

Schaden « geltend machen kann ». Dagegen verbleibt ihm auch hier die Möglichkeit, seinen Schaden anderswie darzutun, und hiebei vermag dann ein solcher den Anforderungen der erwähnten Bestimmung nicht genügender Deckungskauf sachlich immer noch ein gewichtiges Beweismoment abzugeben. Dies ist gerade hier der Fall. Es lässt sich als durch die Akten (vgl. namentlich act. 42 ff.) ausgewiesen ansehen und wird vom Beklagten auch nicht ernstlich verneint, dass die Klägerin den von ihr behaupteten Kauf mit den Etablissements Métallurgiques de Rai-Tillières in Paris wirklich und zwar zu dem angegebenen Preise von 3 Fr. 33 Cts. das Kg. abgeschlossen hat. Ferner steht ausser Zweifel, dass sie andauernd Kupfer der fraglichen Art zu ihren Fabrikationszwecken benötigt. Da nun der Beklagte Mitte April hätte liefern sollen und die Klägerin nach wiederholter Mahnung am 9. Juni den Kauf mit dem französischen Geschäfte abgeschlossen hat, ist anzunehmen, die von diesem bezogene Ware habe unmittelbar und mittelbar die vom Beklagten nicht gelieferte als Bedarfsartikel im Betriebe der Klägerin ersetzt. Endlich darf man auch, von einer Aktenergänzung hierüber, im besondern durch Expertise, absehend, als feststehend erachten, dass die Klägerin am 9. Juni die Ware nicht unter dem bezahlten Preise von 3 Fr. 33 Cts. hätte erwerben können. Der bezahlte übersteigt den Vertragspreis von 2 Fr. 75 Cts. um etwa $\frac{1}{5}$ und diese Mehraufwendung erklärt sich hinreichend daraus, dass sich laut dem oben Gesagten von Mitte März, dem Zeitpunkte des Vertragsabschlusses zwischen den Parteien, bis zum 9. Juni die Preisverhältnisse in zunehmendem Masse verschlimmerten. Dabei ist zu bemerken, dass, wenn die Klägerin den Ersatzkauf statt verfrüht erst später, als einen zeitlich den Anforderungen von Art. 191 Abs. 2 genügenden Deckungskauf abgeschlossen hätte, dies nach der Sachlage wohl noch zu erheblich ungünstigeren Bedingungen hätte geschehen müssen. Der erlittene Schaden beläuft sich also in der Tat auf die ein-

geklagten 11,600 Fr. (58 Cts. \times 20,000). Dafür ist der Beklagte, wie ausgeführt, ungefähr zur Hälfte, also für rund 6000 Fr. ersatzpflichtig. Es lässt sich auch nicht etwa einwenden, die Klägerin habe versäumt, ihre Ersatzforderung in dieser Weise geltend zu machen. Ihre Schadensaufstellung in Verbindung mit dem sonstigen Akteninhalt bieten dem Richter eine genügende Grundlage für die Beurteilung unter dem vorliegenden Gesichtspunkte und zum Schutze ihres sachlich begründeten Anspruches. Die Zinsforderung endlich ist als solche mit Recht nicht bestritten worden.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung wird dahin gutgeheissen, dass das angefochtene Urteil des zürcherischen Handelsgerichts vom 28. November 1916 aufgehoben und die Klage in der Höhe von 6000 Fr. nebst Zins zu 5 % vom 10. August 1915 an zugesprochen wird.

29. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 30/31 mars 1917,
dans la cause dame veuve Sophie Serez, demanderesse et
recourante contre Frédéric Bassoto et Alphonse Carfagni,
défendeurs et intimés.

Art. 41, 44 et 55 CO. — Accident d'automobile. — Faute concurrente du conducteur et de la personne transportée. Etendue de la responsabilité de l'employeur au sujet du conducteur et du gardien du garage.

A. — Le 17 février 1914, feu Adolphe Serez à Coppet, jardinier du sieur Dalmorès artiste lyrique, et mari de la demanderesse et recourante dame Sophie Serez, actuellement à Genève, s'était rendu dans cette ville pour y faire diverses commissions. Serez était, sinon le gérant, du moins l'homme de confiance de son maître et s'occupait en

particulier de tout ce qui concernait l'automobile de ce dernier. Il passa ce jour-là à 11 heures du matin au Garage moderne appartenant à Alphonse Carfagni, l'un des défenseurs et intimés, et demanda si la voiture de Dalmorès, qu'il avait fait prendre à la fin de janvier pour être remise en état et vérifiée, était terminée. Sur la réponse affirmative que lui donna l'employé Burri, Serex le chargea de lui fournir un chauffeur pour le reconduire avec l'automobile à Coppet pendant l'après-midi. Burri donna alors au sieur Loup, gardien du garage, l'ordre de commander pour cette course le chauffeur Lutz, à 1 ½ heure, et lui remit une fiche dans ce but.

Serex se présenta au Garage un peu avant l'heure qui lui avait été indiquée et n'y trouva que le gardien Loup ; celui-ci lui annonça que le chauffeur Lutz, désigné pour le conduire, allait arriver, mais Serex, avisant un ouvrier mécanicien attaché au garage, le défendeur et intimé Frédéric Bassoto, qui lisait son journal en attendant l'ouverture des ateliers, l'invita à l'accompagner et signa à Loup un bon de 30 litres de benzine que celui-ci a versés dans le réservoir en préparant la voiture pour le départ. Le sieur Piguet, employé au Garage moderne, fit observer que la course devait être faite par Lutz, mais Bassoto lui répondit que c'était au premier arrivé à sortir ; puis Piguet ayant insisté, Serex dit à Bassoto : Puisque tu es là, viens ! Enfin au moment où l'automobile sortait du garage, Piguet s'adressa encore au conducteur et lui demanda s'il avait son permis, ce à quoi ce dernier répondit négativement.

Après un premier arrêt avant Bellevue pour mettre de l'eau dans le radiateur, Serex et Bassoto se dirigèrent non sur Coppet, mais sur Mies où ils s'arrêtèrent un quart d'heure à l'auberge Nicollier, pour boire un demi-litre de vin blanc ; ils se rendirent ensuite à Céligny où un sieur Greffier leur offrit à chacun trois verres de vin rouge ; à 4 ½ heures de l'après-midi, il étaient au Château de Crans, d'où ils ont emmené un sieur Milleret jusqu'au café

Broccard à l'autre extrémité du village du même nom pour y boire deux bouteilles de vin bouché, et repartir ensemble dans la direction de Céligny où ils burent une bouteille de bière avant de se séparer. Serex et Bassoto prirent alors la direction de Coppet, mais au bout d'un kilomètre la voiture traversa la route à un contour et fut précipitée dans un ravin. Serex fut projeté en dehors ; écrasé par l'arrière de l'automobile, il est mort quelques instants après ; quant à Bassoto, resté assis au volant, il a été relevé grièvement blessé. Cet accident est survenu à environ 5 h. 20 du soir.

L'enquête pénale instruite par les autorités vaudoises a abouti à la condamnation de Bassoto à 300 fr. d'amende pour homicide par imprudence, selon jugement rendu le 2 juin 1914 par le Tribunal de police de Nyon.

B. — Par exploit du 26 mars 1914, la demanderesse et recourante dame veuve Sophie Serex, alors à Coppet mais actuellement à Genève, a assigné par devant le Tribunal de 1^{re} instance Frédéric Bassoto, mécanicien, et Alphonse Carfagni, propriétaire du Garage moderne, tous deux à Genève, en paiement d'une somme de 25,000 fr. à titre de dommages-intérêts ensuite de l'accident qui a amené la mort de son mari ; les défenseurs ont conclu à libération. Par jugement préparatoire du 30 septembre 1915, le Tribunal de 1^{re} instance a ordonné sur les faits articulés par les parties des enquêtes au cours desquelles les faits qui ont été résumés plus haut ont été établis ; quelques témoins, en particulier le sieur Milleret, ont affirmé l'inexpérience du conducteur, qui n'était pas maître de sa direction et faisait des embardées à chaque virage. Les instances cantonales ont admis que Bassoto n'était pas chauffeur chez Carfagni, mais seulement ouvrier mécanicien ; elles ont constaté que, dans le Garage moderne, de nombreuses affiches apposées un peu partout interdisaient, sous peine de renvoi immédiat, aux employés non chauffeurs de diriger une voiture automobile sans autorisation du bureau ; il a été établi cependant que

Bassoto avait parfois conduit des voitures à la carrosserie ou chez un client.

Par un second jugement du 3 février 1916, le Tribunal de 1^{re} instance après avoir prononcé défaut contre Bassoto, qui n'était plus représenté à l'audience, a débouté la demanderesse de toutes ses conclusions, en admettant que, si Serex et Bassoto avaient tous deux commis une faute, celle du premier était plus grave que celle du second et permettait même de la « supprimer entièrement » ; il a enfin prononcé qu'en tout état de cause la responsabilité de Carfagni comme employeur de Bassoto n'était pas engagée.

Sur appel de veuve Serex, la Cour de justice civile a, par arrêt du 22 décembre 1916, confirmé la décision de 1^{re} instance et mis les frais à la charge de l'appelante.

C. — Par déclaration du 12 janvier 1917, dame veuve Serex a recouru en réforme au Tribunal fédéral contre cette décision en reprenant contre les deux défendeurs les conclusions développées par elle devant l'instance cantonale. A l'audience de ce jour, l'intimé Bassoto n'a ni comparu ni été représenté ; quant à Carfagni, il a conclu à libération du recours et à la confirmation de l'arrêt attaqué. Enfin, par décision du 2 février 1917, le Tribunal fédéral a accordé l'assistance judiciaire à dame veuve Serex.

Statuant sur ces faits et considérant

en droit :

1. — L'accident à la suite duquel Serex a été tué est survenu au cours de l'exécution d'un contrat par lequel le Garage Carfagni s'était engagé vis-à-vis de Dalmorès à amener l'automobile de ce dernier de Genève à Coppet. Les instances cantonales ont admis en effet que Serex devait s'occuper de ce qui concernait la voiture. C'est en vertu de ces attributions que Serex avait fait prendre l'automobile à Coppet par Carfagni, dans le but de la remettre en état, et qu'il était venu à Genève le jour de

l'accident pour en prendre livraison après réparation ; c'est par conséquent au nom de Dalmorès qu'il avait chargé Carfagni, représenté à ce moment par son employé Burri, de lui fournir un chauffeur pour le reconduire à Coppet. Il n'y a donc pas lieu de s'arrêter à la circonstance que, la voiture étant la propriété de Dalmorès, les employés de Carfagni n'étaient pas en droit d'en empêcher la sortie du garage du moment que Serex entendait la retirer ; en effet, il ne s'agissait pas à ce moment de la livraison d'une voiture remise en état, mais de sa conduite jusqu'à Coppet ; c'était par conséquent à Carfagni ou à ses employés et non à Serex, à désigner le chauffeur qui devait faire cette course. Dans ces conditions, on doit admettre que la responsabilité du choix de Bassoto comme conducteur n'incombe pas à Serex, mais que ce choix a été fait par le gardien du garage Loup, lorsqu'il a livré à Bassoto l'essence nécessaire et l'a autorisé à partir avec la voiture, malgré les observations faites à la dernière minute par l'employé Piguet.

On doit admettre en outre que la situation des parties n'a pas été modifiée par le fait qu'au lieu de se diriger directement sur Coppet, Serex et Bassoto se sont arrêtés successivement à Mies, Commugny, Céligny et Crans, utilisant ainsi l'automobile pendant une durée de 4 heures environ, tandis que le trajet direct de Genève à Coppet eût exigé un temps beaucoup plus court. Il suffit sur ce point de relever que le conducteur d'un véhicule est présumé pouvoir accepter, pour le compte de son patron, des ordres de la personne qu'il est chargé de conduire et consentir ainsi une modification ou une prolongation de la course primitive ; en l'espèce, le fait que le client, soit Dalmorès, n'était pas présent personnellement est sans importance, étant donnés les pouvoirs de Serex.

On doit donc envisager en résumé que l'accident a eu lieu au cours d'un transport commandé au garage Carfagni pour le compte de Dalmorès et que cet accident est survenu par le fait de Bassoto qui conduisait l'automobile

au moment où elle a été renversée. Les instances cantonales n'ont pas accepté, en effet, le dire de Bassoto qu'il aurait, peu avant l'accident, cédé le volant à Serex pour leur arrivée à Coppet.

2. — Le Tribunal de Ire instance a admis l'existence d'une faute à la charge de Frédéric Bassoto : celui-ci n'étant pas chauffeur de sa profession, n'aurait jamais dû assumer un travail pour lequel il n'avait pas les capacités requises ; cette première faute a été aggravée par le fait que Bassoto n'a pas tenu compte des observations de Pignet au moment où il a quitté le garage. En outre, divers témoins ayant constaté l'inexpérience dont il a fait preuve en cours de route, on peut admettre que l'accident ne serait pas arrivé à un chauffeur au courant de son métier, le contour où il s'est produit ne présentant pas de difficultés spéciales.

3. — La faute et l'imprudence de Serex ne sont pas non plus contestables. Les instances cantonales ont à bon droit retenu le fait qu'il aurait dû, en cours de route, s'apercevoir de l'inexpérience de Bassoto, puisque cette circonstance a frappé divers témoins qui ont vu passer l'automobile, et n'a pas davantage échappé à Milleret, alors qu'il se trouvait en voiture avec Serex et Bassoto. Cela étant, Serex a commis une imprudence en prolongeant pendant plusieurs heures une promenade au cours de laquelle il aurait dû s'apercevoir de l'inexpérience du conducteur, et en invitant ou en autorisant celui-ci à consommer à plusieurs reprises des boissons alcooliques.

4. — Les instances cantonales ont ensuite admis que les fautes commises par Serex étaient assez graves pour appeler l'application de l'art. 44 CO, d'après lequel le juge peut même... ne pas allouer de dommages-intérêts, lorsque la personne lésée a contribué à créer le dommage ou à l'augmenter. Le Tribunal fédéral ne saurait partager cette manière de voir. La cause première du dommage doit être recherchée dans l'imprudence de Bassoto et dans le fait qu'il a, malgré son inexpérience, assumé la direction

de la voiture ; si les diverses imprudences commises par Serex ont pu contribuer dans une certaine mesure à provoquer l'accident, il n'en est pas moins vrai que la responsabilité de Bassoto est engagée sur ces mêmes points, spécialement en raison de la prolongation de la course et des arrêts en cours de route. Cela étant, il convient d'admettre en l'espèce non pas l'exonération de toute responsabilité à l'égard de Bassoto, mais de faire supporter également par Serex et par Bassoto, en raison de leur faute concurrente, les conséquences dommageables de l'accident. Il y a lieu ainsi de condamner Bassoto à rembourser à la demanderesse la moitié du préjudice subi par elle. Le dossier ne contenant pas de constatations sur le montant du dommage, il convient de faire application en la cause de l'art. 82 OJF et de renvoyer l'affaire à l'instance cantonale pour nouveau jugement.

5. — Il y a lieu enfin d'examiner si la responsabilité de Carfagni comme propriétaire du garage et employeur de Bassoto est engagée en raison de l'accident survenu et en application de l'art. 55 CO. Cette responsabilité découle en principe du fait que l'accident est survenu au cours d'un travail exécuté pour le compte de Carfagni par ses employés ; c'est donc à lui à rapporter la preuve libératoire prévue au dit art. 55. La doctrine et la jurisprudence (voir BECKER Komm. ad art. 55 notes 6 à 9 et OSER *ibid.* sub VI 1 et 2 ; RO 41 II p. 501 et suiv.) sont d'accord pour reconnaître que l'employeur a administré cette preuve lorsqu'il a établi avoir mis tous ses soins dans le choix de son personnel et avoir déployé l'attention voulue dans sa direction et sa surveillance. En l'espèce, Bassoto ayant été engagé comme ouvrier mécanicien, la *cura in eligendo* a passé ainsi à l'arrière-plan ; mais les preuves administrées par Carfagni ont porté essentiellement sur les instructions données et la surveillance exercée au garage pour empêcher toute usurpation des fonctions de chauffeur par des employés non qualifiés. Carfagni a établi à ce point de vue l'existence, dans ses ate-

liers, d'affiches interdisant formellement et sous peine de renvoi immédiat, au personnel ouvrier ou laveur « de mettre les voitures en marche, de les essayer ou de les utiliser sans ordre formel du bureau », et a prouvé en outre avoir fait application à diverses reprises de cette sanction aux ouvriers qui avaient enfreint cette défense. Cela étant, il faut admettre que Carfagni avait, à l'égard de Bassoto tout au moins, exercé la surveillance qui lui incombait et lui avait donné les ordres nécessaires ; le fait que ce dernier a conduit parfois des voitures vides chez le client ou des châssis à la carrosserie ne prouverait pas qu'il a enfreint cette défense, des courses de ce genre ne pouvant être assimilées à celle faite avec Serex et ayant parfaitement pu avoir été « autorisées par le bureau ».

On peut se demander par contre si Carfagni a rapporté la même preuve libératoire en ce qui concerne ceux de ses employés présents lors du départ de l'automobile et qui ont laissé Bassoto en prendre la conduite. C'est à tort tout d'abord que Carfagni prétend dégager sa responsabilité en rappelant que Dalmorès ou son mandataire avaient le droit d'exiger la remise de la voiture et sa sortie du garage, puisque, comme il a été expliqué, il ne s'agissait pas de la livraison d'une automobile remise en état, mais de l'exécution d'un contrat par lequel le garage se chargeait de conduire cette voiture de Genève à Coppet. Cela étant, le gardien Loup, dans les attributions duquel rentre le contrôle de la sortie des voitures, a commis une faute en remettant à Bassoto l'essence qui lui était nécessaire et en le laissant sortir avec l'automobile, sachant que cet employé n'était pas attaché à l'établissement comme conducteur ; cette faute de Loup provenant d'un défaut de précision dans la détermination de ses compétences, et par conséquent d'un manque d'organisation du garage, il faut admettre que Carfagni n'a pas rapporté sur ce point la preuve libératoire qui lui incombait ; enfin le rapport de cause à effet entre le départ de la voiture et l'accident

n'étant pas contestable, la responsabilité de Carfagni en l'espèce est établie.

L'arrêt de la Cour de Justice doit cependant être confirmé également en ce qui le concerne par application de l'art. 44 CO. Si l'on compare la succession des fautes commises par Serex et l'informalité plus légère commise par Loup, qui pouvait supposer que la voiture irait directement à Coppet, si l'on relève en outre l'influence directe sur l'accident des actes reprochés à Serex et l'éloignement relatif, dans le rapport de cause à effet, entre la conduite de Loup et le sinistre, il se justifie de l'exonérer de la responsabilité qu'il a encourue en principe, en raison de la faute prépondérante du lésé.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté en ce qui concerne le défendeur et intimé Carfagni. Il est par contre admis en ce qui concerne le défendeur et intimé Bassoto ; en conséquence, l'arrêt de la Cour de Justice civile de Genève du 22 décembre 1916 est annulé quant à ce dernier et l'affaire est renvoyée à l'instance cantonale pour être jugée à nouveau dans le sens des motifs.