

den des Schädigers höher oder tiefer gegriffen wurde, so sprechen doch namentlich einige dieser Entscheide deutlich den Grundsatz aus, daß die Schadenersatzpflicht, der Umfang der Haftung des Schädigers, sich richtet nach dessen Verschulden. Die Einwendung, das Gesetz sei nur dahin zu verstehen, daß bei Schätzung des Schadens nach freiem Ermessen das Verschulden des Schädigers zu berücksichtigen sei, und ebenso bei beidseitigem Verschulden dieses Verschulden abzumessen sei, im übrigen aber, wenn der Schaden ziffermäßig feststehe, dürfe auf den Grad des Verschuldens keine Rücksicht genommen werden und habe der Schädiger auch bei ganz leichtem Verschulden stets den ganzen Schaden zu ersetzen — entspricht dem Gesetze nach Wortlaut und historischer Entwicklung keineswegs und hat de lege lata keine Begründung. (Vergl. über den Unterschied von Schätzung des Schadens und Bestimmung des Schadenersatzes: Guhl a. a. D. S. 33.) Es ist daher im Grundsatz richtig, wenn die Vorinstanzen berücksichtigt haben, welcher Grad des Verschuldens dem Beklagten zur Last falle und daß neben der Verschuldung des Beklagten auch eine Verkettung „zufälliger“ Umstände mitgewirkt hat: das hat auf die Schadensverteilung, gemäß dem oben gesagten, seinen Einfluß. In Anwendung dieses Grundsatzes nun rechtfertigt sich die von den Vorinstanzen vorgenommene Herabsetzung der Schadenersatzpflicht auf den von ihnen gesprochenen Betrag.

7. Zu erörtern ist noch, ob anstatt der Kapitalenschädigung, gemäß dem Berufungsantrage 2 des Beklagten, auf eine Entschädigung in einer Rente zu erkennen sei. Richtig ist nun zwar, daß auch bei Entschädigungen nach Art. 53 OR — und um eine solche handelt es sich ja hier — vom Richter auf Zusprechung einer Rente erkannt werden kann, wie aus Art. 51 Ab. 1 OR folgt; vergl. Urteil des Bundesgerichtes vom 19. Mai 1906 in Sachen Walker gegen Kenz, Erw. 3 i. f.* Allein Voraussetzung hierfür ist unter anderem, daß der Zahlungspflichtige Gewähr für seine Zahlungsfähigkeit auch für die Zukunft bietet und er die Rente sicherzustellen vermag. Hierfür nun bietet der Beklagte

nach der Feststellung der Vorinstanzen nicht genügende Garantie; auch hat er genügende Sicherstellung auch heute noch nicht anboten.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Hauptberufung sowohl als Anschlußberufung werden abgewiesen und es wird das Urteil des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt vom 23. April 1906 in allen Teilen bestätigt.

63. Arrêt du 14 septembre 1906, dans la cause Sandoz, déf. et rec., contre Weibel, dem. et int.

Société en commandite; concordat, obtenu par elle; **effets pour les associés**. Art. 601; 609 CO. — Effets, à l'égard des créanciers de la première société, de la **dissolution d'une société suivie de la reprise de l'actif et du passif** par une seconde société. — Effets du concordat de la seconde société. **Révocation d'un concordat**; caractère juridique. Art. 315 LP. — **Mise en demeure du débiteur**, Art. 507 al. 1 et 119 al. 1 CO. — Indication de la mesure dans laquelle le jugement cantonal est attaqué; art. 67 al. 4, 79 al. 3 OJF.

A. — Le 5 décembre 1899 a été inscrite au Registre du commerce à la Chaux-de-Fonds la société en commandite constituée sous la raison sociale Paul Sandoz & C^{ie} par les sieurs Paul Sandoz en qualité d'associé indéfiniment responsable et Léon Lugeon comme commanditaire pour une somme de 5000 fr.

Cette société obtint, le 4 mars 1903, un sursis concordataire qui, après prolongation, aboutit, le 14 juillet 1903, à l'homologation par le Tribunal cantonal de Neuchâtel d'un concordat aux termes duquel la débitrice s'engageait, — sans avoir eu d'ailleurs à fournir aucunes sûretés à cet effet, pour en avoir été dispensée successivement par ceux de ses créanciers ayant adhéré à ses propositions et par le tribunal, — à désintéresser tous ses créanciers au moyen de sept verse-

* Oben N° 42 S. 307.

(Ann. d. Red. f. Publ.)

ments échelonnés de six en six mois à partir de l'homologation, le premier de ces versements devant être du 10 0/0, et chacun des six autres du 15 0/0, et la débitrice ayant en outre à bonifier à ses créanciers l'intérêt au 3 0/0 de leurs créances à chacun de ces versements à prorata de temps et de sommes.

A ce sursis, la Banque populaire suisse, à Saint-Imier, s'était fait inscrire comme créancière de la Société Paul Sandoz & C^{ie}, entre autre choses, et sous nos 66—71, pour le montant de six billets de change que dite société avait souscrits à l'ordre de Rickli-Houriet & C^{ie}, à Saint-Imier, et que cette dernière maison avait transmis à l'inscrivante, par voie d'endossements,

Le 1 ^{er} ,	à l'échéance du 31 mars 1903, du montant de	Fr.	5 352 35*
Le 2 ^e ,	» 15 avril » »	»	5 208 —
Le 3 ^e ,	» 30 » » »	»	5 428 —
Le 4 ^e ,	» 30 » » »	»	5 212 —
Le 5 ^e ,	» 31 mai » »	»	8 770 —
Le 6 ^e ,	» 31 juillet » »	»	5 207 —
soit, et en ce qui concerne ces six billets, pour } une somme totale de }		Fr.	35 177 35

Peu après l'homologation de ce concordat, soit le 22 août 1903, la Société sus-indiquée, Paul Sandoz & C^{ie}, se fit radier du Registre du commerce comme étant dissoute; et, le même jour, fut inscrite au dit Registre une nouvelle société en commandite constituée sous la même raison sociale, Paul Sandoz & C^{ie}, par les sieurs Paul Sandoz en qualité toujours de seul associé indéfiniment responsable et Charles Joseph comme commanditaire pour une somme de 5000 fr. Dans ces deux inscriptions concernant l'une la radiation de l'ancienne société, l'autre la constitution de la nouvelle société il était fait mention du fait que la nouvelle société reprenait l'actif et le passif de l'ancienne.

Le 20 janvier 1904, et bien qu'à ce moment-là son compte, en vertu des six billets susrappelés et de tous frais de pro-

têts et de retour, s'élevât à la somme de 35 298 fr. 80 c., la Banque populaire suisse ne reçut de la nouvelle Société Paul Sandoz & C^{ie}, en exécution du concordat obtenu par l'ancienne société du même nom, qu'un dividende de 3526 fr. 75 c., correspondant au 10 0/0 d'un capital de 35 267 fr. 50 c., et qu'un prorata d'intérêts de 529 fr., correspondant à l'intérêt au 3 0/0, durant six mois, d'un capital de 35 266 fr. 67 c.

Le second dividende du 15 0/0, à l'échéance du 14 juillet 1904, ne fut, en revanche, point payé, non plus que le prorata d'intérêts dû à cette date, ce dont la Banque populaire suisse se prévalut pour déposer, le 12/17 août 1904, contre la nouvelle Société Paul Sandoz & C^{ie}, la seule dont alors le Registre du commerce constatât encore l'existence, une demande tendant à obtenir la révocation, en ce qui le concernait, du concordat homologué en faveur de l'ancienne société le 14 juillet 1903.

Avant que cette demande de révocation arrivât devant le tribunal cantonal, la nouvelle Société Paul Sandoz & C^{ie} sollicita, à son tour, l'octroi d'un sursis concordataire qui lui fut accordé le 30 septembre 1904, et qu'elle opposa alors, le 5 octobre 1904, devant le tribunal cantonal, à la demande de révocation de concordat présentée par la banque. Toutefois, par jugement du même jour, 5 octobre 1904, le tribunal cantonal écarta ce moyen d'opposition, en disant n'avoir pas « à discuter les effets que peuvent avoir ou ne pas avoir, vis-à-vis des créanciers du premier concordat, un nouveau sursis et, cas échéant, un nouveau concordat », et il prononça, en conséquence, « la révocation du concordat de Paul Sandoz & C^{ie}, homologué le 14 juillet 1903, en ce qui concerne la Banque populaire suisse, à Saint-Imier. » Il est à remarquer que ce jugement a été rendu contradictoirement entre la banque comme demanderesse et la nouvelle Société Paul Sandoz & C^{ie}, comme opposante, aucune des deux parties ne semblant même avoir, à ce moment-là, songé à exposer au tribunal les faits se rapportant à la dissolution de la première société, à la constitution de la seconde et à la reprise par celle-ci de l'actif et du passif de celle-là, et le raisonnement

* 5318 francs, avec frais 5352 fr. 35.

du tribunal n'étant pas différent de celui qui eût été tenu si le concordat du 14 juillet 1903 avait été homologué en faveur de l'opposante elle-même.

Dans ce nouveau sursis, la Banque populaire suisse se fit inscrire, sous n° 45, comme créancière d'une somme de 33 483 fr. 30 c. tant en raison du solde à elle redû sur les six billets de change plus haut rappelés que, semble-t-il, en vertu d'une autre cause que le dossier ne permet pas toutefois de déterminer.

Le 3 décembre 1904, la banque avisa le commissaire à ce sursis que Julien Weibel père, à Saint-Imier, l'avait « désintéressée » de ce dont elle était jusqu'alors demeurée créancière en vertu des billets de Paul Sandoz & C^{ie} à l'ordre de Rickli-Houriet & C^{ie}, dont il a été question plus haut, et que, par ce fait, Weibel se trouvait « subrogé à tous ses droits, à elle, sur ces billets. »

Dès lors, Weibel intervint dans la suite de cette affaire en lieu et place de la Banque populaire suisse et comme « subrogé aux droits de cette dernière ». En cette qualité, il fit opposition et réussit aussi effectivement à faire échec au concordat proposé à ses créanciers par la nouvelle Société Paul Sandoz & C^{ie} et aux termes duquel celle-ci eût payé à ceux-là le 25 % de leurs créances. Par jugement du 19 décembre 1904, le tribunal cantonal refusa, en effet, d'homologuer ce concordat, en considérant, en particulier, « que la Banque populaire suisse, aux droits de laquelle est actuellement Julien Weibel, a obtenu, le 5 octobre 1904, et pour ce qui la concerne, un jugement de révocation du concordat homologué le 14 juillet 1903, et que, ce créancier ayant refusé son adhésion au nouveau concordat, et faisant opposition au concordat actuel, il ne paraît pas possible de le priver des droits résultant pour lui de ce jugement de révocation devenu définitif et de l'art. 315 LP, ce qui, cependant, serait le cas si le concordat actuel était homologué. »

Ensuite de ce jugement du 19 décembre 1904, la nouvelle Société Paul Sandoz & C^{ie} fut déclarée en état de faillite le 21 janvier 1905.

Dans cette faillite, Weibel se fit inscrire, sous n° 45, comme créancier, en qualité « de cessionnaire de la Banque populaire suisse », d'une somme de 31 622 fr. 70 c., et cette inscription, au vu d'un compte qui n'a pas été produit au dossier du présent procès, fut admise sans autre dans l'état de collocation de la masse.

Cependant, à la seconde assemblée de ses créanciers, le 12 avril 1905, la faillie proposa de rechef à ceux-ci un concordat, cette fois sur la base du 10 % seulement de leurs créances, et elle réussit, malgré l'opposition de Weibel et d'un autre créancier, à obtenir du Tribunal cantonal de Neuchâtel, à la date du 22 mai 1905, un jugement homologuant ce concordat, à la suite de quoi la faillite fut révoquée par jugement du Président du Tribunal du district de la Chaux-de-Fonds du 5 juin 1905. — A la différence du jugement du 19 décembre 1904, celui du 22 mai 1905 n'examine plus le concordat proposé qu'au regard des conditions auxquelles l'art. 306 LP subordonne l'homologation de tout concordat, et il ne se préoccupe plus ainsi de la question de savoir si, par ce second concordat, la situation et les droits de Weibel, tels qu'ils découlent du jugement du 5 octobre 1904, se trouveront modifiés ou non ; il arrive d'ailleurs à établir entre la première et la seconde Société Paul Sandoz & C^{ie} une distinction qui n'avait pas encore été faite jusque-là, car, tandis que les précédents jugements des 5 octobre et 19 décembre 1904 ou ne semblaient avoir vu durant la période de 1899 à 1904 qu'une seule et même Société Paul Sandoz & C^{ie} ou ne paraissaient avoir considéré la seconde société que comme la continuatrice de la première, ce nouveau jugement du 22 mai 1905 n'examine comme « actes du débiteur » au sens de l'art. 306 chif. 1 LP que ceux de la seconde société, et non pas ceux de la première.

Dans l'intervalle toutefois, soit le 15 avril 1905, Weibel avait fait notifier à Paul Sandoz personnellement, celui-ci étant pris « en sa qualité d'associé indéfiniment responsable de la Société en commandite Paul Sandoz & C^{ie} en faillite », un commandement de payer la somme de 31 622 fr. 70 c.,

avec intérêts au 5 % dès le dit jour, poursuite n° 8369. Comme « cause de l'obligation », ce commandement indiquait : « montant de la production de Julien Weibel père, admise à l'état de collocation de la faillite de la Société Paul Sandoz & C^{ie} (art. 564 et 572 CO) ». Et Sandoz avait frappé ce commandement d'opposition pour la somme totale.

Le 1^{er} mai 1905, Weibel avait, en outre, requis de la part du Préposé au Registre du commerce à la Chaux-de-Fonds la réinscription d'office au dit Registre de la première Société Paul Sandoz & C^{ie}, radiée le 22 août 1903, afin qu'il pût faire valoir contre elle et les deux associés dont elle se composait, Sandoz et Lugeon, ses prétentions dans leur intégralité, soit pour la somme de 31 622 fr. 70 c. en capital. Sandoz ayant fait opposition à cette demande de Weibel, celle-ci fut transmise à l'autorité cantonale de surveillance du Registre du commerce, soit au Département de justice cantonal, lequel, par arrêté du 9 août 1905, la déclara fondée et ordonna en conséquence la réinscription de la dite société dont il n'admettait pas que la liquidation pût être, au regard des prétentions de Weibel, considérée comme terminée. Sur recours de Sandoz, cette décision fut confirmée par le Conseil fédéral, suivant arrêté du 1^{er} décembre 1905 (Feuille fédérale, 1905, vol. VI, p. 583).

B. — Dans l'intervalle encore, soit à la date du 5 mai 1905, Weibel avait introduit contre Paul Sandoz personnellement, devant le Tribunal du district de la Chaux-de-Fonds comme tribunal d'instruction et le Tribunal cantonal de Neuchâtel comme tribunal de jugement, une action concluant à ce qu'il plût au tribunal « condamner Paul Sandoz en sa qualité d'associé indéfiniment responsable de la Société en commandite Paul Sandoz & C^{ie} à payer à Julien Weibel père la somme de 31 622 fr. 70 c., avec l'intérêt à 5 % du commandement de payer. » — Cette demande n'était, en fait, uniquement basée que sur la faillite de la seconde Société Paul Sandoz & C^{ie}, sur l'admission de la production du demandeur dans cette masse et sur la qualité de Sandoz de seul associé indéfiniment responsable dans cette société.

Sandoz était donc, dans cette demande, pris à partie exclusivement en sa qualité d'associé indéfiniment responsable dans cette seconde société, ce qui résulte, en outre de ce qui vient d'être dit, du fait que le demandeur se référait au commandement de payer du 15 avril 1905 au moyen duquel il avait poursuivi Sandoz également en cette seule qualité. Le demandeur invoquait, en droit, les art. 564 et 572 CO.

Dans sa réponse, Sandoz conclut au rejet de cette demande comme mal fondée, sans contester aucun des allégués de faits du demandeur, et en se bornant à invoquer, à son tour, en fait, le concordat obtenu par la Société Paul Sandoz & C^{ie} en faillite le 22 mai 1905, et, en droit, les art. 590 et suiv. CO et 293 et suiv. LP.

Mais, devant le tribunal d'instruction, lors de la première audience, le 13 juin 1905, Weibel articula toute une série de faits nouveaux à l'appui de sa demande, rappelant ou invoquant la constitution de la première Société Paul Sandoz & C^{ie}, — le concordat obtenu par celle-ci le 14 juillet 1903, — puis sa dissolution et sa radiation au Registre du commerce le 22 août 1903, — la constitution, à cette date, de la seconde société du même nom, — la reprise par cette seconde société de l'actif et du passif de la première, — les jugements des 5 octobre et 19 décembre 1904, — la faillite de la seconde société, — le jugement du 22 mai 1905, — et, enfin, les démarches faites entre temps en vue de la réinscription de la première société au Registre du commerce. En outre, et pour justifier qu'il se trouvait bien aux droits de la Banque populaire suisse, Weibel expliquait avoir, et ce « comme membre de la société dissoute Rickli-Houriet & C^{ie} », payé à la dite banque le solde qui lui était redû sur les six billets de change auxquels la présente affaire remonte comme à son origine, et il prétendait se trouver au bénéfice d'une double « subrogation » portant, d'une part, sur les droits de la société dissoute Rickli-Houriet & C^{ie} dont il avait fait partie, et, d'autre part, sur les droits de la banque elle-même, cette « subrogation » ayant pour effet de le rendre « créancier d'une somme de 31 622 fr. 70 c. dérivant tout à la fois

des six billets de change susrappelés et de l'établissement final des comptes entre Rickli-Houriet & C^{ie} et la Société Paul Sandoz & C^{ie}. Enfin, il soutenait avoir action, en vertu de cette créance, tant contre la seconde Société Paul Sandoz & C^{ie}, contre celle-ci toutefois jusqu'à concurrence seulement du 10 % auquel sa créance se trouvait réduite envers dite société par l'effet du concordat du 22 mai 1905, que contre la première société, contre celle-ci pour l'intégralité de sa créance en raison du jugement du 5 octobre 1904; et il posait en fait que, par sa demande du 5 mai 1905 contre Paul Sandoz personnellement, il entendait rechercher ce dernier également en sa qualité d'associé indéfiniment responsable dans la première Société Paul Sandoz & C^{ie}.

S'expliquant sur ces faits nouveaux, Sandoz se borna à déclarer ignorer ou à dénier ceux d'entre eux ayant trait à la « subrogation » invoquée par Weibel et aux droits que ce dernier prétendait pouvoir exercer contre l'une et l'autre Société Paul Sandoz & C^{ie} ou contre lui-même, défendeur, et à rappeler qu'à cette date, 13 juin 1905, les démarches du demandeur en vue de faire réinscrire d'office au Registre du commerce la première Société Paul Sandoz & C^{ie} n'avaient pu aboutir encore à aucun résultat.

C. — Par jugement du 10 avril 1906 le tribunal cantonal a « déclaré la demande bien fondée, et condamné Paul Sandoz, en sa qualité d'associé indéfiniment responsable de la Société en commandite Paul Sandoz & C^{ie}, inscrite au Registre du commerce le 5 décembre 1899, radiée le 22 août et ré-inscrite conformément aux décisions des autorités cantonale et fédérale des 9 août et 1^{er} décembre 1905, à payer au demandeur la somme de 31 622 fr. 70 c. avec intérêts au taux de 5 % l'an dès le 15 avril 1905, date du commandement de payer. »

D. — C'est contre ce jugement que, en temps utile, Paul Sandoz a interjeté recours en réforme auprès du Tribunal fédéral, en déclarant reprendre les conclusions de sa réponse du 25 mai 1905 tendant au rejet de la demande comme mal fondée.

E. — Dans les plaidoiries de ce jour, le représentant du recourant a repris et développé ces conclusions.

Le représentant de l'intimé a conclu au rejet du recours comme mal fondé et à la confirmation pure et simple du jugement attaqué.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

I. — Weibel prétendant, dans ce procès, exercer en son nom personnel les droits découlant pour la Banque populaire suisse des six billets de change qui avaient été souscrits par la première Société Paul Sandoz & C^{ie} à l'ordre de Rickli-Houriet & C^{ie} et qui avaient été transmis par voie d'endossement à la banque, de même encore, semble-t-il, que les droits résultant pour la Société Rickli-Houriet & C^{ie}, aujourd'hui dissoute, de l'établissement de son compte final avec « la Société Paul Sandoz & C^{ie} » (le demandeur ne précise pas de laquelle des deux sociétés ayant existé sous cette même raison il s'agit ici), la première question qui se pose naturellement dans ce procès, est celle de savoir si Weibel est bien fondé, ainsi qu'il le soutient, à exercer ces droits en son nom personnel. A ce sujet, l'instance cantonale, dans les constatations de faits à la base de son jugement, a admis que le demandeur avait rapporté la preuve du fait qu'il avait, « en sa qualité de membre de la Société dissoute Rickli-Houriet & C^{ie}, endosseur des six effets de change prérappelés », payé à la Banque populaire ce qui restait dû à celle-ci sur ces effets, et que, en raison de ce paiement, la banque l'avait « subrogé » « à tous ses droits » ; dans la partie de droit de son jugement, l'instance cantonale considère ensuite, sans autre, que le demandeur est « aux droits de la Banque populaire ». Or, ces constatations de faits n'ont pas été attaquées par le recourant comme étant en contradiction avec les pièces du procès ou comme reposant sur une appréciation des preuves contraire aux dispositions légales fédérales (art. 81 OJF), et le recourant n'a pas non plus prétendu qu'à l'égard de ces faits l'instance cantonale se serait livrée à aucune appréciation juridique erronée ou aurait fait, d'une manière plus directe, une fausse application de la loi (art. 57

ibid.). Il n'apparaît pas d'ailleurs que, devant l'instance cantonale, le recourant ait sérieusement contesté que le demandeur eût bien réellement qualité pour agir, dans ce procès, en son nom personnel. Dans ces conditions, l'on doit admettre que le recourant a renoncé à attaquer le jugement du 10 avril 1906 sur ce point qui se trouve ainsi, actuellement, hors de débat et sur lequel, par conséquent, le Tribunal fédéral ne saurait faire porter son examen.

II. — Ce premier point posé, et le demandeur devant être considéré comme ayant réellement pris la place de la Banque populaire suisse dans les droits qui découlaient pour celle-ci de sa qualité de porteur des billets de change susrappelés, il y a lieu de remarquer que la demande, telle qu'elle avait été introduite d'abord par l'exploit du 5 mai 1905, n'était, ainsi que cela résulte de l'exposé de faits qui précède, dirigée contre Paul Sandoz qu'en sa qualité d'associé indéfiniment responsable dans la *seconde* Société Paul Sandoz & C^{ie}, tandis que, dans la suite, à l'audience d'instruction du 13 juin 1905, et au moyen de l'articulation de faits nouveaux, le demandeur a modifié le caractère et la nature de son action en déclarant rechercher Paul Sandoz non plus seulement comme associé indéfiniment responsable dans la *seconde* Société Paul Sandoz & C^{ie}, mais bien aussi, et également, en sa qualité d'associé indéfiniment responsable dans la *première* société ayant existé sous la même raison sociale.

Mais la question de savoir s'il était loisible au demandeur de modifier ainsi le caractère et la nature de son action, en même temps que la portée de ses conclusions, lesquelles ne visaient manifestement, au début, qu'à la reconnaissance de la responsabilité encourue par Sandoz du chef de la *seconde* société alors en état de faillite, est une question de procédure, du droit *cantonal*, et elle échappe en conséquence à la connaissance du Tribunal fédéral. Dès lors, ce dernier doit, sur ce point, se borner à constater que, tout au moins implicitement, l'instance cantonale a tranché cette question dans le sens de l'affirmative puisqu'elle est entrée dans l'examen, au fond, de la demande, non pas telle que celle-ci avait été

introduite tout d'abord, mais bien telle qu'elle a été modifiée dans la suite, à l'audience du 13 juin 1905.

Dans ces conditions, le Tribunal fédéral doit donc à son tour examiner la demande telle que celle-ci s'est présentée en dernier lieu devant l'instance cantonale.

III. — Au fond, dans les plaidoiries de ce jour, le représentant du recourant a, en substance, soutenu que, puisque la société en commandite n'était pas reconnue comme constituant une personne juridique, les tiers qui traitaient avec la société, ne pouvaient avoir d'autres débiteurs que les associés *personnellement*, le commanditaire jusqu'à concurrence seulement du montant de sa commandite; — que, Paul Sandoz ayant été le seul associé indéfiniment responsable tant dans la première que dans la seconde Société Paul Sandoz & C^{ie}, il n'y avait donc pas eu en sa personne de changement de débiteur par rapport aux tiers ayant traité avec la première société et par le fait de la dissolution de celle-ci et de la constitution de la seconde société avec reprise de l'actif et du passif de la première; — que le seul effet des modifications apportées dans la constitution ou la composition de la société consistait en ce que, par suite de la reprise de l'actif et du passif de la première par la seconde société, les tiers ayant traité avec la première société se trouvaient avoir un débiteur de plus en la personne du commanditaire de la seconde; — que, d'autre part, et conséquemment, le concordat obtenu par une société en commandite l'était en réalité par les associés eux-mêmes et par eux seuls; — et que, dès lors, le concordat du 22 mai 1905 ayant été exécuté, le recourant se trouvait libéré de toute obligation tant envers les tiers ayant traité avec la première société qu'envers ceux ayant traité avec la seconde.

Cette argumentation repose sur diverses erreurs qu'il importe dès maintenant de rectifier.

Tout d'abord, s'il est exact que la société en commandite n'est pas reconnue comme constituant une personne juridique (RO 24 II Nr. 85, consid. 2 p. 734 et suiv.), il faut bien voir en elle néanmoins un groupement particulier de droits

et d'obligations, — une unité de biens distincte qui laisse subsister à côté ou en dehors d'elle les biens personnels des associés et la faculté pour ceux-ci de contracter pour leur compte particulier sans engager du même coup cette unité, — en un mot, une sorte de masse à laquelle incombe en premier lieu la responsabilité des engagements contractés en son nom (art. 597 CO) et qui ne fait tomber à la charge des personnes à la réunion ou à la volonté desquelles elle doit son existence, qu'une responsabilité subsidiaire (art. 601, 609, 603 *ibid.*), — enfin, l'un des sujets passifs possibles du droit de poursuite, c'est-à-dire un débiteur susceptible de poursuite directement et comme tel (art. 46 al. 2; 65 al. 1 et chiff. 4; 39 al. 1 et chiff. 6 LP).

De ce qui précède, il résulte déjà qu'une société en commandite peut *elle-même* obtenir le bénéfice d'un concordat et que, en pareil cas, c'est aussi la société *elle-même* qui apparaît comme la débitrice concordataire, tandis que le recourant part de cette idée erronée que ce seraient les associés personnellement qui revêtiraient, eux-mêmes et eux seuls, cette qualité de débiteurs concordataires. Ce qui est vrai, en revanche, c'est que le concordat obtenu par une société en commandite a pour effet de réduire, dans la mesure qu'il détermine, non seulement la responsabilité primaire de la société, mais encore la responsabilité subsidiaire des associés, et que, s'il est exécuté, il libère de leurs engagements envers les tiers ayant contracté avec la société aussi bien celle-ci que les associés eux-mêmes (voir Jäger, Komm., note 1 ad. art. 293 et note 3 ad art. 303; Reichel, — Weber und Brüstlein, — note 12 ad art. 293, p. 434; comp. arrêt du Tribunal fédéral du 19 décembre 1901 en la cause Caisse d'Epargne de Zofingue contre Haab, cons. 3, Journ. des Trib. et Rev. jud., 1902, p. 332).

IV. — Faisant application de ces principes en l'espèce, et puisque la créance dont se prévaut l'intimé, résulte de billets de change qui, incontestablement, ont été souscrits par la première Société en commandite Paul Sandoz & C^{ie} ou, en son nom, par ceux qui avaient qualité pour agir pour elle,

l'on doit reconnaître tout d'abord que c'est bien la dite société qui était elle-même, et en premier lieu, la débitrice des sommes portées dans ces billets et de tous accessoires légittimes, et que Paul Sandoz, en sa qualité d'associé indéfiniment responsable dans cette société, n'était le débiteur de ces mêmes sommes qu'à titre subsidiaire et sous les conditions établies aux art. 601 et 609 CO. — L'on doit reconnaître également que, par le concordat obtenu par cette société le 14 juillet 1903, l'obligation principale de la société et l'obligation subsidiaire de l'associé indéfiniment responsable se sont trouvées réduites dans la mesure déterminée par ce concordat, c'est-à-dire que l'un et l'autre, société et associé, ont été mis au bénéfice de plus longues échéances ou d'une sorte de sursis, et d'une réduction du taux de l'intérêt dont les sommes dues étaient susceptibles.

La question se pose maintenant de savoir si ces obligations principales et subsidiaires de cette première société et de celui qui s'en trouvait faire partie comme associé indéfiniment responsable, ont cessé d'exister pour cette société et cet associé par le fait que la dite société s'est dissoute à la date du 22 août 1903 et que l'actif et le passif en ont été repris à cette même date par la seconde Société Paul Sandoz & C^{ie}.

V. — En ce qui concerne la dissolution même de la (première) société, il convient de remarquer que, normalement, elle aurait dû être immédiatement suivie de liquidation conformément aux art. 611 et 580 à 589 CO, — que cette liquidation, si elle eût été entreprise, n'aurait pu, en tous cas, avoir pour effet de modifier, au préjudice des créanciers, la situation résultant du concordat du 14 juillet 1903 et aurait dû, conséquemment, être menée de manière à respecter les clauses de ce concordat, sous peine de voir révoquer ce dernier, suivant l'art. 315 LP, — et, enfin, que cette liquidation n'aurait pu dégager la responsabilité personnelle subsidiaire de Sandoz à l'égard des créanciers de la société que pour autant que ceux-ci se seraient trouvés dores et déjà désintéressés par le moyen même de cette liquidation, les droits

découlant pour ces créanciers de la responsabilité personnelle subsidiaire de Sandoz étant ceux prévus aux art. 590 al. 1, 601, 611, 585 et 586 CO. — La dissolution même de cette première société n'a donc pas fait disparaître les obligations de cette dernière envers ses créanciers, non plus que la responsabilité subsidiaire de Sandoz à raison de ces obligations; et ce n'est pas non plus par l'effet d'une liquidation au sens des art. 611 et 580 à 589 CO que ces obligations et cette responsabilité auraient cessé d'exister, puisque précisément il n'est intervenu aucune liquidation semblable.

VI. — Quant à la reprise de l'actif et du passif de cette première société par la seconde, il est à noter qu'il a convenu aux deux associés Sandoz et Lugeon composant la première société de *dissoudre* celle-ci, et à Sandoz de constituer avec l'aide de Joseph une *nouvelle* société en commandite sous la même raison que la précédente. Le résultat, au point de vue juridique, de cette combinaison est que l'on se trouve avoir affaire avec deux sociétés en commandite *distinctes*, avec deux unités ou deux masses différentes, quand bien même dans l'une et l'autre de ces deux sociétés l'on retrouve le même seul associé indéfiniment responsable, Sandoz, et la même raison sociale, Paul Sandoz & C^{ie}. Dès lors, le fait que la première de ces sociétés faisait reprendre son actif et son passif par la seconde, ne pouvaient évidemment la libérer elle-même envers ses créanciers que si, à l'égard de ceux-ci, cette reprise d'actif et de passif pouvait être considéré comme entraînant, pour une raison ou pour une autre, par exemple ensuite de leur consentement exprès ou tacite, la novation de leurs créances au sens de l'art. 142 chiff. 2 CO (comp. arrêts du Tribunal fédéral, du 14 janvier 1893, en la cause Labhardt & C^{ie} contre Resch et Knopp, RO 19 n° 43, cons. 5, p. 262). Mais, ainsi que cela ressort du jugement dont recours, le défendeur a formellement déclaré, au cours des plaidoiries devant l'instance cantonale, ne pas invoquer la novation, et le demandeur a pris acte de cette déclaration. Dans ces conditions, l'on ne saurait même examiner cette question de novation, et l'on doit, conséquem-

ment, admettre que, par cette reprise d'actif et de passif, la seconde société ne s'est pas *substituée* à la première envers les créanciers de celle-ci, ou du moins, et en tout cas, pas envers la Banque populaire suisse aux droits de laquelle se trouve actuellement le demandeur, et qu'elle n'a fait bien plutôt que se constituer, aux côtés de sa devancière, la *co-débitrice* de cette dernière soit envers ses créanciers, soit, tout au moins, envers le demandeur ou son prédécesseur en droit, la Banque populaire. De ce qui précède, il résulte ainsi qu'en sa qualité d'associé indéfiniment responsable dans l'une comme dans l'autre de ces deux sociétés, Sandoz assumait, à l'égard de la créance dérivant des billets de change susrappelés, et à titre subsidiaire, une double responsabilité, et qu'il pouvait, dès lors, être recherché tant à raison du nouvel engagement contracté par la seconde société qu'à raison de l'engagement qu'avait contracté la première société et qui continuait à subsister à côté de l'autre, bien entendu sans que cela pût aboutir à procurer au créancier le paiement de sa créance deux fois.

VII. — Dans ces conditions, il est clair que le concordat obtenu par la seconde société à la date du 22 mai 1905 n'a pu avoir d'effets, par répercussion, que sur la responsabilité subsidiaire encourue par le recourant du chef de cette seconde société, car l'obligation incombant à la première société ne pouvait être touchée par ce concordat et demeurait entière; et, conséquemment, pour l'exécution de cette obligation, incombant à la première société, le recourant pouvait être également recherché puisqu'il se trouvait avoir fait partie de cette première société aussi comme associé indéfiniment responsable.

Devant l'instance cantonale, le recourant semble avoir invoqué l'art. 303 al. 2 LP (en même temps que l'art. 317 al. 2 *ibid.*) pour soutenir que le demandeur, — s'il était créancier tout à la fois de la seconde société et de lui-même, le recourant, personnellement, comme associé indéfiniment responsable dans la première société, — aurait perdu tous ses droits contre lui parce qu'il ne lui aurait pas adressé l'avis

prévu au dit art. 303 al. 2. Mais c'est à bon droit que l'instance cantonale a écarté ce moyen et admis que c'était au contraire de l'art. 303 al. 1 qu'il y avait lieu de faire application en l'espèce, puisque l'instance cantonale a constaté en fait et qu'il ressort d'ailleurs des termes mêmes du jugement d'homologation du 22 mai 1905 que le demandeur, loin d'avoir *adhéré* à ce concordat, y a même fait opposition.

VIII. — Il ne reste plus ainsi à examiner que la question de savoir si la demande peut se heurter encore au concordat obtenu par la première société, en ce sens que le demandeur serait tenu d'attendre l'échéance successive des termes de paiement fixés dans ce concordat et de se contenter d'un intérêt au taux du 3 % au lieu de celui qu'il réclame au taux du 5 %.

A cet égard, l'on peut relever cette singularité, c'est que la révocation du concordat homologué en faveur de la première société le 14 juillet 1903 a été poursuivie et prononcée contre la seconde société. Mais, ainsi que le constate en fait l'instance cantonale, sans que cette constatation ait été attaquée en aucune manière, le recourant n'a même pas cherché à se prévaloir de cette circonstance comme d'une cause de nullité du jugement de révocation du 5 octobre 1904, il n'a pas demandé à être mis, nonobstant ce jugement de révocation, au bénéfice du sursis que constituait en quelque sorte le concordat du 14 juillet 1903, ni à n'être condamné au paiement d'intérêts qu'au taux du 3 % fixé par ce concordat. Dans ces conditions, l'on pourrait même se dispenser de discuter ce point davantage, puisque le recourant n'a lui-même jamais invoqué ce moyen à l'encontre de la demande et que, ce jour encore, à la barre, il n'en a pas dit mot. Cependant, l'on peut remarquer que, ce moyen eût-il été soulevé devant l'instance cantonale et maintenu encore devant le Tribunal fédéral, il n'en aurait pas moins dû être écarté au fond. Sans doute, et à vrai dire, pour procéder d'une manière absolument correcte, le demandeur aurait dû requérir à cette époque déjà la réinscription de la première Société Paul Sandoz & C^{ie} au Registre du commerce pour

que la demande de révocation du concordat du 14 juillet 1903 pût être instruite et poursuivie contre elle contradictoirement, suivant la règle en pareil cas. Toutefois, en l'espèce, le demandeur pouvait procéder aussi plus simplement en raison tant de la nature particulière du jugement de révocation d'un concordat que des circonstances tout exceptionnelles dans lesquelles se présentait cette affaire lors de la demande de révocation du 12/17 août 1904. Il ne faut pas oublier, en effet, qu'à cette époque la première Société Paul Sandoz & C^{ie} se trouvait, depuis un an environ, complètement radiée du Registre du commerce comme si la liquidation en avait été régulièrement opérée, et que, avant que le demandeur pût obtenir la réinscription d'office de cette société au dit Registre, il pouvait s'écouler un temps assez long, ainsi que le démontre le fait que la demande de réinscription, du 1^{er} mai 1905, n'a pu atteindre son but que par l'arrêté du Conseil fédéral du 1^{er} décembre 1905, soit au bout de sept mois seulement. Or, si cette première société a été dissoute et radiée du Registre du commerce sans qu'il ait été même allégué que la liquidation en aurait été confiée au recourant lui-même, ainsi que cela eût été possible aux termes des art. 611 et 580 CO, et sans que, d'autre part, soit intervenue et ait été rendue publique, conformément aux mêmes articles, la nomination d'autres liquidateurs, le fait que cette société se trouvait ainsi, quoique en état de liquidation, momentanément sans représentant, ne pouvait préjudicier aux droits du demandeur qui, en vertu de l'art. 315 LP, avait la faculté de faire prononcer, en ce qui le concernait, la révocation du concordat du 14 juillet 1903 dès que celui-ci demeurerait inexécuté envers lui. — D'un autre côté, l'on doit rappeler que le jugement de révocation d'un concordat n'a pas le caractère d'un *jugement* proprement dit, c'est-à-dire d'une décision *judiciaire* intervenant dans une affaire *contentieuse* (comp. Jæger, notes 4 ad art. 315 et 3 ad art. 293) et pour l'obtention de laquelle la procédure *contradictoire*, les cas de défaut réservés, soit absolument de rigueur. La procédure de révocation de concordat, de

même que le prononcé auquel elle aboutit, apparaît bien plutôt comme l'une des phases de la procédure de poursuite ou d'exécution forcée à laquelle il peut être suivi parfois sans même que le débiteur puisse exiger d'être préalablement entendu (ainsi dans le cas de l'art. 189 LP). D'ailleurs il est admis que, partout où il existe, le droit qu'a toute partie d'être préalablement entendue par le juge, quel que soit l'ordre auquel ce dernier appartienne, rentre dans la catégorie des droits constitutionnels prévus à l'art. 175 chif. 3 OJF; si donc le recourant avait voulu prétendre que ce droit avait été violé, à son préjudice ou à celui de la Société Paul Sandoz & C^{ie} en liquidation, par le jugement du 5 octobre 1904, il aurait pu attaquer en son nom ou en celui de la société ce jugement ou le faire attaquer éventuellement par tel autre représentant qualifié de la société, par la voie du recours de droit public dans les soixante jours dès celui où il en a eu connaissance; mais il ne paraît même pas y avoir songé.

Des considérations qui précèdent, il résulte qu'en tout état de cause l'on doit admettre que le concordat du 14 juillet 1903 a été valablement révoqué à l'égard du demandeur et ne peut donc plus être opposé à ce dernier, même par le recourant, car il est clair que, de même que l'homologation du concordat d'une société en commandite profite, en même temps qu'à cette société, aux associés personnellement, la révocation de ce concordat doit déployer ses effets aussi bien envers les associés personnellement qu'envers la société elle-même.

IX. — De tout ce que dessus, l'on doit conclure: d'une part, que, la première Société Paul Sandoz & C^{ie} étant actuellement dissoute, quoique encore en état de liquidation, c'est, au regard de l'art. 601 CO. à bon droit que l'intimé poursuit le recourant au paiement immédiat et intégral de sa créance, puisque celle-ci a continué à subsister entière tant contre la dite société que contre le recourant personnellement et qu'elle ne se trouve plus affectée en quoi que ce soit par le concordat du 14 juillet 1903; d'autre part, que le recourant

est tenu encore au paiement de cette même créance, mais ici jusqu'à concurrence du 10 % seulement, en vertu du concordat du 22 mai 1905, en sa qualité d'associé indéfiniment responsable dans la seconde Société Paul Sandoz & C^{ie}. En d'autres termes, au paiement du 10 % de cette créance, le recourant est tenu en une double qualité, à savoir comme associé indéfiniment responsable tant de la seconde que de la première Société Paul Sandoz & C^{ie}; il n'est plus tenu au paiement du solde qu'en sa qualité d'associé indéfiniment responsable de la première de ces sociétés.

En principe donc, le jugement de l'instance cantonale doit être confirmé.

X. — Sur la question de chiffre, et bien qu'aucun compte n'ait été produit dont le solde corresponde exactement à la somme réclamée, l'instance cantonale a constaté en fait, — sans que cette constatation ait été attaquée comme étant en contradiction avec les pièces du dossier ou comme reposant sur une appréciation des preuves intervenues contraire aux dispositions légales fédérales, — qu'aucune discussion n'avait surgi entre parties ni en cours de procédure ni même lors des plaidoiries au fond. Il n'y a donc aucune raison pour le Tribunal fédéral de revoir cette question-là. Sans doute, le représentant du recourant a, ce jour, à la barre, mais incidemment seulement, allégué que le concordat du 22 mai 1905 aurait été immédiatement suivi d'exécution, d'où l'on pourrait déduire que l'intimé aurait déjà reçu le 10 % de la somme au paiement de laquelle le recourant a été condamné envers lui; mais c'est là un *fait nouveau* qui n'a pas été allégué devant l'instance cantonale et dont, conséquemment, le Tribunal fédéral, au regard de l'art. 80 OJF, ne saurait tenir compte. Au surplus, aucune pièce du dossier n'est de nature à établir l'exactitude de ce nouvel allégué du recourant.

XI. — Enfin, l'instance cantonale a déclaré la somme capitale de 31 622 fr. 70 c. susceptible d'intérêts, au taux légal ordinaire du 5 %, dès le 15 avril 1905, soit dès le jour de la notification du commandement de payer, poursuite n° 8369,

ce conformément aux conclusions mêmes du demandeur lequel, apparemment, entendait invoquer ainsi à ce sujet les art. 117 al. 1 et 119 al. 1 CO. Sur ce terrain des art. 117 al. 1 et 119 al. 1 CO, il pourrait cependant s'élever des doutes sur la question de savoir si l'interpellation adressée au recourant par le demandeur au moyen du commandement de payer susrappelé pouvait constituer le recourant en demeure pour autre chose que ce pourquoi le dit recourant pouvait être recherché en sa qualité d'associé indéfiniment responsable dans la seconde Société Paul Sandoz & C^{ie}, car cette poursuite n° 8369 n'a été dirigée contre le recourant qu'en sa qualité d'associé indéfiniment responsable dans cette seconde société et que pour ce qu'il pouvait être appelé à payer en cette qualité. Si donc, toujours sur la base des articles précités, le recourant n'a été constitué en demeure que pour autant qu'il était responsable des dettes de la seconde société, les effets de cette demeure au point de vue des intérêts ne sauraient se déployer qu'à l'égard de la somme au paiement de laquelle le recourant pouvait être condamné à raison de sa responsabilité du chef de cette seconde société. Pour le surplus, l'interpellation du débiteur par le créancier ne daterait que du jour de l'introduction de cette instance ou peut-être encore que du jour où la demande a été modifiée de manière à porter sur la question de responsabilité du recourant non plus seulement du chef de la seconde société, mais encore du chef de la première.

Toutefois le recourant n'a pas attaqué le jugement du 10 avril 1906 spécialement sur ce point qu'il n'a ni mentionné dans sa déclaration de recours ni discuté dans les plaidoiries de ce jour. Au regard de l'art. 67 al. 2 OJF, l'on doit donc considérer que le recours ne porte pas sur ce point, et, conséquemment, il n'y a pas lieu de s'arrêter davantage à cette question. — L'on peut, cependant, remarquer que la somme réclamée par l'intimé, de 31 622 fr. 70 c., paraît représenter le solde *en capital* des billets de change qui se trouvent à l'origine de cette affaire, et que, partant, l'intimé aurait été en droit, — comme l'endosseur de ces billets, la Banque

populaire, dont il a pris la place, — de compter les intérêts à lui dus à un taux supérieur à celui qu'il a lui-même fixé dans sa demande (comp. 768 et 709 CO), et dès l'échéance même de ces billets, qui tous ont été protestés, sans avoir besoin de recourir à une nouvelle interpellation.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté, et, conséquemment, le jugement du Tribunal cantonal de Neuchâtel, du 10 avril 1906, confirmé.

64. Urteil vom 21. September 1906

in Sachen **Wuhrmann** Kl. u. Hauptber.-Kl., gegen **Wettstein**,
Bekl. u. Anschl.-Ber.-Kl.

Haftung des Zeitungsredakteurs für unerlaubte Handlungen (Ehrverletzung durch die Druckerpresse). Art. 50 und 55 OR. — Verhältnis zum Strafrecht und Strafprozess. — Tat- und Rechtsfrage (Vorwurf der unrichtigen Behandlung eines Soldaten im Wiederholungskurse und des Mitverschuldens am Tode desselben). — Objektive Widerrechtlichkeit und Verschulden. — Mass der Entschädigung; Mitverschulden des Klägers; Anwendbarkeit des Art. 55 OR trotz diesem Mitverschulden.

A. Durch Urteil vom 28. März 1906 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich über die Streitfrage :

Sind die Beklagten verpflichtet, an den Kläger 5000 Fr. nebst Zins zu 5 % seit 1. April 1905 zu bezahlen ?
erkannt :

Der Beklagte Dr. Wettstein ist pflichtig, dem Kläger 500 Fr. nebst Zins zu 5 % seit dem 1. April 1905 zu bezahlen. Die Mehrforderung wird abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil haben rechtzeitig und in richtiger Form der Kläger die Haupt- und der Beklagte Dr. Wettstein die An-schlußberufung an das Bundesgericht ergriffen.