

größten Teile der ihm eingehenden Bestellungen auf Phosphore nach seiner Meinung nur diejenigen des Klägers verstanden seien, so erklärt sich das ohne weiteres dadurch, daß Wanner & Cie. laut ihren Ankündigungen ausschließlich diese Ware verkaufen. Bezüglich des Zeugen Perrot ist zu bemerken, daß derselbe im Widerspruch zu seinem gerichtlichen Zeugnis brieflich erklärt hat, der Ausdruck Phosphore sei zum Gemeingut der Industrie geworden. Mit Rücksicht auf diese altengemäße Thatsache kann es jedenfalls nicht als rechtsirrtümlich bezeichnet werden, wenn die Vorinstanz seine gerichtliche Aussage nicht als konkludent dafür betrachtet hat, daß unter den beteiligten Gewerbetlassen in der Schweiz das Bewußtsein sich wirklich aufrecht erhalten habe, daß „Phosphore“ nicht Wasserstandsgläser mit roten Streifen auf weißem Grunde überhaupt, sondern nur solche aus der klägerischen Fabrik bedeuten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird als unbegründet abgewiesen und daher das Urteil des Handelsgerichtes des Kantons Zürich vom 30. Dezember 1896 in allen Teilen bestätigt.

Siehe auch Nr. 53, Entscheid vom 16. Januar 1897
in Sachen Röhlißberger & Cie.

VI. Haftpflicht für den Fabrik- und Gewerbebetrieb.

Responsabilité pour l'exploitation des fabriques.

45. Arrêt du 11 février 1897 dans la cause
Berner contre Spack.

A. Pierre Spack, maître charpentier, à Buchillon (Fribourg) a exécuté en 1895 les travaux de charpente d'un bâtiment construit pour le sieur Samuel Rentsch, syndic au dit lieu. Le 15 juin eut lieu la levée de la charpente. L'ouvrier charpentier, Frédéric Berner, d'Agrimoine, demeurant à Oberried, avait travaillé tout le jour avec les autres ouvriers. Au moment où le surveillant Gottfried Spack, fils de Pierre Spack, venait d'annoncer la cessation du travail, sur l'avis exprimé par un ouvrier nommé Blunier, qu'il fallait encore, pour la bonne façon, clouer une pièce dans la partie supérieure de la façade, Berner et cet ouvrier se mirent en devoir de faire ce travail. Dans ce but, deux planches furent placées au travers de deux baies de fenêtre du second étage de manière à faire saillie à l'extérieur. Blunier et Berner s'avancèrent chacun sur l'extrémité extérieure de l'une de ces planches, afin de clouer la pièce de bois qu'il s'agissait de fixer. Berner était muni pour ce travail d'une hache; il avait déjà planté un clou et était en train d'en enfoncer un second lorsqu'il perdit l'équilibre et tomba sur le sol. Il fut transporté dans la maison de Spack et reçut le soir encore les soins du docteur Demisch, à Chiètres, lequel constata une paralysie générale des membres inférieurs, de la vessie et du gros intestin, une luxation et une fracture de la seconde ou troisième côte et une compression de la moëlle épinière. Le lendemain le blessé fut conduit à l'hôpital de l'Isle, à Berne, où il mourut six jours après, soit le 22 juin. Un rapport du médecin-assistant, D^r Dopfer, constate qu'une opé-

ration faite par le Dr Kocher a confirmé l'existence d'une lésion transversale de la moëlle épinière, qui se trouvait broyée et amollie sur une longueur considérable. La cause directe de la mort est attribuée à une pneumonie traumatique, déterminée sûrement par les lésions dues à la chute de Berner.

En date du 22 avril 1895, Pierre Spack avait fait à la « Société d'assurance contre les accidents à Cologne » une proposition d'assurance collective pour dix ouvriers, à teneur de laquelle l'indemnité à payer en cas de décès devait être de 6000 fr. par assuré. La Compagnie avait accepté cette proposition. Ensuite du décès de Berner, Spack ouvrit action pour obtenir le paiement de l'indemnité d'assurance convenue. La Compagnie résista à cette demande par le motif que le contrat d'assurance n'aurait pas été en vigueur au moment de l'accident, Spack n'ayant payé la première prime que plus tard. A l'audience du tribunal du district du Lac, du 14 février 1896, le demandeur se désista de ses conclusions en alléguant comme motif que la veuve de Frédéric Berner et ses enfants, nonobstant sommation à eux faite, n'étaient pas intervenus au procès.

B. Par citation en conciliation du 13 février et exploit demande du 9 mars 1896, veuve Rosine Berner, née Flückiger, agissant tant en son nom personnel qu'au nom de ses trois enfants mineurs, a ouvert action à Pierre Spack pour le faire condamner à lui payer:

1° Les frais faits en vue de la guérison de F. Berner.

2° Les frais funéraires.

3° Une indemnité pour le préjudice souffert par le défunt pendant sa maladie.

4° Une indemnité de 6000 fr. sous modération de justice, pour le préjudice causé à la demanderesse et à ses enfants par la perte de l'entretien auquel le défunt était tenu envers eux.

La demanderesse allègue à l'appui de ses conclusions que le défendeur, en sa qualité d'entrepreneur de charpente, est soumis à la loi fédérale du 26 avril 1887 sur l'extension de

la responsabilité civile des fabricants. Elle s'appuie en outre sur le contrat d'assurance conclu par le défendeur en faveur de ses ouvriers.

C. Le défendeur a conclu à libération des fins de la demande et subsidiairement à la réduction de l'indemnité réclamée. Il fait valoir les moyens de libération suivants: Berner n'était pas à son service au moment de l'accident. Il avait été payé et congédié la veille, à la suite d'une dispute avec d'autres ouvriers, et s'il a travaillé le 15 juin à la levée de la charpente, c'était en qualité de volontaire, de même que plusieurs autres personnes, et afin de pouvoir participer au repas qui devait avoir lieu à cette occasion. Le travail au cours duquel il est tombé n'était d'ailleurs pas un travail qui lui eût été commandé, mais une opération volontaire, accomplie après la cessation du travail et contrairement aux ordres donnés. Enfin l'accident est dû à la propre faute de Berner, qui se trouvait pris de vin le soir du 15 juin et s'est aventuré sur la planche d'où il est tombé malgré les avertissements qui lui ont été donnés.

Le défendeur soutient encore que la conclusion n° 3 de la demande ferait double emploi avec celle sous n° 4.

D. L'instruction de la cause, au cours de laquelle de nombreux témoins ont été entendus, a établi ce qui suit: F. Berner était né en novembre 1861 et âgé par conséquent de 33 $\frac{1}{2}$ ans au moment de son décès; sa femme avait alors 33 ans et ses enfants 2, 4 et 6 ans. Il n'a laissé aucune fortune et la demanderesse n'a pas d'autres ressources que le produit de son travail pour son entretien et celui de sa famille. A l'époque de l'accident, Berner travaillait pour le compte du défendeur depuis environ une année. Il touchait en dernier lieu un salaire de 2 fr. 90 par jour. Le 14 juin il avait reçu le paiement de ce qui lui était dû. Il a raconté lui-même au syndic Mæder, d'Agrimoine, le lendemain de l'accident, que le 15 juin au matin il s'était présenté chez le défendeur pour réclamer ses outils et que celui-ci lui aurait dit: « Je ne t'ai pas renvoyé; ce que tu pourrais faire de mieux, c'est d'aller tranquillement à l'ouvrage, » sur quoi il

se serait rendu au chantier. Ce récit, immédiatement noté par le syndic Mæder, a été signé par Berner. Ce dernier, au dire de nombreux témoins, était un ouvrier laborieux et entretenait convenablement sa famille. Il n'était pas buveur d'habitude, mais à l'occasion buvait un verre comme les autres ouvriers. Il était un peu prompt et parfois un peu téméraire. Le D^r Demisch a déclaré qu'en examinant Berner le soir de l'accident il n'avait perçu aucune odeur extraordinaire d'alcool, soit de vin soit d'eau-de-vie, bien qu'il se soit approché très près du visage du blessé; le contenu de la vessie, qu'il a dû vider artificiellement à cause de la paralysie, n'indiquait pas non plus que Berner eût consommé beaucoup d'alcool. Un seul témoin a déclaré qu'il avait trop bu le soir du 15 juin, et un autre a dit qu'il était un peu gai, ayant bu un verre de plus que les autres à l'occasion des distributions de vin faites dans l'après-midi par le propriétaire de la maison en construction. Tous les autres témoins ont déclaré qu'il avait bu comme les autres ouvriers. Un témoin a déclaré aussi qu'il aurait laissé tomber deux fois sa hache dans la journée, une fois le matin et une fois l'après-midi, parce que, l'ayant simplement posée sur la charpente au lieu de l'enfoncer dedans, comme c'est l'usage, l'ébranlement causé par les coups de marteau l'aurait fait tomber. Aucun témoin n'a pu affirmer que le surveillant des travaux, Gottfried Spack, ait cherché à empêcher Berner de monter sur la planche d'où il est tombé. Le dit surveillant se trouvait cependant, au dire du témoin Harrisberger, tout près de la planche, et ordonna même au témoin qui était assis sur celle-ci, de quitter sa place pour aller recueillir les outils. Un seul témoin, le sieur Théodore Rentsch, qui était aussi occupé à maintenir la planche à l'intérieur, a déclaré que, bien que n'ayant aucune surveillance à exercer, il aurait cherché à retenir Berner qui lui aurait répondu : « Je vais, et si le gars tombe, ce ne sera pas dommage pour lui. » Il résulte enfin des dépositions des témoins que l'outil le plus convenable pour le travail que Berner voulait faire était le marteau, mais que les charpentiers emploient indifféremment la hache ou le

marteau selon que l'un ou l'autre outil se trouve à leur portée.

E. Par jugement du 10 juillet 1896 le tribunal du district fribourgeois du Lac a admis la demande de la veuve et des enfants Berner en ce sens qu'il leur a alloué une indemnité de 2000 fr. pour toute chose. Le tribunal, tout en constatant en principe la responsabilité du défendeur, a estimé que l'indemnité devait être réduite par le motif que Berner aurait commis une faute consistant en ce que, le jour de l'accident, il aurait travaillé d'une manière imprudente, qu'il aurait laissé tomber deux fois sa hache sans se préoccuper du danger qu'il faisait courir aux ouvriers travaillant au-dessous de lui, que le soir il était un peu pris de vin et a entrepris sans ordre le travail, non sans danger, au cours duquel l'accident s'est produit, qu'au lieu de se servir d'un marteau pour ce travail, il a employé une hache dont le poids a pu contribuer à lui faire perdre l'équilibre, et enfin qu'il a persisté à aller de l'avant malgré l'avertissement d'un camarade, de telle sorte que sa manière d'agir constitue dans une certaine mesure une bravade imprudente et téméraire.

Les deux parties ont fait appel de ce jugement et demandé sa réforme dans le sens de leurs conclusions de première instance.

A la suite d'un recours incident en matière de preuves, la Cour d'appel a procédé, à la requête de la demanderesse, à l'audition de deux nouveaux témoins, dont l'un a déclaré que Berner lui avait dit, huit jours avant l'accident, qu'il contribuait pour un certain montant à l'assurance contractée par Spack. Le second témoin, ouvrier de Spack, a déclaré qu'il ne savait pas si Berner contribuait à l'assurance, mais que lui-même avait payé 2 fr. 90 par mois à Spack, soit environ 10 centimes par jour pour être assuré.

Par arrêt du 24 novembre, la Cour d'appel a réformé le jugement de première instance et porté l'indemnité à 3000 fr. Cet arrêt est basé en substance sur les motifs suivants : Il n'est pas contesté que la veille de l'accident Berner avait sinon reçu son congé, du moins touché ce que lui

devait Pierre Spack. Il a raconté lui-même que le 15 juin au matin il s'était rendu chez Spack pour réclamer ses outils et que celui-ci lui aurait dit : « Je ne t'ai pas renvoyé; ce que tu pourrais faire de mieux, c'est de t'en aller tranquillement à l'ouvrage », sur quoi il y serait effectivement allé. Ce récit est sans doute contesté par Spack. Mais d'autre part il est certain que celui-ci a essayé, après l'accident survenu à Berner, de se mettre au bénéfice de l'assurance qu'il avait proposée à la Société d'assurance de Cologne et qu'il a même ouvert action à cette société en paiement d'une indemnité de 6000 fr. Ces actes judiciaires confirment le récit de Berner et démontrent que ce dernier se trouvait bien au service de Spack le 15 juin 1895. Touchant le prétendu état d'ébriété de Berner le soir de ce jour, un seul témoin affirme qu'il avait trop bu et un autre qu'il était un peu gai, tandis que tous les autres ouvriers qui ont travaillé avec lui ce jour-là attestent qu'il avait bu comme eux. Et en effet, occupé du matin au soir à la levée de la charpente, il ne pouvait avoir bu au-delà de ce qui était servi à chaque ouvrier. D'ailleurs il est établi qu'il n'était pas buveur en général. Enfin la déclaration du D^r Demisch vient à l'appui du dire de la grande majorité des témoins et rend tout à fait inadmissible l'hypothèse que la chute de Berner aurait été causée par l'ivresse. Quant au grief fait à Berner de ce qu'il travaillait encore après que le surveillant avait annoncé la cessation du travail, il n'est pas sérieux. On ne peut reprocher à un ouvrier son zèle et son dévouement. Le défendeur s'est encore efforcé de prouver que Berner aurait commis un acte de témérité, en s'aventurant, malgré le conseil du sieur Th. Rentsch, sur la planche d'où il est tombé. En réalité, Berner n'a commis aucune témérité, pas plus que l'ouvrier Blunier, qui au même instant faisait le même travail et dans la même position que lui. Ce travail n'offrait pas de danger particulier pour un charpentier habitué aux travaux de ce genre. Enfin le reproche fait à Berner de s'être servi de la hache plutôt que du marteau pour planter les cloux n'est pas non plus justifié, la plupart des témoins déclarant que l'on

se sert indifféremment de l'un ou de l'autre outil. Dès lors on ne saurait admettre que la chute de Berner doive être attribuée à une faute de celui-ci. Dans la position qu'il occupait, un vertige, un faux mouvement, un ébranlement de la planche causé par l'ouvrier qui la tenait ou le fait que cet ouvrier l'aurait lâchée peuvent avoir causé l'accident. De ce qui précède il suit que les lois fédérales du 26 avril 1887 et 23 juin 1881 sont applicables en la cause. L'indemnité de 2000 fr. allouée par la première instance apparaît comme insuffisante. Toutefois il faut tenir compte que l'accident revêt en grande partie le caractère d'un cas fortuit et que la situation et les bénéfices du défendeur sont très modestes. Dans ces conditions l'indemnité paraît devoir être fixée à 3000 fr. pour toute chose.

F. L'arrêt de la Cour d'appel a été communiqué aux parties le 16 décembre 1896. En date du 5 janvier 1897, veuve Berner a déclaré recourir au Tribunal fédéral contre cet arrêt. Elle déclare reprendre ses conclusions telles qu'elles sont ténorisées au protocole du tribunal cantonal et fait observer que son action se fonde aussi bien sur la loi spéciale en matière de responsabilité que sur les rapports découlant du contrat d'assurance passé avec la Compagnie « La Cologne » et sur le fait que Berner a versé des cotisations à Spack pour servir au paiement des primes.

Le 12 janvier Pierre Spack a déclaré se joindre au recours de la partie Berner pour le cas où le Tribunal entrerait en matière sur le recours; il conclut éventuellement au rejet de la demande et subsidiairement à la réduction de l'indemnité à raison de la faute de Berner. Mais en première ligne il oppose au recours adverse une exception de non entrée en matière basée sur le fait que veuve Berner aurait donné en gage la créance résultant de l'arrêt cantonal pour garantir un emprunt de 2000 fr. Cette constitution de gage impliquerait, aux yeux de Spack, une acceptation du dit arrêt et par conséquent une renonciation au recours. Dans sa plaidoirie devant le Tribunal fédéral, l'avocat de Spack a en outre fait valoir un moyen nouveau consistant à dire que la partie

demanderesse n'aurait pas établi un point essentiel pour justifier ses conclusions, à savoir que le défendeur soit soumis à la loi fédérale du 26 avril 1887.

L'avocat de la partie Berner a conclu au rejet de l'exception de non entrée en matière soulevée par Spack et contesté la recevabilité, ainsi que le bien fondé du moyen nouveau invoqué par l'avocat adverse. Il a d'ailleurs déclaré que ses clients n'insistaient pas pour que leurs conclusions soient examinées au point de vue des rapports juridiques résultant de l'assurance conclue par F. Spack en faveur de ses ouvriers et du fait que ces derniers ont contribué par des cotisations aux frais de cette assurance.

Vu ces faits et considérant en droit :

1. — La partie Spack oppose tout d'abord au recours de la veuve Berner un moyen exceptionnel consistant à dire que celle-ci aurait accepté l'arrêt de la Cour cantonale par le fait qu'elle a donné en gage la créance résultant de cet arrêt. Cette exception n'est toutefois pas fondée. Abstraction faite du point de savoir si la créance résultant de l'arrêt cantonal pouvait être valablement donnée en gage en présence de la disposition de l'art. 7 de la loi du 25 juin 1881 sur la responsabilité des fabricants, on ne saurait voir dans le seul fait que la veuve Berner a engagé cette créance l'intention d'accepter l'arrêt cantonal comme définitif et de renoncer au droit de recours devant le Tribunal fédéral. D'ailleurs la constitution de gage est vis-à-vis de Spack une *res inter alios acta* dont il ne peut résulter aucun engagement de la part de la veuve Berner envers lui.

2. — Au fond P. Spack soutient que la demanderesse aurait négligé d'établir qu'il soit soumis à la loi du 26 avril 1887 sur l'extension de la responsabilité civile. Il est inutile de rechercher si cette objection, non soulevée devant les instances cantonales, pouvait encore être présentée devant le Tribunal fédéral, car elle doit en tout cas être repoussée comme dénuée de fondement. La demanderesse a en effet allégué expressément dans son exploit-demande du 9 mars 1896, que le défendeur, en sa qualité d'entrepreneur de charpente,

était soumis à la loi du 26 avril 1887. Le défendeur n'a pas contesté cette allégation. Il a ensuite été condamné par le tribunal de première instance en application de la dite loi, et cependant il n'a pas soutenu en appel qu'il n'y serait pas soumis. Il est par conséquent certain qu'il a reconnu tacitement que cette loi lui est applicable.

Dans sa demande, la veuve Berner avait déclaré baser ses conclusions non seulement sur les lois fédérales des 25 juin 1881 et 26 avril 1887, mais aussi sur les rapports juridiques résultant de l'assurance contractée par le défendeur au profit de ses ouvriers et des cotisations versées par ces derniers pour servir au paiement des primes. La cause n'a toutefois pas été instruite à ce second point de vue et les instances cantonales l'ont passé entièrement sous silence. La recourante Berner l'a elle-même abandonné devant le Tribunal fédéral en déclarant ne pas insister pour qu'il soit discuté. Il y a lieu dès lors d'en faire abstraction et d'examiner les conclusions des parties uniquement au point de vue des lois fédérales précitées sur la responsabilité civile.

3. — Les instances cantonales ont admis que Berner était employé par Spack comme ouvrier le 15 juin 1895. Cette solution n'est en contradiction avec aucune pièce du dossier et n'implique aucune erreur de droit. C'est avec raison que les juges de première instance et d'appel ont vu dans les tentatives faites par Spack pour se mettre au bénéfice du contrat d'assurance conclu avec la compagnie « La Cologne » la preuve que lui-même considérait Berner comme son ouvrier. Aucun fait n'a été établi qui soit de nature à infirmer cette déduction logique.

Spack a relevé spécialement dans son acte d'adhésion au recours le moyen de libération consistant à dire que l'accident serait dû à la propre faute de Berner. En fait, la cause immédiate de la chute de ce dernier n'est pas établie. Mais la Cour d'appel de Fribourg a estimé que cette chute ne peut être attribuée ni exclusivement ni en partie à une faute de la victime. Elle a admis en fait que Berner n'avait pas trop bu le soir du 15 juin 1895, qu'il n'y avait pas de danger

particulier pour un ouvrier charpentier comme lui et par conséquent pas d'imprudence de sa part à faire, dans les conditions où il l'a entrepris, le travail au cours duquel il est tombé; qu'enfin il n'y avait pas non plus d'imprudence à employer pour ce travail la hache au lieu du marteau. Ces constatations, basées essentiellement sur les preuves testimoniales et conformes au dire de la quasi-unanimité des témoins, lient le Tribunal fédéral. On doit considérer aussi comme mal fondé le reproche fait à Berner d'avoir agi sans ordre et après que la cessation du travail avait été annoncée. Il suffit de remarquer à ce sujet que l'opération au cours de laquelle l'accident s'est produit a eu lieu sous les yeux du surveillant des travaux qui n'y a fait aucune opposition. Ainsi donc aucun des reproches adressés à Berner n'est justifié, et c'est dès lors avec raison que la Cour d'appel a déclaré que l'accident ne pouvait être attribué à une faute de la victime.

4. — De ce qui précède il résulte que F. Spack est responsable en conformité des lois fédérales des 25 juin 1881 et 26 avril 1887 des suites de l'accident arrivé à F. Berner. Il reste par conséquent à déterminer le montant de l'indemnité due à la veuve et aux enfants de la victime.

Berner gagnait 2 fr. 90 c. par jour. En tenant compte des dimanches, des jours fériés et des jours de chômage d'un ouvrier charpentier à la campagne, son gain annuel devait s'élever à environ 800 fr. Spack ne se trouvant pas dans le cas de responsabilité illimitée prévu à l'art. 6 de la loi du 25 juin 1881, l'indemnité qu'il peut être tenu de payer ne doit pas, à teneur du même article, dépasser six fois le salaire annuel de Berner, soit au maximum 4800 fr., non compris les frais de traitement médical et d'inhumation. En outre ce maximum doit être réduit dans une proportion équitable pour tenir compte du caractère fortuit de l'accident. Il y a lieu aussi, conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, de réduire dans une certaine mesure l'indemnité eu égard à l'avantage que représente l'attribution d'un capital au lieu d'une rente. D'autre part, il faut prendre en

considération que Berner était un homme dans la force de l'âge (33 $\frac{1}{2}$ ans), que c'était un ouvrier laborieux et qui entretenait convenablement sa famille, que sa femme était âgée de 33 ans et ses enfants de 2, 4 et 6 ans seulement, et qu'ainsi il aurait pu et dû, dans le cours normal des choses, pourvoir pendant de longues années à leur entretien. Dans ces conditions, une indemnité de 3500 fr. pour la privation d'entretien apparaît comme tenant un juste compte de l'ensemble des circonstances.

Quant aux frais de traitement médical et d'inhumation, il n'en a été fourni aucune justification. Il est certain toutefois que la famille Berner a eu quelques dépenses à supporter de ce chef. Une allocation de 100 fr. apparaît comme une réparation suffisante de ce dommage, ainsi que de celui résultant de l'incapacité de travail de Berner pendant sa maladie.

La demanderesse n'a pas pris de conclusion en paiement d'intérêts sur les sommes réclamées par elle. Il n'y a dès lors pas lieu de prononcer que des intérêts lui sont dus dès une date antérieure au présent arrêt.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce:

Le recours de la veuve Berner est admis et l'arrêt de la Cour d'appel de Fribourg, du 24 novembre 1896, réformé en ce sens que l'indemnité à payer par Pierre Spack à la veuve Berner et à ses enfants est fixée à trois mille six cents francs (3600 fr.) pour toute chose.

46. Urteil vom 25. Februar 1897 in Sachen
Lüthi gegen Stauffer.

A. Bei dem vom Baumeister Emil Lüthi in Burgdorf übernommenen Bau einer Leichenhalle auf dem neuen Friedhofe selbst traf am 31. Oktober 1894 der Vorarbeiter Friedrich Stauffer, geboren 1862, ein Unfall. Es handelte sich darum, einen