

durch erschöpft, daß er die Streitsache bei einem der wahlweise kompetenten Gerichte anhängig macht; vielmehr kann die hängig gemachte Klage natürlich auch noch zurückgezogen werden, so lange nicht die Litiskontestation erfolgt ist, und kann der Kläger dann nach diesem Klagerückzug die gleiche Sache beim andern Gerichte anbringen. Dies wird freilich anders, sobald die Litiskontestation stattgefunden hat. Ist also dieselbe vor dem kantonalen Gerichte erfolgt, so kann eine Partei nicht mehr gestützt auf Art. 48 Abs. 4 D.-G. verlangen, daß an Stelle des kantonalen Gerichtes das Bundesgericht die Sache an Hand nehme und beurteile. Von einem solchen Rücktritte vom bereits angehobenen Prozesse kann nach der Litiskontestation jedenfalls dann gewiß nicht die Rede sein, wenn nicht beide Parteien damit einverstanden sind. In casu liegt aber ein Einverständnis beider Parteien nicht vor. Richtig ist zwar, daß der Vertreter des beklagten Kantons vor Kreisgericht Uri erklärt hat, er mache dem Begehren des Klägers um Überweisung der Sache an das Bundesgericht keine Opposition. Dagegen geschah diese Erklärung unpräjudizierlich der Frage der Kompetenz des Bundesgerichtes punkto Streitwert, und mit der weiteren Bemerkung, es dürfte sich fragen, ob der Klägerschaft, nachdem sie die Citation vor Kreisgericht Uri erlassen, noch das Recht zustehe, dessen Kompetenz zu bestreiten und die Überweisung des Falles an das Bundesgericht zu verlangen. Vor Bundesgericht sodann hat die beklagte Partei ausdrücklich sowohl das Vorhandensein des Streitwertes als die derzeitige Zulässigkeit einer Anhandnahme der Sache durch das Bundesgericht bestritten. Abgesehen davon ist zu beachten: Nachdem die Beklagtschaft sich vor Kreisgericht Uri eingelassen, hat dieses die Sache an Hand genommen, einen Aktenuntersuch angeordnet, hiezu einen Gerichtsausschuß bestellt, ferner Zeugen beeidigt und einvernommen; bezüglich der Depositionen derselben wurde klägerischerseits sogar beantragt, daß sie zu den Akten des hierseitigen Prozesses gezogen würden. Unter diesen Umständen aber erscheint es überhaupt als ausgeschlossen, daß das Bundesgericht die betreffende Streitigkeit jetzt noch an Hand nehme und beurteile; vielmehr ist, nachdem das Kreisgericht Uri in dieser Sache bereits eine ganze Reihe von Prozeßhandlungen vorgenommen hat, das Wahlrecht des

Art. 48 Abs. 4 cit. resp. das Recht, Beurteilung durch das Bundesgericht zu verlangen, als verwirkt zu betrachten (hiez u s. Amtliche Sammlung XI, S. 585).

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Auf die Klage wird nicht eingetreten.

57. Arrêt du 3 mai 1895

dans la cause Samson contre Stutzmann.

Joseph-Georges Samson, ingénieur, domicilié à l'avenue d'Aire, commune du Petit-Saconnex, Genève, et Edouard Stutzmann, négociant à Genève, ont formé, par acte reçu Page notaire, le 21 novembre 1893, une société en nom collectif, sous la raison sociale Stutzmann fils et C^{ie}, pour l'exploitation du commerce de fonderie et manufacture de cuivre en général, achat et vente de caoutchoucs et de toutes les branches qui s'y rattachent, exploité à cette date par Stutzmann. La société était contractée pour le terme de cinq années à dater du 1^{er} novembre 1893 et il était convenu que chacun des associés avait la signature sociale, mais ne pourrait s'en servir que pour les affaires de la société.

Après avoir tenté d'abord d'obtenir la dissolution de la société par la voie d'un arbitrage, Samson a requis, le 27 mars 1895, la Chambre commerciale du tribunal de première instance de Genève de prononcer la faillite de la dite société en vertu de l'art 191 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, affirmant que la société était insolvable.

Sur le vu de cette requête, la Chambre commerciale a prononcé le 28 mars la faillite de la société Stutzmann fils et C^{ie}.

Le 30 mars, Stutzmann, agissant tant en son nom personnel qu'au nom de la société Stutzmann fils et C^{ie}, a formé appel de ce jugement, concluant à ce que la Cour le rétracte et le mette à néant, prononce qu'il n'y a pas lieu à faillite de

la société Stutzmann et C^{ie} et les remet à la tête de leurs affaires ; qu'elle réserve à E. Stutzmann fils tous ses droits pour réclamer tels dommages-intérêts que de droit à Samson.

Statuant, la cour de justice a, par arrêt du 2 avril 1895, réformé le jugement de première instance et rejeté la requête en faillite, en s'appuyant, en substance, sur les considérations ci-après :

Aux termes de l'art 535, rapproché de l'art. 545 C. O., Samson n'avait pas qualité pour requérir la faillite de la société Stutzmann fils et C^{ie} et la déclarer insolvable sans le consentement de son co-associé, à moins qu'il n'y eût péril en la demeure. Samson n'a pas agi en l'espèce comme créancier, mais comme associé, et il ne peut donc pas se prévaloir du fait que Stutzmann fils lui avait promis de lui rembourser son apport en marchandises.

L'apport d'un associé n'est pas une créance de la société, puisqu'il constitue précisément l'actif de celle-ci et qu'il est destiné à servir à l'exploitation du commerce ; il peut donc cesser d'être liquide et être immobilisé, sans qu'il en résulte pour cela que vis-à-vis de ses créanciers la société soit insolvable et qu'il y ait péril en la demeure. Il résulte du bilan produit devant la cour qu'après une année d'exploitation, l'actif de la société Stutzmann fils et C^{ie} était supérieur au passif, et la solvabilité de celle-ci ne pouvait pas être mise en doute. Il n'y avait donc pas péril en la demeure vis-à-vis des créanciers, et Samson n'avait pas qualité pour requérir la faillite de la Société sans le consentement de Stutzmann fils.

C'est contre cet arrêt que Samson a recouru en réforme au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise :

« Préparatoirement, ordonner à E.-J. Stutzmann fils de déposer le bilan visé par la cour de justice dans son arrêt, ainsi que les livres de la société E.-J. Stutzmann fils et C^{ie}, pour, par les moyens qu'il appartient au Tribunal fédéral de choisir, renseignements être recueillis sur la marche des affaires sociales, — connaissance être prise des livres et pièces concernant la société, — état sommaire de sa situation financière être dressé d'après ces données.

» Ensuite de quoi il sera décidé si c'est à tort ou à raison que Samson a requis la mise en faillite de la société en déclarant son insolvabilité.

» En cas d'insolvabilité constatée, confirmer le jugement du tribunal de première instance du 28 mars 1895 prononçant la faillite de la dite société, ou la prononcer. »

Dans son mémoire produit en réponse au recours, E.-J. Stutzmann conclut à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral se déclarer incompétent et refuser l'entrée en matière sur le recours ; subsidiairement, déclarer celui-ci irrecevable ; très subsidiairement, le déclarer mal fondé et confirmer en conséquence l'arrêt de la cour de justice.

L'opposant au recours fait valoir que le recours, portant sur un arrêt rendu en matière sommaire et suivant les formes prévues pour cette procédure, est irrecevable au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral ; qu'en tout cas il serait tardif en vertu de l'art. 65 alinéa 2 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, attendu que l'arrêt de la cour a été communiqué aux parties le 3 avril, alors que le recours au Tribunal fédéral n'a été déposé que le 20 dit, soit bien après l'expiration des 5 jours prévus par la loi.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° Il ne s'agit point, en l'espèce, d'une des causes instruites en la forme accélérée à teneur des art. 148, 250 et 284 de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, causes mentionnées à l'art. 63 chiffre 4° alinéa 2 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale et dans lesquelles seules, aux termes de l'art. 65, alinéa 2 *ibidem*, le délai pour recourir au Tribunal de céans est de 5 jours seulement.

Ce délai était, dès lors, dans le cas actuel, de 20 jours, conformément à l'art. 65 précité, al. 1, de la même loi, et il a été observé par le recourant.

L'exception de tardiveté est donc dénuée de fondement.

2° En revanche, le Tribunal de céans est incompétent pour statuer sur le présent recours. En effet, ainsi qu'il l'a reconnu dans son arrêt du 23 octobre 1893 en la cause Pignet contre Gabet (*Recueil officiel* XIX, page 753), le recours au Tribu-

nal fédéral n'est licite, aux termes des art. 56, 63, chiffre 4, alinéa 2 et 65 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale, que contre des jugements prononçant sur une contestation proprement dite, instruite selon les règles de la procédure civile contentieuse, soit en la forme ordinaire, soit en la forme accélérée, mais il ne l'est point, en revanche, contre une décision intervenue dans la procédure sommaire, alors même que cette décision revêt la forme d'un jugement.

La situation est identiquement la même dans l'espèce; il s'agit aussi d'une décision intervenue dans la procédure sommaire, et non d'un jugement au fond rendu en matière civile, ensuite de procédure contentieuse, dans une contestation à trancher en la forme accélérée.

Le Tribunal fédéral n'est pas davantage compétent pour statuer, en l'état, sur le point de savoir si un seul des associés peut requérir la faillite d'une société en nom collectif, puisque cette question que la cour cantonale a tranchée à la vérité ne se soulève point à l'occasion d'un procès civil proprement dit, mais à l'occasion d'une requête de mise en faillite, laquelle n'appelle pas un jugement au fond dans le sens de la loi.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Il n'est pas entré en matière, pour cause d'incompétence, sur le recours du sieur J.-G. Samson.

58. Urteil vom 3. Mai 1895 in Sachen
Rothschild gegen Lang.

A. Mit Urteil vom 9. April 1895 hat das Kantonsgericht des Kantons St. Gallen erkannt:

Der Kläger hat dem Beklagten und Widerkläger 1286 Fr. 73 Cts. nebst Zins vom 21. Juli 1894 (Tag der Klage) an, zu bezahlen.

Die Rechte des Klägers aus Position 47 bis 54 und des Beklagten aus Position 43 bis 46 bleiben einer gesonderten Sachbehandlung vorbehalten.

B. Gegen dieses Urteil ergriff der Kläger und Widerbeklagte die Berufung an das Bundesgericht. Er beantragte, die Schadenersatzforderung des Widerklägers zu streichen und die Entschädigung für verkaufte, aber nicht übergebene Fahrhaben im Sinne seiner Aufstellung zu berichtigen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Kläger und Widerbeklagte Rothschild hatte von einem Kellenberger das Gasthaus zum Ochsen in Niederruzwyl samt Mobiliar gekauft, und verkaufte dasselbe bald nachher, im Dezember 1893, an den Beklagten und Widerkläger Lang zum Preise von 70,000 Fr. Alles im Ochsen vorhandene, zum Wirtschaftsbetriebe gehörige Mobiliar sollte im Kauf inbegriffen sein, mit Ausnahme der von Frau Kellenberger beigebrachten Aussteuergegenstände und einer Anzahl anderer Objekte. Bei seinem Einzuge, Mitte Dezember 1893, bemerkte der Beklagte, daß ein großer Teil der gekauften Mobilien nicht vorhanden war, indem die Eheleute Kellenberger dieselben bei ihrem Wegzuge mitgenommen hatten. Als dann Rothschild ihn aus einem andern Geschäfte um Bezahlung von 2280 Fr. belangte, erhob er eine Widerklage, indem er für das fehlende Inventar 4296 Fr., und wegen Behinderung im Wirtschaftsbetriebe in Folge dieses Mangels 590 Fr. forderte. Die Vorinstanz hat die Klageforderung des Rothschild im Betrage von 1663 Fr. 27 Cts. und die Widerklage Langs im Betrage von 2950 Fr. (nämlich 2650 Fr. für fehlendes Inventar und 300 Fr. für Geschäftsförderung) gutgeheißen. Die Berufung bezieht sich lediglich auf die Widerklage.

2. Frägt es sich, ob das Bundesgericht zur Beurteilung der vorliegenden Berufung kompetent sei, so hängt dies, da der erforderliche Streitwert vorhanden ist, davon ab, ob das Streitverhältnis dem eidgenössischen oder aber dem kantonalen Rechte unterstellt sei. Die mit der Widerklage geltend gemachte Forderung ist eine solche aus Kauf, und zwar bezog sich das Kaufgeschäft sowohl auf Liegenschaften als auf Mobilien. Beides, die Liegenschaften wie die Fahrhaben, wurde dem Beklagten und Widerkläger auf Grund