

2. — Im vorliegenden Falle hatte das Betreibungsamt die Himbeerpflanzungen nebst Pfählen deshalb nicht in das Lastenverzeichnis aufgenommen, weil es sie nicht als Bestandteile gelten lassen wollte. Zufolge des Begehrens der Gläubigerin und der gemäss dem Rekursentscheid vom 6. Mai 1942 erlassenen Ergänzungsverfügung des Betreibungsamtes vom 13. Mai sind sie als solche aufgenommen. Daher ist, wie schon die Vorinstanz zutreffend ausführt, der auf den Fall des Streites um die Bestandteileigenschaft auszudehnende Art. 19 lit. b der Anleitung zur VZG anzuwenden, wonach Klagefrist demjenigen anzusetzen ist, der die Aufnahme der neuen Gegenstände in das Verzeichnis verlangte. Freilich kann hieraus eine wenig sachgemäss erscheinende Parteirollenverteilung resultieren, dann nämlich, wenn das Betreibungsamt die Bestandteils- oder Zugehörigenschaft aus offenbar unzutreffenden Gründen abgelehnt hat; denn hätte es sie (richtigerweise) von sich aus bejaht und die Gegenstände primär aufgenommen (Art. 11 Abs. 2, 34 lit. a, 38 Abs. 2 VZG), so käme die Klägerrolle dem die Bestandteileigenschaft Bestreitenden zu (Art. 19 lit. a Anleitung). Allein die ausnahmslose Anwendung des Art. 19 ist der einzige mögliche Weg, um zu vermeiden, dass schon bloss wegen der Parteirollenverteilung ein Beschwerdeverfahren durch drei Instanzen hindurch geführt werde.

Wie in Art. 19 lit. b der Anleitung ausdrücklich bemerkt ist, hätte das Betreibungsamt für die Klagefristansetzung das Formular VZG Nr. 12 statt des gewöhnlichen Nr. 23 verwenden sollen. Der Irrtum ist aber ohne Bedeutung; die Rekurrentin wird einfach das Klagebegehren entsprechend dem Formular VZG Nr. 12 zu formulieren haben.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- u. Konkurskammer :

Der Rekurs wird abgewiesen.

II. URTEILE DER ZIVILABTEILUNGEN

ARRÊTS DES SECTIONS CIVILES

22. Arrêt de la II^e Section civile du 26 mars 1942 dans la cause Kramer contre Saurin.

For de l'action en libération de dette.

La disposition de l'art. 83 al. 2 LP n'est pas de droit impératif. Les parties peuvent y déroger par convention, même avant l'introduction du procès.

Gerichtsstand der Aberkennungsklage.

Art. 83 Abs. 2 SchKG enthält keine zwingende Gerichtsstandsnorm. Die Parteien können eine abweichende Vereinbarung treffen, auch schon vor Anhebung des Prozesses.

Foro dell'azione di disconoscimento di debito.

L'art. 83 cp. 2 LEF non sancisce una norma di diritto imperativo. Le parti possono derogarvi contrattualmente anche prima d'iniziare la causa.

A. — Par contrat passé à Lausanne le 26 octobre 1938 la société Molinor S. A., ayant son siège à Lausanne, s'est engagée solidairement avec Edouard Kramer, « demeurant à Genève », et Mario Saini, demeurant à Pontarlier, à servir à Edouard Saurin, demeurant à Cagnes s/Mer (France), en échange de la cession de divers titres, une rente annuelle et viagère de 6000 fr., ladite rente étant, en cas de décès de Saurin, réversible pour la moitié, soit 3000 fr., en faveur de Dame Saurin, sa femme.

Par un second contrat passé le même jour, également à Lausanne, Kramer, reconnaissant devoir la somme de 10 000 fr. à Saurin, s'engageait en outre à servir à celui-ci une rente annuelle et viagère de 600 fr., également réversible à concurrence de la moitié en faveur de Dame Saurin en cas de prédécès de son mari.

L'un et l'autre contrats portent la clause suivante :

« Pour tous litiges qui pourraient naître du présent contrat, les parties attribuent compétence aux tribunaux ordinaires de Lausanne, avec application de la loi suisse. »

B. — En été 1940, Saurin a fait notifier à Kramer par l'Office des poursuites de Genève des commandements de payer pour les sommes indiquées aux contrats et a obtenu la mainlevée provisoire des oppositions faites par le poursuivi. Ce dernier a alors assigné Saurin en libération de dette devant le Tribunal de première instance de Genève.

Invoquant la prorogation de juridiction contenue dans les contrats, Saurin a opposé l'exception d'incompétence qui a été accueillie par le Tribunal, dépens à la charge du demandeur.

Par arrêt du 23 décembre 1941, sur appel de Kramer, la Cour de justice civile de Genève a confirmé le jugement du Tribunal de première instance, en condamnant l'appelant aux dépens d'appel.

C. — Kramer a recouru au Tribunal fédéral par la voie du recours de droit civil en concluant au renvoi de la cause devant la juridiction genevoise pour être jugée au fond.

Saurin a conclu au rejet du recours.

Considérant en droit :

1. — Le Tribunal fédéral n'a pas à rechercher si, en souscrivant à la clause litigieuse, les parties entendaient y soumettre aussi l'action en libération de dette de l'art. 83 LP et, dans ce cas, attribuer compétence exclusive ou simplement facultative à la juridiction élue.

Il n'a pas davantage à se demander si, de ce que l'intimé a requis la mainlevée dans la poursuite introduite à Genève, au domicile actuel du débiteur, on devrait conclure qu'il a tacitement renoncé au bénéfice de la susdite clause. Ces points, sur lesquels la Cour de justice s'est, sinon expressément, du moins implicitement prononcée en accueillant l'exception d'incompétence opposée par l'intimé, doivent en effet être considérés comme définitivement tranchés par l'arrêt attaqué, car ils se rattachent à l'interprétation de la clause en discussion, question qui ne saurait être soulevée à l'appui du présent recours. Il en est de

même du point de savoir dans l'intérêt de qui la prorogation a été convenue.

2. — Au regard de l'art. 87 ch. 3 OJ, le litige se ramène uniquement à la question de savoir si, en accueillant le déclinatoire soulevé par l'intimé, la Cour de justice a faussement interprété l'art. 83 LP. Or tel n'est pas le cas.

De ce que la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite fixe le for de l'action en libération de dette — ce qu'elle ne fait pas pour d'autres actions, — le recourant pense pouvoir déjà conclure au caractère impératif de cette prescription. C'est une erreur, car en raisonnant de la sorte on serait conduit à admettre aussi que l'art. 59 Const. féd. interdit au débiteur de convenir de se laisser assigner ailleurs qu'à son domicile, et l'on sait qu'il n'en est rien. Si le législateur a pris soin d'indiquer expressément le for de l'action en libération de dette, c'est simplement parce qu'il s'agit d'une action dont le débiteur doit prendre l'initiative et pour prévenir ainsi toute discussion sur le lieu où il doit assigner le créancier. En d'autres termes, il a voulu, nonobstant cette particularité, assurer au débiteur la garantie instituée plus généralement à l'art. 59 Const. féd., disposition à laquelle il n'y avait évidemment pas lieu de déroger puisque, à cette particularité près, l'action, comme on le verra ci-dessous, présente les mêmes caractères que l'action en reconnaissance de dette ordinaire.

Si le texte de l'art. 83 al. 2 LP ne fournit pas d'argument décisif en faveur de la thèse du recourant, cela n'autorise pas encore à la condamner, car en ce domaine, comme en d'autres, une limitation de la liberté des conventions pourrait encore se justifier par des considérations qui seraient dictées par l'ordre public. Cependant, on chercherait vainement, soit dans le caractère de l'action, soit dans les nécessités pratiques de la poursuite, quoi que ce fût permettant de dire que l'ordre public serait intéressé à ce que l'action en libération de dette ne s'exerce qu'au for fixé par l'art. 83 al. 2 LP.

Pour ce qui est de l'action, on ne voit pas en quoi sa nature ou le fait que c'est au débiteur à en prendre l'initiative pourrait conduire à ne pas reconnaître la validité d'une convention obligeant le débiteur à actionner le créancier ailleurs qu'au for de la poursuite. Comme on l'a déjà jugé, l'action en libération de dette est une action en constatation de droit dans laquelle le créancier a à justifier de sa créance aussi bien que dans l'action en reconnaissance de dette, et du moment que celle-ci peut être, par convention, portée devant un autre tribunal que celui du domicile du débiteur, on chercherait vainement la raison pour laquelle il ne pourrait pas en être de même pour l'autre. Le fait que l'action est ouverte par le débiteur ne change rien à l'affaire puisque, comme on vient de le dire, la règle en vertu de laquelle l'action en libération de dette est intentée au for de la poursuite vise uniquement à assurer au débiteur la garantie de son juge naturel, autrement dit à le mettre dans la même situation que s'il avait à se défendre dans un procès en reconnaissance de dette, et qu'alors rien ne l'empêcherait de renoncer d'avance à cet avantage.

Reste le fait que l'action en libération de dette se rapporte nécessairement à une poursuite préalable dont le sort dépendra du sort de l'action. Mais cela encore ne suffit pas pour dire que l'action doit être nécessairement introduite au for de la poursuite. Il n'en serait ainsi que si l'action constituait réellement un élément de la poursuite ; mais tel n'est précisément pas le cas. Le seul rapport qu'elles aient entre elles est que l'ouverture de l'action suspend la poursuite jusqu'au jour où le créancier pourra prouver ou que le débiteur a été débouté de ses conclusions, ou qu'il a renoncé à l'action. Pour le reste, en effet, elle constitue une procédure tout à fait distincte de la poursuite et, au surplus, sans effet quelconque sur les droits des tiers. Si, du reste, il fallait voir dans ce rapport un argument contre la thèse de la légitimité d'une clause de prorogation de for, cet argument pourrait être aussi

bien invoqué pour refuser d'admettre que l'action en libération de dette puisse être valablement portée devant des arbitres, car le lieu où le demandeur a à faire les démarches voulues pour mettre les arbitres en œuvre ne coïncidera pas nécessairement avec celui où la poursuite aura dû être intentée ; bien plus, la question de for ne présente aucun intérêt en cas de clause compromissaire. Or il a déjà été jugé qu'en cas de poursuite ayant pour objet une prétention sur le bien-fondé de laquelle le créancier et le débiteur sont tenus de s'en remettre à des arbitres, le fait par le débiteur de les saisir ou même d'entreprendre les démarches nécessaires pour les mettre en œuvre a le même effet sur la poursuite que l'ouverture de l'action devant le juge ordinaire. Il suffit en effet que l'Office soit informé des démarches du débiteur pour qu'il doive suspendre la poursuite et attendre par conséquent la solution du procès avant de pouvoir la continuer (RO 56 III 233).

Enfin, il y a lieu d'observer que si le for de la poursuite est fixé par l'art. 46 LP au domicile du débiteur, cette règle elle-même souffre des exceptions, en ce sens que si le débiteur consent à se laisser poursuivre ailleurs qu'à son domicile ou omet de porter plainte en temps utile contre la notification du commandement de payer, l'infirmité ne sera pas relevée d'office et n'entraînera pas la nullité de la poursuite. Seuls les actes consécutifs à la réquisition de continuer la poursuite seraient frappés de nullité ; et la raison en est en effet qu'avant la réquisition les tiers ne sont pas intéressés à la poursuite. Dans cette mesure-là, par conséquent, l'art. 46 ne présente pas un caractère impératif et, s'il en est ainsi de cette disposition, on ne voit pas pourquoi il n'en serait pas de même de l'art. 83 al. 2 en ce qui concerne le for de l'action en libération de dette qui, comme on l'a dit, intervient aussi à un moment où l'intérêt des tiers n'est pas en jeu.

3. — La question de la légitimité d'une clause prorogant le for de l'action en libération de dette ne doit

pas se confondre avec celle de savoir si la clause est également obligatoire pour le juge auquel les parties sont convenues de soumettre l'action. A la différence de la première, cette seconde question relève exclusivement du droit cantonal, et il n'y aurait pas lieu de s'y arrêter si les législations cantonales la tranchaient uniformément dans un sens favorable aux parties. Mais tel n'est pas le cas. Certains cantons dénieient en effet aux tribunaux de façon absolue le pouvoir de se saisir des contestations qui ne rentrent pas dans leur compétence normale ; d'autres leur reconnaissent ce pouvoir, mais à certaines conditions déterminées, et il pourra donc se faire que le débiteur que la convention renvoie à agir devant les tribunaux de ces cantons s'en voie refuser l'accès et cela à un moment où, le délai fixé à l'art. 83 al. 2 LP étant expiré, il ne pourra plus s'adresser en temps utile à la juridiction compétente du for de la poursuite. Qu'il y ait là un grave danger pour le débiteur, cela n'est pas douteux, mais ce n'est pas une raison pour s'écarter des principes exposés ci-dessus. D'une part, on pourrait à la rigueur admettre que celui qui consent à se soumettre à telle ou telle juridiction — et surtout s'il s'agit d'un tribunal ordinaire — doive, avant de s'engager, s'assurer qu'elle se saisira du litige, sans égard au domicile des parties, d'autre part et de toute façon, il resterait encore la ressource de lui octroyer un délai supplémentaire pour porter son action devant le juge compétent, en s'inspirant de la règle énoncée à l'art. 139 CO.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est rejeté.

23. Urteil der I. Zivilabteilung vom 31. März 1942
i. S. Moser gegen Streit.

Aberkennungsklage, Verrechnung.

Der Schuldner kann der in Betreibung gesetzten Forderung auch eine Gegenforderung, die er erst nach Zustellung des Zahlungsbefehls erworben hat, zur Verrechnung entgegenstellen.

Action en libération de dette. Compensation.

Le débiteur a le droit d'opposer en compensation à la créance en poursuite même une créance qu'il n'a acquise qu'après la notification du commandement de payer.

Azione di disconoscimento di debito. Compensazione.

Il debitore ha il diritto di opporre a titolo di compensazione del credito in escussione anche un credito acquisito soltanto dopo la notifica del precetto esecutivo.

Aus den Erwägungen :

Die Vorinstanz hat die Zulässigkeit der Verrechnung verneint mit der Begründung, dass im Aberkennungsprozess einzig geprüft werden könne, ob die in Betreibung gesetzte Forderung bei Erlass des Zahlungsbefehls zu Recht bestanden habe oder nicht ; Gegenansprüche könnten nur soweit zur Verrechnung gebracht werden, als sie in diesem massgebenden Zeitpunkt dem Kläger bereits zugestanden hätten. An dieser Voraussetzung fehle es, da die zur Verrechnung verstellte Forderung erst nachher an den Kläger abgetreten worden sei.

Dieser Auffassung kann nicht beigeplichtet werden. Nach der in Rechtsprechung und Schrifttum herrschenden Meinung handelt es sich bei der Aberkennungsklage nicht um eine Streitigkeit prozessualer Natur mit dem Zwecke, die Betreibbarkeit einer Forderung zu hindern, die erhobene Betreibung und die erteilte Rechtsöffnung zu beseitigen, sondern die Aberkennungsklage ist eine negative Feststellungsklage materiellrechtlicher Art, welche auf die Feststellung der Nichtexistenz der in Betreibung gesetzten Forderung abzielt (BGE 47 III 104, 41 III 312 und dort erwähnte frühere Entscheidungen). Angesichts der Rechtsnatur des Aberkennungsanspruches