

citation — y compris le délai — sont régis, selon la *communis opinio*, par la *lex fori* (RO 38 I 548 ; AUJAY, Etudes sur le traité franco-suisse, p. 442 ; SURVILLE, Cours élémentaire de droit international privé, p. 664 ; BAR, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, t. II, p. 366).

5. — La citation du recourant à l'audience du 27 mars 1947 ne satisfaisant pas aux exigences de la loi française, le jugement par défaut dont la SUF requiert l'exécution a été rendu sans que le défendeur ait été dûment cité. Or, l'art. 17 ch. 2 du traité de 1869 fait dépendre l'exequatur d'une citation en bonne et due forme.

Le défendeur peut assurément renoncer à exciper de l'irrégularité de la citation. La Cour cantonale estime à tort qu'il en est ainsi en l'occurrence. Sans doute le plaideur qui, nonobstant un vice essentiel dont il a connaissance — irrégularité de l'assignation ou incompétence du tribunal — procède au fond sans formuler de réserves est-il censé avoir renoncé à s'en prévaloir (RO 58 I 187). Mais une attitude purement passive ne saurait être assimilée à la participation au procès (RO 52 I 133 ; 67 I 108 s.). Or le recourant est resté entièrement passif au cours de la procédure qui s'est déroulée devant le Tribunal de commerce. Aussi bien n'aurait-il renoncé, d'après l'arrêt attaqué, à invoquer l'irrégularité de la citation qu'en s'abstenant d'appeler du jugement et de le frapper d'opposition. Cependant cette abstention ne le prive nullement du droit de faire état de l'irrégularité dans la procédure d'exécution.

6. — L'exequatur devant être refusé en vertu de l'art. 17 al. 1 ch. 2 du traité franco-suisse, on peut se dispenser d'examiner le moyen que le recourant tire de l'art. 156 CPC fr. (péremption d'un jugement par défaut non exécuté dans les six mois).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

admet le recours et annule l'arrêt attaqué.

B. VERWALTUNGS- UND DISZIPLINARRECHT

DROIT ADMINISTRATIF ET DISCIPLINAIRE.

I. BUNDESRECHTLICHE ABGABEN

CONTRIBUTIONS DE DROIT FÉDÉRAL

22. Auszug aus dem Urteil vom 20. Mai 1949 i. S. Solothurn-Zollikofen-Bern-Bahn gegen eidg. Amt für Verkehr.

Konzessionsgebühr der Eisenbahnen für den Personentransport : Voraussetzungen der Gebührenpflicht (Art. 19, Abs. 3 EisenbahnG).

Droit de concession dû par les chemins de fer pour le transport des personnes : Dans quelles conditions le droit de concession est-il dû ? (art. 19 al. 3 de la loi fédérale concernant l'établissement et l'exploitation des chemins de fer, du 23 décembre 1872).

Tassa di concessione dovuta dalle ferrovie pel trasporto delle persone : Condizioni da cui dipende l'obbligo di pagare questa tassa (art. 19, cp. 3 della legge federale 23 dicembre 1872 su la costruzione e l'esercizio delle strade ferrate).

A. — Nach Art. 19, Abs. 3 des BG vom 23. Dezember 1872 über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen (EisenbahnG) kann der Bundesrat bei den Verwaltungen der konzessionierten Eisenbahnunternehmungen für den regelmässigen periodischen Personentransport eine jährliche Konzessionsgebühr von Fr. 50.— für jede im Betriebe befindliche Wegstrecke von einem Kilometer erheben, sofern die Bahnrechnung nach Abzug der auf Abschreibungsrechnung getragenen oder einem Reservefonds einverleibten Summen 4 % abwirft.

Bei Berechnung des Reingewinns für die Festsetzung der Konzessionsgebühr sollen die reglementarischen Einlagen in den Erneuerungsfonds nicht angerechnet werden (BB vom 14. Dezember 1921 betr. die Berechnung des Reingewinns der Privatbahnen, Ziff. 2 lit. a, und BRB vom 4. Juli 1922, Ziff. II, lit. a), ferner nicht die Abschreibungen auf den zu tilgenden Verwendungen (BRB vom 4. Juli 1922, Ziffer II, lit. k).

B. — Die Solothurn-Zollikofen-Bern-Bahn (SZB) in Solothurn hatte im Jahre 1940 Einlagen in den Erneuerungsfonds im Betrage von Fr. 1,444,900.— zu machen. Der Posten setzt sich zusammen aus der ordentlichen Einlage im Betrage von Fr. 158,900.— und einer der Bahn damals vorgeschriebenen ausserordentlichen Einlage zur Herstellung des Sollbestandes von Fr. 1,286,000.—. Der ungedeckte Betrag der Einlage wurde, entgegen Art. 11, Abs. 4 des Eisenbahnrechnungsgesetzes, nicht als zu tilgendes Aktivum ausgewiesen, sondern einfach in den Passivsaldo der Bilanz einbezogen. Dieser erhöhte sich daher von Fr. 161,415.60 zu Beginn auf Fr. 1,429,651.34 auf Ende des Rechnungsjahres. Im folgenden Jahre, das, unter Berücksichtigung der ordentlichen Einlage in den Erneuerungsfonds im Betrage von Fr. 158,939.—, wiederum mit einem Verlust abschloss, stieg der Passivsaldo um rund Fr. 90,000.— auf Fr. 1,519,733.35 an. Von da ab ergaben sich Gewinne, die es der Unternehmung ermöglichten, den Passivsaldo weitgehend abzutragen. Er belief sich Ende 1946 auf Fr. 255,170.98, Ende 1947 noch auf Fr. 20,228.16.

C. — Im Jahre 1945 hatte das eidg. Amt für Verkehr der SZB eine Konzessionsgebühr für das Jahr 1944 aufgelegt. Sie hat die Verfügung, auf Vorstellungen der Bahnverwaltung hin, am 14. Dezember 1945 aufgehoben; zur Begründung wurde u. a. ausgeführt:

«Anlässlich der Neuordnung des Erneuerungsfonds im Jahre 1940 haben Sie den sich aus dieser Massnahme ergebenden Fehlbetrag von Fr. 1,286,000.— der Gewinn- und Verlustrechnung belastet, was eine entsprechende Erhöhung des Passivsaldos zur Folge hatte. Gestützt auf Art. 13 und 14 des Eisenbahnrechnungs-

gesetzes hätten Sie die Möglichkeit gehabt, den Fehlbetrag im Erneuerungsfonds auf zu tilgende Verwendungen zu tragen und durch jährliche Abschreibungsquoten zulasten der Gewinn- und Verlustrechnung zu tilgen. Diese Tilgungsquote hätte bei der Ermittlung des Reinertrages gemäss Bundesratsbeschluss vom 4. Juli 1922 als Lastposten anerkannt werden müssen.

Seit 1940 konnte Ihr Passivsaldo von Fr. 1,429,651.34 auf Fr. 1,177,976.12 durch die erzielten Reingewinne herabgesetzt werden, wobei seine Verminderung im Jahre 1944 allein den Betrag von Fr. 202,967.98 erreichte. Daneben war es Ihnen noch möglich, für aufgeschobenen Unterhalt Rückstellungen von Fr. 250,000.— zu machen.

Die Verminderung des Passivsaldos kann ohne Zweifel einer Tilgung des Fehlbetrages im Erneuerungsfonds gleichgestellt werden. Wir haben für die Abtragung der zu tilgenden Verwendungen jeweils eine Tilgungsfrist von 10 Jahren angesetzt, so dass Sie ab 1940 jährlich mindestens Fr. 128,600.— hätten als Tilgungsquote in die Gewinn- und Verlustrechnung einstellen müssen. Unter Berücksichtigung der ausserordentlichen Einlage in den Erneuerungsfonds von Fr. 130,087.— im Jahre 1943 erhält man folgende Rechnung:

Tilgungsquote des Fehlbetrages im Erneuerungsfonds für die Jahre 1940-1944 $5 \times 128,600.$	Fr. 643,000.—
./.. ausserordentliche Einlage 1943	» 130,087.—
Vorzunehmende Tilgung	Fr. 512,913.—

Demgegenüber beträgt die Abnahme des Passivsaldos 1940-1944 nur Fr. 251,675.22. Die vorgenommenen Rückstellungen für aufgeschobenen Unterhalt im Betrage von Fr. 250,000.— hätten somit ebenfalls zur Abtragung des Fehlbetrages im Erneuerungsfonds verwendet werden müssen.

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen und Ihr Schreiben vom 13.12.1945, wonach die Rückstellung von Fr. 250,000.— für aufgeschobenen Unterhalt im Jahre 1945 aufgelöst und zur Herabsetzung des Passivsaldos verwendet wird, sind wir bereit, den Reingewinn Ihrer Unternehmung 1944, der im Rückgang des Passivsaldos um Fr. 202,967.98 zum Ausdruck kommt, als Abschreibung auf dem Fehlbetrag des Erneuerungsfonds zu betrachten.»

D. — Mit Verfügung vom 16. November 1948 hat das eidg. Amt für Verkehr die SZB dazu verhalten, für das Jahr 1947 eine Konzessionsgebühr von Fr. 1850.— (37 km zu Fr. 50.—) zu entrichten. Die Verfügung stützt sich auf die Feststellung, dass der nach Massgabe des BRB vom 4. Juli 1922 berechnete Reingewinn 4,4 % des gewinnberechtigten Kapitals betrage.

E. — Die SZB erhebt mit Eingaben vom 15. und 16. Dezember 1948 die Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Sie macht

geltend, in der Verfügung des eidg. Amtes für Verkehr vom 14. Dezember 1945 sei ihr bewilligt worden, den Posten zu tilgenden Verwendungen in einer Frist von 10 Jahren durch jährliche Amortisationsquoten von mindestens Fr. 128,600.— abzutragen. Wenn man gemäss dieser Bewilligung die Amortisation auf zu tilgenden Verwendungen mit 10 % einsetze, ergebe sich 1947 nur ein Reingewinn im Betrage von Fr. 52,000.32 oder nach einer in der Replikschrift vorgenommenen Änderung der Berechnung Fr. 72,009.02, also auf jeden Fall nicht 4,4 % des Aktienkapitals von Fr. 4,556,500.—.

F. — Das eidg. Amt für Verkehr beantragt Nichteintreten, eventuell Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge. Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, die Ermittlung des Reinertrages des Amtes für Verkehr entspreche den massgebenden Vorschriften (BB vom 14. Dezember 1921 und BRB vom 4. Juli 1922). Die Beschwerdeführerin ziehe den Lastposten Nr. 7 Amortisation auf « zu tilgenden Verwendungen » 10 % von Fr. 1,416,087.— = Fr. 141,608.70 zu Unrecht in ihre Reinertragsberechnung ein, weil der im Jahre 1940 festgesetzte Fehlbetrag nur Fr. 1,286,000.— betragen habe und, infolge Berücksichtigung der Reingewinne 1940 und 1942 bis 1946 bei der der SZB zugestandenem jeweiligen Anrechnung auf den Passivsaldo der Gewinn- und Verlustrechnungen dieser Jahre, für das Jahr 1947 nur noch ein Lastposten von Fr. 3662.— unter diesem Titel berücksichtigt werden dürfe. Der unbedeutende Restbetrag der zu tilgenden Verwendungen lasse jedoch den für die Konzessionsgebühr in Betracht fallenden Reinertrag nicht unter 4 % fallen.

Das Bundesgericht hat die Beschwerde gutgeheissen und die angefochtene Verfügung aufgehoben

in Erwägung:

2. — Nach Art. 19, Abs. 3 EisenbahnG darf die Konzessionsgebühr nur erhoben werden, wenn die Bahnrechnung 4 % abwirft, und zwar müssen dabei die auf Ab-

schreibungsrechnung getragenen oder einem Reservefonds einverleibten Summen abgezogen sein. Der Sinn der Bestimmung ist offensichtlich der, die Eisenbahnunternehmen nicht mit einer Konzessionsgebühr für den Personentransport zu belasten, solange die Betriebseinnahmen nicht hinreichen, um die erforderlichen Abschreibungen und Rückstellungen zu machen und darüber hinaus eine angemessene Verzinsung des investierten Kapitals zu erzielen. Diese Ordnung ist darin begründet, dass die konzessionierten Transportanstalten Aufgaben im Dienste der Allgemeinheit zu erfüllen haben. Sie erfordern eine dauernde Aufrechterhaltung und Sicherung der Betriebsführung. Das Interesse der Allgemeinheit an der Sicherung der Unternehmung geht natürlich dem lediglich fiskalischen Interesse der öffentlichen Verwaltung an der Einnahme einer Konzessionsgebühr vor.

3. — Zu den nach Art. 19, Abs. 3 EisenbahnG abziehenden Abschreibungen gehören auch die Abschreibungen auf zu tilgenden Verwendungen (Ziffer II, Abs. 1, lit. k des BRB vom 4. Juli 1922). Als solche werden hier von der Verwaltung die jährlichen Verminderungen des aus dem Jahre 1940 herrührenden Passivsaldo von Fr. 1,429,651.34 in einem Teilbetrage von Fr. 1,286,000.— anerkannt, der einer darin inbegriffenen, also damals ungedeckt gebliebenen Einlage in den Erneuerungsfonds entspricht. Nach den Vorschriften über das Rechnungswesen der Eisenbahnen hätte diese Einlage, da sie keine Deckung hatte, als « zu tilgende Verwendung » ausgewiesen werden (Art. 13 ff. des Rechnungsgesetzes) und im Rahmen der vom Bundesrat gemäss Art. 14, Abs. 4 des Rechnungsgesetzes angesetzten Frist ersetzt werden sollen. Nachdem dies nicht geschehen ist, der ungedeckte Betrag der zu tilgenden Verwendungen kurzerhand in den Passivsaldo einbezogen worden ist, hat die Verwaltung mit Recht die in den Jahren nach und nach aus den Betriebsergebnissen erreichte Verminderung des Passivsaldo als Abschreibungen auf « zu tilgenden Verwendungen » behandelt. Sie ist auch insofern

sachgemäss vorgegangen, als sie als solche Abschreibungen die tatsächlich erzielten Verminderungen des Passivsaldo anrechnete und nicht, wie die Beschwerdeführerin rechnen möchte, einen Zehntel des abzudeckenden Fehlbetrages. Die Fristen, die zur Aufbringung der für die Erneuerung ihrer Anlagen und Einrichtungen notwendigen Mittel nach Art. 14, Abs. 4 des Rechnungsgesetzes angesetzt werden, sind Höchstfristen für Unternehmungen, die darauf angewiesen sind. Im übrigen entspricht es der Natur und dem Zwecke der Einlagen in den Erneuerungsfonds, dass sie, soweit möglich, sofort aufgebracht werden. Soweit die Beschwerdeführerin daher die Fehlbeträge ihrer Rechnung aus den Jahresergebnissen abdecken konnte, ist eine nachträgliche Umgestaltung der Jahresrechnungen nicht gerechtfertigt.

4. — Die Verwaltung davon geht aus, dass als zu tilgende Verwendung, d. h. als zu deckender Fehlbetrag, die ausserordentliche Einlage in den Erneuerungsfonds von Fr. 1,286,000.— in Betracht zu ziehen sei, die der Beschwerdeführerin im Jahre 1940 auferlegt wurde. Sie nimmt an, mit den in den Jahren 1940, 1942, 1943, 1944, 1945 und 1946 erzielten Verminderungen des Passivsaldo, die sie auf Fr. 1,282,328.— berechnet, sei die erforderliche Deckung im wesentlichen vollzogen. Sie übersieht dabei, dass im Jahre 1941 die ordentliche Einlage in den Erneuerungsfonds in einem Teilbetrag von Fr. 90,082.01 ungedeckt geblieben ist, um den der Passivsaldo in diesem Jahre zugenommen hat. Gemäss Art. 11, Abs. 3 und Art. 14 ff. des Rechnungsgesetzes muss auch dieser Betrag als « zu tilgende Verwendung » behandelt werden.

Die Verwaltung, die auf diesen Ausfall hingewiesen worden ist, wendet ein, dass die ordentlichen Einlagen in den Erneuerungsfonds den Betriebsausgaben gleichgestellt seien, und sie möchte weiterhin den Ausfall jener Jahresrechnung auf ausserordentliche Abschreibungen auf Wohnhäusern und Wertschriften zurückführen (Eingabe vom 19. April 1949). Die Einwendungen sind indessen un-

begründet. Das Gesetz beschränkt sich eben nicht darauf, die Einlagen in den Erneuerungsfonds als Ausgaben zu charakterisieren (Art. 11, Abs. 2), sondern es enthält weiterhin die Vorschrift über den Ausgleich der Fehlbeträge im Erneuerungsfonds (Art. 11, Abs. 4), die die erste Bestimmung ergänzt. Art. 11, Abs. 4 gilt für alle Einlagen in den Erneuerungsfonds, die ordentlichen Einlagen sind davon nicht ausgenommen.

Die Jahresrechnung für das Jahr 1941 ist von der Aufsichtsbehörde genehmigt worden. Damit sind die darin enthaltenen Abschreibungen als notwendig und betriebstechnisch gerechtfertigt anerkannt und sie können nicht nachträglich beanstandet werden. Ob es sich dabei um ordentliche oder um ausserordentliche Abschreibungen gehandelt hat, ist unerheblich. Massgebend ist einzig, dass sie als sachlich begründet befunden worden sind. Dann aber war die Einlage in den Erneuerungsfonds ungedeckt, in dem Umfange, um den der Passivsaldo der Bilanz im Jahre 1941 angewachsen ist. Der ungedeckte Betrag muss daher mit in Betracht gezogen werden, wo es darauf ankommt, welche Mittel die Unternehmung noch aufbringen muss, bis der Erneuerungsfonds im Sinne von Art. 11, Abs. 4 des Rechnungsgesetzes « durch Aktiven gedeckt » ist, die Abschreibungen auf zu tilgenden Verwendungen zur Ergänzung von Fehlbeträgen im Erneuerungsfonds als abgeschlossen angesehen werden können.

Ist aber der Fehlbetrag im Erneuerungsfonds mit den bis Ende 1946 erzielten Verminderungen des Passivsaldo nicht ausgeglichen und muss daher auch für 1947 ein Teil der Verminderung des Saldos als Abschreibung auf zu tilgenden Verwendungen behandelt werden, so erreicht der verbleibende Reingewinn die Grenze nicht, bei der gemäss Art. 19, Abs. 3 EisenbahnG die Pflicht zur Entrichtung einer Konzessionsgebühr für den Personenverkehr beginnt.