

gnüfungsfahrt weit über Münchenstein hinaus nach Grellingen, dann wieder an Münchenstein vorbei zurück nach Ruchfeld und neuerdings Richtung Reinach mit der Absicht, Münchenstein links liegen zu lassen, überhaupt nichts zu tun. Wenn auch einem Chauffeur, der einen Wagen irgendwohin verbringen soll, in gewissen Grenzen die Wahl des einzuschlagenden Weges freisteht und darum die Haftung des Geschäftsherrn nicht notwendig entfällt, wenn der Chauffeur nicht die kürzeste oder die gewöhnlichste Route verfolgt hat, so liegt doch eine Fahrt, wie sie hier unternommen wurde, gänzlich ausserhalb des erteilten Auftrages, weil sie gar nicht dessen Erfüllung zum Zweck hat. Vielmehr kann in einem solchen Falle der Chauffeur erst dann wieder als in Ausführung des erhaltenen Auftrages, d. h. in Ausübung einer dienstlichen Verrichtung, begriffen gelten, wenn er sich auf einer ihm von Anfang an erlaubten Route nach dem vorgeschriebenen Ziel unterwegs befindet. Nun behaupten die Kläger allerdings, Bürkli hätte bei korrekter Ausführung des Auftrages die Unfallstelle passieren dürfen. Allein wenn dies auch richtig sein sollte, so befand er sich eben beim Eintritt des Unfalls nicht unterwegs nach dem vorgeschriebenen Ziel, sondern stand im Begriff, seine « Schwarzfahrt » an Münchenstein vorbei fortzusetzen, sodass im kritischen Zeitpunkt von der Ausübung einer dienstlichen Verrichtung seinerseits keine Rede sein kann. Daraus folgt die Abweisung der Klage.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 22. April 1924 bestätigt.

**74. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 13 octobre 1924
dans la cause Kocher contre Manufacture d'horlogerie
Bévilard S. A.**

CO Art. 636 et 637. Conditions auxquelles est subordonné pour le cessionnaire d'une action non entièrement libérée l'obligation de compléter les versements.

A. — Le 27 novembre 1916 s'est constituée à Berne sous la raison sociale Renold Kocher St-Georges Watch Co. une société anonyme du capital de 500 000 fr., divisé en 1000 actions de 500 fr.

Le but de la Société était d'acquérir et d'exploiter la fabrique d'horlogerie de Renold Kocher sise à Bévilard.

Les statuts de la Société contenaient notamment les dispositions suivantes :

« Art. 4. Le capital social est de 500 000 fr., divisé en mille actions de 500 fr. chacune sur lesquelles le 60 % soit 300 fr. par action (au total 300 000 fr.) a été versé d'emblée lors de la constitution.

» Art. 5. Toutes les actions sont au porteur.

» Art. 12. Le 60 % du montant nominal des actions ayant été versé d'emblée, les souscripteurs d'actions sont personnellement libérés du 40 % restant ; le titre seul répond de ce versement ; il en répond en ce sens que tout retardataire serait déchu de son droit de souscripteur et d'actionnaire et verrait son versement partiel acquis à la société, avec faculté pour celle-ci d'émettre de nouvelles actions en remplacement des actions ainsi annulées, le tout moyennant accomplissement des formalités prescrites à l'art. 635 CO... »

Le procès-verbal de l'assemblée constitutive constate d'une part que le capital social était entièrement souscrit, les souscripteurs étant MM. A. Brüstlein, A. Hass, H. Liehti, M. Fuchs et M^{me} J. Brüstlein, d'autre part que sur ledit capital une somme de 300 000 fr., soit le 60 % avait été versée, chaque action étant d'ailleurs libérée à concurrence dudit taux.

La société a acheté la fabrique de Renold Kocher pour le prix de 336 000 fr.

Le 22 janvier 1919, Renold Kocher qui avait acheté la totalité des actions de la Société en a revendu 300 à Charles et Ernest Bucherer.

Le 29 janvier 1919, l'assemblée générale des actionnaires a apporté diverses modifications aux statuts. Elle a notamment décidé de transformer la raison sociale en « St-Georges Watch Co. S. A. », de transférer le siège de Berne à Bévillard (art. 1^{er}) et de réduire le capital social à 200 000 fr., ce dernier étant désormais constitué par 200 actions au porteur de 1000 fr. chacune (art. 4). Cette dernière disposition était en outre modifiée en ce sens qu'il y était déclaré que le capital était entièrement versé.

Une assemblée tenue le 7 mars 1919 a décidé enfin de donner à la société le nom de « Manufacture d'horlogerie Bévillard S. A. »

La Société anonyme Renold Kocher St-Georges Watch Co. a été inscrite au registre du commerce de Berne le 4 décembre 1916. L'avis de sa constitution a paru dans la « Feuille officielle suisse du commerce » le 8 décembre 1916. Les modifications apportées aux statuts ont été annotées au registre du commerce de Moutier et ont été dûment publiées.

B. — La Manufacture d'horlogerie Bévillard S. A. a été déclaré en faillite le 3 mars 1920.

Constatant qu'au moment où Kocher avait acquis la totalité des actions, celles-ci n'étaient libérées qu'à concurrence de 410 500 fr. (premier versement : 300,000 fr., second versement : 110 500 fr.), la masse a ouvert action contre Kocher en concluant à ce qu'il fût condamné à lui payer 35 800 fr., représentant le non-versé sur les 200 actions dont il était resté possesseur.

Kocher a conclu au déboutement de la masse, en invoquant d'une part le fait que dans un autre procès pendant entre les mêmes parties la masse aurait déclaré renoncer

à réclamer aux actionnaires le montant non-versé des actions et en faisant valoir, d'autre part, divers moyens qu'on peut résumer comme suit :

a) le défendeur n'était plus actionnaire au moment de l'ouverture de l'action ;

b) les actions de la Manufacture d'horlogerie Bévillard S. A. ont été entièrement libérées, en partie par des versements, en partie par l'effet de la réduction du capital social ;

c) le défendeur n'a souscrit à aucune action et le seul fait qu'il a été détenteur d'actions de la société ne suffit pas à engager sa responsabilité ;

d) les statuts prévoient expressément (art. 12) que le titre seul répond du montant non-versé.

C. — Par jugement du 15 novembre 1923, la Cour d'appel du canton de Berne a alloué à la demanderesse ses conclusions en précisant que la somme de 35 800 fr. serait affectée au paiement des personnes qui étaient créancières de la société à la date de la réduction du capital social et condamné le défendeur aux dépens.

D. — Le défendeur a recouru en réforme en reprenant ses conclusions libératoires.

La demanderesse s'est jointe au recours en concluant à ce que le jugement soit réformé dans le sens de l'admission pure et simple des conclusions de la demande.

Considérant en droit :

1. — L'argument capital du défendeur et qu'il a repris à l'appui de son recours consiste à soutenir que n'ayant souscrit à aucune part du capital social et n'ayant jamais ni directement ni indirectement assumé l'obligation de payer le non-versé, il est libre de tout engagement envers la société et ne saurait, par conséquent, être astreint au paiement des sommes réclamées.

Pour réfuter cette argumentation, l'instance cantonale déclare que l'obligation de l'actionnaire de compléter les versements est une obligation légale inhérente à la

qualité de sociétaire et qui se transmet en même temps que l'action elle-même.

Cette opinion est, il est vrai, soutenue en doctrine (cf. BACHMANN, art. 636 rem. 4). Qu'elle puisse se justifier de *lege ferenda*, cela n'est pas contestable, mais ce qu'il importe de rechercher en l'espèce, c'est si elle est fondée au regard des textes actuels.

2. — Abstraction faite des considérations qui pourraient être tirées de la nature de l'action et qui seront examinées ci-dessous, ce qu'il y a lieu de relever tout d'abord, c'est que la thèse de l'instance cantonale supposerait en fait une dérogation aux principes généraux, de telle sorte qu'elle ne pourrait se justifier que par un texte exprès. D'après les principes généraux, en effet, la novation ne se présument pas, la substitution d'un débiteur à un autre dans un rapport contractuel nécessite : 1° l'engagement du nouveau débiteur de reprendre la dette et, 2° l'acceptation de ce nouveau débiteur par le créancier, autrement dit, en matière de société, un arrangement direct entre la société et le cessionnaire du titre. Or, non seulement, la loi ne renferme aucune disposition dérogeant à cette règle, mais il ressort clairement des art. 636 et 637 CO que le législateur a bien entendu demeurer sur le terrain des principes. Soit l'art. 636 soit l'art. 637 se réfèrent en effet, au contrat de reprise de dette. L'une relative aux actions nominatives, dispose que tant qu'une action n'est que partiellement libérée « l'actionnaire qui la transfère demeure obligé au paiement du solde à moins que la société n'accepte en son lieu et place le cessionnaire et relève le cédant de ses engagements », l'autre, concernant les actions au porteur, prévoit non moins formellement que même après le versement du 50 % de la valeur nominale de l'action le souscripteur ne peut être personnellement libéré « qu'autant que les statuts primitifs le permettent expressément », ce qui prouve également qu'il ne peut être libéré sans le consentement de la Société.

On aurait pu, il est vrai, concevoir un système d'après lequel la cession d'une action, sans libérer le cédant (celui-ci étant naturellement supposé débiteur du non-versé), aurait ce résultat de donner à la société un débiteur de plus en la personne du cessionnaire et ainsi de suite au fur et à mesure des cessions, de telle sorte que chacune d'elles augmentant le nombre des débiteurs, il se formerait une chaîne de responsabilités allant du souscripteur primitif au détenteur actuel. Toutefois rien non plus n'autorise à dire que le législateur suisse se soit rallié à cette solution. Il est en effet vraisemblable que si tel avait été le cas la loi n'aurait pas manqué (à l'exemple des législations qui ont elles adoptées ce système ; Deutsches Handelsgesetzbuch § 218-220 ; cf. STAUB, Kommentar, rem. ad § 218-220), d'une part de fixer l'ordre dans lequel les divers cessionnaires devaient être attaqués et, d'autre part, de régler le droit de recours des cessionnaires entre eux. Or non seulement la loi n'a rien disposé à ce sujet, mais elle a expressément prévu la faculté pour le souscripteur de se libérer par le jeu des dispositions relatives au contrat de reprise de dette (cf. art. 636 et 637).

3. — Si l'on part de ces données, il est clair que l'acquisition d'une action, qu'il s'agisse d'ailleurs d'une action nominative ou d'une action au porteur, ne suffit pas à elle seule à rendre l'acquéreur responsable du non-versé, mais qu'il faut pour cela que l'acquéreur ait, expressément ou tacitement, pris l'engagement de payer à la place du cédant.

Pour les actions nominatives cette solution ne présente aucun inconvénient, la preuve de l'engagement du tiers résultera généralement sans autre de l'inscription de l'acquéreur dans les registres de la société. Par là, en effet, se manifesterait d'une manière suffisamment claire l'intention du nouveau sociétaire d'assumer les obligations de celui auquel il succède. Suivant les dispositions des statuts et les conditions auxquelles est subordonné le

transfert des actions, il appartiendra d'ailleurs à la société de prouver qu'elle n'a pas pour autant perdu ses droits contre le cédant.

Il en est sans doute différemment en ce qui concerne les titres au porteur en ce sens que la preuve d'une reprise par l'acquéreur de l'obligation incombant à l'actionnaire responsable sera plus difficile à rapporter. Mais cela n'est pas une raison suffisante pour se départir des principes. Si l'on examine les conséquences auxquelles ils conduisent ou constate d'ailleurs qu'ils ne sont incompatibles ni avec les intérêts de la société ni avec ceux des tiers.

Deux situations peuvent en effet se présenter : ou bien les statuts prévoient expressément, comme c'est le cas en l'espèce, que le souscripteur sera libéré de toute obligation personnelle après versement d'une certaine part du montant de l'action — et une telle clause est licite à condition qu'elle ait figuré dans les statuts primitifs et que le montant des versements atteigne au moins le 50 % de la valeur nominale de l'action (art. 636 al. 3) — ou bien les statuts ne contiennent aucune disposition à ce sujet.

a) Dans le premier cas, il est clair que si la société ne possède plus de droit contre le souscripteur, elle ne saurait en avoir davantage contre le cessionnaire. On ne voit pas en effet en vertu de quel principe elle pourrait, par un acte auquel par hypothèse même elle reste absolument étrangère, récupérer contre le cessionnaire un droit qui a cessé d'exister à la charge du souscripteur cédant car, d'autre part, il va de soi que si ce dernier est libéré de toute obligation envers la société, il ne lui viendra pas à l'esprit de stipuler en son nom une obligation quelconque en faveur de la société. L'argumentation de l'instance cantonale consistant à dire que seul le souscripteur est en droit de se prévaloir de la clause libératoire des statuts apparaît donc comme non fondée, et elle aboutirait d'ailleurs à un résultat évidemment

contraire à l'essence du contrat de société, c'est-à-dire à une inégalité flagrante entre les actionnaires dans la répartition des charges sociales. En effet, de deux actionnaires l'un qui aurait acquis ses actions postérieurement à la constitution de la société pourrait se voir astreint à compléter les versements, tandis que l'autre serait en droit de s'y refuser, en se contentant d'exciper de sa qualité de souscripteur. Pour ce qui est des tiers, d'autre part, il serait illogique que leur situation pût dépendre du fait que les souscripteurs ont ou n'ont pas fait usage de leur faculté de céder leurs titres, et c'est à quoi pourtant l'on aboutirait en admettant la thèse de l'instance cantonale. Au surplus, s'il est vrai que les tiers ont le droit strict de n'être pas trompés et, en principe, de pouvoir exiger que le capital souscrit soit payé, ils n'ont droit cependant, en définitive, qu'à ce qui a été annoncé. Or en présence d'une disposition des statuts prévoyant expressément que les souscripteurs seront libérés de toute responsabilité au-delà du versement d'une certaine part du montant de l'action, ils doivent nécessairement se dire qu'en fait le capital social ne dépassera pas le pourcent prévu et ainsi, dûment prévenus par les publications légales, ils seraient mal venus à venir plus tard se plaindre d'une situation qu'ils ont librement acceptée.

b) Lorsque, par contre, les statuts ne contiennent pas la clause libératoire au profit du souscripteur, il résulte des principes exposés ci-dessus que, sous réserve de la preuve d'une reprise de dette par le cessionnaire, la société a pour seul et unique débiteur le souscripteur de l'action. Cette solution n'est pas davantage incompatible avec les droits de la société non plus qu'avec les intérêts légitimes des tiers. Pour les tiers, aussi bien que pour la société ce qui importe en pareil cas c'est que subsiste l'obligation qui a été prise lors de la souscription. Or tant que le souscripteur primitif reste tenu, la situation de la société demeure en réalité telle qu'elle existait

au moment de la constitution, et l'on ne voit dès lors pas en quoi ses droits non plus que ceux des tiers seraient lésés par le fait que le détenteur de l'action ne pourrait être astreint à compléter les versements. Les tiers sont, en fait, dans une situation plus avantageuse que dans le cas précédent puisque, en cas de refus du cessionnaire, le paiement pourra être réclamé au souscripteur.

De ce que la société ne possède contre le détenteur du titre aucune action directe en paiement du non-versé, il ne suit pas toutefois qu'elle en soit toujours réduite à s'en prendre au souscripteur, ni que ses droits soient liés à la solvabilité de ce dernier. Car si le détenteur du titre n'encourt jamais en principe aucune responsabilité personnelle pour le non-versé, la loi a cependant prévu que le titre lui-même pourrait éventuellement être appelé à en répondre, en ce sens que les statuts peuvent prévoir qu'à défaut de paiement la société aura le droit de faire procéder à l'annulation de l'action (cf. art. 634). Mais c'est à quoi en réalité se réduisent les droits de la société contre le détenteur du titre.

4. — Ne résulterait-elle pas déjà de l'application des principes ci-dessus, que cette solution s'imposerait également en présence des règles relatives aux titres au porteur. Il est, en effet, de l'essence des titres de cette nature de n'emporter jamais que des droits, en ce sens tout au moins que la détention du titre ne saurait jamais, en elle-même, être envisagée comme une cause suffisante d'obligations à la charge du détenteur (cf. art. 847 CO). La responsabilité de l'actionnaire ne saurait dès lors être fondée sur la simple possession du titre ; elle suppose nécessairement une cause de plus que l'acquisition de l'action, à savoir précisément soit une participation directe au contrat de société (souscription) soit la reprise (expresse ou tacite) des engagements du titulaire précédent.

5. — Si l'on applique ces principes en l'espèce, il est manifeste que le défendeur n'ayant pris aucun

engagement envers la société ni comme souscripteur, puisqu'il n'a acquis ses actions qu'après la constitution de la société et que d'ailleurs en cette qualité il pourrait se mettre au bénéfice d'une clause expresse des statuts, ni en vertu d'un contrat de reprise de dette, la preuve d'une telle convention n'ayant pas été rapportée ni même entreprise, la société ne possède aucun droit contre lui.

Ce motif étant suffisant pour justifier l'admission du recours, il n'y a pas lieu d'aborder l'examen des autres moyens.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours par voie de jonction est rejeté. Le recours principal est admis et le jugement attaqué est réformé en ce sens que les conclusions de la demande sont rejetées.

75. *Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 17. November 1924*

i. S. *Axelrod gegen Vereinigte Zürcher Molkereien A. G.*

Konkurrenzverbot : Geschäftsverkauf mit Verpflichtung des Verkäufers, die abgetretenen Herstellungsverfahren während 30 Jahren in der Schweiz nicht auszubeuten. Unsittlichkeit ? Nichtanwendbarkeit der clausula rebus sic stantibus.

A. — Im Jahre 1886 wurde in Zürich eine Firma N. Axelrod, Schweizerische Kefiranstalt, gegründet, die sich mit der Fabrikation und dem Handel in Milchprodukten aller Art befasste. Aus dieser Gesellschaft ist im Jahre 1908 die A.-G. Axelrod & C^{ie} hervorgegangen, welcher der Kläger und sein Vater als Aktionäre und leitende Persönlichkeiten angehörten. Diese A.-G. besass zwei Handelsmarken, unter deren Schutz sie ihre Produkte, speziell Kefir und Yoghurt, in den Handel brachte. Am 1. November 1909 schloss sie mit der Beklagten, damals A.-G. Vereinigte Zürcher Molkereien,