

keine Beschwerde gegen die ordentliche Betreuung zu, wenn der Gläubiger, mit oder ohne Zustimmung des Schuldners, mit dem Dritteigentümer des Pfandes im Pfandvertrag oder auch erst später eine bloss subsidiäre Haftung des Pfandes vereinbart hat (*beneficium excusationis personalis*; BGE 68 III 131). Angesichts dieser mit dem Schrifttum übereinstimmenden Entwicklung der Rechtsprechung kann dem Schuldner überhaupt nicht mehr eine Beschwerde gegen die ordentliche Betreuung zugestanden werden, wenn dem Gläubiger ein Recht auf privaten Verkauf des Pfandes eingeräumt ist. Solchenfalls hängt die Frage nach einem Anspruch auf Vorausliquidation des Pfandes in erster Linie vom Inhalt und von der Tragweite der Vereinbarung ab, die in mannigfachen Spielarten, mit einschränkenden und erweiternden Klauseln vorkommen kann und in ihrer Anwendung vom Grundsatz des Art. 2 ZGB beherrscht ist. Es ist angezeigt, die Entscheidung beim Bestehen einer solchen Vereinbarung dem Richter anheimzugeben. Dieser mag, falls sich ein Parteiwille in der in Frage stehenden Hinsicht nicht ermitteln lässt, prüfen, ob ein Anspruch auf Vorausliquidation des Pfandes dem « mutmasslichen » Parteiwillen oder Treu und Glauben entspricht, wie allenfalls bei zweifellos genügender Pfanddeckung (vgl. die darauf Rücksicht nehmende Norm von § 777 der deutschen Zivilprozessordnung; FRANÇOIS GUISSAN, Des effets du gage etc., Journal des Tribunaux 1932, poursuite 103 ff., besonders 115-116). Der Richter ist frei, die dem einzelnen Fall entsprechende Lösung zu treffen, sei es (Bestand und Fälligkeit der Schuld vorausgesetzt) unbedingte Freigabe der ordentlichen Betreuung, ohne Rücksicht auf das nicht liquidierte Pfand, oder nur provisorische Freigabe, so dass Verwertung gepfändeter Gegenstände sowie Konkursandrohung nur für einen allfälligen Pfandausfall verlangt werden kann, oder endlich gänzliche Hemmung der Betreuung bis nach durchgeführter Pfandliquidation. Der Rekurrent hat richtigerweise neben Beschwerde Rechts-

vorschlag erhoben. Es bleibt ihm unbenommen, in einem gerichtlichen Verfahren die Einwendungen gegen die ordentliche Betreuung geltend zu machen.

Demnach erkennt die Schuldbetr.- und Konkurskammer:

Der Rekurs wird abgewiesen.

4. Arrêt du 8 février 1947 dans la cause Thibault.

Action en libération de dette. Suspension de la poursuite (art. 83 al. 2 LP).

Les autorités d'exécution doivent aussi tenir compte d'une action en libération de dette dirigée, non contre le créancier poursuivant à l'époque de l'introduction de la demande, mais contre le créancier qui a requis la poursuite, même si celui-ci n'existe plus (société dissoute dans l'intervalle).

Si, dans un cas semblable, ladite action est rayée du rôle, déclarée irrecevable ou rejetée par le juge, ou retirée par le demandeur, et que la substitution de créancier n'ait pas été portée à la connaissance du débiteur, celui-ci dispose d'un délai supplémentaire de dix jours dès le prononcé du juge ou dès le retrait ou le désistement, pour intenter à nouveau l'action en libération de dette contre le créancier actuel.

Aberkennungsklage. Einstellung der Betreuung (Art. 83^a SchKG).

Eine Aberkennungsklage ist von den Betreibungsbehörden auch dann zu berücksichtigen, wenn sie nicht gegen den gegenwärtig betreibenden, sondern gegen denjenigen Gläubiger gerichtet ist, der die Betreuung angehoben hatte, selbst wenn er nicht mehr existiert, z. B. eine inzwischen aufgelöste Gesellschaft ist.

Wird eine solche Aberkennungsklage vom Richter am Protokoll abgeschrieben, zurückgewiesen oder abgewiesen oder vom Kläger zurückgezogen, und war diesem der Wechsel des Gläubigers nicht mitgeteilt worden, so hat er vom Richterspruch oder vom Rückzug an neuerdings zehn Tage Frist zur Aberkennungsklage gegen den gegenwärtigen Gläubiger.

Azione di disconoscimento di debito. Sospensione dell'esecuzione (art. 83 cp. 2 LEF).

Le autorità di esecuzione debbono anche tenere conto d'un'azione di disconoscimento di debito diretta non contro il creditore precedente all'epoca dell'inoltro della domanda, ma contro il creditore che ha chiesto l'esecuzione, anche se questo più non esiste (società sciolta nell'intervalle).

Se, in un siffatto caso, la suddetta azione è cancellata dal ruolo, dichiarata irricevibile o respinta dal giudice o ritirata dall'attore, e la sostituzione del creditore non è stata comunicata al debitore, questi dispone d'un termine supplementare di dieci giorni dalla pronuncia del giudice o dal ritiro o dal recesso per promuovere nuovamente l'azione di inesistenza di debito contro il creditore attuale.

A. — Le 29 janvier 1946, la Société en nom collectif Thibault et Lanzoni, à Genève, a requis une poursuite contre Armand Barbey, à Lausanne, aux fins de paiement des sommes de 16 002 fr. 65 et de 530 fr. 60, le tout sous déduction de 5087 fr. 20, représentant des acomptes versés par des débiteurs cédés. Le commandement de payer a été notifié le 1^{er} février 1946. Barbey a formé opposition totale.

Selon un avis publié dans la Feuille officielle suisse du commerce du 14 février 1946, la Société Thibault et Lanzoni a été dissoute à dater du 31 janvier 1946. La liquidation étant terminée, la raison sociale a été radiée. L'actif et le passif ont été repris par Louis Thibault dont la raison individuelle a été inscrite au registre du commerce, le 7 février 1946. Barbey n'a pas été avisé de ces faits autrement que par ladite publication.

Par acte du 16 mars 1946, Thibault a requis la mainlevée provisoire de l'opposition formée par Barbey. Statuant le 9 avril 1946, le Président du Tribunal du district de Lausanne a admis cette requête à concurrence de 16 002 fr. 65. La convocation adressée aux parties pour l'audience de mainlevée n'a pu être retrouvée. Un avis de renvoi d'audience mentionne « l'affaire Thibault et Lanzoni c/Barbey ». L'avis du prononcé de mainlevée désigne « la poursuite n° 136 278 de la société Thibault et Lanzoni ».

Par demande du 1^{er} mai 1946, adressée à la Société Thibault et Lanzoni, à Genève, Barbey a introduit une action en libération de dette devant le Tribunal cantonal vaudois. Il n'a pas assigné Thibault personnellement.

Le 22 août 1946, Thibault a requis de l'Office des poursuites de Lausanne la continuation de la poursuite. Par décision du 24 août 1946, le Préposé a refusé de donner suite à cette réquisition jusqu'à droit connu sur l'action en libération de dette.

B. — Thibault a porté plainte contre cette décision, en soutenant que l'action dirigée contre la Société Thibault

et Lanzoni, actuellement dissoute, ne saurait faire obstacle à la continuation de la poursuite requise à l'instance de son successeur personnellement.

Le Président du Tribunal du district de Lausanne a rejeté la plainte. Il considère que les autorités de poursuite ne peuvent faire abstraction de l'action en libération de dette intentée en temps utile devant la Cour civile et doivent s'en remettre à celle-ci du soin de dire si cette action a été valablement introduite, cela d'autant plus que, par jugement incident du 29 juillet 1946, le Président du tribunal saisi a décidé que le moyen tiré de l'inexistence de la partie défenderesse serait jugé avec le fond.

Sur recours de Thibault, la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal vaudois a confirmé cette décision dans le sens des motifs. Elle considère en substance :

En qualité de cessionnaire des droits de la Société Thibault et Lanzoni, Thibault pouvait requérir la continuation de la poursuite commencée par le cédant. En principe, la poursuite pourrait être continuée à l'instance de Thibault contre lequel aucune action en libération de dette n'a été intentée. Cette solution suppose toutefois que la cession produise tous ses effets à l'égard du débiteur cédé. Tel n'est pas le cas en l'espèce où le poursuivi n'a pas été avisé de la cession selon les art. 167 sv. CO. Il convient, par analogie avec ces dispositions, d'établir à la charge du cessionnaire qui continue la poursuite commencée par le cédant l'obligation d'aviser de la cession le débiteur, afin que celui-ci puisse valablement accomplir les actes qui lui incombent. Une fois avisé de la cession, le poursuivi devra bénéficier d'un nouveau délai de 10 jours pour intenter l'action en libération de dette contre le cessionnaire. L'intimé Barbey n'ayant pas encore été avisé de la cession, son introduction d'action contre le poursuivant primitif, la Société Thibault et Lanzoni, est valable du point de vue de la poursuite et met obstacle à la réquisition de continuation.

C. — Contre cette décision, Thibault recourt au Tribunal fédéral en concluant à ce que l'Office de Lausanne soit invité à continuer la poursuite contre Barbey.

Considérant en droit :

La mainlevée provisoire de l'opposition formée au commandement de payer devient automatiquement définitive si le débiteur ne fait pas usage du droit que lui confère l'art. 83 al. 2 LP, c'est-à-dire s'il n'intente pas, en temps utile, l'action en libération de dette prévue par cette disposition. Lorsque — comme en l'espèce — cette action est intentée, les autorités d'exécution doivent en tenir compte et la poursuite ne peut se continuer que si le débiteur, demandeur au procès, est débouté par le juge (art. 83 al. 3), que ce soit pour des raisons de fond ou des motifs de procédure. Même en ce qui concerne ces derniers, les autorités de poursuite ne peuvent — sous réserve de cas tout à fait clairs (cf. RO 53 III 67) — préjuger la décision du tribunal en donnant libre cours à la poursuite parce qu'il leur paraît que l'action n'a pas été régulièrement intentée. Le Tribunal fédéral en a jugé ainsi pour ce qui est de l'observation du délai et de la compétence du juge saisi (arrêt Uhertype, RO 65 III 89 sv. ; arrêt Konrath, RO 65 III 116 sv.) ; mais, comme cela ressort du second de ces arrêts (p. 119, en haut), le principe posé a une portée générale et vise tous les cas où la validité de la demande est contestée. La Cour cantonale croit devoir distinguer selon qu'il s'agit de « savoir si formellement l'action en libération de dette a été ouverte en temps utile ou devant le juge compétent » ou qu'il s'agit de savoir « si matériellement elle a été ouverte contre le créancier poursuivant ». Toutefois, même dans cette seconde hypothèse, ce qu'il faut décider, c'est si la demande, c'est-à-dire un acte de procédure régi par le droit formel, a été ou non régulièrement introduite. Certes, dans ce cas, la question de procédure peut-elle dépendre de la solution donnée à des questions de fond. Mais il y a là une raison de plus pour que les autorités de

poursuite, qui n'ont pas pour mission d'appliquer le droit matériel, n'anticipent pas sur la décision du juge.

C'est donc en l'espèce avec raison que l'Office des poursuites de Lausanne s'est refusé à faire droit à la requête du créancier de continuer la poursuite. Il n'est en effet pas de toute évidence que la demande adressée le 1^{er} mai 1946 à la Société Thibault et Lanzoni, alors il est vrai dissoute, ne constitue pas une ouverture d'action opposable à Thibault, qui était effectivement à ce moment-là le créancier poursuivant. Lorsqu'il y a succession dans les droits du créancier au cours du procès et que la loi de procédure ne permet pas — du moins en matière de cession entre vifs — la substitution du nouveau créancier à l'ancien, la poursuite de l'action en libération de dette contre l'auteur, qui conserve la *legitimitas ad causam*, produit effet à l'égard de l'ayant cause et l'empêche, lui aussi, de requérir la continuation de la poursuite. Dans le cas particulier, il en va autrement, car, d'une part, l'ancien créancier n'existe plus, de sorte qu'on ne conçoit pas une action poursuivie contre lui, et, d'autre part, la substitution de créancier s'est opérée avant l'introduction du procès, de telle sorte qu'on ne voit guère comment, même dans une procédure qui admet la mutation de partie en cours d'instance, cette mutation pourrait s'opérer en l'espèce, alors surtout que l'action en libération de dette ne peut nullement être envisagée comme un simple incident de la procédure de poursuite. Cependant, si l'action se trouve avoir été dirigée contre un sujet inexistant, il n'apparaît pas exclu que, vu les circonstances, cette erreur puisse être considérée comme un simple vice de forme susceptible d'être corrigé dans le procès lui-même, par l'adjonction au nom de la société dissoute du nom du recourant qui en a repris l'actif et le passif, et qui même, à un moment donné, est intervenu dans la procédure. C'est aux tribunaux seuls qu'il appartient de se prononcer à ce sujet, en relation peut-être avec la question de savoir si la communication du jugement de mainlevée, indiquant

encore comme créancière la Société Thibault et Lanzoni, était bien régulière en la forme et de nature à faire courir le délai de l'art. 83 al. 2 LP.

Pour l'éventualité où la Cour civile vaudoise jugerait en définitive que l'action en libération de dette doit être rayée du rôle, voire déclarée irrecevable ou rejetée, faute de défendeur, ou pour l'éventualité où le demandeur retirerait son action, ce dernier devra disposer d'un délai de dix jours, à compter de celui où le prononcé du juge sera passé en force ou à partir du retrait ou du désistement, pour intenter à nouveau l'action en libération de dette contre le créancier actuel. Il est constant en effet que le débiteur n'a pas été informé personnellement de la reprise par un tiers de l'actif et du passif de la société poursuivante. Au contraire, le dispositif du jugement de mainlevée, tel qu'il lui a été communiqué, était de nature à lui faire croire qu'aucun changement n'était intervenu à cet égard. La publication de la reprise dans la Feuille officielle suisse du commerce ne lui est pas non plus opposable, car il n'est pas établi qu'il en ait eu connaissance. N'ayant pas reçu avis du transfert, le débiteur poursuivi était fondé à diriger son action contre la personne indiquée comme créancier dans le commandement de payer. La Cour cantonale a raison de dire que « le principe de droit matériel que le débiteur ne paie mal en mains du cédant que si la cession lui a été notifiée doit trouver un équivalent dans le droit formel qui régit la poursuite ». Toutefois, la solution qu'elle adopte, sans compter qu'elle confère aux autorités de poursuite un pouvoir qui appartient au juge, exige une nouvelle communication de la « cession », qui apparaît superflue en l'état. Ladite cession est ici comprise dans une reprise de l'actif et du passif au sens de l'art. 181 CO. Or cette reprise est actuellement connue du débiteur poursuivi par la procédure et par les pièces produites au cours de celle-ci. Il n'y a donc pas lieu de la lui notifier à nouveau pour faire courir le délai de l'art. 83 al. 2 LP. On devrait même admettre, si l'on se plaçait sur le terrain

de l'Autorité cantonale, que ce délai est aujourd'hui déjà expiré et que le demandeur est définitivement forclos.

En revanche, l'action ayant été mal dirigée par le débiteur sans faute de sa part, il faut lui donner, sous peine de commettre à son égard un déni de justice, la possibilité de l'intenter contre le véritable créancier. Certes, le débiteur sera-t-il probablement appelé à supporter les frais de la première action qui aura été rayée du rôle, déclarée irrecevable ou rejetée, ou qu'il aura retirée ou abandonnée. Mais, d'une part, dans des cas semblables, ces frais seront en général peu élevés, car l'inexistence du défendeur ne tardera pas à se révéler et le juge pourra tenir compte, dans sa décision, du caractère excusable de l'erreur commise. D'autre part, demeure réservé le droit pour le demandeur de réclamer au véritable créancier, qui l'a laissé dans l'ignorance de la situation réelle, la restitution des frais du premier procès.

La Chambre des poursuites et des faillites prononce :

Le recours est rejeté.

5. Entscheidung vom 18. Februar 1947 i. S. Manasse.

Ein *Steigerungszuschlag* oder ein *Freihandverkauf* kann wegen eines fehlerhaften Verfahrens, für das der Erwerber nicht verantwortlich ist, mindestens dann nicht mehr aufgehoben werden, wenn seit der Verwertung und der Verteilung mehr als ein Jahr verstrichen ist.

Einen zu Unrecht ausgestellten *Verlustschein* können die Aufsichtsbehörden jederzeit aufheben.

Une *adjudication après enchère* ou une *vente de gré à gré* ne peuvent plus être annulées pour vice de forme non imputable à l'acquéreur lorsqu'il s'est écoulé plus d'un an depuis la réalisation et même depuis la distribution.

Les autorités de surveillance peuvent annuler en tout temps un acte de défaut de biens qui a été dressé à tort.

Un' aggiudicazione all'incanto o una *vendita a trattativa privata* non possono più essere annullate per vizio di forma non imputabile al compratore, allorché più di un anno è passato dalla realizzazione e anzi dal riparto.

Le autorità di vigilanza possono annullare in qualunque tempo un atto di carenza di beni rilasciato a torto.