

die Unhaltbarkeit ihrer Rechtsprechung selbst einsehen werden. Dem Schuldner darf umsoeher zugemutet werden, sein Stundungsgesuch frühzeitig anzubringen, als er schon in der Konkursandrohung ausdrücklich auf diesen Rechtsbehelf aufmerksam gemacht wird.

Für die Anfechtung gestützt auf Art. 288 SchKG aber fehlt es jedenfalls an dem Erfordernis, dass der Klägerin erkennbar war, die Gemeinschuldnerin beabsichtige, sie (die Klägerin) durch die Anschaffung der Kesselwagen zum Nachteil der anderen Gläubiger zu begünstigen, steht doch dahin, ob die Klägerin von diesem Vorhaben etwas erfuhr, bevor die Wagen der Gemeinschuldnerin zugeführt wurden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 15. November 1927 bestätigt.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

24. Arrêt de la I^{re} Section civile du 22 février 1928
dans la cause **D^r Pozzi** contre **Commune d'Orsières**.

Critères de distinction entre fonctionnaire chargé d'un service public et médecin lié par un contrat de droit privé.

Résumé des faits :

Au printemps de l'année 1917, les communes d'Orsières, de Liddes et de Bourg-St-Pierre, en Valais, ont passé avec le D^r Félix Pozzi un contrat aux termes duquel ce médecin s'engageait « à donner les soins médicaux aux populations des trois communes contractantes » (art. 1^{er}), à faire notamment « une visite officielle

hebdomadaire à Bourg-St-Pierre, Liddes Ville et dans la vallée de Ferret jusqu'à Issert dans les locaux qui devront être mis à sa disposition à cet effet » (art. 2). Il lui était alloué « un traitement annuel de 3000 fr. payable à la fin de chaque trimestre par chaque commune proportionnellement au chiffre de la population, suivant le dernier recensement fédéral » (art. 4). Et la commune d'Orsières se chargeait de fournir gratuitement au médecin le logement, l'éclairage, le chauffage et l'eau (art. 3). Le contrat fixe le « prix des visites » et les honoraires de consultations dans le cabinet du médecin ou les locaux mis à sa disposition. Pour tous les procédés spéciaux de diagnostic, les interventions chirurgicales, les accouchements, etc., et pour tous les traitements divers et spéciaux, le contrat (art. 7) déclare applicable l'arrêté du 1^{er} juin 1915 fixant le tarif médical en Valais entre les médecins et les caisses-maladies reconnues. Le médecin avait l'obligation de tenir les principaux médicaments pharmaceutiques et de les vendre aux prix fixés par le tarif fédéral. Le contrat était conclu pour une durée de trois ans (15 juillet 1917 au 15 juillet 1920).

Faute de dénonciation, le contrat continua par tacite reconduction jusqu'en 1925, époque à laquelle il fut résilié par la commune d'Orsières.

Le D^r Pozzi a assigné la commune d'Orsières en paiement de 10,000 fr. de dommages-intérêts, pour cause de renvoi abrupt.

Par jugement du 8 septembre 1927, le Tribunal cantonal valaisan a débouté le demandeur, qui a recouru en réforme au Tribunal fédéral.

Extrait des considérants :

Le fait que le Tribunal cantonal s'est saisi de la cause n'est pas décisif pour la recevabilité du recours en réforme (RO 46 I, p. 150 ; 52 II, p. 464). La recevabilité dépend de la question de savoir si le litige relève du droit

civil fédéral ou du droit public cantonal, et la solution de cette question dépend elle-même du caractère de droit public ou de droit privé du rapport de droit litigieux.

La limite entre droit public et droit privé n'est pas nette. Leur démarcation est parfois malaisée. La jurisprudence et la doctrine sont encore hésitantes quant aux critères de solution proposés. Un seul et même contrat peut comprendre des éléments de droit public et des éléments de droit privé. Selon la prédominance et l'importance relative des uns ou des autres, on rangera le rapport juridique dans le domaine du droit privé ou dans celui du droit public (RO 9, p. 212 ; 13, p. 347 ; 46 I, p. 149. cons. 2 ; 47 II, p. 503 *in fine* ; 49 II, p. 434 et suiv. ; 50 I, p. 75 et suiv., cons. 5 ; cf. FLEINER, Schw. Bundesstaatsrecht, p. 237 et suiv.).

Qu'en est-il en l'espèce ? Le demandeur est-il un fonctionnaire ou un employé public des trois communes intéressées (v. art. 362, al. 1 CO) ?

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral (RO 40 II, p. 85, cons. 2 ; 47 II, p. 469 ; cf. 52 II, p. 463), le critère objectif de la distinction entre droit public et droit privé réside, sur le terrain de l'art. 56 OJF, en ce que ce dernier droit régit les rapports juridiques entre des sujets de droit de même nature (*gleichartig*), de même ordre (*gleichwertig*) et égaux en droits (*gleichberechtigt*), tandis que le droit public règle la subordination du citoyen à l'autorité de l'Etat. « Ce qui, d'une façon générale, caractérise le fonctionnaire, dit l'arrêt Mayer c. Etat de Neuchâtel, du 18 mars 1921 (RO 47 II, p. 45), ce n'est pas la nature des devoirs de sa charge, ce n'est pas non plus simplement le mode de sa nomination, c'est bien plutôt le rapport particulier de subordination qui existe entre lui et l'Etat, c'est le fait qu'il est au *service* de l'Etat. Ce rapport implique non seulement l'obligation de remplir consciencieusement certains devoirs particuliers, mais aussi une obligation générale

de fidélité et d'obéissance envers l'Etat. » Celui-ci peut exiger par voie disciplinaire que le fonctionnaire s'acquitte des devoirs de sa charge (RO 12, p. 710).

La doctrine la plus autorisée est d'accord avec cette jurisprudence (v. FLEINER, op. cit., p. 237 et suiv. et 241 et suiv.). Cet auteur met aussi l'accent sur le pouvoir de l'Etat de contraindre le fonctionnaire à accomplir son devoir : « Nur derjenige Dienstpflichtige, den der Staat zwangsweise zur Erfüllung seiner Amtspflichten halten kann, ist Beamter. »

Il appartient à l'Etat d'aviser aux moyens propres à assurer l'accomplissement des tâches qui lui incombent. Il a le choix entre deux voies : il peut, comme un particulier, conclure des contrats de droit privé (par ex. des contrats d'entreprise ou de travail) ; il peut aussi créer un service public spécial et nommer un fonctionnaire ou un employé pour remplir cet office.

La défenderesse a choisi le moyen du contrat de travail de droit privé. La convention des parties ne repose pas sur une loi cantonale, comme c'est le cas, par ex. au Tessin pour les *medici condotti*, ni même sur des règlements communaux prévoyant la nomination de médecins chargés d'un office sanitaire public et réglant leurs rapports de service avec l'autorité. Les trois communes intéressées se sont bornées à favoriser l'établissement d'un médecin privé dans la contrée en lui versant un subside annuel sans lequel, vraisemblablement, aucun praticien n'aurait intérêt et ne se déciderait à élire domicile dans cette région montagneuse, dont les ressources sont assurément très limitées. Orsières, Liddes et Bourg-St-Pierre agissent certes dans l'intérêt public, car les habitants de ces communes ont un intérêt évident à ce qu'il y ait un médecin dans la vallée. Mais, comme on vient de le relever, le fait qu'une personne est chargée, par une administration publique, d'une activité dont bénéficie la communauté ne confère pas encore le caractère de droit public au rapport juridique ainsi créé. Le

contrat ne revêt pas le médecin d'une parcelle du pouvoir public et ne le place dans aucun rapport de subordination. Le demandeur n'est pas soumis à des chefs hiérarchiques qui seraient en droit de le contraindre, par voie disciplinaire, à s'acquitter des devoirs de sa charge. Il n'a pas davantage « une obligation générale de fidélité et d'obéissance » envers les trois communes. Dans le cadre du contrat, il pratique l'art médical librement et sous sa propre responsabilité, sans obéir à des ordres de service, et ses actes n'engagent point la responsabilité de la corporation de droit public qui a conclu le contrat avec lui, comme ce serait le cas s'il était fonctionnaire.

Le demandeur a simplement pris l'engagement contractuel de se tenir à la disposition de la population des trois communes, en qualité de médecin et de pharmacien, et de respecter, dans ses rapports avec ses clients, un certain tarif. Il ne s'est même pas obligé à visiter et à soigner gratuitement certaines personnes, par exemple les indigents, ni à exercer un contrôle médical, sur les écoles et les prisons, par exemple. Tout autre est la position du médecin placé par l'Etat à la tête d'un service ou d'un établissement médical public (un hôpital cantonal, par ex.: cf. RO 44 II, p. 54 et suiv.; 48 II, p. 418; 49 I, p. 544; cf. aussi sur les éléments caractéristiques d'une charge de fonctionnaire RO 12, p. 709).

Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le recours.

25. Urteil der I. Zivilabteilung vom 29. Februar 1928

i. S. Fleischhandel A.-G. gegen Fleischwaren A.-G.

Firmenrecht. Deutliche Unterscheidbarkeit der Firmen von Aktiengesellschaften (OR 873): verneint hinsichtlich der Firmen « Fleischhandel A.-G. » und « Fleischwaren A.-G. »

A. — Die Firma Carl Walder betrieb in Zürich zwei Metzgereigeschäfte, die sie am 25. Oktober 1923 an

die gleichen Tages gegründete Walder A.-G. verkaufte. Laut Handelsregistereintrag konnte diese auch « andere Metzgereien, Wurstereien erwerben, Vieh- und Fleischhandel betreiben, Filialen errichten, sich an Unternehmungen gleicher oder verwandter Branchen beteiligen oder mit solchen fusionieren ».

Die ausserordentliche Generalversammlung vom 11. November 1926 beschloss die Umwandlung der Firma Walder A.-G. in « Fleischwaren A.-G. » und die Verlegung des Geschäftssitzes von Zürich nach Wallisellen. Als Gesellschaftszweck wurde im Handelsregister angegeben: « der Betrieb der Fleisch-, Wurstwaren- und Konservenfabrik Wallisellen », mit dem Zusatz, dass die Gesellschaft auch « Metzgereien und Wurstereien erwerben, Vieh- und Fleischhandel betreiben, Filialen errichten, sich an Unternehmungen gleicher oder verwandter Branchen beteiligen, oder mit solchen fusionieren, sowie sich in andern Artikeln der Nahrungsmittelbranche betätigen könne ».

B. — Am 27. Juli 1927 wurde die « Fleischhandel A.-G. » mit Sitz in Zürich gegründet, deren Zweck im « Betriebe einer Schlächtereier und im Handel mit Fleisch und Fleischwaren » besteht, die sich aber ausdrücklich vorbehalten hat, ihr Geschäft auch auf andere « verwandte Geschäftszweige auszudehnen und sich an anderen Unternehmungen der Fleischbranche, Viehhandel und Import zu beteiligen ». Mitglieder des Verwaltungsrates sind: Josef Guldemann, Kaufmann, und Traugott Conrad, Viehhändler, beide in Brugg. Letzterer ist zugleich Aktionär der Fleischwaren A.-G.; ersterer war eine Zeitlang deren Handlungsbevollmächtigter. Als Angestellter der Firma C. Kraft & C^{ie} in Brugg (deren Teilhaber C. Kraft Hauptaktionär der Fleischwaren A.-G. ist, und schon der Walder A.-G. war) wurde Guldemann von seiner Dienstherrin, angeblich im Herbst 1925, beauftragt, sich in Zürich bei der Walder A.-G. zu betätigen und hernach in Wallisellen bei der Fleisch-