

ohne nicht massgebend sein für die Wirkungen, die denselben in der Schweiz zukommen. Vielmehr muss für diese Wirkungen in der Schweiz auf die schweizerische Rechtsauffassung abgestellt werden. Als solche ergibt sich nun aber aus der Praxis zum SchKG, dass die Verletzung von Zustellungsnormen die betreffenden Zustellungen in der Regel nur anfechtbar, nicht aber absolut unwirksam macht. (AS 38 I S. 188 u. 335 ; 36 I S. 158*.) Gilt dies aber für die Bestimmungen des SchKG, so ist nicht einzusehen, warum an die Verletzung staatsvertraglicher Zustellungsnormen in der Schweiz andere Wirkungen geknüpft werden sollten.

2. — Der Rekurs ist indessen auch materiell nicht begründet, weil die Zustellung, wie sie das Betreibungsamt vorgenommen hat, gar nicht unkorrekt gewesen ist.

In dieser Hinsicht ist zunächst darauf zu verweisen, dass der von der Vorinstanz zitierte Staatsvertrag von 1868 neben der Zivilprozesskonvention keine Anwendung mehr finden kann. Art. 6 der Konvention aber bestimmt, die Zustellung durch die Post sei nach allen denjenigen Vertragsstaaten gestattet, die entweder gegen sie nicht Widerspruch erhoben, oder sie in einem besondern Abkommen im Verhältnis zu dem zustellenden Staat gestattet haben. Von diesen beiden Möglichkeiten entfällt nach dem eingelegten Zeugnis des Justiz- und Polizeidepartementes *in casu* die letztere, weil ein solches Abkommen nicht besteht. Was aber die erstere anbelangt, so will die fragliche Bestimmung des Art. 6, da darin ja nicht etwa eine positive Erlaubnis vorausgesetzt ist, offenbar nur besagen, jeder Vertragsstaat könne durch eine allgemeine Erklärung die Zustellung durch die Post auf seinem Gebiete untersagen, und zwar ohne dass er von dem Staat, aus dem die Zustellung vor sich gehen soll, darüber befragt wurde, und ohne dass er von einer konkreten Zustellung Kenntnis haben muss. Es genügt somit die rein negative Tatsache der Nichterhe-

bung eines Widerspruches gegen die Postzustellung, um dieselbe als zulässig erscheinen zu lassen.

Italien hat nun aber eine derartige Erklärung bislang nicht abgegeben, und das Betreibungsamt Zürich 6 hat daher mit Recht die Arresturkunde dem Rekurrenten per Post zugestellt.

Hiegegen sprechen weder das Urteil i. S. Sengele noch das zitierte Kreisschreiben, die beide sich auf das Verhältnis der Schweiz zu Deutschland beziehen. Deutschland aber hat ausdrücklich erklärt, es lasse die Postzustellung für sein Gebiet nicht zu. Allerdings ist Deutschland seitens der Schweiz ausdrücklich hierüber befragt worden, allein aus dieser Tatsache darf angesichts des klaren Wortlautes der Konvention nicht geschlossen werden, dass eine solche Anfrage immer erforderlich sei, und dass erst wenn eine positive Bewilligung vorliege, die Post für die Zustellung verwendet werden dürfe.

Demnach erkennt die Schuldbetr.-u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird abgewiesen.

25. Arrêt du 21 juin 1918 dans la cause Barbey.

Art. 158, al. 2 LP : Portée de l'acte d'insuffisance de gage délivré après que le débiteur a obtenu un concordat ordinaire. Nécessité d'un nouveau commandement de payer. Possibilité de la plainte. Art. 85 LP : Nature de l'action en annulation de la poursuite.

A. — Le 1^{er} octobre 1915. Jules Barbey, à Villarzelle-Gibloux, obtint le sursis concordataire. Jules Corboz, à Romont, intervint pour une créance de 4511 fr. 10 garantie par hypothèque en 3^e rang sur les immeubles du débiteur. Le commissaire, estimant que le gage laissait cette créance à découvert, l'inscrivit au nombre des créances personnelles ; mais Corboz déclara qu'il s'en

* Sep.-Ausg. 15 S. 2 u. 153 ; 13 S. 77.

tenait au gage. Le concordat fut homologué en janvier 1916. Les créanciers reçurent un dividende de 15%. Dans le courant de l'année 1917, d'autres créanciers hypothécaires que Corboz introduisirent contre Barbey une poursuite en réalisation de gage. La vente des immeubles eut lieu le 11 octobre 1917 ; elle ne couvrit pas la créance de Corboz, lequel reçut le 27 mars 1918 un acte d'insuffisance de gage pour la somme de 5281 fr. Après avoir obtenu une ordonnance de séquestre, qui fut attaquée en justice, Corboz requit le 25 avril sans notification préalable d'un commandement de payer la saisie du produit de la vente du bétail et du chédail de son débiteur, en vertu de l'art. 158 LP. L'office des poursuites de la Sarine opéra la saisie le 30 avril.

B. — Le débiteur demanda le 6 mai à l'autorité fribourgeoise de surveillance des offices de poursuite et de faillite, l'annulation de la saisie. Il alléguait : le créancier gagiste d'un débiteur qui a obtenu le bénéfice du concordat doit faire valoir, suivant la procédure spéciale du concordat, le droit personnel qui survit à la réalisation du gage, il ne peut agir par la voie de la poursuite ordinaire. Le concordat n'atteint pas les prétentions réelles ; la poursuite n'est pas arrêtée. La créance personnelle fait, en revanche, masse avec les créances chirographaires englobées par le concordat et subit le même sort. En l'espèce, le créancier a renoncé à sa prétention personnelle. Mais en supposant qu'elle existe, le concordat est obligatoire pour elle. Dès l'octroi du sursis, le créancier ne peut la recouvrer par voie de poursuite. Après l'homologation et avant la réalisation du gage, il en est de même. Dès la réalisation, la créance personnelle se trouve délimitée et le concordat peut sortir ses effets. « Lorsque la réalisation du gage a éteint la créance réelle, la créance personnelle ne peut s'emparer de l'acte d'insuffisance de gage et continuer une poursuite dont elle était exclue, en requérant la saisie, sans commandement de payer. La réalisation ne lui confère aucun droit ; tous ses droits

sont déjà réglés par le concordat ; ils sont en suspens, et la réalisation a pour effet de mettre fin à cette suspension en délimitant la créance personnelle ». Pour pouvoir intenter une poursuite, le créancier doit tout d'abord faire révoquer le concordat. Le recourant n'a du reste pu intervenir ni lors de l'établissement de l'état des charges, ni lors de la délivrance de l'acte d'insuffisance de gage.

Le préposé, entendu, a déclaré : Il a été avisé du concordat-mais a ignoré comment furent traitées les créances hypothécaires. Toutes ces créances ont été inscrites à l'état des charges, sans que Barbey eût fait aucune opposition. S'il l'avait fait en temps utile, il aurait pu faire trancher par le juge compétent la question qu'il soulève à tort aujourd'hui.

Le créancier conteste la compétence de l'autorité de surveillance pour dire si, malgré le concordat, il avait conservé une créance contre son débiteur. De plus, Barbey aurait dû faire opposition à l'état des charges.

C. — L'autorité cantonale a écarté la plainte par décision du 27 mai 1918, motivée en résumé comme suit : La réalisation du gage ayant été requise, le préposé a dressé l'état des charges et l'a communiqué au débiteur (art. 140 LP). C'est à ce moment-là que Barbey aurait dû s'opposer à l'admission de la créance Corboz s'il estimait que sa dette constituait un engagement purement réel et non point personnel. Il aurait dû saisir le Juge de la question de savoir si Corboz gardait encore un droit de créance, faute d'être couvert par la vente. Il est à tard aujourd'hui. En procédant à la saisie, au vu d'un acte d'insuffisance de gage délivré conformément à l'art. 158 LP, le préposé n'a nullement enfreint la loi. Au surplus, les questions de la nature et de la portée de la créance à la base de la poursuite ressortissent au juge, qui seul peut dire si et dans quelle mesure la créance de Corboz existe encore malgré le concordat.

D. — Barbey a recouru en temps utile au Tribunal

fédéral en concluant à l'annulation de la saisie opérée le 30 avril 1918. Corboz a conclu au rejet du recours par le motif que le recourant a la faculté de faire trancher par le juge en vertu de l'art. 85 LP la question qui se pose de savoir si la créance de Corboz existe encore ou si elle doit être réduite au 15% en raison du concordat.

Considérant en droit :

Il appartient au juge de résoudre la question de savoir si en l'espèce le créancier est lié par le concordat en ce qui concerne le montant à découvert de sa créance. C'est là une question qui touche le fond du droit. L'exception tirée de la remise concordataire a toujours été considérée comme relevant du juge, et dans le cas particulier, la question se pose en outre de savoir si le créancier n'a pas renoncé définitivement au dividende concordataire pour le découvert qui ne s'est révélé que lors de la réalisation du gage. En effet, bien que le commissaire eût estimé que le gage ne couvrirait pas la créance de Corboz et qu'il eût admis celui-ci à participer au concordat pour la totalité de sa prétention, le créancier a déclaré s'en tenir à son gage. Cette question ressortit également au juge.

Comment le juge peut-il être saisi ? L'autorité cantonale estime que, lors de la poursuite en réalisation de gage, le débiteur aurait dû former opposition contre l'état des charges et qu'ayant omis de le faire, il est déchu de ses droits. Cette opinion est erronée. L'état des charges n'a pour but que de constater quelles charges réelles grèvent la propriété du débiteur. Or, Barbey ne pouvait pas contester l'existence de l'hypothèque constituée en faveur de Corboz. En outre, la procédure de l'opposition à l'état des charges n'est pas destinée à faire trancher les questions de savoir si et dans quelle mesure une créance personnelle subsiste lorsque la réalisation du gage laisse un découvert. Il n'y a aucun motif de porter ces questions devant le juge tant qu'il n'est pas acquis que le produit de la vente ne suffit pas à désintéresser le créancier pour-

suisant. En effet, ces questions ne se posent pas lorsque le produit de la réalisation couvre entièrement la créance.

Le différend ne pouvait pas non plus être vidé à l'occasion de la délivrance de l'acte d'insuffisance de gage. Les autorités de surveillance ne peuvent pas décider si, en raison du concordat, il est ou non admissible de délivrer cet acte au créancier. Le recourant soutient à tort que la communication de l'homologation du concordat à l'office oblige celui-ci à veiller à ce qu'une poursuite dirigée ultérieurement contre le débiteur concordataire n'ait pour objet que les sommes correspondant aux clauses du concordat. La communication faite à l'office a uniquement pour but de l'informer que des poursuites peuvent de nouveau être intentées au débiteur. Il incombe à ce dernier de faire valoir ses droits en formant opposition. L'office des poursuites était dès lors tenu de délivrer l'acte d'insuffisance de gage sans avoir à rechercher si au point de vue du fond du droit cet acte autorisait ou non le créancier à continuer la poursuite. Un recours dirigé contre ce procédé de l'office n'aurait donc pu aboutir au résultat désiré.

Dans ces conditions, il est nécessaire de trouver une solution permettant au débiteur, lorsqu'il est au bénéfice d'un concordat, d'opposer au créancier qui le poursuit pour la partie de sa créance restée à découvert, les exceptions qu'il n'a pu faire valoir tant que l'insuffisance du gage n'était pas certaine. La voie indiquée à l'art. 85 LP ne conduit pas au but. Dans cette procédure le débiteur doit se porter demandeur à l'action ; le fardeau de la preuve lui incombe et il ne peut rapporter cette preuve que par titre. De plus, la procédure est sommaire. Or, les questions qui se posent dans un cas comme celui de l'espèce actuelle ne peuvent pas être résolues d'après les règles de la procédure sommaire. Les exceptions tirées du concordat relèvent du juge ordinaire et nécessitent une procédure probatoire complète. Le débiteur ne saurait être limité à la preuve admise par l'art. 85. Comment lui

serait-il par exemple possible, dans le cas particulier, de prouver par titre que le créancier a renoncé au dividende concordataire ? Restreindre le droit du débiteur à l'action suivant l'art. 85, constitue donc une limitation inadmissible de ses moyens de défense.

Mais pour que le débiteur puisse porter devant le juge ordinaire les exceptions nées du concordat, il doit pouvoir obliger le créancier, qui lui réclame le paiement du montant non couvert par le gage, à lui intenter une nouvelle poursuite, à laquelle il ait la faculté de former opposition. On est ainsi amené à excepter de la règle posée à l'art. 158 LP le cas où l'acte d'insuffisance de gage a été délivré à un créancier ensuite d'une réalisation de gage intervenue après que le débiteur a obtenu le bénéfice du concordat. Il est clair que le législateur n'a pas prévu la présente éventualité lorsqu'il a accordé au créancier perdant le droit de continuer la poursuite sans notification préalable d'un commandement de payer, s'il agit dans le mois. En effet, la jurisprudence n'est arrivée qu'après des hésitations à autoriser les créanciers gagistes à intenter la poursuite en réalisation de gage pour le montant total de leur créance, malgré la procédure concordataire, et c'est également la jurisprudence qui a établi le principe suivant lequel le créancier est lié par le concordat pour la partie de sa créance que la réalisation a laissée à découvert. Cette situation a nécessairement pour conséquence que, une fois la poursuite en réalisation de gage terminée, le débiteur doit pouvoir opposer au créancier les exceptions découlant du concordat. Ainsi que cela a été indiqué plus haut, l'art. 85 LP n'offre pas au débiteur une protection suffisante. Il doit avoir la faculté de forcer le créancier à fournir dans un procès ordinaire la preuve de sa prétention. Cette solution s'impose encore plus impérieusement si l'on considère le cas du débiteur qui est sujet à la poursuite par voie de faillite. Aux termes de l'art. 172 LP, il ne pourrait pas faire valoir devant le juge de la faillite l'exception tirée de

l'inexistence d'une créance personnelle ; sa faillite pourrait dès lors être déclarée.

Il y a par conséquent lieu de poser les principes suivants :

L'acte d'insuffisance de gage, délivré à un créancier ensuite d'une réalisation de gage intervenue après que le débiteur a obtenu le bénéfice d'un concordat ordinaire, ne dispense pas le créancier perdant du commandement de payer lorsqu'il veut continuer la poursuite, même dans le délai d'un mois dès la délivrance de l'acte d'insuffisance de gage.

Le débiteur qui entend opposer au débiteur poursuivant les exceptions tirées du concordat peut donc porter plainte à l'autorité de surveillance, dans les dix jours dès la date de la saisie opérée sans notification préalable d'un commandement de payer, et demander que, la saisie étant annulée, le créancier soit tenu d'intenter une nouvelle poursuite en faisant notifier un commandement de payer.

La Chambre des Poursuites et des Faillites prononce :

Le recours est admis. En conséquence, la saisie opérée le 30 avril 1910 est annulée, l'office des poursuites de la Sarine étant invité à notifier au débiteur un commandement de payer pour la somme de 5281 fr.

26. *Entscheid vom 21. Juni 1918 i. S. Betreibungsamt Zürich 6.*

Legitimation des Betreibungsbeamten zum Rekurse gegen Entscheide der Aufsichtsbehörde. Voraussetzungen. Pfändung des Miteigentumsanteiles an einer Liegenschaft. Verwertungsmodus.

A. — In den von verschiedenen Gläubigern gegen G. A. Wiederkehr-Selg in Zürich 6 angehobenen Betreibungen pfändete das Betreibungsamt Zürich 6 durch Vermittlung des Betreibungsamtes Hedingen :