

lange Fortdauer eines solchen ausserordentlichen Eingriffs in die Gläubigerrechte zum Schutze derjenigen einzelnen Schuldner mehr vor, welche erst kurz vorher eine Notstundung erwirkt haben. Vielmehr werden Schuldner, welche eines weitergehenden Schutzes bedürfen, als wie er ihnen durch eine Notstundung gewährt werden kann, deren Dauer durch den bevorstehenden Ablauf der Geltung der Vorschriften über sie von vorneherein zeitlich kurz beschränkt ist, sofort zum ordentlichen Rechtsbehelf der Nachlasstundung Zuflucht nehmen müssen, da nach Art. 317 *i* eine solche in unmittelbarem Anschluss an den Ablauf der Notstundung nicht bewilligt werden darf. Der Rekurrentin hätte übrigens seit der Bewilligung der Notstundung genügend Zeit zur Verfügung gestanden, um vor dem 31. Oktober einen Nachlassvertrag einzubringen und dadurch noch vor Ablauf der Notstundung eine Nachlasstundung zu erwirken.

*Demnach erkennt die Schuldbetr. und Konkurskammer :*

Der Rekurs wird abgewiesen.

### 5. Arrêt du 9 février 1923 dans la cause

#### Masse en faillite Dufour.

Art. 63 ord. adm. off. de faillite : Les prescriptions de cet article valent aussi pour les *créances litigieuses* qui font l'objet de conclusions reconventionnelles du défendeur dans un procès que le failli lui a intenté. — La masse doit prendre une décision au sujet de son attitude dans ce procès, sinon elle risque, après l'expiration du délai fixé à l'art. 207 LP, de se voir condamner par défaut.

La collocation opérée contrairement à la loi n'est pas opposable, faute de plainte, à un jugement par défaut régulièrement rendu contre la masse.

A. — La S. A. Industrias, à Morges, et Eugène Hipp à Porrentruy ont entretenu des relations d'affaires

dont elles ont fait découler réciproquement des réclamations. L'Industrias est tombée en faillite en 1919. Hipp produisit une créance de 6317 fr. 10. L'administration de la masse repoussa cette prétention. Hipp saisit alors par demande du 12 mai 1919 la Cour civile du canton de Vaud d'une action en modification de l'état de collocation. Dans ce procès la masse en faillite de l'Industrias conclut reconventionnellement au paiement par Hipp de la somme de 35 774 fr. 90. La masse ne continua pas elle-même ce procès ; elle céda ses droits — on ne voit pas exactement lesquels, mais en tout cas sa prétention à la somme ci-dessus indiquée — entre autres à L. S. Dufour, à Lausanne, Ch. Ruegsegger et H. Mojonner, à Morges.

Hipp est tombé en faillite au commencement de l'année 1920. Les trois cessionnaires prénommés ont produit la créance de 35 774 fr. 90. Ils invoquaient la cession en leur faveur, faisaient observer qu'ils avaient donné suite au procès pendant devant la Cour civile et ils demandaient la collocation de leur créance.

Le 30 avril 1920, le préposé de l'office de Porrentruy avisa Dufour et consorts que leur intervention avait été écartée et les invita à faire valoir leurs droits en justice. Ruegsegger intenta action à Porrentruy en son nom personnel et pour toute la créance cédée. Dufour n'agit pas et ne porta pas non plus plainte contre la mesure prise par le préposé. Le 2 mars 1922 une transaction intervint entre la masse en faillite de Hipp et Ruegsegger pour mettre fin aux procès de Porrentruy et de Lausanne. Aux termes de cette convention, la masse reconnaissait la créance de l'Industrias jusqu'à concurrence de 12 000 fr. et colloquait le cessionnaire Ruegsegger en 5<sup>me</sup> classe pour ce montant, le demandeur renonçant au surplus de sa prétention. L'état de collocation fut rectifié dans ce sens le 7 octobre 1922 et les créanciers en furent avisés.

Dufour, de son côté, soit la masse de ses créanciers,

après que lui aussi fut tombé en faillite, continua le procès ouvert à Lausanne. Régulièrement assignée à l'audience du 5 juin 1922 du Président de la Cour civile, la masse en faillite de Hipp ne se fit pas représenter, l'administrateur ayant déclaré par lettre du 31 mai 1922 que les créanciers « avaient décidé de ne plus s'occuper du... procès et que par conséquent il ne comparaitrait pas ». Statuant par défaut, le Président de la Cour civile prononça par jugement du 5/14 juin 1922 que les conclusions du demandeur Hipp contre la masse en faillite Industras, tendant à être reconnu créancier pour la somme de 6317 fr. 10, étaient mal fondées et que Hipp, soit sa masse en faillite, était débiteur envers la masse Dufour, cessionnaire des droits de la masse de l'Industras, de la somme de 17 860 fr. 20 avec intérêts à 6 % dès le 20 juillet 1918. Le Président justifie ce chiffre par le motif que le cessionnaire Dufour, soit sa faillite, restait seul en cause ; mais qu'il fallait tenir compte de la transaction du 2 mars 1922 et que la masse Dufour n'avait droit, sur la prétention litigieuse, qu'à une part proportionnelle au montant de la créance de 35 774 fr. produite dans la faillite Industras.

Ce jugement étant devenu définitif le 14 octobre 1922, faute de recours ou de demande de relief, la masse Dufour requit le 26 octobre l'inscription de sa créance par 17 860 fr. 20 à l'état de collocation de la masse Hipp. L'office des faillites de Porrentruy, administrateur de cette masse, écarta la production le 27 octobre par le motif que la créance avait déjà été produite, mais qu'elle n'avait pas été colloquée et que Dufour n'avait pas utilisé le délai fixé pour ouvrir action. Il avait par conséquent perdu le droit d'attaquer l'état de collocation devenu définitif. Quant au jugement de la Cour civile vaudoise, l'office estimait n'avoir pas à s'en occuper.

B. — La masse Dufour porta plainte à l'Autorité de surveillance des offices de poursuite et de faillite du canton de Berne en concluant à ce que, en sa qualité

de cessionnaire de la masse Industras, elle soit inscrite à l'état de collocation de la masse Hipp pour la somme de 17 860 fr. 20 avec intérêts à 6 % dès le 20 juillet 1918.

L'autorité de surveillance a écarté la plainte par décision du 26 décembre 1922, communiquée le 26 janvier 1923. Elle considère que la faillite de Hipp ayant été prononcée à Porrentruy, c'est devant le Tribunal de ce district que Dufour aurait dû intenter l'action prévue par l'art. 250 LP, disposition d'ordre public. Faute par lui de l'avoir fait, sa masse ne peut exiger la modification d'un état de collocation devenu définitif.

C. — La masse de la faillite de L. S. Dufour a recouru contre cette décision au Tribunal fédéral, en reprenant les conclusions de sa plainte et en faisant valoir que l'administration de la faillite Hipp n'avait pas le droit de faire transférer à Porrentruy le procès intenté à Lausanne par Hipp lui-même. C'est à ses risques et périls qu'elle s'est abstenue de suivre à ce procès. Elle se trouve maintenant en présence d'un jugement définitif et exécutoire dans toute la Suisse (art. 61 Const. féd.). Son refus de s'incliner devant ce jugement est contraire au principe de la chose jugée et à la constitution.

#### *Considérant en droit :*

La situation étrange dans laquelle se trouvent les parties provient de ce que l'art. 63 de l'ordonnance sur l'administration des offices de faillite, du 13 juin 1911, n'a pas été observé. Aux termes de cette disposition, l'administration de la faillite ne statue pas, tout d'abord, sur les créances litigieuses qui font l'objet d'un procès au moment de l'ouverture de la faillite ; ces créances sont simplement mentionnées pour mémoire dans l'état de collocation et c'est à la seconde assemblée des créanciers qu'il appartient de décider si le procès sera ou non continué. Si la masse ne continue pas le procès, il peut encore être procédé à une cession à teneur de l'art. 260 LP ; si au contraire le procès est continué

soit par la masse, soit par des créanciers individuellement en vertu de la cession, la créance est, selon l'issue du litige, ou bien radiée ou bien colloquée définitivement, sans qu'un nouveau procès en modification de l'état de collocation puisse être intenté.

Ces prescriptions sont aussi valables pour les créances que le défendeur a fait valoir par voie de conclusions reconventionnelles dans un procès que le failli lui a intenté. L'art. 63 parle d'une façon toute générale de créances litigieuses sans spécifier le litige. Il n'y avait, du reste, aucun motif de fond de faire des distinctions. Du moment qu'une action a été introduite et que le défendeur a usé de la faculté de prendre des conclusions reconventionnelles, il a le droit d'exiger la continuation du procès pour faire statuer sur la demande reconventionnelle, alors même que le demandeur principal se désisterait ou laisserait périmer son action. Il est indifférent à cet égard que le défendeur reconventionnel tombe en faillite. L'ouverture de la faillite a simplement pour effet que les procès civils intentés par le débiteur ou contre lui sont suspendus et ne peuvent être continués qu'après les dix jours qui suivent la seconde assemblée des créanciers (art. 207 LP). Mais, dans la règle — et en l'espèce il n'y a pas de circonstances exceptionnelles — la faillite n'a pas pour conséquence d'enlever tout objet au procès. Il faut, au contraire, que le litige soit liquidé sinon par un passé expédient ou un désistement, du moins par un jugement ou un acte équivalent. Lorsque la masse a connaissance d'un procès intenté par le débiteur ou contre lui — et cette dernière hypothèse est aussi réalisée quand, dans une action ouverte par lui, il se défend contre une demande reconventionnelle — la masse doit prendre une décision au sujet de son attitude dans ce procès ; elle ne peut pas se borner à rester passive après l'expiration du délai fixé à l'art. 207 ; si elle le fait, elle risque, comme toute autre partie qui, régulièrement assignée, ne comparaît pas, de voir requérir contre

elle la procédure par défaut et elle s'expose à toutes les conséquences du défaut. Il en est ainsi tant pour les procès où la masse est demanderesse que pour ceux où, s'agissant d'une créance contre le failli, elle est défenderesse. Cela résulte aussi bien de l'art. 207 LP que de l'art. 63 de l'ordonnance. Cette dernière disposition a précisément pour but d'éviter les conflits qui peuvent résulter de la coexistence de deux procédures parallèles : procédure en collocation, d'une part, et procédure d'un procès civil ordinaire, d'autre part.

La voie choisie par l'administration de la masse Hipp était par conséquent contraire à la loi. La seule question qui se pose est de savoir si, à raison du fait que Dufour n'a pas porté plainte comme il aurait pu le faire et n'a pas mis la masse Hipp sur la bonne voie en attaquant la décision du 30 avril 1920 du préposé de Porrentruy, cette masse peut aujourd'hui se soustraire aux effets du jugement par défaut devenu définitif et opposer à Dufour la procédure de collocation qu'elle a suivie contrairement aux prescriptions de la loi, c'est-à-dire de l'art. 63 de l'ordonnance.

Cette question doit être tranchée négativement. L'une et l'autre partie a poursuivi la procédure adoptée par elle, sans s'occuper de celle introduite par son adversaire. La masse Hipp n'a pas cru devoir se rendre à l'assignation régulière devant le Président de la Cour civile vaudoise, et elle a déclaré ne pas vouloir s'occuper du procès de Lausanne. Dufour, puis sa masse, n'ont, de leur côté, attribué aucune portée à la procédure de collocation ouverte à Porrentruy. Mais, ainsi que cela résulte des considérants développés plus haut, la masse Hipp était dans son tort tandis que Dufour avait raison. Dans ces conditions, les règles de la bonne foi s'opposent à ce que la partie qui a suivi une procédure illégale tire argument contre la partie qui a procédé régulièrement du fait que cette dernière n'a pas empêché l'introduction de la procédure contraire à la loi. La masse Hipp n'a,

il est vrai, point invoqué cet argument ; elle s'est bornée à soutenir que la procédure de collocation l'emportait sur celle entamée à Lausanne. Mais ce point de vue est erroné. Des motifs d'ordre public s'opposent à ce que la procédure de collocation suivie contrairement aux prescriptions en vigueur en matière de poursuite puisse passer en force faute de plainte, lorsqu'elle se heurte à une procédure ordinaire, instruite dans les formes légales et à un jugement régulièrement rendu contre la masse. Il incombe à cette dernière de faire en sorte que ce conflit ne se présente pas ; le créancier qui, individuellement, élève une prétention contre elle n'a pas à s'en occuper.

La masse Hipp n'est par conséquent pas en droit de se prévaloir de l'état de collocation pour se soustraire à l'exécution du jugement rendu contre elle. Il y a donc lieu d'admettre le recours et d'annuler la décision attaquée.

*La Chambre des Poursuites et des Faillites prononce :*

Le recours est admis. En conséquence la masse de la faillite L. S. Dufour, en sa qualité de cessionnaire de la masse en faillite de la S. A. « Industrias », sera inscrite à l'état de collocation de la masse d'Eugène Hipp, à Porrentruy pour la somme de 17 860 fr. 20 avec intérêts à 6 % dès le 20 juillet 1918.

**6. Entscheidung vom 20. Februar 1923**

**i. S. Bank von Elsass und Lothringen.**

SchKG Art. 41 Abs. 1 ; VZG Art. 85 Abs. 2 : Einrede gegen gewöhnliche Betreuung, dass die Forderung pfandversichert und daher nur Betreuung auf Pfandverwertung zulässig sei (Erw. 1), insbesondere seitens eines Mitverpflichteten (Erw. 2 am Schluss). Kann die Ehefrau, welche sich unter dem Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft für eine durch Gesamtgutssachen pfandversicherte Schuld des Ehemannes mitverpflichtet hat, nach Konkurseröffnung über den Mann diese Einrede erheben ? ZGB Art. 217, 219, 222, 224 ; SchKG Art. 206.

ZGB Art. 222 : Bei allgemeiner Gütergemeinschaft geht auch die Betreuung auf Verwertung eines zum Gesamtgut gehörenden Pfandes gegen den Ehemann (Erw. 2).

A. — Durch von der Vormundschaftsbehörde genehmigten Vertrag vom 26. Februar 1921 bestellte zunächst der mit seiner Ehefrau auch im Verhältnis gegenüber Dritten in Gütergemeinschaft lebende Robert Oeschger der Bank von Elsass und Lothringen zur Sicherung ihrer bestehenden und künftigen Forderungen aus Kontokorrent- und Wechselverkehr bis zum Betrage von 50,000 Fr. durch Grundpfandverschreibung ein Grundpfandrecht im dritten Rang an der zum Gesamtgut gehörenden Liegenschaft Holbeinstrasse Nr. 17 in Basel, erteilte ferner dessen Ehefrau Pauline geb. Gassler ihre Einwilligung zu dieser Verpfändung und « gab sich » für die jetzigen und inskünftigen Ansprüche der Bank von Elsass und Lothringen gegenüber ihrem Ehemann aus Kontokorrent- und Wechselverkehr bis zum Betrage von 50,000 Fr. (mit dessen Einwilligung) « als solidarische Mitschuldnerin hin » und ermächtigten endlich beide Ehegatten den Notar Dr. Scheidegger, « diesen Pfanderrichtungsvertrag » als Grundpfandverschreibung beim Grundbuchamt zur Eintragung anzumelden.

Als in der Folge über Oeschger der Konkurs eröffnet wurde, hob die Bank von Elsass und Lothringen gegen dessen Ehefrau für 50,000 Fr. « laut solidarischer Mitverpflichtung vom 26. Februar 1921 für Wechsel- und