

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. Dezember 1920 bestätigt.

## II. SACHENRECHT

### DROITS RÉELS

26. Extrait de l'arrêt de la IIe section civile du 9 mai 1921 dans la cause **Schaefer contre Banque Populaire Suisse.**

Art. 841 CCS. Ouverture d'un crédit de construction garanti par une hypothèque inscrite pour le montant total sur quatre immeubles distincts appartenant à des débiteurs solidaires. Droit pour l'entrepreneur qui actionne en vertu de l'art. 841 CCS. d'exiger la preuve d'une affectation régulière des fonds pour chacun des immeubles auxquels il a travaillé.

A. — Le 13 août 1912, la Société en nom collectif Dapples et Pappaduca a acheté à dame veuve Badel, pour le prix de 158 640 fr., un terrain situé à l'intersection des rues de Lausanne et de l'Ecole à Genève. Ce terrain fut divisé en quatre parcelles, désignées par les lettres A, B, C et D, qui furent revendues, le 16 du même mois, à raison d'une parcelle à chacune, aux Sociétés immobilières Lausanne-Ecole A, Lausanne-Ecole B, Lausanne-Ecole C et Lausanne-Ecole D...

Par acte en date du 13 août 1912, la Banque Populaire Suisse, succursale de Genève, avait consenti à ouvrir aux quatre sociétés conjointement et solidairement un crédit de construction en compte-courant, avec garantie hypothécaire, jusqu'à concurrence des  $\frac{5}{8}$  environ du prix d'achat et du 60 % environ du bâtiment C déjà existant et des constructions que les

dites sociétés se proposaient de construire chacune d'elles sur son terrain. Il était stipulé que le montant total du crédit ne dépasserait pas 280 000 fr., les versements devant s'effectuer au fur et à mesure de l'avancement des travaux, contre remise de bons ou mandats tirés par les sociétés à l'ordre des constructeurs et visés par l'architecte. Le maximum de la garantie était fixé à 314 000 fr., somme pour laquelle la banque fit inscrire une hypothèque en 1<sup>er</sup> rang sur chacun des immeubles A, B, C et D.

Les actionnaires de la Société Lausanne-Ecole D ayant renoncé à construire, ont vendu leur terrain pour le prix de 51 000 fr., dont 40 000 fr. furent aussitôt versés à la banque. Celle-ci en crédita le compte et consentit à la radiation de l'hypothèque sur l'immeuble D.

Il ne fut élevé aucune construction sur la parcelle C. Les Sociétés Lausanne-Ecole A et Lausanne-Ecole B, par contre, ont toutes deux fait édifier un bâtiment sur leur terrain.

Le demandeur Schaefer a exécuté les travaux de maçonnerie des deux bâtiments A et B. En vertu d'une sentence arbitrale du 19 novembre 1914, le montant de ses travaux a été arrêté à la somme de 105 465 fr. 40, soit 61 978 fr. 60 pour le bâtiment A et 43 486 fr. 80 pour le bâtiment B. Ayant perçu 43 004 fr. 65 d'une part et 30 459 fr. 15 de l'autre, il restait donc créancier de la Société Lausanne-Ecole A de 18 973 fr. 95 et de la Société Lausanne-Ecole B de 13 027 fr. 65. Le 26 février 1915, il s'est fait garantir le solde de ses créances par une hypothèque légale sur chacun des immeubles.

Il est constant que les avances perçues par le demandeur lui ont été versées par la Banque Populaire Suisse sur le compte de crédit. Le montant total des avances payées par la dite banque aux artisans et entrepreneurs s'élève à la somme de 159 924 fr. 45. Le compte

ayant été ouvert aux quatre sociétés solidairement, la banque n'a pas cru devoir tenir de comptabilité séparée des sommes avancées à chacune des sociétés, mais a établi un compte unique pour l'ensemble de ses avances.

Les Sociétés Lausanne-Ecole A et Lausanne-Ecole B ont été déclarées en état de faillite le 15 avril 1916. La Banque Populaire Suisse est intervenue dans chacune des faillites pour le montant total de sa créance, s'élevant alors à 287 376 fr. 80. Ce chiffre n'a été contesté ni dans la faillite, ni postérieurement. Le demandeur Schaefer est intervenu également et a été colloqué en 4<sup>e</sup> rang à concurrence de 21 289 fr. 50 sur l'immeuble A et à concurrence de 14 720 fr. 65 sur l'immeuble B.

A la seconde enchère, les deux immeubles ont été adjugés à la Banque Populaire Suisse, créancière en 1<sup>er</sup> rang, soit l'immeuble A pour la somme de 125 000 fr. et l'immeuble B pour la somme de 75 000 fr. Les créanciers postérieurs, dont le demandeur Schaefer, demeurèrent à découvert pour le montant total de leurs productions.

B. — Se prévalant de l'art. 841 CCS, par exploit du 17 janvier 1917, le demandeur Schaefer a assigné la Banque Populaire Suisse en paiement de la somme de 36 000 fr. 25 représentant le montant impayé de ses deux créances, ainsi que les intérêts...

La défenderesse a conclu à libération.

Par jugement du 17 mars 1920, le Tribunal de première instance de Genève a débouté le demandeur de ses conclusions. Se fondant sur les constatations d'une expertise et les documents produits par la défenderesse, il pose en fait que la somme de 133 000 fr., qui représente la part du produit de la réalisation résultant des travaux des entrepreneurs (200 000 fr. — 67 000 fr., valeur du sol), a été affectée en entier au paiement des constructeurs, et déclare que la façon dont cette somme a été répartie entre les divers entrepreneurs

n'a causé aucun préjudice au demandeur, lequel a reçu le 69 % environ de sa créance, soit une proportion qui dépasse celle des artisans d'autres corps de métier...

La Cour de Justice civile de Genève a confirmé ce jugement par un arrêt en date du 23 novembre. Elle se réfère aux motifs invoqués par le Tribunal et se borne simplement à ajouter que le demandeur a reçu une somme supérieure à la moyenne répartie aux autres entrepreneurs, c'est-à-dire le 69 % de sa créance, alors que la plus-value apportée par ses travaux, d'après les calculs de la défenderesse, non contestés sur ce point, ne se monte qu'au 40 %.

C. — Le demandeur a recouru en réforme, en reprenant ses conclusions.

La défenderesse a conclu au rejet du recours.

*Considérant en droit :*

4. — L'instance cantonale a considéré les deux bâtiments A et B comme formant un seul et même bien et, de même, elle a envisagé en bloc toutes les avances effectuées sur le compte de crédit, sans égard à la question de savoir laquelle des sociétés en avait, en fait, profité.

Voulût-on procéder de même, l'action devrait incontestablement être rejetée. Si l'on défalque, en effet, de la part de collocation de la défenderesse (200 000 fr. en chiffre rond) la valeur du sol des deux immeubles réunis (69 000 fr., suivant l'estimation des experts), on obtient la somme de 131 000 fr., qui est censée, d'après la loi, représenter ce dont la défenderesse, en sa qualité de créancière hypothécaire, s'est trouvée bénéficier sur la plus-value résultant de l'ensemble des travaux. Il est établi, d'autre part, par des constatations qui lient le Tribunal fédéral que, personnellement, le demandeur n'a contribué à cette plus-value que dans la proportion du 40 %. Le 40 % de 131 000 fr., soit

52 400 fr., représenterait donc le montant de l'avantage que la défenderesse a retiré des travaux du demandeur. Or il est constant que les avances effectuées par la défenderesse au demandeur, sur le compte de crédit, s'élèvent à la somme globale de 73 459 fr., c'est-à-dire qu'elle a, en fait, versé au demandeur une somme bien supérieure au bénéfice qu'elle a retiré des travaux de ce dernier. Dans ces conditions, par conséquent, la constitution de son hypothèque ne peut avoir occasionné aucun préjudice au demandeur et la demande apparaîtrait donc comme mal fondée.

Comme le recourant cependant le relève à juste titre, le mode de calcul suivi par l'instance cantonale ne saurait être approuvé en l'espèce. Il est constant qu'au moment de la constitution de l'hypothèque de la défenderesse, les immeubles appartenaient à quatre sociétés différentes, formant ainsi quatre unités juridiques distinctes, tandis que le demandeur n'a traité qu'avec les deux sociétés A et B et qu'il n'a exécuté de travaux que sur les deux immeubles A et B. Il serait inadmissible dans ces conditions et évidemment contraire au but de l'art. 841 CCS que la défenderesse pût actuellement s'opposer à l'action en excipant de paiements dont n'auraient pas profité les immeubles pour lesquels le demandeur a fourni des prestations, autrement dit qu'elle pût se prévaloir de ces paiements pour diminuer la part du produit de la réalisation qui est censée correspondre à la plus-value acquise par chacun d'eux. Quelles que soient la forme du crédit ouvert et les garanties qui y sont attachées, l'article 841 autorise le demandeur à l'action à exiger la preuve d'une affectation régulière des fonds pour chacun des immeubles auxquels il a travaillé. Si donc, incontestablement, la défenderesse était en droit, en l'espèce, de prendre son hypothèque sur chacun des immeubles, pour la garantie du montant total de sa créance, les dits immeubles appartenant à des débiteurs solidaires

(art. 798 CCS), on peut dire que cette faculté entraînait pour elle l'obligation de veiller avec d'autant plus de soin à la destination effective de ses avances. La meilleure manière d'assurer la preuve de sa libération, en prévision d'une action fondée sur l'art. 841 CCS, aurait été évidemment de tenir quatre comptabilités distinctes, suivant le nombre des sociétés, ou tout au moins de noter soigneusement pour chaque avance sa destination réelle. Il est incontestable que la défenderesse n'a pas rapporté cette preuve d'une façon absolument satisfaisante, puisque les experts déclarent s'être trouvés dans l'impossibilité, au seul vu des pièces produites, de déterminer avec exactitude le montant des avances effectuées à chacune des deux sociétés A et B.

Quoi qu'il en soit cependant sur ce point, et en dépit même de cette circonstance, il est une constatation, en l'espèce, d'où résulte en tout état de cause le mal fondé de la demande. Ainsi qu'il ressort en effet des considérations qui ont été développées ci-dessus, le succès de l'action prévue par l'art. 841 CCS est subordonné, dans tous les cas, à la condition que l'artisan ou l'entrepreneur n'aient pas déjà reçu du défendeur l'équivalent de la plus-value qui sur la part de collocation attribuée à ce dernier, est censée résulter de leurs propres travaux. Or l'instance cantonale pose en fait que les travaux exécutés par le demandeur (maçonnerie) représentent le 40 % de la valeur des travaux effectués sur les deux bâtiments réunis. On peut admettre que la proportion a été approximativement la même pour chacun des deux bâtiments. En adoptant ainsi le taux de 40 %, on trouve que la plus-value due aux prestations du demandeur s'élevait, pour le bâtiment A, à 36 400 fr. ( $125\ 000 - 34\ 000 = 91\ 000 \times \frac{40}{100} = 36\ 400$ ) et, pour le bâtiment B, à 16 000 fr. ( $75\ 000 - 35\ 000 = 40\ 000 \times \frac{40}{100} = 16\ 000$ ), alors que le de-

mandeur a, en fait, perçu 43 004 fr. sur sa créance contre la société A et 30 459 fr. sur sa créance contre la société B, sommes qui correspondent au 47 %, d'une part, au 69 %, d'autre part, de cette même plus-value. Il est ainsi manifeste qu'il a touché sur l'un et l'autre immeuble une somme supérieure à celle que la défenderesse a retirée de la plus-value due à ses travaux. La responsabilité de la défenderesse se trouve donc amplement à couvert.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est rejeté et l'arrêt attaqué est confirmé.

### III. OBLIGATIONENRECHT

#### DROITS DES OBLIGATIONS

##### 27. Urteil der I. Zivilabteilung vom 21. Februar 1921 i. S. Bernhard gegen Eidgenossenschaft.

Grundsätzliche Haftung der Eidgenossenschaft für den Verlust eines der Schweizerischen Gesandtschaft in Petrograd zum Transport nach der Schweiz per Kurier übergebenen Wertpils. Anwendbares Recht. Ablehnung eines öffentlich-rechtlichen Verhältnisses. Annahme einer Verantwortlichkeit aus allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen, jedoch bloss für rechtswidrige Absicht und grobe Fahrlässigkeit der Organe der Beklagten, unter Berücksichtigung der Eigenart des Rechtsverhältnisses. Abweisung der Klage mangels einer groben Fahrlässigkeit.

A. — Der Schweizerbürger Alexander Bernhard übergab am 31. Juli 1918 in Petrograd der Schweizerischen Gesandtschaft einen 50,000 Mark enthaltenden « Wertpli » zur Uebersendung durch einen Kurier in die Schweiz an die Adresse: Gotthard Bernhard in

Uzwil (Kanton St. Gallen). Es wurde ihm hierfür folgende Quittung ausgestellt :

« Reçu de Monsieur Al. Bernhard la somme de  
« 50,000 Mrs. all. (cinquante mille) pour être remise  
« par courrier en Suisse.

« Petrograd, le 31 juillet 1918.

« Pour le Chef du Service Financier :

« sig. A. ZIMMERMANN. »

(Stempel)

« Légation de Suisse en Russie. »

Am 9. August 1918 wurde dem Kurier Albert Staerkle der Kuriersack Nr. 27, welcher ausser diesem Pli eine Reihe anderer, nach der Schweiz bestimmter Geldsendungen und Wertsachen enthielt, in verschlossenem Zustande übergeben, mit dem Auftrag, ihn nach Berlin zu bringen und auf der Schweizerischen Gesandtschaft daselbst abzugeben. Laut dem beigelegten, an die Abteilung für Auswärtiges des Politischen Departements in Bern gerichteten Begleitbrief mit einlässlichem Inhaltsverzeichnis überstieg der Gesamtwert der Sendungen eine halbe Million Rubel, was Staerkle bekannt war.

Am 10. August reiste Staerkle (welcher schon drei Kurierreisen Petrograd-Berlin und zurück ausgeführt hatte) von Petrograd ab ; nachdem er von Helsingfors bis Reval ein deutsches Kriegsschiff benutzt hatte, setzte er seine Reise über Dorpat, Riga, Mitau und Tilsit nach Berlin fort, woselbst er Mittwoch, den 14. August 1918, Vormittags 7 Uhr, eintraf. Er fuhr sofort per Droschke zu Frau Albrecht, Nürnbergerstrasse 18, wo er während seiner Berliner Aufenthalte Wohnung zu nehmen pflegte ; da die Wohnung jedoch geschlossen war, bestieg er die Droschke, in der er nach seiner Aussage den Kuriersack, mit einer Decke bedeckt, gelassen hatte, wieder und fuhr auf die Schweizerische Gesandtschaft, Friedrich Wilhelmstrasse 11.

Staerkle traf daselbst den Diener Haberland an. Dieser stellte den Kuriersack in das sogenannte Em-