

liege, ob sie an Stelle der Bankgarantie eine anderweitige Sicherheit annehmen wolle, weshalb es unerheblich sei, ob der Kläger für 160,000 Fr. mehr Mobilien eingebracht habe, als ursprünglich vorgesehen gewesen. Nachdem nun aber durch den vorliegenden Entscheid die Klage grundsätzlich geschützt worden ist und demzufolge feststeht, dass mit dem 30. Juni 1933 das Mietverhältnis der Parteien zu Ende gegangen ist, so sind nach diesem Zeitpunkt auch keine Mietzinsforderungen der Beklagten mehr entstanden, die sicherzustellen wären. Dagegen tritt nun an Stelle der Mietzinsforderung die Entschädigungsforderung der Beklagten aus Art. 269 OR, deren Höhe vorerst noch von der Vorinstanz zu bestimmen ist; seinem Sinn und Zweck nach muss daher Art. 5 des Mietvertrages dahin ausgelegt werden, dass der Kläger nach wie vor zur Sicherstellung der im Vertrag genannten Summe verpflichtet ist und dass diese Sicherheit der Beklagten haftet bis zur Tilgung des vom Kläger zu leistenden Ersatzes aus Art. 269 OR.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung des Klägers wird in dem Sinne gutgeheissen, dass das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 24. November 1933 sowohl hinsichtlich der Hauptklage, als hinsichtlich der Widerklage aufgehoben und die Sache zur neuen Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

34. Arrêt de la 1^{re} section civile du 26 juin 1934 dans la cause La Dixence S. A. contre Dayer.

Responsabilité du propriétaire d'un ouvrage. Mesures de protection nécessaires pour obvier aux dangers d'un téléphérique (art. 58 CO; consid. 1). — Portée de la faute concurrente d'un tiers (art. 58 al. 2); portée de l'acte inconsideré d'un enfant; devoir de surveillance des parents (art. 333 CC); portée de la transaction conclue avec des tiers (consid. 2).

A. — La Dixence S. A., concessionnaire des forces hydrauliques dont elle a emprunté le nom, exécute au fond du Val des Dix (canton du Valais) des travaux pour lesquels elle utilise un téléphérique principal montant de Sion jusqu'au bout de la Vallée et des téléphériques secondaires qui relient au thalweg les galeries de la canalisation d'amenée des eaux. Ces galeries sont à 2200 m. d'altitude. Un de ces téléphériques secondaires conduit de la scierie Prazperroz à la fenêtre III de la galerie dont les travaux sont adjugés à l'entreprise Couchepin, Dubuis, Meyer & C^{ie}, à Aarau. Après avoir fait construire le téléphérique par la maison Oehler & C^{ie}, à Aarau, la Dixence S. A. l'a confié à l'entreprise Couchepin, Dubuis, Meyer & C^{ie} et c'est cette dernière qui l'exploitait en 1931.

Le téléphérique menant à la fenêtre III consiste en un bâti de charpente scellé dans le béton et en une partie mécanique. L'échafaudage en madriers supporte le câble porteur réglé par une grande roue. Au pied de celle-ci se trouvent deux socles de ciment de 0,80 m. de hauteur. Sur ces socles sont posées les poulies autour desquelles viennent tourner les câbles tracteurs. A quelques mètres devant et à côté de ces poulies au bord de la route sont construits des ponts de bois sur lesquels les camions déchargent leurs fardeaux et d'où les appareils suspendus aux câbles les enlèvent. Au levant de ces ponts, une baraque de bois contient un petit entrepôt et une cabine avec téléphone, d'où l'ouvrier préposé au fonctionnement du téléphérique en dirige la marche. De cette cabine, l'ouvrier n'a pas la vue du chantier. Toutes ces installations sont posées en bordure de la grande route sur un pâturage communal ayant à peu près le même niveau qu'elle. Le chantier formé par ces installations est accessible de tous côtés aux camions, au bétail, au public. Il n'est pas séparé de la route par une clôture et il n'est délimité en aucune manière. Suivant l'intensité du trafic, le chantier est plus ou moins encombré de marchandises diverses, parmi lesquelles chacun peut circuler sans difficulté.

A cet endroit précis, le chemin du bisse d'Hérémence qui dessert les Mayens rejoint la grande route. Non loin de là aboutit le chemin des Mayens de la rive droite.

A quatre cents mètres en aval du téléphérique, sur la rive gauche de la Dixence, à une centaine de mètres au-dessus du niveau de la route, se trouve un mayen avec chalet, propriété de Pierre-Louis Dayer, conseiller, domicilié à Hérémence. Au mois de septembre 1931, sa femme séjournait au mayen avec ses enfants parmi lesquels Aristide, né en 1922, et Martien, né en 1927.

Le 19 septembre était le jour de la désalpe pour les montagnes de Mandalon et d'Orsera. Pierre-Joseph Dayer, membre du comité de l'alpage d'Orsera, avait dû s'y rendre pour dresser des comptes. Un voisin, Pierre Seppey, devait ramener de Mandalon deux vaches qu'il confiait à la garde des Dayer au mayen. Lorsque ce fut à peu près l'heure de leur arrivée, M^{me} Dayer envoya Aristide et Martien à leur rencontre au chemin de la vallée, près de Prazperroz.

Les enfants s'arrêtèrent au bord de la route, à proximité du téléphérique, et entrèrent en conversation avec l'ouvrier de garde ; sur leur demande, il leur remit un morceau de papier qu'il avait dans sa cabine et continua de vaquer à ses occupations sans plus s'occuper d'eux.

A un moment donné, l'appareil fut mis en marche. Le petit Martien imagina de poser son papier sur le câble pour le voir emporter. Il se fit prendre la main droite dans le mécanisme et eut quatre doigts sectionnés. Il était six heures et demie du matin. Aristide ramena son frère au chalet. Sa mère le conduisit immédiatement à l'Hôpital de Sion où il fut soigné par le D^r Dénériaz.

B. — Pierre-Joseph Dayer réclama en vain à l'entreprise Couchepin, Dubuis, Meyer & C^{ie} et à la Dixence S. A. la réparation du dommage causé à son fils. Il les actionna alors conjointement par demande du 28 mai 1932. En cours d'instance, le demandeur transigea avec la Société Couchepin, Dubuis, Meyer & C^{ie} et en informa la Dixence

S. A., précisant qu'il avait accepté l'offre de 2500 fr. sous réserve de ses droits contre la société qui avait « refusé toute participation à la transaction ».

A l'audience du Tribunal cantonal valaisan du 7 février 1934, le demandeur a formulé les conclusions suivantes :

« La Dixence S. A. paiera à Pierre-Joseph Dayer comme fait :

- | | |
|---|------------------|
| a) une indemnité pour frais médicaux, hôpital, pharmacie, transports | 200 fr. |
| b) une indemnité pour incapacité de travail permanente de Martien Dayer | 9 416 fr. |
| c) une indemnité pour tort moral | 1 500 fr. |
| | total 11 116 fr. |

» Le tout sous déduction de 2500 fr. reçus de l'entreprise Couchepin, Dubuis, Meyer & C^{ie}, mais avec intérêts dès le 19 septembre 1931. »

Le demandeur invoque l'article 58 CO.

D. — Par jugement du 7 février 1934, communiqué le 24 mars, le Tribunal cantonal du Valais a condamné la défenderesse Dixence S. A. à payer au demandeur la somme de 9670 fr. avec intérêts à 5 % dès le 19 septembre 1931, moins les 2500 fr. déjà reçus. Les frais ont été mis à la charge de la défenderesse.

E. — La Dixence S. A. a recouru contre ce jugement au Tribunal fédéral. Le demandeur Dayer a formé un recours par voie de jonction.

Extrait des motifs :

1. — La demande se fonde exclusivement sur l'article 58 CO qui prévoit la responsabilité du propriétaire d'un bâtiment ou d'un autre ouvrage, indépendamment de toute faute, lorsqu'un dommage a été causé par des vices de construction ou un défaut d'entretien de cet ouvrage.

Le téléphérique dont il s'agit en l'espèce est sans conteste un ouvrage au sens de l'article 58. Il suffit à cet égard de se référer à la doctrine (v. TUHR I p. 360 ; OSER, article 58 m. 5 et 6 ; BECKER, n. 5) et à la jurisprudence (RO

33 II p. 152, échafaudage ; 32 II p. 63, moteur ; 41 II p. 687, ascenseur ; 47 II p. 425, machine à battre, etc.). La défenderesse l'a d'ailleurs expressément reconnu, de même qu'elle a reconnu sa qualité de propriétaire, à la page 4 de sa réponse, en ces termes : La S. A. Dixence, « propriétaire de l'ouvrage, ne répond que des vices de construction et d'entretien ». Dans son recours, la défenderesse répète : « Le téléphérique appartient à la S. A. la Dixence ».

Il reste dès lors à examiner si cet ouvrage présentait un vice de construction ou un défaut d'entretien, et par « vice de construction » il faut aussi comprendre une installation défectueuse (« eine fehlerhafte Anlage », v. texte allemand de l'article 58).

Le demandeur affirme que cette dernière hypothèse est réalisée. La défenderesse le conteste. « La construction en plein air et à proximité d'une route, la prétendue insuffisance de protection contre la curiosité des passants ne sauraient, dit-elle (réponse, page 2), constituer des vices de construction. Le type d'installation adopté par la maison Oehler est conforme aux nécessités de l'exploitation. » Et la Dixence ne répond pas des fautes d'exploitation et de surveillance éventuellement commises par Couchepin, Dubuis, Meyer & C^{ie}.

Se fondant sur l'expertise, sur l'inspection des lieux et sur les déclarations des témoins, le Tribunal cantonal a fait les constatations suivantes : Bien que le mécanisme du téléphérique soit assez simple et que l'aspect de cet appareil ne donne pas du tout le sentiment d'une machine dangereuse, « on doit reconnaître qu'un double câble en mouvement et qui va s'insérer dans une poulie tout près du sol représente un risque certain. Ce risque est constitué par la force d'entraînement qu'il communique à tout objet non fixé qui le touche. Toute personne qui le saisit ou le frôle même avec ses vêtements est attirée vers la poulie et risque d'être prise entre celle-ci et le câble ». Les premiers juges en concluent très justement que « la prudence même élémentaire exige de la part du

propriétaire que cet appareil soit isolé de tout contact dès qu'il se trouve placé dans un lieu, dans une situation où un tel contact est présumable, ou simplement possible ». Or, le juge du fait le constate de manière à lier le Tribunal fédéral, l'ouvrage se trouvait complètement à ciel ouvert, sans qu'aucune mesure de sécurité ait été prise. Il n'y avait ni carter cachant la roue de la poulie, ni grille, ni balustrade, ni treillis de protection ; il n'y avait même pas d'affiche rendant le public attentif au danger. Ces mesures, du reste peu coûteuses, eussent été faciles à prendre et efficaces. Elles s'imposaient d'autant plus que le mécanisme était installé sur un pâturage communal accessible à tous, au bord d'une route fréquentée, à une intersection de chemins, à proximité de chalets habités par des familles qui comptent des enfants de tout âge, auxquels, suivant la coutume du pays, on confie la garde des troupeaux. Puis, circonstance importante, le socle du téléphérique n'était pas surélevé : « la poulie et son mécanisme se trouvaient à la portée de toutes les mains, même des plus petits ».

L'absence de toute protection constituait dès lors un défaut de l'installation, soit un vice de construction. La défenderesse objecte en vain que d'autres entreprises ne sont pas non plus pourvues d'appareils de protection ou de clôtures. Les experts et les premiers juges ont indiqué les motifs pour lesquels ces mesures s'imposaient dans le cas particulier. Pour s'exonérer de la responsabilité instituée à l'article 58 CO, il ne suffit nullement d'établir que l'ouvrage a été construit et installé de la manière usuelle. Il faut que le propriétaire prenne toutes les mesures propres à écarter sans frais excessifs les dangers qui, étant données les circonstances locales, constituent des éventualités relativement vraisemblables dans le cours ordinaire des choses, et le fait que l'omission d'une mesure de prudence est tolérée par l'usage ne libère pas le propriétaire de sa responsabilité (cf. RO 38 II, p. 74, 49 II, p. 264, 57 II, p. 108, etc. ; ROTENHÄUSLER, Die Verantwortlichkeit

des Werkeigentümers, p. 29 et sv. ; v. TUHR, p. 361). Or, la défenderesse n'a précisément pris aucune des précautions nécessaires pour écarter les dangers inhérents au téléphérique dont il s'agit en l'espèce.

Le rapport de causalité est évident et adéquat entre le vice de construction et l'accident dont le petit Martien Dayer a été victime. Car il est très vraisemblable que si les enfants n'avaient pas eu libre accès à la poulie non protégée du téléphérique, l'enfant du demandeur ne serait pas entré en contact avec le mécanisme dangereux.

2. Du moment que la responsabilité du propriétaire de l'ouvrage est encourue indépendamment de toute faute aussitôt que le rapport de causalité existe, la défenderesse ne peut exciper de la faute concurrente qui aurait été commise par l'entreprise Couchepin, Dubuis, Meyer & C^{ie}. Sa responsabilité reste entière envers le lésé, mais la Dixence a, le cas échéant, un droit de recours contre le tiers (article 58 al. 2 CO).

Dans le cas particulier, la responsabilité n'est pas non plus exclue par une faute qui serait imputable au petit Dayer ou à ses parents.

Agé de quatre ans et cinq mois, l'enfant était incapable de discerner le danger de son acte et les circonstances ne sont pas de nature à justifier une exonération de la défenderesse, ni même une réduction de l'indemnité à raison du geste inconsidéré du petit garçon (cf. entre autres arrêts RO 58 II, p. 34, c. 4 ; THILO, Revue trimestrielle de droit civil, 1932, p. 1183).

Quant au prétendu manque de surveillance de la part des parents (art. 333 CC), le Tribunal fédéral a jugé (RO 31, II, p. 35 ; 41, II, p. 227 ; 58, II, p. 35) que ce moyen est opposable aux parents qui font valoir des droits personnels, mais non à l'enfant qui poursuit son propre droit, et cela même lorsque le procès est conduit par les parents en qualité de représentants légaux de l'enfant. A. v. TUHR combat, à la vérité, ce point de vue (p. 91 in fine), mais la question n'a pas besoin d'être examinée à nouveau,

du moment que le reproche fait aux parents du petit Dayer n'est pas fondé. Le père Dayer avait confié ses plus jeunes enfants à la garde de sa femme, ce dont on ne saurait lui faire grief. Lui-même habitait à Hérémence et, le jour de l'accident, il avait dû se rendre à l'alpage d'Orsera pour établir des comptes. Sa femme n'a pas non plus commis de faute. C'est à la lumière des circonstances locales, en tenant compte des usages et des nécessités de la vie des montagnards, et non pas en vertu de principes abstraits, qu'il faut apprécier le devoir de surveillance des parents (Cf. entre autres arrêts, RO 57 II p. 129 et la jurisprudence citée). En l'espèce, le Tribunal cantonal constate qu'il est « dans les mœurs, autant par nécessité économique que par système d'éducation, dans les villages de montagne, que les gamins gardent les troupeaux de leurs parents... », que « les accidents sont extrêmement rares » et que « dans des conditions normales il n'y a aucun inconvénient ni danger à faire confiance à de petits garçons, tôt aguerris par la vie, pour de telles tâches ». On ne peut donc dire qu'il y ait eu imprudence de la part de dame Dayer à envoyer ses deux fils, l'un âgé de dix ans et l'autre de quatre ans et demi, attendre seuls le bétail au bord de la route. On ne peut non plus lui imputer à faute de ne pas avoir interdit à ses enfants de s'approcher du téléphérique. Rien ne permet d'admettre qu'elle ait dû se rendre compte du danger qu'ils pouvaient courir. Aucun écriteau, aucun avis n'y avait attiré son attention, et elle n'ignorait vraisemblablement pas la présence du gardien. On pourrait bien plutôt se demander si cet ouvrier n'aurait pas dû empêcher les enfants de jouer à proximité de la machine en marche et si par son attitude il n'a pas engagé la responsabilité de ses employeurs. Mais il n'y a pas lieu de résoudre cette question dans le présent procès, auquel l'entreprise Couchepin, Dubuis, Meyer & C^{ie} n'est pas partie.

La responsabilité de la défenderesse est par conséquent entièrement engagée, sous réserve de son droit de recours

éventuel contre ladite entreprise (art. 58 al. 2 et 51 CO) et sous déduction de l'indemnité déjà obtenue.

A l'égard du lésé, cette responsabilité embrasse la totalité du dommage non encore réparé, et en ce qui concerne les rapports entre les parties au procès, il importe peu que la défenderesse ait ou non un droit de recours contre Couchepin & C^{ie} (Cf. RO 58, p. 441 ; 59, II p., 368 in fine) et qu'une transaction soit intervenue avec l'entreprise Couchepin & C^{ie}. Cette transaction, à laquelle la défenderesse est restée étrangère, n'a évidemment point diminué les droits qui peuvent lui appartenir contre l'entreprise tant en vertu de la loi (art. 58 al. 2 et 51 CO), qu'en vertu du rapport contractuel qui existe entre elles.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

rejette les deux recours et confirme le jugement attaqué.

35. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. Juni 1934 i. S. Werner gegen Bühler.

Schadenersatz bei Körperverletzung, Art. 46 OR.

Dem Verletzten kann ein Berufswechsel nicht zugemutet werden, wenn die Verletzung ausschliesslich auf das Verschulden des andern Teiles zurückzuführen ist. Berufswechsel einer 14jährigen Bauerntochter.

A. — Am 22. August 1931 sind zwischen Bibern und Thayngen der Beklagte Heinrich Werner auf seinem Motorvelo und die Klägerin Luise Bühler auf ihrem Velo zusammengestossen. Die Klägerin fuhr in der Richtung Thayngen, auf der rechten Strassenseite. Der Beklagte, der an jenem Nachmittage in zwei Wirtschaften gewesen war, kam nach seiner Angabe mit 40-50, nach der Darstellung von Zeugen mit 70-80 Std./km aus der entgegengesetzten Richtung dahergefahren. Bei der Lehmgrube der Zementfabrik Thayngen, wo die Strasse eine Kurve nach rechts

macht, verlor er infolge der grossen Geschwindigkeit und des glatt gefahrenen vordern Pneus die Herrschaft über das Fahrzeug, kam auf die linke Strassenseite und fuhr direkt in das Fahrrad der Klägerin hinein. Diese stürzte und erlitt einen linksseitigen Oberschenkelquerbruch und einen rechtsseitigen Unterschenkelbruch. Sie befand sich bis zum 6. Januar 1932 im Kantonsspital in Schaffhausen. Nachher war sie noch zwei Monate lang vollständig und zwei weitere Monate zu 60 % arbeitsunfähig. Den bleibenden Nachteil schätzten die behandelnden Ärzte auf 30 bis 40 % der normalen Arbeitsfähigkeit.

Der Beklagte wurde durch Urteil des Kantonsgerichtes vom 4. Mai 1932 wegen fahrlässiger Körperverletzung zu acht Tagen Gefängnis verurteilt.

B. — Die am 11. Mai 1918 geborene Klägerin war zur Zeit des Unfalles noch schulpflichtig. Sie ist die Tochter des Mitklägers Jakob Bühler. Dieser betreibt in Bibern ein landwirtschaftliches Gewerbe, in welchem die Tochter ausserhalb der Schulzeit mithalf.

C. — Am 18. Mai 1932 haben Tochter und Vater Bühler gegen Werner vorliegende Klage eingereicht mit dem Begehren, der Beklagte sei zu folgenden Zahlungen zu verurteilen :

1. an die Klägerin Luise Bühler : 20,112 Fr. mit 5 % Zins seit 6. Januar 1932 für dauernde Invalidität und 3000 Fr. Genugtuung, ferner 185 Fr. für das zerstörte Fahrrad ;

2. an den Kläger Jakob Bühler : für den ihm durch den Arbeitsausfall der Tochter entstandenen Schaden, für Arztkosten usw. insgesamt 751 Fr.

Der Beklagte beantragte, die Klage des Vaters Bühler sei gänzlich, diejenige der Tochter insoweit abzuweisen, als sie den Betrag von 4000 Fr. übersteige. Er hat diesen Betrag inzwischen bezahlt, ebenso ist er für die Spalkkosten aufgekommen.

D. — Der gerichtliche Experte Dr. med. A. Ritter hat die bleibende Erwerbsminderung der Klägerin im landwirt-