

49. **Entscheid vom 29. August i. S. Bühler.**

Art. 56 Ziff. 1 SchKG. Das Verbot der Vornahme von Betreibungshandlungen nach 7 Uhr Abends gilt nicht für Zustellungen durch die Post.

Die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer hat,
in Erwägung:

dass der angefochtene Entscheid der kantonalen Aufsichtsbehörde dem Rekurrenten durch Vermittlung des Betreibungsamtes Freienbach zugestellt wurde,

dass diese Zustellung nach den vom Instruktionsrichter beim Postbureau Oberägeri veranlassten Erhebungen am 4. Juli 1914 zwischen 7 und 8 Uhr abends erfolgt ist,

dass die Vorschrift des Art. 56 Ziff. 1 SchKG, wonach Betreibungshandlungen nach 7 Uhr abends nicht vorgenommen werden dürfen, für Zustellungen durch die Post nicht gilt (vergl. JAEGER, Komm., Anm. 5 ad Art. 56),

dass der Rekurrent den Rekurs an das Bundesgericht laut Poststempel am 15. Juli 1914 aufgegeben, die gesetzliche Rekursfrist von 10 Tagen seit der Mitteilung des angefochtenen Entscheides somit nicht eingehalten hat,

erkannt:

Auf den Rekurs wird nicht eingetreten.

**Entscheidungen der Zivilkammern. — Arrêts
des sections civiles.**

**50. Arrêt de la II^e section civile du 27 mai 1914
dans la cause Petitpierre, défendeur,
contre Grande Brasserie et Beauregard, demanderesse.**

En cas de réalisation d'un immeuble hypothéqué à un prix inférieur à l'estimation du commissaire du concordat, le titulaire de l'hypothèque a le droit d'intervenir au concordat pour la différence à découvert comme créancier chirographaire (art. 305 et 311 L. P.). En matière de concordat par abandon d'actif, le débiteur qui a mis ses biens à la disposition de ses créanciers est libéré de toute obligation ultérieure à l'égard des créanciers qui ont omis de faire valoir leurs droits sur le produit de la réalisation de ces biens.

A. — Le 3 décembre 1907, la Banque populaire suisse, à Fribourg, a ouvert à Hugo Petitpierre un crédit de 20 000 francs, garanti par le cautionnement solidaire de la Grande Brasserie et Beauregard, et par une gérance de dam à concurrence de 22 500 francs constituée, après une obligation hypothécaire de 40 000 francs en faveur de la Caisse d'Epargne de Morat, sur un immeuble appartenant au débiteur et taxé au cadastre 73 284 fr.

Le 24 juin 1910, le Tribunal civil du Lac a homologué un concordat conclu entre Petitpierre et ses créanciers, par lequel le débiteur cédait à ces derniers tous ses biens à liquider par l'Office des faillites du Lac, auquel était adjointe une commission de deux membres.

Dans la procédure de concordat, l'immeuble hypothéqué en faveur de la Caisse d'Epargne de Morat et de la Banque populaire, a été estimé 75 000 francs. Cette estimation a été communiquée le 25 avril 1910 à la Caisse

populaire, avec avis que sa créance était ainsi réputée entièrement couverte par l'hypothèque. La Caisse populaire n'a pas recouru et n'a donc pas participé au concordat.

La liquidation des biens de Petitpierre effectuée par l'office du Lac a permis de distribuer aux créanciers chirographaires un dividende de 59,85 % ; il a été payé en trois versements, les deux premiers de 25 % chacun, opérés le 3-4 octobre 1910 et le 24 juin 1911, et le troisième de 9,85 %, opéré le 7 septembre 1912.

Cette liquidation n'a compris que l'actif mobilier du débiteur, à l'exclusion de l'immeuble hypothéqué, en faveur de la Banque populaire. Celui-ci a été vendu le 6 avril 1911, ensuite de poursuite en réalisation de gage, introduite par la dite banque. Il a été adjugé à la Grande Brasserie et Beauregard, pour la somme de 45 000 francs, presque entièrement absorbée par la créance hypothécaire en premier rang. Sur sa créance, la Banque populaire n'a touché que 614 fr. 10 ; pour le surplus, elle a obtenu un acte d'insuffisance de gage de 19 385 fr. 90. Cette somme lui a été payée par la Grande Brasserie et Beauregard, en sa qualité de caution, qui a été ainsi subrogée aux droits de la Banque populaire.

B. — Le 24 octobre 1911, la Grande Brasserie et Beauregard a fait notifier à Petitpierre un commandement de payer de 19 385 fr. 90. Après avoir vainement tenté d'obtenir main-levée de l'opposition du débiteur, elle lui a ouvert action en paiement du 50 % de la dite somme, soit 9692 fr. Elle se met au bénéfice du concordat et réclame le dividende qui a été versé aux autres créanciers, c'est-à-dire, suivant ses affirmations, 50 %.

Le défendeur a conclu à libération en soutenant que la créance chirographaire de la Banque populaire n'existe pas, la créancière ayant accepté l'estimation de 75 000 fr., d'après laquelle la créance était entièrement couverte par le gage ; d'ailleurs, le défendeur a exécuté toutes les obligations qu'il a assumées par le concordat envers ses créanciers.

La première instance cantonale a écarté les conclusions de la demande, estimant que, suivant l'art. 305 L.P., le créancier hypothécaire n'a pas le droit de revenir sur la taxe et de participer au concordat pour une somme qu'il a jugée suffisamment couverte par le gage.

Par arrêt du 16 février 1914, la Cour d'appel a réformé ce jugement et alloué à la demanderesse ses conclusions. Elle admet que, pour la partie de sa créance non couverte par le gage, le créancier gagiste a les mêmes droits que les autres créanciers chirographaires ; elle admet, de plus, que, à l'égard de la demanderesse, Petitpierre n'a pas exécuté le concordat et le condamne à lui payer le dividende concordataire de 50 %, ajoutant qu'il n'a qu'à s'en prendre à lui-même s'il n'a pas eu la prudence de faire liquider ses immeubles avant de procéder aux répartitions concordataires, et s'il se trouve par suite avoir payé aux autres créanciers un dividende trop élevé.

C'est contre cet arrêt que le défendeur a, en temps utile, recouru en réforme au Tribunal fédéral en reprenant ses conclusions libératoires.

Statuant sur ces faits et considérant
en droit :

1. — L'arrêt attaqué constate que la Grande Brasserie et Beauregard a versé le 12 août 1911, en sa qualité de caution solidaire, la somme de 19 270 francs à la Banque populaire suisse en paiement de la dette du recourant Petitpierre. Elle est donc subrogée aux droits de la banque contre le débiteur.

Celui-ci soutient que ces droits sont inexistant, tout d'abord parce que l'acceptation par la Banque de l'estimation du commissaire du concordat, suivant laquelle la créance était entièrement couverte par le gage, a eu pour effet de le libérer de toute obligation personnelle ultérieure pour le montant de la créance dépassant le produit de la réalisation du gage.

Ce moyen admis par la première instance cantonale

et écarté par la Cour d'appel, soulève la question de savoir quel est le but et quels sont les effets de l'estimation du gage en matière de concordat.

D'après la L. P., le créancier gagiste ne participe au concordat que pour la partie de sa créance qui n'est pas garantie par le gage. Or, cette partie n'est déterminée effectivement que par la réalisation. Logiquement donc, la réalisation devrait précéder l'homologation du concordat. Mais, pour éviter les difficultés pratiques auxquelles cette solution aurait donné lieu, le législateur a remplacé cette réalisation préalable du gage par l'estimation du gage et a décidé (art. 305) que pour le calcul de la majorité requise pour l'acceptation du concordat les créances garanties par gage ne comptent que pour le montant non garanti suivant l'estimation du commissaire. Il résulte de cette disposition que *pour la procédure d'homologation du concordat* l'estimation a un caractère définitif. Par contre, la loi ne dit pas d'une façon précise si l'estimation a des effets plus étendus encore, c'est-à-dire si elle fixe irrévocablement les droits que le créancier peut faire valoir sur le produit de la réalisation du gage, d'une part, et, d'autre part, dans le concordat.

On doit donc se demander, premièrement, si, lorsque l'estimation s'est trouvée inférieure au produit de la réalisation, le créancier ne peut faire valoir son droit de gage que jusqu'à concurrence de la somme réputée garantie d'après l'estimation — et, en second lieu, si, dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire lorsque le produit de la réalisation est resté inférieur à l'estimation, le créancier ne peut toucher le dividende concordataire que sur la partie de sa créance qui, d'après l'estimation, était réputée non garantie par le gage.

Le Tribunal fédéral a résolu négativement la première de ces questions : il a jugé (RO 34 II p. 772 et suiv.) que l'estimation n'a pas pour conséquence de restreindre le droit de gage et que, par conséquent, le créancier peut faire valoir ce droit même sur la partie du produit

de la réalisation qui dépasse le montant de l'estimation. Mais de ce que l'estimation ne lie pas le créancier dans cette première hypothèse, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'elle ne le lie pas non plus dans l'hypothèse inverse, la seule dont il s'agisse dans la présente espèce. En effet, la solution admise par le Tribunal fédéral se justifie soit parce qu'il serait contraire à la nature même du concordat — lequel n'a pas pour but d'accorder au débiteur une remise quelconque de ses dettes garanties par gage — de réduire, par l'effet de l'estimation, les droits du créancier sur le gage, soit parce qu'elle n'entraîne pas de conséquences préjudiciables pour le débiteur, le dividende à payer par lui au créancier gagiste étant réduit proportionnellement à la plus-value de la réalisation par rapport à l'estimation. Or, ce sont là des considérations qu'on ne peut pas invoquer en faveur du système d'après lequel le créancier aurait le droit de participer au concordat comme créancier chirographaire pour la partie de sa créance qui, réputée couverte par le gage d'après l'estimation, s'est trouvée en fait à découvert ensuite de la réalisation : dans ce cas, il ne s'agit plus des droits du créancier en sa qualité de créancier *gagiste* et il serait concevable qu'on fit passer en première ligne les intérêts du débiteur, que l'adoption de ce système est certainement de nature à compromettre. En effet, si l'on admet que le montant prévu de la créance personnelle non garantie peut se trouver augmenté lorsque la réalisation donne un produit inférieur à l'estimation, le débiteur qui, pour obtenir l'homologation du concordat, a déjà dû offrir tout ce que ses ressources lui permettaient de donner, se trouvera en présence d'une nouvelle obligation sur laquelle il n'avait ni compté ni parfois pu compter, et qui, dans la règle, le mettra dans une situation pire que celle où il était avant le concordat puisqu'il a épuisé toutes ses ressources. En outre, il y a quelque chose d'un peu choquant à ce qu'on admette un créancier à participer au concordat pour une

partie de sa créance, dont il n'a été tenu compte ni pour le vote et l'homologation du concordat, ni pour la détermination des garanties à fournir; l'intervention de cette nouvelle créance se trouve fausser les bases de calcul qui ont été adoptées pour l'acceptation du concordat.

Cependant cet inconvénient n'est pas décisif, car il existe aussi dans d'autres cas où certainement la loi étend les effets du concordat à des créances qui n'ont pas été prises en considération pour son homologation, par exemple à des créances conditionnelles, contestées ou non annoncées. Et quant aux intérêts du débiteur il ne serait pas conforme à la nature du concordat de leur sacrifier si complètement les intérêts du créancier gagiste, comme ce serait le cas si on éliminait définitivement et quel que fût le produit effectif de la réalisation la partie de sa créance qui était censée garantie d'après l'estimation. Les risques d'erreur dans l'estimation sont trop considérables pour qu'on attribue à cette opération aléatoire l'effet d'éteindre irrévocablement une partie de la créance; notamment lorsque le créancier a recouru sans succès contre l'estimation, il serait vraiment contraire à toute équité de lui faire supporter les conséquences d'une erreur qu'il a inutilement tenté d'éviter. Une solution aussi rigoureuse pour les intérêts du créancier ne pourrait être admise que si elle était expressément consacrée par la loi. Tel n'est pas le cas. L'art. 305, le seul qui mentionne l'estimation, ne se rapporte qu'à la procédure préliminaire du concordat et c'est l'art. 311 exclusivement qui détermine quels sont les effets du concordat, une fois homologué, à l'égard des créanciers en général et des créanciers gagistes en particulier. Si le législateur avait entendu limiter à la partie de la créance non garantie par le gage d'après l'estimation les droits que le créancier peut faire valoir comme créancier chirographaire dans le concordat, il l'aurait certainement dit à l'art. 311, qui aurait reçu la rédaction suivante: « Le concordat homologué est obligatoire pour

tous les créanciers, à l'exception des créanciers gagistes, jusqu'à concurrence de la valeur de leur gage suivant l'estimation du commissaire. » Or non seulement le législateur n'a pas mentionné l'estimation à l'art. 311 et ne s'est pas servi de la formule qu'il avait employée à l'art. 305, mais il a adopté une rédaction qui dit précisément le contraire. Il dispose en effet que c'est « jusqu'à concurrence du prix de leur gage » que le concordat n'est pas obligatoire pour les créanciers gagistes. Sous le nom de « prix » on ne peut entendre que le produit de la vente. En disposant donc que, jusqu'à concurrence du prix du gage, le concordat n'est pas obligatoire pour le créancier gagiste et que pour le surplus il doit être considéré comme créancier chirographaire, le législateur a clairement démontré que, d'après son intention, le montant de la créance pour lequel le créancier a le droit de toucher le dividende concordataire est déterminé, non par l'estimation du commissaire, mais par le résultat de la réalisation.

En résumé, la comparaison des textes des art. 305 et 311 conduit à admettre que l'estimation a pour seul but de déterminer si et dans quelle mesure le créancier gagiste participe aux opérations préliminaires du concordat; une fois le concordat homologué, lorsqu'il s'agit de fixer, non plus le montant pour lequel le créancier sera admis à voter, mais bien le montant pour lequel il sera admis à toucher le dividende, l'estimation cesse de déployer ses effets et le chiffre de la créance chirographaire sera déterminé non plus d'après une appréciation, mais d'après la réalité, non plus d'après l'estimation du commissaire, mais d'après le produit effectif de la réalisation.

En l'espèce par conséquent le fait que d'après l'estimation la créance était entièrement couverte par l'hypothèque ne s'oppose pas à ce que la demanderesse la fasse valoir, comme créance chirographaire, pour le montant qui en définitive est resté impayé, le prix de vente

s'étant trouvé inférieur au prix d'estimation (v. dans ce sens Jaeger, Note 4 sur art. 311, Brüstlein et Rambert, Note 4 sur art. 311; Paschoud p. 234; contra Reichel Note 4 sur art. 311).

2. — La conclusion de la demanderesse tendant à faire condamner le recourant au paiement du 50 % de cette créance chirographaire en exécution du concordat n'en doit pas moins être écartée. Elle serait fondée si par le concordat le débiteur s'était engagé — comme il en avait été question au début — à payer un pour-cent déterminé de ses dettes; dans ce cas la demanderesse aurait un droit personnel contre le débiteur au paiement du dividende promis. Mais le concordat qui a été proposé en définitive et qui a été accepté par la majorité légale et homologué par l'autorité compétente est d'une autre nature : c'est un concordat par abandon d'actif. Le Tribunal fédéral, comme instance de recours en matière civile, n'a pas à rechercher si cette forme spéciale de concordat est compatible avec le système de la LP; cette question qui est controversée et qui est résolue dans des sens opposés suivant les cantons (cf. Jaeger, Note 4 sur art. 302) est de la compétence exclusive de l'autorité du concordat. Celle-ci l'ayant homologué en l'espèce, il est devenu obligatoire pour tous les créanciers. Or en cas de concordat par abandon d'actif, le débiteur ne s'engage pas à payer à ses créanciers un dividende déterminé; il a pour seule obligation de mettre à leur disposition l'intégralité de ses biens; l'exécution de cette obligation a pour conséquence l'extinction de toute dette ultérieure envers les créanciers, dont les créances se trouvent remplacées par le droit d'obtenir une part proportionnelle dans le produit de la réalisation des biens cédés. Il n'est pas même allégué que le recourant ait failli à son obligation de mettre ses biens à la disposition de ses créanciers, soit de l'office de Morat qui était chargé de leur liquidation. Il est par conséquent libéré de toute dette personnelle envers ses créanciers

et ne saurait notamment être tenu de payer à la demanderesse un dividende qui n'a jamais été promis et qui constituerait un supplément évidemment injustifié des charges imposées par le concordat.

La demanderesse objecte qu'en réalité il ne s'agissait pas d'un concordat par abandon d'actif. Elle en donne pour preuve tout d'abord le fait qu'il a été procédé à l'estimation des immeubles hypothéqués; mais cette argumentation est sans aucune valeur, l'estimation du gage étant prescrite quelle que soit la forme du concordat. Elle ajoute que, s'il s'était agi d'un concordat par abandon d'actif, les immeubles auraient dû être réalisés en même temps que les autres biens du débiteur; l'instance cantonale fait un raisonnement analogue et paraît reprocher au débiteur de n'avoir pas veillé à ce que ses immeubles fussent réalisés avant toute répartition concordataire. Sur ce point on doit observer qu'en effet il aurait fallu comprendre les immeubles dans la liquidation de l'actif; l'exécution du concordat a été manifestement défectueuse, mais cela ne saurait, bien entendu, modifier sa nature qui était irrévocablement fixée par l'homologation. Et ce n'est pas au recourant qu'incombait le soin de réaliser les immeubles, ni d'une façon générale, de veiller à la répartition du produit de la vente de ses biens. La liquidation de son actif était l'affaire de l'office de Morat et de la commission qui lui était adjointe. Si donc la liquidation n'a pas porté sur les immeubles et si, par suite de cette omission, il a été procédé à des répartitions avant que les droits de la Banque populaire suisse comme créancière chirographaire fussent fixés, ce fait ne saurait être imputé à faute au débiteur et encore moins créer à sa charge l'obligation de payer à cette créancière un dividende qui n'était pas prévu dans le concordat. Aussi bien il ne tenait qu'à la Banque de sauvegarder ses droits soit en exigeant que l'immeuble hypothéqué en sa faveur fût réalisé en même temps que les autres biens, soit surtout en intervenant à temps au concordat

pour toucher sur le produit de l'actif la part correspondant au montant de sa créance chirographaire. Dès le 6 avril 1911 — date de la vente de l'immeuble — la Banque, soit la Grande Brasserie et Beauregard subrogée à ses droits, savait que la créance hypothécaire était à découvert pour un montant de 19,385 fr. 90 et que pour cette somme elle participait au concordat comme créancière chirographaire. Or à cette date les deux dernières répartitions comportant au total 16,766 fr. 95 — somme suffisante pour assurer son égalité de traitement avec les autres créanciers chirographaires — n'avaient pas encore eu lieu. Si donc la demanderesse n'a pas touché le dividende auquel elle avait droit dans la répartition de l'actif du recourant, cela provient de sa propre faute et elle ne saurait faire supporter les conséquences de cette négligence au défendeur qui, ayant exécuté le concordat, est délié de toute obligation à l'égard de l'ensemble de ses créanciers.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis et l'arrêt attaqué est réformé en ce sens que les conclusions de la demande sont écartées en leur entier.

51. Urteil der II. Zivilabteilung vom 10. Juni 1914 i. S. Ehegatten Zimmermann, Kläger, gegen Witwe Hupfer, Beklagte.

Art. 265, 267 und 149 Abs. 4 SchKG. — Recht des Schuldners, die Einrede aus Art. 265 noch im Aberkennungsprozesse, sei es erstmals zu erheben, sei es gegenüber dem Rechtsöffnungsentscheid wiederaufzunehmen. Verpflichtung des Aberkennungsrichters, sie zu berücksichtigen. Art und Weise der Berücksichtigung. — Anwendbarkeit der Art. 265 und 149 Abs. 4 auch auf solche Forderungen, die im Konkurse entweder nicht angemeldet, oder aber aus irgend einem Grunde bei der Verteilung nicht berücksichtigt worden waren (Art. 267).

A. — Der Vater des klägerischen Ehemannes hatte diesem am 1. Mai 1899 ein Darlehen von 4000 Mk. und am 10. Juli gl. J. ein solches von 1200 Mk. gewährt. Für diese beiden Darlehen nebst Zins à 4 % wurde am 1. Mai 1900 ein von beiden klägerischen Ehegatten unterzeichneter neuer Schuldschein im Betrage von 5200 Mk. ausgestellt.

Am 5. Mai 1901 wurde an die erwähnte Schuld von 5200 Mk. ein Betrag von 3200 Mk. zurückbezahlt.

Am 15. Juli 1901 wurde über den klägerischen Ehemann in Kreuzlingen der Konkurs eröffnet. In diesem Konkurse meldete Vater Zimmermann laut Auskunft des Betreibungs- und Konkursamtes Kreuzlingen vom 12. Dezember 1906 eine Forderung von 4000 Mk. « gemäss Schuldschein vom 12. (recte 1.) Mai 1899 » an, die jedoch « im Kollokationsplan als nicht anerkannt aufgeführt, eventuell durch Rückzug erledigt » und weder in der Schlussrechnung noch in der Verteilungsliste vorgetragen wurde. Die klägerische Ehefrau erhielt für einen Teil ihrer Frauengutsforderung Befriedigung und erwirkte am 17. Dezember 1901 vom Bezirksgericht Kreuzlingen die « eheliche Gütertrennung »

Am 5. Februar 1910 hob Vater Zimmermann gegen