

kurz bezeichnet und deshalb die Einrede des Mehrverkehrs verworfen (BGE 61 II 306). Im vorliegenden Falle stellt jedoch die Vorinstanz gestützt auf das Gutachten Dr. Böhi fest, dass es sich um ein nicht ganz reifes Kind (47 cm Länge) handelte. Für ein ebenfalls um kurze Zeit (zwei Wochen ?) zu früh geborenes Kind (48 cm) bezeichnete kürzlich das Bundesgericht eine Tragzeit von bloss 233 Tagen zwar als Seltenheit, jedoch als nicht derart abnorm, dass mit dem ihr entsprechenden Zeugungsdatum nicht mehr zu rechnen wäre (BGE 68 II 341). Umso mehr muss dies von einer Tragzeit von 244 Tagen gelten. Gestützt auf das Gutachten Dr. Böhi nimmt die Vorinstanz für eine Konzeption des Kindes Johanna Franz am festgestellten Beiwohnungstag, 15. Mai 1941 (bezw. nach dem 7. Mai) noch eine Wahrscheinlichkeit von 6 % an. Auf einer offenbar irrtümlichen Interpretation des Gutachtens beruht es allerdings, wenn die Vorinstanz diese Wahrscheinlichkeit für noch etwas grösser hält, weil Dr. Böhi bei seiner Berechnung von einem normal ausgetragenen Kinde ausgehe. Dr. Böhi berechnet seine Tabelle ausdrücklich für ein Mädchen von 47 cm Länge; und in diesem Minus von 3 cm gegenüber der Normallänge (50 cm) bestand eben das Merkmal der Unreife, weshalb ihre Berücksichtigung keine Erhöhung der Wahrscheinlichkeit über den Tabellenwert (6 %) ergibt. Wohl aber ist dies, wie die Vorinstanz zutreffend bemerkt, der Fall infolge der Möglichkeit, dass die Zeugung einige Tage vor dem 15. Mai 1941 stattgefunden hat, welche Möglichkeit die Vorinstanz angesichts der nur ungefähren Zeitangabe (« Mitte Mai ») bejaht. Besteht aber eine Wahrscheinlichkeit von mindestens 6 % für die Schwängerung zu dem festgestellten Zeitpunkt, so kann diese nicht als « äusserst unwahrscheinlich » bezeichnet werden. Individuelle Schwankungen, die sich wie im vorliegenden Falle in der Grenze einer von der Wissenschaft als möglich bezeichnen, ja nicht einmal sehr seltenen Schwangerschaftsdauer bewegen, sind zur Rechtfertigung erheblicher Zweifel an der Vaterschaft des Beklagten nicht geeignet.

Die Diagnose der Frau Dr. Lüthi vom 10. Juli 1941 über eine damals bestehende Schwangerschaft der Klägerin am Anfang des 3. Monats fällt für das Bundesgericht schon deshalb ausser Betracht, weil die Vorinstanz diese Schätzung nach der Erfahrung nicht für zuverlässig hält, worüber nach Art. 81 OG der kantonale Richter allein zu befinden hat.

Vgl. auch Nr. 27. — Voir aussi N° 27.

II. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

26. Arrêt de la Ire Section civile du 13 avril 1943 dans la cause Assortiments Cylindre S. A. contre Charpiloz.

Application de l'art. 377 CO, à l'exclusion de l'application analogique de l'art. 378 al. 1^{er} CO, à la résiliation d'un contrat d'entreprise en raison des événements de guerre survenus avant l'achèvement de l'ouvrage (consid. 1, 2 et 3). — Cas réservé où l'allocation de l'indemnité prévue par la loi serait contraire aux règles de la bonne foi (consid. 4). — Examen de l'espèce au regard des art. 43 et 44 CO (consid. 6).

Anwendung von Art. 377 OR, unter Ausschluss der analogen Anwendung von Art. 378 Abs. 1 OR, auf die durch die Kriegereignisse bedingte Auflösung eines Werkvertrages vor Beendigung des Werkes (Erw. 1, 2, 3). — Vorbehalt des Falles, dass die Zusprechung der vom Gesetz vorgesehenen Entschädigung gegen die gute Treue verstossen würde (Erw. 4). — Prüfung des Falles unter dem Gesichtspunkt von Art. 43 und 44 OR. (Erw. 6).

Applicazione dell'art. 377 CO (esclusa l'applicazione per analogia dell'art. 378 cp. 1 CO) al recesso da un contratto d'appalto a motivo degli avvenimenti bellici sopraggiunti prima del termine dell'opera (consid. 1, 2 e 3). — Riserva pel caso in cui l'indennizzo previsto dalla legge fosse contrario alla buona fede (consid. 4). — Esame del fattispecie con riguardo agli art. 43 e 44 CO (consid. 6).

La société anonyme Assortiments et décolletages Cylindre S. A., au Locle (par abréviation Cylindre S. A.), a fabriqué depuis la fin de l'année 1939 des fusées d'obus

pour l'armée française. Elle a commandé diverses pièces des fusées à des fabriques d'horlogerie, soit, entre autres, à Marius Charpillot, fabrique de pignons Astra, à Bévillard (Astra), des « pignons 25 BB ». Astra en usina 126 811 de janvier à fin mai 1940. Des pourparlers engagés à ce moment-là aboutirent le 4 juin 1940 à la confirmation écrite d'une commande de 300 000 pignons 25 BB, selon plan en mains d'Astra, même qualité que précédemment, livrables à raison de 7 à 8000 pièces par jour, au prix de 82 fr. le mille.

Astra avait fait deux livraisons (environ 50 000 pignons) lorsque Cylindre S. A. l'invita le 17 juin 1940 à suspendre la fabrication, à cause des événements de guerre. Les pièces déjà usinées furent cependant livrées et payées. Le 4 juillet 1940 Cylindre S. A. annula la commande.

Astra réclama à Cylindre S. A., le 25 août 1940, la somme de 7000 fr. pour « frais d'outillage spécial, mise en train de machines supplémentaires destinées à intensifier la fabrication et indemnité pour rupture de commande ». Cylindre S. A., invoquant la force majeure, contesta devoir des dommages-intérêts, mais fit diverses propositions qui ne furent pas acceptées. Le 10 octobre 1941, Charpillot actionna Cylindre S. A. devant le Tribunal cantonal neuchâtelois en paiement de 4000 fr. avec intérêts à 5 % dès la demande. Il expliquait la réduction par le produit qu'il avait retiré de la vente des machines et de l'outillage spécial acquis pour exécuter la commande.

La défenderesse a conclu au déboutement du demandeur.

Le Tribunal cantonal estime qu'en raison de l'armistice et de l'annulation des commandes par l'Etat français la défenderesse n'était plus tenue d'exécuter le contrat passé avec le demandeur. Appliquant analogiquement l'art. 378, 1^{er} al. CO, il a condamné la défenderesse à payer au demandeur la somme de 2800 fr. avec intérêts à 5 % dès le 10 octobre 1941 à titre de dédommagement pour les dépenses faites par lui spécialement en vue de fabriquer les 300 000 pignons commandés.

La défenderesse a recouru au Tribunal fédéral contre ce jugement. Elle reprend ses conclusions libératoires.

Le demandeur a formé recours-joint en maintenant ses conclusions de première instance.

Considérant en droit :

1. — Les parties ont sans conteste conclu le 4 juin 1940 un contrat d'entreprise. Le maître fournissait la matière et l'entrepreneur fabriquait les pignons « selon plan ». C'est l'ouvrage à exécuter qui était l'essentiel.

2. — La défenderesse pouvait dès lors, aux termes de l'art. 377 CO, résilier en tout temps le contrat « en payant le travail fait et en indemnisant complètement » le demandeur. Le consentement de l'entrepreneur n'était pas nécessaire. Le demandeur ayant reçu le prix des pièces fabriquées et livrées, le litige n'a trait qu'à « l'indemnité complète » qu'il réclame pour le gain manqué et ses dépenses en tant qu'elles ne sont pas compensées par le paiement des livraisons fournies.

Le maître de l'ouvrage se prévaut de l'art. 378, 1^{er} al. CO, en vertu duquel il estime devoir tout au plus rembourser à l'entrepreneur les dépenses non comprises dans le prix payé pour le travail fait, mais conteste la réalité de pareilles dépenses.

3. — L'art. 378, 1^{er} al., prévoit l'impossibilité d'effectuer ou de terminer l'ouvrage par suite d'un cas fortuit survenu chez le maître. Il vise ainsi l'éventualité où le commettant doit concourir en quelque manière à l'exécution, en mettant par exemple à la disposition de l'entrepreneur le terrain à bâtir ou certains matériaux indispensables.

La défenderesse fournissait, il est vrai, la matière, mais cette contribution ne jouait qu'un rôle subordonné et n'offrait pas de difficulté à l'époque. La confection des 300 000 pignons restait possible malgré l'armistice franco-allemand et l'annulation des commandes par l'Etat français. Et rien ne s'opposait en fait à l'acceptation de l'ouvrage

par la défenderesse. Il n'y avait aucune impossibilité d'exécuter le contrat, fût-elle d'ordre juridique, comme il s'en présente quand, par exemple, dans un marché international, la livraison se heurte à une interdiction absolue d'exportation. Le maître et l'entrepreneur sont en l'espèce deux maisons suisses et les pignons devaient être fabriqués et livrés en Suisse. Les circonstances sont ainsi tout autres que s'il s'agissait d'un litige direct entre l'Etat français et un fabricant suisse. Les prévisions de l'art. 378, 1^{er} al., ne sont dès lors pas réalisées.

4. — On peut seulement se demander si la défenderesse n'avait la faculté de résilier le contrat en vertu de l'art. 377 qu'avec les conséquences précisées par la loi ou si et dans quelle mesure, d'après les règles de la bonne foi, elle doit être exonérée des conséquences légales de la résiliation étant donnés les événements survenus depuis la conclusion du contrat.

a) Le demandeur s'étant placé d'emblée sur le terrain du contrat d'entreprise et la défenderesse en ayant fait autant dans son recours en réforme, c'est bien au regard des art. 377 et 378, 1^{er} al. (le second alinéa ne saurait entrer en considération), et non de l'art. 119 CO que le litige doit se juger. Les dispositions spéciales régissant le contrat d'entreprise doivent du reste avoir le pas sur le principe général en tant qu'elles peuvent trouver application dans le cas donné. Or l'art. 377 autorise précisément le maître à renoncer pour un motif quelconque à l'achèvement de l'ouvrage. Il peut avoir changé d'idée, ou ses besoins ont pu se modifier, ou les conjonctures ne sont plus les mêmes : il n'y a plus de preneur pour l'ouvrage commandé, etc. En conférant ce droit au maître moyennant dédommagement complet de l'entrepreneur, la loi tient déjà compte dans une large mesure du changement des circonstances survenu pour le premier. Tant que l'ouvrage n'est pas terminé, le commettant est à même d'échapper à la livraison et au paiement d'objets qui ne lui sont plus d'aucune utilité, qu'il ne peut plus placer ou ne peut placer qu'avec de grosses pertes. Ce qu'il doit payer à l'entrepre-

neur est alors pour lui le moindre mal. En réglant de la sorte la résiliation, le législateur n'a sans doute pas envisagé uniquement le cas où le maître change simplement d'idée, mais encore le cas plus normal où le maître résilie le contrat pour des motifs sérieux. L'art. 377 est une application du principe suivant lequel l'exécution de l'ouvrage est une obligation mais non un droit de l'entrepreneur (OSER-SCHÖNENBERGER, art. 377 note 1). Le maître est ainsi avantagé par rapport à l'entrepreneur, et il ne se justifierait point de désavantager encore plus ce dernier en excluant l'application de l'art. 377 toutes les fois que le maître a de bonnes raisons pour décommander l'ouvrage ou lorsqu'il ne peut faire supporter par un tiers l'indemnité qu'il doit payer à l'entrepreneur aux termes de l'art. 377.

Considéré sous cet angle, le devoir de la défenderesse d'indemniser le demandeur apparaît clairement.

Quant à l'art. 378, il ne constitue pas un complément de l'art. 377, mais bien un tempérament apporté au risque que l'art. 376, 1^{er} al., met à la charge de l'entrepreneur (OSER-SCHÖNENBERGER, art. 378 nos 1 et 2). Lorsque le maître doit contribuer à l'exécution de l'ouvrage et que, par sa faute ou sans faute de sa part, ce concours devient impossible, c'est lui et non l'entrepreneur qui en supporte les conséquences : paiement du prix correspondant au travail fait et remboursement des dépenses non comprises dans ce prix plus des dommages-intérêts en cas de faute. Il a été exposé au considérant 3 ci-dessus que ces hypothèses ne sont pas réalisées dans l'espèce.

b) Reste la question de l'exclusion totale ou partielle, des conséquences légales de la résiliation selon l'art. 377, par application des règles de la bonne foi qui régissent tous les rapports contractuels et l'exercice de tous les droits conférés par la loi.

Si l'on tient compte de ce qui vient d'être dit sous lettre a) du sens et du but de l'art. 377, on se gardera d'écarter d'emblée, sous prétexte de bonne foi, les suites normales de la résiliation telles que la loi les a réglées. Ce que le législateur a estimé juste de faire supporter au maître

qui use de son droit discrétionnaire de révoquer la commande ne saurait être tenu sans un sérieux examen pour inévitabile et inexigible. On ne doit pas d'autre part supprimer ou restreindre les obligations spéciales du maître de l'ouvrage en appliquant tels quels les principes jurisprudentiels relatifs aux dispositions générales de l'art. 119 CO. Seules des circonstances toutes particulières et impérieuses peuvent justifier une solution différente de celle que l'art. 377 statue pour le contrat d'entreprise. Ce n'est qu'au cas où la condamnation du maître aux prestations légales serait manifestement d'une rigueur excessive qu'on pourrait se départir du principe de la fidélité au contrat et du respect de la loi.

Qu'en est-il en l'occurrence ? La modification du contrat ou de ses conséquences légales n'est admissible d'après la jurisprudence que si le changement des circonstances était imprévisible. Il n'est pas certain qu'il en fût ainsi en l'espèce. Sans doute dans la seconde moitié du mois de mai 1940, lors de leurs pourparlers, les parties, de même que la généralité des personnes, ne supposaient-elles pas qu'un armistice serait conclu au mois de juin. Mais le 4 juin 1940, date de la commande écrite, la position de la France était déjà beaucoup plus critique. Toutefois, à de tels moments l'effort militaire devient intense, la production augmente et s'accélère le plus possible, en sorte qu'on accepte certains risques ou qu'on leur attribue une moindre importance. La défenderesse a vraisemblablement admis que l'Etat français maintiendrait sa commande malgré les circonstances et le demandeur n'a probablement pas cru que les hostilités pourraient cesser avant l'exécution complète de la commande. On ne saurait en tout cas dire que les parties ont, l'une ou l'autre, assumé délibérément le risque de la résiliation anticipée du contrat. Que si même le demandeur a songé à cette éventualité, il a pu se considérer comme couvert par l'art. 377.

La prévisibilité ou l'imprévisibilité des événements a d'autant moins joué un rôle que la durée du contrat était

fort brève. A raison d'une production de 7 à 8000 pignons par jour, la totalité de la commande eût été livrée dans l'espace de quarante jours.

Le seul facteur d'appréciation qui puisse dès lors entrer en jeu est le fait que, par suite de l'armistice et de l'annulation des commandes par la France, les pignons du demandeur étaient sans utilité pour la défenderesse puisqu'elle n'en avait plus preneur. Mais dans les contrats avec livraisons successives, l'impossibilité de faire de la marchandise fournie l'emploi prévu n'est en général pas prise en considération (RO 44 II 409 i. f. et 410 ; cf. SIEGWART, *Der Einfluss veränderter Verhältnisse*, dans l'*Hommage de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg à la Société suisse des juristes*, 1924 p. 106). Comme on l'a relevé au considérant 4, ce fait conduira souvent à la résiliation du contrat en vertu de l'art. 377, avec les conséquences prescrites par la loi.

Les circonstances de l'espèce ne font pas apparaître ces conséquences comme inadmissibles à l'égard de la défenderesse. Elles ne heurtent pas le sentiment de la justice et de l'équité au point que la demande d'indemnité puisse être taxée de contraire aux règles de la bonne foi et que le juge ait le devoir d'intervenir.

L'application de l'art. 377 n'impose pas au maître de l'ouvrage un sacrifice pécuniaire bien considérable. La défenderesse ne conteste plus sérieusement qu'en vertu de l'art. 378, 1^{er} al., elle devrait rembourser au demandeur les dépenses non comprises dans le prix payé si la preuve de telles dépenses était faite. Ce qu'elle doit en plus, aux termes de l'art. 377, c'est le gain manqué. Or, la demande ne tend plus qu'au paiement de 4000 fr. pour toutes choses, en sorte que le bénéfice perdu peut atteindre au maximum 1200 fr. en sus de la somme de 2800 fr. allouée pour les dépenses faites spécialement en vue de l'exécution du contrat (v. consid. 5 a). Le paiement de ce surplus ne constitue certes pas une charge insupportable pour la défenderesse qui a livré à la France des fusées depuis le

début de l'année 1940 et réalisé un bénéfice dont elle perd simplement une partie. Il n'y a pas là un motif suffisant pour dispenser la défenderesse des prestations voulues par l'art. 377. Elle ne peut exiger que toutes ses affaires soient avantageuses. Il serait d'ailleurs contraire à la bonne foi de faire supporter au demandeur le risque commercial qui normalement incombe à la défenderesse. D'autant plus qu'en l'espèce que, suivant la constatation du juge du fait, Astra a dû « mettre tout son outillage au point pour arriver à livrer subitement sept fois plus de pignons » par jour et n'a pu, après l'ordre inattendu de suspension du 17 juin et la révocation du 4 juillet, exécuter pendant un certain temps d'autres travaux, si bien qu'elle a eu des frais généraux que ne sont pas venus compenser d'emblée de nouveaux bénéfices.

c) En conséquence et contrairement à la solution adoptée par le Tribunal cantonal, il y a lieu d'appliquer l'art. 377 et non l'art. 378, 1^{er} al., analogiquement. Les circonstances de l'arrêt RO 48 II 372 et 373 cité par les premiers juges sont différentes de celles de la présente espèce et le fait que d'autres sous-traitants n'ont pas réclamé à la défenderesse de dédommagement pour le gain manqué n'est pas décisif. On ignore les motifs de leur renonciation.

5. — Chiffre de « l'indemnité complète » due au demandeur :

a) *Remboursement des dépenses.* (Maintien de la somme de 2800 fr. allouée au demandeur.)

b) *Gain manqué.* (Maintien du chiffre de 1145 fr.)

c) La défenderesse est par conséquent tenue de payer au demandeur à titre d'indemnité selon l'art. 377 la somme totale de 3945 fr. avec intérêts à 5 % dès le 10 octobre 1941.

6. — Les circonstances de l'espèce ne sont pas de nature à faire réduire ce montant en vertu des art. 43 et 44 CO applicables en matière contractuelle aux termes de l'art. 99 al. 3 CO.

Une réduction du remboursement des dépenses est d'emblée exclue, car même d'après l'art. 378, 1^{er} al., le demandeur aurait droit à la restitution. A fortiori est-ce le cas selon l'art. 377.

Quant au gain manqué, le paiement de 1145 fr. n'expose certes pas la défenderesse à la gêne (art. 44 al. 2). L'art. 44, 1^{er} al., ne trouve manifestement pas d'application. Même l'art. 43 ne fournit pas une base suffisante. Réduire le chiffre de 1145 fr. malgré l'absence de circonstances particulières reviendrait à exonérer sans raison le maître de l'ouvrage de son obligation d'« indemniser complètement » l'entrepreneur. Le seul fait que la résiliation n'est pas due au simple caprice mais qu'elle a des motifs plausibles ne suffit pas à justifier l'abandon de la réglementation légale.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

1. rejette le recours principal ;
2. admet le recours joint et réforme le jugement cantonal dans ce sens que la défenderesse est condamnée à payer au demandeur la somme de 3945 fr. avec intérêts à 5 % dès le 10 octobre 1941.

Vgl. auch Nr. 24, 29. — Voir aussi Nos 24, 29.
