

daß die Vorinstanz mit Recht entschieden hat, er habe daran den Gewahrsam und nicht der Schuldner. Wie sie zutreffend ausführt, gibt der Bauunternehmer damit allein, daß er Baumaterialien auf den Bauplatz des Bauherrn führt, weder den juristischen Besitz noch auch nur den Gewahrsam im Sinne der Art. 106 ff. SchRG am Material zu Gunsten des Bauherrn auf. Die bloße Überführung auf den Bauplatz begründet nicht ein dingliches Recht des Bauherrn am Baumaterial, so daß man etwa sagen könnte, der Unternehmer übe von da an den Besitz für den Bauherrn aus. Dieser hat in der Regel nur einen obligatorischen Anspruch auf Vollenbung der Baute und der Unternehmer kann das noch nicht verbaute Material auch anderswo verwenden, ohne daß er vom Bauherrn daran gehindert werden könnte. Da sodann der Schuldner in Basel wohnt, somit nicht selbst unmittelbar über das Baumaterial verfügen könnte, und da zudem auch nicht behauptet wird, daß ein Stellvertreter für ihn tatsächlich die Herrschaft über das, was auf dem Grundstücke frei umher liegt, ausübe und den Bauunternehmer an der freien Verfügung über das Baumaterial hindere, so ist nicht einzusehen, inwiefern nach den tatsächlichen Verhältnissen des vorliegenden Falles der Schuldner den Gewahrsam am erwähnten Material haben sollte.

Der Rekurrent stützt sich denn auch im Grunde trotz seiner gegenteiligen Angabe gar nicht auf eine vom Schuldner tatsächlich ausgeübte Herrschaft, sondern beruft sich vielmehr darauf, daß alles, was sich auf einem Grundstücke befindet, rechtlich im Gewahrsam des Grundeigentümers sei. Doch besteht ein Rechtsatz dieses Inhaltes nicht und zudem handelt es sich ja beim Gewahrsam der Art. 106—109 SchRG nicht um einen Rechtsbegriff, sondern um ein tatsächliches Verhältnis.

Demnach hat die Schuldbetreibungs- und Konkurskammer
erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

21. Arrêt du 31 janvier 1913 dans la cause
Office des faillites de Lebern.

Art. 256 LP : L'office des faillites du lieu où sont situés des immeubles d'un failli n'est pas obligé de prêter son concours à l'administration de la faillite pour une vente de gré à gré de ces immeubles. — **Art. 68 LP**. Le dit office n'est pas tenu non plus de procéder aux enchères publiques tant qu'il n'a pas reçu l'avance des frais.

A. — L'office des faillites de Lebern est chargé de liquider la succession répudiée de Germann-Jules Gast, décédé à Granges. Gast était copropriétaire, avec trois autres personnes, d'un immeuble sis à Tramelan, estimé 21 150 fr. et hypothéqué pour 28 500 fr. L'office de Lebern invita par lettres du 23 mai, 18 et 20 juillet 1911 l'office des faillites de Courtelary à dresser l'inventaire des biens dépendant de la succession, à indiquer la part revenant à Gast et à procéder à la vente de cette part d'immeuble soit aux enchères publiques, soit de gré à gré, suivant les circonstances.

Après avoir dressé l'inventaire et établi la part de Gast, le préposé de Courtelary réclama ses frais par 19 fr. 70 à l'office de Lebern et refusa de procéder à la vente en question avant d'avoir reçu en outre une avance pour les frais de cette vente.

L'office de Lebern ayant recouru à l'autorité de surveillance des offices de poursuite et de faillite du canton de Berne, cette autorité approuva, par décision du 2 août 1911, l'attitude du préposé de Courtelary, tout en l'invitant à faire des démarches auprès des copropriétaires et de la commune de Tramelan pour savoir si ces personnes seraient d'accord de faire une offre pour l'acquisition de gré à gré de la quote-part de Gast.

L'office de Courtelary informa alors l'office de Lebern que deux des copropriétaires de l'immeuble, Burri et Schäublin, avaient déclaré vouloir acquérir de gré à gré la part en question, en prenant à leur charge les hypothèques. Le préposé

de Courtelary invitait en conséquence celui de Lebern à transmettre les pièces de cette affaire au notaire Rhyn, à Tramelan, chargé de la vente. L'office de Lebern refusa de donner procuration au dit notaire, alléguant que c'était l'office de Courtelary qui devait réaliser la part dont s'agit de l'immeuble, sous sa responsabilité.

Les parties ne purent s'entendre. Le 31 octobre 1912 (l'instance cantonale parle par erreur du 21 octobre) l'office de Courtelary écrivait à celui de Lebern: « Nous vous répétons une dernière fois ceci :

» 1° Tout est prêt pour la vente de gré à gré de la part d'immeubles appartenant à la succession Gast. Pour l'accomplissement de cette vente qui n'est pas faite, mais seulement préparée selon les ordres de l'autorité supérieure bernoise, il vous suffit de donner les pouvoirs à M. le notaire Rhyn, à Tramelan.

» 2° Toute intervention pour cette vente de gré à gré n'a pas sa raison d'être.

» 3° Nous nous refusons à faire une vente par la voie des enchères tant que vous ne nous aurez pas adressé une avance de frais de 80 fr. »

B. — L'office de Lebern porta plainte à l'autorité de surveillance des offices de poursuite et de faillite du canton de Berne contre cette décision, en concluant à ce que l'office de Courtelary fût chargé de vendre aux enchères, éventuellement de gré à gré, les immeubles de la succession Gast sans que l'office de Lebern fût tenu de faire une avance quelconque de frais ou de garantir le remboursement des frais occasionnés par la vente. L'office recourant demandait en outre que la liquidation de cette affaire fût retirée au préposé de Courtelary pour être confiée à son substitut.

L'autorité cantonale de surveillance a écarté la plainte par décision du 6 décembre 1912, motivée en substance comme suit: Le créancier doit faire l'avance de tous les frais de poursuite, par conséquent aussi de la vente. C'est dès lors avec raison que l'office de Courtelary exige l'avance des frais d'enchères qui pourraient rester sans résultat. Du moment

que l'office de Lebern est chargé de liquider la succession Gast, c'est à lui de faire l'avance des frais que nécessitera la vente d'une portion d'un immeuble situé dans le district de Courtelary.

Quant au préposé de Courtelary, il n'a commis aucune faute, puisqu'il n'a fait que se conformer aux instructions de l'autorité de surveillance.

C. — Contre cette décision, l'office de Lebern a recouru en temps utile au Tribunal fédéral en reprenant les conclusions qu'il avait formulées devant l'autorité cantonale.

Statuant sur ces faits et considérant en droit:

1. — Contrairement à ce que l'office de Lebern soutient dans son recours, c'est bien à la suite et contre la lettre de l'office de Courtelary du 31 octobre 1912 (la date inexacte du 21 octobre mentionnée par l'instance cantonale provient sans doute d'une erreur de plume) qu'il a formé sa plainte du 4 novembre auprès de l'autorité bernoise de surveillance. Cette plainte porte en effet expressément ce qui suit (page 3): « Es gipfelt die schwerfällige Verhandlung mit dem Konkursamt Courtelary in dem Schreiben vom 31. Oktober 1912, » und gegen die darin getroffenen Verfügungen richtet sich » unsere heutige Beschwerde. » Le recours de l'office de Lebern est en conséquence dirigé: 1° contre le refus de l'office de Courtelary de procéder à la vente aux enchères tant que l'office de Lebern ne lui aura pas adressé la somme de 80 fr. à titre d'avance des frais; 2° contre la prétention de l'office de Courtelary de faire accepter par l'office de Lebern les offres faites pour la vente de gré à gré ainsi que contre son refus d'intervenir dans cette vente.

2. — En ce qui concerne tout d'abord la vente de gré à gré, il est erroné de prétendre que l'office de Courtelary est seul qualifié pour procéder à la vente de gré à gré des immeubles sis à Tramelan et qu'il peut être astreint à opérer, sous sa propre responsabilité, soit la vente aux enchères, soit la vente de gré à gré, suivant qu'il jugera l'une ou l'autre de ces ventes préférable.

Aucune disposition légale n'oblige la masse de la faillite à

faire vendre par l'office du lieu où ils sont situés des immeubles qui peuvent être vendus de gré à gré, et aucune prescription de la loi ne prévoit l'obligation pour l'office du lieu de la situation des immeubles de prêter son concours à une vente de gré à gré. Cette obligation ne résulte pas davantage de la *ratio legis*. Dans le cas d'une vente de gré à gré, il importe en effet uniquement de constater que les créanciers, et éventuellement les créanciers gagistes, ont consenti à cette vente (art. 246 LP). Il appartient dès lors à la masse des créanciers de décider si la vente doit avoir lieu de gré à gré (cf. JAEGER, art. 256 n. 4). Pour l'exécution de cette vente et les formalités subséquentes, le concours de l'autorité compétente du lieu où l'immeuble est situé sera sans doute nécessaire, mais cette autorité n'est pas l'office des faillites, c'est l'autorité qui est chargée de dresser le procès-verbal des ventes immobilières et de procéder aux inscriptions dans le registre foncier. Si donc l'office de Lebern a trouvé depuis longtemps un amateur sérieux, ainsi qu'il le prétend, rien ne s'oppose à ce qu'il procède lui-même à la vente de gré à gré et fasse ensuite inscrire le transfert dans le registre foncier de Courtelary. L'office de Lebern ne saurait naturellement décliner sa responsabilité en ce qui concerne le résultat de la vente de gré à gré. Quant à l'office de Courtelary, il n'a qu'une obligation: celle de prêter son concours dans le cas d'une vente aux enchères publiques.

3. — La seule question qui se pose dès lors est de savoir si l'office de Courtelary est en droit de se refuser à procéder aux enchères tant que les 80 fr. qu'il réclame à titre d'avance des frais ne lui auront pas été adressés. L'instance cantonale a résolu cette question affirmativement. Cette solution est conforme à l'esprit de la loi; elle doit être confirmée. Il résulte implicitement de l'art. 68 LP que les frais de toute opération de l'office doivent être garantis par une avance de fonds. Ce principe trouve également son application dans la procédure de la faillite ainsi que cela ressort des art. 169, 230 et 231 LP et 35 de l'ordonnance sur l'administration des offices de faillite. Si donc l'office des faillites

est en droit d'exiger l'avance des frais occasionnés par les opérations d'une faillite, ce même droit doit être accordé à l'office qu'il charge d'une opération particulière à laquelle il ne peut procéder lui-même. L'avance des frais constitue, en effet, la seule garantie de l'office chargé d'une mission spéciale. Cet office ignore les conditions de la faillite et il n'a pas à s'en occuper. Dès lors, c'est à l'office chargé des opérations de la faillite qu'il incombe de faire en sorte que les frais d'une opération dont il confie l'exécution à un autre office puissent également être payés d'avance. L'art. 3 de l'ordonnance n° 1 du Conseil fédéral porte, il est vrai, que « l'avance des frais d'une réquisition de vente n'est exigible que s'il est à prévoir que la vente ne produira rien », mais cette disposition a été abandonnée par la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a jugé à plusieurs reprises que l'avance des frais peut *toujours* être demandée, par conséquent aussi en cas de vente (v. entre autres arrêts RO éd. spéc. 14 n° 40 p. 173 et suiv.*).

4. Quant à la requête du recourant tendant à ce que le substitut du préposé de Courtelary soit chargé de la vente aux enchères, elle ne pourrait être prise en considération que s'il existait un motif légal de récusation à l'égard du préposé (art. 10 LP). Or le recourant ne prétend même pas que tel soit le cas en l'espèce.

Par ces motifs,

la Chambre des Poursuites et des Faillites

prononce :

Le recours est écarté.

* Ed. gén. 37 I p. 344 et suiv.