

par ceux qui y étaient tenus. Tout cela pourrait entraîner tout au plus des sanctions disciplinaires (cf. art. 864 al. 1 CO). Ce qui seul importe, au point de vue de l'existence de la société, c'est que sa liquidation n'est pas encore terminée aujourd'hui.

La demande ne peut donc pas être déclarée irrecevable pour les motifs avancés dans l'arrêt de la Cour de Justice civile. Elle ne peut pas non plus être déclarée irrecevable par les motifs qui ont été déterminants pour le Tribunal de première instance. Car le liquidateur agit toujours au nom de la société, plus exactement de la société en liquidation. En l'espèce, le liquidateur — dont les fonctions sont indépendantes de l'inscription au registre du commerce (cf. STAUB, note 7 ad § 148 ; DÜRINGER-HACHENBURG, note 4 ad § 148 ; ZELLER-RAHN, note 12 ad art. 580 CO ; art. 861 et 863 CO) — a signé la procuration du 25 novembre 1932 en faveur de M^e A. Lacour. La signature de Jacques Tschudi était superflue. Tout ce que l'on peut reprocher à la demande, c'est de ne pas mentionner que la société demanderesse est entrée en liquidation ; la raison de la demanderesse doit être complétée comme il suit : « H. Jenny & C^{ie} en liq. » ; et il y a lieu d'ordonner cette rectification.

4. — Bien que l'action soit recevable, le chef de conclusions principal du recours, tendant à ce que la demande soit admise, ne saurait être accueilli. Le Tribunal fédéral ne peut en effet pas se prononcer aujourd'hui sur les exceptions que la défenderesse a soulevées au fond contre la demande, ces exceptions n'ayant fait l'objet d'aucune instruction dans les instances cantonales, et le juge ne s'étant pas prononcé sur elles. Les deux cours cantonales se sont bornées à examiner la question de la recevabilité, et c'est la seule question que le Tribunal fédéral soit appelé à trancher aujourd'hui. Il doit donc se borner à annuler l'arrêt attaqué, à débouter la défenderesse de ses conclusions en irrecevabilité de la demande et à renvoyer la cause à la Cour de Justice civile ...

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est partiellement admis en ce sens que l'arrêt attaqué est annulé, que la défenderesse est déboutée de ses conclusions en irrecevabilité de la demande et que la cause est renvoyée à la Cour de Justice civile de Genève pour instruction éventuelle et nouveau jugement.

9. Arrêt de la I^{re} Section civile du 7 mars 1933

dans la cause Leutenegger

contre Nouvelle Société anonyme des Automobiles Martini.

Contrat d'entreprise, art. 376 CO. Lorsque l'ouvrage périt par cas fortuit avant la livraison, sans que le maître soit en demeure de l'accepter, la perte de la matière est pour celle des parties qui l'a fournie, et par « matière » on peut, par exemple, entendre aussi l'objet même confié à l'entrepreneur pour qu'il le répare.

A. — Emil Leutenegger a acheté, le 14 mars 1930, à la Société de vente des Automobiles Martini S. A., à Zurich, une voiture d'occasion, 6 cylindres 22 HP, carrosserie sport, pour le prix de 10 500 fr. Il assura la voiture auprès de la Compagnie l'Helvetia pour une valeur de 38 000 fr. Pendant l'été, Leutenegger utilisa l'auto et participa avec elle à plusieurs courses pour le compte de la Société Martini.

Le samedi 11 octobre 1930, dans le courant de l'après-midi, Leutenegger amena sa voiture aux usines Martini, à St-Blaise, pour faire reviser une soupape. Il s'adressa au chef d'atelier Emile Schnyder, qui fit lui-même une petite course d'essai et chargea le mécanicien Miesch de faire la réparation nécessaire. Après cette révision une course d'essai fut faite par Miesch en compagnie de Leutenegger. Au cours de la montée du Landeron à Lignières, l'auto prit feu et fut presque entièrement détruite. Ni Miesch ni Leutenegger n'essayèrent de l'éteindre. Miesch et Schnyder expliquent que c'eût été très dangereux, le

réservoir à essence étant situé juste au-dessus du carburateur et renfermant un mélange explosif, composé d'alcool, de benzol et d'huile d'olive.

Le dommage fut évalué par experts à 13 050 fr. L'Helvetia contesta devoir une somme quelconque ; elle invoqua l'art. 51 LCA (voiture surestimée d'au moins 100 % en vue de l'assurance), mais, pour éviter un procès, consentit à payer à Leutenegger 6000 fr. contre quittance pour solde.

B. — Leutenegger actionna le 13 juillet 1932 la Société Martini en paiement de la somme de 7500 fr. (7050 fr. de dommages-intérêts plus 450 fr. pour quatre pneus neufs).

La défenderesse conclut au rejet de la demande et réclama reconventionnellement 620 fr. 80 avec intérêts à 5 % dès le 12 septembre 1931, pour diverses revisions de la voiture.

Le demandeur contesta devoir cette somme.

C. — Le Tribunal neuchâtelois, statuant par défaut le 1^{er} décembre 1932, rejeta la demande principale et admit la demande reconventionnelle jusqu'à concurrence de 581 fr. 05 avec intérêts à 5 % dès le 12 septembre 1931. Les frais et dépens ont été mis à la charge de Leutenegger.

D. — Le demandeur a recouru en réforme au Tribunal fédéral contre ce jugement. Il a repris les conclusions de sa demande.

L'intimée a conclu au rejet du recours et à la confirmation du jugement attaqué.

Considérant en droit :

1. — Le demandeur invoque les art. 363 et sv. CO sur le contrat d'entreprise, 394 et sv. sur le mandat et 41 et sv. sur les actes illicites.

Le Tribunal cantonal estime avec raison que la défenderesse a accepté le travail de revision dont le demandeur l'a chargée régulièrement le 11 octobre 1930 et qu'on est en présence d'un contrat d'entreprise régi par les art. 365 et sv. CO. Il s'agit bien d'un ouvrage confié par le com-

mettant à l'entrepreneur, lequel s'est engagé à l'exécuter contre rémunération. L'action ne saurait dès lors se fonder sur les art. 41 et sv. CO, et il y a lieu de se demander si la destruction de la voiture est attribuable à une faute de l'une ou l'autre partie ou à un cas fortuit ou encore à un défaut de la voiture.

Le juge du fait constate à cet égard, de manière à lier le Tribunal fédéral : « qu'il n'a été établi aucune faute à la charge de la défenderesse ou de ses organes. Le mécanicien est, aux dires de son chef Schnyder, un homme compétent et consciencieux. Avant d'entreprendre la course d'essai, il a cherché à se rendre compte de ce qui ne marchait pas, mais sans y parvenir. La course devenait donc nécessaire. Au cours de celle-ci, il n'a commis aucune faute »... « La cause de l'incendie de la voiture de Leutenegger n'a pas été établie de manière certaine. Le chef d'atelier Schnyder et le mécanicien Miesch déclarent que l'incendie s'est déclaré par suite d'un retour de flammes au carburateur, provoqué par le grippage d'une soupape, défaut très fréquent sur les voitures de Martini. C'est le mécanicien Miesch qui a conduit la voiture pendant toute la course d'essai et il était justement en train de faire des essais de marche en avant et en arrière sur une forte rampe, pour tâcher de découvrir la raison d'un défaut de fonctionnement qu'il constatait, lorsque le feu s'est déclaré ». Il s'ensuit d'emblée qu'aucune faute contractuelle ou extra-contractuelle n'est imputable à l'une ou l'autre partie, mais qu'il s'agit d'un cas fortuit, sinon d'un défaut de la voiture.

Le demandeur objecte en vain dans son recours que l'incendie aurait pu être évité. La défenderesse, dit-il, savait qu'il y avait dans le réservoir un carburant spécial utilisé pour les courses, qui explose facilement et constitue un danger. Il aurait donc fallu prendre des mesures de prudence pour la course d'essai, se munir par exemple d'un extincteur, d'une couverture de laine ou changer de carburant, etc. La défenderesse connaissait à fond le moteur

de l'auto du demandeur ; elle aurait dû considérer que les robinets d'amenée de l'essence étaient grippés et ne pouvaient être fermés à la main.

Ces moyens nouveaux et par conséquent irrecevables (art. 80 OJ) sont au surplus inopérants. Le demandeur n'a pas allégué et encore moins établi que la défenderesse ait substitué au carburant qui se trouvait dans le réservoir un carburant particulièrement dangereux qui eût exigé des mesures de précautions supplémentaires. Il n'a pas davantage établi que l'incendie fût attribuable au grippage des robinets d'essence — défaut qui n'est d'ailleurs pas imputable à la défenderesse — ou à la défectuosité d'une soupape. La cause de l'incendie est restée incertaine. Rien, en tout cas, ne permet de tenir pour avéré que le mécanicien aurait dû redouter une explosion ou un retour de flammes et prendre des mesures particulières pour parer à ce danger ; rien ne permet non plus de dire qu'en agissant comme le demandeur l'indique, Miesch aurait pu empêcher le dommage de se produire.

2. — Appliquant l'art. 376 al. 1 et 2 CO, le Tribunal cantonal a laissé la perte de la voiture à la charge du demandeur, maître de l'ouvrage, parce qu'il en avait fourni la « matière ».

Le demandeur fait observer que l'ouvrage a péri avant que le maître en eût pris possession ou eût été en demeure d'en prendre livraison, ce qui, conformément au premier alinéa de l'art. 376, met les risques à la charge de l'entrepreneur. Quant au second alinéa, il vise les matériaux ou autres substances corporelles qui ont servi pour exécuter l'ouvrage, soit par ex., les nouvelles soupapes placées dans le moteur. Cette interprétation paraît trop restrictive (cf. RO 50 II p. 514). Le texte légal et le système de la loi ne s'opposent point à ce que par « matière fournie » on puisse aussi entendre l'automobile même confiée par le maître de l'ouvrage à l'entrepreneur pour qu'il la remette en état.

Dès lors, et dans l'hypothèse d'un cas fortuit, la perte de la voiture est à la charge de son propriétaire, le deman-

deur, en vertu du principe « res perit domino » consacré par le second alinéa de l'art. 376. Les mots un peu ambigus : « dans ce cas » se rapportent en effet au « cas fortuit » visé par le premier alinéa (cf. le texte italien de l'art. 376 al. 2 : « La perdita della materia così perita è a carico del contraente che l'ha fornita » ; ROSSEL, Manuel 4^e éd. p. 458 ; BECKER, rem. I ad art. 376 ; FUNK, rem. I ad art. 376 ; OSER, rem. I ad art. 376 ; MARTIN, Commentaire du CO II, des contrats, p. 252, écrit : « Si l'ouvrage a péri par cas fortuit avant l'acceptation, sans que le maître fût en demeure, l'entrepreneur qui a fourni la matière n'a aucune réclamation à présenter de ce chef ; il en est de même du maître s'il a fourni la matière » ; arrêt *Allidi c. Cattori*, RO 50 II p. 514, JdT 1925, p. 98). C'est d'ailleurs aussi l'opinion du demandeur.

D'autre part, le maître n'ayant pas été en demeure de prendre livraison de l'ouvrage, c'est à bon droit que le Tribunal cantonal, en conformité du premier alinéa de l'art. 376, n'a point alloué à la défenderesse le prix des travaux exécutés le jour où la machine a péri. Quant au surplus de la réclamation reconventionnelle, le juge du fait constate de manière à lier le Tribunal fédéral que la défenderesse a prouvé avoir effectué pour le compte du demandeur les travaux indiqués par elle dans ses factures.

On ne pourrait arriver à une autre solution que s'il était établi que la destruction de la voiture est due à une défectuosité dont la défenderesse devrait répondre. Il n'en est pas ainsi. La voiture a été vendue d'occasion et cela non par la défenderesse, mais par la Société de vente des automobiles « Martini », à Zurich, qui est tout à fait distincte de la Société de St-Blaise. Puis elle a été utilisée pendant tout l'été par le demandeur. On ne voit donc pas comment l'état défectueux de la machine pourrait être mis à la charge de la défenderesse, du moment qu'elle avait apporté tous les soins voulus à la revision du moteur. C'est le demandeur seul qui devrait supporter les conséquences de l'usure de sa machine, si cette défectuosité

était en relation de cause à effet avec la perte de la voiture. Mais il n'est pas nécessaire d'examiner ce point puisque le cas fortuit libère déjà la défenderesse des fins de la demande et que, d'autre part, la Société Martini n'a pas invoqué le dernier alinéa de l'art. 376 CO.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

rejette le recours et confirme le jugement attaqué.

IV. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

10. Urteil der I. Zivilabteilung vom 25. Januar 1933 i. S. Käch und Beer gegen Dietrich.

Ein Haupturteil im Sinne des Art. 58 OG liegt nicht vor, wenn der kantonale Strafrichter im Adhäsionsverfahren die Schadenersatzpflicht grundsätzlich bejaht und den Schaden in Prozentsätzen verteilt, die Bemessung seiner Höhe aber auf den Zivilweg verwiesen hat.

A. — Durch Urteil vom 24. Juni 1932 hat die Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern im Appellationsverfahren unter teilweiser Abänderung des Erkenntnisses des Amtsgerichts Erlach vom 22. März 1932 in der Strafsache wegen Misshandlung gegen Fritz Heinrich Wenker, Emil Dietrich-Grossenbacher, Walter Beer und Robert Käch-Otter den Fritz Heinrich Wenker freigesprochen, den Emil Dietrich der Misshandlung des Robert Käch, den Walter Beer der Misshandlung des Emil Dietrich und den Robert Käch der Misshandlung des Paul Bönzli und des Emil Dietrich schuldig, den Emil Dietrich aber trotzdem straflos erklärt und Beer und Käch unter bedingtem Straferlass zu Gefängnisstrafen verurteilt; in Bezug auf den Zivilpunkt ist erkannt worden, dass Beer dem Dietrich 25 % von dessen Schaden unter Solidarität

mit Käch für weitere 25 % und dass Käch dem Dietrich ebensoviel und ebenfalls unter Solidarität für weitere 25 % mit Beer zu ersetzen habe; im übrigen wurden Dietrich und die Angeschuldigten Beer und Käch zur Festsetzung der Höhe des von Dietrich geforderten Schadenersatzbegehrens an den Zivilrichter verwiesen.

B. — Gegen dieses Urteil haben Beer und Käch, soweit es den Zivilpunkt betrifft, die Berufung an das Bundesgericht ergriffen; Käch hat vollständige Abweisung der Forderung des Dietrich beantragt, Beer desgleichen, eventuell aber Abweisung hinsichtlich der Folgen der Knieverletzung.

C. — Emil Dietrich hat sich der Berufung angeschlossen und den Antrag gestellt, die Berufungskläger und Anschlussberufungsbeklagten seien pflichtig zu erklären, ihm zusammen 60 % seines Schadens zu ersetzen, je unter Solidarität für 30 %.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Das angefochtene Urteil der Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern im Zivilpunkt ist kein Haupturteil im Sinne des Art. 58 Abs. 1 OG. Das Bundesgericht hat schon am 7. Februar 1928 i. S. Erni und Zeerleder gegen Bär und Konsorten (BGE 54 II S. 48 ff.) gefunden, dass ein Straferkenntnis — es handelte sich ebenfalls um ein Urteil der Strafkammer des bernischen Obergerichtes —, das die adhäsionsweise geltend gemachte Schadenersatzforderung grundsätzlich bejaht, die Festsetzung der Entschädigung aber einem besonderen Verfahren vorbehält, kein Haupturteil sei. Nach Art. 58 OG soll im Interesse der Vereinfachung des Verfahrens und der Kostenersparnis die Berufung an das Bundesgericht grundsätzlich nur einmal und daher erst in dem Stadium des Prozesses ergriffen werden können, in welchem die Streitsache dem Berufungsrichter in ihrem ganzen an sich berufungsfähigen Umfang unterbreitet werden kann; die Erledigung des Streitverhältnisses im kantonalen Urteil muss also in