

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

71. Extrait de l'arrêt de la 1^{re} Section civile du 9 novembre 1927 dans la cause Etat du Valais et Banque cantonale du Valais contre les héritiers de Jérôme Roten et consorts.

Responsabilité contractuelle des organes d'une banque cantonale constituant une personne morale de droit public distincte de l'Etat. Principes juridiques applicables.

Résumé des faits :

A. — Par décret du 24 août 1895, le Grand Conseil du canton du Valais a créé la « Caisse Hypothécaire et d'Épargne du Canton du Valais », « destinée à recevoir des capitaux en dépôt et à faire des placements sur hypothèques situées dans le canton, ainsi que des opérations de banque dites commerciales. »

A teneur de l'art. 2, la Caisse hypothécaire et d'épargne « est distincte de l'Etat et a qualité de personne morale ». — « Le Grand Conseil en a la haute surveillance et l'exerce spécialement par l'intermédiaire du Conseil d'Etat. »

Les organes de la Caisse sont : le Conseil d'administration de cinq membres, dont trois nommés par le Grand Conseil et deux par le Conseil d'Etat ; le Comité de direction composé du directeur et de deux autres membres, nommés par le Grand Conseil sur une double présentation du Conseil d'Etat, le directeur étant ensuite désigné par le Grand Conseil parmi les trois membres du comité ; deux censeurs nommés l'un par le Grand Conseil et l'autre par le Conseil d'Etat.

Un décret du Grand Conseil, du 11 novembre 1908, autorise le Conseil d'administration à nommer un fondé de pouvoirs et à fixer ses attributions.

La Caisse hypothécaire et d'épargne a été transformée en « Banque cantonale du Valais » par décret du 19 mai 1916 à partir du 1^{er} janvier 1917.

B. — En 1917, les censeurs constatèrent des détournements importants du chef-comptable et le 7 avril ils firent rapport au Conseil d'administration ainsi qu'à la Direction.

Le 30 avril, le Conseil d'administration décidait de porter plainte contre R. pour abus de confiance et pour falsification d'inventaire.

En mai 1917, le Grand Conseil décida « de ne pas approuver le bilan et le compte de profits et pertes pour 1916..., de ne pas donner décharge aux organes de la Caisse hypothécaire et d'épargne, mais de réserver les droits de celle-ci contre ces organes » et d'aviser, au point de vue civil, aux « mesures à prendre pour établir les vraies responsabilités ».

Fr. R. fut traduit devant le Tribunal pénal du district de Sion. La Banque cantonale, ayant droit de la Caisse hypothécaire, se porta partie civile et réclama la somme de 306,081 fr. 05 avec intérêts à 6 % dès le 31 décembre 1916.

Par jugement du 9 janvier 1919, le Tribunal reconnut l'accusé « coupable d'abus de confiance, de fraudes et malversations commises en qualité d'employé de l'administration publique, de vols qualifiés et faux en écriture publique au préjudice de la Banque cantonale du Valais, successeur de la Caisse hypothécaire et d'épargne. » En conséquence, R. fut condamné à cinq ans de réclusion, dont à déduire 619 jours de prison préventive. Le Tribunal admit la réclamation de la partie civile jusqu'à concurrence de 294,011 fr. 05 avec intérêts dès le 31 décembre 1916.

Le Tribunal cantonal du Valais confirma par arrêt du 22 septembre 1919 la condamnation privative de liberté mais renvoya la partie civile à intenter action contre la masse en faillite de R.

En exécution d'une décision du Grand Conseil, le Conseil d'Etat demanda le 28 décembre 1917 à MM. E. Gaudard, avocat et conseiller national, à Vevey, et Tuor, professeur à Fribourg, d'émettre leur avis sur la question des responsabilités civiles découlant pour les organes et employés de l'ancienne Caisse hypothécaire des fautes et négligences constatées dans la gestion dudit établissement.

Dans sa séance du 21 février 1919, vu le rapport de MM. Gaudard et Tuor, le Grand Conseil décida :

« 1. Une action en dommages-intérêts sera intentée aux membres des organes de la Caisse hypothécaire et d'épargne, ainsi qu'aux employés désignés par le rapport.

» 2. Le procès sera porté directement devant le Tribunal fédéral, à l'instance de l'Etat. »

C. — Les 13/15 novembre 1923, l'Etat et la Banque cantonale du Valais ont intenté une action en dommages-intérêts devant le Tribunal fédéral contre les directeurs, les membres du Comité de direction et du Conseil d'administration, les censeurs, le fondé de pouvoirs et le caissier de l'ancienne Caisse hypothécaire et d'épargne, ou contre leurs héritiers.

Les défendeurs ont conclu à libération des fins de la demande.

Le Tribunal fédéral a admis partiellement les conclusions des demandeurs.

Extrait des considérants :

1. Aux termes de l'art. 48 ch. 4 OJF, le Tribunal fédéral connaît en instance unique des différends de droit civil entre cantons d'une part et corporations ou particuliers d'autre part, lorsque le litige atteint une valeur en capital d'au moins 4000 fr. et que l'une des parties le requiert. Ces conditions sont réalisées en ce qui concerne l'Etat du Valais, lequel s'est porté co-demandeur contre tous les défendeurs, de sorte qu'à son égard la compétence du Tribunal fédéral est acquise et qu'il y a lieu d'entrer

en matière sur le mérite de la demande (cf. RO 6 p. 43 cons. 3). Le Tribunal fédéral doit du reste entrer en matière par le motif aussi que, aux termes de l'art. 52 ch. 1 OJF, il est tenu de juger en première et dernière instance les causes qui sont portées devant lui par les deux parties et dont l'objet atteint une valeur en capital d'au moins 10,000 fr. Or, la Banque cantonale est co-demanderesse et, à son encontre, tous les défendeurs ont procédé sur le fond.

2. A teneur de l'art. 2 du décret du 24 août 1895, la Caisse hypothécaire d'épargne « est distincte de l'Etat et a qualité de personne morale ». Il existe néanmoins un lien étroit entre l'Etat et la Banque. C'est l'Etat qui l'a fondée et dotée d'un capital. C'est l'Etat qui exerce sur elle la haute surveillance, par l'intermédiaire du Conseil d'Etat et du Grand Conseil. C'est l'Etat qui nomme les organes de la Banque : conseil d'administration, comité de direction, directeur et censeurs. Toutes ces circonstances font de la Banque une personne morale de droit public et lui confèrent les droits de partie au procès, ayant qualité pour ester en justice.

3. Il faut distinguer entre les organes supérieurs et les employés, au nombre desquels se rangent le fondé de pouvoirs et le caissier.

a) Nommés par le Grand Conseil et le Conseil d'Etat, les membres de l'administration supérieure de la Banque sont dans un rapport de droit direct avec l'Etat, et ce rapport est celui de fonctionnaires, ou du moins un rapport analogue. Ils répondent de leur gestion envers l'Etat : aux termes de l'art. 21 de la Constitution valaisanne, les autorités et les fonctionnaires publics sont responsables des actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions.

Mais ces organes sont aussi dans un rapport de droit avec la Banque qu'ils doivent administrer et dont ils ont pour mission de gérer et de sauvegarder les intérêts et les droits. Leur situation se rapproche de celle du

mandataire du droit privé, car ils sont chargés de l'accomplissement de tâches spéciales qui n'absorbent pas tout leur temps.

Le directeur, en revanche, voue toute son activité à la Banque ; sa situation est analogue à celle créée par un contrat de travail.

D'où il suit :

1° Qu'à l'égard des organes de la Banque, la qualité pour agir des deux demandeurs est indiscutable, puisque les défendeurs sont tenus envers l'un et envers l'autre (elle est du reste reconnue par les défendeurs).

2° Que le rapport de droit qui lie les défendeurs à l'Etat et à la Banque est un rapport contractuel (contrat de droit public).

3° Qu'en conséquence, l'exception de prescription doit être rejetée en tant que basée sur l'art. 60 CO, sous réserve d'une disposition spéciale applicable du droit cantonal qui limiterait la responsabilité à une durée plus courte que la prescription ordinaire de dix ans, question qui sera examinée plus loin.

b) Le fondé de pouvoirs est nommé par le Conseil d'administration. Il n'était donc pas organe, mais employé de la Banque, et, comme tel, n'était responsable qu'envers la Caisse hypothécaire, et non envers l'Etat, qui n'a pas qualité pour l'actionner. Le fait que le poste de fondé de pouvoirs a été institué par un décret du Grand Conseil n'y change rien.

Quant au caissier, il n'a pas contesté la qualité pour agir de l'Etat.

4. La demande de dommages-intérêts suppose l'existence d'un préjudice. La Banque a subi un dommage direct, c'est indiscutable et indiscuté. Quant à l'Etat, il a, pour diminuer le dommage, renoncé à une somme de 125 000 fr. représentant l'intérêt du capital de dotation et il a par conséquent fait aussi une perte directe. Les deux demandeurs sont donc légitimés à réclamer la réparation du dommage, sous réserve de l'effet des décharges annuelles.

5. MM. Gaudard et Tuor contestent avec raison la solidarité entre les divers organes. On ne voit pas de quel principe juridique cette solidarité découlerait, étant donné qu'il n'y a pas d'action commune de tous et que chaque organe ne peut être tenu que de son attitude et de sa faute propres. Il n'y a pas non plus solidarité imparfaite ou concours d'actions, puisque les divers défendeurs ne sont pas recherchés en réparation d'un même dommage pour des causes juridiques différentes, mais tous en raison de fautes contractuelles. L'action n'étant point basée sur la responsabilité dérivant d'actes illicites, l'art. 50 CO. n'est pas applicable par analogie. Et, d'après le principe général de l'art. 143 CO, il n'y a solidarité entre plusieurs débiteurs que lorsqu'ils déclarent s'obliger de manière qu'à l'égard du créancier chacun d'eux soit tenu pour le tout. A défaut de semblable déclaration, la solidarité doit être prévue par la loi. Ni l'une ni l'autre hypothèse ne se rencontre en l'espèce, en ce qui concerne le rapport entre les divers groupes de défendeurs.

Par contre, la solidarité doit être admise entre membres d'un même organe administratif dont les attributions sont analogues à celles du mandataire : conseil d'administration, comité de direction et censeurs (art. 403 CO).

6. a) La question des responsabilités incombant aux défendeurs doit se résoudre en première ligne d'après les règles du droit public positif valaisan ou des principes de droit public universellement admis par la doctrine et la jurisprudence — la Caisse hypothécaire est une institution de droit public — et, subsidiairement, d'après les dispositions du droit civil fédéral (CCS et CO) appliquées par analogie et à titre supplétif. Cette solution est conforme à la manière de voir généralement admise, selon laquelle les règles juridiques relatives à la personne morale de droit privé sont applicables subsidiairement à l'établissement de droit public (Cf. HUBER, Exposé des motifs de l'avant-projet du CCS, édit. 1902, p. 82

et suiv.; HAFTER, note 7 sur art. 59 ROSSEL et MENTHA, 2^e édit., tome I p. 71 N° 63; p. 137 CCS.; N° 200; OSER, note 2 sur art. 362 CO). Le Valais ne possède ni une loi générale concernant les fonctionnaires publics, qui s'appliquerait aussi dans la règle aux organes des personnes morales de droit public, ni une loi spéciale relative à la responsabilité des fonctionnaires.

D'une part, en effet, l'art. 21 de la Const. val. n'énonce que le principe tout général selon lequel « les autorités et les fonctionnaires publics sont responsables des actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions » ; il ne fournit aucun critère de solution pour la question de savoir d'après quels principes cette responsabilité doit s'apprécier dans un cas concret.

Et, d'autre part, la loi sur la responsabilité du Conseil d'Etat, du 20 mai 1840, a un caractère très spécial, adapté aux particularités des hautes fonctions politiques et gouvernementales du pouvoir exécutif, qui exclut son application par analogie aux fonctionnaires en général et notamment aux organes administratifs d'un établissement de crédit. C'est donc en vain que certains d'entre les défendeurs invoquent cette loi pour limiter leur responsabilité à la faute lourde et à la durée de deux ans.

Dans cette situation, il y a lieu de s'inspirer des principes généraux du droit civil fédéral sur la responsabilité contractuelle, en prenant pour fondement et délimitation des obligations qui incombent aux défendeurs les prescriptions du décret et du règlement régissant la Caisse hypothécaire. Le décret rappelle d'ailleurs le principe général de droit public inscrit dans la constitution, en spécifiant que le directeur est responsable de sa gestion (art. 16), et que « les membres du Comité de direction fournissent un cautionnement à déterminer par le règlement » (art. 17) ; à teneur du règlement, le directeur s'assure « sous sa responsabilité de la valeur et de la régularité des pièces et titres qui lui sont remis » (art. 10 al. 2) ; il fournit un cautionnement de 30 000 fr.,

celui de chacun des deux autres membres du comité de direction étant de 5000 fr. (art. 11). L'art. 34 prévoit la responsabilité de « chaque employé » en raison « de ses actes, de ses erreurs et de leurs conséquences ». Plusieurs dispositions (art. 17, 20, 22, 23) proclament la responsabilité du caissier. Enfin, en vertu d'un règlement spécial du 10 juin 1910, le fondé de pouvoirs fournit un cautionnement de 20 000 francs.

En thèse générale, le fonctionnaire dont les attributions sont celles d'un mandataire sera responsable de la bonne et fidèle exécution du mandat qui lui a été confié (art. 398 al. 2 CO), et le fonctionnaire ou l'employé dont la situation est analogue à celle résultant du contrat de travail du droit privé est « tenu d'exécuter avec soin le travail promis » (art. 328 al. 1 CO) ; tous deux répondent du dommage qu'ils causent au mandant ou à l'employeur intentionnellement ou par négligence ou imprudence (art. 328 al. 2 et 398 al. 1 CO). La mesure de la diligence se détermine essentiellement d'après le rôle confié à l'organe à teneur des décrets et des règlements.

b) De ces principes il suit, au point de vue du fardeau de la preuve, qu'il incombe aux demandeurs d'établir l'inexécution par les défendeurs de leurs obligations contractuelles, l'existence et l'étendue du dommage et le lien de causalité ; cette preuve faite, la faute est présumée, et c'est aux défendeurs à se disculper (art. 97 et suiv. CO ; OSER, p. 316 et suiv.).

C'est notamment par cette présomption de la faute du défendeur, par l'exclusion relative de la solidarité (art. 143 CO) des co-obligés et par le délai de prescription (10 ans), que les principes de la responsabilité contractuelle se distinguent des principes régissant la responsabilité extra-contractuelle.

c) Dans l'appréciation des manquements reprochés aux défendeurs, il ne faut toutefois point oublier que, en vertu de l'art. 99 al. 2, la responsabilité est plus ou

moins étendue selon la nature particulière de l'affaire et « s'apprécie notamment avec moins de rigueur lorsque l'affaire n'est pas destinée à procurer un avantage au débiteur » (les membres du Conseil d'administration et du Comité de direction touchaient d'insignifiants jetons de présence : 5 fr., puis 10 fr. ; les censeurs recevaient une indemnité journalière minime, 10 fr.). En outre, aux termes de l'art. 99 al. 3, les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle. Dès lors, à teneur des art. 42, 43 et 44 CO, si le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le fixe équitablement en considération du cours ordinaire des choses et « des mesures prises par la partie lésée », l'étendue de la réparation étant déterminée d'après les circonstances et la gravité de la faute, et le quantum des dommages-intérêts pouvant être réduit lorsque des faits dont la partie lésée est responsable ont contribué à créer ou à augmenter le dommage.

De l'application de ces principes au présent procès, il résulte que le juge doit tenir compte tout d'abord du fait que les demandeurs ne déduisent pas la responsabilité des défendeurs d'un dommage qu'ils auraient causé directement. Le dommage a été causé directement par des tiers, notamment par Fr. R. ; il ne serait imputable qu'indirectement aux défendeurs, parce qu'ils n'auraient pas pris toutes les mesures commandées par leurs obligations et les circonstances pour détourner le dommage. Les demandeurs prétendent en somme que la perte par eux subie ne se serait pas produite ou aurait été moins grande si les défendeurs avaient déployé une activité conforme à leurs devoirs. Du moment donc que les demandeurs n'imputent pas aux défendeurs des actes dommageables directs et positifs comme auteurs, instigateurs ou complices (le cas du caissier étant excepté), que l'intégrité et l'honnêteté de ces hommes ne sont pas mises en doute, leurs fautes apparaissent sous un jour atténué

et doivent être bien caractérisées pour que leur responsabilité soit engagée. L'ancien Code des obligations donnait expression à ce postulat de la justice et de l'équité à l'art. 116 qui n'accordait des dommages-intérêts pour préjudice médiat qu'en cas de faute lourde et seulement si le juge l'estimait nécessaire. Le nouveau droit a aboli cette distinction, mais le juge demeure libre de la faire si elle lui paraît justifiée par les circonstances. Puis, il ne faut pas perdre de vue les traitements et indemnités insuffisants versés aux défendeurs, circonstance qui restreint le degré de diligence et la mesure de la réparation que l'on peut raisonnablement exiger d'eux. Il est manifeste que la plupart des défendeurs ont fait des sacrifices dans l'intérêt public en acceptant leurs fonctions. Enfin il y a lieu de tenir compte du fait que les demandeurs, à savoir les organes de l'Etat, doivent prendre à leur compte une partie du dommage, en raison de leur propre incurie, de leur *culpa in eligendo* et de l'organisation défectueuse de la Banque (personnel, traitements, jetons de présence, locaux insuffisants, règlement désuet, mauvaise distribution du travail, etc.).

Enfin, il faut considérer que l'action a été intentée tardivement. Fondée sur des faits très anciens dont les auteurs sont pour la plupart décédés, elle est dirigée contre des personnes qui sont complètement étrangères aux actes et omissions dommageables et n'en répondent qu'en leur qualité d'héritiers.

7. Le dommage qui entre en ligne de compte est limité aux pertes résultant de l'affaire R., cela découle d'emblée des *décharges* données par les organes de l'Etat pour les faits dont ils avaient ou auraient dû avoir connaissance. La décharge n'a été refusée que pour l'année 1916. Faute de règles de droit public cantonal applicables, il y a lieu de s'en tenir aux principes du droit privé, soit, vu l'analogie, aux règles applicables aux organes d'une société anonyme. On admet généralement que la décharge donnée sans réserve couvre la partie de la ges-

tion qui est ou devrait être connue par les pièces soumises à l'assemblée générale, bilan, compte de profits et pertes et autres communications orales et écrites (RO 14 p. 704 ; 18 p. 606 et suiv. ; 34 II p. 502). Dans le cas particulier, le Grand Conseil est représenté par une commission spéciale chargée de prendre connaissance de la gestion de la Banque en se faisant présenter tous les rapports et livres qu'elle estime utiles à l'éclairer. Les rapports du Conseil d'administration, des censeurs, du fondé de pouvoirs, tous les livres de la Banque, les bilans et les comptes de profits et pertes, étaient donc à la disposition de la commission, de sorte que les pertes annuelles dues aux crédits excessifs ou ouverts sans autorisation, au défaut de contrôle, à l'absence ou au retard de recours contre les cautions, ne sont plus en cause.

8. L'objet du litige se ramenant ainsi à « la perte subie par les demandeurs ensuite de l'affaire F. R. et autres affaires connexes de 1910 et 1916 », il faut éliminer du débat tout ce qui ne repose pas sur des faits déterminés. Les reproches généraux de mauvaise gestion, de contrôle défectueux, etc., ne suffisent pas à étayer la demande de dommages-intérêts. En revanche, sont importants les actes et omissions qui ont rendu possibles les fraudes de R.

72. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. November 1927

i. S. D. gegen B.

Haftung des Arztes aus Auftrag für schuldhaftes Schädigung des Patienten (Röntgenverbrennung). Expertise, Stellung des Bundesgerichts. Aktienwidrigkeit ? Indizienbeweis, Anforderungen (Erw. 1).

Verschuldensfrage : Verletzung der Diligenzpflicht durch Nichteinsetzen eines (Zink-)Filters (Erw. 2).

Entschädigungsbemessung : Form der Kapitalabfindung für die Invaliditätsentschädigung. — Leichtes Verschulden des Verletzers schliesst die Zusprechung einer Genugtuungssumme nicht aus (Erw. 3).

Art. 99 und 43 OR : Herabsetzung der Ersatzpflicht ; Kriterien (Erw. 4).

A. — Der 1868 geborene Kläger B. erkrankte im Frühjahr 1922 an einem Geschwür am Mundboden. Der behandelnde Arzt, Dr. F., vermutete Krebs. B. konsultierte deshalb einen Spezialisten für Mundkrankheiten, Dr. S., der am 1. April 1922 eine Excision vornahm und das herausgeschnittene Gewebestück dem Pathologischen Institut Z. zur Untersuchung einschickte. Am 5. April 1922 gab Dr. V., Assistent dieses Instituts, einen schriftlichen Bericht dahin ab, dass er das eingesandte Stückchen bereits für carcinomatös halte, dass er aber « zur endgültigen Sicherung der Diagnose » weitem Materials bedürfe.

In der Annahme, es handle sich um einen Mundbodenkrebs, schritt Dr. S. unter Mitwirkung von Dr. W., der die gleiche Auffassung hatte, am 8. April 1922 zur operativen Entfernung des Geschwürs. Das Operationspräparat wurde wiederum dem Pathologischen Institut eingeschickt, das sich in seinem erst am 11. Mai 1922 erstatteten Bericht dahin aussprach, dass die Diagnose Krebs nicht mehr aufrechterhalten werde.

Inzwischen hatte Dr. S. den Kläger — zwei Tage nach der Operation — an die Beklagte, Spezialistin