

(Zürich) verschiedener Ort angegeben ist; vielmehr befindet sich auch die Zahlstelle in Zürich, allerdings in einem anderen Notariatskreise. Doch kann auf diesen Umstand, wie schon das erstinstanzliche Urteil zutreffend ausgeführt hat, angesichts der Fassung des Art. 743 OR nichts ankommen. Danach war der Wechsel dem Bezogenen zur Zahlung vorzuweisen (vgl. HAFNER, Anm. 11 zu Art. 764 OR). Laut der Protesturkunde hat der Protestbeamte ihn auch tatsächlich dem Bezogenen und Akzeptanten Sattler, mit der Aufforderung zur Einlösung, präsentieren wollen, aber im Domizil der Firma M. Zehnder-Simmen. Es fragt sich daher, ob nach dem Gesetz der Wechsel dem Bezogenen dort zur Zahlung habe vorgewiesen werden dürfen, und ob der daselbst aufgenommene Protest rechtsgültig sei.

Die Entscheidung dieser Frage ergibt sich, entgegen der Auffassung der Vorinstanz, nicht schon aus Art. 818 Abs. 1 OR; denn wenn das Gesetz vorschreibt, dass die bei einer bestimmten Person vorzunehmenden wechselförmigen Akte, insbesondere die Präsentation zur Zahlung und die Protesterhebung, in deren Geschäftslokal (oder in Ermangelung eines solchen in deren Wohnung) stattzufinden haben, so ist darunter ihr wirkliches, ordentliches Geschäftslokal zu verstehen. Allein Art. 818 bestimmt weiter in Abs. 2, dass jene Akte mit beiderseitigem Einverständnis auch an einem anderen Orte, z. B. an der Börse, geschehen können; dabei kommt es auf das Einverständnis des Bezogenen einerseits und des Ausstellers des Wechsels andererseits an. Für die Annahme eines solchen Einverständnisses ist nun hier entscheidend, dass im Wechsel selber eine vom Geschäftslokal und der Wohnung des Bezogenen verschiedene Zahlstelle des nämlichen Orts angegeben ist, und nach den Feststellungen der kantonalen Instanzen dieser Vermerk sich bereits auf dem Wechsel befand, als der Kläger ihn ausgestellt und der Bezogene ihn akzeptiert hat; hieraus folgt zwingend,

dass beide sich mit der Zahlstelle: « M. Zehnder-Simmen Zürich I » einverstanden erklärt haben. Dass eine im Wechsel selbst angegebene Zahlstelle für die Vorweisung desselben zur Zahlung und die Protesterhebung massgebend ist, nimmt auch HAFNER an (Komm. a. a. O., sowie Anm. 6 zu Art. 818), und diese Auffassung entspricht offenbar einzig den Bedürfnissen des Verkehrs. Vergl. Deutsche Wechselordnung, revid. Art. 43 und Anm. 7 hierzu im Komm. STAUB-STRANZ, 8. Auflage S. 140 f.

3. — Da somit der erhobene Protest als gültig zu betrachten ist, so erweist sich die Regressforderung des Beklagten wechselförmig als begründet. Die weitere Frage der zivilrechtlichen Haftung des Klägers aus eingegangener Bürgschaft ist vor Bundesgericht nicht mehr streitig, und das angefochtene Urteil deshalb im vollen Umfange zu bestätigen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 8. Juni 1920 bestätigt.

**78. Arrêt de la 1^{re} section du 6 décembre 1920
dans la cause Bérard et consorts contre Auckenthaler
et consorts.**

Responsabilité des administrateurs d'une société anonyme;
art. 674, 670, 671 et 41 CO.

A. — Le 18 mars 1908 a eu lieu, à Lausanne, l'assemblée constitutive de la Société anonyme du Grand Hôtel de la Paix, société au capital de 500 000 fr. divisé en 1000 actions de 500 fr. La rédaction des statuts de la Société

avait été confiée à un notaire de Lausanne, sur la base d'éléments contenus dans une notice répandue en vue de la souscription du capital-actions. Cette notice contenait notamment l'indication suivante : « Un intérêt intercalaire de 4% sera payé pendant la construction, soit 20 fr. le 1^{er} juillet 1909 et 20 fr. le 1^{er} juillet 1910. » Elle renfermait également un devis dont un des articles, s'élevant à 125 750 fr., était intitulé comme suit : « Droits de mutations, notaire, intérêts intercalaires et imprévus. » A la notice était joint un prospectus d'émission contenant lui-même la mention suivante : « Un intérêt intercalaire de 4 % est garanti aux actions pendant la durée de la construction, soit un coupon de 20 fr. le 1^{er} juillet 1909 et un coupon de 20 fr. le 1^{er} juillet 1910. »

Contrairement à la notice et au prospectus, le projet de statuts élaboré par le notaire ne renfermait ni disposition ni mention quelconque relatives au paiement des intérêts « intercalaires ». Il fut adopté néanmoins par l'assemblée générale, sans aucune adjonction sur ce point et sans même, semble-t-il, d'après le procès-verbal de l'audience, que cette question eût donné lieu à la moindre observation de la part de l'une des personnes présentes.

Les intérêts « intercalaires » ont été payés conformément aux indications de la notice, soit la première tranche dès le 1^{er} juillet 1909 et la seconde dès le 1^{er} juillet 1910, par les soins de la Banque Charrière et Roguin à Lausanne, sur présentation des coupons, sans décision nouvelle et sans ordre spécial du Conseil d'administration de la Société. Par lettres du 1^{er} juillet 1909 et 1^{er} juillet 1910, la Banque Charrière et Roguin a avisé la Société qu'elle débitait son compte, pour le paiement des intérêts « intercalaires » de 20 000 fr., d'une part pour l'échéance du 1^{er} juillet 1909 et de 20 000 fr., d'autre part pour celle du 1^{er} juillet 1910. Ces intérêts ont été comptabilisés à ces deux dates dans les livres de la Société sous la rubrique « compte d'intérêts » et furent

portés également dans les comptes annuels. Ces comptes ont été approuvés par les assemblées générales de 1909 et de 1910, qui donnèrent décharge au Conseil d'administration.

Le 13 mai 1918 a eu lieu à Lausanne une assemblée des créanciers hypothécaires en 1^{er} rang de la Société anonyme du Grand Hôtel de la Paix. Cette assemblée, à la majorité légale, a décidé : 1^o d'annuler les intérêts arriérés des années 1915, 1916 et 1917 ; 2^o de convertir la délégation en 1^{er} rang de 1000 fr. à 4 1/2 %, d'une part, en une délégation en 1^{er} rang de 600 fr. à 5 %, cet intérêt étant exigible, « aussitôt que la situation financière de la société le permettra et en tout cas dès le 30 juin 1921 », et, d'autre part, en une action privilégiée de 400 fr.

En date du 22 novembre 1919, la délégation réduite à 600 fr. était cotée en Bourse de Lausanne 300 fr.

B. — Les demandeurs sont porteurs ensemble de 47 délégations au porteur 1^{er} rang de la Société anonyme du Grand Hôtel de la Paix, délégations qu'ils ont acquises au pair lors de la souscription publique, du 11 au 13 juillet 1911.

Par exploit du 25 avril 1919 ils ont ouvert action contre les défendeurs ci-dessus désignés, tous fondateurs et membres du premier conseil d'administration de la Société, en formulant les conclusions suivantes :

Plaise à la Cour civile du canton de Vaud prononcer :

1^o que c'est à tort et sans droit que les défendeurs ont payé aux actionnaires de la Société anonyme du Grand Hôtel de la Paix deux intérêts annuels intercalaires pour un montant total de 40 000 fr. ;

2^o que les défendeurs, en leur qualité d'anciens membres du Conseil d'administration de la dite Société sont responsables de ce paiement indu ;

3^o qu'en conséquence les défendeurs sont débiteurs solidaires du montant de la somme de 40 000 fr. et qu'ils doivent en faire immédiatement paiement :

a) aux demandeurs, jusqu'à concurrence de la somme de 1189 fr. 80 c., à titre de quote-part afférente à leurs 47 délégations, ce sous réserve de l'allocation de leurs conclusions prises par demande du 24 décembre 1918;

b) à la Société anonyme du Grand Hôtel de la Paix, pour le solde de la dite somme de 40 000 fr.

Les défendeurs ont conclu à libération, ne contestant ni le paiement lui-même ni l'absence dans les statuts d'une disposition relative aux intérêts intercalaires, mais contestant, par contre, tout manquement volontaire à leurs obligations d'administrateurs et partant le principe même de leur responsabilité.

A l'audience au fond devant la Cour civile, le 11 mars 1920, les demandeurs ont conclu en outre, « sous N° 3 » et « à titre tout à fait subsidiaire » à ce que « le paiement de la somme de 40 000 fr. soit effectué en mains de la Société anonyme du Grand Hôtel de la Paix à Lausanne.

Fondés sur des motifs de procédure cantonale, les défendeurs ont conclu, par voie incidente, au rejet de ces dernières conclusions qu'ils estimaient nouvelles et tardives. Déboutés de leurs conclusions incidentes par un premier jugement de la Cour civile du 16 mars 1920, les défendeurs ont interjeté un recours au Tribunal cantonal vaudois, recours qui fut rejeté par arrêt du 31 mai suivant.

Par jugement du 28 septembre 1920, statuant sur le fond, la Cour civile du canton de Vaud a débouté les demandeurs de toutes leurs conclusions, alloué aux défendeurs leurs conclusions libératoires et condamné les demandeurs aux frais et dépens.

C. — Les demandeurs ont recouru en réforme, en reprenant l'intégralité de leurs conclusions.

Les défendeurs ont conclu au rejet du recours.

Considérant en droit :

1. — Les conclusions 1 et 2 de la demande n'étant que l'exposé des motifs invoqués à l'appui des suivantes,

il convient d'aborder immédiatement l'examen des conclusions formulées sous chiffre 3, en observant d'ailleurs qu'en tant que l'art. 674 CO pourrait être appliqué en l'espèce, seules, d'après les principes posés dans l'arrêt Brodtbeck contre Rosenmund (RO 33 II p. 38 et sv.), pourraient être prises en considération les conclusions subsidiaires dictées à l'audience de la Cour civile du 11 mars 1920.

2. — Les demandeurs ont invoqué successivement les art. 674, 670, 41 et 671 CO.

En ce qui concerne l'art. 674 CO c'est incontestablement à bon droit que l'instance cantonale s'est refusée à appliquer cette disposition en l'espèce. Ainsi que le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le relever dans l'arrêt Soleure contre Kaiser des 12 et 13 octobre 1888 (RO 14 p. 696 et sv.) dont les principes ont été suivis d'une manière constante depuis lors (cf. RO 24 II p. 817; 28 II p. 105 consid. 10), l'art. 674 CO ne se contente pas d'une violation même consciente des obligations légales ou statutaires qui incombent aux personnes chargées de l'administration et du contrôle, mais il exige, pour qu'il y ait un manquement « volontaire », la double conscience et de la violation et de son caractère dommageable. L'administrateur ou le contrôleur recherché à teneur de cet article doit donc avoir prévu l'arrivée du dommage comme la conséquence de la violation de ses devoirs ; sa volonté, autrement dit, ou son intention doit avoir été de provoquer un dommage, ne fût-ce qu'éventuellement. S'il n'est pas nécessaire, il est vrai, que le préjudice ait été le but de la violation commise, encore faut-il qu'il l'ait prévu et qu'il ait manqué à ses devoirs « volontairement », c'est-à-dire malgré la conscience qu'il avait des suites dommageables de son attitude (cf. ROSSEL, Zeitschr. f. Schweiz. Recht, N. F. 16 p. 116 et 117).

Il n'est pas douteux que ces conditions ne sont pas réalisées en l'espèce. Que le paiement des intérêts « intercalaires » fût une opération critiquable en soi, qu'elle

fût contraire au texte de l'art. 630 CO, on peut et l'on doit même l'admettre, mais cela ne justifie pas encore qu'en la laissant s'effectuer sans opposition, les défendeurs aient commis plus qu'une simple négligence. Sans doute étaient-ils censés connaître les dispositions légales qui régissaient cette matière et ne pas ignorer par conséquent que pour être valable ce paiement aurait dû être prévu dans les statuts et sous une forme déterminée, alors qu'en fait ceux-ci n'en faisaient aucune mention, mais cela ne suffit pas non plus pour entraîner leur responsabilité. Encore restait-il à prouver — et c'est à bon droit que l'instance cantonale a estimé devoir mettre cette preuve à la charge des demandeurs — que les administrateurs s'étaient rendu compte en fait du caractère irrégulier de l'opération, qu'ils avaient prévu le dommage qui pouvait en résulter pour les créanciers et que néanmoins ils l'avaient laissé s'effectuer. Or cette preuve ne résulte ni des allégués des demandeurs ni de l'instruction du procès. Si l'on se réfère aux circonstances à la suite desquelles les statuts ont été élaborés puis approuvés, il paraît bien plutôt établi que les administrateurs ont agi non seulement dans l'ignorance la plus complète des dispositions légales mais dans des conditions telles que leur bonne foi même ne saurait être mise en doute. Il est constant notamment que le paiement des intérêts « intercalaires » avait été publiquement annoncé par le moyen de la notice et du prospectus d'émission, si bien que, comme l'instance cantonale l'observe également avec raison, on est fondé à supposer que les administrateurs ont pu envisager le paiement des intérêts intercalaires, comme l'exécution de ce qu'ils croyaient être un engagement de la Société, car s'ils s'étaient vraiment rendu compte de la nécessité d'une disposition spéciale des statuts sur ce point, il leur eût été aisé de l'y introduire et de la faire voter par l'assemblée des actionnaires. On ne saurait par conséquent prétendre non plus qu'ils aient eu l'intention de provoquer un dommage et

dans ces conditions l'article 674 est évidemment inapplicable.

3. — C'est à tort également que les demandeurs entendent faire découler la responsabilité des défendeurs de l'omission des formalités prescrites par l'art. 670 al. 2 CO. Cette disposition ne vise en effet, ainsi qu'il ressort du texte lui-même, que le cas d'une réduction proprement dite du capital social, lorsque cette réduction a pour but notamment de décharger les actionnaires des versements non effectués. S'il est vrai que le paiement d'intérêts « de construction » entraîne bien, en fait, une diminution du capital social, cela n'est pas un motif suffisant cependant pour assimiler cette hypothèse à celle d'une réduction voulue du capital social. Aussi bien, si la thèse des recourants devait être accueillie, devrait-elle nécessairement entraîner cette conséquence que tout paiement d'intérêt « de construction » même celui qui aurait été expressément prévu par les statuts et dans la forme exigée par l'art. 630 CO, devrait être précédé des formalités prescrites pour le cas de la répartition de l'actif en cas de dissolution, ce qui est évidemment insoutenable.

4. — Le Tribunal fédéral a jugé à plusieurs reprises que la responsabilité instituée par l'art. 674 CO, malgré l'absence de rapports contractuels entre celui qui l'encourt et celui envers lequel elle est encourue, était une responsabilité de nature contractuelle, de telle sorte, qu'indépendamment de cette responsabilité spéciale, rien n'empêchait que les membres de l'administration et les contrôleurs ne fussent éventuellement recherchés en vertu des principes qui régissent la responsabilité à raison des actes illicites (art. 50 et sv. CO ancien) (cf. RO 14 p. 692 et sv.; 23 II; p. 1071; 24 II p. 816; 28 II p. 107; cf. également BACHMANN, art. 674 note 2). Mais il ressort cependant des motifs retenus à l'appui de cette jurisprudence que, pour justifier l'action fondée sur l'art. 41 et suiv. CO actuel, il ne suffit pas que l'acte

à raison duquel les membres de l'administration et les contrôleurs soient recherchés consiste dans l'inexécution des devoirs de leur charge, il faut que, en tout état de cause, ou suivant l'expression employée dans l'arrêt Spar- u. Leihkasse Bern c. Bern (RO 23 II p. 1071); « indépendamment des devoirs d'administration et de contrôle », cet acte se caractérise comme une violation d'un précepte de droit général et impératif (ein Gebot der allgemeinen Rechtsordnung).

En vertu de ces principes, il resterait donc à rechercher si cette condition peut être tenue pour réalisée en l'espèce. Comme les obligations qui incombent aux administrateurs et contrôleurs de sociétés anonymes sont multiples, il serait vain, semble-t-il, de vouloir énoncer en cette matière de règles générales et absolues. Il convient au contraire de juger chaque cas en particulier. Aussi bien ne saurait-on se borner à invoquer en l'espèce les considérations émises au sujet de l'affaire Schelling contre Brueck et Wilson C° (RO 43 II p. 299). La question à juger était toute différente, et à comparer d'ailleurs l'art. 630 à l'art. 828 CO, qui interdit à la Société anonyme d'acquérir ses propres actions, aucune assimilation ne serait possible non plus quant à la portée de ces deux dispositions. Tandis que la règle posée à l'art. 628 peut être considérée en effet comme s'adressant à la fois au vendeur et à l'acheteur et comme ayant ainsi une portée générale, l'obligation de veiller à l'observation des prescriptions relatives aux intérêts « de construction » ne concerne manifestement que les personnes chargées de l'administration ou du contrôle et si elle intéresse bien les créanciers, ce n'est également qu'en cette qualité. Loin de pouvoir être érigée en un précepte de droit absolu, cette obligation ne saurait, au contraire, être envisagée que comme une obligation spécifique des administrateurs et des contrôleurs, dérivant du contrat passé avec la Société, et dont l'inexécution, par conséquent, n'est susceptible d'entraîner d'autres suites à

l'égard des créanciers et des actionnaires que celles fixées par l'art. 674 CO et dans les conditions qu'il prévoit.

L'application des art. 41 et sv. se trouvant ainsi exclue déjà de par ce qui précède, il n'est pas nécessaire de rechercher ici si ces dispositions peuvent être invoquées au cas où le dommage allégué n'a pas été subi directement par la ou les personnes prétendument lésées, mais n'aurait pu, en tout état de cause, les atteindre que d'une manière indirecte, c'est-à-dire par répercussion des effets produits sur la fortune de leur débiteur. Il serait de même superflu de s'arrêter à examiner si ce dommage lui-même peut être considéré comme étant à l'égard des faits prétendument dommageables dans un rapport de causalité suffisant pour entraîner l'application de ces mêmes dispositions.

5. — Quand au moyen soulevé en dernier lieu par les demandeurs et pris de l'art. 671 CO, il doit être également rejeté. Le dossier ne contient en effet aucun fait, aucun indice même susceptible d'appeler l'application de cette prescription et à ce point de vue l'action et le recours apparaissent incontestablement, en l'état de la cause, comme dépourvus de toute espèce de justification.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté et le jugement attaqué est confirmé.

79. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 6. Dezember 1920 i. S. Baumann gegen Salleras.

Distanzkauf. Haftung für Gewichtsverlust. Einfluss der Frankoklausel auf die Bestimmung des Erfüllungsortes und den Uebergang der Gefahr (Art. 185 OR).

A. — Der Kläger Salleras ist Inhaber eines Exportgeschäftes in Figueras (Spanien) und ist in der Schweiz