

bei Saumseligkeit des „Mieters“ das Mobiliar fortzunehmen. Letzteres Recht ist das einzige, welches, theoretisch wenigstens, unter Umständen eine gegen den Gegenkontrahenten persönlich gerichtete Spitze haben konnte; es liegt aber auf der Hand, daß der Kläger hauptsächlich dann davon Gebrauch zu machen ein Interesse hatte, wenn es galt, das Inventar dem Zugriff anderer Gläubiger zu entziehen. Daß er nur in diesem Falle davon Gebrauch machen dürfe, ist freilich im Vertrage nicht bestimmt; immerhin ist es bezeichnend, daß Felder energisch protestierte, als Segeffer in der Folge einmal den Versuch machte, das Mobiliar wegzunehmen. Auffällig ist auch, daß der Kläger einen solchen Versuch erst im August 1900, also unmittelbar vor Konkursausbruch anstellte, trotzdem Felder schon mindestens ein Jahr früher mit seinen Ratenzahlungen in Rückstand geraten war. Der Kläger scheint also selber die Auffassung gehabt zu haben, daß sein Eigentum nur zur Abhaltung anderer Gläubiger zu dienen bestimmt sei. Wie es sich jedoch hiemit verhalten mag, auf alle Fälle sollte auch jenes Recht des „Käufers“ auf Wegnahme des „Kaufobjektes“, jenes Recht des „Eigentümers“, über sein „Eigentum“ zu verfügen, nur insoweit zur Geltung kommen, als es sich um die Sicherung seiner Forderung handelte. Es blieb also von den wirtschaftlichen Folgen eines Kaufvertrages überhaupt nichts mehr übrig. Dies ist es aber eben, was in Art. 16 OR als Simulation bezeichnet wird: der Gebrauch unrichtiger Bezeichnungen in der Absicht, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen.

5. Die rechtlichen Folgen der Simulation bestehen nach der angeführten Gesetzesbestimmung darin, daß bei der Beurteilung des Vertrages nicht die unrichtige Bezeichnung, sondern die wirkliche Beschaffenheit desselben maßgebend ist. Wird dieser Grundsatz auf den vorliegenden Fall angewendet, so muß in dem Vertrag vom 15. Februar 1898 ein Pfandvertrag erblickt werden, und es kann daher der vom Kläger erhobene Eigentumsanspruch schon deshalb nicht geschützt werden, weil ein Eigentumsübergang von den Kontrahenten gar nicht gewollt war.

Eines Eingehens auf die Fragen der Anwendbarkeit der Art. 202 Abs. 2 OR und 288 SchRG bedarf es bei dieser Sachlage nicht mehr; und ebenso könnte unerörtert bleiben, ob die von den Par-

teien gewollte Pfandrechtsbestellung zustande gekommen sei. Immerhin mag bemerkt werden, daß die letztere Frage wie in den meisten Fällen dieser Art, gerade aus demjenigen Grunde zu verneinen wäre, wegen dessen die Kontrahenten ihren wahren Willen zu verschleiern suchten, nämlich wegen der Vorschrift von Art. 210 OR, wonach bei der Pfandbestellung im Gegensatz zur Eigentumsübertragung die Besitzübergabe unter keinen Umständen als vollzogen gilt, solange die Sache im Gewahrsam des Besitzübertragenden verbleibt.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichts des Kantons Luzern vom 5. April 1905 bestätigt.

65. Arrêt du 15 avril 1905 dans la cause
Association des Porteurs de bons de jouissance Jura-Simplon,
Dem., contre
Compagnie des chemins de fer Jura-Simplon en liquidation,
et Confédération suisse, déf.

Notion juridique des bons de jouissance d'une société anonyme; droits qu'ils donnent aux porteurs dans le cas de la liquidation de la société; notamment: droit au fonds d'amortissement; droit au surplus des bénéfices annuels, au dividende, au surplus d'actif dans la liquidation, aux intérêts du prix de rachat, au paiement de 50 francs par titre. — Exception de prescription contre l'action en paiement du surplus des bénéfices. Art. 147 CO. — Qualité des porteurs de bons pour demander le redressement des comptes de la compagnie, arrêtés par des assemblées générales. Art. 6 i. f., 9 des statuts du J.-S. — Art. 656 CO; loi féd. sur la comptabilité des chemins de fer de 1896. Art. 667 CO.

La « Compagnie des chemins de fer du Jura-Simplon » (J.-S.) est née de la fusion, opérée en automne 1889, des Compagnies « de la Suisse-Occidentale et du Simplon » (S.-O.-S) et du « Jura-Berne-Lucerne » (J.-B.-L.) — Il fut

attribué à chaque action du J.-B.-L. et à chaque action privilégiée de la S.-O.-S., une action privilégiée J.-S. du même montant nominal, soit de 500 francs, et à chaque action ordinaire de la S.-O.-S., du capital originaire de 500 francs, une action ordinaire J.-S. du montant de 200 francs, ainsi qu'un « BON DE JOUISSANCE. » Ce dernier titre porte cette phrase :

« *Le présent titre fait partie des 170 000 bons de jouissance créés en vertu des actes constitutifs susmentionnés et donnant droit à l'avoir de la Compagnie en conformité des statuts.* »

Les actes mentionnés sont les statuts, l'acte de fusion et l'arrêté fédéral qui le consacre en accordant le transfert des concessions. Au verso du Bon sont reproduits les articles 6, 7, 25 et 28 des statuts de 1889, et un extrait (art. 2) de l'« Arrêté fédéral du 19 décembre 1889, transférant les concessions des chemins de fer de la S.-O.-S., du J.-B.-L. et du B.-L., aux compagnies des deux réseaux fusionnés, sous le nom de Chemins de fer du Jura-Simplon. » Il y a lieu de citer parmi ces articles ceux qui suivent :

STATUTS, ART. 6 AL. 2 : « *Ces bons donneront droit au bénéfice net dans la mesure indiquée à l'article 25 des présents statuts. Les porteurs de ces bons ne sont pas représentés dans l'assemblée générale des actionnaires. ILS N'EXERCENT AUCUNE ACTION SUR LES AFFAIRES DE LA COMPAGNIE et ne peuvent s'opposer à une augmentation quelconque du fonds social.* »

STATUTS, ART. 7 : « *La Compagnie pourra aussi rembourser, après un avis préalable de six mois, les bons de jouissance, en payant aux porteurs une somme égale à vingt-cinq fois le produit annuel moyen perçu par eux pendant les cinq années qui auraient précédé l'avis de remboursement et au minimum CINQUANTE FRANCS par bon. Pour le cas où l'administration aurait l'occasion de racheter de ces bons de gré à gré, à un prix moins élevé, elle y est autorisée selon ses convenances et dans la mesure des besoins.* »

STATUTS, ART. 25 (ANC.) : « *Sur le montant des pro-
duits, après l'acquittement des frais d'entretien et d'ex-
ploitation des chemins de fer et de leurs dépendances, des
dépenses d'administration, du service des emprunts et
des amortissements, du versement au fonds de réserve et
de renouvellement, il sera prélevé la somme nécessaire
pour donner aux actions privilégiées un revenu de 4 1/2 %
de leur capital.* » — « *Il sera prélevé ensuite la somme né-
cessaire pour donner aux actions ordinaires un revenu
du 4 % de leur capital.* » — « LE SURPLUS DU BÉNÉFICE
sera réparti dans la proportion du 1/3 aux bons de jouis-
sance dont il est parlé à l'article 6, 3/4 aux actions privi-
légiées et aux actions ordinaires, proportionnellement à
leur capital respectif... »

STATUTS, ART. 28 (ANC.) : « *En cas de liquidation de la
Compagnie, la somme prélevée, après le paiement des
dettes, servira avant tout à rembourser les actions pri-
vilégiées, au pair, soit à 500 francs, puis les actions
ordinaires, au pair, soit à 200 francs. LE SURPLUS, s'il y
en a, servira d'abord à éteindre les bons de jouissance
aux conditions fixées à l'article 7, et s'il reste encore un
solde, il sera réparti entre les actions de priorité et les
actions ordinaires, au prorata de leur valeur nominale.* »

ARRÊTÉ FÉDÉRAL DE 1889 ART. 2 : « *Le transfert de ces
concessions s'effectuera aux conditions et sous les réserves
ci-après : I. Les comptes et bilans de la nouvelle compa-
gnie seront dressés d'après les prescriptions du Code fédé-
ral des obligations et de la loi fédérale sur la comptabi-
lité des compagnies de chemins de fer. A cet effet, le
Conseil fédéral entrera en négociations avec la compa-
gnie dans le sens des chiffres 1 et 2 des dispositions tran-
sitoires de la loi précitée du 21 décembre 1883 ; IL VEIL-
LERA TOUT SPÉCIALEMENT A L'AMORTISSEMENT DES BONS
DE JOUISSANCE.* »

Il n'a pas été fait de répartition aux Bons de jouissance durant l'existence de la Compagnie du J.-S. En revanche, en 1896, il a été créé un *Fonds d'amortissement des bons de*

jouissance, auquel il a été versé annuellement 50 000 fr., et un intérêt de $3\frac{1}{2}\%$, sur sa moyenne annuelle. Ce fonds atteignait, au 31 décembre 1902, en totalité, 388 970 fr. 35.

Le 1^{er} mai 1903, usant de son droit de rachat, la Confédération a repris le réseau des chemins de fer du J.-S. Par contrat du 23 octobre 1903, ratifié par l'assemblée fédérale, et par l'assemblée des actionnaires, dans sa séance du 20 novembre 1903, le prix de rachat, au 1^{er} mai 1903, a été fixé à 104 000 000 de francs. La Confédération avait, ce jour-là déjà, repris l'exploitation du réseau, et la compagnie était entrée en liquidation.

Les porteurs de bons, prévoyant que la liquidation ne donnerait qu'un surplus de bénéfice relativement peu important, se sont estimés lésés par ces diverses opérations. Un certain nombre d'entre eux a formé, le 29 avril 1903, une association ayant pour but de mettre en commun les intérêts de ses membres et de poursuivre la revendication des droits afférents aux Bons dont elle deviendrait propriétaire. Le 11 décembre 1903, l'association possédait 38 330 titres. Elle a fait notifier à la compagnie défenderesse un certain nombre de « significations » dans le courant de 1903, protestant contre divers actes effectués par cette dernière; elle a fait, en outre, le 8 septembre 1903, en due forme, une intervention dans la liquidation de la société. Par convention du 1^{er} décembre 1903, l'association et la compagnie en liquidation se sont déclarées d'accord pour soumettre leurs différends directement au Tribunal fédéral.

Par demande du 21 janvier 1904, l'Association des porteurs de bons J.-S. a formulé, tant contre la compagnie en liquidation que contre la Confédération, les conclusions suivantes :

Plaise au haut Tribunal fédéral, statuant en première et dernière instance, dire et prononcer :

1. *Qu'il sera payé par la Compagnie Jura-Simplon en liquidation à la demanderesse, par privilège et avant tout paiement aux actionnaires, la part proportionnelle lui revenant à raison du nombre de ses bons au « Fonds d'amortis-*

sement des Bons de jouissance » créé en 1896 et s'élevant au 31 décembre 1902 en totalité à 388 970 fr. 35.

Que la part proportionnelle revenant à la demanderesse en sa qualité de propriétaire de 38 330 bons sur la totalité de 170 000 titres émis est de 87 518 fr. 33.

Qu'il y a lieu d'y ajouter les intérêts de cette somme à $3\frac{1}{2}\%$ dès le 31 décembre 1902 et jusqu'au jour du paiement, ainsi qu'une annuité de 50 000 fr. au 31 décembre 1903, au cas où à cette époque la liquidation de la compagnie ne serait pas terminée, et ainsi de suite une annuité de 50 000 fr. à chaque 31 décembre, avec intérêts annuels au $3\frac{1}{2}\%$ capitalisés, jusqu'à clôture définitive de la liquidation sociale, le tout calculé au prorata du nombre des bons détenus par la demanderesse.

2. *Qu'il sera payé par la Compagnie Jura-Simplon en liquidation à l'Association des porteurs de bons Jura-Simplon, par privilège et avant toute répartition aux actionnaires de la compagnie, la part proportionnelle revenant à la demanderesse dans les produits nets des exercices annuels dès 1895, après déduction des dividendes afférents aux actions privilégiées et ordinaires.*

Que les produits nets, après redressement des comptes de profits et pertes établis par la compagnie contrairement aux dispositions légales, statutaires et contractuelles en vigueur, doivent être fixés de la façon suivante :

<i>pour 1895, à Fr.</i>	<i>219 054 —</i>	<i>pour 1899, à Fr.</i>	<i>4 092 153 —</i>
<i>» 1896</i>	<i>» 2 620 567 —</i>	<i>» 1900</i>	<i>» 4 748 101 —</i>
<i>» 1897</i>	<i>» 2 463 663 —</i>	<i>» 1901</i>	<i>» 2 487 367 —</i>
<i>» 1898</i>	<i>» 3 118 234 —</i>	<i>» 1902</i>	<i>» 3 382 323 —</i>

Que les 25 % réservés sur ces produits nets en faveur des bons de jouissance s'élèvent

<i>pour 1895, à Fr.</i>	<i>54 765 —</i>	<i>pour 1899, à Fr.</i>	<i>1 023 038 —</i>
<i>» 1896</i>	<i>» 655 142 —</i>	<i>» 1900</i>	<i>» 1 187 025 —</i>
<i>» 1897</i>	<i>» 615 916 —</i>	<i>» 1901</i>	<i>» 621 841 —</i>
<i>» 1898</i>	<i>» 779 558 —</i>	<i>» 1902</i>	<i>» 845 581 —</i>

Que la demanderesse a droit à ces sommes dans la pro-

portion du nombre des bons dont elle est propriétaire, soit au prorata de $\frac{38\,330}{170\,000}$, et par conséquent

pour 1895, à Fr. 12 322 12	pour 1899, à Fr. 230 183 55
» 1896 » 147 406 10	» 1900 » 267 080 62
» 1897 » 138 581 10	» 1901 » 139 914 32
» 1898 » 175 400 55	» 1902 » 190 255 52

Chacun de ces montants devant être augmenté des intérêts moratoires à 5 % l'an dès son échéance, soit

pour 1895, dès le 1 ^{er} juillet 1896
» 1896 » 27 juin 1897
» 1897 » 26 juin 1898
» 1898 » 1 ^{er} juillet 1899
» 1899 » 30 juin 1900
» 1900 » 30 juin 1901
» 1901 » 29 juin 1902
» 1902 » 8 août 1903

Subsidiairement :

a) Que les sommes ci-dessus spécifiées soient attribuées à la demanderesse à titre de dommages-intérêts à payer par la Compagnie Jura-Simplon avant toute répartition de son actif aux actionnaires ;

Subsidiairement :

b) et pour le cas où la compagnie soutiendrait et que le Tribunal fédéral admettrait qu'il n'existait pas en réalité de bénéfice net pour les années de 1890 à 1902, par suite de la diminution du capital social, lequel aurait dû être reconstitué avant toute distribution de dividende ;

dire et prononcer que les sommes perçues par les actionnaires pendant cette période et qui auraient été ainsi prises sur le capital social, sommes qui doivent être au minimum évaluées à Fr. 9 609 600 ou à telles sommes dont le montant sera fixé par le Tribunal fédéral, devront être déduites de la part de l'actif social à laquelle auraient droit dans la liquidation les anciens actionnaires de la Compagnie Jura-Simplon, pour être portées au crédit exclusif de la demanderesse à raison du nombre de bons dont elle est porteur ;

Subsidiairement :

nommer des experts pour rétablir les bilans à partir de 1890 et fixer les sommes dont les actionnaires doivent être portés débiteurs en diminution de la part qui leur reviendrait dans la liquidation de l'actif social.

3. Que la décision prise par l'assemblée dite « Assemblée générale des actionnaires » de la compagnie défenderesse en liquidation, le 7 août 1903, et suivant laquelle une somme de Fr. 4 304 800 a été répartie entre les porteurs d'actions privilégiées et ordinaires est déclarée nulle et non avenue et que la dite somme, augmentée des intérêts à 5 % l'an, doit rentrer dans la liquidation, pour être, dans la suite, attribuée ou répartie comme de droit ;

Subsidiairement :

que cette somme de Fr. 4 304 800 distribuée aux actionnaires soit portée en déduction par 22 fr. 50 pour chaque action privilégiée et par 8 fr. pour chaque action ordinaire, sur le montant en capital qui leur revient dans la liquidation sociale.

4. Qu'il plaise au Tribunal fédéral dire et prononcer que les décisions prises en l'assemblée réunie à Berne le 20 novembre 1903, et dite « Assemblée extraordinaire des actionnaires de la Compagnie des Chemins de fer Jura-Simplon, » décisions portant ratification du contrat de rachat du 23 octobre 1903, sont, quant aux droits de la demanderesse, nulles et de nul effet.

5. A ce qu'il plaise au Tribunal fédéral, conformément aux actes de concession, déterminer les principes sur lesquels doit avoir lieu le rachat, pour, sur le vu des rapports des experts qui seront nommés par le Tribunal fédéral, fixer le montant total revenant aux bons, en vertu de l'acte de fusion et des statuts, et déterminer la somme à laquelle aura droit la demanderesse, en proportion du nombre des bons de jouissance Jura-Simplon dont elle est porteur.

6. Qu'il plaise au Tribunal fédéral dire que la somme de Fr. 3 539 200, payée aux actionnaires le 31 décembre 1903, soit huit mois après la dissolution de la société et l'entrée

en liquidation, et cela à titre de dividende pour 1903, n'a pas libéré la Confédération de l'obligation de payer à la compagnie en liquidation les intérêts à 3¹/₂% du prix de vente, et que la compagnie en liquidation est tenue de faire le nécessaire, afin de faire rentrer cette somme à la masse pour être répartie comme de droit;

Subsidiairement:

dire que ce paiement doit être considéré comme une répartition prélevée, sans droit, sur la masse, au profit des seuls actionnaires;

en conséquence, prononcer que, sur la part revenant aux actionnaires dans la répartition du prix de vente de 104 millions, il sera déduit sur chaque action privilégiée 17 fr. 50, plus intérêts afférents, et sur chaque action ordinaire 7 fr., plus intérêts afférents, au 5% l'an, dès le 1^{er} janvier 1904, pour, le solde actif de la liquidation, une fois ces déductions faites, être réparti aux porteurs de bons en conformité de leurs droits.

7. *Qu'il plaise au Tribunal fédéral dire que la Confédération suisse n'est pas libérée vis-à-vis de la Compagnie Jura-Simplon en liquidation, en sa qualité de débitrice des intérêts du prix de vente, stipulés à 3¹/₂% à partir du 1^{er} janvier 1903 au jour du paiement, par le versement qu'elle a opéré en ses propres mains, comme porteur de 100 265 actions privilégiées et de 227 492 actions ordinaires de la somme de 3 347 081 fr. 50, cette somme devant faire partie de la masse active de la liquidation à répartir entre les ayants droit, en conformité de leurs droits respectifs.*

8. *Au besoin, condamner la Confédération à verser directement à la demanderesse le montant proportionnel lui revenant sur la dite somme de 3 347 081 fr. 50 à concurrence du nombre des bons de jouissance dont elle est porteur, et cela avec intérêt à 5% dès le 1^{er} janvier 1904.*

Subsidiairement:

et pour le cas où le tribunal n'admettrait pas le paiement direct entre les mains des porteurs de bons de la part leur revenant:

dire que cette somme de 3 347 081 fr. 50 sera payée par la Confédération à la liquidation avec intérêts afférents, pour être attribuée par celle-ci aux porteurs de bons, dans la mesure de leurs droits.

9. *Condamner la Confédération à payer à la demanderesse la somme de Fr. 1 916 500, représentant le remboursement à 50 fr. par bon, de 38 330 bons dont elle est porteur;*

Subsidiairement:

condamner la Confédération à payer la dite somme à la demanderesse à titre de dommages-intérêts.

10. *Dans le cas où le tribunal prononcerait que l'assemblée dite « Assemblée extraordinaire des actionnaires » de la Compagnie Jura-Simplon en liquidation était nulle et de nul effet, dire et déclarer que le jugement à intervenir sera commun contre les deux défenderesses, en conséquence,*

à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral, aussi à l'égard de la Confédération, déterminer, conformément aux actes de concession, les principes sur lesquels doit avoir lieu le rachat, pour, sur le vu des rapports des experts, qui seront nommés par le Tribunal fédéral, fixer le montant total revenant aux bons, en vertu de l'acte de fusion et des statuts, et déterminer la somme à laquelle aura droit la demanderesse, en proportion du nombre des bons de jouissance dont elle est porteur.

11. *Dire aussi, à l'égard de la Confédération, que la somme de Fr. 3 539 200, payée aux actionnaires le 31 décembre 1903, doit être considérée comme une répartition prélevée sans droit, sur l'actif de la masse, au profit des seuls actionnaires;*

en conséquence prononcer aussi à l'égard de la Confédération que sur la part revenant aux actionnaires dans la répartition du prix de vente de 104 millions, il sera déduit, sur chaque action privilégiée, 17 fr. 50 plus intérêts afférents, et sur chaque action ordinaire, 7 fr. plus intérêts afférents, pour, le solde actif de la liquidation, une fois ces déductions faites, être réparti aux porteurs de bons, en conformité de leur droit.

N.B. — *La demanderesse déclare se réserver expressément son recours contre les liquidateurs personnellement, pour tous dommages qui lui ont été causés par la violation des articles 665, 666, 667 et 580 ss. du CO.*

Les parties défenderesses ont conclu à libération des fins de la demande.

Dans sa réplique du 31 mai 1904, l'association demanderesse a déclaré qu'au 5 mai 1904 elle représentait 531 porteurs possédant ensemble 74 010 Bons de jouissance. — Les parties défenderesses se sont opposées à cette amplification des conclusions.

1. La compétence du Tribunal fédéral et les qualités des parties ne sont pas contestées. — La compétence découle indubitablement de l'art. 52 OJF. Comme l'association demanderesse est sans contredit propriétaire de 38 330 bons, ce n'est pas l'intérêt de chacun de ses membres, pris isolément, dont il y a lieu de tenir compte pour déterminer la valeur du litige, mais de l'intérêt cumulatif de l'association comme telle.

L'action ayant été introduite pour 38 330 titres dont la collectivité a prouvé pouvoir disposer, ce serait amplifier les conclusions et violer l'art. 47 CPC que d'étendre l'action à 74 010 titres, en cours de procédure, ainsi que l'association demanderesse prétend le faire. Cette amplification doit donc être repoussée.

2. Les parties ont abondamment discuté la question de savoir quelle était la nature juridique des Bons de jouissance J.-S. cherchant à faire rentrer ces titres dans l'un des cadres consacrés par la doctrine. Tandis que l'association demanderesse entend faire valoir un *droit de créance*, la compagnie défenderesse conteste aux porteurs de Bons la qualité soit de créanciers, soit d'actionnaires; les droits découlants des titres en cause étant, à ce qu'elle prétend, éventuels et conditionnels et, en même temps, de qualité inférieure, non seulement à ceux des créanciers, mais aussi à ceux des actionnaires, elle est d'avis que leurs porteurs disposent

d'un droit *sui generis* et peuvent être baptisés *sous-créanciers* et *sous-actionnaires*, ou plus exactement *sous-participants* et *sous-intéressés*.

Il n'est nullement nécessaire de donner une définition théorique complète de la nature juridique des Bons et ce n'est que pour autant que la solution des conclusions formulées en la cause le requiert, que cette question doit être abordée par le juge. Or, il n'est nécessaire de l'examiner, à un point de vue général, que dans le but de déterminer si, lorsqu'il y a doute, — c'est-à-dire dans les cas où les statuts ne contiennent pas de dispositions spéciales, — on doit appliquer aux Bons de jouissance les dispositions légales concernant les actions.

Les seuls droits explicitement conférés aux Bons de jouissance par les actes constitutifs, — droits qui sont essentiels pour la détermination de la nature juridique de ces titres, — sont l'attribution d'une part du bénéfice net annuel et, en cas de liquidation, d'une part de l'actif social. — Mais, le seul fait de jouir de ces droits ne suffit pas pour transformer le titulaire de Bon, en actionnaire: L'effet caractéristique et essentiel de l'action est, d'une part, d'attribuer à son porteur le droit de vote à l'Assemblée générale (CO 640), c'est-à-dire la faculté de participer à l'administration de la société et de manifester sa volonté; d'autre part, l'action lui confère le droit à une part du capital social déterminé à l'avance (CO 612); or le Bon de jouissance ne procure au porteur ni l'un ni l'autre de ces avantages caractéristiques. On ne peut donc assimiler le Bon à l'action et le porteur de Bon à l'actionnaire.

On ne peut pas non plus appliquer *par analogie* au premier les dispositions légales relatives au second: Un motif essentiel est, d'abord, que le porteur de Bon n'est pas admis aux assemblées générales et que, par conséquent, il ne peut pas être soumis à la volonté des actionnaires, manifestée par les décisions prises dans ces assemblées auxquelles il ne peut pas prendre part; « il n'exerce aucune action, — dit l'art. 6 des statuts, — sur les affaires de la

compagnie » ; il n'est donc pas associé. — En second lieu la communauté d'intérêt n'existe pas non plus entre les porteurs des deux espèces de titres : Tant que les Bons et les actions ordinaires, auxquelles ils étaient joints, sont restés dans les mêmes mains, l'intérêt était confondu ; c'est-à-dire que ce que l'actionnaire pouvait perdre d'un côté, il le gagnait de l'autre ; mais du moment où les titres ont passé dans des mains différentes, les intérêts sont entrés en opposition. Bien que l'actionnaire et le porteur de Bons profitassent tous deux de la bonne marche générale des affaires, le second devait nécessairement souhaiter un rendement maximum qui procurât un surplus de bénéfice annuel et lui assurât éventuellement un prix de remboursement avantageux ; l'actionnaire, lui, devait au contraire viser plus spécialement à la conservation de l'entreprise et au maintien de l'intégralité de son capital, de manière à s'assurer une liquidation favorable et à ne pas risquer de distribuer, sous le titre de bénéfice annuel, une part des sommes engagées par lui dans l'entreprise.

Il n'existe pas plus de rapport de société, entre les porteurs de Bons et les membres d'une société anonyme, qu'entre le patron et le commis-intéressé, ou entre toutes autres personnes liées par des contrats spéciaux de ce genre : ainsi, le prêt avec participation du prêteur aux bénéfices réalisés par l'emprunteur. Or, on admet aujourd'hui, d'une façon générale, qu'on ne peut pas voir dans ces liens juridiques-là des rapports de société. En ce qui concerne plus spécialement les différents titres de jouissance qui ne confèrent pas le droit de vote à l'assemblée générale, la jurisprudence française et allemande, la doctrine allemande et un grand nombre d'auteurs français n'admettent pas leur assimilation aux actions. (Voir Lecouturier, *Traité des parts de fondateurs*. Paris, Larose, 1903, p. 45 et suiv. — Klemperer, *Die Rechtliche Natur der Genusscheine*. Halle, Kämmerer & Co.)

Dans ces conditions, tout rapport d'analogie entre la situation du porteur de Bon et celle de l'actionnaire, doit être exclu. Le porteur de Bon n'a pas des droits égaux à

ceux d'un associé. Il n'a que le droit de réclamer à la société le paiement d'une part des bénéfices et du produit de la liquidation ; et, encore, ce droit n'est-il qu'éventuel et conditionnel, en ce sens qu'il ne devient effectif que si le bénéfice atteint un certain chiffre et s'il y a un surplus dans la liquidation. Ce n'est que si ces conditions se réalisent et sont acquises que le droit prend réellement consistance et peut être déterminé quant à sa valeur effective.

L'élévation de la somme que la société aura à payer au porteur de Bon ne dépend pas d'une activité commune des deux parties ou de leur volonté concordante, comme c'est le cas entre associés. En effet, c'est l'exploitation par la société qui produit un bénéfice, c'est la manière dont elle liquide qui peut augmenter ou réduire le produit de la liquidation. Or le porteur de Bon créancier n'a pas droit de participer à l'exploitation et n'a aucun pouvoir de coopérer à la liquidation ; c'est uniquement de l'activité et de la bonne administration des associés que dépend l'élévation ou même l'existence matérielle de la créance du porteur de Bon contre la société.

En conséquence, les prétentions de l'association demanderesse ne doivent pas, en l'espèce, être jugées d'après les dispositions légales concernant les actions ; ses droits découlent uniquement des titres qu'elle possède, et c'est d'après le contenu de ces titres et les droits qui en dérivent, que les conclusions qu'elle a formulées doivent être jugées.

I. DROIT DES PORTEURS DE BONS AU FONDS D'AMORTISSEMENT DES BONS DE JOUISSANCE

(Conclusion 1.)

1. Aux termes de l'article 7 des statuts, reproduit au verso des Bons de jouissance, le porteur a, *en cas de « remboursement » du titre*, avant la liquidation de la société, droit à un minimum de 50 francs. Partant de ce fait, le Conseil fédéral a, dans son message du 8 décembre 1899, — accompagnant le projet d'arrêté sur le transfert au J.-S. des concessions S.-O.-S. et J.-B.-L., — exprimé l'idée

que les Bons de jouissance devraient être considérés comme des actions de troisième classe (voir p. 69); il déduisait de là qu'en application de l'article 656 chiffre 6 CO, il faudrait faire figurer au bilan les 170 000 Bons de jouissance de 50 francs, par Fr. 8 500 000, bien qu'ils ne correspondent à aucun versement effectif, et qu'il ne s'agit là que d'une dette éventuelle. L'arrêté fédéral du 19 décembre 1889, basé sur cette conception, porte, à son article 2, reproduit au verso des Bons, que le Conseil fédéral « veillera » tout spécialement à l'amortissement des Bons de jouissance. »

2. L'association demanderesse estime que par cet arrêté, auquel la compagnie défenderesse s'est soumise, ainsi qu'en témoignent des circulaires d'émission et des décisions postérieures, la faculté de remboursement est devenue une obligation, dont la compagnie a reconnu l'existence par ses actes mêmes. En conséquence, l'association demanderesse prétend à un droit spécial et direct sur le fonds d'amortissement créé en 1896; c'est lui que vise sa première conclusion. Elle en demande une part proportionnelle et conclut, en outre, à ce que des versements annuels de 50 000 francs y soient faits jusqu'à la clôture de la liquidation, avec intérêts annuels 3 1/2 % capitalisés.

3. Il n'est ni contesté, ni contestable, que le fonds d'amortissement des Bons de jouissance ne constitue pas une accumulation de parts de bénéfices nets revenant aux porteurs de Bons, mais qu'il s'agit là d'une réserve destinée à procurer le remboursement ou le rachat des Bons, conformément à l'article 7 des statuts. Or, l'association demanderesse, conclut, cumulativement, au versement d'une part proportionnelle du fonds d'amortissement des Bons, — sur lequel elle prétend que les porteurs ont un droit direct, — et à la répartition du surplus d'actif dans la liquidation, jusqu'à concurrence de 50 francs. Cette addition est en tous cas inadmissible. Si la compagnie défenderesse avait annuellement affecté l'allocation de 50 000 francs, qu'elle a versée au fonds de réserve spécial, à l'extinction de quelques Bons,

par rachat ou amortissement, leurs titulaires seraient complètement désintéressés et ne pourraient plus prétendre à une part dans le surplus de l'actif de la liquidation. Le fait qu'au lieu de procéder de cette façon à l'amortissement, la compagnie a créé une réserve destinée à rembourser l'ensemble des Bons, — ce qu'elle pouvait faire en tout temps moyennant six mois d'avertissement, — ne peut avoir eu pour effet d'augmenter ses obligations envers les porteurs de Bons et de donner à ceux-ci un droit direct au fonds d'amortissement des Bons de jouissance, en plus du droit au surplus d'actif dans la liquidation. En effet, si l'on suppose que le fonds d'amortissement eût atteint un chiffre suffisant pour permettre d'éteindre tous les Bons, leurs porteurs n'auraient plus aucun droit au surplus d'actif. Leur attribuer à la fois le montant du fonds, en vertu de leur prétendu droit direct à ce fonds, ainsi que l'association demanderesse le réclame, et, en outre, le surplus de l'actif éventuellement jusqu'à concurrence de 50 francs, serait payer à double; les deux prétentions s'excluent l'une l'autre.

4. Pratiquement la première conclusion de la demande ne présenterait d'intérêt que si la part qui reviendrait directement à l'association demanderesse, ensuite de la répartition du fonds d'amortissement des Bons de jouissance, se trouvait être plus élevée que sa part proportionnelle au surplus de l'actif dans la liquidation; si tel était le cas il y aurait lieu d'examiner si les porteurs de Bons ont réellement un droit direct à ce fonds d'amortissement; mais la compagnie déclare et reconnaît devoir, à titre de surplus d'actif dans la liquidation, une somme supérieure à celle qui reviendrait aux porteurs de Bons comme part proportionnelle au fonds d'amortissement; il n'y a donc aucun intérêt à examiner si les porteurs de Bons jouissent du droit direct auquel ils prétendent et à entrer en matière sur le fond de la conclusion qui devient ainsi sans objet. Il suffit de donner à la demanderesse acte de la déclaration de la Compagnie J.-S. en liquidation.

5. La conclusion complémentaire de la demande tendant à la continuation du versement annuel de 50 000 fr. et à l'intérêt de 3 1/2 % ne présente pas non plus d'intérêt pratique, vu l'étendue de la garantie donnée par la compagnie quant à la somme qui reviendra aux Bons.

II. DROIT DES PORTEURS DE BONS AU SURPLUS DES BÉNÉFICES ANNUELS DÈS 1895

(Conclusion 2.)

1. Comme il a été dit plus haut, les Bons de jouissance n'ont reçu, durant la période d'activité de la Compagnie J.-S., aucune répartition; en d'autres termes, il n'y a pas eu, d'après les comptes approuvés par les assemblées générales, de surplus de bénéfice au sens de l'art. 25 des statuts. Par sa seconde conclusion l'association demanderesse entend faire opérer, par le Tribunal fédéral, le *redressement* des comptes des profits et pertes annuels des exercices de 1895 à 1902, établir qu'il y a eu en réalité un surplus de bénéfice, puis, ceci fait, se faire attribuer une part proportionnelle des bénéfices annuels ainsi rectifiés. L'association demanderesse, qui prétend à un droit de créance absolu, estime qu'au lieu de répartir le surplus du bénéfice existant réellement, selon les conventions stipulées entre parties, c'est-à-dire conformément à l'art. 25 des statuts reproduit au verso des Bons, la compagnie a fait des amortissements prématurés et créé plusieurs fonds de réserve spéciaux dans lesquels elle versait chaque année ce surplus, au mépris des droits conventionnels des porteurs de Bons.

Avant d'aborder l'étude de ces prétentions, contestées par les parties défenderesses (v. p. 20 et suivantes, lettres A à E), il y a lieu d'examiner deux exceptions préjudicielles soulevées en réponse :

2. La compagnie défenderesse invoque l'art. 147 CO portant que : *se prescrivent par 5 ans les intérêts de capitaux et toutes autres redevances périodiques*; elle en déduit que la conclusion 2 de la demande doit être écartée, excep-

tionnellement, comme tardive, tout au moins en ce qui concerne les années 1895, 1896 et 1897. — L'association demanderesse conclut à libération de cette exception, parce qu'il ne s'agirait pas en l'espèce d'intérêts de capitaux ou de redevances périodiques.

3. La question à trancher est de savoir si la répartition éventuelle d'un surplus de bénéfice doit être considérée comme paiement d'une redevance périodique au sens de l'art. 147 CO et si elle tombe sous le coup de la prescription à délai réduit. La solution affirmative s'impose: L'article à interpréter prévoit, à côté des « intérêts de capitaux », « toutes autres redevances périodiques », marquant bien par là que cette disposition ne vise pas seulement les fruits et accessoires d'un capital, tels que des intérêts, mais qu'elle s'applique à toute prestation revenant à terme fixe, indépendante et sans attache avec une dette principale.

La jurisprudence française a fait rentrer dans le cadre de l'art. 2277 C. civ., équivalant à l'art. 147 CO, les primes d'assurance; il n'est pas douteux que cette disposition ne s'applique aussi aux dividendes attribués à des actions (Hafner, Commentaire du CO, 2^e éd., ad art. 147, note 6) et elle doit être étendue à toute répartition de bénéfices revenant périodiquement. Le motif juridique, pour lequel ce délai réduit de prescription a été introduit, est qu'il n'y a aucun avantage à favoriser cette accumulation d'annuités retardées, tandis que leur non-paiement aux échéances successives et le versement subit d'une somme accumulée augmenteraient, d'une façon imprévue, les risques et charges du débiteur. Ces inconvénients, que la loi a voulu éviter, se seraient présentés pour les répartitions qui auraient pu être faites aux Bons de jouissance J.-S., aussi bien que pour toute autre redevance périodique; il n'y a, par conséquent, aucun motif d'admettre que l'article 147 CO ne soit pas applicable en l'espèce.

4. La demande a été déposée le 21 janvier 1904; ce sont donc les exercices dont les comptes annuels ont été approuvés par l'assemblée générale des actionnaires avant le 21 janvier

1899 qui ne peuvent plus être modifiés, en ce qui concerne la part au surplus du bénéfice annuel. Les comptes de l'exercice de 1898 n'ayant été admis que dans le courant de 1899, ce sont les exercices antérieurs qu'il y a lieu d'écarter du débat, soit ceux de 1895, 1896 et 1897. La conclusion 2 de la demande ne peut donc plus être examinée, qu'en ce qui concerne les exercices de 1898, 1899, 1900, 1901 et 1902.

5. La compagnie défenderesse soulève une seconde exception préjudicielle, dans le but de faire écarter, avant toute entrée en matière sur le fond, les conclusions 2 principales et subsidiaires de la demande; elle reprend du reste également ce moyen comme argument libératoire au fond. Elle prétend que les porteurs de Bons seraient dépourvus de toute qualité pour contester la validité des décisions des assemblées générales, prises dans la plénitude des droits que les statuts confèrent aux actionnaires et spécialement la validité des décisions relatives à la détermination du bénéfice net. A l'appui de son exception, elle invoque: — l'art. 9 des statuts, qui porte que l'Assemblée générale « statue sur le résultat de ces comptes et fixe le dividende....; » — l'art. 26 (anc.) qui dit: « L'assemblée générale peut décider, avant de répartir un dividende et si les intérêts de l'entreprise l'exigent, de faire des versements à titre de réserve, alors même qu'ils ne seraient pas prévus par les statuts; » — et l'art. 6 qui dispose que les Bons de jouissance « ne figurent au bilan de la société que pour mémoire, » et que « les porteurs de Bons ne sont pas représentés dans l'assemblée générale des actionnaires. *Ils n'exercent aucune action sur les affaires de la compagnie....* » — La compagnie défenderesse déduit de ces dispositions que le droit éventuel et conditionnel des porteurs de Bons ne peut naître, en leur faveur, que par le fait d'une décision de l'assemblée générale des actionnaires, constatant l'existence d'un surplus de bénéfices et prononçant qu'il sera réparti. L'événement futur et incertain ne s'étant pas produit, leur droit n'a jamais existé.

6. Comme les porteurs de Bons ne sont pas des associés, les décisions de l'assemblée générale des actionnaires ne peuvent pas les lier, sans autre. Ces décisions ne constituent, somme toute, pour ce qui les concerne, qu'une déclaration de débiteur sur le montant de la part de bénéfice qu'il estime devoir à ces créanciers-là. Il n'y a pas lieu de supposer que le porteur de Bons, qui a un droit à une part des bénéfices, s'en soit purement et simplement remis, pour la détermination de ce bénéfice, à la libre volonté de son créancier. Il est certain que l'article 6 des statuts, qui exclut expressément le porteur de Bons de l'administration de la compagnie, assure, en principe, au débiteur l'entière liberté dont bénéficie le propriétaire d'une entreprise, entre autres la faculté de déterminer le bénéfice annuel de son exploitation; il en est de même, dans la présente espèce, que dans tous les contrats analogues instituant une participation aux bénéfices, qu'il s'agisse de prêt, de louage de service ou de louage d'ouvrage. La détermination du bénéfice annuel rentre, en effet, dans le cadre des opérations d'administration. L'assentiment de l'ayant droit n'est, en conséquence, nullement nécessaire, en principe, pour que la détermination du bénéfice, faite par le propriétaire de l'entreprise, déploie ses effets à l'égard de ce co-partageant; le maître ne doit pas rendre compte à cet ayant droit-créancier, comme le mandataire à son mandant. Ce n'est donc pas à lui, — soit en l'espèce à la compagnie défenderesse, — qu'incombe la charge de prouver que les divers postes de ses comptes servant à déterminer les bénéfices sont établis en conformité du contrat.

Cependant, il faut tenir compte du fait que c'est en vertu d'un contrat que le propriétaire de l'entreprise est débiteur de l'ayant droit au surplus de bénéfices; ce dernier peut donc, en tous cas, revendiquer par une action en justice l'application des principes posés par le contrat pour la détermination des bénéfices. En l'absence de dispositions expresses, il peut prétendre à ce qu'on fasse application des principes essentiels qui sont à la base de toute saine administration, — et spécialement des règles de la comptabilité

commerciale, — et à ce qu'on examine, à leur lumière, si les calculs faits par le propriétaire de l'entreprise portent réellement atteinte à ses droits de participant aux bénéfices.

Il ne faut pourtant pas oublier, en procédant à cet examen, que ce n'est pas, — ainsi que le prétend l'association demanderesse, — l'intérêt des ayants droit au bénéfice qu'il faut prendre en considération, dans l'établissement des comptes et tout spécialement dans la fixation des amortissements et des réserves, mais qu'il faut envisager avant tout, — et même, le cas échéant, exclusivement, — l'intérêt bien compris du propriétaire de l'entreprise. Celui-ci n'est nullement tenu de sacrifier la prospérité et la durée de ses affaires pour favoriser les intérêts des ayants droit aux bénéfices. Cependant, lorsque, plus spécialement, les amortissements et les réserves dépassent les besoins rationnels et raisonnables de l'entreprise, on peut admettre que le but dans lequel ils ont été prévus n'est autre que de causer un préjudice à l'ayant droit au bénéfice; ce créancier doit alors être autorisé à en demander la réparation en justice.

7. C'est à la lumière de ces principes qu'il y a lieu d'examiner les redressements de comptes demandés. (Voir page 16.)

A. Amortissement des frais et pertes de l'emprunt de 1894.

L'association demanderesse entend faire redresser le compte des amortissements faits en 1895-1897 pour les frais et pertes de l'emprunt consolidé de 1894. Comme cette préention est relative à des exercices antérieurs à 1898, elle tombe sous le coup de la prescription. (Voir page 18 cons. 4.)

B. Fonds de liquidation des droits de réversion.

a. Les concessions de plusieurs lignes faisant partie du réseau actuel du Jura-Simplon, octroyées à une époque où cette matière était encore dans le domaine de la souveraineté cantonale, contenaient une clause d'après laquelle, à l'expiration du délai, la ligne devait retomber gratuitement en la propriété du canton qui avait accordé la concession.

Ce droit de réversion créait logiquement pour la compagnie l'obligation d'amortir la valeur de la ligne dans la période de durée de la concession; cependant aucune disposition ne fut prise dans ce sens avant 1895. Dès cette année-là, la compagnie s'obligea, vis-à-vis du Conseil fédéral, à constituer un fonds spécial destiné à l'amortissement des lignes sujettes à réversion en faveur des cantons et à doter, annuellement, ce fonds d'une somme de 227 000 fr., plus les intérêts à 3 $\frac{1}{2}$ ‰. En 1898, lorsqu'on réunit les fonds pour la construction du tunnel du Simplon, les cantons bénéficiaires des droits de réversion s'engagèrent à subventionner cette entreprise; ils contribuèrent pour des parts inégales à la constitution du capital de subvention total de 20 088 200 francs. Au cours des négociations relatives à cette opération, les dits cantons déclarèrent renoncer à leurs droits de réversion, moyennant des indemnités ascendant à un total de 4 250 000 fr.; mais il fut convenu que ces indemnités seraient comptées à tant moins des subventions promises par les dits cantons pour l'entreprise du Simplon. A cette occasion, le Conseil fédéral rendit, le 14 juillet 1898, un arrêté portant que l'obligation de la Compagnie J.-S. d'amortir les droits de réversion n'était pas altérée et que les versements prévus devaient continuer jusqu'à concurrence de 4 250 000 fr. En 1901, lorsque l'assemblée des actionnaires J.-S. fut appelée à délibérer sur le bilan de 1900, le fonds d'amortissement des droits de réversion ascendait à 1 486 885 fr., en y comprenant l'allocation annuelle en capital et intérêts de 269 605 fr. pour 1900; c'est dans ces conditions que l'assemblée décida d'opérer un versement supplémentaire de 2 763 115 fr., à prélever sur le solde actif du compte de profits et pertes, de manière à porter de suite le fonds de liquidation des droits de réversion au montant de 4 250 000 fr. Cette décision a déjà fait l'objet d'un procès (dit procès de la Banque de Darmstadt), intenté à la Compagnie J.-S. par la « Bank für Handel und Industrie in Darmstadt, » dont les conclusions ont été repoussées par le Tribunal fédéral, par arrêt du

1^{er} novembre 1902. (*Rec. off.*, XXVIII, 2^e partie, p. 489, consid. 7 et 8.)

b. L'association demanderesse estime que cette allocation supplémentaire, prélevée sur les bénéfices nets prêts à être répartis était injustifiée, anticipée et contraire aux statuts. La demande tend à ce que les comptes des années 1900, 1901 et 1902, soient redressés en ce sens que, d'une part, on ne fasse figurer sous le poste relatif à l'amortissement des droits de réversion pour l'année 1900 que la somme prévue de 227 000 fr., plus intérêts $3\frac{1}{2}\%$, ce qui aurait pour effet de maintenir le surplus de bénéfice net pour l'année 1900, et de permettre une répartition; d'autre part, qu'on introduise, en revanche, le poste d'amortissement régulier dans les comptes de 1901 et 1902.

c. C'est à tort que l'association demanderesse part du point de vue que les 2763 115 fr. d'allocation supplémentaire ont été prélevés sur les *bénéfices nets* de l'exercice 1900. Il est vrai que la somme dont ils faisaient partie était, dans le projet soumis à l'assemblée générale par le conseil d'administration, considérée comme solde actif du compte des profits et pertes; mais, d'une part, ce n'est pas le projet du conseil d'administration qui détermine définitivement les comptes annuels et le bilan, mais la décision de l'assemblée générale; et, d'autre part, le solde actif du compte de profits et pertes d'une année, établi dans un projet, ne peut pas être assimilé au bénéfice net réalisé par la compagnie à la fin de l'exercice. Le Tribunal fédéral a déjà jugé ce point dans l'arrêt de la Banque de Darmstadt (p. 485, consid. 4); l'arrêt porte que le solde actif du compte de profits et pertes doit (CO 656), avant tout, être appliqué à la conservation et à la reconstitution du capital social, s'il y a lieu, et qu'il ne peut en conséquence être question d'un bénéfice net, dans le sens de l'article 630 CO, tant que le capital n'est pas entièrement reconstitué. En tenant compte du fait que dans le présent cas la compagnie défenderesse a toujours fait figurer ses divers postes pour conservation et reconstitution du capital

social au passif du compte des profits et pertes, on peut dire, plus exactement encore, qu'il n'y a un solde actif au compte des profits et pertes, — et, partant, un bénéfice net, — que pour autant que toutes les diminutions de capital ont été compensées par des postes portés aux « dépenses » du compte de profits et pertes. En conséquence, si l'assemblée générale constate une diminution du capital qui n'aurait pas été portée par le projet aux dépenses du compte de profits et pertes, et qui n'aurait ainsi pas été compensée par une allocation équivalente, elle doit introduire ce nouveau poste, ce qui aura pour effet de diminuer d'autant le solde actif du projet du compte de profits et pertes, et, partant, le bénéfice net prévu par le conseil d'administration. La cause de cette modification sera donc toujours que, dans le projet de bilan, le conseil aura estimé l'actif au-dessus de sa valeur ou taxé le passif trop bas.

d. Dans l'arrêt rendu en la cause de la Banque de Darmstadt, le Tribunal fédéral a estimé que c'était à bon droit que l'assemblée générale avait, dans les comptes de 1900, pourvu à l'extinction complète de la somme de 4 250 000 fr., vu que c'était par erreur que cette indemnité de renonciation aux droits de réversion avait été portée à l'actif du bilan, alors qu'elle aurait dû être portée au passif; il y avait donc évaluation de l'actif supérieure à sa valeur réelle et l'amortissement s'imposait. Il n'est pas nécessaire d'examiner si cette solution serait attaquable à raison du fait que la partie non encore versée des 4 250 000 fr., c'est-à-dire 2 276 000 fr. figurait au passif du bilan, et qu'il était, d'autre part, tenu compte du surplus, — soit de 1 974 000 fr., déjà compensé par le paiement des premiers acomptes pour la subvention du Simplon, — en cela que le poste relatif à la part non encore versée des actions de subvention se trouvait diminué d'autant. Si même l'argumentation du Tribunal fédéral se trouvait, à raison de ces faits, sujette à caution, et qu'on estimât qu'au point de vue des règles usuelles de comptabilité l'inscription du montant de l'indemnité de renonciation aux droits de réversion à l'actif du bilan pour-

rait se justifier, la solution de l'arrêt du 1^{er} novembre 1902 n'en devrait pas moins être confirmée. Ni les statuts, ni la loi, ni les principes d'une saine administration n'empêchaient, en effet, la compagnie défenderesse, propriétaire de l'entreprise, d'opérer cet amortissement anticipé.

e. L'association demanderesse prétend que l'art. 25, al. 2 des statuts a été violé; cette disposition prévoit, à son avis, qu'on doit prélever sur « le montant des produits » annuels les sommes nécessaires à l'amortissement financier, puis, comme amortissement industriel, la dotation statutaire au fonds de réserve et de renouvellement, mais *rien d'autre*. — Cette prétention est inadmissible: Les porteurs de Bons n'ont droit qu'à une part du surplus de bénéfice, après que les actionnaires ont prélevé un dividende; or, en l'espèce, il ne restait aucun surplus après ce prélèvement, le bénéfice étant épuisé. On ne peut pas, rationnellement, prétendre qu'il existe deux espèces diverses de bénéfices, l'une absolue, liant les actionnaires, l'autre relative, concernant les porteurs de Bons; l'art. 25 des statuts est applicable aussi bien aux porteurs de Bons qu'aux actionnaires et il n'y a pas deux manières d'établir les comptes. Or, comme on l'a vu ci-avant, il n'y a bénéfice que pour autant que le capital social reste intact. Il en résulte que lorsqu'il y a lieu de compenser une réduction de l'actif, en inscrivant une somme aux dépenses du compte de profits et pertes, il importe fort peu que cette somme soit portée à un compte spécial ou qu'elle se trouve englobée dans un versement fait au fonds de réserve et de renouvellement expressément mentionné à l'art. 25 des statuts. Lorsque le compte de construction contient un poste dont le chiffre ne correspond pas ou plus à sa valeur réelle, — et cela par des motifs autres que ceux à raison desquels le fonds de réserve et de renouvellement a été créé, — il faut naturellement compenser aussi, d'une manière ou d'une autre, cet écart entre le chiffre porté par le compte de construction et la valeur réelle.

f. L'amortissement immédiat de l'indemnité de renonciation aux droits de réversion n'est pas non plus contraire à

la loi. L'art. 3, al. 2 de la loi fédérale sur la comptabilité des compagnies de chemins de fer du 21 décembre 1883, loi que l'association demanderesse entend voir appliquer à l'exclusion de la loi du 27 mars 1896, prescrit essentiellement aux compagnies de pourvoir, au moyen des recettes annuelles ou de prélèvements sur des réserves spéciales à ce destinées, à l'entretien de la voie et des installations, ainsi qu'aux dépenses de réfection de la ligne. Il n'est pas douteux que l'indemnité pour renonciation aux droits de réversion ne rentre dans ce que le texte français, trop étroit, appelle « les dépenses de réfection » et que le texte allemand, plus général, désigne par les termes de « Ersatz abgeganger Anlagen ». — Ce n'est qu'exceptionnellement, c'est-à-dire avec l'autorisation du Conseil fédéral, que les compagnies *peuvent*, en vertu du même article, répartir sur plusieurs années les frais qui auraient un caractère exceptionnel. — La Compagnie J.-S. n'a donc pas agi contrairement à la loi invoquée, du 21 décembre 1883, lorsque, renonçant à l'exception, elle a procédé conformément à la règle générale. La loi de comptabilité de 1896 prévoit par ses articles 6, 13 et 14, le même système que celui de la loi de 1883; on doit donc, si l'on applique cette loi actuellement en vigueur, en déduire la même conclusion.

g. Y a-t-il lieu d'admettre que ce versement supplémentaire au fonds d'amortissement des droits de réversion, admissible en regard des statuts et de la loi, soit contraire *aux principes d'une saine administration*? On pourrait alléguer que rien ne nécessitait l'extinction subite de ce poste, que l'amortissement annuel de 227 000 fr. avec intérêts 3 $\frac{1}{2}$ % aurait pu continuer, et spécialement qu'il n'y avait pas de raison d'amortir ce compte avant que la date du paiement des subventions pour le percement du Simplon fût échue. Mais, d'une part, l'association demanderesse n'a pas établi la date de cette échéance et, d'autre part, même en supposant qu'elle ne fût pas très prochaine, on ne saurait considérer comme contraire aux principes d'une saine administration le fait du propriétaire d'une entreprise, de prendre des pré-

cautions à l'avance pour le paiement d'une dette qu'il reconnaît, de créer un fonds d'attente dans ce but bien déterminé ou même d'acquitter de suite sa dette ; l'entière liberté du propriétaire de l'entreprise doit être protégée sur ce point. — Il est certain qu'un amortissement plus lent n'aurait pas été contraire aux principes ; cependant il y a lieu d'admettre que la proximité du rachat des chemins de fer par la Confédération rendait cette mesure, si ce n'est nécessaire tout au moins avantageuse, puisqu'elle assurait une moindre dépréciation du réseau et, par conséquent, un prix d'achat plus élevé.

h. Le versement supplémentaire opéré en 1900 au fonds de liquidation des droits de réversion ne viole, en conséquence, ni la loi ni les statuts, il ne porte pas atteinte aux principes d'une saine administration et l'on ne peut pas voir dans la décision prise par l'assemblée générale une lésion des droits des porteurs de Bons.

C. Allocations extraordinaires à la Caisse de secours et de pensions.

A côté du versement annuel régulier à la caisse de secours et de pensions, la compagnie défenderesse a contribué chaque année à l'amortissement partiel de l'insuffisance du capital de cette caisse par une allocation extraordinaire. L'association des porteurs de Bons J.-S. estime que ce versement annuel doit être porté en compte d'après les résultats de l'expertise faite en 1899-1900 par M. le professeur Graf, de Berne, et ratifiée par le Conseil fédéral.

La demanderesse ne précise pas de chiffres à l'égard de cette prétention, mais se borne à dire, en explication du tableau intitulé : « *Redressement des comptes de profits et pertes annuels de la Compagnie J.-S.* » ce qui suit : « Dans notre redressement des comptes annuels de Profits et Pertes, nous avons introduit dans les dépenses une colonne intitulée Amortissements non prévus à l'origine. — Nous y avons fait rentrer : le versement annuel pour l'extinction des droits de réversion et le versement annuel pour l'extinction

du déficit de la caisse des employés. » Or, si l'on prend les sommes portées dans la dite colonne et qu'on les décompose en leurs divers éléments constitutifs, on constate que l'association demanderesse n'a fait que reprendre pour ces allocations extraordinaires les chiffres portés par la compagnie défenderesse elle-même dans ses comptes annuels de profits et pertes. Il n'existe donc matériellement pas de différend entre parties sur ce point.

D. Compte d'attente pour alimentation du Fonds de renouvellement.

a. L'art. 27 (anc.) des statuts, porte que « le Fonds de réserve et de renouvellement est formé en vue de couvrir des dépenses imprévues et des pertes, ainsi que de renouveler et de compléter le matériel d'exploitation, les lignes et leurs accessoires. » Cet article prévoit que « chaque année il sera versé dans ce fonds 1 200 000 fr. aussi longtemps qu'il n'aura pas atteint le 5 % du fonds social, » — et que « lorsqu'il tombera au-dessous de ce chiffre, le prélèvement ci-dessus recommencera. » — Les premiers bilans attribuèrent de suite à ce fonds le 5 % du capital social, soit 5 056 000 fr. dès 1891, chiffre qui fut maintenu jusqu'en 1896. — La loi fédérale sur la comptabilité des chemins de fer du 27 mars 1896 ordonna, sur ces entrefaites, par son art. 11, que chaque compagnie constituât un fonds de renouvellement, devant accuser en tout temps l'équivalent intégral de la moins-value subie matériellement ensuite d'usure ou d'autres causes par la superstructure, le matériel roulant, le mobilier et les ustensiles. C'est au Conseil fédéral qu'incombait la mission, après avoir entendu les administrations de chemins de fer, d'arrêter le montant des versements annuels à effectuer au fonds de renouvellement. — Le Conseil fédéral fixa le montant du versement annuel pour la compagnie défenderesse à 2 700 000 fr. La compagnie estimant que le chiffre de 1 400 000 fr. suffisait, ouvrit action devant le Tribunal fédéral, d'accord avec quatre autres compagnies ; vu la proximité du rachat la procédure

fut suspendue et le litige resta sans issue. — Dans l'attente d'une solution et ensuite d'injonction du Conseil fédéral, la compagnie défenderesse a versé chaque année, à titre provisoire, à un compte intitulé « Compte d'attente pour l'alimentation du fonds de renouvellement » la somme de 2 700 000 fr., sur lequel elle prélevait annuellement aussi les dépenses de renouvellement.

b. L'association demanderesse, bien qu'estimant que la mesure prise par la loi de comptabilité de 1896 ait modifié considérablement les droits attribués aux Bons de jouissance lors de la fusion, accepte cependant qu'on verse au compte une somme équivalente à celle qui y a été prélevée à chaque exercice pour les besoins de l'année. En fait cette somme variable des prélèvements a dépassé les 1 200 000 fr., versement annuel prévu à l'origine, mais a toujours été inférieure à 2 700 000 fr. et n'a même jamais atteint 2 000 000 fr.

c. La question qui divise les parties est de savoir si c'est à bon droit que la compagnie défenderesse a versé annuellement au fonds de renouvellement, prévu par la loi de 1896, la somme de 2 700 000 fr. prescrite par le Conseil fédéral, ou si elle eût dû y porter seulement une somme équivalente au montant dépensé pour des renouvellements dans le cours de l'année écoulée, de manière à maintenir simplement le capital de l'ancien fonds de réserve et de renouvellement de 5 056 000 fr. (porté à 5 138 179 fr. 20 par fusion avec l'ancien fonds d'amortissement du matériel roulant, ascendant à 82 179 fr. 20).

L'association demanderesse a tout d'abord allégué que la loi sur la comptabilité des chemins de fer de 1896 ne lui était pas opposable, vu que les statuts, formant contrat entre parties, avaient été rédigés sous l'empire de la loi sur la comptabilité du 21 décembre 1883, qui se bornait à prévoir à son art. 3, al. 3, que la quotité des allocations aux fonds de réserve et de réfection devraient être déterminés par les statuts de la compagnie et non par le Conseil fédéral; or les statuts limitaient le montant du fonds au 5% du capital social. Par la suite, l'association demanderesse

paraît avoir abandonné ce point de vue pour ne plus se placer que sur le terrain de la loi de 1896. — Elle a eu raison de le faire vu que l'arrêté fédéral du 19 décembre 1889, auquel le texte même des Bons de jouissance se réfère et dont il reproduit au verso l'art. 2, s'en rapporte à « la loi fédérale sur la comptabilité des compagnies de chemins de fer » d'une manière toute générale. Les autorités législatives n'ont évidemment pas entendu, en admettant cet article, s'obliger à maintenir la loi existante; si la loi changeait, la disposition de l'arrêté devait changer de portée avec elle. Les parties ne peuvent pas avoir voulu autre chose que le législateur, du moment qu'elles ont admis, comme elles l'ont fait, que la comptabilité de la compagnie est régie par la loi et non par des conventions privées.

d. L'association demanderesse ne peut pas, en second lieu, invoquer la loi sur la comptabilité des chemins de fer, — que ce soit celle de 1883 ou celle de 1896, — pour en demander en sa faveur une application directe, en ce qui concerne les versements à effectuer au fonds de renouvellement. En effet, le but de cette loi est de fixer certaines règles destinées à garantir une saine administration d'entreprises auxquelles l'Etat est intéressé et elle ne concerne pas les particuliers. Les porteurs de Bons, comme tous autres tiers, ne peuvent pas l'invoquer; ils ne peuvent que la citer à l'appui de leur prétention parce qu'elle formule les principes qui sont à la base de toute bonne administration, et qu'elle peut servir ainsi de point de comparaison pour juger si l'acte d'administration attaqué est, oui ou non, conforme à ces principes. Or l'association demanderesse n'a nullement développé sa conclusion à ce point de vue-là; elle s'est bornée à alléguer qu'il fallait verser au fonds de renouvellement une somme égale à celle qui y était prélevée, pour renouvellements, dans le courant de l'exercice; en d'autres termes elle entend le maintenir tel quel. — Mais ce n'est pas aux dépenses effectuées que doit être proportionné le versement au fonds de renouvellement; l'art. 11, al. 4 de la loi de 1896 dispose expressément que ce dernier

« doit accuser en tout temps l'équivalent intégral de la moins-value subie matériellement ensuite d'usure ou d'autres causes » par la superstructure, le matériel roulant, le mobilier et les ustensiles. (Conf. Arrêt des 18-21 janvier 1899, Schweizerische Centralbahngesellschaft c. Confédération, *Rec. off.* XXV, 2, p. 243, consid. 5) ; cette mesure de prudence est, du reste, dictée par les règles ordinaires et usuelles de toute bonne administration. Or l'association demanderesse n'a nullement allégué, ni établi que les versements faits par la compagnie défenderesse au compte d'attente pour l'alimentation du fonds de renouvellement dépassassent l'équivalent intégral de la moins-value subie par les installations.

e. Il y a enfin lieu de remarquer que, tant que le Tribunal fédéral n'avait pas prononcé que le montant du versement fixé par le Conseil fédéral à 2 700 000 fr. était trop élevé, la compagnie défenderesse n'avait qu'à exécuter l'ordre reçu. — Les bilans établis sur cette base étaient définitifs et ne devaient en tous cas pas être remaniés par la suite ; la compagnie, en cas de gain de son procès, aurait opéré la rectification dans les résultats de l'exercice au courant duquel la sentence aurait été rendue, en augmentant ainsi pour cet exercice-là l'actif du compte des profits et pertes. Le rachat du réseau du J.-S. a enlevé tout intérêt à cette rectification postérieure possible.

E. Réserve pour amortissements.

a. Le rapport du conseil d'administration sur l'exercice 1897 indique, comme justification d'une dépense de 245 000 fr. portée au compte de profits et pertes, sous le titre de « Réserve pour amortissements », l'explication suivante : « L'accord avec le Conseil fédéral concernant les dépenses à porter à la charge du compte de construction en 1897 n'ayant pas pu intervenir en temps utile, le dit Conseil a consenti exceptionnellement à ce que nous portions sur ce compte les sommes que nous avons proposé d'y porter, sous les réserves toutefois qu'en 1898 les sommes

qui ne seront pas admises à la charge du dit compte soient sorties de celui-ci et que nous mettions en réserve une somme suffisante pour couvrir ces dépenses. En prévision encore d'autres amortissements, comme celui des dépenses pour l'ancienne gare à Lucerne et de l'indemnité à payer pour le rachat des droits de réversion, etc., nous avons créé cette réserve par un premier versement de 245 000 fr. »

b. L'association demanderesse conteste que la création de ce fonds soit justifiée ; elle estime qu'elle est, pour ce qui concerne les porteurs de Bons, anti-statutaire.

c. Le fonds intitulé « Réserve pour amortissements » n'a pas été créé dans un but limité ; si le rapport du conseil d'administration de 1897 contient certaines justifications, il ne fait cependant qu'une énumération exemplaire qu'il fait suivre d'un « etc. » Il y a donc lieu d'examiner s'il y avait des motifs réels pour créer ce fonds ; autrement dit, il faut voir si les versements, faits à cette réserve pour amortissements, correspondaient à une dépréciation effective des constructions et installations.

La loi sur la comptabilité de 1896 ne s'opposait pas à la création de ce fonds : En effet l'art. 11 prévoit que le fonds de renouvellement ne vise que la moins-value subie matériellement, ensuite d'usure ou d'autres causes, par les ouvrages et objets sujets à usure importante, savoir la superstructure, le matériel roulant, le mobilier et les ustensiles. D'autre part l'art. 13 prévoit que tous les postes qui ne peuvent être portés au compte de construction et ne constituent pas un actif réel (par exemple les ouvrages et installations hors d'usage ou disparus, art. 6, al. 1) doivent être amortis. Il était donc conforme à la loi, aussi bien, du reste, qu'aux principes d'une sage et prudente administration de prévoir des dépréciations en dehors de celles que le fonds de renouvellement était appelé à compenser et de pourvoir à leur compensation. La Compagnie J.-S. savait que le 1^{er} mai 1903 son réseau serait racheté par la Confédération et qu'elle devrait liquider ; du moment qu'elle n'ignorait pas que la valeur réelle de ses construc-

tions et installations ne correspondait pas aux chiffres portés dans sa comptabilité, il était de son devoir de prendre les mesures nécessaires pour qu'au moment du rachat, la différence fût compensée par des réserves pour amortissements. Il était conforme à la loi, aussi bien qu'aux principes d'une saine administration, de donner à cette réserve d'amortissement une valeur égale à la différence prévue entre la valeur fictive et la valeur réelle des travaux et installations.

d. Cette différence n'a été matériellement déterminée que par la fixation du prix du rachat ; jusque là la compagnie défenderesse ne pouvait procéder qu'en se fondant sur des probabilités et elle ne pouvait mieux faire, pour parer à toutes éventualités, que de se régler d'après les prétentions de l'acheteur, soit la Confédération, qui constituait un maximum ; ainsi aurait fait tout sage commerçant : prévoir le pire. Le message du Conseil fédéral aux Chambres fédérales concernant le rachat des chemins de fer suisses, du 25 mars 1897, prévoyait une déduction, pour moins-value sur les frais d'établissement, de 22 407 236 fr. ; à cette somme il y avait encore lieu d'ajouter la part non encore amortie de dépenses qui n'étaient ou ne seraient représentées par aucune contre valeur matérielle. Il en était ainsi des « droits de réversion », dont le prix de rachat a été fixé par la suite à 4 250 000 fr., sur lesquels seulement 705 113 fr. étaient amortis au 31 décembre 1897, — et des « Primes de remboursement sur les emprunts Franco-Suisse et Jougne-Eclépens », dont le solde à amortir à fin 1902 était de 8 055 741 fr., mais pouvait être évalué à 4 927 451 fr., en en déduisant l'indemnité de 3 128 290 fr., à payer par la Confédération, vu le taux réduit (3% et $2\frac{8}{11}\%$) de ces emprunts à reprendre par elle. Or, pour compenser toutes ces dépréciations prévues, la compagnie ne s'est trouvée, au fait et au prendre, pouvoir disposer, au 31 décembre 1902, que des sommes suivantes : 5 138 179 fr. 20 au fonds de renouvellement ; 6 933 252 fr. 70 au compte d'attente pour l'alimentation du fonds de renouvellement ; 8 764 023

fr. 19 c. à la réserve pour amortissements ; soit au total 20 835 455 fr. 09. Les versements faits au fonds de réserve pour amortissements, créé en 1897 en vue de compenser des dépréciations prévues, n'avaient donc rien d'exagéré ; ils étaient même insuffisants. — En réalité, au moment du rachat, les chiffres des dépréciations ont été quelque peu modifiés, mais la différence est restée sensiblement la même ; les prévisions étaient donc justifiées et les versements opérés à la réserve pour amortissements, légitimés.

e. L'association demanderesse prétend encore que ce fonds avait pour but de reconstituer le capital social amoindri et que cette reconstitution ne pouvait être opérée avec la part du surplus de bénéfice leur revenant.

Il résulte des faits même qu'il s'agit ici d'un fonds destiné à opérer des *amortissements*, c'est-à-dire qu'on a affaire à un poste nécessaire pour compenser un autre poste trop élevé de l'actif. Le seul but de la réserve d'amortissement était donc de combler une lacune matérielle et réelle. Or, il ne peut être question de bénéfice, ni de surplus de bénéfice, — on l'a vu plus haut (v. p. 22), — tant qu'une différence de cette nature subsiste. En se plaçant à un autre point de vue, on peut dire que le fonds en question avait pour unique but de procurer la reconstitution du capital social, par un amortissement ; il ne formait donc pas une réserve prélevée sur des bénéfices nets puisque ceux-ci ne pouvaient exister tant que le capital n'était pas reconstitué par des prélèvements opérés sur les produits de l'exploitation.

8. Des chiffres portés par l'association demanderesse dans son tableau de redressement, il résulte qu'elle entend éliminer des comptes annuels les versements faits au « Fonds pour couvrir les indemnités ensuite d'accident, » pour autant que ces versements excèdent les prélèvements annuels opérés sur ces fonds. On constate, en outre, qu'elle a fait abstraction des postes « Solde reporté » et « Versements au Fonds d'amortissement des Bons de jouissance. » La demande ne contenant aucune justification, ni aucun motif à l'appui

de ces modifications aux comptes des profits et pertes établis par la compagnie défenderesse, il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur ces prétentions et de les examiner au fond.

Aucune des modifications que l'association demanderesse prétend devoir être apportées aux comptes annuels de profits et pertes n'étant justifiée, les comptes des exercices de 1898 à 1902, les seuls qui puissent être attaqués, doivent être, pour ce qui concerne la créance conditionnelle des porteurs de Bons, approuvés tels qu'ils ont été arrêtés par la compagnie défenderesse, propriétaire de l'entreprise. Comme aucun de ces comptes ne solde par un surplus de bénéfice, il en résulte que c'est à bon droit qu'aucune répartition n'a été faite aux porteurs de Bons durant les cinq dernières années d'existence de la société.

9. Partant du même état de fait que pour sa conclusion 2 principale, l'association demanderesse a conclu subsidiairement à ce que, — au cas où le Tribunal fédéral ne reconnaîtrait pas aux Bons de jouissance un droit direct aux parts de bénéfices auxquelles elle prétend, — ces sommes leur soient reconnues à titre de dommages-intérêts, comme leur ayant été refusées en violation des droits afférents aux Bons de jouissance.

Les décisions de la compagnie défenderesse relatives à ses comptes annuels de profits et pertes étant, ainsi qu'il vient d'être démontré, conformes aux lois et statuts, et aux principes d'une saine administration, ne sauraient constituer un acte illicite; la conclusion subsidiaire en dommages-intérêts doit donc être, elle aussi, écartée.

10. Se basant toujours sur les mêmes faits que pour sa conclusion 2 principale, mais partant de la supposition que le tribunal admette que la constitution de réserves était justifiée, parce que le capital social avait été entamé à un moment donné, qu'il n'était plus intact, et que, par conséquent, il n'existait pas de bénéfice net, l'association demanderesse estime qu'il en résulte forcément que les dividendes payés aux actionnaires, pour ces exercices, étaient, en fait, pré-

levés sur le capital. Au lieu de payer des dividendes, la compagnie aurait dû reconstituer son fonds social avec le total des produits des exercices annuels. De 1890 à 1902, une somme de 55 962 400 fr. a été distribuée à titre de dividende aux actionnaires; si elle avait été versée aux fonds de renouvellement et d'amortissement et employée pour reconstituer le capital social, il n'y aurait pas eu de moins value au jour de la liquidation. Les porteurs d'actions n'ont donc fait que toucher, par avance, des fractions du capital social; ils doivent en être débités sur le produit leur revenant dans la liquidation; il ne s'agit pas d'une restitution, mais de simple déduction d'une avance déjà perçue. L'article 630 CO, qui prévoit que les dividendes ne peuvent être payés que sur le bénéfice net établi par le bilan annuel, n'a pas été modifié par la loi fédérale sur la comptabilité des chemins de fer; cette loi réserve cependant les règles du CO, lorsqu'il n'y pas de disposition spéciale contraire (loi de 1896, art. 1 al. 2); or la loi n'en contient aucune. L'article 630 CO qui devait être respecté a été violé.

Les parties défenderesses contestent spécialement cette dernière allégation. La loi de comptabilité permet, en dérogation aux dispositions du CO, de répartir sur un certain nombre d'années les frais de réparations extraordinaires, les dépréciations des installations et les pertes de cours, en les inscrivant, pour la partie non encore amortie, à l'actif du bilan. La société n'était, par conséquent, pas obligée de faire usage de tout le produit des exercices annuels pour reconstituer de suite et entièrement son capital; ainsi que le Tribunal fédéral l'a déjà jugé dans le procès de la Banque de Darmstadt, la compagnie n'était évidemment tenue d'amortir la moins-value de son réseau que par les dotations ordinaires au fonds de renouvellement; mais s'il est vrai qu'elle ne pouvait être contrainte à dépasser cette limite, elle était incontestablement autorisée à le faire.

Il est inutile de se livrer à une étude comparative de la disposition de l'art. 630 CO et de la loi sur la comptabilité des chemins de fer pour savoir s'il peut y avoir coexistence

ou si les principes posés par ces textes s'excluent l'un l'autre. En effet l'art. 630 CO invoqué parle, il est vrai, des bénéfices nets « établis par le bilan annuel », mais l'art. 656 CO 2^o dispose que « les immeubles, bâtiments et machines doivent être évalués au bilan tout au plus au prix d'acquisition et déduction faite de l'amortissement que comportent les circonstances ; » si donc même on n'appliquait en l'espèce que le CO on en serait ramené à la question de savoir si, étant donné la moins-value de 22 347 000 fr. indiquée par le message du 25 mars 1897, les circonstances exigeaient que tout le produit des exercices annuels fût affecté à des amortissements, ou si elles comportaient des amortissements partiels tels qu'ils ont été effectués. Il n'y a pas de doute que c'est cette dernière manière de procéder qui doit être admise comme « répondant aux circonstances. »

La moins-value, telle qu'elle était fixée par le message du Conseil fédéral en 1897, ne constituait pas pour la compagnie défenderesse une dépréciation acquise et certaine dont il fallait d'ores et déjà tenir compte. Cette estimation n'était pas conforme à celle de la compagnie, et dépassait de beaucoup les versements faits par cette dernière à ses fonds spéciaux destinés à compenser les moins-values. Ce n'est qu'au moment où le rachat a été effectué et que la compagnie a dû admettre l'exactitude, partielle tout au moins, de l'estimation du Conseil fédéral, que ce surplus de dépréciation est devenu une réalité. Tant qu'il n'y avait rien de décidé et d'effectif la compagnie n'avait, d'après les circonstances et les principes d'une bonne administration, aucune autre mesure à prendre que de prévoir l'obligation dans laquelle elle pourrait se trouver, au moment du rachat, de compenser cette moins-value. Comme tout bon commerçant placé dans une situation analogue, comme le porteur d'un brevet à terme, elle devait tenir compte de la somme probable à compenser et du délai encore à courir; elle ne pouvait être tenue de procéder tout de suite à un amortissement complet.

Or, la loi fédérale sur la comptabilité de 1896 règle

précisément, pour les chemins de fer, de quelle manière il doit être procédé aux amortissements; elle remplace sur ce point la disposition toute générale de l'art. 656 2^o du CO. L'art. 11 de la loi, en prévoyant la constitution d'un fonds de renouvellement pour les constructions et installations sujettes à usure importante, à alimenter par des versements annuels, institue les amortissements partiels échelonnés. Les autres dépréciations provenant par exemple de postes qui ne peuvent être portés au compte de construction (installations supplémentaires ou nouvelles dont il ne résulte pas une augmentation ou amélioration essentielle des constructions et installations, art. 5; ouvrages et installations hors d'usage ou disparus, art. 6; etc.) doivent figurer provisoirement à l'actif du bilan à titre de sommes à restituer et, dit l'art. 13 de la loi, « elles devront être remboursées par des prélèvements sur les recettes annuelles de l'exploitation. » L'art. 14 ajoute en outre que « le Conseil fédéral, sur le vu d'un plan d'amortissement, fixera définitivement le délai dans lequel cette opération devra avoir lieu et le montant des annuités. » Il en résulte donc que le « Compte d'attente pour alimentation du fonds de renouvellement » et la « Réserve pour amortissements », institués par la compagnie défenderesse pour pourvoir à la compensation des dépréciations non couvertes par le fonds de renouvellement, pouvaient, eux aussi, être alimentés par des versements échelonnés.

La compagnie défenderesse n'était donc pas obligée de verser le produit annuel de l'exploitation tout entier dans ses réserves; elle n'était tenue d'opérer ses amortissements que partiellement et successivement.

C'est à tort que l'association demanderresse prétend voir une opposition entre l'existence d'une moins-value à amortir et la distribution d'un dividende; il suffit de renvoyer sur ce point au passage, cité par la compagnie défenderesse, de l'arrêt du Tribunal fédéral dans le procès de la Banque de Darmstadt. (*Rec. off.* XXVIII, 2, p. 499, consid. 12 in fine.)

III. DROITS DES PORTEURS DE BONS AU DIVIDENDE PAYÉ POUR L'EXERCICE DE 1902

(Conclusion 3.)

1. Par décision de l'assemblée générale des actionnaires du 18 avril 1903 la Compagnie J.-S. devait être dissoute et mise en liquidation dès le 1^{er} mai 1903. Cette assemblée avait cependant décidé qu'une nouvelle assemblée générale serait convoquée pour l'approbation des comptes de l'exercice de 1902, ainsi que pour la votation éventuelle d'un dividende conformément aux statuts. La commission de liquidation était chargée de dresser le compte du dernier exercice et de convoquer l'assemblée. — Cette dernière se réunit le 7 août 1903, soit après l'ouverture de la liquidation; elle décida de distribuer 4 304 800 fr. comme dividende pour 1902, c'est-à-dire 22 fr. 50 par action de priorité et 8 fr. par action ordinaire.

2. L'association demanderesse déclare que cette décision est nulle et de nul effet : 1^o parce qu'à partir de la dissolution il n'existe plus, en droit, d'actionnaires, ni d'organes de la compagnie, et que seuls les liquidateurs ont à jouer un rôle, cela dans les limites légales; 2^o parce qu'une compagnie en liquidation ne peut procéder à des distributions aux associés que dans le seul cas où il y a des « capitaux sans emploi » (CO 582 et 583) et qu'il ne saurait être question de distribuer des dividendes; en effet, tout l'actif de la société rentre dans la liquidation y compris le produit de la dernière année; 3^o parce que, s'il y avait un surplus de capital, il devait revenir aux porteurs de Bons en vertu de leur droit de créance, et qu'il était inadmissible qu'il fût détourné, sous forme de dividende. L'association demanderesse s'est opposée par avance à l'exception de bonne foi que les actionnaires pourraient tirer de l'art. 632 CO, étant donné que cet article est sans portée en matière de liquidation; elle déclare en conséquence demander le rapport de 4 304 800 francs à la masse ou, subsidiairement, la déduction de la

somme versée à chaque action, du montant nominal à rembourser à son porteur.

3. L'association demanderesse ne se borne pas à demander, comme elle l'a fait dans sa seconde conclusion, une modification, pour ce qui concerne les porteurs de Bons, du montant de bénéfice net déterminé par les assemblées générales; elle conclut d'abord à ce que la décision prise par l'assemblée du 17 août 1903, attribuant un dividende aux actionnaires, soit déclarée *nulle et non avenue*, puis, en second lieu, à ce que la somme de 4 304 800 fr., considérée comme bénéfice net par cette assemblée et distribuée comme dividende, *rentre dans la liquidation* pour être répartie comme de droit.

C'est à bon droit que, pour la première de ces conclusions, la compagnie défenderesse a soulevé l'exception tirée du défaut de qualité des porteurs de Bons pour demander l'*annulation* des décisions de l'assemblée générale. Comme on l'a vu ci-dessus, le porteur de Bons ne saurait être assimilé à l'actionnaire et n'a pas les mêmes droits et obligations que lui (voir p. 11); en outre, la compagnie, en sa qualité de propriétaire de l'entreprise, a seule le droit d'administrer; enfin, le porteur de Bons n'est pas soumis, sans autre, aux décisions de l'assemblée générale des actionnaires; il ne doit personnellement admettre les résultats, qui en découlent pour lui, que pour autant que ses droits contractuels sont respectés. C'est précisément parce que les décisions prises par le débiteur ne lient pas irrévocablement le créancier, pour autant qu'elles portent atteinte à ses droits, qu'il ne peut pas les faire annuler; elles sont sans intérêt pour lui, puisque, pour autant qu'elles violent ses droits et qu'il s'y oppose, elles sont sans effet. Il peut être dans l'intérêt de l'actionnaire de faire annuler cette détermination décisive pour lui; en revanche le porteur de Bons n'a pas vocation pour le faire, vu qu'il n'y est pas intéressé. Il peut toujours réclamer ce qu'il estime lui être dû en plus de ce que la compagnie reconnaît lui devoir.

4. La conclusion 3 principale, telle qu'elle est formulée

dans la demande, est dirigée contre les actionnaires et non pas contre les parties défenderesses; elle tend, en effet, à ce que les dividendes versés aux porteurs d'actions pour l'exercice 1902, soient restitués par eux. Les actionnaires ne sont pas partie au procès et l'on ne peut pas les condamner, dans un procès auquel ils sont étrangers, à restituer une somme qu'ils ont perçue. La question en litige est de savoir s'il y a un excédent d'actif dans la liquidation de la Compagnie J.-S. et quel est son montant; c'est là seulement ce qui intéresse les porteurs de Bons; en revanche, la question de savoir où la compagnie en liquidation trouverait l'argent nécessaire pour payer leur créance une fois celle-ci établie et s'il y a, pratiquement, lieu d'opérer une déduction sur le montant en capital revenant à chaque action (conclusion 3 subsidiaire), ne les concerne nullement; c'est affaire uniquement de la compagnie et des actionnaires.

Pour les mêmes motifs, il n'est d'aucune importance, pour les porteurs de Bons, de savoir si la décision d'opérer le paiement d'un dividende a été prise par une assemblée compétente, et si cette distribution pouvait avoir lieu en regard des articles 582 et 583 CO.

5. La seule question que l'association demanderesse puisse soulever au sujet de la somme de 4304800 fr., distribuée comme dividende de l'exercice de 1902, est de savoir si, en regard de l'art. 28 (anc.) des statuts formant contrat entre parties, pour déterminer la somme qui reste après paiement des dettes et qui doit être distribuée *par la société* conformément aux statuts, il faut tenir compte de tout ce qui se trouve à l'actif de la société au moment de l'ouverture de la liquidation, sans distinguer entre capital et produit du capital, ou s'il y a certaines distinctions à opérer.

Il n'est pas douteux qu'en cas de liquidation d'une société par actions ordinaire, le produit de l'exercice annuel, qui a précédé l'ouverture de la liquidation, ne doit pas être considéré comme constituant un bénéfice et que les actionnaires ne peuvent prétendre à sa distribution; il est joint au capital pour augmenter la garantie des créanciers,

et le principe qu'il n'y a pas de distribution de bénéfice durant la liquidation déploie ainsi ses effets, aussi en ce qui concerne le produit de la dernière année non encore déterminé et distribué au moment de l'ouverture de la liquidation. Cette règle se justifie parfaitement étant donné qu'outre le surcroît de garantie qu'elle accorde aux créanciers, elle ne modifie en rien le droit des actionnaires. Ceux-ci ont, en effet, droit à une part des bénéfices proportionnelle à leur part du capital, et il leur importe peu qu'on procède à une seule distribution au lieu de deux; le fait que le produit de la dernière année est joint au capital, et n'est distribué qu'à la fin de la liquidation, ne modifie en rien la somme totale à toucher, et la distinction entre capital et dividende ne présente, en elle-même, aucun intérêt pour les actionnaires.

Lorsqu'en revanche il ne s'agit pas uniquement d'actionnaires ayant des droits à l'actif social en tous points égaux, mais qu'il existe, pour certains d'entre eux ou pour des tiers, des privilèges sur l'un ou l'autre des éléments de l'actif social, il importe aux intéressés qu'on distingue entre le produit de l'exploitation du dernier exercice et le produit de la réalisation des biens de la société. Ce cas n'est pas prévu par la loi, et il est essentiellement différent de celui que le législateur a eu en vue. — En l'espèce les porteurs de Bons ont, pour ce qui concerne le bénéfice annuel, droit au quart de l'excédent après qu'un certain dividende a été attribué aux actionnaires, tandis que, pour ce qui concerne leur droit au capital, ils n'interviennent qu'après les actionnaires et les porteurs d'actions de subventions et ils sont alors seuls en ligne; la raison même qui permet, lorsque les actionnaires sont seuls en ligne, la confusion des deux produits, c'est-à-dire l'égalité des droits des intéressés, n'existe plus dans les cas tels que celui-ci, et, les circonstances étant différentes, une autre solution s'impose. Il y a donc lieu de distinguer entre le produit du dernier exercice et celui provenant de la réalisation de l'actif social.

L'art. 28 des statuts ne contredit nullement à cette manière d'envisager les choses, il se borne à dire : « la somme qui restera après le paiement des dettes servira.... » il n'impose pas la confusion des produits. — Ce serait, au contraire, violer l'intention des parties que d'enlever purement et simplement aux actionnaires le privilège que leur garantit le contrat passé entre parties, sur les bénéfices des exercices annuels, sans qu'aucune exception soit faite pour le dernier. Confondre ce bénéfice avec le produit de la réalisation de l'actif, aboutirait, dans le cas particulier, à le remettre entièrement aux porteurs de Bons, ce qui serait directement contraire au contrat.

Les porteurs de Bons n'ayant aucun droit sur les 4 304 800 fr. bénéfices de 1902, pas plus que sur l'intérêt de cette somme, — et cela pour les mêmes motifs, — il est inutile d'examiner si l'assemblée générale du 17 août 1903 était en droit, en regard de l'art. 667 CO, de décider une distribution de dividende.

La conclusion 3 de la demande doit donc être écartée, aussi bien au fond que juridiquement.

IV. DROITS DES PORTEURS DE BONS AU SURPLUS D'ACTIF

DANS LA LIQUIDATION

(Conclusions 4, 5 et 10.)

A. Nature des prétentions en général.

1. Le 1^{er} mai 1903 la liquidation de la Compagnie du J.-S. a été ouverte. Le 23 octobre, la Commission de liquidation du J.-S. et le Conseil fédéral ont conclu une convention en vertu de laquelle la compagnie cédait toute sa fortune mobilière et immobilière à la Confédération suisse, — en reportant les effets de cette cession au 1^{er} janvier 1903. Cette convention a été ratifiée par l'assemblée générale des actionnaires du 20 novembre 1903. Les opérations de la liquidation ont suivi leur cours; celle-ci n'est pas encore clôturée.

Par les conclusions 4 à 8 et 10 à 11 l'association demanderesse attaque ce contrat de vente et son exécution;

elle s'en prend, soit à la compagnie, soit à la Confédération, dans le but de faire annuler certains actes de la liquidation.

2. Avant d'aborder dans leur détail les prétentions formulées et les moyens préjudiciels et principaux qui y ont été opposés, il importe d'examiner d'une manière générale le caractère juridique que revêtent ces prétentions.

Après avoir réclamé dans ses conclusions 2 principales et accessoires, l'allocation de certaines sommes auxquelles elle prétend avoir droit comme surplus de bénéfice annuel, l'association demanderesse tend, dans ses conclusions suivantes, à faire apporter certaines modifications à la liquidation, *en cours*, de la Compagnie des chemins de fer J.-S. défenderesse.

L'art. 28 des statuts, reproduit au verso des Bons, dispose qu'en cas de liquidation de la compagnie, la somme qui restera après le paiement des dettes servira, avant tout, à rembourser les actions privilégiées au pair, puis les actions ordinaires au pair. « Le surplus, dit l'article, s'il y en a, servira d'abord à éteindre les Bons de jouissance aux conditions fixées à l'art. 7,etc. » Aucun autre article ne confère d'autres droits aux porteurs de Bons dans la liquidation; comme on l'a déjà vu (voir p. 11), il ne sont pas membres de la société, ils ne peuvent être ni identifiés ni assimilés aux actionnaires; l'ouverture de la liquidation ne peut opérer aucun changement à cet égard. Ils sont créanciers de la société et jouissent des droits que leur donnent les lois et les statuts. Or ni les premières ni les seconds ne confèrent aux porteurs de Bons, créanciers, le droit d'intervenir dans la liquidation, d'y prendre une part active, d'y jouer un rôle direct. Le seul droit qui leur est conféré est de toucher une part du surplus de l'actif après paiement des postes énumérés dans les statuts. — L'étendue matérielle du droit des porteurs de Bons, la question de savoir si ce droit a été lésé, s'ils n'ont pas reçu ce qui leur était dû, sont tout autant de questions qui ne peuvent être résolues que lorsque la liquidation de l'actif est terminée et que des offres de

paiement ont été faites. Ce n'est que si, à ce moment-là, les porteurs de Bons constatent que la répartition qui leur est offerte n'atteint pas les chiffres prévus à l'art. 7, — c'est-à-dire vingt-cinq fois le produit annuel moyen des cinq dernières années, ou, ce produit ayant été nul, 50 fr., — et s'ils estiment que la liquidation n'a pas été régulière et qu'une atteinte a, par ce moyen, été portée à leur droit, qu'ils seront légitimés, mais alors seulement, à demander la réparation du dommage qui leur aura été causé par cet acte illicite et de conclure à des dommages-intérêts.

3. L'association demanderesse n'a pas procédé de la sorte; avant que la liquidation fût terminée, avant que le surplus d'actif fût déterminé, avant que la preuve juridique fût acquise qu'on n'a pas offert aux Bons la répartition de 50 fr. prévue par les articles 27 al. 7 des statuts, l'association demanderesse a ouvert action; elle a conclu, non pas à des dommages-intérêts, — ce qui lui était actuellement impossible puisque le dommage n'était pas encore causé, — mais à la nullité de certains actes de liquidation. Si l'on suppose même que ces actes soient irréguliers, il n'est pas établi qu'ils causent un dommage aux porteurs de Bons, puisque la part leur revenant dans la liquidation est encore indéterminée, ni qu'ils aient un intérêt au procès; leur action est donc, à ce point de vue, prématurée. En tout état de cause, le porteur de Bons ne peut prétendre attaquer les actes de la liquidation eux-mêmes, pour en provoquer la nullité, puisqu'il n'a pas droit d'intervenir dans la liquidation; il peut uniquement démontrer l'irrégularité d'une opération dans le but de justifier que cet acte illicite est la cause du dommage qui lui a été occasionné et dont il demande la réparation.

4. Le Tribunal fédéral pourrait donc se borner à cette simple constatation et écarter pour ce motif préjudiciel les conclusions relatives à la liquidation formulées par l'association demanderesse, celle-ci n'ayant pas qualité pour les présenter sous cette forme, dans ce but et à ce moment. Cependant, comme il est conforme aux principes de la pro-

cédure et de l'administration d'une saine justice d'éviter la multiplicité des procès et de ne pas laisser planer de doute dans l'esprit des parties, le Tribunal fédéral estime devoir, vu les circonstances spéciales de la cause, aborder le fond des questions soulevées par la demanderesse et les trancher à l'occasion de ce procès. Il est d'autant plus indiqué de le faire que, d'après les allégués de l'une et l'autre parties, l'on peut d'ores et déjà approximativement prévoir quel sera le résultat de la liquidation, et ce qui sera offert aux porteurs de Bons par la compagnie.

B. Contrat de rachat.

1. L'arrêté fédéral du 1^{er} décembre 1889, transférant les concessions à la nouvelle Compagnie J.-S., prévoyait le rachat possible du réseau par la Confédération dès le 1^{er} mai 1903. L'art. 2 litt. *d* de l'arrêté porte que le prix sera déterminé par le produit net moyen obtenu sur l'ensemble du réseau pendant les dix années qui auront précédé immédiatement celle au cours de laquelle le rachat a été annoncé. L'alinéa suivant ajoute que le prix de rachat ne pourra, en aucun cas, être inférieur au prix d'établissement des constructions existantes, etc. La litt. *g* du même article prévoit que les contestations qui pourraient s'élever au sujet du rachat ou des questions qui s'y rattachent, seront réglées par le Tribunal fédéral.

Au lieu de suivre cette procédure, les parties ont convenu à l'amiable d'un prix de vente en bloc, suivant la convention déjà citée, du 23 octobre 1903.

Par ses conclusions 4 et 5, l'association prétend faire prononcer l'annulation « quant aux droits de la demanderesse » de ce contrat du 23 octobre 1903, et faire fixer par le Tribunal fédéral les « principes sur lesquels doit avoir lieu le rachat » et « le montant total revenant aux Bons, en vertu de l'acte de fusion et des statuts. » Par sa conclusion 10, l'association demande, en outre, l'application de ses conclusions 4 et 5 tant à la Confédération qu'à la compagnie défenderesse.

2. Au sujet de la demande de nullité du contrat de rachat formulée, tant contre la compagnie défenderesse que contre la Confédération, il y a lieu de remarquer, dès l'abord, qu'une conclusion en ce sens ne peut en tout cas pas être formulée contre la Confédération, car le simple fait que les porteurs de Bons sont créanciers du vendeur ne crée aucun lien de droit entre eux et l'acheteur. L'association demanderesse n'a pas non plus qualité pour provoquer la nullité du contrat à l'égard de la compagnie défenderesse, soit parce qu'elle n'a aucun droit réel sur les biens de la société, soit parce qu'elle n'a aucune action sur les affaires de la compagnie, le porteur de Bons ne disposant que d'une action en dommages intérêts, dans le cas où sa partie co-contractante aurait conclu le rachat à un prix défavorable et qui lui causerait un préjudice. Il n'y a en conséquence pas lieu d'entrer en matière sur les conclusions 4 et 10 de la demande. Quant à la conclusion 5, il n'y a lieu de la soumettre à examen que pour autant qu'elle tend à la fixation de la somme qui serait revenue aux Bons dans le cas où le prix de rachat aurait été fixé comme il devait l'être d'après les concessions ; cette question tend, en effet, à la détermination du dommage qui pourrait avoir été causé à l'association demanderesse par le rachat tel qu'il a été opéré.

3. Etant donné ces constatations, il n'y a pas lieu d'examiner si le rachat viole les dispositions de l'art. 582 CO, ainsi que l'association l'allègue pour prouver la nullité d'un rachat à l'amiable. L'art. 582 ne concerne que les actionnaires. Mais si même le mode de liquidation admis était contraire à la loi, l'association demanderesse ne pourrait fonder sur ce fait une action en dommages-intérêts, que pour autant qu'il serait prouvé que ce mode de liquidation lui aurait causé un dommage, ou qu'un autre mode de liquidation aurait produit davantage, ce qui n'est pas établi.

4. Il n'y a pas lieu non plus d'entrer en matière sur une autre question également soulevée par l'association demanderesse, savoir si l'assemblée du 20 novembre 1903 était compétente pour décider le rachat, alors que la société était

déjà entrée en liquidation ; les porteurs de Bons, créanciers de la société, n'ont en effet aucun droit de mettre cette question en discussion.

5. C'est encore pour les mêmes motifs que l'association demanderesse ne peut pas contester, comme elle prétend le faire, la régularité du vote de l'assemblée du 20 novembre 1903 par lequel le prix du rachat a été admis. Seuls les actionnaires sont légitimés à attaquer en justice une décision de l'assemblée générale lorsqu'ils prétendent à une violation des statuts ; l'ayant droit au bénéfice et au surplus dans la liquidation ne dispose pas de ce droit caractéristique qui appartient à l'associé seul. Au reste la prétention de l'association demanderesse n'est pas justifiée au fond : Elle s'appuie en premier lieu sur l'art. 17 des statuts qui dispose, entre autres, qu'en cas de liquidation ou vente du réseau il ne peut être statué que « dans une assemblée où sont représentés plus du quart des actions ayant droit de vote et à la majorité des deux tiers des voix » ; elle invoque en second lieu l'art. 15, al. 3 des statuts en vertu duquel un actionnaire ne peut exercer son droit de vote dans les discussions concernant toute affaire où il est partie contractante. La Confédération étant « partie contractante » et disposant, suivant la déclaration faite par le Conseil fédéral dans le message du 21 novembre 1903, du 94,5 % des actions, il était matériellement impossible de procéder à une vente. Les actions de subvention Simplon ne devaient pas non plus pouvoir voter, vu leur intérêt direct au contrat.

L'exactitude arithmétique et le mode des calculs opérés pour déterminer le quorum et la majorité ne sont pas contestés ; la seule question à examiner, en ce qui concerne la Confédération, est de savoir de combien de voix elle disposait et l'usage qu'elle a fait de celles-ci ; en effet, s'il n'est pas établi qu'elle ait participé à l'assemblée générale du 20 novembre 1903 avec un nombre supérieur aux 99 651 actions mentionnées sur le bulletin blanc remis au président lors de la votation du contrat de rachat, les attaques de l'association demanderesse tombent d'elle-même. Or tel est le cas.

Lors de l'audience préliminaire la demanderesse a reconnu que, le 20 novembre 1903, les 55 000 actions J.-S. en possession du Crédit suisse de Zurich et de la Banque cantonale bernoise n'avaient pas encore passé en la propriété de la Confédération, ce qui eût été indispensable pour que celle-ci disposât du droit de vote attaché aux actions. Si le Conseil fédéral a, dans son message du 21 novembre 1903, considéré ces titres comme appartenant à la Confédération et s'il a assimilé improprement un droit d'option à un titre de propriété, s'il a cru pouvoir dire que la Confédération disposait du 94,5 % des actions, cette déclaration ne saurait avoir, en droit, aucun effet en regard de l'aveu de la demanderesse elle-même. Le droit de vote inhérent à ces actions sur lesquelles la Confédération n'avait qu'une option restait donc aux deux banques dont les représentants ne peuvent être taxés d'hommes de paille de la Confédération.

D'autre part, quant aux 195 914 actions que la Confédération reconnaît avoir acquises dans le courant de 1903 avant l'assemblée générale du 20 novembre, elle a déclaré ne pas les avoir fait inscrire ou transcrire en son nom, ni en avoir fait usage à l'assemblée; il n'existe aucune preuve quelconque que ces déclarations soient inexactes et que ces actions aient été confiées à des hommes de paille. La différence entre le nombre total des actions existantes et celui des actions représentées à l'assemblée dépasse le chiffre des 195 914; le dire de la Confédération n'est donc pas inadmissible.

Il n'est, par conséquent, pas établi que la Confédération ait participé au vote d'une façon quelconque, ni qu'elle se soit présentée à l'assemblée générale du 20 novembre 1903 avec plus de 99 651 actions.

Pour ce qui concerne la participation au vote des actions de subvention Simplon, il suffit de constater que si même l'on suppose que tous les 64 252 titres présentés aient apporté des suffrages affirmatifs et qu'on réduise d'autant le chiffre des bulletins valables et le nombre des « oui », la majorité reste néanmoins acquise à l'adoption du contrat de rachat.

C. Prix du rachat.

1. L'association demanderesse allègue enfin que le prix de rachat a été fixé arbitrairement à Fr. 104 000 000 « en fraude des droits des ayants droit à l'actif social, ayants droit parmi lesquels il faut comprendre les porteurs de Bons au même titre que les actionnaires. » Le vendeur et l'acheteur étant, en fait, une seule et même personne, il a été facile, dit la demanderesse, d'arriver à ce résultat. Pour prouver son dire, elle établit une comparaison avec le mode de calcul employé pour fixer le prix payé aux autres compagnies suisses rachetées, et en déduit que le réseau du J.-S. valait 114 788 870 fr. et non 104 000 000. Dans un « Tableau synoptique des divers règlements proposés pour le rachat du J.-S., » elle a porté le résultat de la comparaison dans une colonne intitulée: « Règlement d'après les principes d'indemnisation appliqués aux trois réseaux déjà rachetés. » En comparant les chiffres placés sous cette rubrique et ceux portés par le Conseil fédéral dans le message du 21 novembre 1903 pour justifier ce prix de Fr. 104 000 000, on constate les différences suivantes:

Augmentation des actifs :		
Litige des trains de nuit	Fr.	800 000
Frais de liquidation à la charge de la Confédération	»	1 000 000
Majoration consentie par la Confédération	»	1 731 498
Bonification $\frac{1}{3}$ bénéfiques de 1903	»	1 200 000
Total,	Fr.	4 731 498
Diminution des passifs :		
Déficit Caisse de secours Fr. 4 494 533		
Moins-value du réseau	»	1 951 809
Total des augmentations d'actif et diminutions de passif	Fr.	11 177 840
Dont à déduire une augmentation de passif pour fonds d'amortissement des Bons.	Fr.	388 970
Différence entre 114 788 870 francs et 104 000 000 de francs	Fr.	10 788 870

Ces postes divergents ne ressortent que de ce tableau synoptique des divers règlements proposés. La demande ne contient aucune réquisition à leur égard, ni aucune justification; la conclusion se borne à requérir une expertise et à demander au Tribunal fédéral de « déterminer, conformément aux actes de concession, les principes sur lesquels doit avoir lieu le rachat... » Cependant, dans sa Réplique, la demanderesse attaque expressément les chiffres admis pour la moins value du réseau et pour le déficit de la caisse de secours, et s'efforce de justifier ses prétentions spécialement en ce qui concerne le bon état d'entretien du réseau.

L'association demanderesse allègue, enfin, à l'appui de sa conclusion que le prix de Fr. 104 000 000 était déjà prévu en 1901, et qu'il a toujours été repris dans les différents projets d'arrangement qui ont été établis depuis le 5 mai 1902, alors même que depuis cette date l'actif s'est augmenté de 11 306 000 francs.

2. Comme on l'a vu plus haut, la seule action qui puisse appartenir aux porteurs de Bons serait une action en dommages-intérêts (voir p. 44). L'association demanderesse allègue bien que le prix de rachat a été fixé en fraude des droits des porteurs de Bons, mais elle ne déclare pas, dans la conclusion, quel est le dommage qui lui aurait été causé et dont elle demande la réparation; elle se borne à conclure à ce qu'il plaise au Tribunal fédéral « déterminer les principes sur lesquels doit avoir lieu le rachat... » — En la forme la conclusion est inadmissible; le juge ne peut prononcer que sur des prétentions déterminées et fixes des parties et non pas soumettre à examen tous les systèmes possibles et imaginables, même ceux auxquels les parties n'auraient pas songé. Au reste, en l'espèce, le dommage ne peut pas naturellement être évalué tant que le compte final de liquidation n'est pas établi et que les porteurs de Bons ne savent pas si la somme qui leur sera offerte sera inférieure à 50 francs et de combien elle le sera. La conclusion 5 doit donc, elle aussi, être préalablement écartée comme prématurée et irrégulière en la forme.

3. Si, pour les motifs d'opportunité indiqués plus haut, on aborde le fond même de la question, on constate que les seuls chiffres indiqués par l'association demanderesse et qui paraissent résumer ses prétentions, sont ceux qu'elle a portés dans la colonne intitulée « Règlement d'après les principes d'indemnisation appliqués aux trois réseaux déjà rachetés, » de son tableau synoptique des divers règlements proposés pour le rachat du J.-S. Il est juste de dire que nulle part ces chiffres ne sont présentés comme des prétentions, mais uniquement comme des termes de comparaison. Mais, si même l'on considère ces chiffres comme déterminant le montant de la prétention de la demande, on doit constater qu'ils ne sont accompagnés d'aucun motif ni d'aucune justification. Seuls les deux postes relatifs à la « Moins-value du réseau » et au « Déficit de la Caisse de secours » sont expressément mentionnés dans la réplique; les autres postes, sur lesquels il y a désaccord, ne sont pas même cités; or, l'art. 89 de la loi fédérale sur la procédure civile du 22 novembre 1850 exige que la demande désigne en abrégé, mais d'une manière précise, les faits qui motivent la demande et l'objet de la demande. Cette règle primordiale est essentielle; un tribunal ne peut juger que s'il connaît les faits, s'il sait sur quel point les parties sont en désaccord et quel est le motif de ce désaccord. Seuls les deux postes ci-dessus mentionnés peuvent donc être soumis à examen, et c'est à leur égard seulement qu'il y a lieu d'examiner les attaques dirigées par l'association demanderesse contre la fixation du prix de Fr. 104 000 000.

Avant de procéder à cet examen, il importe de relever que la situation des porteurs de Bons n'a pas changé par le fait de l'ouverture de la liquidation. Les statuts ne prévoient pas qu'ils puissent dès ce moment-là « exercer une action sur les affaires de la compagnie ». L'art. 27 leur accorde un droit au surplus d'actif dans la liquidation, mais aucun droit d'administration. C'est donc au propriétaire de l'entreprise, soit à la compagnie seule, qu'appartient avant tout le droit de déterminer les postes de son

compte de liquidation. D'après les principes posés plus haut (voir p. 19) la liberté du propriétaire n'est limitée, dans l'intérêt des créanciers intéressés, à défaut de dispositions légales ou statutaires, que par les règles d'une saine administration. — Il est indéniable qu'en l'espèce le droit des porteurs de Bons de contrôler si ces règles ont été respectées a d'autant plus de valeur et d'importance que l'acheteur possédait la majorité des actions privilégiées et ordinaires et disposait ainsi d'une grande influence. Il importe avant tout d'examiner jusqu'à quel point cette influence a été déterminante dans le marché conclu.

4. Les circonstances particulières de la société offrent un moyen de contrôle important : A côté des actions privilégiées et ordinaires, représentant un capital nominal de 101 120 000 fr. il existait des actions de subvention-Simplon ascendant au total nominal de 20 088 200 fr. Ces actions, dont la Confédération n'avait que pour 4 500 000 fr., étaient pour la grande majorité en mains des cantons et des communes. Or d'après l'art. 27 des statuts ces titres devaient être également remboursés, dans la liquidation, avant qu'une répartition fût faite aux Bons. Le montant versé n'étant que de 40,8 fr. %, soit 8 195 986 fr., c'est cette somme qui devait être, avant tout, prélevée sur le produit de la liquidation, après les 101 120 000 fr. revenant aux actions privilégiées et ordinaires et versés aux porteurs d'actions subvention-Simplon. Ces derniers actionnaires, ayant droit de vote, avaient un intérêt évident à ne pas ratifier la vente du réseau à un prix qui ne leur garantît pas le remboursement de leurs actions s'ils l'estimaient déraisonnable. On ne peut donc pas parler d'une *identité* d'intérêts entre l'acheteur et le vendeur et d'une confusion absolue. Une collusion frauduleuse entre eux pour porter atteinte aux porteurs de Bons est exclue, puisque les premiers intéressés à une augmentation de prix étaient les porteurs d'actions de subvention-Simplon et non pas les porteurs de Bons, et que le montant de leurs actions n'a pas été couvert. Loin de là : Alors que leur intérêt était

d'obtenir un prix se rapprochant le plus possible de la somme de 109 315 986 (101 120 000 + 8 195 986) qui aurait permis de les rembourser totalement, abstraction faite des frais de liquidation, les porteurs d'actions de subvention-Simplon ont admis le prix de Fr. 104 000 000.

La demanderesse ne peut pas opposer à cette argumentation le fait que, par convention préliminaire du 5 mai 1902, les porteurs suisses d'actions de subvention-Simplon avaient déclaré renoncer au remboursement de leurs actions et dire qu'ils n'avaient plus d'intérêt au marché, qu'ils ne sont intervenus que pour la forme à l'assemblée générale et qu'il doit être fait abstraction de ces titres dans les calculs. — La convention de renonciation du 5 mai 1902 n'était que conditionnelle et ne devait déployer ses effets qu'en cas de ratification d'un rachat opéré à l'amiable pour le prix de 104 000 000, mais pas à un prix supérieur. Si donc le rachat n'aboutissait pas au prix indiqué, la renonciation tombait. Par conséquent, pour peu que les porteurs d'actions de subvention-Simplon entrevissent la possibilité d'une liquidation plus avantageuse, ils conservaient la faculté de s'opposer à la ratification de la vente au prix de Fr. 104 000 000, ce qui aurait empêché la condition de se réaliser et les replaçait à leur rang d'actionnaires. Or il découle du résultat de la votation du 20 novembre 1903, qu'ils n'ont pas entrevu la possibilité d'une liquidation plus avantageuse, puisqu'alors qu'il y avait 64 252 actions de subvention-Simplon représentées à l'assemblée, il n'y a eu que 5140 non.

On ne peut pas non plus dire qu'à cette renonciation correspondait un avantage d'une autre nature qui aurait compensé le sacrifice apparent des porteurs d'actions de subvention-Simplon ; ainsi, il serait inexact de prétendre qu'ils tiraient un avantage de cette opération parce que, en renonçant au remboursement du 40,8 % de subvention versé, les porteurs d'actions s'étaient fait donner décharge des 59,2 % restés dûs pour libérer leurs titres. Cette décharge ne compensait pas la perte causée par leur

renonciation et ne devait nullement les engager à écarter la possibilité d'un remboursement plus élevé, s'ils l'estimaient possible. En effet les 59,2 % à verser auraient été représentés par des titres à rembourser intégralement par la Confédération, lors du rachat du Simplon, au prix du capital de premier établissement, selon la concession. La perte des porteurs de ces actions aurait donc été limitée à l'intérêt de quelques années, somme évidemment inférieure aux 8 195 986 fr. auxquels ils renonçaient. Si les porteurs d'actions de subvention-Simplon ont signé la convention préliminaire et conditionnelle du 5 mai 1902 et ratifié le prix du rachat de Fr. 104 000 000, c'est donc bien parce qu'ils considéraient leur versement comme étant en grande partie perdu.

Enfin, en adoptant ce prix les cantons porteurs de ces actions de subvention-Simplon ont agi en pleine connaissance de la situation. Ils avaient fait procéder à une expertise (dite expertise Wittwer) qui avait arrêté le prix de rachat à 109 940 000 fr., sur lequel, après déduction des frais présumés de liquidation, il serait revenu environ 7 700 000 fr. aux actions de subvention-Simplon. C'est bien parce qu'ils ont estimé ce chiffre trop élevé et trop peu certain que les cantons ont considéré le prix de 104 000 000 comme inévitable et qu'ils ont consenti à renoncer, en faveur des porteurs de Bons, à la petite part leur revenant.

Si l'on suppose même que les porteurs d'actions de subvention-Simplon aient reconnu que le chiffre de Fr. 104 000 000 était trop bas, qu'ils aient renoncé à leur convention préliminaire conditionnelle et fait admettre les deux modifications que l'association demanderesse entend faire apporter aux postes justificatifs du prix de Fr. 104 000 000 on obtient une augmentation de 6 446 342 fr. (« Déficit de la Caisse de secours » réduit de 4 500 000 fr. à 5467 fr. soit de 4 494 533 fr., et moins-value du réseau réduite de 18 757 236 fr. à 16 805 427 fr., soit de 1 951 809 fr.), soit au total 110 446 342 fr. Or ce prix aurait été insuffisant pour opérer une distribution plus

avantageuse aux porteurs de Bons, étant donné qu'on aurait disposé, toutes actions payées, comme surplus d'actif dans la liquidation de 1 130 356 fr. (110 446 342 fr. moins 109 315 986 fr.) au lieu de 2 880 000 fr. (104 000 000 fr. moins 101 120 000 fr.) — Dans ces conditions les porteurs de Bons n'ont aucun intérêt à poursuivre la modification sollicitée.

5. De même que les porteurs d'actions de subvention-Simplon, les liquidateurs ont examiné la question de savoir s'il était plus avantageux d'accepter les 104 000 000 offerts par la Confédération ou s'il était préférable de courir les chances d'un procès. Le rapport que les administrateurs ont présenté à l'assemblée générale du 20 novembre 1903 contient l'exposé des motifs qui les a conduits à faire la proposition d'accepter le marché; ce serait à l'association demanderesse de démontrer et prouver que ces raisons ne répondent pas aux principes d'une saine administration, qu'on devait nécessairement prévoir que le résultat d'une procédure tendant à la fixation du prix à payer « conformément aux actes de concession », — comme le porte la conclusion 5, — aurait produit un prix supérieur aux offres amiables de la Confédération. Mais la demanderesse n'a pas rapporté cette preuve. — C'est à tort qu'elle fonde ses critiques, ainsi qu'il paraît ressortir du tableau synoptique, sur une comparaison du prix 104 000 000, avec le règlement qu'elle établit d'après les principes d'indemnisation appliqués aux trois réseaux déjà rachetés; ce qu'elle aurait dû opposer au prix proposé par la commission de liquidation à l'assemblée du 20 novembre 1903 c'était le prix dû, à son avis, en vertu des principes fixés par les actes de concession, puisque c'est là ce qu'elle invoque dans sa conclusion. Elle aurait dû formuler, motiver et prouver ses chiffres. Elle n'a pas même tenté de le faire, mais s'est bornée à rapporter des appréciations de tiers et à faire des comparaisons dénuées de toute force probante.

Dans ces conditions il n'y a pas lieu de se demander pourquoi la Confédération a toujours maintenu le prix de

Fr. 104 000 000, — ce qui n'a du reste rien d'étonnant, puisqu'il s'agissait d'un prix payable à une date préfixe; — si le capital de premier établissement, c'est-à-dire la valeur réelle de construction et d'achat du réseau et de matériel à l'état de neuf, était supérieur au coût porté en compte; — quelles étaient les opinions de différents personnages et entre autres de M. Ruchonnet, président de la commission de liquidation, à différentes époques, etc., etc., tout autant d'allégués qui ne sauraient prouver une prétention, du reste non précisée.

C'est pour ces motifs aussi qu'il n'y a pas lieu d'admettre la jonction au dossier de deux pièces dont l'association demanderesse a requis la production lors des débats préalables: savoir un rapport d'expertise Wittwer et Oberer du 31 janvier 1902 sur l'évaluation du prix de rachat du réseau faite sur la demande des cantons porteurs d'actions de subvention-Simplon et une estimation du directeur Ruchonnet du 24 avril 1901. C'est à bon droit que le juge chargé de l'instruction de la cause a refusé (CPC 171) la production de ces pièces dénuées de toute force probante et sans importance en la cause. Cette décision doit donc être confirmée.

6. Si cependant on aborde maintenant au fond l'examen du prix convenu pour le rachat, — dans le but de vérifier si les critiques soulevées au sujet des deux postes spécialement mentionnés en réplique sont légitimes, — on est également amené à conclure que la prétention de l'association demanderesse n'est pas fondée et qu'il ne peut être question d'un prix abusivement bas fixé en violation des principes d'une saine administration.

En ce qui concerne le déficit de la caisse de secours il n'y a aucune probabilité que, si le rachat s'était fait conformément au mode prévu par la concession, ce poste eût été supprimé du passif. Il est en outre indiscutable que ce déficit constitue une dette de la compagnie (loi fédérale concernant les caisses de secours des compagnies de chemins de fer et de bateaux à vapeur du 28 juin 1889, art. 3).

La seule question qui prête à discussion est celle de savoir si le chiffre de 4 500 000, porté par la compagnie et par le Conseil fédéral dans leurs règlements définitifs, est justifié; c'est à l'association demanderesse qu'incombe la charge de prouver que ce chiffre est exagéré et qu'il suffit de porter au passif les 5467 fr. qu'elle indique. Or elle n'a pas rapporté cette preuve. — Sans entrer dans les développements techniques que comporte cette question, on peut constater ce qui suit: La Compagnie J.-S. s'est basée dans la fixation de ce chiffre sur un rapport très approfondi de M. Leubin, directeur de la Caisse de secours des Chemins de fer fédéraux, mathématicien spécialiste en matière d'assurance, rapport sur les conséquences financières d'une combinaison à faire entre les caisses de secours des diverses compagnies rachetées. M. Leubin établit qu'au 31 décembre 1898 le bilan initial de la Caisse de secours J.-S. comportait un déficit de 6 045 725 fr. 12, déficit qui, au 1^{er} janvier 1903, s'élevait à 8 029 027 fr. 01. Le 9 février 1904 ce rapport a été soumis par la Direction des Chemins de fer fédéraux à une commission composée de MM. Rebstein, professeur au Polytechnicum de Zurich, Dr Schilplin, mathématicien-conseil de la société d'assurance « La Suisse » et Dr G. Schärtlin, directeur de la « Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt » à Zurich. Le second des experts est décédé au cours du travail. Les deux autres ont, dans un rapport daté du 30 novembre 1904, déclaré exacts les bilans établis par M. Leubin. — L'association demanderesse oppose à ces données le résultat de calculs faits dès 1898 par M. Graf, professeur à Berne, sur la demande du Conseil d'administration J.-S. et du Conseil fédéral; le déficit à fin 1898 aurait été de 315 085 fr. 88; les amortissements l'auraient ramené à fin 1902 à 5466 fr. 77 c. — La différence entre les résultats des deux rapports provient des bases statistiques différentes sur lesquelles ces calculs reposent. Un examen des sources auxquelles ont puisé les deux spécialistes montre à l'évidence que M. Leubin a disposé d'un matériel général et spécial beaucoup plus

complet que M. Graf. — De nouvelles contestations ont été soulevées par les membres de la caisse de secours contre les résultats de ces divers rapports; MM. les professeurs Graf et Pareto ont été chargés d'une nouvelle étude. — Quoiqu'il arrive par la suite, les parties contractantes se trouvaient en présence de simples probabilités; on ne peut nier que toutes les précautions ont été prises pour ne pas commettre une erreur. La compagnie défenderesse a estimé que dans de telles circonstances il était dans son intérêt de consentir à une réduction du passif de 4 500 000 fr., plutôt que d'affronter sur ce point les risques d'une décision judiciaire; on ne peut lui reprocher de n'avoir pas, en ce faisant, suivi les principes d'une saine administration. L'association demanderesse n'a pas prouvé que les résultats des calculs de M. Graf, sur lesquels elle s'appuie, soient plus justes que ceux de M. Leubin; sa prétention à une augmentation du prix du rachat, pour ce motif, doit donc être écartée.

7. L'association demanderesse allègue que la moins-value du réseau, dont la déduction sur le prix d'établissement était prévue par la concession, devrait être réduite d'un quart comme cela a été fait pour les trois compagnies déjà rachetées. Elle part du chiffre de moins-value totale de 22 407 236 fr., admis par le Conseil fédéral dans le message du 25 mars 1897 concernant le rachat, et porte dans le tableau synoptique, au passif du « Règlement établi d'après les principes d'indemnisation appliqués aux trois réseaux déjà rachetés » les trois quarts de cette somme, soit 16 805 427 fr. Le Conseil fédéral, dans son message du 21 novembre 1903 a porté, en revanche, le chiffre de 18 757 236 fr., ce qui fait une différence de 1 951 809 fr.

Il y a lieu de remarquer, en premier lieu, que le Conseil fédéral a, pour le J.-S. aussi, opéré une réduction du quart, mais que le chiffre porté par le message du 21 novembre 1903 n'est pas basé sur la moins-value totale de 22 407 236 francs, fixée le 25 mars 1897; c'est de là que provient la différence du résultat. En effet, à cette somme l'acheteur

a ajouté, le 21 novembre 1903, 2 350 000 fr., coût d'améliorations urgentes à apporter à la superstructure, ce qui élevait le total de la moins-value à 24 757 236 fr.; en en déduisant environ le quart, soit fr. 6 000 000, le Conseil fédéral a estimé la moins-value à porter au passif à 18 757 236 fr.

La justification de la différence de 1 951 809 fr. ne pourrait être rapportée, en droit, que par une expertise technique, qui évaluerait le montant des dépenses à effectuer pour remettre le réseau en « parfait état, » puisque c'est ainsi qu'aux termes de la concession il devait être remis. Or l'association demanderesse, à laquelle incombe la charge de prouver ce qu'elle allègue, n'a ni demandé, ni rendu possible cette expertise. A l'audience préliminaire, elle s'est contentée de requérir une expertise de nature financière portant sur les livres et la comptabilité, ce qui serait insuffisant et non pertinent. Au reste, pour qu'une expertise fût possible, il faudrait que les points sur lesquels elle doit porter fussent catégorisés; à cet effet, la demanderesse aurait dû requérir la production des calculs justificatifs détaillés de la Confédération, et attaquer les postes qui lui paraissaient exagérés en indiquant ses motifs. Les experts auraient pu alors se prononcer sur ces moins-value là.

Si l'on suppose qu'une expertise ait porté sur l'ensemble du réseau, un examen même superficiel de la situation montre que si certaines déductions étaient possibles, il se serait présenté, d'autre part, des postes dont il n'a pu être tenu compte au moment où les calculs ont été faits, ainsi les frais de réparation du tunnel de Chexbres. D'autres questions auraient surgi, par exemple celle de savoir si la somme de 392 614 fr. 92 pour frais d'émission et perte de cours portée au compte de construction du Simplon ne devait pas en être biffée; ou encore si la somme de 3 058 217 fr. 12 pour « Objets non achevés sur les lignes en exploitation » pouvait être ajoutée au capital d'établissement.

En face de ces éventualités et de ces doutes, on ne peut affirmer, et il n'est pas prouvé qu'il serait résulté de l'expertise que la moins-value fixée selon le mode de rachat

prévu par la concession eût été inférieure au chiffre admis dans les calculs justificatifs de la convention intervenue entre la compagnie défenderesse et la Confédération. On ne peut pas reprocher à la première de n'avoir pas, en évitant une solution judiciaire et ses aléas, violé des principes d'une saine administration.

La cinquième conclusion de la demande devrait donc aussi être écartée au fond, si elle ne l'était déjà pour des motifs de forme.

V. DROIT DES PORTEURS DE BONS AUX INTÉRÊTS DU PRIX DE RACHAT

(Conclusions 6 à 8 et 11.)

1. Bien que l'exploitation par la Compagnie J.-S. n'eût cessé que le 1^{er} mai 1903, les effets de la cession furent reportés conventionnellement au 1^{er} janvier 1903. Le prix de fr. 104 000 000, représentait la valeur du réseau au 31 décembre 1902. Comme cette somme n'était stipulée payable qu'au 31 décembre 1903, parties convinrent d'un intérêt de 3 1/2 %, et rédigèrent comme suit l'art. 4 du contrat de rachat du 23 octobre 1904 :

« Comme contre-valeur, la Confédération payera :

- » I. A la Compagnie J.-S. une somme de 104 100 800 fr.
- » II. Aux porteurs et en échange du coupon N° 14 de chacune des 104 000 actions privilégiées et de chacune des 245 600 actions ordinaires de la compagnie cédante, savoir :
 - » a) 17 fr. 50 pour chaque coupon N° 14 d'action privilégiée.
 - » b) 7 fr. pour chaque coupon N° 14 d'action ordinaire.
- » Ces paiements seront effectués le 31 décembre 1903. »

Le chiffre de 104 100 800 fr. comprend, outre le capital de 104 000 000 fr., une somme de 100 800 fr. représentant l'intérêt 3 1/2 % d'un an de la part de prix excédant le capital nominal, l'intérêt de ce dernier étant payé sur remise des coupons N° 14.

En exécution de ces engagements, la Confédération a, au 31 décembre 1903 : 1° Crédité la Compagnie J.-S. de la

somme susindiquée de 104 100 800 fr., valeur 1^{er} janvier 1904, dans un compte spécial productif d'intérêts à 3 1/2 % ; 2° payé aux actions privilégiées et ordinaires, les sommes indiquées de 17 fr. 50 et de 7 fr., en échange des coupons N° 14, soit au total 3 539 200 fr.

2. Par une signification du 5-7 août 1903 la demanderesse avait déjà protesté contre la distribution aux actionnaires d'un intérêt qu'elle considérait comme constituant une partie de l'actif de la masse. Par les conclusions 6, 7, 8 et 11 de sa demande elle attaque la validité du paiement des coupons et cherche, par divers moyens principaux et subsidiaires, à faire revenir aux porteurs de Bons directement ou indirectement les 3 539 200 fr. versés aux actionnaires à titre d'intérêt, mais sous forme de dividende, le 31 décembre 1903. — Elle estime, tout d'abord, que la ratification de cette disposition de la convention de rachat est nulle, au même titre que toutes les décisions prises par l'assemblée du 20 novembre 1903. Puis, après avoir constaté qu'un intérêt de 3 1/2 % était incontestablement dû par la Confédération à partir du 1^{er} janvier 1903, jour auquel la cession était reportée quant à ses effets, la demanderesse déclare que le paiement de l'intérêt sous forme de paiement du coupon directement aux actionnaires n'a eu pour but dans l'intention des parties que d'éviter le versement des 3 539 200 fr. dans la masse et d'en priver ainsi les porteurs de Bons auxquels cette somme aurait profité. — L'association demanderesse attaque la clause du contrat et son exécution en invoquant l'art. 582 CO qui ne donne aux liquidateurs que la mission de faire rentrer les créances de la société dissoute et de réaliser l'actif social, — l'art. 667 CO qui prévoit que la répartition de l'actif de la société dissoute ne peut avoir lieu qu'après l'expiration d'un an, — l'art. 630 CO qui dispose qu'il ne peut être payé d'intérêts pour le capital action, — et enfin, l'art. 28 des statuts qui prévoit qu'après le remboursement des actions au pair, le surplus doit servir à éteindre les Bons de jouissance, sans faire mention d'inté-

rêts. — L'association demanderesse entend, en conséquence, que la compagnie défenderesse fasse le nécessaire pour faire rentrer cette somme dans la masse, soit éventuellement à la considérer comme répartition anticipée d'une part du capital nominal à restituer à chaque action (conclusion 6). — En ce qui concerne la Confédération en tant qu'acheteur, les conclusions tendent à faire prononcer qu'elle a payé à faux et reste débitrice ou envers la compagnie en liquidation (conclus. 7), ou envers la demanderesse elle-même (conclus. 8). La conclusion 11, dirigée contre la Confédération en tant qu'actionnaire, tend à faire constater que c'est sans droit qu'elle a fait sur l'actif le prélèvement opéré à raison de 94,5 fr. % des actions qu'elle possédait; elle a violé les articles ci-dessus mentionnés, en outre elle s'est enrichie illégitimement (art. 70 et suiv. CO), puisque durant l'année 1903 elle a touché le bénéfice de l'exploitation et l'intérêt de ses actions.

Les parties défenderesses ont conclu à libération, tant exceptionnellement qu'au fond.

3. Ainsi qu'on l'a déjà vu, l'association demanderesse n'a pas qualité pour conclure à la nullité des décisions prises par une assemblée générale d'actionnaires (v. p. 39); cette prétention que les conclusions 6, 7, 8 et 11 ne forment pas expressément, mais qui est indiquée dans les motifs comme base de ces conclusions, doit donc être préalablement écartée. Les porteurs de Bons ne pourraient invoquer les faits qu'ils allèguent que pour prouver l'existence d'une violation de leurs droits, violation en vertu de laquelle ils demanderaient la réparation d'un dommage qui leur aurait été causé.

4. La conclusion 6 tend, dans sa première partie, à faire établir que la Confédération ne s'est pas valablement libérée de l'obligation de payer à la compagnie en liquidation les intérêts du prix de vente, en payant directement aux actionnaires le coupon n° 14. Cette conclusion est dirigée contre la Confédération en tant qu'acheteur; or comme on l'a vu (v. p. 46) l'association demanderesse n'est rattachée

par aucun lien de droit à l'acheteur et n'a aucune vocation pour agir contre lui. Seule la compagnie venderesse peut exiger de la part de la Confédération l'exécution stricte du contrat de rachat. S'il venait à être reconnu que les porteurs de Bons ont un droit quelconque sur un intérêt versé à tort à un tiers, ils n'ont qu'à s'adresser à leur débitrice, la compagnie: c'est elle qui jugera si elle estime opportun de réclamer ce paiement à son acheteur; qu'elle le fasse ou non tous les biens de la société pourraient être affectés au paiement de cette somme, due aux porteurs de Bons, et si l'actif réalisé est insuffisant, les organes responsables de la compagnie devront répondre, à l'égard de ces créanciers intéressés, de la différence. Comme dès lors c'est la compagnie seule qui est débitrice des porteurs de Bons, ceux-ci n'ont aucun intérêt à attaquer l'acheteur qui ne leur doit rien.

5. La seconde partie de la conclusion principale 6 tend à obliger la compagnie défenderesse à faire le nécessaire afin de faire rentrer dans la masse cette somme payée à tort aux actionnaires pour être répartie comme de droit. Cette conclusion doit être écartée pour autant qu'elle tend à contraindre la compagnie à se faire payer une dette par un tiers. Le créancier n'est, en effet, pas légitimé à obliger son débiteur à se faire payer une dette à lui due par un tiers. Si, comme en l'espèce, il a intérêt à faire constater l'existence de cette dette qui peut influencer sur ses droits, son rôle s'arrête-là. Cette constatation suffit à établir son droit et à préciser la valeur de sa créance contre son débiteur, il n'a aucun intérêt à obliger son débiteur à se faire payer la dite dette.

En revanche, pour autant que la seconde partie de la conclusion principale 6 tend à faire prononcer qu'il doit être tenu compte, dans le calcul servant à déterminer la part revenant aux porteurs de Bons sur l'actif social, de la somme de 3 539 200 fr. due par la Confédération à titre d'intérêts pour 1903, la dite conclusion a de l'intérêt pour les porteurs de Bons. Ils ont qualité — réserve faite sur

la prématurité de l'action (v. p. 44) — pour faire constater que leurs droits contractuels sont lésés par une décision du propriétaire de l'entreprise à laquelle ils sont intéressés.

6. Ainsi qu'il ressort des conclusions elles-mêmes, l'association demanderesse admet que les sommes que la Confédération s'est engagée à payer au 31 décembre 1903, en plus de Fr. 104 000 000, représentent les intérêts $3\frac{1}{2}\%$ de cette somme dès le 1^{er} janvier 1903. Elle ne s'en prend qu'aux 3 539 200 fr. versés directement aux actionnaires. Pour autant que cette somme se rapporte aux quatre premiers mois de l'année, elle doit être considérée comme le bénéfice net de l'exploitation qui a continué jusqu'à ce jour-là par les soins de la compagnie. Cet intérêt, représentant le bénéfice de l'exploitation, doit revenir aux actionnaires (Statuts art. 25), au même titre et pour les mêmes motifs que le dividende de 1902. (V. ci-dessus, p. 38.)

Reste, pour les huit autres mois, la question de fond elle-même, savoir, si, d'une façon générale, durant la période de liquidation, les actionnaires ont droit à l'intérêt de la part de capital leur revenant au jour d'ouverture de la liquidation de la société, abstraction faite de la question du paiement matériel de ces intérêts avant la clôture de la liquidation; en d'autres termes, il y a lieu d'examiner si, alors même que la Confédération aurait versé à la masse à titre d'intérêts, au 31 décembre 1903, les 3 539 200 fr., payés aux actionnaires, cette somme-là et les intérêts, à courir dès le 1^{er} janvier 1904 jusqu'à clôture de la liquidation, devraient s'ajouter au capital et en devenir partie intégrante, ou s'ils peuvent être réclamés par les actionnaires comme intérêts sur leur part à la liquidation. Il importe peu, en effet, puisque les deux parties admettent qu'il s'agit d'intérêts, que ceux-ci aient été payés par l'acheteur, plutôt que par une banque où les fonds auraient été déposés le 1^{er} janvier 1903, et que le règlement se soit fait contre remise des coupons N° 14, plutôt que contre simple reçu.

Seule la seconde de ces solutions est admissible. Il faut, ici aussi, prendre en considération le fait qu'on se trouve

en présence de plusieurs classes d'intéressés ayant des droits, non pas égaux, mais successifs, au produit de la liquidation, cas qui n'a pas été prévu par le législateur et qui n'est pas réglé par les divers articles du CO cités par la demanderesse. La retenue de l'actif social pendant une année, l'année de clôture, est une précaution que la loi ordonne (CO 667 al. 2) dans l'intérêt des créanciers ordinaires; elle n'a pas pour but et ne doit pas avoir comme effet de modifier la situation des ayants droit à l'actif de la liquidation. Ce qui revient à chacun reste, pendant une année, en dépôt; ce dépôt est une garantie donnée à des tiers pour l'exécution de droits existants, mais il ne constitue pas une opération attributive de droits. Si les intérêts de la part de l'actif revenant aux actionnaires ne leur étaient pas attribués, mais était joints au capital, pour profiter, lors de la distribution, aux porteurs de Bons, il en résulterait une modification de droits contraire aux principes qui précèdent; en effet, l'accessoire de la part revenant d'ores et déjà à l'actionnaire, mais restée en dépôt comme garantie, lui serait enlevée pour profiter aux porteurs de Bons. Il suffirait, en pratique, à ces derniers, de prolonger indéfiniment la procédure, pour retarder la clôture de la liquidation et bénéficier, indéfiniment aussi, de l'intérêt des sommes revenant aux actionnaires. L'article 27 des statuts ne prévoit pas la question, et l'on ne peut pas dire qu'il exclut le paiement d'un intérêt aux actionnaires. Si le prix de vente avait été payé et réparti dès le 1^{er} mai 1903, les porteurs de Bons n'auraient pu élever aucune prétention sur les intérêts; de même si l'exploitation de la ligne par la compagnie avait continué durant l'année de clôture, — ce qui eût été parfaitement possible, — il n'est pas douteux que le produit de l'exploitation serait, en vertu de l'article 25 des statuts, revenu avant tout aux actionnaires; il n'y a pas de raison pour que l'intérêt du capital représentant la valeur du réseau exploité ne revienne pas, lui aussi, aux dits actionnaires; c'est conforme à l'esprit du contrat et n'est pas contraire à ses termes.

7. Le droit des actionnaires à l'intérêt du capital action dès le jour de l'ouverture de la liquidation étant reconnu en principe, les conclusions principales et subsidiaires, 6, 7, 8 et 11, doivent être écartées. Le fait que les intérêts ont été payés directement aux actionnaires au lieu d'être versés à la masse ne saurait causer aucun préjudice à l'association demanderesse, qui, n'ayant aucun intérêt à cette opération, ne peut l'attaquer. L'allégation suivant laquelle la Confédération se serait enrichie illégitimement ne supporte pas l'examen; il y a lieu de distinguer en celle-ci, d'une part, l'acheteur qui exploite la ligne durant 1903, perçoit les bénéfices, mais paye l'intérêt du prix d'achat, et, d'autre part, l'actionnaire qui perçoit, au même titre que les autres, l'intérêt de la somme qui lui revient dès le jour d'ouverture de la liquidation.

Les conclusions 6, 7, 8 et 11, tant principales que subsidiaires, doivent donc être écartées aussi bien préjudiciellement qu'au fond.

VI. DROIT DES PORTEURS DE BONS AU PAIEMENT PAR LA CONFÉDÉRATION DE 50 FRANCS PAR TITRE

(Conclusion 9.)

1. L'article 7 des statuts reconnaît à la compagnie défenderesse le droit de « rembourser » les Bons en payant une somme minimum de 50 fr. par titre. L'arrêté fédéral du 19 décembre 1889, autorisant la fusion, porte dans son article 2 que « les comptes et bilan de la nouvelle compagnie seront dressés d'après les prescriptions du CO et de la loi fédérale sur la comptabilité des compagnies de chemins de fer. » — « A cet effet, ajoute l'article, le Conseil fédéral entrera en négociations avec la compagnie dans le sens des chiffres 1 et 2 des dispositions transitoires de la loi précitée du 21 décembre 1883; il veillera tout spécialement à l'amortissement des Bons. » Ces deux dispositions ont été reproduites au verso des titres. La demanderesse estime qu'il découle de l'émission de ces titres et de la reproduction qu'on y trouve de cet article 2 de l'arrêté du 19 dé-

cembre 1889 un quasi contrat, en vertu duquel la Confédération est tenue de pourvoir au paiement des Bons. Pour procéder à l'amortissement, un fonds spécial avait été créé; il garantissait le remboursement des Bons par 50 fr., à l'expiration de la concession, au plus tard; ce jeu régulier de l'amortissement, la Confédération elle-même est venue le supprimer de sa propre autorité, en dénonçant le rachat. Elle est tenue de continuer à remplir, vis-à-vis des porteurs de Bons, les obligations consenties par la compagnie, obligations garanties par la Confédération elle-même. En tout cas, la manière d'agir de la Confédération était de nature à induire en erreur le public sur la valeur des Bons, et à tromper les porteurs sur leur situation réelle.

L'association demanderesse a, en conséquence, conclu, contre la Confédération, au remboursement à 50 fr. de ses Bons, ou éventuellement au paiement de cette somme à titre de dommages-intérêts. Elle admettrait, très subsidiairement, qu'on déduisit des 50 fr. qu'elle réclame par titre, la part revenant à chaque Bon dans la liquidation.

La Confédération, et la compagnie, pour autant que cette conclusion la concerne, ont conclu à libération pour divers motifs dont les principaux sont repris dans l'argumentation suivante.

2. L'association demanderesse prétend, en premier lieu, voir un engagement au remboursement des Bons, de la part de la Confédération, découler de l'émission même et du texte de ces titres au porteur. Mais les conditions de forme et de fond, indispensables pour justifier cette prétention, font défaut.

L'art. 846 CO exige, pour l'existence d'un titre au porteur, la promesse d'une prestation inscrite sur le titre. L'obligation du créancier découle du texte lui-même du titre, elle doit donc être constatée par écrit; c'est là une des obligations pour lesquelles la loi prescrit une forme spéciale (CO 9. — Conf. Hafner, Commentaire, 2^e édit., ad. art. 9, note 2). Or l'art. 12 CO dispose que le contrat pour lequel la loi prescrit la forme écrite, doit porter la signa-

ture de toutes les personnes auxquelles il impose des obligations. La Confédération n'a signé aucun des Bons et il n'est pas non plus établi qu'elle ait consenti et, a fortiori, consenti sous sa signature, à ce que l'art 2 de l'arrêté du 19 décembre 1889 fût reproduit au verso des Bons. Ceux-ci ne peuvent donc être considérés comme des titres au porteur obligeant la Confédération au paiement.

3. Indépendamment de cette question de forme, il ne résulte nullement de la simple phrase de l'arrêté : « le Conseil fédéral veillera tout spécialement à l'amortissement des Bons de jouissance, » que la Confédération se soit engagée à rembourser elle-même ces Bons. Cela ne résulte pas non plus des conditions dans lesquelles l'arrêté du 19 décembre 1889 a été rendu : Cet arrêté concernait le transfert à la Compagnie J.-S. des concessions appartenant à chacune des compagnies fusionnées. L'art. 2 avait pour but, en appliquant la loi sur la comptabilité des chemins de fer, d'étendre la surveillance de l'Etat sur la comptabilité de la compagnie. La Confédération déclara, par sa décision souveraine, que dans l'examen de la comptabilité qui devait lui être soumise, elle veillerait à l'amortissement des Bons. Elle n'a certes, par là, pris aucun engagement vis-à-vis de qui que ce soit ; elle restait libre, même de ne pas exercer la surveillance spéciale qu'elle disait vouloir exercer. On ne peut voir, dans les motifs et le but de cette disposition, aucun engagement quelconque de la Confédération, agissant comme Etat, à l'égard des porteurs de Bons. Elle n'a pas été en rapport avec ceux-ci et n'a rien entendu conclure avec eux ; l'arrêté concernait une demande de transfert de concessions à la compagnie et s'adressait uniquement à celle-ci. Si même il était établi que la défenderesse, dans le but d'engager les anciens actionnaires de la S.-O.-S. à consentir à la réduction du capital de leurs actions de 500 fr. à 200 fr., ou de donner une apparence de valeur aux Bons, ait fait usage de cet article de l'arrêté en lui attribuant une portée qu'il n'avait pas, la Confédération, qui est étrangère à ces agissements, ne saurait en être rendue responsable.

4. La seule question qui puisse se poser, à ce sujet, c'est de savoir si la Confédération, — indépendamment de toute obligation stipulée contractuellement à l'égard des porteurs de Bons, — répondrait d'un acte illicite : Il faut reconnaître que les qualités juridiques reconnues aux Bons de jouissance J.-S. par le Conseil fédéral dans son message du 9 décembre 1889, étaient fausses ; il envisageait les Bons comme des actions parce qu'ils donnaient certains droits au surplus du bénéfice annuel et de l'actif dans la liquidation, alors que ces droits ne sont pourtant pas constitutifs à eux seuls et qu'il existe des actions, — celles d'œuvres de bienfaisance par exemple, — qui sont et restent des actions bien que ne conférant pas ces droits-là. — Partant de ce point de vue erroné le Conseil fédéral en a déduit que les Bons devaient être inscrits au bilan, alors même que les statuts prescrivent le contraire et il en a prévu l'amortissement. Dans les « Dépenses à amortir » du bilan d'entrée de la Compagnie J.-S., le 1^{er} janvier 1890, on porta à l'actif 3 742 302 fr. 74 sous la rubrique « Cours probable d'encaissement des Bons de jouissance pour les actions ordinaires S.-O.-S. 170 000 pièces à environ 22 fr. » L'amortissement de ce poste ne fut pas entrepris de suite. — Pour que l'association demanderesse pût, en raison de la fausse conception du Conseil fédéral au sujet de la nature juridique des Bons, prétendre à des dommages-intérêts, il faudrait qu'elle établît qu'un dommage lui a été causé par ce fait. Ce dommage ne pourrait résulter que de ce que, ensuite des déclarations de l'autorité exécutive, la demanderesse a été engagée à acheter des Bons à un prix plus élevé que si cette déclaration n'avait pas été faite. Mais rien n'a été prouvé à cet égard ; il n'a pas même été établi quand et à quel prix les Bons ont été acquis.

L'autorité exécutive a bientôt abandonné son point de vue erroné : On raya du bilan le poste concernant les Bons et le Conseil fédéral requit dès 1896 un amortissement annuel des Bons de 50 000 fr. Si l'association demanderesse a acquis ses Bons postérieurement à cette modification de point de vue, elle n'a pas pâti des variations de

cours occasionnés par ces événements et ne peut avoir subi aucun dommage de ce chef.

A part cela, la demanderesse n'a pas prétendu que la Confédération eût violé la constitution ou les lois. Rien dans les actes législatifs ne limite les pouvoirs découlant de la loi de comptabilité, en vertu desquels le Conseil fédéral a pris ses décisions en ce qui concerne l'amortissement des Bons. S'il a d'abord admis un amortissement rapide, puis qu'il lui a préféré un amortissement successif plus lent, il n'est pas sorti des limites de ses compétences. On ne saurait donc voir dans la manière d'agir du Conseil fédéral un acte illicite, étant donné qu'il a agi dans la plénitude de ses droits. — L'association demanderesse n'a pas non plus nié que la Confédération fût légitimée à rendre l'arrêté du 19 décembre 1889 et il n'est pas contestable que celle-ci ait agi dans la limite de ses droits en opérant le rachat qui a entraîné la liquidation de la compagnie. — Si, d'une part, les Bons délivrés aux anciens porteurs d'actions ordinaires S.-O.-S. étaient destinés à leur assurer une compensation des pertes éprouvées par eux et consacrées par la fusion, dans le cas où la nouvelle compagnie arriverait un jour à un état de grande prospérité, d'autre part, la réalisation de cet espoir et la possibilité de bénéficier de la compensation souhaitée dépendaient, elles aussi, d'un autre fait : L'arrêté du 19 décembre 1889, cité sur le titre des Bons, portait expressément à son article 2, II, « Le rachat de toutes lignes transférées par le présent arrêté à la nouvelle compagnie est subordonné aux conditions suivantes :b) Le rachat pourra s'effectuer au plus tôt le 1^{er} mai 1903.... » Les porteurs de Bons devaient donc, dès l'origine, prévoir la possibilité que le rachat, effectué par la Confédération dans la plénitude de ses droits, le 1^{er} mai 1903, provoquerait une liquidation antérieure à la réalisation des espérances incorporées dans les Bons.

5. C'est enfin à tort aussi que, partant du point de vue que la Confédération a assumé par le rachat l'obligation de remplir tous les engagements de la Compagnie J.-S. (CO 128), l'association demanderesse déclare, dans sa

réplique, que l'acheteur est subrogé aux obligations du vendeur et doit continuer à pourvoir à l'amortissement des Bons. — D'une part, l'art. 28 des statuts ne donne aucun droit aux porteurs de Bons au delà de la clôture de la liquidation, d'autre part, l'art. 1, al. 4 de la convention de rachat dit expressément que la Compagnie J. S. conserve exclusivement à sa charge les risques des procès qui pourraient lui être intentés par les porteurs de Bons de jouissance.

6. A cet égard il y a lieu de remarquer encore qu'aucun délai n'a été prévu par l'art. 2 de l'arrêté du 19 décembre 1889 qui chargeait le Conseil fédéral de veiller à l'amortissement des Bons de jouissance. L'association demanderesse reconnaît elle-même que le remboursement qu'elle prétend être garanti par la Confédération pouvait n'être effectué qu'à l'expiration des concessions. Or l'art. 3 des statuts fixait la durée de l'entreprise à 68 ans, à partir du 1^{er} janvier 1890 ; c'est donc dès 1958 que la liquidation devait régulièrement avoir lieu.

Prenant cette date pour base et constatant que le but de l'art. 2 de l'arrêté était de garantir le paiement des Bons à raison de 50 fr., — prix minimum prévu, — au 31 décembre 1958, la compagnie défenderesse a établi dans sa réponse que, suivant que l'on admet un taux de capitalisation de 3 0/0, 3 1/2 0/0 ou 4 0/0, la valeur des Bons au 1^{er} mai 1903 serait de 9 fr. 94, 7 fr. 63 ou 6 fr. 01, sommes inférieures au remboursement actuellement prévu. Ces calculs n'ont pas été contestés par l'association demanderesse.

La conclusion 9 de la demande doit en conséquence être écartée.

VII. DISPOSITIF

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

I. Les conclusions de la requête du 2 janvier 1905, tendant à ce que la production de certaines pièces soit ordonnée, sont écartées.

II. Il est donné acte à l'association demanderesse de ce

que la Compagnie J.-S. en liquidation reconnaît lui devoir une somme au moins égale à la part proportionnelle lui revenant, à raison du nombre de ses Bons, au « Fonds d'amortissement des Bons de jouissance ; » il n'est pas entré en matière sur la première conclusion devenue ainsi sans objet.

III. Les conclusions de la demande, dirigées tant contre la Compagnie J. S. en liquidation que contre la Confédération suisse, sont rejetées pour le surplus.

Vergl. auch Nr. 67 u. 70.

IV. Fabrik- und Handelsmarken.

Marques de fabrique.

66. Urteil vom 22. September 1905 in Sachen
Judy & Cie., Bf., W.-Kl. u. Ber.-Kl., gegen Ichthyolgesellschaft
Cordes, Sermanni & Cie., Kl., W.-Bf. u. Ber.-Bf.

Wortmarke. Gültigkeit: Phantasiebezeichnung? (« Ichthyol » für ein chemisch-pharmaceutisches Produkt). Verwendung als Sachbezeichnung? Uebergang in das Gemeingut? Bedeutung der Aufnahme in Pharmakopöen. Wirkung des Erlöschens eines Patentes für die Ware auf die Marke. — Publikation des Urteils im Prozesse wegen Marken-nachahmung. Art. 24 litt. a; 32 Abs. 1 MSchG.

A. Durch Urteil vom 1. April 1905 hat der Appellations- und Kassationshof des Kantons Bern (III. Abteilung) über die Rechtsbegehren:

a. Der Vorklage:

1. Es sei zu erkennen, die Beklagte sei nicht berechtigt für ihre Produkte die Bezeichnung „Ichthyopon“ zu gebrauchen und es sei die Marke „Ichthyopon“ der Beklagten im schweizerischen Markenregister zu streichen.

2. Es sei zu erkennen, die Beklagte sei nicht berechtigt, für ihre Produkte die Bezeichnung „Ichthyosulfo-saures Ammon (ammon. sulfoichthyolic.)“ zu gebrauchen.

3. Es sei zu erkennen, die Beklagte sei nicht berechtigt, für ihre Produkte die Bezeichnung „Ichthyosulfo-saures Ammon (ammonium ichthyolsulfonat)“ zu gebrauchen.

4. Die Beklagte sei der Klägerin gegenüber wegen Verletzung ihrer Markenrechte zur Entschädigung zu verurteilen und das Maß des zu leistenden Schadenersatzes sei gerichtlich festzustellen.

5. Das Gericht solle die Veröffentlichung des Erkenntnisses, durch welches die hierseitige Klage zugesprochen wird, in mehreren, im Urteil zu bezeichnenden Zeitungen auf Kosten der Beklagten anordnen;

b. Der Verteidigung und Widerklage:

Abweisungsschluß:

Die Klägerschaft sei mit sämtlichen Rechtsbegehren ihrer Klage abzuweisen;

Widerklage:

1. Die Eintragung der Marke Nr. 9950 („Ichthyol“) der klägerischen Firma sei gerichtlich als ungültig zu erklären und es sei die Streichung dieser Marke aus den Registern des eidgenössischen Amtes für geistiges Eigentum zu verfügen.

2. Die Eintragung der Marke Nr. 9950 („Sulfoichthyolicum“) der klägerischen Firma sei gerichtlich als ungültig zu erklären und es sei die Streichung dieser Marke aus den Registern des eidgenössischen Amtes für geistiges Eigentum zu verfügen; —

erkannt:

1. Die Klägerin ist mit ihrem ersten Klagebegehren abgewiesen.

2. Derselben sind das zweite und dritte Klagsbegehren zugesprochen, ebenso das vierte, letzteres im Betrage von 200 Fr.

3. Der Klägerin wird ihr fünftes Klagsbegehren zugesprochen in dem Sinne, daß sie ermächtigt wird, einen Auszug dieses Urteils, enthaltend die Rechtsbegehren und die Dispositive, in zwei schweizerischen Zeitungen nach ihrer Wahl je einmal auf Kosten der Beklagten zu publizieren.