

betrieb, wie er seitens der Rekurrenten während circa 1 $\frac{1}{2}$ Jahren in Wettingen ausgeübt worden ist, ohne Weiteres die Eingangs erwähnte Folge knüpfe, daß derselbe nämlich ein Spezial- oder Quasidomizil des betreffenden Geschäftsinhabers begründe.

4. Allein mag es sich nun in dieser Hinsicht so oder anders verhalten, so muß die Beschwerde im vorliegenden Falle deshalb gutgeheißen werden, weil wenn ein solches Spezialdomizil der Rekurrenten wirklich während der Dauer ihrer Eisenbahnbauten in Wettingen begründet gewesen wäre, dasselbe jedenfalls mit der Vollendung dieser Bauten sein Ende erreicht hätte, und nun letztere nach dem Zeugnisse des Oberingenieurs der Nordostbahn Mitte September 1877, also zu der Zeit, da der Vollstreckungsbefehl den Rekurrenten zugekommen ist, bereits beendet gewesen sind.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Beschwerde ist begründet und demnach der Vollstreckungsbefehl des Bezirksamtes Baden vom 15. September 1877 sammt allen Folgen als ungültig aufgehoben.

64. *Arrêt du 27 septembre 1878 dans la cause Cadé-Monteil.*

Par acte du 12 Octobre 1871, Edouard Cadé-Monteil, négociant, a fondé à Fribourg, de concert avec Paul Nicolet, une Société en nom collectif au capital de vingt mille francs et pour la durée de dix ans, à dater du 1^{er} Mars 1872.

Le 1^{er} Novembre 1874, Cadé-Monteil a adressé une circulaire à un certain nombre de ses correspondants, leur annonçant que la société prémentionnée était en liquidation et que celle-ci était remise aux soins de Paul Nicolet, lequel continuerait le même commerce sous la raison en commandite Nicolet et C^e.

Sous date du 2 Mars 1875, une publication a eu lieu dans la *Feuille officielle du Canton de Fribourg*, portant que la société en nom collectif Nicolet et Cadé avait cessé d'exister

depuis le 1^{er} Novembre 1874, et qu'à partir de cette date, Cadé avait cessé de faire partie de cette société. Cadé a depuis transporté son domicile à Berne.

Par lettre du 26 Novembre 1875, Nicolet déclare au Tribunal de commerce de Fribourg qu'il dépose son bilan.

Dans sa séance du 29 dit, ce Tribunal prononce la faillite de la maison Nicolet et C^e à Fribourg, représentée par Paul Nicolet, de la Sagne.

Le représentant de Cadé-Monteil, présent à cette séance, fait observer à cette occasion que la faillite demandée par Nicolet est celle de la maison Nicolet et C^e; que Cadé n'a jamais fait partie de cette prétendue société, laquelle est née après la dissolution de la société Nicolet et Cadé; enfin, qu'il n'existe plus de créancier ayant des droits contre les dits Nicolet et Cadé.

Cadé étant intervenu dans la faillite Nicolet et C^e pour une somme de 20 000 fr., dont il se prétendait créancier de la masse en liquidation, plusieurs des créanciers de cette masse, réunis alors en assemblée le 25 février 1876, déclarent contester formellement la prétention Cadé et se coaliser pour faire valoir leur opposition par voie juridique.

Par exploit du 28 Avril 1876, les créanciers coalisés concluent en conséquence à libération de la demande d'intervention de Cadé, et, réconventionnellement, à ce que Cadé-Monteil soit déclaré solidairement responsable vis-à-vis des dits créanciers du paiement de leurs prétentions.

Dans la séance du Tribunal de commerce du 26 juin 1876, les créanciers coalisés reprennent les conclusions qui précèdent.

S'expliquant sur ces conclusions, Cadé-Monteil expose que, selon lui, la demande réconventionnelle des créanciers Nicolet doit être traitée avant toutes autres questions, puisque si Cadé est reconnu solidairement responsable des engagements de Nicolet et C^e, il sera sans intérêt de s'occuper de la question de savoir si Cadé est lui-même créancier de Nicolet et C^e; Cadé demande à faire le dépôt préalable au Greffe des factures, titres et correspondance établissant la

base des prétentions contre Paul Nicolet et contre Nicolet et C^e.

De son côté, le représentant des créanciers coalisés, en vue de faire liquider la première question soulevée, conclut à ce que Cadé soit condamné par jugement à renoncer à son intervention ou à entrer en matière sur cette question. Cadé conclut à libération de cette demande.

Statuant sans désemperer sur cet incident, le Tribunal admet les conclusions libératoires de Cadé-Monteil.

A l'audience du même Tribunal du 30 octobre suivant, les créanciers coalisés déposent une demande complémentaire tendant à faire prononcer la faillite de Cadé-Monteil, en sa qualité d'associé de Nicolet.

Cadé-Monteil, tout en déclarant ne pas entrer en matière sur le fond, conteste la qualité d'associé qu'on lui prête et invite le représentant des créanciers coalisés à justifier de ses pouvoirs, ainsi qu'à fournir sûretés pour les dépens présumés du procès.

A la même audience est intervenue la maison Kindler et C^e à Berne, laquelle, en sa qualité de créancière de Nicolet et Cadé, estime avoir un intérêt sérieux à ce qu'un jugement ne soit pas prononcé sans sa participation dans un procès où il s'agit d'étendre la responsabilité de la maison Nicolet et C^e à toute la période d'activité commerciale de l'association Nicolet et Cadé. Kindler et C^e déclarent, en conséquence, faire une intervention accessoire et se joindre en cause au sieur Cadé, ce sans préjudice à toutes les exceptions qui pourraient être soulevées.

Les créanciers coalisés ayant conclu au rejet des conclusions prises par Cadé et Kindler et C^e, ainsi qu'au rejet de l'intervention de ces derniers, Cadé, s'expliquant sur l'intervention de Kindler et C^e, déclare n'y point faire opposition, tout en réservant toujours ses exceptions, et vouloir attendre que cette question d'intervention soit liquidée, pour s'expliquer sur les conclusions des demandeurs et procéder dès lors sur celles-ci. Kindler et C^e enfin concluent à ce qu'il soit prononcé qu'à partir de leur intervention dans la cause,

aucune question ne peut être tranchée sans leur participation et, partant, à ce que tout débat sur les préliminaires et éventuellement sur le fond soit suspendu jusqu'à ce que la question d'opposition à leur intervention soit résolue.

Dans la séance du Tribunal de commerce du 26 Février 1877, les créanciers coalisés reprennent leurs conclusions tendant à ce que le Tribunal, complétant son ordonnance de faillite du 29 Novembre 1875, prononce que cette ordonnance s'étend également à la maison Nicolet et Cadé, qui n'a jamais cessé d'exister légalement. Kindler et C^e insistent de leur côté de nouveau à ce qu'il soit statué sur l'admissibilité de leur intervention. Cadé-Monteil conclut au renvoi à mieux agir des demandeurs à l'égard de toute conclusion prise en vue d'un complément de déclaration de faillite. Kindler et C^e enfin, estimant que la question de renvoi à mieux agir doit être résolue la première, concluent à libération de la demande des acteurs : Ed. Cadé se joint à cette conclusion.

Statuant, le Tribunal, estimant que la demande complémentaire de déclaration de faillite déposée le 30 Octobre 1876 ne peut en aucune façon changer les conclusions prises au procès le 26 Juin de dite année, prononce le renvoi à mieux agir des créanciers coalisés.

A l'audience du même Tribunal du 26 Mars 1877, Kindler et C^e, représentés par le sieur Kindler personnellement et par l'avocat Stœcklin, remplaçant M. Girod, reprennent leur conclusion en admission de leur intervention et déclarent entrer en matière sur la suite de cause : le représentant des créanciers coalisés reprend de son côté ses conclusions libératoires.

Statuant, le Tribunal, reconnaissant l'intérêt que Kindler et C^e, seuls créanciers intervenus avec des titres faisant contre Nicolet et Cadé, peuvent avoir à ce que l'actif de Cadé ne soit pas absorbé par les créanciers de Nicolet et C^e, — prononce l'admissibilité de l'intervention de Kindler et C^e. Au rapport de cette sentence, la partie Cadé conclut à ce que le Tribunal de commerce du Canton de Fribourg se déclare incompétent pour statuer sur l'action actuelle, et à ce que

les autorités judiciaires de son domicile étant reconnues compétentes, les créanciers coalisés soient éconduits de leur instance.

Par jugement du 3 Avril 1877, le Tribunal de commerce, vu les articles 24, 40 et 274 du Code de procédure civile, repousse l'exception et admet les conclusions libératoires des créanciers.

Cadé ayant appelé de ce jugement, la Cour d'appel de Fribourg met l'appel à néant par arrêt du 13 Juin suivant.

C'est contre cet arrêt que Cadé-Monteil a recouru le 21 Octobre 1877 au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise déclarer nul le dit arrêt pour cause de violation de l'art. 59 de la Constitution fédérale.

Les créanciers coalisés opposèrent au recours dans leur réponse du 22 Novembre suivant, une exception de péremption pour cause de tardivité.

Par arrêt du 22 Mars 1878, le Tribunal fédéral écarte l'exception et dit qu'il sera suivi à l'instruction sur le fond de la cause.

Le recourant appuie son recours sur les considérations suivantes :

Cadé-Monteil était incontestablement domicilié à Berne au moment de l'ouverture de l'action qui lui fut intentée par les créanciers coalisés de la masse en faillite de Nicolet et C^e. Il ne pouvait donc être recherché pour une réclamation, dont le caractère personnel est pleinement reconnu par les défendeurs au recours devant un autre juge que celui de son domicile. L'arrêt du 13 Juin 1877 proclamant la compétence du Tribunal de commerce de Fribourg pour statuer sur cette réclamation, viole à son préjudice la garantie constitutionnelle de l'art. 59 précité.

Cadé-Monteil, simple commanditaire de la maison Nicolet et C^e, est en droit de revendiquer personnellement le bénéfice de son juge naturel pour ce qui touche à la question préjudicielle de savoir si Cadé est responsable des dettes de la maison Nicolet et C^e. Cette action une fois vidée à Berne dans un sens contraire à Cadé, mais seulement alors, ce der-

nier pourrait, cas échéant, être recherché à Fribourg comme membre de la société Nicolet et Cadé qui aurait été reconnue responsable des dettes de la maison Nicolet et C^e et qui avait son siège à Fribourg.

Dans leur réponse, les créanciers coalisés concluent au maintien des jugements du Tribunal de commerce et de la Cour d'appel et font valoir les moyens ci-après à l'appui de cette conclusion.

Il y a lieu tout d'abord d'opposer au recourant une fin de non recevoir tirée de ce qu'il a accepté la juridiction fribourgeoise et que celle-ci est dès lors seule compétente en la cause. L'art. 40 du Code de procédure civile veut que le déclinatoire soit opposé dès l'entrée en cause.

L'art. 41 ajoute que le déclinatoire est traité incidemment et séparément de toute autre question. L'art. 274 répète qu'il devra être soulevé en même temps que la question de sûretés, de droit du pauvre, etc., et cela « d'entrée de cause, » soit dans la première dictée au protocole. La violation de cette règle doit avoir pour sanction la reconnaissance du Tribunal devant lequel il a été procédé. Or dans l'espèce le recourant a formellement reconnu la compétence du juge fribourgeois dès l'ouverture de la faillite, en y intervenant lui-même. C'est devant le Juge commissaire de la faillite, lors de l'assemblée de créanciers du 25 Février 1876, que le recourant devait soulever son exception d'incompétence, ce qu'il ne fit point. L'acceptation du for fribourgeois fut renouvelée devant le Tribunal de commerce, à la barre duquel Cadé-Monteil a comparu plusieurs fois avant d'opposer le déclinatoire. Le 26 Juin 1876 la compétence du Juge fribourgeois dans la cause a été établie par un jugement du Tribunal de commerce rendu à l'instance du recourant et exécuté par lui. Le 26 Février 1877, un nouveau jugement incidentel sur le fond fut rendu : entrant en matière sur la demande des créanciers tendant au complément de la sentence prononçant la faillite de Nicolet, Cadé conclut à ce qu'il soit prononcé qu'il y a lieu de suivre au procès conformément aux conclusions prises par les créanciers le 26 Juin. Sur

cette demande de Cadé, les créanciers furent condamnés à nouveau à suivre à la cause au fond déjà engagée, et ce jugement fut confirmé par la Cour de cassation. Ce n'est que le 26 Mars, après l'admission par le Tribunal de l'intervention de Kindler et C^e, que le recourant souleva enfin le déclinaoire. Cadé doit être considéré comme ayant reconnu de fait et légalement la compétence du Juge fribourgeois, en intervenant dans la faillite et en plaidant devant ce Juge pendant près d'une année sans jamais avoir soulevé l'exception d'incompétence.

A supposer que l'acceptation soit prorogation du for ne soit pas admise par le Tribunal fédéral, les opposants au recours estiment qu'en tous cas le for fribourgeois était le seul ouvert aux parties, et que l'action intentée actuellement à Cadé-Monteil comme membre de la société Nicolet et Cadé ou Nicolet et C^e ne pouvait être portée devant un autre for que celui de Fribourg. L'art. 24 du Code de procédure civile statue en effet qu'en matière de société, tant que la liquidation n'a pas eu lieu, l'action contre les associés est intentée devant le Juge où la société a son principal établissement, et que l'action personnelle ou mobilière d'un tiers contre la société est intentée devant le même Juge, pendant une année après la liquidation. Or dans l'espèce l'on se trouve en présence d'une société en nom collectif : l'action introduite n'est autre que l'*actio societatis* : la société constituée par l'acte du 12 Octobre 1871 n'a d'ailleurs jamais été dissoute légalement : elle subsiste composée de ses deux membres Nicolet et Cadé, qui doivent être responsables tous deux des prétentions des créanciers, et tous deux être mis en faillite s'ils ne payent pas. L'action actuelle est intervenue le 25 Février 1876, soit moins d'une année après la mise en faillite prononcée le 29 Novembre 1875. Avant cette mise en faillite, la société Nicolet et Cadé n'a jamais été régulièrement dissoute : elle a légalement existé jusqu'à cette date, et c'est dès lors elle qui est en faillite ; c'est contre ses membres que les créanciers sont intervenus, et c'est le Juge social qui est le seul compétent. Le domicile personnel de Cadé à Berne est

ainsi indifférent aux créanciers de Cadé comme membre de la société Nicolet et Cadé.

Dans leur réplique et duplique les parties reprennent, avec de nouveaux développements, leurs conclusions respectives.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1° Le recourant, domicilié à Berne, estime qu'en se déclarant compétents pour connaître de l'action qui lui est intentée pour faire prononcer sa responsabilité des obligations et dettes de la maison en faillite Nicolet et C^e, les Tribunaux fribourgeois ont commis une violation de l'art. 59 de la Constitution fédérale, statuant que pour réclamations personnelles, le débiteur solvable ayant domicile en Suisse doit être recherché devant le Juge de son domicile.

2° Il y a lieu de statuer d'abord sur la fin de non recevoir opposée par les créanciers coalisés, et de rechercher si par ses agissements et procédés en la cause, antérieurs au déclinaire par lui soulevé, le recourant ne doit pas être réputé avoir adhéré au for fribourgeois, et renoncé par là même à se prévaloir du bénéfice de l'art. 59 qu'il invoque aujourd'hui.

3° Cette question doit recevoir une solution affirmative. On ne peut, il est vrai, admettre avec les défendeurs au recours que le déclinaire doive, sous peine de déchéance, être soulevé préalablement à toutes autres questions préliminaires, telles que celles relatives au bénéfice du pauvre, à la légitimation des parties et à la récusation du Juge. Telle n'est point la portée de l'art. 40 du Code de procédure civile fribourgeois, mis en rapport avec les dispositions précises de l'art. 274 du même Code. On ne saurait donc prétendre que, par le seul fait d'avoir sommé les créanciers coalisés à se légitimer, le recourant, défendeur à l'action que ces derniers lui intentaient, ait renoncé à se prévaloir de l'exception d'incompétence des Tribunaux de Fribourg. Une semblable renonciation ne résulte évidemment pas davantage de l'intervention de Cadé dans la faillite Nicolet et C^e, à titre de créancier de cette masse : cette mesure conservatoire de droits prétendus acquis contre la dite masse n'impliquait aucunement, de la part du recourant, la reconnaissance du

même for relativement à l'action qui lui a été plus tard intentée par les créanciers coalisés.

Il en est autrement des autres procédés du recourant en la cause. Dans la séance du Tribunal de commerce du 26 Juin 1876 déjà, ainsi que dans celle du 26 Février 1877, le recourant a conclu « à ce qu'il soit dit et prononcé que, la » la demande reconventionnelle des créanciers primant toutes » autres questions soit liquidée avant tout » et « qu'il y a » lieu de suivre au procès conformément aux premières » conclusions prises par les acteurs ; » dans la séance du 26 Mars 1877, le conseil du recourant a positivement déclaré « entrer en matière sur la suite de cause. » Enfin Cadé-Monteil a adhéré à l'intervention de Kindler et C^e au procès actuel. Une intervention semblable ne peut, aux termes de l'art. 64 du Code de procédure précité, avoir lieu de la part d'un tiers que dans un procès au fond pendant entre d'autres parties, et à condition que l'intervenant justifie avoir « à la cause » un intérêt suffisant : or l'adhésion de Cadé à une semblable intervention doit d'autant plus être envisagée comme un procédé au fond, que les conclusions de Kindler et C^e, — tendant à exonérer Cadé de toute responsabilité touchant la faillite Nicolet et C^e, et à restreindre cette responsabilité à la seule période antérieure au 1^{er} Novembre 1874, appartenant à la gestion des affaires de Nicolet et Cadé, — visaient le même but que celui poursuivi par Cadé lui-même, et étaient destinées à sauvegarder des intérêts identiques.

Tous ces actes de procédure doivent être considérés comme reconnaissance de la compétence des Tribunaux fribourgeois.

4^o Dans cette position, Cadé peut d'autant moins se plaindre de la portée attribuée ci-dessus à ses procédés, qu'il lui eût suffi, pour se mettre à l'abri de cette interprétation, d'opposer le déclinatoire lors des conclusions prises contre lui par les créanciers coalisés dans la séance du 26 Juin 1876. Ne l'ayant point fait, et ayant au contraire, dans cette séance même, conclu à ce qu'il soit procédé plus outre sur ces conclusions devant le Tribunal de commerce de Fri-

bourg, il est mal venu à contester aujourd'hui un for qu'il a implicitement reconnu pendant près d'une année et durant cinq séances consécutives.

Les réserves générales que Cadé ajoutait régulièrement à ses procédés, telles que « le défendeur se réserve ses exceptions » ou « sans entrer en matière sur le fond, » ne sauraient être prises en considération, puisqu'elles ont été toujours accompagnées ou suivies d'actes contraires, qui leur enlèvent toute signification.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est écarté comme mal fondé.

2. Provokation. — Provocation.

65. Urtheil vom 12. Juni in Sachen Bloch.

A. Im Laufe des vorigen Jahres verkaufte Abraham Meyer Bloch in Zürich ein ihm gehöriges in Lengnau, Kanton Aargau, befindliches Haus. Gemäß § 520 des aarg. bürgerl. Ges. B., welcher bestimmt, daß, wenn Jemand den größern Theil seiner in einem Gemeindegemeinde liegenden Liegenschaften veräußern wolle, das beabsichtigte Geschäft vor der Fertigung im Amtsblatte öffentlich bekannt gemacht werden müsse und die Fertigung erst erfolgen dürfe, wenn sämtliche angemeldeten Forderungen bezahlt oder sicher gestellt seien, fand die Publikation des vom Rekurrenten abgeschlossenen Kaufes statt und es meldete innert der angelegten Frist der Sohn des Rekurrenten, Isaaß Bloch in Glattfelden, eine Forderung von 1000 Fr. an. Rekurrent bestritt diese Forderung, deponirte aber, um die Fertigung zu ermöglichen, beim Fertigungsaktuariat Lengnau eine Obligation von 1000 Fr. der Zürcher Kantonalbank und stellte sodann beim Bezirksgerichtspräsidium Zurzach das Begehren, daß dem Isaaß Bloch eine Frist angelegt werde, um sich durch Zeugniß des Be-