

angerufenen Präjudizien endlich (Archiv 4 Nr. 63 und 77) betreffen ganz andere Tatbestände (Verwertung einer Arrestbetreibung ohne vorherige Pfändung und Verwertung während hängiger Aberkennungssklage).

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Refus wird abgewiesen.

A. STAATSRECHTLICHE ENTSCHEIDUNGEN

ARRÊTS DE DROIT PUBLIC

Erster Abschnitt. — Première section.

Bundesverfassung. — Constitution fédérale.

I. Rechtsverweigerung und Gleichheit vor dem Gesetze.

Déni de justice et égalité devant la loi.

86. Arrêt du 4 juillet 1907, dans la cause *Cosandey*
contre Ogay.

Recours de droit public; recevabilité: rapport à un recours de droit civil; épuisement des instances cantonales. — Recours pour violation des dispositions de la CF concernant l'**exercice de la profession d'avocat** (art. 5 disp., transit.); **légitimation:** Le droit de recours appartient aussi au client. — Cpc vaudois, art. 25: Conditions pour exercer la profession d'avocat dans le canton de Vaud.

Le recourant, Irénée Cosandey, à Prez-vers-Siviriez (canton de Fribourg), a pratiqué, le 28 avril 1905, par l'office des poursuites de Moudon, un séquestre contre Eugène Ogay, à Lovatens (Vaud), fils de l'intimé Jean-Siméon Ogay.

Le débiteur ayant déclaré que le bétail séquestré apparte-

nait à son père, le prénommé Jean-Siméon Ogay, l'office des poursuites fixa au créancier un délai de dix jours à partir du 29 avril 1905, pour faire valoir ses droits, conformément à l'art. 109 LP.

En date du 9 mai, soit le dernier jour du délai, le créancier Cosandey fit notifier à Jean-Siméon Ogay, père du débiteur, une pièce intitulée « demande », suivie d'une citation en conciliation devant le Juge de Paix du Cercle de Lucens, « à l'instance de l'avocat E. D., à Romont ».

Ce dernier se fit représenter à l'audience du Juge de Paix par le docteur en droit M., du bureau D., au dit Romont, et acte de non-conciliation fut délivré le 13 mai 1905, à Irénée Cosandey, son client.

Par demande du 11 juillet 1905, Irénée Cosandey, représenté cette fois par l'avocat vaudois H. T., conclut à ce qu'il soit prononcé :

1° que le défendeur Jean-Siméon Ogay n'est pas propriétaire des biens revendiqués par lui, suivant procès-verbal de séquestre auquel soit rapport.

2° (Conclusion retirée plus tard.)

Dans sa réponse du 25 août 1905, Jean-Siméon Ogay souleva une exception, consistant à dire qu'il n'y avait pas eu d'ouverture d'action par exploit régulier, — dans le délai de dix jours fixé à Irénée Cosandey par l'office des poursuites, — attendu que la pièce notifiée le 9 mai 1905, à Ogay, intitulée « demande » et suivie d'une assignation devant le Juge de Paix, donnée à l'instance de l'avocat fribourgeois E. D., à Romont, n'était pas valable au regard de l'art. 25 (nouveau) du CPC vaudois, et ne constituait dès lors pas une ouverture d'action régulière.

Une seconde exception, soulevant une autre question de procédure, a été déclarée sans objet par le tribunal cantonal, attendu que la seconde conclusion, à laquelle cette exception se rapportait, avait été retirée.

Subsidiairement, le défendeur concluait à libération sur le fond.

Dans la plaidoirie devant le Tribunal cantonal (Cour civile

de Vaud) le demandeur Cosandey, défendeur à l'exception, objecta que si l'exploit du 9 mai 1905 contenait un vice de forme, ce vice était couvert par le fait de la comparution du défendeur et de l'absence de tout recours contre le sceau, et prétendit en outre qu'en présence des art. 55 et 65 CPC une citation en conciliation n'est pas nécessaire.

Par jugement du 19 janvier 1907 la Cour civile, par des motifs qui seront examinés, pour autant que de besoin, dans la partie juridique du présent arrêt, admit l'exception soulevée par le défendeur Ogay, et statuant *éventuellement* sur le fond, c'est-à-dire pour le cas où le juge de seconde instance ne partagerait pas sa manière de voir sur l'exception, admit également les conclusions libératoires du défendeur Ogay et débouta Cosandey des fins de sa demande.

Par déclaration du 7 février 1907, Cosandey recourut en réforme, au Tribunal fédéral, contre ce jugement et par mémoire du 14 février, il forma un recours de droit public devant le même tribunal.

Dans son acte de recours en réforme, Cosandey explique que pour le cas où le Tribunal fédéral s'estimerait incompetent pour statuer comme Cour de droit civil sur les exceptions de procédure, il forme concurremment au recours en réforme, un recours de droit public basé sur l'inobservation des art. 4 et 5 transitoires de la Constitution fédérale. Il prie en conséquence le Tribunal fédéral de surseoir à toute décision jusqu'à droit connu sur le recours de droit public.

D'autre part, dans son recours de droit public, Cosandey déclare que ce recours fondé sur l'art. 175 chiffre 3° de la loi sur l'OJF, n'est formé que pour autant que de besoin et par surabondance de droit, pour le cas où le Tribunal fédéral s'estimerait incompetent pour statuer comme Cour de droit civil sur la première partie du recours en réforme. C'est-à-dire, — ajoute-t-il, — que le recourant n'attaque le jugement de la Cour civile qu'en ce qui concerne l'admission des exceptions de procédure soulevées par Ogay.

Dans cette situation, et ensuite d'entente intervenue entre les Présidents de la I^e et de la II^e Section du Tribunal

fédéral, il fut décidé que le recours de droit public serait jugé avant le recours en réforme.

Le dit recours de droit public fut alors communiqué à la partie adverse Ogay, qui a présenté une réponse, dont les moyens seront également pris en considération dans les motifs de droit du présent arrêt.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — L'intimé Ogay conteste la recevabilité du recours par le motif que celui-ci n'a été interjeté que pour le cas où le Tribunal fédéral s'estimerait incompétent pour statuer comme Cour de droit civil sur la première partie du recours en réforme, déposé au greffe de la Cour civile de Vaud, le 7 février 1907, et il estime que cette éventualité ne s'étant pas produite, il en résulte « qu'il n'y a pas de recours » de la part d'Irénée Cosandey.

Cette objection est toutefois dénuée de fondement. Il faut à la vérité reconnaître que le recours a été formé dans la supposition que le Tribunal fédéral statuerait en premier lieu comme Cour de droit civil sur la première partie du recours en réforme, c'est-à-dire sur les exceptions de procédure, et pour le cas où il se déclarerait incompétent de ce chef.

Toutefois, et bien que cette supposition ne se soit pas réalisée dans la forme prévue par le recourant, la situation de la cause ne s'en trouve pas moins correspondre, en fait, à la dite supposition.

En effet, ainsi qu'il a été dit dans l'exposé des faits qui précède, la I^{re} Section du Tribunal fédéral, représentée par son président, s'est refusée à statuer la première sur le recours en réforme, et ce, manifestement, parce qu'elle a estimé que les questions de droit public, soit la violation prétendue des art. 4 et 5 transitoires de la CF, soulevées dans le recours de droit public étaient de la compétence de la II^e Section et non de la I^{re} et que dès lors elles devaient être jugées avant le recours en réforme. La II^e Section, également représentée par son Président, s'est rangée à cette manière de voir, et cette décision concordante a eu pour effet d'at-

tribuer au recours de droit public la priorité sur le recours en réforme. L'on se trouve bien ainsi, en réalité, en présence de l'éventualité pour laquelle le recours a été formé.

2. — L'intimé soutient ensuite que le recourant n'a pas épuisé les instances, puisqu'il n'a pas fait usage du droit de recours au Tribunal cantonal vaudois, que l'art. 31 bis de la loi du 24 novembre 1905 sur la procédure lui conférerait contre le jugement de la Cour civile.

Cet article dispose que « lorsque la Cour civile a fait application à la cause exclusivement du droit cantonal ou étranger, ou lorsqu'elle a appliqué simultanément le droit fédéral et le droit cantonal ou étranger, le recours s'exerce au tribunal cantonal, qui revoit la cause dans son ensemble, sous réserve du recours au Tribunal fédéral. »

Bien qu'il s'agisse effectivement d'un des cas prévus dans cet article, puisque la Cour civile a fait application simultanément du droit fédéral (LP et CO), et du droit cantonal (loi de procédure civile vaudoise), le droit de recours au tribunal cantonal contre ce jugement paraît exclu par l'art. 4 de la loi précitée, du 24 novembre 1905, lequel dispose que « les causes dans lesquelles, au jour de l'entrée en vigueur de la présente loi, la demande a déjà été déposée, restent régies, en ce qui concerne la compétence, sauf convention contraire des parties, par les dispositions de l'ancienne loi. » Or, comme la demande de Cosandey a été déposée le 12 juillet 1905, soit avant le 1^{er} janvier 1906, jour de l'entrée en vigueur de la loi du 24 novembre 1905, il s'ensuit que la cause reste régie, aux termes de l'art. 4 plus haut reproduit, par les dispositions de l'ancienne loi, qui ne prévoyait aucun recours au tribunal cantonal comme seconde instance cantonale dans les causes du ressort de la Cour civile. L'intimé soutient à la vérité que la prédite disposition de l'art. 4 ne vise que la compétence de l'autorité devant laquelle le procès est *introduit* mais que pour le surplus toutes les autres dispositions introduites par la nouvelle loi, *y compris le droit de recours*, sont applicables à tous les procès, même à ceux introduits avant l'entrée en vigueur de la loi, soit avant le

1^{er} janvier 1906. Une pareille interprétation, toutefois, s'écarte trop du sens apparent et immédiat de l'art. 4 qui parle de la compétence en général, et non de la compétence spéciale relative à l'introduction de la demande, pour qu'elle puisse être reconnue juste par le Tribunal fédéral, alors surtout que l'intimé ne cite à l'appui de son opinion personnelle aucune décision du Tribunal cantonal vaudois. Il suit de là que l'exception tirée de ce que les instances cantonales n'auraient pas été épuisées, apparaît comme dépourvu de justification. Cette exception serait, du reste, inopérante, en tout état de cause, contre le moyen de recours relatif à l'exercice de la profession d'avocat, puisque le recours contre une violation du droit constitutionnel garanti à l'art. 5 transitoire CF doit être recevable contre les décisions de toutes les instances.

3. — Un autre moyen préjudiciel présenté par l'intimé conteste au recourant la qualité (légitimation) nécessaire pour recourir contre une violation prétendue des dispositions de la CF (art. 5 transitoire et 33) concernant l'exercice de la profession d'avocat, ce droit de recours n'appartenant qu'à l'avocat D. lui-même, qui n'en a pas fait usage.

Ce moyen ne saurait être accueilli; il se justifie en effet d'admettre que la garantie accordée par l'art. 5 transitoire à l'avocat personnellement, doit s'étendre aussi aux actes qu'il a accomplis dans l'exercice de sa profession, et que cette garantie doit pouvoir dès lors, même alors que l'avocat ne le ferait pas directement, être invoquée par le client, dans l'intérêt duquel ces actes ont eu lieu, si ces derniers sont contestés au point de vue de leur validité.

Par ces divers motifs, il échet de considérer le recours comme recevable, et d'entrer en matière sur le fond.

Au fond :

4. — Le premier grief du recours consiste à arguer du fait que le Tribunal cantonal vaudois a déclaré irrégulier et sans valeur l'exploit du 9 mai 1905, par le motif qu'il était signé par l'avocat D., et non par un avocat vaudois, et que cette décision implique, sous prétexte d'application de l'art.

25 nouveau précité de la procédure civile vaudoise, une violation de l'art. 5 transitoire de la CF, attendu que le dit avocat étant dûment autorisé à exercer la profession d'avocat dans le canton de Fribourg, a le droit, en vertu de l'art. 5, d'agir en cette qualité dans toute l'étendue du territoire suisse; que dès lors il est au bénéfice du droit, reconnu aux avocats par l'art. 35 susvisé, de signer un exploit sans être muni d'une procuration de son client, exactement comme s'il était un avocat breveté dans le canton de Vaud.

5. — L'art. 25 susvisé stipule que « l'exploit ne peut être accordé que sur la réquisition personnelle de la partie instance ou de son représentant légal, d'un fondé de pouvoirs spécial, d'un avocat ou d'un agent d'affaires patenté. L'exploit mentionne à la requête de qui il est accordé. »

L'exploit dont il s'agit, intitulé : « demande pour M. Irénée Cosandey contre Jean-Siméon Ogay », est daté de Romont, le 9 mai 1905, et est signé : « Pour J. Cosandey, E. D., avocat » ; il est suivi de la mention suivante : « Le Juge de Paix du Cercle de Lucens, à Jean-Siméon Ogay, à Lovatens, à l'instance de l'avocat E. D., à Romont, vous êtes cité à comparaitre, etc.... Lucens, le 9 mai 1905, le Juge de Paix (signé) Léchaire. »

Le tribunal cantonal a déclaré cet exploit irrégulier, et par suite impropre à former l'ouverture de l'action, par le motif « que l'assignation est faite à la réquisition de l'avocat E. D., à Romont, et qu'elle n'est donc pas donnée à la réquisition d'un avocat *vaudois*, l'avocat D. n'étant d'ailleurs ni représentant légal, ni fondé de pouvoirs spécial de Cosandey, ni agent d'affaires patenté vaudois. »

Ce motif du jugement du tribunal cantonal, dans la teneur de sa rédaction, est certainement critiquable, attendu que si l'exploit en question est irrégulier et non valable, ce ne peut en tout cas pas être par le motif que l'avocat D. n'est pas un avocat vaudois, mais seulement parce que cet homme de loi ne remplissait pas les conditions exigées par l'art. 5 transitoire de la CF pour pouvoir exercer sa profession dans le canton de Vaud.

En effet, aux termes de l'art. 5 précité, les personnes qui exercent une profession libérale et qui ont obtenu un certificat de capacité d'un canton peuvent exercer cette profession sur tout le territoire de la Confédération.

Il suit de là qu'un avocat, pour pouvoir exercer sa profession ou des actes de sa profession (tels que la signature d'un exploit) dans un canton autre que celui où il s'est établi, doit justifier qu'il remplit la condition prévue par le dit art. 5, savoir qu'il a obtenu un certificat de capacité d'un autre canton; si cette justification est faite, le canton requis est tenu de laisser l'avocat requérant exercer librement sa profession sur son territoire.

6. — Or il n'est point établi, et il n'a pas même été allégué que l'avocat E. D., à Romont, ait communiqué aux autorités judiciaires vaudoises un certificat de capacité à lui délivré par un autre canton, certificat nécessaire aux termes de l'art. 5 transitoire, pour autoriser ce praticien à exercer sa profession dans le canton de Vaud. Cette justification du droit de l'avocat D. à l'exercice de sa profession dans le canton de Vaud en vertu du dit art. 5, n'a pas été fait non plus au moment où la validité de l'exploit signé par cet avocat a été contestée, c'est-à-dire devant le Tribunal cantonal vaudois, lors de l'instruction de l'exception basée sur le fait que l'exploit du 9 mai n'était pas régulier, parce qu'il n'était pas signé par un avocat ayant droit d'exercer dans le canton de Vaud. Cette justification de la qualité de l'avocat D. n'ayant jamais été offerte aux tribunaux vaudois, le juge vaudois n'était pas censé savoir, ni tenu de supposer que le dit avocat remplissait la condition exigée par l'art. 5, et dès lors il était loisible au dit juge, sans commettre par là une violation de la CF, de déclarer irrégulier l'exploit signé par une personne dont le droit à exercer les actes de la profession d'avocat dans le canton de Vaud n'était pas établi.

7. — Dans ces conditions, et bien que le motif retenu par l'instance cantonale, que « l'assignation n'a pas été donnée à la réquisition d'un avocat vaudois », soit en lui-même et sous cette forme erroné, le recours n'en doit pas moins être

rejeté, parce que l'instance cantonale n'a pas été mise en demeure, ni en situation de décider si l'acte de procédure dont il s'agit était valable au point de vue de l'art. 5 transitoire de la CF.

Cette considération devant entraîner à elle seule le rejet du recours dans son ensemble, il n'est point nécessaire d'examiner les autres griefs articulés à l'appui du pourvoi.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté.

87. Urteil vom 18. September 1907

in Sachen Müller gegen Regierungsrat Bern.

Staatsrechtlicher Rekurs wegen Verweigerung einer Wasserrechtskonzession. — Willkürliche Auslegung des kantonalen (bernischen) Gesetzes? (Satz. 335 ZGB. § 1 des Ges. über d. Unterhalt etc. der Gewässer, vom 3. April 1857). — Verbindliche Zusicherung der Erteilung der Konzession? — Eingriff in das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt? (Art. 10 bern. KV.)

A. Am 12. Oktober 1899 stellte J. R. Müller-Landsmann in Zürich, der Vater des Refurrenten Dr. phil. E. R. Müller, Maschineningenieur, 3. Zt. in Bern, beim Regierungsrat des Kantons Bern das Gesuch, der Regierungsrat möchte ihm oder einer von ihm zu bildenden Gesellschaft die „Konzession“ erteilen, „die Wasserkräfte der Aare von Guttannen bis Innerkirchen und ihrer Zuflüsse, d. h. der Gadmenaar, des Gentalwassers und des Urbachtalwassers, rationell nutzbar zu machen.“ Dabei nahm er Bezug auf ein von ihm schon am 28. April 1899 eingereichtes Gesuch um Erteilung der Bergwerkskonzession zur Ausbeutung von Eisenerz und Eisenstein im Amtsbezirk Oberhasli und führte des näheren aus, daß er zur Eisengewinnung ein bereits praktisch erprobtes elektrisches Schmelzverfahren anzuwenden beabsich-