

bezieht sich ausdrücklich nur auf die durch die neue TO allgemein verbindlich geordneten Verhältnisse. Die Anstellungsverhältnisse des Hotelpersonals sind somit, mit Ausnahme des Trinkgeldwesens, arbeitsrechtlich nicht geordnet. Das Hotelpersonal genießt auch, abgesehen von der Ruhetagsgesetzgebung, keinen besondern strafrechtlichen Schutz gegen schlechte Behandlung und Ausbeutung. Bei dieser Sachlage besteht für die Union Helvetia keine Rechtspflicht, sich mit Bezug auf diese Arbeitsverhältnisse wirtschaftlicher Kampfmittel zu enthalten. Ein Boykott, der sich auf diese Verhältnisse bezieht, wird namentlich nicht deswegen widerrechtlich, weil er in bezug auf das Trinkgeldwesen unzulässig ist. Nur dann könnte ein Boykott, der sich gegen die schlechte Behandlung des Personals richtet, beanstandet werden, wenn das gesteckte Ziel oder die Mittel rechtswidrig oder unsittlich wären; wie in Erw. 2 dargelegt wurde, trifft dies im vorliegenden Fall nicht zu.

Nach den vorliegenden Umständen hat die streitige Sperre ihren Sinn nicht verloren, wenn die Trinkgeldfrage beiseite gelassen wird. Sie hat selbständige Bedeutung, auch wenn sie nur die Behandlung des Personals zum Gegenstand hat. Der Umstand, dass die Union Helvetia wegen der Verletzung der TO keinen Boykott hätte auslösen dürfen, ist daher für die Beurteilung der Klage unerheblich. Die Sperre ist gleichwohl nicht widerrechtlich. Deshalb kann weder das Begehren auf Widerruf der Sperre, noch jenes auf Schadenersatz und Genugtuung gutgeheissen werden. Erwägen liesse sich einzig, ob, in teilweiser Gutheissung des Publikationsbegehrens eine Veröffentlichung anzuordnen sei mit dem Inhalt, dass die Beklagten zu Unrecht eine Sperre wegen der Verletzung der TO verhängt haben. Allein der Kläger hätte an einer solchen Veröffentlichung kein Interesse. Zu einer Veröffentlichung bestände zudem nur dann Anlass, wenn die von der Union Helvetia veröffentlichte Aufforderung unrichtig gewesen wäre. Das war jedoch nicht der Fall; insbesondere ändert der Umstand,

dass die Union Helvetia zum Teil unrichtig vorging, nichts an der Tatsache, dass sich der Kläger « fortgesetzter Trinkgeldhinterziehungen » schuldig gemacht hat.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 17. Dezember 1942 bestätigt.

**16. Arrêt de la 1<sup>re</sup> Section civile du 23 février 1943  
dans la cause D. contre Confédération suisse et Etat de Vaud.**

*Différend de droit civil:* Rapports des art. 48 OJ et 17 JAD.

*Domages résultant d'accidents survenus pendant le service actif:*

L'ACF du 29 mars 1940 établit à la charge de la Confédération une responsabilité causale pour les dommages subis par les civils du fait d'accidents survenus au cours du service actif, même lorsque ce service ne consiste pas dans des « exercices militaires » (art. 27 ss. OM). Cette responsabilité n'existe que dans les cas où le danger spécifique de l'activité et des installations militaires a joué un rôle comme facteur causal du dommage.

L'art. 58 CO peut, le cas échéant, s'appliquer à défaut de l'art. 1<sup>er</sup> de l'ACF du 29 mars 1940.

L'art. 2 de l'ACF du 29 mars 1940 exclut, dans certains cas particuliers, la responsabilité spéciale créée par l'art. 1 dudit ACF. Mais dans le cas de dommages causés par des mesures militaires prises pour assurer la sécurité du pays, la responsabilité qui pourrait découler du droit privé et notamment de l'art. 58 CO subsiste lorsque le danger spécifique inhérent à ces mesures n'a pas joué de rôle comme facteur causal du dommage.

*Zivilrechtliche Streitigkeit:* Verhältnis von Art. 48 OG zu Art. 17 VDG.

*Schäden aus Unfällen während des Aktivdienstes:* Der BRB vom 29. März 1940 begründet eine Kausalhaftung der Eidgenossenschaft für Schäden von Zivilpersonen aus Unfällen infolge des Aktivdienstes, auch wenn dieser nicht den Charakter von « militärischen Übungen » (Art. 27 ff. MO) hat; der Unfall muss aber auf die spezifische Gefahr des militärischen Betriebes oder der militärischen Anlage zurückzuführen sein.

Werkhaftung, Art. 58 OR, wird durch das Fehlen einer Haftung gemäss Art. 1 BRB vom 29. März 1940 nicht ausgeschlossen.

Art. 2 BRB vom 29. März 1940 hebt in bestimmten besonderen Fällen die durch Art. 1 geschaffene Spezialhaftung auf. Wird aber durch militärische Massnahmen zur Sicherheit des Landes ein Schaden verursacht, der nicht eine Auswirkung der der betreffenden Massnahme innewohnenden spezifischen militärischen Gefahr darstellt, so bleibt eine allfällige aus dem Privatrecht, insbes. Art. 58 OR sich ergebende Haftung bestehen.

*Contestazione di diritto civile* : rapporto tra l'art. 48 OGF e l'art. 17 GAD.

*Danni risultati da infortuni durante il servizio attivo* : Il DCF 29 marzo 1940 prevede a carico della Confederazione una responsabilità causale per i danni subiti da civili a dipendenza d'infortuni durante il servizio attivo, anche se questo servizio non consiste in « esercizi militari » (art. 27 e seg. OM). Questa responsabilità esiste però soltanto nel caso in cui il pericolo specifico dell'attività e degli impianti militari entri in linea di conto come fattore causale del danno.

Eventualmente, è applicabile l'art. 58 CO, se la responsabilità non può essere fondata sull'art. 1 del DCF 29 marzo 1940.

L'art. 2 del DCF 29 marzo 1940 esclude in certi casi particolari la responsabilità speciale creata dall'art. 1. Se però misure militari prese per la sicurezza del paese causano un danno che non è l'effetto del pericolo specifico inerente ad esse, esiste un'eventuale responsabilità basata sul diritto privato, specialmente sull'art. 58 CO.

#### *Résumé des faits :*

Au lieu dit P., la route qui va de M. à E. fait une courbe très prononcée à peu près en forme de demi-cercle. A l'endroit où le ruisseau la traverse obliquement, c'est-à-dire à peu près au milieu de la courbe, la route est construite en remblai sur une canalisation. Le long du ruisseau, les autorités militaires ont fait construire, en 1939, des chambres de mines, dont deux se trouvent sur la chaussée elle-même. Les travaux ont été terminés en novembre 1939. Les trous d'homme des puits de mines étaient fermés chacun par une plaque métallique encastrée dans la face supérieure de l'ouvrage. Cette face affleurant la route était horizontale, carrée et taillée à vives arêtes obliquement par rapport à l'axe médian de la route (45°).

Le 26 août 1940, vers 20 h. 30, Demoiselle D. se rendait de M. à E. à bicyclette. Elle avait allumé son phare, mais il ne faisait pas encore tout à fait nuit lorsqu'elle arriva à P. Là, son véhicule heurta de la roue avant le puits de mine construit sur l'axe de la route, côté M. Elle tomba et se fit, outre des blessures superficielles, une plaie contuse avec fracture ouverte de l'index gauche.

Demoiselle D. a subi, du fait de cet accident, un préjudice permanent, dont la nature résulte de deux certificats médicaux produits en cours d'instance. Le premier fixe

l'invalidité permanente à 9 ou 10%, le second à 8% seulement.

Le 18 septembre 1941, Demoiselle D. a ouvert devant le Tribunal fédéral une action en dommages-intérêts contre la Confédération suisse et l'Etat de Vaud.

#### *Extrait des motifs :*

1. — Il s'agit, en l'espèce, d'une demande en dommages-intérêts formée par un particulier contre la Confédération suisse, d'une part, et contre le Canton de Vaud, d'autre part. La compétence du Tribunal fédéral est certaine, mais elle pourrait découler soit de l'art. 48 ch. 2 et 4 OJ, la valeur litigieuse étant supérieure à 4000 fr. (6691 fr. 80 en principal), soit de l'art. 17 JAD. Dans le premier cas, la 1<sup>e</sup> Section civile devrait être saisie et, dans le second cas, la Chambre de droit administratif (art. 4 ch. 1 et art. 3 ch. 12 du Règlement pour le Tribunal fédéral suisse, du 26 novembre 1928).

Selon la jurisprudence constante, la notion de différend de droit civil, telle que la fixe l'art. 48 OJ, est une notion historique, plus large que celle actuellement admise par la doctrine. Elle comprend des litiges que l'on ferait rentrer aujourd'hui dans la catégorie du droit public et recouvre de ce fait partiellement la notion de demande formée en vertu du droit public fédéral, telle qu'on la trouve à l'art. 17 JAD. Mais cet article, à titre de disposition spéciale, l'emporte en cas de conflit (RO 66 I 305, consid. 2 ; 67 I 293, consid. 1). Il faut donc examiner, non seulement si la présente demande est régie par l'art. 48 OJ, mais encore si l'application de l'art. 17 JAD est exclue. C'est la nature du droit litigieux qu'il faut prendre en considération dans cet examen.

Constituent notamment et en général des différends de droit civil régis par l'art. 48 OJ ceux qui portent sur des demandes en dommages-intérêts formées contre l'Etat, même lorsque les dommages résultent d'actes accomplis par l'Etat dans l'exercice de la puissance

publique (RO 47 II 73, consid. 1). Les demandes en dommages-intérêts en raison des dommages causés par les ouvrages dont l'Etat est le maître rentrent donc dans cette catégorie. Elles se jugent du reste, dans le cas normal, selon l'art. 58 CO.

En l'espèce, cependant, la Confédération excipe de l'art. 2 de l'ACF du 29 mars 1940 concernant le règlement des prétentions pour dommages résultant d'accidents survenus pendant le service actif (appelé ci-dessous par abréviation ACF du 29 mars 1940), qui, à ses dires, exclurait sa responsabilité. Cependant, la présente demande n'apparaît pas, de ce fait, formée en vertu du droit public fédéral (art. 17 JAD). Elle n'appelle pas non plus l'application de l'art. 7 de l'ACF du 29 mars 1940, d'après lequel le Tribunal fédéral connaît en instance unique selon l'art. 17 JAD des demandes d'indemnité formées à la suite de la mort de civils ou de blessures causées à des civils : De toute façon, l'art. 17 JAD n'est pas applicable, en l'espèce, dans la mesure où l'action est dirigée contre le Canton de Vaud, puisque cet article ne vise que les actions formées « par la Confédération ou contre elle ». De plus et dans le cas même où la demande dirigée contre la Confédération devrait être rejetée de par l'ACF du 29 mars 1940, il ne suffirait pas au juge d'interpréter cet arrêté et, en général, le droit public de la Confédération, il lui faudrait encore en déterminer les relations avec l'art. 58 CO. Ce ne sont donc pas essentiellement des questions de droit public qui se posent en l'espèce, de telle sorte que l'art. 17 JAD n'est pas applicable.

2. — La Confédération allègue que les conclusions prises contre elle par la demanderesse doivent être rejetées en vertu de l'art. 2 de l'ACF du 29 mars 1940. Il faut donc examiner tout d'abord si cet arrêté est applicable dans la mesure où la présente demande en dommages-intérêts vise la Confédération.

L'art. 1<sup>er</sup> dudit arrêté prévoit que « les art. 27 à 29 de l'organisation militaire de 1907 sont applicables par

analogie aux prétentions nées, pendant le présent service actif, du fait de la mort de civils ou de blessures causées à des civils, ainsi qu'aux dommages à la propriété résultant d'accidents ». Les art. 27 à 29 OM règlent la responsabilité de la Confédération pour les dommages causés par les « exercices militaires ». Ils établissent une responsabilité causale qui se justifie par le danger spécifique que les exercices militaires font courir aux civils. C'est pourquoi cette responsabilité n'existe que dans le cas où le dommage est causé par des faits ou des actes qui non seulement ont été déterminés par des exercices militaires, mais encore présentent le caractère spécifiquement dangereux propre à ces exercices.

L'ACF du 29 mars 1940, à son art. 1, étend cette responsabilité aux dommages subis par des civils (mort, blessures, dégâts aux choses) du fait d'accidents survenus au cours du service actif, même si ce service ne consiste pas dans des « exercices militaires ». Il établit donc, de même que les art. 27 ss. OM, une responsabilité causale que seul le caractère spécifiquement dangereux de l'activité et des installations militaires peut justifier (RO 68 I 39, consid. 3).

En l'espèce, cependant, le danger spécifique que créent les installations de mines prévues pour la destruction d'ouvrages notamment n'a joué aucun rôle comme cause du dommage subi par la demanderesse. Ce danger réside essentiellement dans les risques d'inflammation et de déflagration et dans les effets directs ou indirects de cette déflagration. Il n'existait pas en l'occurrence. Il aurait pu résider aussi dans certaines particularités de la construction elle-même, particularités qu'auraient pu imposer les besoins militaires. Mais il n'en était pas ainsi : Pour assurer la destruction du passage, il était sans importance aucune que les arêtes de la maçonnerie fussent obliques ou parallèles et perpendiculaires par rapport à l'axe de la route, que la face supérieure de la maçonnerie et le couvercle de fonte fussent horizontaux ou inclinés suivant

le dévers de la route et enfin que le raccord entre l'ouvrage et la chaussée fût parfait ou laissât le béton dépasser de quelques centimètres. Enfin, on ne saurait alléguer, en l'espèce tout au moins, que le danger spécifiquement militaire se traduisait en ce que ces ouvrages étaient construits selon des plans d'un type fixe et fréquemment avec une hâte que commandaient les circonstances. Même si les puits de mines ont été construits selon des plans types, on pouvait néanmoins adapter les particularités non essentielles de l'ouvrage aux circonstances locales. De plus, l'installation de P. a été construite en un mois, ce qui n'est point extraordinaire et ne prouve nullement l'urgence. L'autorité militaire a même pris le temps de confier les travaux à un ingénieur civil et à un entrepreneur privé.

En définitive, l'accident et le dommage sur le fondement desquels la demanderesse actionne la Confédération auraient pu se produire dans la vie civile d'une manière identique, en dehors de toute intervention de l'armée, par exemple du fait d'une bouche à eau du type courant, d'un puits d'écoulement ou d'un regard pour câble téléphonique souterrain. Il suit de là que la responsabilité causale de la Confédération, telle que la prévoit l'art. 1<sup>er</sup> de l'ACF du 29 mars 1940, n'existe pas en l'espèce.

Mais on ne saurait en conclure que toute espèce de responsabilité est exclue et que, notamment, la Confédération ne saurait être recherchée en vertu de l'art. 58 CO. Lorsque les art. 27 ss. OM ne sont pas applicables à titre de loi spéciale, l'art. 58 CO peut, le cas échéant, servir à fonder une demande en dommages-intérêts contre la Confédération. Il en va de même lorsque l'art. 1<sup>er</sup> de l'ACF du 29 mars 1940 ne s'applique pas, bien que le service actif ait été l'occasion du dommage. En effet, cette règle n'a pour fonction que d'étendre sensiblement la responsabilité spéciale de la Confédération, telle que l'avait créée l'OM. Rien ne permet d'admettre qu'elle exclue en même temps l'application subsidiaire de l'art.

58 CO, application admissible sous l'empire des art. 27 ss. OM.

Cependant, la Confédération allègue que sa responsabilité serait totalement exclue par l'art. 2 de l'ACF du 29 mars 1940. Cette disposition prévoit que les règles spéciales établies par ledit ACF ne sont pas applicables dans certains cas déterminés, où des nécessités militaires impérieuses doivent seules dicter les mesures que prend l'armée, à savoir le cas de guerre et celui des mesures militaires prises pour assurer la sécurité du pays ou maintenir l'ordre et la tranquillité à l'intérieur. L'art. 2 ne fait donc qu'exclure, dans les cas particuliers qu'il vise, la responsabilité spéciale de la Confédération créée par les art. 27 ss. OM et étendue par l'art. 1<sup>er</sup> de l'ACF du 29 mars 1940. Il ne touche, en revanche, ni par sa lettre, ni par sa portée générale, à la responsabilité de la Confédération dans la mesure où elle découlerait, non pas des règles spéciales précitées, mais du droit privé et notamment de l'art. 58 CO.

3. — Il n'en reste pas moins que, par l'art. 2 de l'ACF du 29 mars 1940, le Conseil fédéral a entendu supprimer la responsabilité spéciale de la Confédération dans le cas de dommages causés par des installations militaires permanentes telles que les chambres de mines par exemple ou les barrages antichars. En effet, les « mesures militaires prises pour assurer la sécurité du pays » peuvent, en principe, consister non seulement dans des activités ou dans des faits, mais encore dans des ouvrages et notamment dans des installations défensives permanentes, telles que des barrages antichars ou des chambres de mines. Cette interprétation se justifie par le caractère tout à fait particulier de ces ouvrages. Et l'on peut se demander si ce caractère n'appellerait pas, même en l'absence de toute disposition expresse, vu les nécessités de la défense nationale, l'exclusion non pas seulement de la responsabilité spéciale — exclusion prévue par l'art. 2 de l'ACF du 29 mars 1940, — mais de toute espèce de

responsabilité dont la Confédération pourrait être chargée à un titre quelconque et notamment de celle qui découle de l'art. 58 CO (cf. Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, 1939, Nos 72 et surtout 73). La question, cependant, peut rester ouverte, en l'espèce; même si l'on admettait cette exclusion d'une manière générale, elle ne serait pas justifiée dans les cas où, comme dans la présente espèce, les installations permanentes ne servaient pas effectivement et directement à leur destination spéciale lors de l'accident et où, de plus, aucun risque spécifiquement militaire n'a joué de rôle comme facteur causal du dommage. Ainsi, la responsabilité de la Confédération serait peut-être totalement exclue dans le cas où une mine, prévue pour détruire un ouvrage et chargée pour prévenir une attaque possible, ferait explosion fortuitement et causerait des dommages, ou encore dans le cas où des barrages antichars provoqueraient un accident à un moment où ils seraient en usage et serviraient effectivement à barrer un passage quelconque. Mais on ne voit pas, en revanche, comment on pourrait justifier l'exclusion totale de la responsabilité incombant à la Confédération dans un cas où la chambre de mine qui a provoqué un dommage n'était pas chargée et où, par surcroît, aucune des particularités qui ont joué un rôle comme cause de l'accident n'était nécessitée ou justifiée par des besoins militaires (v. ci-dessus, consid. 2). Dans un tel cas, on ne saurait écarter, en principe, l'application de l'art. 58 CO; selon la jurisprudence constante suivie en ces matières, la Confédération répondra éventuellement comme maître de l'ouvrage, car les installations militaires qui ont causé le dommage, bien qu'ayant le caractère de mesures prises pour assurer la sécurité du pays, ne se distinguent pas des installations habituelles créées pour les besoins civils et construites sur les routes et passages ouverts à la circulation publique.

Le bien-fondé de cette solution apparaît clairement si l'on considère que les constructions exécutées en vue de

la défense nationale et telles que les barrages antichars et les chambres de mines continueront d'exister en grand nombre après la fin du service actif et l'abrogation de l'ACF du 29 mars 1940. Supposé que la responsabilité de la Confédération soit totalement exclue dès lors que le dommage a été causé par une mesure militaire prise pour assurer la sécurité du pays, celui qui, après la fin du service actif, subirait un dommage causé par une chambre de mine, par exemple, ne pourrait actionner la Confédération, alors même que les particularités essentiellement militaires de l'ouvrage n'auraient joué aucun rôle dans l'accident. Une telle solution serait tout particulièrement choquante. Le problème, au surplus, se présentait de même pour les constructions analogues qui existaient déjà avant la mobilisation pour le service actif.

17. Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. April 1943 i. S. Migros A.-G. gegen Andalpin A.-G.

*Art. 119 OR. Teilungsmöglichkeit.* Ist es beim Gattungskauf unmöglich geworden, die Ware in der vereinbarten Qualität zu liefern, so wird der Schuldner nur insofern befreit, als er die Ware bloss in der noch möglichen geringern Qualität der gleichen Gattung zu liefern hat.

*Art. 119 CO. Impossibilité partielle de la prestation.* Si, dans une vente de choses déterminées par leur genre, il n'est plus possible de livrer la qualité stipulée, le débiteur n'est libéré de son obligation qu'en ce sens qu'il n'est plus tenu de fournir que la qualité inférieure encore existante dans le genre convenu.

*Art. 119 CO. Impossibilità parziale della prestazione.* Se, nel caso di una vendita di cose determinate dal loro genere, non è più possibile di fornire la qualità pattuita, il debitore è liberato dalla sua obbligazione nel senso che è semplicemente tenuto a fornire la qualità inferiore ancora esistente nello stesso genere.

A. — Die Beklagte, die Migros A.-G. in Zürich, kaufte am 25. Juni 1941 von der Klägerin, der Andalpin A.-G. in Zürich, 1000 Kisten zu je 10 Büchsen Aprikosenmark « Extra », Marke « La Torrentina », zum Preise von Fr. 43.50 pro Kiste, franko spanische Grenze. Sie liess