

gänzlich illusorisch gemacht werden. Der Gläubiger brauchte dann nur vom andern Bürgen nur die Hälfte zu verlangen und auf jede weitere Forderung gegen die Bürgen zu verzichten, d. h. selbst den Anteil des Bürgen zu übernehmen, dessen Bürgschaft ungültig ist (LARDELLI, a.a.O. S. 45 f.). Auf diese Weise wäre man wieder bei der Praxis wie unter dem alten Obligationenrecht angelangt, welche der Gesetzgeber verlassen wollte.

7. — Die Berufungsklägerin hat sich noch auf Art. 25 Abs. 2 OR berufen, wonach der Irrende den Vertrag geltend lassen muss, wie er ihn verstanden hat, sobald der andere sich hiezu bereit erklärt. Der Kläger mache in Wirklichkeit einen Irrtum über eine solche Voraussetzung geltend, nämlich über die Voraussetzung, dass Frau Meyer-Schaffner mithafte; der Kläger habe den Vertrag so verstanden: dass er gegen aussen solidarisch hafte, sich intern aber für die Hälfte an Frau Meyer-Schaffner schadlos halten könne, diese Schadloshaltung sei aber bereits eingetreten. Allein Art. 497 Abs. 3 kann nicht mit Art. 23 ff. OR kombiniert werden. Der Irrtum über die hier streitige Voraussetzung ist kein wesentlicher im Sinne der Art. 23 ff. OR, und bei Art. 497 Abs. 3 handelt es sich um eine Spezialbestimmung, welche auch die Folgen beim Fehlen der Voraussetzung abschliessend regelt.

8. — Die Berufungsklägerin hat ferner geltend gemacht, die Berufung des Klägers auf Art. 497 Abs. 3 verstosse gegen den Art. 2 ZGB. Allein wenn die Berufung des Klägers auf Art. 497 Abs. 3 gegen Treu und Glauben verstossen würde, so müsste dasselbe von der Berufung desjenigen Bürgen auf Art. 497 Abs. 3 gesagt werden, der von dem Gläubiger nur für den Teil belangt wird, den er auch bei Eintreffen der Voraussetzung hätte an sich tragen müssen. Damit würde man dem Willen des Gesetzgebers aber wiederum nicht gerecht. Aus den Akten ergeben sich übrigens keine Umstände: welche die Einwendung des Klägers als ganz besonders anstössig erscheinen liessen. Es ist namentlich nicht bewiesen, dass der

Kläger vom Fehlen der vormundschaftlichen Genehmigung wusste, als er sein Einverständnis erklärte, dass die Bank zuerst gegen Frau Meyer-Schaffner vorgehe, und ausserdem fügte der Kläger der Beklagten keinen Schaden zu, indem er sie veranlasste, zuerst die Betreibung gegen Frau Meyer einzuleiten und durchzuführen.

Das nicht in allen Teilen befriedigende Ergebnis dieses Prozesses ist daher auf den kategorischen Wortlaut und Sinn des Art. 497 Abs. 3 zurückzuführen (vgl. dazu auch OSER, Kommentar, 1. Aufl. S. 867).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann, und das Urteil des Kantonsgerichtes von Graubünden vom 19./20. Juli 1932 wird bestätigt.

6. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 31 janvier 1933
dans la cause **Veuve Pauchard contre Demoiselle Lévy.**

Responsabilité extra-contractuelle de la masseuse qui traite un malade sans tenir compte de symptômes suspects et persiste dans les massages malgré l'absence d'amélioration (consid. 2).
Motifs de réduction des dommages-intérêts. Faute concomitante d'un tiers (consid. 3).

A. — Au mois de juin 1925, Denise Lévy, âgée alors d'environ neuf ans, fit une chute au Salève. Quelques jours plus tard, elle ressentit des douleurs à la cheville gauche et se mit à boiter. Après un certain temps, les parents consultèrent un médecin. Le 15 juillet 1925, le Dr Colomb prescrivit des compresses et du repos. L'enflure et les douleurs disparurent au bout de quelques semaines, mais une marche un peu longue les fit réapparaître en automne. Le 12 octobre, le Dr Colomb plaça la jambe dans un plâtre pour trois semaines; l'enflure se dissipa puis reparut. Au mois de novembre, le Dr Machard, appelé en consultation, appliqua un second plâtre et,

d'entente avec le Dr Colomb, fit procéder en clinique à un traitement aux rayons ultra-violet. La radiographie faite à cette époque montra des altérations de l'articulation de la cheville. Après avoir retiré l'enfant de la clinique, les parents ne firent plus pratiquer d'irradiations, bien que les médecins leur eussent dit que l'enfant souffrait non pas d'une simple entorse, mais d'une arthrite tuberculeuse.

Sur le conseil de diverses personnes, le père de Denise consulta, au mois de mars 1926, la masseuse Céline Pauchard en lui expliquant que sa fille avait fait une chute et que les soins médicaux étaient restés sans résultat. Dame Pauchard conteste avoir su qu'il y avait de la tuberculose. Croyant qu'il s'agissait d'une simple entorse, elle fit des massages pendant plus de deux mois. Les douleurs allèrent en augmentant, l'enflure devint plus considérable et l'enfant était sujette à des accès de fièvre. Des essais de marche conseillés par Dame Pauchard provoquèrent de fortes souffrances sans amener d'amélioration. A la fin du mois de mai 1926, constatant que l'enflure avait encore augmenté, Dame Pauchard fit un bandage serré, en maintenant la cheville par des fragments de boîtes d'allumettes. Les souffrances de l'enfant étaient devenues intolérables, les parents Lévy enlevèrent le bandage et constatèrent, disent-ils, que toute la jambe gauche était enflée, qu'elle devenait bleue jusqu'à la cuisse et que la cheville était tuméfiée.

Le professeur Roux, consulté à Lausanne, diagnostiqua une tuberculose tibio-tarsienne, sur le point de se généraliser. L'enfant a ensuite reçu les soins des médecins Raymond et Brand. La tuberculose a fistulé, mais il n'y a pas eu d'infection mixte. L'expertise médicale à laquelle il a été procédé plus tard a fait constater une incapacité partielle permanente de 20 %.

B. — Par exploit du 14 avril 1927, Lévy, agissant tant en son nom que comme représentant légal de sa fille Denise, a assigné Dame Pauchard devant le Tribunal de

première instance de Genève en paiement de la somme de 43 954 fr. 50...

La défenderesse a conclu à libération des fins de la demande. La cause du mal, dit-elle, dont souffre la fille du demandeur, réside dans la chute faite au Salève. Pendant de longs mois, les médecins n'ont pas trouvé de remède approprié ; c'est Lévy qui, de son propre chef, est venu demander des massages ; elle n'a pas posé de diagnostic et s'est bornée aux seuls soins qu'elle est autorisée à donner. Aucune faute ne lui est imputable.

C. — Le Tribunal a débouté le demandeur par jugement du 1^{er} octobre 1931 ; il considère que, si la défenderesse a commis une faute en ne se rendant pas compte qu'elle ne possédait point les connaissances nécessaires pour traiter la fillette, le demandeur a commis une faute concomitante qui, aux termes de l'art. 44 CO, lui enlève tout droit à des dommages-intérêts. Une indemnité n'est pas due non plus pour tort moral.

La Cour de Justice civile du Canton de Genève, par arrêt du 11 octobre 1932, a réformé le prononcé des premiers juges, condamné la défenderesse à payer à Lévy, en sa qualité de représentant de sa fille Denise, la somme de 17 828 fr. avec intérêts de droit, débouté Lévy de la demande formée par lui en son nom personnel, mis les dépens de première instance et d'appel à la charge de la défenderesse et débouté les parties de toutes autres ou contraires conclusions. L'indemnité allouée par la Cour comprend : 11 828 fr. pour diminution de la capacité de travail (15 %), 5000 fr. pour les souffrances endurées et le raccourcissement de la jambe, 1000 fr. pour honoraires d'avocat.

La Cour admet qu'en vertu de l'art. 44 CO, le demandeur n'a droit personnellement à aucune indemnité. Mais la faute qu'il a commise en s'adressant à une masseuse ne diminue point celle de la défenderesse. Une certaine réduction (15 % au lieu de 20 %) se justifie en revanche du fait que le demandeur a laissé sa fille sans soins pendant

quatre à cinq mois. La défenderesse aurait dû refuser de traiter le cas anormal de la jeune Denise. Sa faute est aggravée par sa persistance à procéder à des massages qui se sont révélés bientôt non seulement inopérants mais encore contre-indiqués.

D. — La défenderesse a recouru au Tribunal fédéral contre l'arrêt de la Cour de Justice civile. Elle a repris ses conclusions libératoires.

L'intimé a conclu, au nom de sa fille, au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt attaqué.

Considérant en droit :

1. — La Cour de Justice a rejeté la demande formée par Lévy en son nom personnel et celui-ci n'a pas recouru au Tribunal fédéral. A son égard, l'arrêt de la Cour est devenu définitif. Le débat porte dès lors seulement sur les réclamations formulées par Lévy au nom de sa fille mineure.

Entre la demanderesse et Dame Pauchard aucun lien contractuel ne s'est noué, car le père Lévy a fait procéder aux massages en son propre nom, dans l'exercice de sa puissance paternelle et dans l'accomplissement de ses devoirs de père, mais non en sa qualité de représentant légal. Seule la responsabilité extra-contractuelle de la défenderesse entre ainsi en considération (art. 41 et sv., en particulier 46 et 47 CO).

2. — Le père de la demanderesse s'est adressé à la défenderesse en sa qualité de masseuse pour qu'elle donnât ses soins professionnels au pied malade. A cette époque, le règlement d'application de la loi genevoise du 11 février 1929 sur l'exercice des professions médicales et auxiliaires n'existait pas, aux termes duquel le masseur ne peut pratiquer des massages que sur le vu du certificat d'un médecin. On ne peut donc imputer à faute à la défenderesse de n'avoir pas refusé d'emblée de s'occuper du cas tant que les massages n'étaient point ordonnés par un médecin. La défenderesse se défend d'avoir posé un

diagnostic et les experts déclarent (rapport du 10 avril 1930) que, d'une façon générale, il n'appartient pas au masseur de faire des diagnostics. Cette opinion trouve un appui dans la prescription citée du règlement; elle ne s'impose pas pour l'époque antérieure. Du moment que la défenderesse pouvait faire des massages en l'absence d'un certificat médical, elle était tenue de se montrer particulièrement prudente. Sans doute, ne pouvait-on s'attendre de sa part à un diagnostic scientifique: elle n'a pas fait des études de médecine et les experts estiment (p. 13 du rapport) « qu'une foulure simple et une enflure par tuberculose de la cheville ne présentent pas une différence d'aspect extérieur telle qu'on puisse exiger un diagnostic différentiel par une masseuse ». Mais elle devait cependant, avant de pratiquer les massages, chercher à se rendre compte de la nature du mal dont souffrait le fillette et, au lieu de se fier au simple aspect extérieur du pied, se demander si, vu les renseignements que lui fournissaient les parents, le traitement demandé n'était pas contre-indiqué. Il s'agissait en effet de massages demandés pour cause de maladie et non d'une simple mesure d'hygiène. La défenderesse aurait dû dès lors prendre en considération tous les symptômes suspects et, si ses connaissances professionnelles ne lui permettaient pas de les interpréter elle-même, s'informer auprès des médecins. La défenderesse n'a pas fait preuve de cette diligence. Il n'est à la vérité pas établi que Lévy ait parlé d'arthrite tuberculeuse comme il le prétend. Mais Dame Pauchard savait tout au moins que la jeune Lévy était malade depuis plus de six mois et que l'articulation atteinte ne guérissait pas malgré les soins médicaux donnés. Or, elle n'en a tenu aucun compte. C'est là ce que les experts lui reprochent comme une faute professionnelle. La Cour de Justice a fait sienne cette appréciation et a vu avec raison dans ce manquement une faute qui engage la responsabilité de la défenderesse en vertu de l'art. 41 CO. Le juge va toutefois trop loin en admettant que les mas-

sages se sont « révélés rapidement, non seulement inopérants, mais absolument contre-indiqués » et que le mal a empiré au fur et à mesure des massages. La Cour relate elle-même dans son exposé des faits que, pendant les premiers massages, les douleurs semblent n'avoir pas été très vives, et que c'est pendant la dernière période seulement qu'elles allèrent en augmentant, l'enflure devenant plus considérable. Les premiers juges précisent qu'après une première période douloureuse, il y a eu une accalmie, puis, vers la fin, des souffrances très violentes qui ont fait cesser le traitement. En revanche on peut reprocher à la défenderesse d'avoir persisté dans le traitement malgré l'absence d'amélioration notable (cf. RO 56 II p. 373).

3. — D'après les experts, « l'invalidité résiduelle de D^{lle} Lévy » est de « 20 % en tenant compte de l'atteinte à son intégrité corporelle et de sa diminution de capacité en général (élément esthétique et élément de capacité fonctionnelle) ». Cet état a son origine dans la chute faite par la jeune Lévy au Salève et l'arthrite tuberculeuse antérieures aux massages. Ceux-ci ont seulement aggravé le mal dans une mesure que les experts ne précisent pas et qu'il est impossible de déterminer exactement : « L'opinion générale admet actuellement sans discussion que le massage est absolument contre-indiqué dans une lésion inflammatoire tuberculeuse d'une articulation » (rapport d'expertise, p. 2). « Il est probable que, sans l'intervention malencontreuse de Dame Pauchard, la guérison aurait pu être obtenue sans destruction articulaire ... et que le dommage aurait été infiniment moindre qu'après les massages, tout en étant bien établi qu'il est impossible ... de fixer le degré de responsabilité du massage ». Les experts font, d'autre part, dépendre la guérison sans invalidité résiduelle de « soins donnés dès le début et d'une façon suivie et convenable par les méthodes actuellement reconnues comme les meilleures (immobilisation, rayons, etc.) ». Or, les parents ont retiré la jeune Denise de la

clinique malgré l'avis des médecins et ont interrompu les soins médicaux pendant plusieurs mois avant même de s'adresser à la défenderesse. On ne peut dès lors attribuer aux massages qu'une partie de l'incapacité permanente évaluée *in globo* à 20 % par les experts. Ce pour-cent comprend aussi, pour une portion indéterminée, l'élément esthétique qui ne peut guère entrer en ligne de compte ici dans le cadre de l'art. 46. Aux termes de cette disposition, les dommages-intérêts (outre le remboursement des frais) sont dus, en cas de lésions corporelles, pour l'incapacité de travail (en prenant en considération l'atteinte portée à l'avenir économique). Lorsque, comme en l'espèce, l'élément esthétique (la jambe est raccourcie de 2 cm. et demi à 3 cm.) ne paraît pas de nature à compromettre l'avenir économique de la jeune fille, une indemnité ne peut être allouée de ce chef qu'en vertu de l'art. 47. Encore faut-il que des circonstances particulières la justifient, ce qui n'est pas le cas en l'espèce : la demanderesse a sans doute souffert des douleurs physiques, mais elles sont éloignées dans le temps, elles n'ont pas été excessives et n'ont pas duré très longtemps. Quant aux frais, ils ont été faits par le père qui en a réclamé le remboursement et n'a pas recouru contre son déboutement, en sorte que cette question n'est plus au débat. Enfin, l'absence de tout renseignement précis sur la condition économique des parents de la demanderesse et sur l'avenir envisagé par eux pour leur fille ne permet pas de considérer comme suffisamment vraisemblable pour qu'on puisse le prendre pour base, le salaire de 4000 fr. admis par la Cour cantonale.

Outre ces divers motifs de réduction, il convient de faire entrer en ligne de compte la faute de Marcel Lévy, bien que, dans la mesure où il s'agit du préjudice subi par l'enfant lui-même, le père soit un tiers à l'égard de la défenderesse (RO 41 II p. 277 ; 53 II p. 35). En ne renseignant pas complètement la masseuse — celle-ci conteste avoir su qu'il s'agissait d'arthrite tuberculeuse et le contraire n'a pas été établi — Marcel Lévy a atténué la

faute de la défenderesse (art. 43 al. 1 CO ; RO 41 II p. 228 ; 55 II p. 88).

En prenant en considération l'ensemble des circonstances, il apparaît équitable et suffisant d'allouer à la demanderesse une indemnité totale de 5000 fr., sans intérêts, car l'époque n'est pas encore arrivée pour laquelle les dommages-intérêts sont dus en raison de l'incapacité de travail partielle et permanente.

Cette issue du procès entraîne une nouvelle répartition des dépens ; il y a lieu de les compenser, ce qui a pour conséquence de supprimer la somme de 1000 fr. accordée à la demanderesse pour honoraires d'avocat.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

admet partiellement le recours et réforme l'arrêt attaqué en ce sens que l'indemnité à payer par la défenderesse à Denise Lévy est réduite à 5000 fr. sans intérêt.

**7. Arrêt de la 1^{re} Section civile du 7 février 1933
dans la cause Stoll c. Trullas & C^{ie}.**

Le système actuellement en vigueur du CO permet la création d'*actions privilégiées*, ces privilèges pouvant d'ailleurs porter sur les dividendes, sur les parts de liquidation, sur le droit de vote, etc. (Art. 627 et 640 CO).

A. — La société anonyme Trullas & C^{ie} a été constituée à Genève en 1919. Elle a pour but « le commerce en tous pays, l'importation et l'exportation de fruits, légumes, primeurs et autres denrées alimentaires ». D'après ses statuts du 8 avril 1921, son capital social est de 300 000 fr., divisé en 300 actions nominatives de 1000 francs chacune, entièrement libérées. Aux termes de l'art. 6 des statuts, l'assemblée générale peut augmenter ou réduire le capital. L'art. 29 prévoit un prélèvement de 5 % du bénéfice net pour la création d'un fonds de réserve. Le reste est réparti par l'assemblée générale sur le préavis du conseil d'admi-

nistration. En cas de liquidation, l'actif disponible est, selon l'art. 31, réparti également entre toutes les actions.

Le bilan, arrêté au 30 septembre 1928, accusa : un passif de 991 810 fr. 47 ; un actif de 888 830 fr. 58 ; déficit 102 949 fr. 89.

L'assemblée générale du 2 février 1929 décida par 191 voix contre 58 de procéder à l'émission d'un capital privilégié de 105 000 fr. (525 actions privilégiées de 200 fr. chacune).

Une seconde assemblée générale du 7 mars 1929 modifia les statuts. L'art. 6 nouveau fixe le capital social à 405 000 fr. divisé en 300 actions de 1000 fr., entièrement libérées, dites « actions ordinaires » et 125 actions privilégiées cumulatives de 200 fr. chacune, dont l'art. 29 précise les avantages. Une réduction éventuelle jusqu'à la somme de 105 000 fr. sera faite uniquement sur les actions ordinaires. Après remboursement d'une dette d'obligations de 350 000 fr. ou constitution d'une réserve spéciale de ce montant, la société « sera autorisée à racheter aux porteurs les actions privilégiées, en conformité de l'art. 628 CO au prix de 250 fr. l'action ». Chaque action donne droit à une voix (art. 7). L'art. 29 nouveau est ainsi conçu :

« Le produit net de l'entreprise, déduction faite des frais généraux, charges, intérêts... amortissements et réserves... sera réparti de la manière suivante :

» 7 % aux actions privilégiées.

» Si le bénéfice ne suffit pas pour le paiement intégral de ce dividende, les porteurs d'actions privilégiées auront droit au solde resté impayé, qui devra être prélevé sur les bénéfices nets disponibles des exercices suivants. Pour chacun de ces exercices, les actions privilégiées donneront également droit à un dividende jusqu'à 7 %, mais qui ne sera payable qu'après le règlement de tous les dividendes privilégiés arriérés.

» Dès que le dividende privilégié cumulatif prévu comme ci-haut aura été intégralement payé aux actions privi-