

possible, vu que la question de l'existence du droit et celle de l'admission dans l'état de collocation se confondent dans la plupart des cas. S'il s'agit d'une créance chirographaire, le seul motif pour lequel la collocation puisse être refusée, ne peut être que celui de l'inexistence du droit; du moment que le droit est reconnu, sa collocation est inévitable et il est juridiquement impossible de concevoir un litige au sujet de son admission. Il en est de même lorsqu'il s'agit d'une créance garantie par gage. La contestation peut porter sur l'existence et sur l'étendue du droit et du gage; mais, une fois ces questions-là liquidées, il n'y a plus de contestation possible concernant la liquidation. Pratiquement, la distinction introduite par l'instance cantonale aurait donc pour effet d'éluider l'art. 250 LP et de soustraire au juge de la faillite toutes les contestations que la loi a précisément voulu placer dans sa compétence exclusive.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

I. — Le recours de Henneberg et Allemand est déclaré irrecevable pour autant qu'il est dirigé contre l'arrêt du 4 mai 1907.

II. — Il est déclaré recevable et bien fondé pour autant qu'il est dirigé contre l'arrêt du 13 juillet 1907. Le dit arrêt est réformé en ce sens que le juge qui a prononcé la faillite est déclaré compétent, à l'exclusion de tous arbitres, pour trancher le fond du litige pendant entre parties.

III. — L'affaire est, par conséquent, renvoyée devant les instances cantonales pour être procédé au jugement de la cause au fond.

99. Arrêt du 9 novembre 1907,

*dans la cause Masse en faillite Lehmann, dem. et rec.,  
contre Scherly et consorts, déf. et int.*

**Action révocatoire, art. 285 et suiv. LP. — Légitimation passive, art. 290 eod. — Art. 288 eod.**

A. — Le 24 mai 1905, Joseph Lehmann, de La Roche (Fribourg), a souscrit en faveur de la Banque de l'Etat de Fribourg un billet à ordre du capital de 3500 fr. avec échéance au 24 juin suivant; l'effet était en outre signé, en qualité de cautions solidaires, par Emile Lehmann, frère du débiteur principal, Louis Théraulaz, Alphonse Kolly et Christophe Scherly, tous de La Roche.

Il est établi que le débiteur s'était engagé, vis-à-vis de ses cautions, à affecter au paiement de ce billet le solde du prix de ses immeubles vendus au sieur Louis Risse, par acte notarié du 11 mai 1905, somme qu'il devait recevoir à brève échéance. Il avait acquis ces immeubles du dit Louis Risse le 28 avril de l'année précédente.

B. — Le 31 mai 1905, Joseph Lehmann reçut de Louis Risse le paiement du solde de ses immeubles par 3280 fr. et acquitta le jour même, soit avant le terme, à l'agence de la Banque de l'Etat à Bulle, le billet de 3500 fr. Ces opérations eurent lieu en présence des cautions Scherly et Kolly.

C. — En date du 27 juillet 1905, le président du tribunal de la Gruyère a prononcé la faillite de Joseph Lehmann.

Par citation-demande du 1<sup>er</sup> juin 1906, la masse en faillite a intenté aux défendeurs la présente action révocatoire et conclu à ce qu'il soit prononcé que :

« Christophe Scherly, Emile Lehmann, Louis Théraulaz et Alphonse Kolly sont obligés de payer solidairement à la masse en faillite de Joseph Lehmann, soit de lui restituer la somme de 3500 fr. pour billet de pareille somme payé à la Banque d'Etat, dû par le failli Joseph Lehmann et cautionné par les défendeurs, billet que ceux-ci ont acquitté avant

son échéance avec de l'argent provenant de la vente des immeubles du failli à Louis Risse. »

La masse demanderesse a fait valoir à l'appui de ses conclusions que le billet a été payé avant son échéance, — qu'il a été payé avec les fonds provenant de la vente passée par Joseph Lehmann à Risse; — que les cautions n'ignoraient point l'insolvabilité du débiteur principal, dont la faillite a été prononcée du reste peu de temps après et qu'ainsi les défendeurs ont porté préjudice aux droits des créanciers du failli Lehmann.

Les défendeurs ont contesté qu'il y ait eu entente entre eux et le débiteur Lehmann pour porter préjudice aux créanciers de celui-ci. Ils ont affirmé avoir ignoré la mauvaise situation financière dans laquelle le failli se trouvait.

D. — Par arrêt du 10 avril 1907, la Cour d'appel de Fribourg, confirmant le jugement du tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère du 14 juillet 1906, a :

» 1<sup>o</sup> Débouté la masse J. Lehmann des fins de sa demande ; »

» 2<sup>o</sup> Admis Christophe Scherly et consorts dans leurs conclusions libératoires. »

Cet arrêt est motivé, en résumé, comme suit :

En ce qui concerne les qualités des parties, il est admis en doctrine et en jurisprudence que l'action révocatoire peut, en principe, être dirigée contre des cautions. L'art. 290 LP statue que l'action révocatoire s'exerce contre les personnes qui ont traité avec le débiteur ou qui ont été payées par lui, contre leurs héritiers et les tiers de mauvaise foi. Il en résulte que la caution, lorsqu'il est établi qu'elle a été de mauvaise foi, qu'il y a entre elle et le débiteur principal une entente frauduleuse en vue de la favoriser au détriment des autres créanciers, peut être tenue à restitution et que, dès lors, l'action révocatoire peut, en principe, être exercée contre elle. — Le billet ayant été payé avant son échéance, l'art. 287 3<sup>o</sup> LP pourrait être appliqué; mais il ne résulte pas des faits que les défendeurs connussent la situation de Joseph Lehmann et le paiement du billet avant le terme ne revêt au-

cun caractère dolosif; il était prévu dès l'origine; c'est à cause du règlement de la banque que le billet a été renouvelé pour un mois. — Quant à l'art. 288 LP invoqué en appel seulement, ses conditions ne sont pas réalisées non plus. Il n'y a pas eu connivence. Les défendeurs ignoraient l'insolvabilité de Joseph Lehmann; — en surveillant le paiement de la dette, ils n'ont fait qu'user du droit qui appartient à toute caution de veiller à la sauvegarde de ses intérêts; du reste, les cautions ont affirmé avoir été à la banque pour des affaires à elles personnelles.

E. — C'est contre ce prononcé que, en temps utile, la masse demanderesse a déclaré recourir en réforme au Tribunal fédéral et reprendre ses conclusions originaires.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1. — En l'absence d'autre convention, le cautionnement n'oblige la caution que vis-à-vis du créancier de la dette cautionnée, il ne lui donne aucun droit direct contre le débiteur (conf. art. 511 CO). Mais, en l'espèce, il résulte des faits de la cause que le débiteur avait pris, vis-à-vis de ses cautions, un engagement catégorique d'acquitter sa dette à terme fixe, engagement qui créait entre eux des rapports spéciaux et directs (Erfüllungsversprechen — *Constitutum debiti proprii*). Le billet de 3500 fr. du 24 mai 1905 n'était que le renouvellement d'un billet antérieur, échu le 15 février 1905, cautionné déjà par les défendeurs et par un nommé Bard; ce billet n'étant ni renouvelé, ni réglé à l'échéance, la Banque d'Etat en réclama le paiement et introduisit des poursuites contre le débiteur Joseph Lehmann; c'est dans ces conditions que les défendeurs, cautions du billet impayé, intervinrent et consentirent à renouveler leur cautionnement, mais ils le firent moyennant l'engagement, que le débiteur prit à leur égard, d'acquitter le billet par eux cautionné avec l'argent qu'il devait recevoir, à bref délai, en paiement de ses immeubles vendus le 11 mai à Risse.

C'est moyennant cet engagement de paiement du débiteur que les défendeurs avaient consenti à renouveler leur cautionnement; ils avaient donc traité avec lui. D'autre part, par

le paiement du billet opéré avant terme, au moment du versement du prix de son immeuble et avec le montant de ce prix, le débiteur a libéré les cautions ; il a accompli l'obligation spéciale qu'il avait assumée envers elles et il leur a ainsi donné satisfaction.

Cela étant, l'action révocatoire est recevable contre les défendeurs ; en effet, l'art. 290 LP dispose que l'action peut s'exercer contre les personnes qui ont traité avec le débiteur ou contre celles qui ont été payées par lui, — le texte allemand de cet article dit, plus exactement, « qui ont été satisfaites par lui » (welche... von ihm... befriedigt worden sind). Le Tribunal fédéral s'est déjà prononcé dans ce sens dans une matière analogue à celle-ci en disant : « S'il était établi que le paiement opéré à la Banque argovienne (créancière) fût la suite d'une entente intervenue entre les cautions et le débiteur failli, entente suivant laquelle celui-ci devrait faire son possible pour arriver à balancer son compte courant, de manière à libérer les cautions, ou tout au moins à diminuer leurs obligations, — en d'autres termes, si le débiteur avait pris l'engagement à l'égard des cautions d'opérer des versements à la banque et de s'abstenir de tout retrait d'argent, — les cautions répondraient évidemment de la validité de tous ces paiements d'après les règles de l'action paulienne ; en effet, ces paiements auraient été opérés en exécution d'une convention passée entre elles et le débiteur failli » (RO 25 II 185).

2. — Il importe peu que ce ne soit qu'en appel que la masse demanderesse ait invoqué l'art. 288 LP après s'être fondée uniquement sur l'art. 287 3° dans son exploit de demande. D'une part la cour d'appel n'a pas déclaré cette manière de faire contraire à la procédure cantonale ; d'autre part, l'état de fait et les conclusions restant les mêmes, il ne s'agit que de l'appréciation juridique des faits et de l'application de la loi fédérale, pour laquelle le Tribunal fédéral conserve toute liberté (conf. art. 80 OJF).

3. — L'instance cantonale a écarté l'application de cet art. 288 LP parce que la masse demanderesse n'aurait pas

fait la preuve de la connivence qui aurait existé entre le débiteur Joseph Lehmann et ses cautions, en vue de favoriser celles-ci au préjudice d'autres créanciers ; la cour d'appel n'a, dans ces conjonctures, pas examiné l'autre condition posée par le même article, savoir si le débiteur a payé la Banque dans l'intention de porter préjudice à ses créanciers ou de favoriser certains d'entre eux.

En ce qui concerne ce dernier point d'abord, il n'est pas douteux, en fait, que le paiement opéré à la Banque par Joseph Lehmann, le 31 mai, portait préjudice à ses créanciers et favorisait les cautions du billet, qui se trouvaient ainsi libérées. Il résulte, en effet, du témoignage du substitut du préposé aux faillites de Bulle qu'au moment de ce paiement la situation de ce débiteur était précaire et qu'il y avait eu plusieurs demandes de faillite contre lui ; sa faillite a, du reste, été prononcée moins de deux mois après. Le paiement intégral du billet opéré dans ces conditions par le débiteur réduisait l'actif de la faillite du montant de la part de ce paiement qui serait resté à la charge des cautions en cas de liquidation normale (conf. RO 25 II 185).

Il n'est pas douteux non plus que le débiteur a dû prévoir que, suivant le cours naturel des choses, ce paiement porterait préjudice à ses créanciers. Cela découle, d'abord, de la connaissance qu'il avait des demandes de faillite dirigées contre lui, ensuite du fait qu'il n'avait pas pu payer, le 15 février, le billet de 3500 fr., ni le 1<sup>er</sup> mars un billet de 5000 fr. cautionné par son frère et dû à Risse ; enfin que, pour éteindre ces deux billets, il avait dû vendre ses immeubles et son magasin dans des conditions telles que cette vente du magasin et des marchandises a été révoquée par les tribunaux. — Or le Tribunal fédéral a admis, suivant une jurisprudence constante, que la constatation que le débiteur a dû prévoir que le paiement porterait naturellement préjudice à ses créanciers suffit pour établir l'intention dolosive de l'art. 288 LP (RO 21 1277 ; — ibid. 25 II 183).

4. — Ainsi que le Tribunal fédéral l'a déclaré à de nombreuses reprises, c'est à tort que le texte français de l'art.

288 LP paraît exiger, pour légitimer l'action révocatoire prévue par cette disposition, la preuve d'un dessein prémédité du débiteur et d'un créancier de favoriser ce dernier au détriment des autres créanciers. L'action révocatoire est admissible, en vertu de cet article, pour tous les actes conclus par le débiteur, — même avec un tiers, — lorsque son co-contractant pouvait prévoir, avec l'attention dictée par les circonstances et sans commettre de négligence, que l'acte conclu aurait pour conséquence naturelle de favoriser certains créanciers au détriment des autres ou de porter préjudice à ses créanciers (RO 32 II 173 et loc. cit.).

Or, en l'espèce, les cautions du failli étaient dans cette situation de fait :

La circonstance, en elle-même, que lors du renouvellement du billet de 3500 fr., le 24 mai 1905, les cautions ont jugé prudent d'exiger de Joseph Lehmann l'engagement, pris à leur égard, qu'il payerait le billet avant l'échéance consentie par la banque, avec le produit de la vente de ces immeubles, prouve bien qu'elles avaient certains doutes sur sa solvabilité. En outre, il paraîtrait bien étrange qu'habitait la même localité que le débiteur, un petit village, les cautions, — dont l'une était le propre frère du débiteur, — n'aient pas eu connaissance des demandes de faillite dirigées contre lui et du motif pour lequel il revendait à Risse la maison, le magasin et les marchandises qu'il lui avait achetées un an auparavant.

A côté de ces considérations générales concernant les quatre défendeurs, les faits et gestes de chacun d'eux (RO 30 II 164) trahissent nettement leurs préoccupations. Le témoin Risse a déclaré que le débiteur Joseph Lehmann avait dit à Scherly qu'il ne devait pas recevoir l'argent de Risse en paiement de son immeuble le 30 mai, — que Scherly était alors venu chez lui, Risse, qui lui avait affirmé qu'il payerait Lehmann le 30 mai comme convenu, — que Scherly avait été prévenir Kolly et qu'ils s'étaient trouvés le lendemain les quatre ensemble pour aller à Bulle où avait eu lieu le paiement. — Il résulte, en outre, des témoignages que

Scherly et Kolly ont assisté au versement des fonds remis par Risse à J. Lehmann, que la somme versée a été enfermée dans une sacoche que Kolly avait apportée et que Scherly, Kolly et Lehmann se sont rendus à la Banque où le billet a été payé. Ces faits matériels, auxquels les défendeurs contestent toute importance, prennent une signification toute spéciale lorsqu'on les rapproche des allégués suivants dont la masse a contesté la valeur probante pour des motifs de procédure, mais qui présentent tout au moins de l'intérêt à titre d'indice, le juge devant statuer librement, en tenant compte des circonstances, sur les contestations dérivant des art. 286 à 288 LP (art. 289 LP). Le témoin Andrey, substitut du préposé aux faillites de Bulle et greffier substitut, a déclaré savoir, par le failli lui-même et par les cautions Scherly, Kolly et Théraulaz, qui l'auraient reconnu devant la justice de paix de La Roche, que Scherly et Kolly « ont suivi, surveillé et accompagné » Joseph Lehmann à Bulle, lorsqu'il a payé le billet. — Scherly aurait déclaré en outre, au cours de l'action révocatoire relative à la vente faite à Risse : « J'étais inquiet ; je voulais surveiller ce paiement. Il faut battre le fer pendant qu'il est chaud », c'est-à-dire qu'il fallait faire payer le débiteur alors qu'il avait de l'argent en mains. — Emile Lehmann savait quelle était la situation de son frère puisqu'il était caution du billet de 5000 fr. dû par Joseph Lehmann à Risse, il savait que le dit billet n'avait pas été payé à l'échéance et que son frère avait dû revendre son magasin et ses marchandises pour le payer. Dans un arrêt du 9 avril 1907 rendu entre Emile Lehmann et Emile Rigolet contre Risse dans une affaire connexe, — arrêt joint au dossier de la présente affaire, — la Cour d'appel de Fribourg a même déclaré que ce serait Emile Lehmann qui, dans la crainte de devoir payer ce billet, aurait conseillé cette vente qui a dû, par la suite, être révoquée comme lésant les droits des créanciers du failli.

De ces circonstances tant générales que spéciales résulte que les défendeurs ont pu et dû prévoir que le paiement fait à la Banque aurait pour conséquence, en les libérant eux-

mêmes de l'obligation qu'ils avaient assumée, de les favoriser et de porter ainsi préjudice aux créanciers du failli; cette libération doit donc être annulée, les conditions de l'art. 288 LP étant remplies.

5. — Les quatre cautions étaient solidairement engagées pour la garantie de la dette du failli; les défendeurs ont donc, tous quatre, profité de la libération obtenue et, cette libération étant annulée, ils sont tous quatre tenus à restitution (art. 291 LP). La révocation devant les replacer vis-à-vis de la masse dans le *statu quo ante* et ne pouvant leur donner une situation meilleure que celle qu'ils avaient auparavant, ils doivent être tenus solidairement à restitution.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

I. — Le recours interjeté par la masse en faillite de Joseph Lehmann contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Fribourg le 10 avril 1907 est déclaré bien fondé. Le dit arrêt est réformé et les conclusions de la masse recourante sont admises.

En conséquence :

II. — Les intimés Christophe Scherly, Emile Lehmann, Louis Théraulaz et Alphonse Kolly, tous à La Roche, sont condamnés à payer solidairement, soit à restituer à la masse en faillite de Joseph Lehmann la somme de 3500 fr. avec intérêts et accessoires légaux dès le 31 mai 1905, montant du billet de pareille valeur du 24 mai 1905 dû par le failli Joseph Lehmann à la Banque de l'Etat de Fribourg et cautionné par eux.

### 100. Urteil vom 15. November 1907

in Sachen **Gewerbebank Zürich**, Kl. u. Ver.-Kl., gegen  
**Spicker**, Bekl. u. Ver.-Bekl.

*Anfechtungsklage; Deliktspauliana, Art. 288 SchKG. Begünstigungsabsicht und Erkennbarkeit dieser Absicht, besonders bei Rechtsgeschäften unter nahen Verwandten.*

A. Durch Urteil vom 20. Juni 1907 hat das Obergericht des Kantons Luzern über die Rechtsfrage:

1. Ist die Auszahlung der Gülden auf Hotel Rigi in Weggis im Gesamtbetrag von 16,400 Fr. durch Kilian Spicker an Beklagte gegenüber der Klägerin als ungültig zu erklären?

2. Hat die Beklagte die bezogenen Gülden im Gesamtbetrag von 16,400 Fr. zur betriebsrechtlichen Befriedigung der Klägerin zu ihrer Befriedigung der Forderung von 9357 Fr. 75 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 16. Februar 1903 von 8801 Fr. 90 Cts. zurückzugeben?

3. Ist die Beklagte zum Schadenersatz zu verurteilen und hat an Klägerin 9357 Fr. 75 Cts. nebst Zins zu 5 % seit 16. Februar 1903 von 8801 Fr. 90 Cts. zu bezahlen, falls die fraglichen Gülden nicht binnen 10 Tagen seit Rechtskraftbescheidung des Urteils in natura restituiert werden sollten?

erkannt:

Die Klage sei des gänzlichen abgewiesen.

B. Gegen dieses Urteil hat die Klägerin rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht ergriffen mit dem Antrag auf Gutheißung der Klage.

C. In der heutigen Verhandlung hat der Vertreter der Klägerin Gutheißung, der Vertreter der Beklagten Abweisung der Berufung beantragt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Kilian Spicker, der Ehemann der Beklagten, verkaufte am 1. Oktober 1900, mit Fertigung vom 12. Dezember 1900, seinem Sohne Arthur Spicker zum Preise von 130,000 Fr. Hotel und Pension zum Rigi in Weggis. Der Kaufpreis war zahlbar wie folgt: