

Aber auch der hinter dem Kaufvertrag versteckte, dem wirklichen Parteiwillen entsprechende Vertrag ist nichtig, weil er nicht öffentlich beurkundet ist und nach der oben erwähnten Rechtsprechung des Bundesgerichtes die Erfüllung der Form für den simulierten Vertrag die für das dissimulierte Geschäft erforderliche Form nicht zu ersetzen vermag. Ist mithin der Kaufvertrag wegen Simulation, der sogenannte Treuhandvertrag mangels Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Form nichtig, so entbehrt die Eigentumsübertragung des gültigen Rechtsgrundes, dessen sie als kausaler Rechtsakt bedarf. Sie ist daher ebenfalls nichtig.

Ist somit das Eigentum an den streitigen Liegenschaften trotz dem vorgenommenen Grundbucheintrag beim Kläger verblieben, so ist dieser gemäss Art. 975 ZGB befugt, die Berichtigung des mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang stehenden Grundbucheintrags und die Feststellung seines Eigentums zu verlangen.

4. — Es könnte sich fragen, ob dem Beklagten der sich auf Simulation stützenden Klage gegenüber nicht die Einrede der Arglist zu Gebote stünde. Das Bundesgericht hat nämlich schon wiederholt entschieden, wenn bei einem Liegenschafts Kauf ein niedrigerer Kaufpreis als der wirklich vereinbarte verurkundet werde, so könne nach erfolgter Erfüllung des Geschäftes keine Partei sich auf Simulation und daraus folgende Ungültigkeit der Eigentumsübertragung berufen, da dies gegen Treu und Glauben verstiesse (BGE 50 II 148). Selbst wenn man jedoch an dieser Auffassung grundsätzlich festhalten wollte, so stünde dies einem Schutz der vorliegenden Klage nicht entgegen. Denn hier verhält es sich nicht so, dass zwischen den Parteien Übereinstimmung bestünde über Inhalt und Tragweite der zwischen ihnen im Jahre 1931 abgeschlossenen Vereinbarungen und lediglich die Frage der Simulation streitig wäre. Vielmehr gehen die Auffassungen der Parteien über die erwähnten Punkte gerade auseinander, indem nach der Darstellung des

Klägers eine zeitlich beschränkte Eigentumsübertragung gewollt war, während der Beklagte behauptet, diese habe einen definitiven Charakter haben sollen. Unter diesen Umständen kann die Berufung des Klägers auf einen der Eigentumsübertragung anhaftenden Formmangel nicht als missbräuchlich angesehen werden. Zudem hat der Beklagte die Einrede der Arglist gar nicht erhoben.

24. Arrêt de la 1^{re} Cour civile du 22 mai 1945 dans la cause
Schneider et Rey contre Haymoz.

Art. 50 CO.

Celui qui improvise un tir à balles dangereux, sans prendre de précautions, se rend solidairement responsable du dommage accidentel causé à un tiers par un participant au tir (consid. 2).
L'aubergiste qui tolère dans son établissement un état de choses dangereux (tir à balles improvisé) engage sa responsabilité délictuelle en cas d'accident (consid. 3).
Il engage aussi sa responsabilité contractuelle, étant tenu de mettre les consommateurs à l'abri du danger ; ces deux responsabilités peuvent se cumuler (consid. 4).

Art. 50 OR.

Wer ein gefährliches Scheibenschiessen improvisiert, ohne Vorsichtsmassregeln zu treffen, haftet solidarisch für den Unfallschaden, der durch einen Teilnehmer am Schiessen einem Dritten zugefügt wird (Erw. 2).
Der Wirt, der in seinem Unternehmen einen gefährlichen Zustand (improvisiertes Scheibenschiessen) duldet, haftet bei Unfall aus unerlaubter Handlung (Erw. 3).
Er haftet überdies aus Vertrag, da er verpflichtet ist, seine Gäste vor Gefahr zu schützen ; Kumulation beider Haftungsgründe ist möglich (Erw. 4).

Art. 50 CO.

Chi improvvisa un tiro a segno senza le cautele richieste dalle circostanze è solidalmente responsabile del danno cagionato ad un estraneo da un partecipante al tiro (consid. 2).
L'oste che colposamente tolleri nel suo ristorante uno stato di cose pericoloso (nella specie, un tiro a segno improvvisato nel giardino) è responsabile *ex delicto* in caso d'evento dannoso (consid. 3).
Egli è pure responsabile *ex contractu*, essendo nell'obbligo di preservare gli avventori dal pericolo. Le due responsabilità (aquiliana e contrattuale) possono coesistere : concorso di azioni (consid. 4).

A. — Le dimanche 3 août 1941, une troupe théâtrale d'amateurs, composée de militaires et de civils, décida

de faire une répétition en plein air. Elle se réunit à 10 h. du matin à Fribourg où elle prit une première consommation. Puis elle se mit en route pour Villars-sur-Glâne. Treize personnes en faisaient partie, soit huit militaires dont un officier, le lieutenant Michel Schneider, et cinq civils dont trois demoiselles. Les acteurs firent une halte chez des parents de l'officier, qui leur offrirent un apéritif. Vers midi et demi, ils arrivèrent à destination et s'installèrent pour pique-niquer dans le jardin de l'Auberge de la Glâne. L'aubergiste leur servit trois litres de fendant, suivis de trois autres litres au cours de l'après-midi. Le repas se termina par des cafés avec liqueurs.

Au lieu de répéter la pièce de théâtre, la troupe accepta la proposition d'organiser un tir au pistolet-flobert faite au Lt. Schneider par le soldat complémentaire André Banfi, qui avait apporté l'arme, des cartouches de 6 mm. et des cibles. Une cible fut fixée à un sapin au fond du jardin, bordé de ce côté-là par le ravin abrupt et profond de la Glâne. Les tireurs se postèrent à 10 m. Banfi et Schneider ouvrirent ce match improvisé auquel participèrent la plupart des membres de la troupe, notamment deux demoiselles qui n'avaient jamais tiré.

Après avoir eu son tour, l'un ou l'autre tireur se rendait dans une salle de l'auberge où l'on dansait.

Pendant le tir contre la cible, quatre jeunes gens de Fribourg, parmi lesquels Louis Haymoz, âgé de dix-huit ans, s'assirent à une table se trouvant à huit mètres environ à droite des tireurs, légèrement en arrière.

Le tir durait depuis près d'une heure, lorsque le Lt Schneider prit pour objectif les verres et les bouteilles placés sur la table du pique-nique, à six mètres au plus en face des tireurs. Ces buts étaient aussi plus près des quatre jeunes gens. L'exemple donné par Schneider fut imité par plusieurs de ses camarades, y compris une demoiselle. Au bout d'un quart d'heure environ de ce jeu, une balle tirée par André Banfi fit ricochet sur un verre et vint atteindre Louis Haymoz à l'œil droit. La

victime reçut rapidement des soins médicaux, mais la perte fonctionnelle totale de l'œil ne put être empêchée.

Traduit devant le Tribunal militaire de la 1^{re} division, Banfi fut condamné à dix jours d'emprisonnement avec sursis pour lésions corporelles causées par imprudence.

B. — Le 18 novembre 1941, Haymoz actionna Schneider et Rey solidairement devant le Tribunal de la Sarine en paiement de la somme de 38 813 fr. 50 avec intérêt à 5 % dès le 3 août 1941, sous réserve de plus amples frais de traitement et de la revision du jugement pendant deux ans.

Les défendeurs ont conclu au rejet de la demande et subsidiairement à la fixation d'un certain ordre des responsables, André Banfi étant recherché en premier lieu.

Le 23 mars 1944, le Tribunal condamna chacun des défendeurs à payer au demandeur la somme de 34 558 fr. 50 avec intérêt à 5 % dès le 3 août 1941, le paiement fait par l'un des défendeurs éteignant la dette de l'autre et le dommage devant être supporté en définitive dans la proportion des trois quarts par Schneider et d'un quart par Rey, sous réserve d'un droit de recours éventuel contre d'autres personnes responsables.

La Cour d'appel du Canton de Fribourg a confirmé ce jugement par arrêt du 19 décembre 1944 en admettant toutefois la solidarité des deux défendeurs. Le dispositif de l'arrêt est le suivant :

« 1. Louis Haymoz est admis en principe dans les fins de ses conclusions, Michel Schneider et Elie Rey étant condamnés à lui payer solidairement la somme de 34 558 fr. 50 avec intérêt à 5 % dès le 3 août 1941.

» 2. Le droit de recours éventuel des deux défendeurs contre d'autres personnes responsables du dommage est réservé, l'un à l'égard de l'autre les défendeurs répondant de la réparation du dommage dans la proportion de 3/4 en ce qui concerne Schneider et de 1/4 en ce qui concerne Rey.

» 3. Les frais sont mis en entier à la charge des deux défendeurs solidairement, dans la même proportion quant à leurs rapports internes.

» 4. Acte est donné au demandeur de la réserve qu'il a faite pour de plus amples frais de traitement et pour la revision du jugement pendant deux ans. »

La Cour a rejeté toutes autres conclusions des parties.

C. — Les deux défendeurs ont recouru contre cet arrêt au Tribunal fédéral en reprenant leurs conclusions originaires.

L'intimé a conclu au rejet du recours.

Considérant en droit :

1. — L'auteur direct du dommage dont le demandeur réclame la réparation est André Banfi. Une balle tirée par lui a fait ricochet sur un verre et atteint irrémédiablement l'œil droit de Louis Haymoz. Banfi a reconnu sa responsabilité et, devant l'autorité militaire, s'est déclaré disposé à réparer, selon ses moyens peu considérables, le dommage causé par son imprudence. Le demandeur ne s'en contente pas ; il actionne l'un des participants au tir et l'aubergiste qu'il rend tous deux solidairement responsables de l'accident.

Le juge est ainsi appelé à dire si l'un et l'autre défendeurs sont tenus d'indemniser le demandeur et, dans ce cas, si cette obligation est solidaire. Il convient donc d'examiner successivement la responsabilité de chacun des défendeurs.

2. — Le défendeur Schneider ne peut être rendu responsable de l'accident qu'en vertu des art. 41 et sv. CO régissant les actes illicites. Bien qu'il n'ait pas tiré lui-même la balle qui atteignit le demandeur, il peut être tenu de réparer le dommage s'il a commis une faute qui en est une cause adéquate.

La proposition d'organiser un tir au pistolet-flobert avec balles de 6 mm. émanait du soldat complémentaire Banfi. Mais elle fut immédiatement acceptée et approuvée par Schneider. C'était une faute. Sans doute la troupe théâtrale n'était-elle pas soumise au régime militaire et le Lt Schneider n'y exerçait-il aucun commandement. Il n'en reste pas moins que sa qualité d'officier lui imposait des devoirs même en dehors des heures de service et lui conférait une autorité morale et de fait. On peut sans

hésiter admettre que si, au lieu de se prêter à l'improvisation d'un tir dangereux dans un jardin d'auberge accessible au public, il s'y était opposé, comme il aurait dû et pu le faire, Banfi et les autres participants n'auraient point passé outre. En agissant comme il l'a fait, le défendeur a assumé un rôle important et même prépondérant dans l'entreprise commune des plus imprudentes qui a causé le dommage ; car c'est le tir lui-même, tel qu'il était improvisé et exécuté, qui apparaît comme la véritable cause de l'accident, une balle tirée par le défendeur ayant pu atteindre le demandeur tout comme la balle tirée par Banfi. Cela est d'autant plus vraisemblable que l'accident ne s'est pas produit au cours du tir sur la cible fixée contre un arbre au fond du jardin, mais lors du tir encore plus dangereux sur les bouteilles et les verres se trouvant à une faible distance des tireurs et de tiers attablés à proximité. Le risque de ricochet sur des objets durs et lisses est particulièrement grand. Et il y a encore le danger d'éclats de verres projetés dans toutes les directions. Au dire de l'expert consulté à titre privé par le demandeur, mais dont l'avis n'a pas été écarté par la juridiction cantonale, le tir avec le pistolet utilisé le jour de l'accident exige des précautions spéciales : ciblerie enfermée et aucune personne dans son voisinage (les balles auraient pu être mortelles à 200 m.). En l'espèce, aucune mesure de prudence n'a été prise. Le demandeur affirme à la vérité qu'une sentinelle a été placée à l'entrée du jardin, mais le jugement cantonal ne constate pas ce fait et en tout cas elle n'a pas interdit à des tiers de s'asseoir dans le voisinage des tireurs et des buts. Or, ce tir extrêmement imprudent sur la verrerie, non seulement n'a pas été empêché par le défendeur qui aurait dû s'y opposer catégoriquement si une autre personne en avait eu l'idée, mais c'est lui-même qui l'a inauguré de son propre mouvement. Il a donné l'exemple en changeant de but et il a incité les autres tireurs à l'imiter en leur passant l'arme. De la sorte, il a été l'instigateur et l'organisateur de cette

seconde partie du tir. Le fait qu'il est ensuite entré dans le café et qu'il était absent au moment où le coup fatal a été tiré ne l'excuse point ; son devoir eût été de ne pas se désintéresser du jeu de massacre périlleux imaginé par lui. Par tout son comportement, il s'est rendu coupable d'une très grave imprudence qui a été sinon la cause unique, directe et immédiate de la lésion subie par le demandeur, du moins une cause adéquate et même primordiale.

Le défendeur a ainsi engagé sa responsabilité, solidairement avec Banfi et peut-être d'autres personnes dont, dans le présent procès, le Tribunal fédéral n'a pas à examiner le rôle, excepté celui du défendeur Rey (art. 50 CO). A l'égard de la victime, Schneider est tenu de réparer la totalité du préjudice.

Pour se libérer, il invoque l'arrêt du Tribunal fédéral du 14 avril 1905 dans la cause Müller contre Müller (RO 31 II 248). Suivant cet arrêt, la responsabilité solidaire n'existe pas lorsque l'auteur de l'acte qui a produit directement le dommage est connu, en sorte que Banfi pouvait seul être recherché. Mais le Tribunal fédéral n'a pas maintenu cette jurisprudence dans ce qu'elle avait d'absolu. Selon l'arrêt du 15 septembre 1931 en la cause Frick et consorts contre Suter (RO 57 II 420), la responsabilité est établie au même degré pour tous les participants à un acte illicite et cela aussi pour les conséquences de l'acte qui n'avaient été ni voulues ni prévues par certains d'entre eux ou par tous, dès qu'ils ont eu ou auraient dû avoir conscience du danger créé en commun. Lors donc que — comme ce fut le cas en l'espèce — le coup fatal a pour auteur un des participants, tous ceux qui ne pouvaient ignorer ce risque ont l'obligation de réparer le dommage, sous réserve de leurs droits de recours réciproques (art. 50 al. 2 CO). La loi ne distingue pas, par rapport au lésé, entre instigateur, auteur et complice (art. 50 al. 1^{er}). L'importance de la collaboration de chacun d'eux, la gravité de la faute n'entrent en consi-

dération que pour le règlement de compte entre les coresponsables. Il n'y a pas de motif de s'écarter de cette jurisprudence qui est d'ailleurs conforme au principe général suivant lequel celui qui crée ou maintient un état de choses dangereux pour autrui est responsable si le tiers souffre dommage.

Le défendeur Schneider ne peut échapper à cette responsabilité.

3. — Le Tribunal de la Sarine a vu dans le comportement du défendeur Rey un acte illicite indépendant de celui de Schneider faite de collaboration consciente, et il a condamné l'aubergiste tout comme l'officier à réparer la totalité du dommage, le paiement de l'un éteignant la dette de l'autre envers le demandeur. La Cour d'appel fribourgeoise, en revanche, a condamné les défendeurs solidairement.

Les juges du fait constatent que Rey avait connaissance du tir organisé et exécuté dans son jardin. Il est d'autre part établi que Rey ne s'est pas opposé à cet exercice dangereux.

Cette omission lui est imputable à faute. Indépendamment de ses obligations contractuelles qui seront encore examinées, il avait le devoir de ne pas contribuer à créer ou à maintenir dans son établissement un état de choses dont, en homme d'âge mûr et ayant fait son service militaire comme fusilier, il devait reconnaître les risques et qu'il était en mesure d'empêcher ou de faire cesser.

La présence d'un officier atténue à la vérité sa faute, mais ne saurait le disculper complètement. Il a dû voir que non seulement le tir n'était pas réglé et surveillé méthodiquement, mais qu'aucune précaution effective n'était même prise. Il n'a pu lui échapper qu'il y avait un va-et-vient des tireurs entre le jardin, la salle de danse et le café, et que le lieutenant Schneider lui non plus n'était pas constamment au jardin.

Malgré ces circonstances, le défendeur n'est pas intervenu. Son attitude passive implique une autorisation

tacite par laquelle il s'est associé à l'entreprise dangereuse, en se rendant ainsi « complice » des tireurs, suivant l'expression de l'art. 50 CO. Pour qu'il puisse y avoir collaboration consciente, il n'est pas nécessaire que les participants se concertent. Il suffit qu'ils doivent reconnaître que leurs actes ou leurs omissions sont propres à causer le dommage qui se produit ensuite. Et un fait positif peut concourir avec une omission, l'un des participants commettant une imprudence et l'autre négligeant de s'y opposer comme il le devrait.

La Cour cantonale ne considère pas comme certain que le défendeur ait eu connaissance du tir sur la verrerie. On ne peut donc dire qu'en tolérant ce jeu périlleux, le défendeur s'y soit également associé. Mais en négligeant de surveiller ou de faire surveiller ce qui se passait dans le jardin de son établissement, l'aubergiste a commis une faute qui n'est pas sans relation de causalité avec l'accident. Vu l'insouciance du danger dont faisaient preuve les tireurs — légèreté que la consommation d'alcool augmentait encore — le défendeur devait craindre des imprudences. Un changement de but notamment n'était nullement impossible ; il est notoire que les tireurs se lassent d'avoir longtemps le même objectif ; — en l'espèce, le tir sur la cible avait duré près d'une heure.

Dans l'accident du 3 août 1941, il y a un enchaînement de fautes par commission et par omission qui ont toutes concouru à causer de manière adéquate le dommage subi par le demandeur et qui, en vertu de l'art. 50 CO, obligent solidairement les défendeurs à le réparer.

Quant aux participants qui ne sont pas recherchés dans le présent procès, et qui n'ont pu dès lors faire valoir leurs moyens de défense, le Tribunal fédéral n'a pas à fixer leur responsabilité.

4. — Outre une responsabilité *ex delicto*, le défendeur Rey a engagé sa responsabilité *ex contractu*.

L'aubergiste qui reçoit un consommateur dans son établissement conclut avec lui un contrat *sui generis* (appelé

dans la terminologie allemande « Gastaufnahmevertrag ») qui l'oblige non seulement à lui offrir contre espèces des boissons et aliments de qualité correspondante, mais à les lui laisser consommer sur place, sans qu'il en résulte un préjudice pour sa santé ou son intégrité corporelle, et cette obligation n'est pas accessoire, elle est principale au même titre que les autres. Lors donc que le restaurateur ne prend pas toutes les mesures commandées par les circonstances pour assurer à ses hôtes la sécurité voulue, il n'accomplit pas ses obligations contractuelles ; il est tenu de réparer le dommage en résultant, s'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 97 CO). Or, il ressort du considérant 3 ci-dessus que Rey n'a rien fait pour empêcher l'accident de se produire.

Les moyens tirés des art. 41 et sv. et des art. 97 et sv. CO ne s'excluent pas en l'espèce et aucune disposition légale ne s'oppose à leur cumul. Le demandeur avait intérêt à établir d'abord l'inexécution du contrat qui lui assurait d'emblée la réparation du dommage de la part de l'aubergiste sans qu'il ait besoin de faire la preuve d'une faute ; il avait intérêt à établir de plus une faute extracontractuelle pour pouvoir bénéficier de la solidarité instituée par l'art. 50 CO.

5. — Pour le rapport interne entre les deux défendeurs, c'est-à-dire pour l'étendue du droit de recours de l'un contre l'autre (art. 50 al. 2 CO), la proportion de trois quarts à la charge du défendeur Schneider et d'un quart à celle du défendeur Rey correspond à la gravité des fautes imputables à chacun d'eux. Schneider a joué un rôle primordial dans l'accident et il a aggravé sa faute en méconnaissant ses devoirs d'officier.

6. — (Détermination du dommage.)

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

admet partiellement les deux recours et réforme l'arrêt cantonal dans ce sens que l'intérêt de la somme de

34 558 fr. 50 due solidairement par les défendeurs au demandeur court à partir du 1^{er} octobre 1944.

Pour le surplus, rejette les recours et confirme l'arrêt attaqué.

Vgl. auch Nr. 21, 22. — Voir aussi n°s 21, 22.

V. PROZESSRECHT

PROCÉDURE

25. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. April 1945
i. S. Flury gegen Schweiz. Metallwerke Selve & Co.

Zulässigkeit der Berufung, Art. 43 OG.

Der *Schiedsgerichtsvertrag* untersteht dem kantonalen Prozessrecht. Gegen einen Entscheid über seine Gültigkeit ist die Berufung daher nicht zulässig.

Recours en réforme, art. 43 OJ.

Le compromis arbitral étant régi par la procédure cantonale, le recours en réforme est irrecevable contre une décision sur sa validité.

Ammissibilità del ricorso per riforma, art. 43 OGF.

Il compromesso arbitrale essendo disciplinato dal diritto procedurale cantonale, il ricorso per riforma contro una decisione sulla sua validità è inammissibile.

Der Streit der Parteien dreht sich ausschliesslich um die Frage der Gültigkeit der im Vertrag vom 10. Juli 1941 enthaltenen Schiedsgerichtsklausel.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist nun aber der Schiedsvertrag nicht privatrechtlicher, sondern prozessrechtlicher Natur, da die Parteien durch ihn nicht über materielle Rechte und Pflichten verfügen, sondern lediglich die Regelung des publizistischen Rechtsschutzanspruchs bezwecken (BGE 41 II 537, 59 II 188). Ob die Schiedsklausel Gegenstand einer separaten Vereinbarung bildet oder ob sie mit dem zivilrechtlichen Hauptvertrag,

auf den sie sich bezieht, in einer einheitlichen Urkunde zusammengefasst wird und so äusserlich als Bestandteil des Hauptvertrages erscheint, ist unerheblich. Auch in diesem Falle stellt sie eine selbständige Abrede besonderer Art dar (BGE 59 I 179). Mit Rücksicht auf seine Rechtsnatur beurteilt sich die Gültigkeit eines Schiedsvertrages daher nach dem zuständigen kantonalen Prozessrecht. Dieses kann aber vom Bundesgericht als Berufungsinstanz nicht überprüft werden. Art. 43 OG erklärt vielmehr die Berufung nur zulässig wegen Verletzung des Bundesrechts. Dass die Vorinstanz die Fragen, ob die zum Vertragsschluss erforderliche Willenseinigung vorgelegen habe und ob dem Formerfordernis der Schriftlichkeit genügt sei, nach Massgabe der Bestimmungen des OR, also des Bundeszivilrechts geprüft hat, ist ohne Bedeutung. Denn die Vorinstanz hat damit lediglich die Begriffe des Bundesrechts als Inhalt des kantonalen Rechts verwendet. Eine unrichtige Auslegung derselben würde daher keine Verletzung von Bundesrecht darstellen.

VI. EISENBAHNHAFTPFLICHT

RESPONSABILITÉ CIVILE DES CHEMINS DE FER

26. Urteil der II. Zivilabteilung vom 7. Juni 1945
i. S. Spiess gegen Schweiz. Bundesbahnen.

Eisenbahnhaftpflicht, Art. 1 EHG.

Selbstverschulden eines 13jährigen Velofahrers, der bei der Annäherung an einem unbewachten Niveauübergang seine Fahrt nicht verlangsamt und sich nicht vergewissert, ob ein Zug herannahe.

Ein *konkurrierendes Verschulden der Bahn* liegt in casu

- nicht in der Duldung der Errichtung eines Gebäudes, das die Übersichtlichkeit der unbewachten Kreuzung verschlechtert,
- nicht in der Unterlassung der Anbringung einer Barriere oder einer Blinklichtanlage,
- wohl aber darin, dass der Lokomotivführer vor der unübersichtlichen Kreuzung kein genügendes akustisches Signal gegeben