

— Der neue, originelle, ästhetische Effekt werde charakterisiert durch das infolge der häufigeren Kreuzung und der Rauten dichter, mehr geflechtartig gewordene Bild, das aber trotzdem nicht schwerer, sondern durch die schmalen Bündel luftiger, grazioser werde und durch die Raffung ein reliefartiges Gepräge erhalte. Diese Ausführungen über die zwischen den Mustern tatsächlich bestehenden Unterschiede sind nun tatsächlicher Natur. Wenn sodann die Vorinstanz aus den von ihr aufgeführten Unterschieden die Wirkung eines neuen originellen ästhetischen Effektes ableitet, so geht sie von einem richtigen Rechtsgrundsatz aus, insofern ihre Ausführung dahin zu verstehen ist, dieser neue ästhetische Effekt sei etwas vor der Hinterlegung durch die Kläger in den beteiligten Verkehrskreisen nicht bekanntes gewesen, — während es allerdings rechtirrtümlich wäre, wenn sie damit sagen wollte, zu den Erfordernissen eines gültigen Mustres gehöre eine neue schöpferische Idee. (Vergl. Untl. Samml. d. hg. E. XXIX, 2. T., S. 367.) Unter Zugrundlegung jenes richtigen Rechtsgrundsatzes über die Erfordernisse der Neuheit aber sind die Ausführungen der Vorinstanz im übrigen vor Bundesgericht unanfechtbar, und ist zu sagen, daß das klägerische Muster in der Tat den Mustern der Beklagten gegenüber als neu erscheint. Zu betonen ist dabei nur noch, daß auf die Gleichheit der Motive ein entscheidendes Gewicht nicht zu legen ist; die einzelnen Motive sind bei derartigen für einen besondern Zweck bestimmten Mustern meist mehr oder weniger dieselben und überhaupt nicht in unendlicher Zahl vorhanden, wogegen die Gruppierung der Motive den für die Neuheit erforderlichen neuen, d. h. bisher nicht bekannten, ästhetischen Gesamteindruck hervorzurufen geeignet ist. Was endlich den Antrag auf Anordnung einer Expertise betrifft, so gilt auch hier das in Erw. 2 i. f. gesagte.

Demnach hat das Bundesgericht  
erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen und damit das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Argau vom 22. Mai 1905 in allen Teilen bestätigt.

## VII. Schuldbetreibung und Konkurs.

### Poursuite pour dettes et faillite.

96. Arrêt du 20 octobre 1905, dans la cause Tavernier, déf. et rec., contre Cettou, dem. et int.

**Recours en cassation**, art. 89 et suiv. OJF. Conditions de recevabilité. Art. 89 l. c. — Nature d'une action formée contre un préposé aux poursuites pour dommage causé à l'occasion de la réalisation d'un immeuble. Enrichissement illégitime. Art. 70 et suiv. CO. Art. 7 al. 2 LP. — Action en garantie de l'art. 5 LP, ou action basée sur une vente privée? **Prescription. Art. 7 LP.** Art. 69, 146 CO. Art. 2 al. 3, 151, 156, 136 al. 3 LP. — **Droit cantonal et droit fédéral en matière de responsabilité du préposé aux poursuites.**

A. — Par acte en date du 8 décembre 1894, « N° 739 du visa à Martigny-Bourg », Joseph Cheseaux, à Saillon, s'est reconnu débiteur de la commune de Saillon d'une somme de 98 fr. 55. Par ce même acte ou par un autre postérieur en date (la créancière n'a pu retrouver son titre, et le dossier ne fournit aucuns renseignements précis sur ce point), Joseph Cheseaux a affecté à la garantie hypothécaire de dite créance : « un pré au lieu dit Les Paquiers, terre de Saillon de la » contenance de 100 toises locales, soit de 493 m<sup>2</sup> confiné » au levant par Roduit, Frédéric, au couchant par Laurent » Cheseaux, soit sa femme, au midi par Roduit, Jérémie ». Cette hypothèque a été inscrite au Bureau du Conservateur des hypothèques de Martigny, le 22 décembre 1896, sous N° 68 774.

B. — D'autre part, dame Clarisse née Moulin, épouse de Joseph Cheseaux, à Saillon, était propriétaire d'« un pré aux » Grands Proz, territoire de Saillon, contenant 560 m<sup>2</sup>, figurant au cadastre à l'article 2124, folio 21, N° 128, taxé » 218 fr. »

Ensuite de poursuites exercées par un ou plusieurs créan-

ciers contre Joseph Cheseaux ou peut-être même contre sa femme, « poursuite N° 17 602-3 et 10 », et sans doute après saisie, l'office des poursuites de Martigny, à la tête duquel se trouvait le Préposé Maurice Tavernier, vendit cet immeuble des « Grands Proz », article 2124 du cadastre, aux enchères, le 22 février 1900, au sieur Auguste Crittin, à Saillon, pour le prix de 410 fr., et le 30 mars 1900, il fit inscrire cette vente au Bureau de l'enregistrement de Martigny sous N° 228, ainsi qu'au Bureau des hypothèques du même district sous N° 75 152.

C. — Le 12 juillet 1901, à la requête du sieur Fumeaux, receveur, à Saillon, agissant évidemment au nom de la commune de Saillon, et en vertu tant de la créance du 8 décembre 1894 que de l'inscription hypothécaire du 22 décembre 1896, l'office des poursuites de Martigny notifia à Joseph Cheseaux un commandement de payer la somme de 98 fr. 55, avec intérêt au 5 % du 11 novembre 1900, poursuite N° 23 864, en réalisation de gage (immobilier). La désignation du gage portait : « un pré à Pâquier de 100 toises locales ».

Le 13 mars 1902, l'office des poursuites de Martigny procéda à la réalisation de cet immeuble, qui fut désigné dans la publication de vente (*Bulletin officiel* du canton du Valais, du 7 février 1902) et dans le procès-verbal de vente comme suit : « un pré à Paquier, terre de Saillon, contenant » 100 toises locales. Confins : au levant, Roduit, Frédéric, de » Joachim ; au couchant, Cheseaux, Laurent ; au midi, Roduit, » Frédéric », et qui fut estimé à 200 fr. et adjugé à 220 fr. à Pierre Cettou, à Massongex. Le prix en fut payé séance tenante. L'office fit inscrire cette vente le 26 mai 1902 au Bureau de l'enregistrement de Martigny sous N° 409, ainsi qu'au Bureau des hypothèques au même district, sous N° 79 477.

D. — Lorsque Cettou voulut prendre possession de l'immeuble à lui vendu, il n'y put parvenir, soit que cet immeuble n'existât pas du tout, soit qu'il ne fût pas autre chose que celui déjà vendu au sieur Crittin, soit enfin que Cettou n'eût pu le découvrir.

Prétendant que le Préposé aux poursuites de Martigny, Maurice Tavernier, ne lui avait, le 13 mars 1902, pas vendu autre chose que le pré déjà vendu à Crittin le 22 février 1900, — Cettou assigna Tavernier, par exploit du 12/16 août 1902, à comparaître devant le Juge de commune de Martigny-Ville le 28 dit, afin que Tavernier « consentit à lui payer toute juste indemnité », ou « pour tenter conciliation et agir selon droit ».

A l'audience du 28 août 1902, acte de non conciliation fut délivré à Cettou, « avec suite de droit ».

E. — Dès lors, les choses demeurèrent en l'état et aucun acte quelconque de procédure n'intervint plus jusqu'au 31 août /1<sup>er</sup> septembre 1903.

A cette date, — et le Préposé Maurice Tavernier étant décédé dans l'intervalle, à une époque que le dossier ne permet pas de préciser, — Cettou fit notifier à dame veuve Tavernier comme tutrice de ses enfants mineurs, ceux-ci étant pris en leur qualité d'héritiers de leur père, un nouvel exploit de citation en conciliation, portant assignation sur le 16 septembre 1903, et se référant, quant aux fins de la demande, à l'exploit du 12/16 août 1902.

A l'audience du 16 septembre 1903, acte de non conciliation fut de rechef délivré à Cettou, « avec suite de droit ».

F. — Par exploit du 19, notifié le 24 septembre 1903, Cettou signifia aux hoirs Tavernier le dépôt, au Greffe du Tribunal du district de Martigny, de son « mémoire introductif d'instance ».

Dans ce mémoire, Cettou rappelle sommairement les faits ci-dessus et reconnaît que Maurice Tavernier n'est intervenu dans les deux ventes des 22 février 1900 et 13 mars 1902, qu'en sa qualité de Préposé aux poursuites de Martigny et, après les enchères du 13 mars 1902, a opéré la transcription de la vente et rempli toutes les formalités prescrites. Il expose que, devant le titre préférable qui lui a été opposé par le sieur Crittin, il ne lui restait plus qu'à *actionner en dommages-intérêts* son vendeur, Maurice Tavernier, ou actuellement, les hoirs de ce dernier.

G. — Par mémoire du 6 novembre 1903, les hoirs Tavernier déclarèrent reconnaître simplement que leur auteur était bien le signataire du procès-verbal de vente du 3 mars 1902, ignorer ou contester tous autres faits et « invoquer la prescription de l'action ».

H. — Après une instruction dans les détails de laquelle il serait superflu de vouloir entrer ici, le demandeur Cettou prit le 25/26 avril 1905, les conclusions suivantes :

« 1° les défendeurs sont tenus de lui payer la valeur de 220 fr., avec intérêt légal dès le 13 mars 1902 ;

» 2° les défendeurs sont tenus de payer à l'instant une indemnité de 80 fr. »

I. — Par mémoire du 8/11 mai 1905, les défendeurs concluent au rejet de la demande, en invoquant essentiellement à côté de moyens de fond présentés à titre subsidiaire et sans intérêt dans ce débat, le moyen tiré de la prescription de l'action, et ce en ces termes : « L'action en dommages-intérêts contre un Préposé aux poursuites se prescrit par une année du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage, art. 5 et 7 LP. — La vente a eu lieu le 13 mars 1902. — Le demandeur, dans son mémoire introductif d'instance, prétend qu'un premier exploit en conciliation a été donné le 12 août 1902. — En conséquence, il a eu, en tout cas, connaissance du dommage le 12 août 1902. — En admettant même que le premier acte de non conciliation ait eu lieu le 28 août 1902, ainsi que le prétend Cettou, aucun acte de procédure n'est intervenu dans l'année qui a suivi le 28 août 1902. — En effet, ce n'est qu'en septembre 1903 qu'a été notifiée la citation en conciliation en le présent litige. — Par conséquent, l'action est prescrite ».

K. — Par jugement en date du 6 juin 1905, le Tribunal du IV<sup>e</sup> arrondissement, pour le district de Martigny, a rejeté l'exception de prescription soulevée par les défendeurs et déclaré la demande de Cettou bien fondée en toutes ses conclusions, en résumé par les considérations ci-après :

Dans les ventes faites par l'office des poursuites par adju-

dication aux enchères, le propriétaire n'intervient pas ; l'acquéreur est en face du Préposé seul, et, pour lui, il n'y a pas d'autre vendeur que le Préposé. En conséquence, ce dernier, comme vendeur, est tenu, à l'égard de l'acquéreur, des mêmes obligations de délivrance de garantie, etc., que celles incombant à tout vendeur. Le Préposé doit prendre toutes mesures de sécurité (art. 133 et suiv. LP).

Il s'agit donc, en ce qui concerne la réclamation de 220 fr., non pas d'une action en dommages-intérêts fondée sur les dispositions des art. 5 et 7 LP ou 69 CO, mais bien d'une réclamation découlant d'un contrat de vente, contre le vendeur, pour défaut d'accomplissement des obligations lui incombant. Or, une telle action ne se prescrit que par 30 ans à teneur des dispositions du C. civ. valaisan (art. 2016).

Les défendeurs ne peuvent pas sérieusement prétendre que le pré vendu à Cettou n'est pas le même que celui vendu précédemment à Crittin, en se prévalant de ce que les deux ventes ont eu lieu sous des noms locaux divers et avec des indications de contenances et de taxes légèrement différentes, puisqu'ils n'ont pu indiquer ni sur le plan cadastral de Saillon ni dans le registre, quel était l'immeuble vendu à Cettou, immeuble dont ils prétendent néanmoins qu'il existe et qu'il est autre que celui vendu à Crittin, et puisqu'ils n'ont pu davantage faire constater l'existence de la mutation qui devait être opérée par les soins de l'office, suivant l'art. 136 LP, immédiatement après la vente.

Le Code civil valaisan proclame sans doute que, pour les immeubles, la délivrance est censée opérée par le seul fait de la convention, soit du contrat de vente lui-même (art. 1349) ; mais, en l'espèce, la délivrance n'a pas eu lieu en fait, ni ne pouvait avoir lieu, puisque les défendeurs n'ont pu ni indiquer l'immeuble au cadastre, non plus que la mutation qui en aurait été faite, ni en démontrer d'autre manière l'existence. Il résulte de ce défaut d'indication que le pré vendu à Cettou n'existe pas ou qu'il doit être le même que celui vendu à Crittin. Dans l'un comme dans l'autre cas, le demandeur Cettou, puisqu'il ne peut prendre possession de l'objet

vendu, doit être remboursé du montant qu'il a versé pour son acquisition.

Le fait qu'il s'agissait, le 13 mars 1902, d'une réalisation d'hypothèque, est sans importance, car le Préposé, dans une poursuite de cette nature, est tenu des mêmes obligations de recherches que pour les ventes d'immeubles après saisie (art. 156 LP) et de la même obligation d'opérer la mutation, et c'est lui également qui apparaît comme vendeur.

La qualification donnée par le demandeur, dans ses mémoires, à sa réclamation, d'action en dommages-intérêts, n'en change pas, en droit, la nature; cette réclamation est et demeure une action découlant du contrat de vente.

En ce qui concerne la réclamation portant sur une indemnité de 80 fr., c'est là une action accessoire qui suit l'action principale; pas plus que celle-ci, elle n'est une action découlant uniquement des dispositions des art. 5 et 7 LP et 69 CO; mais elle est, elle aussi, une action en dommages-intérêts pour inexécution d'une obligation contractuelle; et le chiffre de 80 fr. ne paraît pas exagéré.

*L.* — (Appel; retiré comme nul.)

*M.* — En temps utile, les hoirs Tavernier ont déclaré recourir en cassation auprès du Tribunal fédéral, conformément aux art. 89 et suiv. OJF, contre le jugement susrappelé, en concluant à ce que celui-ci soit cassé comme ayant fait application du droit cantonal au lieu du droit fédéral sur la question de prescription, et à ce que la cause soit renvoyée à l'instance cantonale pour nouveau jugement.

*N.* — L'intimé conclut au rejet du recours tant comme irrecevable que comme mal fondé.

*Statuant sur ces faits et considérant en droit :*

1. — Le présent recours en cassation ayant été interjeté dans les formes et délai prévus par la loi, doit être reconnu comme recevable, car, d'une part, les recourants soutiennent que l'instance cantonale a fait, à tort, application en la cause du droit cantonal, en lieu et place du droit fédéral, et la question que soulève l'examen de ce grief est une question de fond et non une question à discuter préliminairement, à l'occasion du débat sur la recevabilité du recours, et, d'autre

part, le jugement du 6 juin 1905 est bien un jugement au fond rendu par la dernière instance cantonale et non susceptible d'un recours en réforme (art. 89 OJF). A cet égard, il y a lieu de constater, en effet, que le jugement du 6 juin 1905 est bien un jugement au fond puisqu'il statue sur le fond même du procès et qu'il a adjugé au demandeur toutes ses conclusions, et, d'autre part, que c'est là un jugement définitif, rendu par la dernière instance cantonale, car il est hors de doute qu'aux termes des art. 45 et 49 chiff. 1 de la loi valaisanne sur l'organisation judiciaire du 30 mai 1896, et en raison de la valeur en litige, supérieure à 200 fr., mais inférieure à 500 fr., la cause rentrait dans la compétence exclusive du Tribunal du IV<sup>e</sup> arrondissement pour le district de Martigny, et ne pouvait valablement être déférée à la Cour d'appel du canton du Valais. Cette dernière ne pouvant ainsi connaître de la cause au fond, il est indifférent que les hoirs Tavernier aient, ou non, recouru en appel, et qu'ils se soient, ou non, valablement désistés de leur déclaration d'appel.

Le fait que les hoirs Tavernier auraient pu recourir en cassation auprès de la cour de cassation cantonale, en vertu de la loi du 1<sup>er</sup> juin 1877, est également indifférent, et il est inutile de rechercher si l'interprétation que donnent les recourants des art. 1, chiff. 1 et 3 de dite loi, est exacte ou non, car il est certain qu'en recourant à la cour de cassation cantonale, les hoirs Tavernier se fussent exposés à perdre leur droit de recours en cassation au Tribunal fédéral; à supposer, en effet, que les hoirs Tavernier eussent recouru à la cour cantonale et que celle-ci eût écarté leur recours en prononçant qu'il n'y avait pas eu, en l'espèce, de la part du tribunal du IV<sup>e</sup> arrondissement, de violation de la loi, elle n'aurait fait que trancher cette question spéciale de droit, elle n'aurait pas statué sur la cause au fond, elle n'aurait pas annulé le jugement du 6 juin 1905 pour y substituer son propre arrêt, et ce dernier n'aurait pu faire en conséquence l'objet d'un recours en cassation auprès du Tribunal fédéral (voir l'arrêt *Misteli c. Ingold*)\*.

\* RO XXVIII, 2, N° 20, p. 174 et suiv. (*Ann. d. Red. f. Publ.*)

Enfin, il importe peu que le recours porte non sur le fond même de la cause, mais sur une exception préjudicielle, celle de la prescription, puisque l'admission ou le rejet de cette exception est évidemment de nature à influer sur le sort même de la cause, soit sur la solution à donner au litige en définitive (comp. arrêt du Tribunal fédéral, du 17 septembre 1898, en la cause *Rey c. Joller*, *Rec. off.* XXIV, 2, N° 75, consid. 4, p. 633 ; *Journal des tribunaux*, 1899, p. 235).

2. — Au fond, la question de savoir si c'est à tort ou à raison que l'instance cantonale a fait application du droit cantonal à l'exception de prescription opposée par les recourants à l'action formée contre eux par l'intimé, dépend de la question de savoir quelle est, en réalité, la nature de cette action, en sorte que c'est à cette dernière question qu'il convient de s'arrêter en premier lieu.

3. — L'on peut tout d'abord écarter sans autre argumentation de l'intimé, suivant laquelle la présente action se caractériserait ou pourrait se caractériser comme une action fondée sur l'enrichissement illégitime. Le jugement dont recours n'a pas même, en effet, considéré l'action de l'intimé contre les recourants sous cette face. L'intimé n'a pas non plus allégué que le Préposé Maurice Tavernier se fût rendu coupable d'un abus de confiance en affectant, à son usage personnel, la somme perçue par lui pour prix de la vente du 13 mars 1902 ; l'intimé a même tenu à dire, dans sa réponse au recours, « pour l'honneur du défunt », qu'il ne croyait pas que l'on pût reprocher à ce dernier autre chose que du désordre dans l'administration de son office. Il ne saurait donc être question d'un acte punissable tombant sous la législation pénale, en sorte que l'on ne se trouve point en présence de conditions telles que celles réservées à l'art. 7 al. 2 LP et qu'il n'y a, en l'espèce, d'autre règle applicable que celle établie à l'alinéa 1 du même article. Ce n'est bien, en effet, qu'en sa qualité de Préposé aux poursuites de l'arrondissement de Martigny que Tavernier a reçu de l'intimé une somme de 220 fr. dont l'emploi était réglé par la LP (art. 157), la dite somme devant servir à couvrir d'abord les frais de réa-

lisation et de distribution et à payer la commune de Saillon, créancière gagiste poursuivante, et l'excédent devant être remis au débiteur poursuivi, Cheseaux. L'on peut remarquer que la preuve n'a même pas été rapportée, que Tavernier n'ait pas en réalité procédé de la sorte et qu'il soit demeuré comptable de la susdite somme de 220 fr. Mais cette preuve eût-elle même été rapportée, qu'elle n'eût pas suffi, et qu'il eût fallu encore qu'un acte punissable tombant sous le coup de la législation pénale eût été allégué et établi à la charge de Tavernier pour que la responsabilité de ce dernier demeurât engagée au delà du délai d'une année prévu à l'art. 7 al. 1 LP. En d'autres termes, la LP, en ses articles 5 et 7, n'admet contre un Préposé d'autre action que celle prescriptible par un an du jour où le lésé a eu connaissance du dommage, que dans un seul cas, celui prévu à l'art. 7 al. 2, qui ne se rencontre pas en l'espèce, et dans lequel, d'ailleurs, l'on ne se trouve pas en présence d'une action d'une nature différente de celle prévue à l'art. 5 LP, seul le délai de prescription étant différent suivant l'applicabilité de l'art. 7 al. 1 ou de l'art. 7 al. 2.

4. — Il ne reste ainsi à examiner que la question de savoir si c'est à tort ou à raison que l'instance cantonale a admis que, par les enchères du 13 mars 1902, Tavernier avait revêtu envers l'intimé la qualité d'un vendeur ordinaire et pouvait être tenu en conséquence d'obligations de droit privé dont l'inexécution pouvait donner naissance à une action autre que celle prévue à l'art. 5 LP, soit à une action en délivrance ou en garantie telle que celle découlant, en règle générale, du contrat de vente.

Or, à cet égard, il y a lieu de reconnaître ce qui suit :

Le Préposé aux poursuites qui, dans une poursuite par voie de saisie ou dans une poursuite en réalisation de gage, mobilier ou immobilier, procède à la vente des biens saisis ou de ceux faisant l'objet du gage, n'agit pas comme une personne privée et ne conclut pas de contrat de vente proprement dit ; il n'agit qu'en qualité de Préposé, soit de fonctionnaire, et ne fait qu'exécuter les mesures dont l'accomplis-

sement lui incombe en vertu des attributions qui lui sont conférées par l'Etat. En exécutant ces mesures, il ne procède pas suivant sa libre volonté comme le fait celui qui s'engage dans un contrat de droit privé, mais ce sont ses fonctions qui le contraignent à procéder, d'une façon déterminée, dès que se trouvent réalisées les circonstances auxquelles la loi a subordonné l'exercice de son activité comme fonctionnaire. C'est l'un des principes servant de fondement à la LP, que toute la procédure en exécution forcée, pour autant que celle-ci vise à obtenir un paiement en argent, constitue une œuvre que seul le Préposé aux poursuites peut accomplir.

La loi, en son art. 2 al. 3, a sans doute, pour le surplus, réservé aux cantons le soin d'organiser les offices de poursuites, mais elle a nettement posé ce principe au préalable, que toutes les opérations nécessitées dans une poursuite par les réquisitions du créancier sont des opérations qui ne peuvent être consommées que par un fonctionnaire; le Préposé aux poursuites peut être un fonctionnaire de l'Etat (canton), d'un district ou d'une commune, mais il est et doit être un fonctionnaire, et c'est uniquement en cette qualité qu'il a à s'acquitter des attributions qui lui incombent comme Préposé, que ces attributions lui soient conférées directement par la LP, ou qu'elles découlent des dispositions légales que les cantons sont autorisés, ou même tenus d'édicter pour assurer l'exécution de la LP en toutes ses parties (comp. arrêt du Tribunal fédéral, du 21 février 1900, en la cause Tagliavini c. Schmid, *Journal des tribunaux* et *Revue judiciaire*, 1901.)

Or, la réalisation d'un immeuble dans la poursuite en réalisation de gage constitue une opération de poursuite à exécuter par l'office des poursuites ou par le fonctionnaire préposé à cet office, et réglée par les art. 151 et suiv. LP. De même, la mutation de propriété, prévue aux art. 156 et 153 al. 2 LP, lorsque les cantons, en vue du droit que leur a réservé, à cet effet, la LP, ont chargé le Préposé aux poursuites d'y procéder ou d'y participer, est une opération que le Préposé accomplit en cette qualité, et en cette qualité seulement (comp. arrêt. du Tribunal fédéral, Chambre des Pour-

suites et des Faillites, du 10 mars 1904, en la cause Kili-Stahel c. Office des poursuites de Bâle-Ville, *Rec. off.*, édition spéciale, vol. VII, N° 12, p. 50)\*.

5. — La question qui vient d'être élucidée ne se confond point d'ailleurs avec celle qui consiste à savoir quelle est la nature juridique de l'opération même que constitue la réalisation à laquelle aboutit une poursuite. Cette seconde question est l'objet de nombreuses controverses et peut effectivement donner matière à discussion. Suivant la jurisprudence du Tribunal fédéral jusqu'ici, cette réalisation revêtirait le caractère ou la nature d'une vente de droit privé. Suivant la doctrine, ou du moins suivant certains auteurs, comme *Emile Huber*, « Die rechtliche Natur der Zwangsversteigerung nach schweiz. Betreibungsrechte », *Abhandlung in der Zeitschrift für Schweiz. Recht, Neue Folge*, Bd. XXIV, p. 81 et suiv., et 275 et suiv., notamment p. 90, 110 et 329), l'adjudication aux enchères d'un bien meuble ou immeuble, au contraire, n'a aucunement le caractère ou la nature d'un contrat de droit privé et ne constitue qu'un acte de la puissance publique entraînant uniquement comme conséquences de droit privé celles compatibles avec le droit sur la poursuite. Mais, quelle que soit l'opinion à laquelle il faille se ranger à ce sujet, les conclusions auxquelles l'on arrive dans la question à résoudre ici, sont les mêmes. En effet, même dans l'hypothèse d'un contrat de droit privé, il faut reconnaître, ainsi que l'a fait déjà le Tribunal fédéral, Chambre des Poursuites et des Faillites, dans l'arrêt susrappelé Kili-Stahel c. Office de Bâle-Ville, que la situation du Préposé envers l'adjudicataire n'est pas celle d'un vendeur de droit privé, ou d'un mandataire du vendeur, envers son acquéreur, le Préposé ne cessant point, dans cette opération de l'adjudication, d'agir en sa qualité de fonctionnaire et en vertu des attributions que lui confère cette qualité.

6. — Ainsi, en tout état de cause, dans l'adjudication d'un immeuble aux enchères au cours d'une poursuite ordinaire ou en réalisation de gage, le Préposé intervient et agit en

\* *Rec. gén.*, vol. XXX, 1, N° 31, p. 193 et suiv.

(*Ann. d. Red. f. Pabl.*)

qualité de fonctionnaire, il n'assume aucune obligation de droit privé et ne peut donc être actionné en exécution d'obligations de cette nature; en particulier, il ne peut être actionné comme peut l'être un vendeur en vertu d'un contrat de vente ordinaire.

Le jugement qui, comme celui du 6 juin 1905, énonce un principe contraire, viole déjà, par ce fait seul, le droit fédéral.

7. — Mais, il y a plus. Des considérations qui précèdent, la conclusion qui se dégage et qui s'impose, c'est que la seule action possible contre un Préposé ensuite de la méconnaissance par celui-ci des devoirs de sa charge ou des obligations lui incombant de par ses fonctions est celle que prévoient et que régulent les art. 5 et 7 LP. En effet, la LP aurait pu se borner à déterminer celles des obligations qu'elle entendait imposer aux Préposés et à laisser aux cantons le soin de régler les autres attributions pouvant être conférées à ces fonctionnaires, sans se préoccuper de fixer quelles seraient les conséquences de l'inobservation de ces obligations ou de la méconnaissance de ces attributions; mais elle n'a pas voulu restreindre ainsi son œuvre; elle a tenu à prescrire quelle serait, sur le terrain du droit privé, la responsabilité des Préposés et à déterminer le temps durant lequel cette responsabilité demeurerait engagée. La violation des devoirs de sa charge par un Préposé, ou l'inobservation des obligations découlant pour lui de ses fonctions, donne donc naissance, de par la loi fédérale même, à un droit contre lui en réparation du dommage causé. C'est ce que dit expressément l'art. 5 LP.

Ce faisant, la LP a épuisé la matière, du moins en ce sens que toute personne lésée par une faute commise par un Préposé *en cette qualité* n'a et ne peut avoir contre celui-ci que la seule action en responsabilité prévue à l'art. 5 LP, — toute possibilité d'une autre action, de droit fédéral comme de droit cantonal, étant absolument exclue dans ce cas. En revanche, et, évidemment, le Préposé retombe sous le droit commun lorsqu'il cesse d'agir en cette qualité et qu'il n'inter-

vient plus, dans les rapports de la vie sociale, que comme personne privée.

Or, ainsi qu'on l'a vu déjà, l'action de l'intimé contre les recourants n'a d'autre base que les actes commis par leur auteur en sa qualité de Préposé; elle ne pouvait donc être soumise à d'autre prescription que celle établie par l'art. 7 LP, et le jugement du 6 juin 1905 qui a fait application, sur ce point, du droit cantonal en lieu et place du droit fédéral, doit être cassé.

8. — En ce qui concerne les objections spéciales soulevées par l'intimé à l'encontre du recours, l'on peut se borner à remarquer ce qui suit :

Si, dans son texte français, la loi, — à l'art. 7 LP, comme à l'art. 146 CO, — parle de la prescription de l'« action », ce n'est pas qu'elle ait voulu distinguer entre l'action et le droit que le créancier se propose de faire valoir par cette action; droit et action se prescrivent de la même manière et en même temps, ainsi que cela est reconnu sans conteste, depuis longtemps, et ainsi que cela résulte d'ailleurs du texte allemand des dits art. 5 LP et 146 CO. Au surplus, cette distinction même n'offrirait en la cause aucun intérêt quelconque, puisque c'est bien par voie d'action, et non par voie d'exception, que l'intimé fait valoir ses prétendus droits contre les recourants ou leur auteur;

Si l'action a été intentée en temps voulu et si les deux actes de non conciliation des 28 août 1902 et 16 septembre 1903 font tous deux partie de la même action, c'est là une question qui ne rentre pas dans ce débat, car elle ne viendra en discussion que lorsque l'instance cantonale examinera, dans son nouveau jugement, l'exception de prescription au regard de l'art. 7 LP.

Le débat, aujourd'hui, ne porte pas non plus sur l'interprétation à donner à l'art. 640 Cpc val., c'est-à-dire sur la question que l'intimé ne paraît pas d'ailleurs avoir soulevée devant l'instance cantonale et qui consiste à savoir si, en vertu de cette disposition ou de tout autre du droit cantonal valaisan, comme celle, par exemple, de l'art. 800 C. civ.

valais., combinée avec celle de l'art. 153 chiff. 6 CO, la prescription ayant commencé à courir dès le jour indiqué à l'art. 7 al. 1 LP, avant le décès de Tavernier, a pu être suspendue par l'effet de ce décès, et, dans l'affirmative, pendant combien de temps. Cette question, à propos de laquelle on peut remarquer encore qu'elle aura à se poser exactement dans les termes prévus à l'art. 153 chiff. 6 CO, ne viendra, comme les précédentes, en discussion que lorsque l'instance cantonale reprendra l'examen de l'exception de prescription au regard du droit fédéral, conformément au présent arrêt.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est déclaré fondé, — le jugement du Tribunal du IV<sup>e</sup> arrondissement pour le district de Martigny, en date du 6 juin 1905, en conséquence, annulé, — et la cause renvoyée au dit tribunal pour nouveau jugement, conformément aux art. 94 et 84 OJF.

### 97. Urteil vom 1. Dezember 1905 in Sachen

**Kommel**, Bekl. u. Ber.-Kl., gegen **Wartmann**, Kl. u. Ber.-Bekl.

**Kompensation im Konkurse.** Art. 213, spez. Art. 2, Ziff. 2 SchKG.  
*Identität von Gläubiger und Schuldner: Die Konkursmasse und der Gemeinschuldner sind nicht identische Rechtssubjekte. Ausschluss der Kompensation von Forderungen an den Gemeinschuldner mit Schulden an die Konkursmasse, speziell mit einer Regressschuld aus Bürgschaft.*

A. Durch Urteil vom 26. August 1905 hat die I. Appellationskammer des Obergerichts des Kantons Zürich in Gutheißung der Klage erkannt:

Der Beklagte ist pflichtig, dem Kläger 2500 Fr. nebst Zins à 5% seit dem 22. Juli 1904 zu bezahlen.

B. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte rechtzeitig und formrichtig die Berufung an das Bundesgericht eingelegt, mit dem Antrag auf Abweisung der Klage.

C. Der Kläger hat auf Bestätigung des angefochtenen Urteils angetragen.

Die Litisdennunziatin des Klägers hat sich diesem Antrag angeschlossen.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Rechtsstreit beschlägt folgenden Tatbestand: Die Leihkasse Enge war Gläubigerin der Aktiengesellschaft Schwimmhalle in Zürich für 95,000 Fr., wofür sie als Sicherheit, neben einem Grundpfand, die Solidarbürgschaft von fünf Solidarbürgen, worunter alt Präsident Schellenberg, Direktor Uehlinger und der Beklagte, hatte. Da nach dem Tode von a. Präsident Schellenberg dessen Verlassenschaft ausgeschlossen wurde, wurde über sie anfangs 1901 die konkursmäßige Liquidation durchgeführt. Die Konkursmasse Schellenberg zahlte an die Forderung der Leihkasse Enge aus Bürgschaft 38,663 Fr. 20 Cts. in zwei Malen, am 5. November 1902 und 24. Februar 1904. Am 18. Juli 1904 trat sie ihre Regressansprüche gegenüber den Mitbürgen an Uehlinger ab, der ihr 10,000 Fr. bezahlt hatte; sie beschränkte jedoch diese Zession dahin, daß der Zessionar Uehlinger mit Bezug auf die von ihm bezahlten 10,000 Fr. von den übrigen Mitbürgen nur das entsprechende Betreffnis, d. h. 2500 Fr. von jedem einzelnen, solle zurückfordern können. Einige Tage nachher trat Uehlinger die ihm abgetretenen Regressrechte an den Kläger ab, der sie nun mit der vorliegenden Klage einklagt. Der Beklagte anerkennt an sich Bestand und Umfang der Forderung; er stellt ihr jedoch (— für zwei weitere Forderungen hält er heute die Kompensation nicht mehr aufrecht —) eine Forderung von 13,200 Fr. zur Kompensation, mit der es sich folgendermaßen verhält: Der Beklagte war mit Schellenberg Bürge für eine Schuld der Aktiengesellschaft Badanstalt Mühlebach an die Schweizerische Volksbank in Zürich; nachdem die Hauptschuldnerin in Konkurs geraten war, schlossen die Interessenten am 9. September 1900 eine Vereinbarung, wonach Schellenberg an den Beklagten eine Abfindungssumme von 35,000 Fr. zu zahlen hatte. Den von Schellenberg nicht bezahlten Restbetrag dieser Forderung von 30,048 Fr. 60 Cts. meldete der Beklagte im Konkurs des Nachlasses Schellenberg an; durch Vereinbarung zwischen der Volksbank, der Konkursmasse Schellenberg und dem