devait être payée d'avance au domicile de l'agent fondé de pouvoirs de la Compagnie à Genève, et à défaut de paiement dans ce délai, l'effet de l'assurance était suspendu (art. 6, al. 2 *ibidem*), en ce sens que l'assuré n'avait droit en cas de sinistre à aucune indemnité.

Mais la Compagnie s'était réservé également, dans le même article, le droit de poursuivre le paiement des primes non acquittées à leur échéance.

Si donc la Compagnie, usant de cette dernière faculté, a poursuivi ce paiement par l'émission de mandats postaux tirés sur les frères Mosoni, deux mois environ après l'échéance de la prime, on ne peut prétendre qu'elle ait transformé par là en quérable la dite prime, de portable qu'elle est d'après les stipulations de la police ; une inférence semblable ne serait permise que si la Compagnie avait encaissé les primes, à leur échéance, au domicile des assurés.

Au moment où elle a émis les mandats postaux en question, les assurés Mosoni étaient en demeure, et ces actes de recouvrement ne sauraient être interprétés comme une renonciation à la clause contractuelle d'après laquelle la prime était payable au domicile de la Société ; ils n'étaient qu'un mode d'exercer le droit que la Compagnie s'était réservé, de poursuivre le paiement de la prime non payée à l'échéance, droit qui devait nécessairement être exercé au domicile des assurés.

7° En outre il résulte de la correspondance des parties telle qu'elle figure au dossier, que celles-ci ont persisté à admettre que les obligations découlant du contrat continuaient à déployer tous leurs effets, et qu'en adoptant, pour le paiement de la prime, le mode susmentionné, les dites parties n'ont nullement entendu modifier les clauses de la police en ce qui concerne ce point.

C'est ainsi qu'il ressort à l'évidence de la lettre du 12 Juin, déjà citée, des frères Mosoni à l'agent général de « La Nation » à Genève, qu'à ce moment les demandeurs reconnaissent expressément leur obligation de payer leur prime au domicile du dit agent, duquel ils se bornent à solliciter une prolongation de délai pour s'acquitter.

La preuve que les frères Mosoni ne croyaient pas à une modification du contrat ressort avec plus de certitude encore de leur lettre, soit carte postale du 24 Juin 1887, par laquelle ils se bornent à exprimer le désir que la Compagnie fasse

« comme d'habitude » en ce qui concerne la prime. En effet, les primes des deux années précédentes ayant été perçues par mandat postal à Sierre, il est bien certain que si les frères Mosoni avaient estimé que cet usage constituait une dérogation au contrat, et faisait règle pour l'avenir, ils n'auraient eu nul besoin de solliciter de la Compagnie, par la carte postale susmentionnée, le maintien, pour l'exercice de 1887, de cette manière de procéder ; ils reconnaissaient ainsi implicitement que cette faveur, une fois accordée, ne devait porter aucune atteinte, en droit, à l'obligation primitivement assumée par eux de payer la prime à l'échéance du 17 Juin au domicile de l'agence générale de la Compagnie à Genève. Dans leur lettre du 19 Juin 1888 les demandeurs prient de nouveau la Compagnie de ne pas disposer à ce moment sur eux, et ils s'engagent à lui expédier le montant de la prime dans le courant d'Août suivant ; il en résulte, d'une part, qu'ils admettaient encore alors l'échéance du 17 Juin, et, d'autre part, que la prime était, en principe et en droit, demeurée portable.

Dans cette situation, les demandeurs se trouvaient en demeure lors du sinistre du 31 Juillet 1889, et, comme ils n'avaient pas payé la prime échue le 17 Juin précédent, ils tombaient sous le coup de l'art. 6, al. 2, plus haut reproduit, des dispositions générales de la police. C'est dès lors à bon droit que la Cour cantonale a repoussé les fins de la demande des frères Mosoni.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté, et l'arrêt rendu entre parties par la Cour d'appel du Valais, le 18 Novembre 1893, est maintenu tant au fond que sur les dépens.