

eine erhöhte Pflicht zur Beleuchtung öffentlicher Strassen und Plätze bestehen. Es handelt sich dann um eine dem allgemeinen Privatrecht nicht unterstellte Ordnung (vgl. die von der Vorinstanz zitierte Stelle in HUBERS Erläuterungen zum Vorentwurfe des ZGB II. Aufl. S. 97). Verletzt die Gemeinde diese öffentlich-rechtliche Pflicht, so kommt hinsichtlich der Rechtsfolgen, im besondern des Schadenersatzes, das kantonale öffentliche Recht zur Anwendung (Art. 59 Abs. 1 ZGB und Art. 61 OR). Für den Fall also, dass die Klägerin ein Verschulden in der Erfüllung einer besondern, durch das öffentliche Recht der beklagten Gemeinde auferlegten Beleuchtungspflicht behaupten wollte, müsste das Eintreten hierauf abgelehnt werden, weil es sich nicht mehr um Anwendung von eidgenössischem Zivilrecht handeln würde.

5. — Der Unfall wird ferner noch darauf zurückgeführt, dass die Beklagte an der Unfallstelle das Bachufer nicht habe einzäunen lassen. Nach dem in Erwägung 1 Gesagten war nun aber privatrechtlich nicht die Beklagte, sondern die Eigentümerin des Ufergrundstückes zur Einzäunung verpflichtet. Soweit für die Beklagte in dieser Hinsicht eine Verpflichtung bestand, kann sie nur eine öffentlich-rechtliche sein, aus der behördlichen Aufsichtspflicht über die Gemeindeglieder fliessend, so dass auch insoweit die bundesgerichtliche Zuständigkeit mangelt. Mit Unrecht hat sich demgegenüber die Klägerin auf Art. 61 Abs. 2 OR berufen: Die Gemeinde besorgt nicht eine « gewerbliche Verrichtung », sondern handelt in Ausübung ihrer Polizeihohheit, wenn sie einen Privaten zu gewissen Sicherheitsvorkehrungen auf dessen Grundeigentum verhält oder solche nötigenfalls an dessen Stelle trifft.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts der Kantons Luzern vom 24. Juni 1915 bestätigt.

73. Arrêt du 15 octobre 1915 dans la cause Ferrero contre Italia.

Art. 615, al. 2, CO. L'absence de référence aux statuts ne frappe pas la souscription d'actions d'une nullité absolue; le vice est couvert si le souscripteur montre par des actes concluants qu'il renonce à se prévaloir de l'irrégularité de sa souscription.

Irrégularités commises lors de la constitution de la société; effet de l'inscription au Registre du commerce. Souscription obtenue au moyen de manœuvres dolosives; validité et portée de la souscription.

A. — Le 10 décembre 1910 a été fondée à Neuchâtel, sous le nom d'« Italia », une société anonyme au capital de 100 000 fr., divisé en actions nominatives de 500 fr. La société avait pour but l'exploitation d'un commerce de vins italiens. Pour supprimer la concurrence de la maison C. Zullo, à Neuchâtel, la société « Italia » décida de l'englober dans son entreprise. Le capital fut porté à 300 000 fr..

Albert Gattino, administrateur-délégué de la société, fit d'actives démarches pour placer celles des actions nouvelles qui n'avaient pas été attribuées à Zullo. Le 15 juin 1912, il écrivit à son beau-frère, Francesco Ferrero, domicilié à Carmagnola (Italie), lui donnant différents renseignements sur la société, et l'engageant vivement à souscrire des actions pour 10 à 20,000 fr. Il l'invitait également à assister à l'assemblée du 22 juin, ou à s'y faire représenter par Gildo Gattino. Il joignait à sa lettre quatre bulletins de souscription de 5000 fr. chacun. Ferrero signa deux bulletins ainsi conçus: « Je soussigné déclare souscrire 5000 fr., soit 10 actions de 500 fr. l'une, de l'émission des nouvelles actions de la S. A. Italia. » En outre, il donnait à Gildo Gattino « pleine et entière procuration » pour le représenter à l'assemblée générale des actionnaires du 22 juin 1912. Le procès-verbal de cette assemblée constate l'approbation du

contrat conclu avec Zullo, la révision de diverses dispositions statutaires, l'augmentation du capital social, l'accomplissement des formalités légales, la souscription des actions nouvelles et la libération d'un cinquième de leur montant. Il porte entre autres la signature «pp. Francesco Ferrero, Carmagnola, Gildo Gattino».

La société a été inscrite au Registre du commerce, et son inscription publiée dans la *Feuille officielle suisse du commerce*, du 16 juillet 1912.

Aux termes de l'art. 5 des statuts, adoptés le 22 juin 1912, la partie non libérée des actions est payable en un ou plusieurs versements sur appels du Conseil d'administration. En vertu de cette disposition, Ferrero fut invité le 8 octobre 1912 à verser le second cinquième de sa souscription, soit 2000 fr. Le 23 octobre, un avocat de Turin demanda, au nom de Ferrero, des explications à la société Italia au sujet du premier versement, relevant le fait que son client n'aurait reçu ni quittance, ni certificat provisoire pour son paiement antérieur et sa souscription d'actions. La société répondit le 29 octobre que Ferrero avait versé jusqu'à ce jour 2000 fr., et elle l'invitait à nouveau à opérer le second versement. Ferrero ne s'exécuta pas malgré deux sommations successives, du 11 novembre et du 16 décembre 1912. Bientôt après, son administrateur-délégué Albert Gattino s'étant enfui, la société se trouva dans une situation critique, qui la conduisit, le 3 juin 1913, à un concordat puis à la faillite. Le 6 janvier 1913, l'avocat Lambelet, agissant au nom de la société « Italia », réclama à Ferrero le versement des 8000 fr. qu'il devait encore pour la libération intégrale de ses actions. Ferrero ne répondit pas.

B. — Le 5 février 1913, la Société a introduit contre Francesco Ferrero une demande tendant à ce qu'il plaise au Tribunal cantonal de Neuchâtel condamner le défendeur à lui payer la somme de 8000 fr., avec intérêts à 5 % dès le 1^{er} décembre 1912 pour le premier tiers de cette somme, dès le 1^{er} janvier 1913 pour le

second tiers et dès le 1^{er} février 1913 pour le dernier tiers.

Le défendeur déclina tout d'abord la compétence des tribunaux neuchâtelois, en invoquant le fait qu'il était domicilié en Italie. Le Tribunal cantonal écarta, par jugement du 3 février 1914, l'exception soulevée par le défendeur. Celui-ci conclut alors à libération des fins de la demande et réclama reconventionnellement la restitution des 2000 fr. versés. Il alléguait : Les représentants de la demanderesse, notamment Albert Gattino, l'ont trompé. Les bulletins de souscription n'ont aucune valeur, parce qu'ils ne se réfèrent pas aux statuts (art. 615, al. 2, CO). L'augmentation du capital social a été faite irrégulièrement, en particulier le $\frac{1}{5}$ des actions n'était pas versé lors de l'assemblée du 22 juin 1912, contrairement à la fausse déclaration de Gattino.

C. — Par jugement du 6 juillet 1915, le Tribunal cantonal de Neuchâtel a écarté les conclusions du défendeur et l'a condamné à payer à la société « Italia », soit à sa masse en faillite, la somme de 8000 fr., avec les intérêts réclamés.

Le Tribunal constate : le défendeur a souscrit en connaissance de cause, après avoir reçu le projet financier de la nouvelle société. Du reste, un souscripteur d'actions ne peut refuser de payer sous prétexte d'erreur ou de dol. L'absence de déclaration se référant aux statuts n'entraîne pas la nullité absolue de la souscription. Ce vice a été couvert par l'adhésion aux statuts donnée à l'assemblée du 22 juin 1912 par le représentant du défendeur. Quant aux irrégularités qui auraient accompagné la constitution de la nouvelle société, le défendeur a renoncé à s'en prévaloir. Ces prétendues irrégularités ont été d'ailleurs couvertes par l'inscription de la Société au Registre du commerce.

D. — Ferrero a interjeté, en temps utile, contre ce jugement, un recours en réforme auprès du Tribunal fédéral. Il reprend ses conclusions libératoires et reconventionnelles.

La masse défenderesse a conclu au rejet du recours et à la confirmation du jugement attaqué.

Statuant sur ces faits et considérant
en droit :

1. — On pourrait se demander à première vue si le Tribunal fédéral est compétent. Le défendeur étant domicilié en Italie, on serait tenté de considérer le droit italien comme applicable. Mais cette solution ne serait pas conforme aux principes du droit international privé. Le lieu d'exécution des obligations contractées vis-à-vis de la société anonyme est le lieu de son siège, soit, dans le cas particulier, Neuchâtel, et l'acte juridique en litige, la souscription d'actions, devait sortir ses effets en Suisse. Aussi bien, c'est le droit fédéral qui a été, sans conteste, invoqué par les parties devant l'instance cantonale. L'intention des parties était donc de faire juger d'après le droit suisse les difficultés qui se sont élevées entre elles.

2. — Pour contester sa dette vis-à-vis de la demanderesse et réclamer la restitution du montant payé, le défendeur invoque en première ligne la nullité de ses souscriptions d'actions qui ne renferment pas de « déclaration écrite se référant aux statuts » (art. 615 al. 2 CO).

Cette disposition porte en effet : « les souscriptions d'actions ne sont valablement faites que par une déclaration écrite se référant aux statuts. » Si l'on voulait s'en tenir à une interprétation littérale de ce texte, il faudrait donner raison au défendeur puisqu'il ne serait pas devenu actionnaire, faute d'avoir fait des souscriptions d'actions valables. Ces souscriptions devraient être considérées comme nulles et non avenues, et le fait que le défendeur a pris part à l'assemblée constitutive ne pourrait valider ces actes, frappés de nullité absolue.

Mais la jurisprudence n'a pas consacré cette interprétation formaliste de la loi, qui ne tient aucun compte des nécessités d'ordre pratique. Dans la cause Planfayon

contre Compagnie des Omnibus, entre autres (v. RO 33 II p. 162 cons. 2), le Tribunal fédéral a jugé que « l'absence de référence aux statuts n'entraîne pas la nullité radicale de la souscription ». Le vice résultant de cette omission peut être couvert postérieurement par le souscripteur s'il fait acte de sociétaire, par exemple en participant à l'assemblée générale. En effet, au moment de la souscription des actions, les statuts n'existent pas encore ; ce n'est que lors de l'assemblée générale qu'ils sont définitivement adoptés. En participant à cette assemblée, le souscripteur indique — plus clairement que ne le pourrait faire une référence à des statuts inexistantes contenue dans la souscription — son intention de faire partie de la société dans la forme qui lui est donnée par l'adoption des statuts.

Il n'y a pas de motif de modifier cette jurisprudence, qui tranche une question si importante de la vie pratique et qui tient compte des besoins des affaires. L'interprétation adoptée par le Tribunal fédéral est du reste conciliable avec le texte de l'art. 615 al. 2. La nullité visée par cette disposition n'est pas nécessairement une nullité absolue et irrémédiable ; elle peut n'avoir qu'une portée relative dans le sens de l'art. 31 ou des art. 230 et 525 CO, de telle sorte que le vice sera couvert lorsque celui qui a le droit de s'en prévaloir valide la souscription attaquable en montrant par des actes concluants qu'il renonce à en invoquer l'irrégularité (cf. Oser, Commentaire, p. 91, ch. V et p. 128 et suiv.).

Dès lors, si l'on se base sur cette interprétation de l'art. 615, al. 2, il est incontestable que le défendeur a couvert le vice résultant du défaut de référence aux statuts, en se faisant représenter par le sieur Gattino à l'assemblée générale du 22 juin 1912, où, par l'intermédiaire de son mandataire, il a adhéré sans réserves aux statuts de la société demanderesse. Le défendeur ne saurait, par conséquent, se prévaloir après coup du vice entachant ses souscriptions.

3. — Les autres moyens soulevés par le défendeur se heurtent aux constatations de fait de l'instance cantonale qui lient le Tribunal fédéral. Dans ses conclusions en cause, le défendeur déclare au sujet des prétendues irrégularités commises lors de la constitution de la société: « nous n'invoquons pas ces irrégularités graves à l'appui de nos conclusions ». Et il y a d'autant moins lieu de rechercher les conséquences possibles de ces irrégularités (non-versement du cinquième du capital souscrit) que celles-ci ne sont nullement établies. Il semble en tout cas certain que le défendeur a effectué son propre versement, sinon on ne comprendrait pas sa demande de restitution. Au surplus, même si l'on admet l'exactitude des faits articulés par le défendeur, il n'en demeurerait pas moins que les vices signalés ont été couverts par l'inscription de la société au Registre du commerce. Le Tribunal fédéral s'est prononcé à plusieurs reprises dans ce sens (voir entre autres l'arrêt Planfayon cité, p. 161 et RO 15 p. 629 cons. 5).

L'instance cantonale constate enfin que le demandeur, contrairement à son affirmation, n'a pas été trompé par Albert Gattino, mais qu'il a signé les bulletins de souscription en connaissance de cause. Cette constatation n'est pas en contradiction avec les pièces du dossier. Elle lie le Tribunal fédéral. Les faits se seraient-ils même passés comme le défendeur le prétend qu'ils ne le libéreraient pas de son obligation contractée non seulement vis-à-vis de la société, mais aussi au profit des autres actionnaires et des créanciers. Il suffit à cet égard de renvoyer à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral (v. notamment RO 39 II p. 533 et suiv. cons. 3).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

1. — Le recours est écarté et le jugement attaqué confirmé dans toutes ses parties.

74. Urteil der I. Zivilabteilung vom 22. Oktober 1915

i. S. Schlager, Beklagter und Berufungskläger, gegen
Schwegler, Kläger und Berufungsbeklagter.

Tauschvertrag über ein im Ausland befindliches Uhrenlager, eingetauscht gegen in Zürich gelegenes Grundeigentum und zugerische Schuldbriefe. Rechtsanwendung in örtlicher Beziehung? Anwendbarkeit von Bundes- oder kantonalem Rechte in zwischenzeitlicher Hinsicht? Art. 231 a OR: Darunter fallen auch Tauschverträge und Kauf- und Tauschverträge betreffend Grundpfandtitel. Auch die Anfechtbarkeit wegen Willensmängeln, im besondern Betrug, untersteht bei diesen Geschäften dem kantonalen Rechte. Inwiefern sind daneben Ansprüche eidgenössischen Rechtes aus unerlaubter Handlung oder ungerechtfertigter Bereicherung möglich?

A. — Durch Vertrag, datiert « Basel 1, Zürich den 14. Dezember 1911 » hat der Beklagte, Gottfried Schlager, Gasthofbesitzer in Feldberg (Baden), dem Kläger, Architekt J. Schwegler in Zürich, ein in der Fabrik Schätty in St. Ludwig (Elsass) befindliches Uhrenlager « verkauft », das nach einem Katalog mit Preislisten auf 72,000 Fr. gewertet war. In dieser Summe sollten ferner 75 Stück nicht in genanntem Lager liegende Kukuksuhren im Gesamtpreis von 2750 Fr. inbegriffen sein. Der Beklagte hatte die Uhren auf Abruf des Klägers fachgemäss zu verpacken und auf seine Kosten in Bahnwagen einladen zu lassen, und er garantierte dafür, dass jede Uhr intakt abgeliefert werde ab Lager, wo die Abnahme erfolge. Andererseits gab der Kläger dem Beklagten ein Stück Land, an der Ütlibergstrasse in Zürich III gelegen zum Preise von 35,000 Fr., sowie fünf auf dem Gasthof « Zum Löwen » in Zug haftende Schuldbriefe von zusammen 40,000 Fr. nom., sonach total 75,000 Fr. als Ausgleich des Kaufpreises dar. Falls das Uhrenlager mit den erwähnten Kukuksuhren den Preis von 72,000 Fr. nicht erreichen würde, hatte der Beklagte die Differenz in bar zu bezahlen. Ferner hatte der Kläger die Schuldbriefe mit