

des Art. 119 OR, indem diese Bestimmung den Schuldner bei unverschuldeter Erfüllungsunmöglichkeit nur deshalb von seiner Haftung, — die an sich als solche für den Schaden wegen Nichterfüllung fortdauern könnte — befreien will, um ihn gegen die nachteiligen Folgen weiterer vertraglicher Gebundenheit sicher zu stellen. Fällt dieser Zweck insofern ausser Betracht, als der die Leistungsunmöglichkeit herbeiführende Umstand dem Schuldner nicht Nachteile, sondern Vorteile in Gestalt eines Ersatzes oder Ersatzanspruches für den weggefallenen Leistungsgegenstand bringt, so entspricht die Befreiung des Schuldners nur dann den Anforderungen der Billigkeit und liegt nur dann im Sinne von Art. 119 OR, wenn er die erlangte Ersatzleistung dem Gläubiger herausgibt. Bei einer individuell geschuldeten Sache liegt es gewissermassen in der Natur der Dinge, dass, falls sie nicht geleistet werden kann, der Anspruch auf die Sache selbst, in den Anspruch auf das Surrogat übergeht, die Obligation also nicht vollständig erlischt, sondern nur den Gegenstand ändert.

Hievon ausgehend ist unbedenklich anzunehmen, dass die Brandentschädigung eine solche Ersatzleistung für die durch die Feuersbrunst zerstörten Teile des Vertragsgegenstandes darstellt (vgl. OSER, Komm. Art. 119, II 4), und daher vom Beklagten herauszugeben ist, nachdem er die entsprechende Vertragsleistung der Klägerin in Gestalt der Kaufpreiszahlung empfangen hat. Dass dieser Ersatz den durch den Brand verursachten Minderwert der Gebäulichkeiten übersteige, behauptet der Beklagte selbst nicht. Sein Einwand, die Klägerin habe keinen Schaden erlitten, weil sie das Grundstück in der Absicht, die Gebäude niederzureissen und einen Neubau zu erstellen, gekauft habe, ist schon deshalb nicht zu hören, weil der Vertrag keine Anhaltspunkte dafür bietet, dass eine solche Veränderung der Kaufsache zum Bestandteil des Vertragsinhaltes geworden wäre, sodass die Verwendung der gekauften Objekte ausschliesslich die Käuferin angeht.

4. — Ist danach aber das Begehren der Klägerin um Überlassung der Brandentschädigung prinzipiell gerechtfertigt, so besteht kein Grund, dieselbe auf den Betrag von 24,670 Fr. zu beschränken; vielmehr ist der Beklagte verpflichtet, die gesamte Brandentschädigung, auf die er als Ersatz für die beschädigten Gebäude der Versicherungsanstalt gegenüber einen Anspruch erworben hat, der Klägerin zu überlassen, ihr also insbesondere auch seinen Anspruch auf die eventuelle ausserordentliche Zulage von 4650 Fr. abzutreten.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Hauptberufung wird abgewiesen, dagegen die Anschlussberufung dahin begründet erklärt, dass der Beklagte in Abänderung des Urteils des Appellationshofes des Kantons Bern vom 14. November 1924 verpflichtet wird, den Anspruch auf die gesamte Brandentschädigung, mit Einschluss der eventuellen Zulage von 4650 Fr., an die Klägerin abzutreten.

32. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 2 mars 1925
dans la cause **Payan contre Velocitas S. A.**

Souscription d'actions : Nullité d'une convention qui autoriserait le souscripteur à différer le versement du solde de sa souscription « jusqu'au jour où le change serait redevenu normal ».

A. — Le 17 octobre 1917, Louis Payan, transitaire à Marseille, a signé un « bulletin de souscription » rédigé dans les termes suivants : « Je soussigné, Louis Payan... déclare souscrire à cent actions, d'une valeur nominale de mille francs chacune, de « Velocitas » Transports internationaux, société anonyme dont le siège est à Genève, que je m'engage à libérer dès maintenant et en argent suisse, à raison de six cents francs par action, le surplus étant payable à première demande du Conseil

d'administration. Je déclare en outre adhérer aux statuts de « Velocitas » dont j'ai pris connaissance. »

En exécution de cet engagement Payan a versé immédiatement la somme de 60 000 francs suisses.

La Société lui ayant, en avril 1919, réclamé le paiement du solde, Payan lui a écrit, en date du 5 du même mois : « Je verserai lundi 7 courant 40 000 fr. que je dois encore sur mes actions de notre première émission. Ce règlement sera fait en argent français, et les actions devront être libérées en argent suisse. Il demeure convenu que j'aurai la facilité de surseoir à la conversion en francs suisses afin d'atténuer la perte au change ou l'éviter complètement si possible. D'autre part j'aurai à majorer cette somme de 40 000 fr. des intérêts arriérés et ce, conformément à l'article 10 de nos statuts..... ».

La Société a répondu à cette lettre le 8 avril dans les termes suivants : « Sur votre lettre adressée aux administrateurs à Genève, il y a lieu d'y ajouter après les mots « surseoir à la conversion en francs suisses » : « jusqu'au moment où le Conseil d'administration en décidera autrement ». Il est évident que le Conseil d'administration, dont vous faites partie, cherchera le moment qui sera le plus propice aux actionnaires pour faire la conversion et le retardera le plus possible, mais d'un autre côté vous conviendrez que cette conversion ne pourra être différée indéfiniment, c'est pourquoi cette réserve s'impose ».

Payan ayant versé les 40 000 francs français annoncés, a été crédité de cette somme en un compte francs français, et débité en même temps de 40 000 fr. suisses en un compte en monnaie suisse, et le 10 avril 1919 le reçu ci-après lui a été délivré : « Reçu de Monsieur Louis Payan, administrateur de la Société « Velocitas » la somme de quarante mille francs en argent français — pour solde de sa souscription de 100 actions de 1000 francs aux conditions de la lettre recommandée que Monsieur Louis Payan a adressée le 5 courant aux Administra-

teurs de ladite société à Genève et de notre lettre du 8 courant à lui adressée ».

Le 22 juillet 1921, la Société a écrit à Payan : « Le Conseil d'administration de notre Société, dans sa séance, d'hier, est revenu sur les comptes qu'il vous avait ouverts en 1919, soit : un compte francs suisses débiteur de 40 000 fr. et un compte francs français créditeur de 40 000 fr. Il estime que pour des raisons de régularité, il doit vous demander l'égalisation des écritures. En conséquence nous vous prions de vouloir bien nous faire parvenir la somme de 40 000 fr. suisses et de notre côté nous vous couvrirons du montant de 40 000 fr. français que vous nous avez déposé en date du 10 avril 1919 ».

Cette tentative n'ayant pas eu de succès, la Société lui a écrit à nouveau en date du 4 octobre dans les termes suivants : « Nous comprenons fort bien qu'il vous soit pénible de procéder actuellement au remboursement de l'avance argent suisse qui vous a été consentie, soit : 40 000 fr. plus intérêts 5333 fr. 35 = total 45 333 fr. 35, argent suisse. Il aurait été certainement plus agréable, pour vous et pour nous, de voir le change remonter au pair. L'opération de liquidation se serait faite alors d'elle-même. La situation est devenue plus dure, au lieu de s'améliorer. Et il est plus que probable qu'une attente quelconque aurait pour vous des conséquences encore plus préjudiciables. Lorsque l'avance en francs suisses vous a été consentie, il a été nettement spécifié que le Conseil se réservait le droit d'en réclamer, à son gré, le remboursement. Notre Conseil a patienté tant qu'il a pu. Le resserrement de notre trésorerie, le contrôle effectué par nos banquiers ont amené la situation à un point tel que nous ne pouvons plus attendre..... ». Payan était invité en conséquence à verser immédiatement le montant déjà réclamé.

Il répondit par lettre du 7 octobre 1921 qu'il était dans l'impossibilité absolue de donner suite à la demande.

B. — Par exploit du 19 juillet 1922, la Société étant entrée en liquidation, ses liquidateurs ont assigné Payan devant le Tribunal de première instance de Genève aux fins de s'ouïr condamner à payer à la Société la somme de 40 000 francs suisses avec intérêts au 6% dès le 10 avril 1919.

Payan commença par exciper de l'incompétence des tribunaux suisses. Cette exception fut écartée par arrêt de la Cour de Justice civile de Genève du 9 octobre 1923. Un recours de droit public fut interjeté contre cette décision et rejeté par un arrêt du Tribunal fédéral en date du 8 décembre 1923.

La cause étant retournée devant le Tribunal de première instance pour l'examen au fond, Payan a conclu au déboutement de la demanderesse en soutenant qu'il était au bénéfice d'un terme; qu'en effet lorsqu'il fut sollicité par le Conseil d'administration de souscrire à des actions et d'accepter un siège d'administrateur, il posa comme condition formelle qu'il aurait la faculté de verser en argent français le solde de sa souscription en 40 000 fr. et que la conversion de cette somme en argent suisse ne pourrait être exigée que lorsque le change serait redevenu normal. La mise en liquidation de la Société ne peut, disait-il, lui faire perdre le bénéfice du terme convenu. Il invoquait également le fait que les actions lui furent remises avec la mention qu'elles étaient entièrement libérées ainsi que les termes du reçu du 10 avril 1919.

La demanderesse a persisté dans ses conclusions.

Le bulletin de souscription signé par Payan prévoit, soutenait-elle, le paiement des actions en argent suisse aussi bien pour le premier versement que pour le second. Si la Société a consenti à recevoir provisoirement 40 000 francs français, ce n'est pas à titre d'acompte mais à titre de dépôt destiné à servir de garantie pour les 40 000 francs suisses qui restaient dus. Dans la correspondance la Société a pris soin de spécifier que le Conseil d'adminis-

tration se réservait de fixer l'époque de la conversion et d'exiger le paiement en argent suisse. Le terme invoqué par Payan n'existe donc pas. Mais même si ce terme avait été consenti par le Conseil d'administration, Payan ne serait pas en droit de s'en prévaloir, car des arrangements particuliers de cette nature ne seraient pas opposables à la Société ni à ses créanciers.

C. — Par jugement du 17 mai 1924, le Tribunal a condamné Payan à payer à la demanderesse la somme de 40 000 fr. avec intérêts au 6% dès le 10 avril 1919.

Sur appel de Payan, la Cour de Justice civile de Genève a confirmé ce jugement par arrêt du 23 décembre 1924.

D. — Payan a recouru en réforme en reprenant ses conclusions libératoires et en concluant subsidiairement au renvoi de la cause devant l'instance cantonale pour complément d'instruction.

« Velocitas » S. A. en liquidation a conclu au rejet du recours et à la confirmation du jugement.

Considérant en droit :

—
3. — Mais à supposer même que le recourant eût réussi à rapporter cette preuve, autrement dit que les administrateurs de la Société eussent réellement consenti à lui accorder le terme qu'il prétend, l'action n'en devrait pas moins être déclarée fondée.

Ainsi que la partie intimée l'a justement relevé, le Tribunal fédéral a jugé, en effet, à maintes reprises que le fait de souscrire au capital d'une société par actions emportait un engagement direct aussi bien envers les créanciers de la société qu'envers les autres actionnaires, de telle sorte, notamment, que le souscripteur n'était pas recevable à opposer à la demande en paiement du montant de sa souscription une exception tirée de l'erreur ou du dol dont il aurait été victime lors de la souscription, à raison de faits imputables aux fondateurs ou

aux organes de la société (cf. ZELLER, art. 616 note 7 et les arrêts cités ; cf. également RO 32 II N° 16 ; arrêt du 25 février 1915 dans la cause Iselin c. Caisse d'épargne et de prêts de Steckborn, Journal des Trib. 1915 p. 546 et suiv.). Or s'il est vrai que le recourant n'excipe ni de l'erreur ni du dol, il suffit toutefois de tirer les conséquences de ce même principe pour être logiquement amené à dénier toute efficacité, à l'égard de la Société ou des créanciers, à un arrangement tel que celui qui est invoqué en l'espèce. Le motif essentiel à la base des décisions rappelées ci-dessus était tiré, en effet, de la nature même des sociétés par actions, autrement dit de la nécessité de sauvegarder le principe de la fixité du capital social, fixité qui constitue la garantie primordiale des tiers. Peu importe dès lors la nature de l'exception soulevée si, pratiquement, elle a pour résultat de porter atteinte à cette règle essentielle. Or en l'espèce précisément il n'est pas douteux que l'exécution de la convention alléguée permettrait en fait au recourant de différer indéfiniment le versement de la part encore due sur les titres, ce qui, pratiquement, équivaldrait pour les autres actionnaires à une répartition inégale des charges et, d'autre part, présenterait pour les créanciers sociaux les mêmes inconvénients exactement qu'une réduction du capital social obtenue en dehors des formes légales.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté et l'arrêt attaqué est confirmé.

33. Urteil der I. Zivilabteilung vom 10. März 1925
i. S. Aktiebolaget Nordiska Handelsbanken
gegen Basler Handelsbank.

Art. 402 OR. Auftrag. Haftung bei Checkfälschung. Das zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen inbezug auf den Check bestehende zivilrechtliche Verhältnis ist dasjenige des Auftrages. Die bezogene Bank, die ohne Verschulden ihrerseits den gefälschten Check eingelöst hat, kann sich nicht auf Art. 402, Abs. 1 OR berufen, wohl aber auf Abs. 2, soweit die ausstellende Bank ihre Schuldlosigkeit nicht zu beweisen vermag, wobei ein strenger Masstab anzulegen ist.

A. — Am 3. Juli 1923 liess sich ein Unbekannter, der sich als Edouard Willemin ausgab, gegen Zahlung des Gegenwertes in schwedischer Währung von der Klägerin in Göteborg einen Check über 34,000 Fr. an seine Ordre ausstellen, auf welchem die Klägerin als Ausstellerin und die Beklagte als Bezogene figurierte. Die Klägerin verwendete dabei ihr eigenes Checkformular, das die Nr. 7004 trug. Am selben Tag liess sie, unter gleichzeitiger Überweisung von 35,000 Fr., einen schriftlichen Avis an die Beklagte abgehen mit dem Ersuchen, den Check Nr. 7004 einzulösen. Mit Schreiben vom 7. Juli 1923 bestätigte der Beklagte den Empfang des Avis und der Checkdeckung. Am 10. Juli brachte der angebliche Willemin den Check Nr. 7004 der Klägerin in Göteborg zurück, da er keine Verwendung dafür habe und ersuchte sie, ihm den Gegenwert zurückzugeben. Die Klägerin entsprach dem Begehren, teilte der Beklagten am gleichen Tage die Annullierung des Checks schriftlich mit und bat sie um Gutschrift der überwiesenen Deckung. Ebenfalls am 10. Juli wurde der Beklagten in Basel ein nachgemachtes Exemplar des Checks Nr. 7004 präsentiert und von ihr eingelöst. Als ihr am 14. Juli die Annullierungsanzeige der Klägerin zuging, berichtete sie sofort, dass sie den Check ausbezahlt habe, und weigerte sich, die Deckung der Ausstellerin gutzuschreiben.