

Provokation zur Klage oder doch der Feststellungsklage zur Verfügung, um den Streit zum beschleunigten Austrag bringen zu lassen.

5. — Im vorliegenden Falle hat nun die als Klageanhebung aufzufassende Anrufung des Friedensrichters durch den Kläger Friedrich Sigmund Stettler schon im Mai 1914, d. h. vor Ablauf eines Jahres seit dessen Geburt am 5. November 1913 stattgefunden. Da der Beklagte nicht geltend gemacht hat, dass an Stelle des Aussöhnungsversuches nach § 56 ff. des kantonalen Prozessdekretes vom 30. November 1911 das Verfahren vor Einwohnergemeinderatspräsident hätte Platz greifen müssen (was nur dann der Fall gewesen wäre, wenn die Klägerin zur Zeit, als sie die Anzeige gemäss § 56 l. c. hätte machen sollen, einen « Wohnort » im Kanton Bern gehabt hätte), und da im übrigen das kantonale Urteil keinerlei Verletzung kantonalen Prozessrechtes durch den Kläger konstatiert, ist daher die Klage als rechtzeitig eingeleitet zu betrachten. Daraus folgt, dass das angefochtene Urteil aufzuheben und, da über die Begründetheit der Ansprüche des Klägers kein Urteil des Appellationshofes vorliegt und eine Prüfung des Bundesgerichtes auf Grund der derzeitigen Aktenlage nicht möglich ist, die Sache zur materiellen Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

Demnach hat das Bundesgericht
e r k a n n t :

Die Berufung der Lina Stettler wird abgewiesen, die Berufung des Friedrich Sigmund Stettler gutgeheissen und in teilweiser Aufhebung des Urteils des Appellationshofes des Kantons Bern vom 8. Februar 1916 die Sache im Sinne der Motive an die Vorinstanz zurückgewiesen; der Entscheid über die kantonalen Kosten wird, soweit er den Kläger betrifft, dem Endurteil vorbehalten.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

**17. Arrêt de la II^e Section civile du 6 avril 1916
dans la cause Société anonyme des Bains chauds
contre Marcel Perret.**

Titres fonciers, art. 875 et suiv. CC. La souscription à ces titres n'est soumise à aucune condition de forme spéciale. Elle peut avoir lieu avant la création des titres. Titres émis en série. Impossibilité de créer deux rangs d'hypothèque pour la même série.

A. — L'acte sous seing privé suivant a été passé le 7 novembre 1913 entre la Société des Bains chauds et Buanderie des Eaux-Vives et Marcel Perret, à Genève : Ce dernier « s'engage à faire à la Société... un prêt hypothécaire de 50 000 francs. Ce prêt viendra en concours avec 30 000 fr. faits par les régisseurs, MM. RoCHAT et Dimier, soit un deuxième rang pour un total de 80 000 fr. sous forme d'obligation hypothécaire. Ce prêt sera garanti par une inscription en deuxième rang, venant de suite après le premier rang consenti par la Caisse hypothécaire de Genève... La Société... confiera à M. Marcel Perret les fonctions d'administrateur général, sans procuration, dans son établissement, dès son ouverture au public, avec un traitement annuel de 3000 francs. »

Après avoir demandé, le 16 avril 1914, des renseignements au notaire Lasserre, chargé par la Société de la constitution de l'hypothèque prévue dans la convention du 7 novembre 1913, Perret lui indique, le 1^{er} juin, ses « conditions définitives ». Il demande : « l'insertion dans l'acte constitutif » de son prêt hypothécaire. Il exige son

engagement comme administrateur et la constatation par un acte formel que MM. Rochat et Dimier lui réservent « la priorité de remboursement en cas de réalisation forcée ». Et Perret observe : « Cette garantie de priorité éventuelle ne me semble pas à première vue pouvoir se concilier avec le projet de constituer l'emprunt de 80 000 fr. en deuxième rang sous forme d'obligation au porteur. Cette forme... ne pourrait être admise par moi que pour le cas où MM. Rochat et Dimier trouveront moyen de garantir la priorité... » Enfin, Perret demande la remise gratuite d'un nombre équitable d'actions libérées.

Le 4 juin, à la suite d'un entretien qu'il avait eu avec M^e Lasserre, Perret informe ce dernier que « la Société ayant accepté toutes les conditions » stipulées dans la lettre du 1^{er} juin, il est « d'accord avec les conditions du projet d'acte constitutif de l'emprunt hypothécaire par obligations « de même qu'avec le projet concernant son engagement. En conséquence, Perret se déclarait « prêt à verser la somme de 50 000 fr., montant de ma souscription aux obligations de second rang » aussitôt que la Caisse hypothécaire aura mis la somme de 250 000 fr. à la disposition de la Société. Le 6 juin, M^e Lasserre annonçait à Perret qu'il venait de toucher cette somme, et il l'invitait à verser le surlendemain le montant de sa souscription.

Le 8 juin, Charles Bizot et Jacques Berchten, agissant comme administrateurs de la Société des Bains chauds, signaient par-devant le notaire Lasserre un acte renfermant les clauses et conditions d'un emprunt hypothécaire en série d'obligations que la Société se proposait d'émettre. Le montant de l'emprunt était fixé au total de 80 000 fr.; il était créé une série de 80 obligations de mille francs chacune, numérotées de 1 à 80, toutes au porteur, transmissibles par simple tradition du titre; les obligations, portant les n^{os} 1 à 50 seraient en cas de répartition du prix de l'immeuble grevé, remboursées

antérieurement à celles des n^{os} 51 à 80, lesquelles ne participeraient à une répartition qu'après entier remboursement des titres 1 à 50. Les autres clauses sont conformes, en substance, à celles mentionnées dans la correspondance de Marcel Perret, sauf que sa situation personnelle n'y est pas réglée, comme il le demandait dans sa lettre du 1^{er} juin 1914. L'acte fut inscrit au registre foncier le jour même de la passation. Cette inscription ne mentionne pas un rang de priorité en faveur des obligations n^{os} 1 à 50.

B. — Par exploit introductif d'instance, du 11 juin 1914, la Société des Bains chauds et Buanderie des Eaux-Vives forma contre Marcel Perret les conclusions suivantes : Plaise au Tribunal de première instance du canton de Genève : 1^o Condamner le défendeur à verser immédiatement à la demanderesse la somme de 50 000 fr., montant de sa souscription, sous offre de lui remettre 50 obligations en second rang de 1000 fr. chacune, n^o 1 à 50, ainsi que deux actions ordinaires de la Société, et sous offre également d'exécuter dans son entier le contrat du 7 novembre 1913.

2^o Condamner le défendeur, de plus, à 15 000 fr. de dommages-intérêts pour le préjudice causé, le tout avec dépens.

Le défendeur a conclu au rejet de la demande, en soutenant que la convention sur laquelle se fondait la Société était sans valeur juridique au regard des art. 22 CO et 799 CC.

C. — Par jugement du 4 mars 1915, le Tribunal de première instance a débouté la Société des fins de sa demande. Sur appel de la demanderesse, la Cour de Justice civile a confirmé le prononcé des premiers juges, par arrêt du 10 décembre 1915, motivé, en résumé, comme suit : Le contrat du 7 novembre 1913, complété par les lettres des 1^{er} et 4 juin 1914, est une promesse de constitution de gage immobilier qui, aux termes des art. 799 CC et 22 CO, n'est valable que si elle est constatée en la forme authentique.

D. — La Société des Bains chauds a été déclarée en faillite postérieurement au prononcé de la Cour de Justice civile. La commission de surveillance a décidé de continuer le procès, et l'Office des faillites de Genève, représentant la masse en faillite de la Société, a recouru en temps utile au Tribunal fédéral contre l'arrêt du 10 décembre 1915. La recourante soutient que le défendeur a contracté, le 4 juin 1914, un nouvel engagement, consistant en une souscription à 50 000 fr. d'obligations de second rang. Cet engagement n'est soumis à aucune condition de forme particulière. En conséquence, la recourante reprend les conclusions qu'elle avait formulées devant les instances cantonales.

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

Statuant sur ces faits et considérant
en droit :

Contrairement à l'opinion émise par l'instance cantonale, les parties ne se sont pas bornées en l'espèce à « compléter » la convention du 7 novembre 1913 par les pourparlers ultérieurs, et il n'est pas exact que seule une hypothèque conventionnelle ordinaire, constatée par un acte authentique réglant à la fois les deux questions du prêt et de la garantie, répondait à l'intention des intéressés. Il résulte, en effet, des négociations postérieures au 7 novembre, que les parties ont modifié les termes dans lesquels elles entendaient fixer leurs droits et leurs obligations réciproques.

Dans sa lettre du 1^{er} juin 1914 au notaire Lasserre, Marcel Perret se contente de « l'insertion dans l'acte constitutif de mon prêt hypothécaire de la somme de 50 000 fr. », d'un second rang après la Caisse hypothécaire et de la priorité de rang sur les 30 000 fr. versés par RoCHAT et Dimier. Ce qui est décisif aux yeux du défendeur, ce n'est pas que l'inscription de l'hypothèque ait sa source dans un contrat auquel il interviendrait,

mais qu'elle lui assure la garantie promise. Et si Perret fait des réserves au sujet de la « forme d'obligations au porteur », il n'exclut point cette forme d'une manière absolue, et il l'admettrait si elle lui donnait effectivement la sûreté hypothécaire stipulée. De plus, il n'est pas douteux que la clause relative à ses fonctions d'administrateur général pouvait fort bien ne pas figurer dans l'acte d'affectation hypothécaire, et qu'il en était de même de la remise gratuite d'un nombre équitable d'actions libérées. La lettre du 4 juin, écrite alors que le défendeur avait pris connaissance du projet Lasserre (acte d'emprunt par obligations émises en série) et qu'il avait discuté ce projet avec le notaire, confirme que, la Société ayant accepté toutes ses conditions, il adhère au projet de constituer l'emprunt par l'émission d'obligations : il est prêt à verser « la somme de 50 000 fr., montant de ma souscription aux obligations de second rang... »

Dans ces conditions, il apparaît qu'à la suite de la correspondance et des pourparlers postérieurs au 7 novembre 1913, la situation juridique des parties s'est trouvée modifiée. Ce n'est plus une somme de 50 000 fr., qui sera remise par le prêteur à l'emprunteur en exécution d'un contrat de prêt et moyennant la constitution d'une garantie hypothécaire rédigée en conformité des conditions posées par le défendeur ; il s'agit de « ma souscription aux obligations de second rang », soit de la remise au défendeur de 50 obligations émises par la Société et dont le souscripteur s'est engagé à verser la contre-valeur sous certaines conditions. Le but économique de l'opération reste le même, mais la voie juridique adoptée est différente. On n'est plus en présence d'un contrat bilatéral de prêt, mais d'une succession d'actes distincts. La Société crée une hypothèque en second rang pour la totalité de l'emprunt qu'elle contracte au moyen de l'émission d'obligations au porteur ; le défendeur souscrit à un certain nombre de ces titres.

Cette souscription est un acte distinct et indépendant de la constitution du gage. Elle n'est pas soumise aux règles régissant la création de l'hypothèque et sa validité n'est subordonnée à aucune condition de forme spéciale. Il n'existe, en particulier, aucune disposition légale qui exige, pour la validité d'une pareille opération, l'observation de la forme authentique. Les titres fonciers munis de la clause « au porteur » sont des titres au porteur soumis aux règles générales régissant ces papiers-valeurs (cf. WIELAND, droits réels, édit. franç., p. 209, note c, p. 212, note dd). Le défendeur ne saurait, dès lors, se soustraire à son engagement en prétextant l'inobservation de formalités qui ne s'appliquent nullement à l'obligation qu'il a contractée en souscrivant. Il ne peut pas davantage se dégager en objectant que les titres n'étaient pas encore créés au moment de la souscription. Suivant les principes généraux admis en matière de titres, cette opération est valable et il n'y a aucun motif de s'écarter de la règle lorsqu'il s'agit de titres fonciers.

Dans ces conditions, la solution adoptée par la Cour de Justice civile ne peut être confirmée. Toutefois, le Tribunal fédéral ne possède pas les éléments nécessaires pour statuer définitivement sur la demande. L'instance cantonale n'a pas procédé à diverses constatations de faits touchant les conditions posées par le défendeur dans sa lettre du 1^{er} juin. La faillite de la Société demanderesse, survenue après l'arrêt de la Cour de Justice, a en outre modifié la situation juridique des parties. C'est ainsi que la société demanderesse s'était engagée à confier le poste d'administrateur au défendeur. Par suite de la faillite, l'accomplissement de cette condition n'est plus possible : mais la recourante soutient que si elle n'a pu remplir son obligation, la faute en incombe au défendeur, qui n'a pas tenu son engagement, et a causé à la Société un préjudice considérable. Et la demanderesse réclame de ce chef 15 000 fr. de dommages-intérêts. Ces questions n'ont pas été instruites et examinées par l'instance can-

tonale. On ignore en outre si le défendeur a renoncé en définitive à la priorité de rang stipulée par lui dès le début en faveur de son versement de 50 000 fr. L'acte notarié du 8 juin prévoit cette priorité, mais l'inscription au registre foncier, qui seule est déterminante à cet égard (art. 799, al. 1 CC), ne la consacre pas et ne pouvait pas la consacrer. En effet, l'emprunt contracté par obligations émises en série constitue un tout ; une seule inscription est prise au registre foncier pour la totalité de l'emprunt (art. 879, al. 1 CC.) L'hypothèque donne naissance à une seule créance et à un seul droit de gage dont bénéficient les différents porteurs. Tous les titres d'une même série sont des parties, des coupures d'une dette totale unique. Les porteurs de ces titres jouissent par conséquent d'une parité de droits, et il n'est pas possible de réserver un rang préférable à certains d'entre eux (cf. WIELAND, op. cit., p. 202 et suiv.). Ces points doivent également être élucidés. Le défendeur prétend, d'autre part, que le représentant commun désigné en conformité de l'art. 875, chiff. 1^o CC n'a pas été nommé avec son assentiment ; il soulève une exception fondée sur le prêt consenti par la Caisse hypothécaire et il allègue enfin que les représentants de la Société lui ont déclaré qu'ils n'avaient pas besoin de lui ni de son argent. La Cour de Justice n'a pas examiné ces questions.

Le Tribunal fédéral, ne pouvant, dès lors, statuer actuellement en connaissance de cause sur les conclusions de la demande, il y a lieu de casser l'arrêt attaqué et de renvoyer la cause à l'instance cantonale pour qu'elle complète l'instruction du procès et juge à nouveau.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis. En conséquence, l'arrêt rendu le

10 décembre 1915 par la Cour de Justice civile du canton de Genève est annulé et la cause renvoyée à l'instance cantonale pour statuer à nouveau dans le sens des considérants ci-dessus.

18. Urteil der II. Zivilabteilung vom 12. April 1916

i. S. Lattmann, Kläger,

gegen Konkursmasse Bommer, Beklagte.

Art. 3 und 17 Abs. 2 Schl T ZGB; ob einer Sache Per-
tinenzqualität zukomme, beurteilt sich auch dann
nach den Bestimmungen des neuen Rechtes, wenn die wirt-
schaftlichen und räumlichen Beziehungen zur Hauptsache,
sowie der « klare Wille » des Eigentümers gemäss Art. 644
Abs. 2 ZGB schon vor dem 1. Januar 1912 bestanden
haben. — Art. 644 Abs. 2 ZGB; Begriff der Zuge-
hör.

A. — Durch Vertrag vom 6. April 1909 verkaufte
der Kläger dem Karl Bommer-Jans seine an der Hitzli-
bergstrasse 3 in Luzern befindliche Liegenschaft Pension
Villa Maria nebst dem gesamten Hotelmobiliar für
280,000 Fr. Für den nicht durch Uebernahme von
Hypotheken getilgten Kaufpreis wurden zu Gunsten des
Klägers für 75,000 Fr. neue Gülten und ein Zahlungs-
brief von 45,000 Fr. auf den gekauften Objekten errich-
tet. Ziffer 2 des Kaufvertrages bestimmte: « In den
Kauf wird gegeben und ist im Kaufpreise inbegriffen
das gesamte Mobiliar, worüber unterm 6. April 1909
von den Kontrahenten ein spezifiziertes Verzeichnis auf-
genommen und beidseitig unterzeichnet worden ist.
Sollten bei Aufnahme dieses Inventars Objekte, welche
bereits vom Verkäufer in seinem Pensionsbetrieb ver-
wendet worden sind, übergegangen worden sein, so ist
der Verkäufer verpflichtet, solche Gegenstände dem
Käufer ohne weitere Entschädigung auszuhändigen. Die
Kaufmitgaben sind geschätzt auf 50,000 Fr. ». Ziffer 3

des Vertrages bestimmt: « Das Mobiliar in seiner Ge-
samtheit darf, solange der Zahlungsbrief nicht ganz ab-
bezahlt ist, vom Käufer weder verkauft noch verpfändet,
noch sonst wieder veräussert werden. » Der Kaufbrief
mit sämtlichen Kaufsbedingungen wurde ans Hypo-
thekar- und Fertigungsprotokoll der Gemeinde Luzern
gestellt und dem Kläger als Verkäufer ein in allen Teilen
mit dem Kaufbrief übereinstimmender Zahlungsbrief
vom 14. April 1909 als Hypothekartitel ausgehändigt.

Am 29. Januar 1915 brach über Bommer der Konkurs
aus, in welchem der Kläger seine grundpfandversicherten
Forderungen von 75,000 Fr. Gülten und 33,000 Fr. Rest
des Zahlungsbriefes anmeldete und sein Pfandrecht nicht
nur an der Liegenschaft, sondern auch an dem ganzen
Hotelmobiliar als Zugehör zur Liegenschaft geltend
machte. Die Konkursverwaltung liess die Hypothekar-
forderungen des Klägers zu; dagegen wies sie das gel-
tend gemachte Hypothekarpfandrecht und den Anspruch
auf das gesamte Mobiliar als Zugehör zur Liegenschaft
« weil ungesetzlich und nicht zulässig » ab.

Hierauf leitete der Kläger am 4. Mai 1915 die vor-
liegende Klage ein, mit den Anträgen, die Beklagte
habe anzuerkennen, dass sich die Grundpfandrechte des
Klägers an der Villa Maria in Luzern auf das gesamte
Hotelmobiliar als Zugehör zur Liegenschaft erstrecken;
eventuell sei festzustellen, dass das Hotelmobiliar in
seiner Gesamtheit nicht veräussert werden dürfe, bevor
der Zahlungsbrief des Klägers abbezahlt sei. Zur Be-
gründung der Klage macht der Kläger geltend, durch
das Verbot der Veräusserung des Mobiliars bis zur Ab-
zahlung des Zahlungsbriefes seien die Bedingungen ge-
schaffen worden, um unter dem neuen Rechte das
Mobiliar als Zugehör betrachten zu können. Die An-
wendung des neuen Rechtes auf den schon im Jahre
1909 geschaffenen Tatbestand ergebe sich einmal aus
Art. 4 Schl T ZGB; sodann seien auch die Vorausset-
zungen des Art. 805 Abs. 2 ZGB gegeben. Die Wirkung