

darauf zu verweisen, daß nach Art. 59 OG der Streitwert sich nach den von den Parteien in Klage und Antwort vor dem erstinstanzlichen kantonalen Richter angebrachten Rechtsbegehren richtet und daß das Bundesgericht sich nicht um deswillen unzuständig erklären kann, weil eine Partei dem Streitgegenstand einen zu hohen Wert beigelegt hat (s. US 31 II S. 107 Erw. 1).

3. Der Vertreter der Beklagten hat ferner, wie auch schon vor den kantonalen Instanzen, die Aktivlegitimation des Klägers beanstandet, insofern dieser nicht nur namens seiner Ehefrau, sondern zugleich für sich selbst klagt. Indessen ist klar, daß mit der Klage der Haftpflichtanspruch geltend gemacht wird, der zu Gunsten der Ehefrau des Klägers aus dem Vorfall vom 10. Januar 1906 nach dem FHO entstanden sein soll: Welche Rechte dem Kläger als Ehemann in Bezug auf diesen Anspruch zustehen, ob er ihn nur als Vertreter seiner Ehefrau, oder auch in eigenem Namen erheben kann, ist eine Frage des für die Eheleute Ellero geltenden ehelichen Güterrechts, die der Kognition des Bundesgerichts entzogen ist.

4. Es steht fest, daß die Ehefrau des Klägers schon vor dem 10. Januar 1906 an einer Nierentrunkheit litt. Nach dem Experten Professor Högler, auf den die Vorinstanz abstellt, war bei ihr damals schon eine Nierenverlagerung vorhanden, und nach dem zweiten Experten war die Niere wenigstens bereits gelockert. Der behauptete Unfall würde darin bestehen, daß dieses Leiden durch plötzliche Einwirkung verschlimmert worden ist, daß hiedurch ein körperlicher Zustand herbeigeführt worden ist, der auch ohne besondern äußern Anstoß aus der natürlichen Entwicklung des Leidens sich hätte ergeben können. Nun ist nach der Praxis in Fällen, wo bei der Betriebstätigkeit ein körperliches Leiden, eine krankhafte Disposition sich verschlimmert, ein Betriebsunfall nur dann anzunehmen, wenn nachgewiesen ist, daß dieser Erfolg plötzlich durch eine Handlung oder ein Ereignis des Betriebs ausgelöst ist, die den Körper in höherem Maße in Mitleidenschaft ziehen, als die Verrichtungen — nicht der üblichen Betriebsarbeit (in dieser Hinsicht irrt das Obergericht) sondern — des gewöhnlichen, täglichen Lebens; denn die Verschlimmerung eines pathologischen körperlichen Zustandes, die gerade so gut bei den Ver-

richtungen des täglichen Lebens außerhalb des Betriebs hätte eintreten können, darf, auch wenn die Requisite eines Unfalls erfüllt sind, nicht auf Rechnung des Betriebs gesetzt werden. (S. US 31 II S. 231, 32 II S. 27 [vergl. auch S. 613], Urteil vom 5. Juli 1905 in Sachen Hef gegen Paganelli, abgedruckt in der Schweiz. Juristenzeitung 2 S. 66 f.) Bei der Ehefrau des Klägers ist festgestelltermäßen die Verschlimmerung des Nierenleidens eingetreten, als sie eine 8—9 Kg. schwere Spule bis Augenhöhe hob. Das Heben eines solchen relativ nicht bedeutenden Gewichtes bis Augenhöhe kann aber auch für eine Frau in der Stellung der Frau Ellero nicht als eine außerordentliche Anstrengung betrachtet werden, die über die körperliche Inanspruchnahme des täglichen Lebens hinausgeht, da ja ihre häuslichen Geschäfte ähnliche und noch größere Anstrengungen oft mit sich bringen. Mit der Vorinstanz ist daher das Vorhandensein eines Betriebsunfalls zu verneinen.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Solothurn vom 11. September 1907 bestätigt.

## V. Obligationenrecht. — Code des obligations.

80. Arrêt du 5 octobre 1907, dans la cause

La Zurich, déf. et rec., contre Hoirie Dahl, dem. et int.

**Assurance-accidents.** Prétendue tardiveté de l'action. — Accident ou maladie? Constatations de fait, art. 81 OJF; fardeau de la preuve. — Risques non consentis par l'assurance. Entreprise hasardeuse présentant un danger spécial.

A. — Le 21 juillet 1901, Jens-Théodore Dahl, directeur de la Société suisse de mines Helvetia, à Gampel, trouva la mort en traversant le Rhône à la nage à Gampel. Le défunt était assuré en cas d'accident auprès de la Société « la Zu-

rich » pour la somme de 20 000 fr. selon police n° 8024 ; ses héritiers ont allégué que sa mort était le fait d'un accident et ont réclamé le paiement des 20 000 fr. avec intérêts au 5 % dès l'échéance ; n'ayant pu obtenir satisfaction à l'amiable, ils ont ouvert action par exploit des 6/7 juillet 1902.

La Zurich a conclu à libération et a invoqué trois moyens différents tirés des conditions de la police :

a) L'art. 21 de la police dispose que : « Sont prescrits » tous les droits à une indemnité qui n'ont pas fait l'objet » d'une demande devant le juge compétent dans les six mois » à compter de la signification du refus de la compagnie. » La compagnie constate que le 23 juillet 1901 elle a reçu de l'avocat G., disant agir au nom des intéressés, un télégramme l'informant du décès de J.-Th. Dahl, que le 27 juillet 1901 elle a reçu un second avis par lettre de la Société des mines Helvetia et qu'enfin le consulat de Suède et Norvège lui a, par son office du 27 août 1901, fait la même annonce. A ces avis la Zurich a répondu au fur et à mesure par des refus formels de paiement et la demande judiciaire n'a été introduite que les 6/7 juillet 1902, soit plus de six mois après.

b) L'art. 2 définit l'accident en disant : « Par accident dans » le sens de l'assurance, il faut entendre une lésion corporelle » survenue contre la volonté de l'assuré par l'action fortuite » et soudaine d'une force mécanique extérieure. — Ne sont » pas considérés comme accidents dans le sens de l'assu- » rance : les maladies, les attaques d'apoplexie, ... l'insolation » et la congélation, ainsi que toute affection causée par l'ac- » tion de la température.... » — La compagnie estime que le décès de J.-Th. Dahl par maladie, attaque, apoplexie, etc. est plus probable que la mort par accident. Dahl, dont le corps n'a pas été retrouvé, était excellent nageur et d'une force herculéenne, il avait traversé le Rhône en son entier et s'est noyé misérablement, sans aucune lutte, en arrivant dans les eaux calmes de la rive opposée, il est plus que probable qu'il a succombé à une congestion provoquée par la réaction de l'eau froide sur son corps couvert de sueur.

c) L'art. 3 dispose à son second alinéa que : « L'assurance

» ne s'étend dans aucun cas aux courses de chevaux et » autres, aux régates et autres concours de vitesse par eau » et sur terre ferme, aux chasses à courre, aux ascensions » aérostatiques ou autres entreprises hasardeuses qui pré- » sentent un danger spécial et qui ne sont pas couvertes ex- » pressément par une disposition particulière de la police. » — La compagnie estime que le fait de se jeter dans les eaux froides du Rhône, quand on est couvert de sueur, et de tenter, malgré les recommandations contraires de camarades, de traverser le fleuve alors que ses eaux sont hautes et le courant violent, constitue une entreprise hasardeuse présentant un certain danger.

B. — Par jugement du 7 juin 1906, confirmé par la cour d'appel du Valais le 31 janvier 1907, le tribunal d'arrondissement pour le district de Martigny a admis les conclusions de l'hoirie Dahl et par conséquent condamné la Zurich à payer à la demanderesse la somme de 20 000 fr. avec intérêts au 5 % dès l'échéance.

C. — La cour d'appel a constaté qu'il n'a pas été prouvé que le consulat de Norvège ait reçu pouvoir pour représenter l'hoirie Dahl, ni que l'avocat G. ait reçu des pouvoirs antérieurement à la procuration du 17 avril 1902 ; elle estime que le refus de la compagnie d'assurance signifié à des personnes qui ne sont pas les ayants cause de l'assuré, ni leurs mandataires, ne peut pas être opposé aux ayants droit à l'indemnité, ni faire courir contre eux le délai fatal prévu à l'art. 21 des conditions générales de la police et en conclut que l'exception de tardiveté doit être rejetée. La cour constate de plus à cet égard que le demandeur à l'indemnité doit prouver le décès de l'assuré ; or, le cadavre de J.-Th. Dahl n'ayant pas été retrouvé, le décès ne pouvait pas être prouvé avant la décision du juge instructeur constatant le décès, décision qui n'est intervenue que le 30 mai 1902 par l'office du juge instructeur du district de Loèche. L'hoirie demanderesse ne pouvait pas agir avant cette date et durant ce laps de temps le délai prévu à l'art. 21 ne pouvait pas courir contre elle.

La cour a constaté qu'il résulte de l'instruction la très grande probabilité que la mort de J.-Th. Dahl est le fait d'un accident et non d'une attaque d'apoplexie ou d'une paralysie ; qu'il est prouvé qu'avant de se jeter à l'eau Dahl a eu la précaution de se frictionner les membres avec l'eau du Rhône, qu'il était d'une force herculéenne et un nageur d'une habileté supérieure, qu'il avait déjà traversé le Rhône à la nage et que cette entreprise, qui serait périlleuse pour beaucoup d'autres, ne l'était pas pour lui ; qu'un témoin a déclaré qu'il y avait à l'endroit où Dahl s'est noyé un remous causé par un torrent qui se jette dans le Rhône en cet endroit ; qu'il résulte de ces faits une grande probabilité que Dahl est mort d'accident et qu'il n'a du reste pas été prouvé qu'il soit mort de maladie. La cour a déduit de ces faits que la compagnie doit payer l'indemnité ; d'une part, elle a admis que dans les cas où il n'est pas possible d'apporter une preuve matérielle péremptoire la probabilité suffit pour établir le rapport de causalité ; d'autre part, elle a jugé que pour savoir si une entreprise est hasardeuse et présente un danger spécial, il faut, dans chaque cas particulier, prendre en considération les aptitudes, les habitudes et la force, les connaissances, ainsi que toutes circonstances particulières à la personne de l'assuré, attendu que ce qui peut être dangereux et téméraire pour une personne peut ne pas l'être du tout pour une autre.

D. — C'est contre ce prononcé que la compagnie défenderesse a déclaré recourir en réforme au Tribunal fédéral. Elle a repris ses conclusions libératoires et les trois moyens présentés devant les instances cantonales.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1. — Il n'est pas nécessaire, en ce qui concerne l'exception de tardiveté soulevée par la compagnie défenderesse, d'examiner si l'avocat G., la Société de mines Helvetia ou le consulat de Norvège avaient reçu procuration pour agir au nom de l'hoirie demanderesse, en juillet et août 1901. C'est, en effet, avec raison que l'instance supérieure cantonale, — considérant que c'est au demandeur en indemnité à prouver

le décès de l'assuré et que le décès de J.-Th. Dahl n'a été juridiquement établi que par la décision du juge instructeur du district de Loèche du 30 mai 1902, — a admis qu'avant cette décision judiciaire l'hoirie demanderesse ne pouvait pas apporter la preuve qui lui incombait et par conséquent exiger le paiement de l'indemnité due en vertu de la police. C'est par télégramme du 31 mai et lettre du 5 juin 1902 que l'avocat G. a porté cette décision du juge à la connaissance de la compagnie et c'est par lettres des 31 mai et 11 juin 1902 que celle-ci a répondu par un refus. Or la présente action a été introduite par exploit du 6 juillet 1902, soit moins de six mois après le refus. L'exception de tardiveté n'est donc pas fondée.

Du reste, si même on admettait que, la compagnie n'ayant pas contesté la mort de J.-Th. Dahl, la décision du juge instructeur déclarant son décès n'apportait pas d'élément nouveau en l'affaire, l'exception de la défenderesse n'en devrait pas moins être repoussée. Il ressort en effet du dossier qu'en juillet 1901 l'avocat G. et la Société de mines Helvetia se sont bornées à aviser la compagnie du décès de J.-Th. Dahl et qu'en août de la même année le consul de Norvège s'est seulement informé de la date à laquelle la somme de 20 000 fr. serait payable. Or il faut distinguer entre une telle demande de renseignement ou un simple avis donné à une compagnie d'assurance de la survenance d'un décès, — opérations qui peuvent être faites même par un tiers, — et la demande formelle du paiement de l'indemnité, qui ne peut être valablement présentée que par les ayants droit ou leurs mandataires. Ce n'est, au sens de l'art. 21 de la police, que six mois après la signification du refus donné par la compagnie à cette demande de paiement que les droits à une indemnité sont prescrits et c'est le 14 avril 1902 que l'hoirie demanderesse, représentée par l'avocat G., a réclamé le paiement des 20 000 fr. et le 25 du même mois que la compagnie a signifié son refus. L'action datant du 6 juillet 1902 a donc été ouverte moins de six mois après ce refus.

2. — Les instances cantonales ont admis en fait la « très

grande probabilité » que Dahl est mort par suite d'un accident et non par suite d'une attaque d'apoplexie ou d'une paralysie ; elles constatent l'existence, à l'endroit où J.-Th. Dahl a disparu, d'un remous causé par un torrent qui se jette dans le Rhône. Ces constatations de fait, qui ne sont pas en contradiction avec les pièces du dossier, mais reposent au contraire sur la déposition du seul témoin oculaire, lient le Tribunal fédéral.

Le fait de la disparition du cadavre de Dahl a rendu impossible à l'hoirie demanderesse d'apporter une preuve matérielle péremptoire de la cause accidentelle de sa mort ; il ne permet que des présomptions. Mais, en cas pareil, ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà jugé, une grande probabilité suffit pour établir, en droit, le rapport de causalité (RO 20 932 ; 32 II 290 et loc. cit.) ; or, en l'espèce, la très grande probabilité de la cause accidentelle de la mort de J.-Th. Dahl est établie par le juge du fait.

La supposition que la compagnie recourante a opposée à la probabilité d'un accident n'est guère soutenable en regard de l'ensemble des faits de la cause ; elle allègue que J.-Th. Dahl aurait été victime d'une attaque apoplectique ou d'un étourdissement ; elle appuie surtout sa supposition sur le fait qu'il aurait été couvert de sueur au moment de se jeter à l'eau. Mais, d'une part, il ressort du dossier que le défunt était d'une force herculéenne, qu'il a pris part à une expédition au pôle nord, qu'il a pris les précautions d'usage avant de se jeter à l'eau et qu'il n'a disparu dans les flots qu'après avoir déjà presque entièrement traversé le fleuve ; d'autre part, il paraît bien résulter du récit du témoin qui seul a vu le malheur se produire que J.-Th. Dahl n'a pas perdu connaissance subitement, mais qu'avant de disparaître il a lutté contre une force supérieure qui l'a dominé. Ce témoin oculaire s'est exprimé, en effet, comme suit : « J'ai remarqué, » quand il s'est déshabillé, qu'il avait des gouttes de sueur, » je le lui ai dit. Il a attendu un moment, il s'est mouillé les » mains, les bras et la tête. Il s'est frictionné. Puis il s'est » jeté à l'eau jusqu'à l'épi opposé (épi de la digue). En arri-

» vant là il disparut et reparut plus haut à côté de l'autre » épi. Il disparut une seconde fois après être sorti à plusieurs » reprises jusqu'à mi-corps. J'ai cru qu'il faisait de la gym- » nastique. Il reparut à nouveau à l'endroit où il avait dis- » paru la première fois, j'ai vu un bras et une jambe. Il dis- » parut encore une fois pour reparaitre vers l'épi supérieur » une dernière fois ; il était noyé. Cet endroit est très dan- » gereux entre ces deux épis, à cause d'un torrent qui se » jette dans le Rhône un peu en dessous, ce qui provoque » des remous. »

En regard de ce récit la supposition opposée par la compagnie recourante à la probabilité admise par l'instance cantonale paraît moins plausible que celle-ci. En tous cas le juge n'a fait qu'user de la liberté d'appréciation dont il dispose en donnant la préférence à la supposition faite par l'hoirie demanderesse. La seconde exception doit donc être écartée.

3. — Pour établir, en droit, si le risque qui résulte d'une entreprise telle que celle qui a entraîné la mort de J.-Th. Dahl est couvert par la police que celui-ci avait souscrite, il faut, aux termes de l'art. 3 de ce contrat, examiner les conditions tant générales que particulières de la police et les déclarations contenues dans la proposition d'assurance.

Il résulte d'abord de cette dernière pièce qu'aucune question n'a été posée à J.-Th. Dahl lors de son engagement au sujet de la natation, alors qu'on lui a demandé s'il pratiquait le cheval, la chasse, la rame, la voile et autres exercices énumérés séparément. — La natation ne formant pas l'objet d'une de ces questions spéciales, le risque qui résulte de cet exercice-là ne peut pas être considéré comme exclu de l'assurance, à raison d'une absence de déclaration dans la proposition d'assurance.

L'énumération que fait le second alinéa de l'art. 3 de la police, — excluant les risques qu'entraînent les courses de chevaux et autres, les régates, les concours de vitesse par eau et sur terre ferme, chasses à courre et les ascensions aérostatiques, — vise des compétitions, des exercices dans lesquels les concurrents rivalisent pour arriver le premier.

Cette rivalité engendre un danger spécial. L'amour-propre, l'émulation, l'appât d'un prix, la rivalité entraînent facilement les participants à ces joutes sportives à commettre des excès qui créent un risque spécial que l'assurance a voulu exclure (conf. RO 26 II 392). Mais, en l'espèce, J.-Th. Dahl était seul à traverser le Rhône et cet élément de concurrence et de compétition manquait à son entreprise pour qu'on puisse, par analogie, la faire rentrer dans cette catégorie d'exercices; cette énumération portant sur des exceptions doit du reste être interprétée limitativement.

L'art. 3 al. 2 de la police ajoute à l'énumération qui précède: « les autres entreprises hasardeuses qui présentent un danger spécial et qui ne sont pas couverts expressément par une disposition particulière de la police. » Le Tribunal fédéral a déjà déclaré que des clauses de ce genre sont licites (RO 19 35 et 26 II 392); mais la question à juger est celle de savoir si l'entreprise de J.-Th. Dahl était hasardeuse.

Pour résoudre cette question, la Cour d'appel du canton du Valais s'est placée au point de vue subjectif; elle y a répondu en tenant compte des circonstances personnelles de l'assuré. Elle a estimé que pour lui, vu sa constitution, son expérience et ses qualités de nageur, la traversée du Rhône n'était pas une entreprise hasardeuse présentant un danger spécial. La compagnie recourante estime, au contraire, que le juge doit se placer à un point de vue purement objectif et examiner si d'une manière générale la traversée du Rhône à Gampel, par un nageur couvert de sueur, au moment des hautes eaux et que le courant est violent et l'eau glacée, ne revêt pas le caractère d'une entreprise hasardeuse présentant un danger spécial. — Il est évident qu'en thèse générale les cas d'exclusion de l'assurance doivent autant que possible être déterminés d'après des éléments objectifs. Mais la chose n'est pas toujours absolument possible. Tel est le cas en l'espèce. Pour juger si une entreprise est hasardeuse, il faut nécessairement tenir compte, dans une certaine mesure, des circonstances et de l'individu en cause; l'élément subjectif joue un rôle essentiel. Pour un mauvais nageur ou un homme faible et sensible au froid, ce serait évidemment une entre-

prise hasardeuse présentant un danger spécial que de vouloir tenter la traversée du Rhône à la nage lorsque les eaux sont hautes et glacées; pour un homme qui ne sait pas nager ce serait un acte de folie; mais on ne peut en dire autant alors qu'il s'agit d'un homme d'une force herculéenne, robuste de constitution, qui a supporté les basses températures de la mer glaciale du Nord et qui a déjà fait plus d'une fois la traversée du Rhône. S'il était établi que J.-Th. Dahl ait connu l'existence du tourbillon qui l'a perdu et qu'il se soit volontairement hasardé en cet endroit pour chercher à vaincre une nouvelle difficulté, son entreprise pourrait être taxée d'entreprise hasardeuse présentant un danger spécial; mais tel n'est pas le cas et les circonstances dans lesquelles le défunt a tenté la traversée du Rhône ne permettent pas, pour ce qui le concerne, de faire rentrer cette entreprise parmi les exceptions de l'art. 3 al. 2 de la police. C'est donc à bon droit que les conclusions de la compagnie défenderesse ont été repoussées.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est écarté et le jugement rendu entre parties le 31 janvier 1907 par la Cour d'appel et de cassation du canton du Valais est confirmé en son entier.

### 81. Urteil vom 11. Oktober 1907

in Sachen **Stuber**, Bekl. u. Ver.-Kl., gegen **Kofmehl**,  
Kl. u. Ver.-Bekl.

*Bereicherungsklage, Art. 70 ff. OR. — Bundesrecht und kantonales  
Prozessrecht.*

A. Durch Urteil vom 13. Juli 1907 hat das Obergericht des Kantons Solothurn über die Rechtsfrage:

„Ob der Beklagte gehalten sei, dem Kläger den Betrag von  
„7603 Fr. 25 Cts. nebst Zinsen vom Zeitpunkte der Inbesitz-