

die Geltendmachung eines Formmangels im Hinblick auf die besonderen Verumständungen des Einzelfalles als missbräuchlich erscheinen, so namentlich, wenn die Nichteinhaltung der Form von der sich darauf berufenden Partei in doloser Weise verschuldet worden ist (vgl. BGE 43 II 24), was hier jedoch vom Kläger nicht behauptet wird und übrigens gemäss Feststellung der Vorinstanz auch nicht als erwiesen angenommen werden könnte. Sodann hat das Bundesgericht in zwei Fällen, wo es sich um wegen unrichtiger Beurkundung des Kaufpreises nichtige Grundstückskäufe handelte, die Berufung des Käufers auf die Formwidrigkeit gemäss Art. 2 ZGB als missbräuchlich zurückgewiesen, weil die Verträge so, wie sie von den Parteien gewollt, freiwillig beidseitig erfüllt worden waren, und infolgedessen die Beteiligten des mit dem Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung wesentlich bezweckten Schutzes gegen die Folgen unüberlegter Entschlüsse nicht mehr bedurften (BGE 50 II 147 ff. ; 53 II 165 f.). Vorliegend aber wird die Erfüllung des der gesetzlichen Form entbehrenden Vertrages gerade verweigert, so dass bei Gutheissung des klägerischen Standpunktes die eine Partei um das Recht gebracht würde, sich auf die gesetzliche Sanktion der Verletzung einer zu ihrem Schutze aufgestellten Formvorschrift zu berufen.

Da der Kläger die Bauten in gutem Glauben und mit Zustimmung des verstorbenen E. Näf auf dessen Parzelle erstellt hat, wird er — was hier indessen nicht zu entscheiden ist — gemäss Art. 672 ZGB dafür eine angemessene Entschädigung oder vielleicht sogar die Zuweisung des Eigentums an Bau und Boden im Sinne von Art. 673 ZGB verlangen können.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 16. März 1928 bestätigt.

60. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 18 juillet 1928
dans la cause **Alhambra contre Rousseaux.**

Le contrat par lequel un directeur de tournées théâtrales s'engage à « vendre un spectacle » à une entreprise de théâtre, c'est-à-dire à faire jouer pour le compte de cette entreprise telle ou telle pièce de théâtre contre paiement d'un prix fixe, par représentation, n'est pas un contrat de vente (consid. 1).

Le fait qu'un spectacle théâtral a été interdit par mesure de police ne prouve pas à lui seul que ledit spectacle soit contraire aux mœurs (consid. 2).

Ne peut invoquer le moyen libératoire de l'art. 119 CO, la partie qui a assumé le risque d'être empêchée de tenir ses engagements et qui a négligé en outre de prendre les mesures nécessaires pour éviter les conséquences dommageables d'un empêchement qu'elle pouvait prévoir (consid. 4).

Art. 20, 119 et 97 CO.

A. — Demoiselle Rousseaux, directrice des tournées théâtrales « Renée-Rose », a proposé en novembre 1924 à M. Lévy-Lansac, directeur de l'Alhambra, de venir jouer à Genève deux opérettes intitulées « Un bon coq » et « C'est jeune et ça n'sait pas ».

Il fut convenu en définitive au mois de mai 1925 que demoiselle Rousseaux « vendait » à l'Alhambra son spectacle pour être joué à Lausanne et Montreux ; huit représentations devaient avoir lieu à Lausanne, à partir du 23 octobre 1925, et quatre à Montreux, dont huit en soirée et quatre en matinée. La Société de l'Alhambra devait payer à demoiselle Rousseaux 400 fr. suisses par soirée et 200 fr. par matinée ; celle-ci avait à sa charge les artistes, costumes, perruques, les frais de voyage et de transport des bagages ; l'Alhambra assumait les frais de publicité et de théâtre.

Demoiselle Rousseaux s'était engagée par contrat à donner des spectacles de tout premier ordre, parfaitement sus et mis en scène.

En décembre 1924 déjà, demoiselle Rousseaux avait

communiqué à Lévy-Lansac les programmes avec analyse de ses deux spectacles ainsi que des coupures de journaux s'y rapportant.

Le 21 août 1925, la Société de l'Alhambra demanda à demoiselle Rousseaux de lui envoyer le texte des pièces pour obtenir des autorités vaudoises l'autorisation de les jouer. Le 25 août, demoiselle Rousseaux envoya les brochures. Le 29, l'Alhambra lui demanda de faire imprimer les affiches et prospectus pour les représentations de Lausanne et Montreux.

En date du 3 octobre, soit 20 jours avant la date fixée pour la première représentation, l'Alhambra avisa demoiselle Rousseaux que la pièce « Un bon coq » avait été interdite à Lausanne, et le 14 octobre qu'il en était de même de l'autre pièce « C'est jeune et ça n'sait pas ».

Demoiselle Rousseaux déclara qu'elle était toujours prête à tenir ses engagements et qu'elle rendait l'Alhambra responsable du préjudice qu'elle subirait si elle devait renoncer à jouer.

Les représentations n'eurent pas lieu. L'Alhambra, invoquant le cas de force majeure, refusa toute indemnité.

B. — Par exploit du 24 décembre 1925, demoiselle Rousseaux ouvrit action à l'Alhambra aux fins d'obtenir le paiement d'une somme de 5500 fr. à titre de dommages-intérêts et de 26 fr. 05, valeur d'une facture de 178 fr. 40 français pour frais de publicité.

L'Alhambra prit des conclusions reconventionnelles tendant au paiement par la demanderesse d'une somme de 8400 fr. pour le préjudice moral et matériel qu'elle lui avait causé en lui fournissant un spectacle immoral et de mauvais goût, interdit par les autorités.

Par jugement du 14 décembre 1927, le Tribunal de première instance a fait droit aux conclusions de la demanderesse et débouté la défenderesse de sa demande reconventionnelle.

La Cour de Justice civile, statuant le 20 avril 1928

sur appel de l'Alhambra, a confirmé le jugement attaqué en réduisant toutefois à 4629 fr. 90 le montant des dommages-intérêts dus à la demanderesse.

C. — La Société de l'Alhambra a recouru en réformation en temps utile en concluant à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral :

débouter la demanderesse de sa demande en dommages-intérêts,

la condamner, reconventionnellement, à payer à l'Alhambra la somme de 8400 fr.,

subsidiatement, renvoyer la cause aux premiers juges pour qu'il soit procédé à de nouvelles enquêtes.

A l'audience de ce jour, l'intimée a conclu au rejet du recours et à la confirmation du jugement attaqué.

Considérant en droit :

1. — Le contrat conclu entre les parties n'est en tout cas pas un contrat de vente, comme l'avait admis tout d'abord la première instance. Il ne pouvait en effet être question pour la demanderesse de transférer à l'Alhambra la propriété d'un spectacle ou d'une représentation théâtrale, ni la propriété des deux pièces qui devaient être jouées.

Point n'est besoin, pour la solution du litige, de rechercher quelle est la nature exacte du contrat. Qu'il s'agisse en effet d'un contrat innommé, comme le déclare l'instance cantonale, ou d'un véritable contrat d'entreprise, les dispositions générales du code des obligations lui sont applicables sans aucun doute.

2. — La recourante a soutenu et soutient encore que le contrat serait nul, en vertu de l'art. 20 CO, parce qu'il aurait pour objet une chose contraire aux mœurs, soit la représentation en public de deux pièces de théâtres immorales.

Mais la preuve de l'immoralité des dits spectacles, preuve qui incombait à la défenderesse, n'a pas été rapportée à satisfaction de droit. La circonstance que

les autorités vaudoises ont interdit les représentations constitue tout au plus un indice, mais elle n'établit pas, comme le pense la recourante, une véritable « présomption » d'immoralité qu'il appartiendrait à la demanderesse de combattre. Il est constant que les pièces dont il s'agit ont été jouées en public de très nombreuses fois en France, en Belgique et ailleurs encore. S'il est permis de supposer qu'elles sont légères, voire lestes, le « veto » de la police vaudoise ne prouve cependant pas à lui seul qu'elles sont contraires aux mœurs, au sens du code des obligations.

Pour faire constater la prétendue immoralité des spectacles de demoiselle Rousseaux, il eût appartenu à la défenderesse de soumettre à l'appréciation des juges le texte des pièces incriminées, qu'elle possède *in extenso*, ou d'invoquer à tout le moins des témoignages précis sur ce point. Or, elle ne l'a pas fait. Elle est par conséquent mal venue à invoquer l'art. 20 CO.

3. — La recourante prétend en second lieu que demoiselle Rousseaux n'aurait pas respecté la clause du contrat stipulant que les spectacles devaient être « de tout premier ordre ». Elle en voit la preuve dans le fait que les représentations ont été interdites par les autorités.

Cet argument ne résiste pas à l'examen. Les termes « spectacles de tout premier ordre » ne se rapportaient évidemment pas, dans l'intention des parties, à la valeur intrinsèque des pièces, mais uniquement à l'interprétation, à la mise en scène, aux costumes, etc. Ce que l'Alhambra désirait se faire promettre, c'est que demoiselle Rousseaux présenterait au public un spectacle brillant, parfaitement mis au point, donné par les artistes en vue. Lorsqu'elle a passé le contrat, la direction de l'Alhambra connaissait certainement la nature des spectacles qui lui avaient été offerts ; elle avait reçu des programmes, des analyses des pièces, des coupures de journaux ; il s'agissait d'œuvres qui avaient été représentées à maintes reprises dans des pays voisins.

Non seulement elle devait être renseignée, mais il paraît encore très probable que c'est précisément à raison du caractère léger ou leste des dites pièces qu'elle a jeté son dévolu sur « Un bon coq » et « C'est jeune et ça n'sait pas ». Ces titres sont d'ailleurs assez suggestifs en eux-mêmes. A supposer qu'elle n'eût connu que les titres, la direction de l'Alhambra devait se rendre compte d'emblée qu'elle avait affaire à des œuvres d'un genre spécial qui ne pouvaient être représentées sans autre partout et devant n'importe quel public.

L'on ne saurait, dans ces conditions, prendre au sérieux le grief tiré d'une prétendue violation des clauses du contrat.

4. — L'Alhambra s'est trouvée dans l'impossibilité de tenir ses engagements envers demoiselle Rousseaux par le fait de l'interdiction prononcée dans le canton de Vaud. D'après elle, cette impossibilité absolue l'aurait libérée entièrement de ses obligations, conformément à l'art. 119 CO.

Certes, l'interdiction dont les autorités vaudoises ont frappé les deux pièces « Un bon coq » et « C'est jeune et ça n'sait pas » n'est pas imputable à la recourante, en ce sens que ce n'est pas l'Alhambra qui l'a provoquée et que celle-ci n'avait aucun moyen de l'éviter. Mais cette constatation ne suffit pas à elle seule pour déclarer éteintes les obligations de la recourante.

En effet, l'on ne saurait assimiler à un cas fortuit, absolument imprévisible, l'interdiction de jouer prononcée par les autorités vaudoises. L'Alhambra, qui organise professionnellement des spectacles théâtraux et qui a déjà fait jouer diverses pièces et opérettes dans le canton de Vaud, comme elle le déclare elle-même, savait que tous les spectacles sont soumis dans la règle au contrôle des autorités, qui ont le pouvoir de les censurer ou de les interdire complètement. Elle savait donc, au moment où elle a passé contrat avec demoiselle Rousseaux, que l'exécution de ses propres enga-

gements était subordonnée à la condition que les autorités admissent la représentation des pièces en question. Elle ne le conteste pas d'ailleurs. Dès l'instant qu'elle était au courant des difficultés qu'elle pouvait rencontrer à cet égard, elle en devait tenir compte ; elle n'aurait point dû s'engager sans réserve aucune, d'autant moins que les titres des pièces et tout ce qu'elle en pouvait connaître devaient normalement l'amener à penser que si l'approbation des autorités était dans bien des cas une simple formalité, elle ne le serait peut-être pas pour « Un bon coq » et « C'est jeune et ça n'sait pas ». Elle reconnaît elle-même implicitement dans son mémoire de recours qu'en matière de spectacle les autorités françaises sont moins rigoureuses que les autorités suisses.

Sachant quels étaient les lois et usages du pays, que demoiselle Rousseaux n'était pas censée connaître, l'Alhambra a commis une faute en n'attirant pas d'emblée l'attention de sa co-contractante sur le risque d'une intervention des pouvoirs publics. Etant donné son silence sur ce point au moment du contrat, et le fait qu'elle a demandé à demoiselle Rousseaux de faire imprimer les programmes et prospectus pour Lausanne et Montreux alors qu'elle possédait déjà le texte intégral des pièces, l'on est en droit d'admettre qu'elle a assumé le risque de voir les spectacles interdits et d'être empêchée de tenir ses engagements envers demoiselle Rousseaux (cf. RO 48 II p. 217 et suiv.).

En tout état de cause, l'Alhambra devait prendre, à temps voulu, toutes mesures pour parer aux conséquences d'une interdiction possible. Or, au lieu de faire diligence, elle a attendu trois mois pour demander à demoiselle Rousseaux de lui envoyer le texte intégral des pièces afin de le soumettre aux autorités compétentes. De plus, ayant entrepris trop tard les démarches nécessaires, elle n'a pas insisté pour que la décision intervînt le plus vite possible. Le dommage subi par la demanderesse est

en corrélation certaine avec cette faute ou négligence. En effet, il est constant que lorsqu'elle a été informée des interdictions de jouer, demoiselle Rousseaux n'était plus à même de prendre d'autres dispositions, de mettre à l'étude de nouvelles pièces, de diriger sa tournée ailleurs ou de trouver un autre emploi pour les artistes engagés par elle.

Cela étant, l'Alhambra ne saurait invoquer l'art. 119 CO pour se soustraire à la réparation du préjudice qu'elle a causé à la demanderesse. Dès l'instant qu'elle est en faute, elle doit des dommages-intérêts, en application de l'art. 97 CO.

5. — En ce qui concerne le montant du dommage, l'on ne peut qu'adopter les calculs de l'instance cantonale. La Cour de Justice a tenu compte, à juste titre, pour les déduire de la somme réclamée, des frais et débours que demoiselle Rousseaux aurait eus à sa charge si elle était venue avec sa troupe à Lausanne et à Montreux.

6. — Pour ce qui est de la demande reconventionnelle de l'Alhambra, il résulte à l'évidence des considérations qui précèdent qu'elle est dénuée de fondement. L'on ne peut que se référer, au surplus, aux motifs décisifs du jugement attaqué.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté et le jugement rendu le 20 avril 1928 par la Cour de Justice civile de Genève est confirmé.