

einen Dritten mit Subrogation hätte zahlen lassen und nun der Dritte die Pfandverwertung verlangen würde, was sich der Gläubiger eben gefallen lassen muss. Den Schutz des Gläubigers noch weiter auszudehnen, als dass seinem Pfandrecht der Vorrang vor dem Pfandrecht des Eintretenden eingeräumt wird, besteht weder eine gesetzliche Grundlage noch ein triftiger Grund.

Wenn endlich gesagt wird, die Subrogation lasse sich entbehren, indem der Schuldner, anstatt zu zahlen, den Gläubiger vorerst auf die Befriedigung aus dem Pfande verweisen könne, so ist dazu vorab zu bemerken, dass diese Möglichkeit gerade bei Zinsforderungen (und Annuitäten) nicht gegeben ist (Art. 41 Abs. 2 SchKG). Aber auch bei der Kapitalforderung liesse es sich nicht rechtfertigen, dem zahlenden Altschuldner den Eintritt in die Gläubigerrechte deshalb zu versagen, weil ihm die Möglichkeit der Verweisung auf die Pfandverwertung offen gestanden hätte; denn wenn er trotz dieser Möglichkeit bezahlt, wäre es erst recht ungebührig, das Pfandrecht nicht zu seinen Gunsten fortbestehen zu lassen.

Nicht nur wird, wie dargetan, durch die Subrogation weder der Schuldübernehmer noch der Gläubiger (dem es freistand, anstatt den Altschuldner zu belangen, selber die Pfandverwertung zu verlangen) noch irgendein Dritter (für den sich durch die Subrogation nichts Wesentliches ändert) geschädigt, sondern es wird auch eine sachgemässe Abwicklung des Kauf- und Schuldübernahmevertrages einzig dadurch gewährleistet, dass das damit angestrebte neue Schuldverhältnis, das wegen der Weigerung des Gläubigers mit diesem nicht zustande kommen konnte, nun im Umfange der Zahlungen des beibehaltenen Schuldners zwischen diesem und dem Schuldübernehmer hergestellt wird unter Fortbestand der Pfandsicherheit, wie sie dem Gläubiger selbst zugestanden hatte und auch bei Annahme des neuen Schuldners zugestanden hätte. Andernfalls würde der Liegenschaftsverkehr empfindlich gestört; manche Verträge kämen mit Rücksicht auf die Haltung

des Grundpfandgläubigers gar nicht zustande, und andere würden rückgängig gemacht. Das Gesetz will aber den Vollzug solcher Kaufverträge mit Schuldübernahme erleichtern, indem es die Befreiung des bisherigen Schuldners durch blossen Fristablauf eintreten lässt (Art. 832 Abs. 2 ZGB). Tritt dieser Lösung eine Beibehaltungserklärung des Gläubigers entgegen, so hat dann eben die Subrogation in die Lücke zu treten: Soweit der Altschuldner noch in Anspruch genommen wird, soll ihm der Grundwert, wie er nach Betrag und Rang in der betreffenden Aufhaftung verkörpert und dem Erwerber auf den Kaufpreis angerechnet worden ist, durch Übergang der Gläubigerrechte als Pfand gesichert sein.

*Demnach erkennt das Bundesgericht:*

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 24. August 1933 wird bestätigt.

**31. Arrêt de la II<sup>e</sup> Section civile du 22 juin 1934  
dans la cause**

**S. et E. Lévy contre Banque de l'Etat de Fribourg.**

Meubles vendus avec réserve de propriété, mais devenus accessoires d'un immeuble. Conflit entre le propriétaire des meubles et le créancier hypothécaire.  
Art. 805 al. 3 Cc.

A. — Le 9 novembre 1928, la Banque de l'Etat de Fribourg a vendu à Charles Bucher, d'une part, un immeuble à destination d'hôtel, sis à Gruyères (l'Hôtel du Bourgoz), d'autre part, le mobilier de l'Hôtel de la Croix-Blanche, à Bulle. Le prix était payé en partie par la constitution de deux obligations hypothécaires, de 7500 fr. chacune, grevant l'immeuble vendu. Les deux actes de constitution d'hypothèque contiennent la clause suivante: « Est compris dans la présente hypothèque le mobilier de la

Croix-Blanche à Bulle dont M. Bucher est devenu propriétaire, ainsi que tout le mobilier que ce dernier se procurera pour l'exploitation de l'Hôtel du Bourgoz. Ce mobilier ne devra pas être grevé d'un droit de rétention ».

En dates du 29 avril et du 22 juillet 1929, Bucher a acheté à la Société en nom collectif Samuel et Edmond Lévy, « Fabrique Gruyera », à Bulle, un certain nombre de meubles destinés à l'Hôtel du Bourgoz. Les vendeurs se réservaient la propriété des meubles jusqu'à complet paiement du prix (5513 fr.). Les pactes de réserve de propriété ont été inscrits au registre tenu par l'office des poursuites de la Gruyère.

Le 11 mai 1931, Bucher a vendu à Delle Rose Eichenberger l'Hôtel du Bourgoz pour le prix de 72 000 fr. payé en partie par la reprise des hypothèques existantes, en partie par la création de trois nouvelles hypothèques en faveur du vendeur et le solde en espèces. Par contrat passé le même jour entre Bucher, Delle Eichenberger et Samuel et Edmond Lévy, Delle Eichenberger a pris la place de Bucher au contrat de vente avec réserve de propriété et s'est engagée à payer aux vendeurs le solde dû par l'acheteur (4691 fr. 50) ; pour ce montant elle a accepté trois traites tirées par Samuel et Edmond Lévy et il a été entendu que les paiements qu'elle ferait de ce chef seraient imputés sur le montant des obligations souscrites par elle envers Bucher. Samuel et Edmond Lévy ont porté immédiatement à la connaissance du préposé au registre des pactes de réserve de propriété cette substitution d'acheteur, laquelle a été inscrite au registre.

Le 29 juillet 1931, la Banque de l'Etat de Fribourg a accordé un nouveau prêt hypothécaire de 5000 fr. à Delle Eichenberger. L'acte porte que « tout le mobilier de l'Hôtel du Bourgoz, ustensiles, vases de cave et verrerie, sont compris dans la présente hypothèque ».

Le 1<sup>er</sup> avril 1932, Delle Eichenberger est tombée en faillite.

Dans cette faillite Samuel et Edmond Lévy, auxquels restait dû le solde du prix du mobilier (4681 fr. 50), ont revendiqué la propriété dudit mobilier. Cette revendication a été tenue pour justifiée par l'administration de la faillite, laquelle a cédé à la Banque de l'Etat de Fribourg, conformément à l'art. 260 LP, le droit de la contester.

La Banque a alors ouvert action en concluant à ce qu'il soit prononcé que les droits de gage immobilier constitués en sa faveur sur les immeubles de la faillite comprennent spécialement les meubles vendus sous réserve de propriété et que par conséquent elle est en droit de requérir la réalisation à son profit desdits meubles engagés comme accessoires des immeubles formant l'Hôtel du Bourgoz.

B. — Par jugement du 22 juillet 1932, le Tribunal de la Gruyère a débouté la demanderesse de ses conclusions.

Sur appel de la Banque, la Cour d'appel du Canton de Fribourg a alloué à la demanderesse ses conclusions avec dépens.

C. — Samuel et Edmond Lévy ont recouru en réforme, en reprenant leurs conclusions libératoires.

La Banque de l'Etat de Fribourg a conclu au rejet du recours et à la confirmation de l'arrêt.

*Considérant en droit :*

1. — La Cour d'appel a cru devoir mettre en doute la validité de la réserve de propriété stipulée en faveur des recourants, bien que la Banque de l'Etat de Fribourg l'eût expressément reconnue et se fût bornée à soutenir qu'elle ne lui était pas opposable parce que les meubles en question étaient devenus des accessoires de l'immeuble. Partant du fait que la réserve de propriété garantissait une créance des vendeurs Lévy contre l'acheteur originaire Bucher et estimant, d'autre part, que la dette de ce dernier s'était éteinte par novation et que Delle Eichenberger était devenue débitrice à sa place, elle a jugé qu'il aurait fallu stipuler et faire inscrire une nouvelle réserve de propriété comme clause accessoire de la nouvelle vente

faite à Delle Eichenberger. Cette argumentation est erronée. En réalité, il n'y a pas eu extinction de la dette par novation, mais simple reprise de la dette de Bucher par Delle Eichenberger avec le consentement des créanciers. Il était donc suffisant de modifier l'inscription primitive en désignant désormais comme acquéreur Delle Eichenberger en lieu et place de Bucher, et c'est ce qui a eu lieu.

2. — Les recourants étant ainsi au bénéfice d'une réserve de propriété valable, il y a lieu d'examiner les deux questions suivantes :

1° si les meubles dont ils se sont réservé la propriété ont pu devenir des accessoires de l'immeuble appartenant à l'acheteur ; et, dans l'affirmative,

2° si les droits de gage constitués sur cet immeuble et ses accessoires frappent même les accessoires dont la propriété est demeurée aux vendeurs, c'est-à-dire si ce droit de propriété est opposable à la Banque, créancière hypothécaire.

*ad 1°* : Après avoir commencé par affirmer que la qualité d'accessoires ne pouvait être attribuée à des meubles qui n'appartenaient pas au propriétaire de l'immeuble (RO 43 II p. 160 et suiv.), la jurisprudence du Tribunal fédéral s'est finalement fixée en sens contraire (cf. RO 54 III p. 18/19 et 56 II p. 186) ; elle admet actuellement que « rien ne s'oppose à ce qu'un objet qui n'appartient pas au propriétaire de la chose principale ne devienne un accessoire de celle-ci ». Cette solution ne peut être que confirmée. Non seulement les travaux préparatoires montrent clairement que le rédacteur du code admettait déjà que l'accessoire et l'immeuble pouvaient appartenir à deux personnes différentes (cf. Motifs, p. 52 et 193 ; Bull. stén. Cons. Nat. XVI p. 517), mais cette volonté résulte en outre clairement du texte même de la loi, car l'art. 805 al. 3 réserve expressément les « droits des tiers sur les accessoires », ce qui n'aurait aucun sens si l'accessoire devait nécessairement appartenir au propriétaire de l'immeuble.

*ad 2°* : La seconde question est, il est vrai, plus discutable. A la différence du code allemand qui, tout en admettant aussi la possibilité pour le propriétaire de l'immeuble de donner la qualité d'accessoire à une chose qui ne lui appartient pas, prévoit cependant, par une disposition expresse, que l'hypothèque ne s'étend pas aux accessoires qui ne sont pas devenus la propriété du propriétaire de l'immeuble (§ 1120 BGB), le code civil suisse s'en est tenu sur ce point à la règle de l'art. 805 al. 3, et la portée de cette disposition est controversée. Elle a déjà donné lieu à des interprétations divergentes au cours des travaux préparatoires. Huber, dans l'Exposé des motifs, affirmait que le vendeur avec réserve de propriété n'était protégé contre le créancier hypothécaire que si celui-ci était de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il avait eu connaissance de la réserve de propriété (Tome III, p. 193). Mais M. Hoffmann, le rapporteur allemand du Conseil des Etats, paraissait admettre, au contraire, que le propriétaire de l'accessoire est toujours protégé contre le créancier hypothécaire (Bull. stén. XVI p. 1394). La même incertitude se retrouve dans la doctrine : Tandis que certains auteurs soutiennent que les droits du créancier hypothécaire ne peuvent jamais prévaloir sur ceux du tiers propriétaire de l'accessoire (GUISAN, Accessoires, bénéfice de compétence et hypothèques, J.d.T. Poursuite 1929 p. 43 ; PFEIFFER, Les accessoires immobiliers et l'hypothèque, p. 97 et suiv.), d'autres, à l'exemple de Huber, font également dépendre la solution du problème de la bonne ou mauvaise foi du créancier hypothécaire (WIELAND, note 7 sur l'art. 805 ; LEEMANN, notes 79 et suiv. sur art. 805). Pour Wieland, l'inscription de la réserve de propriété suffirait pour empêcher le créancier hypothécaire de se prétendre de bonne foi (même opinion, semble-t-il, chez Rossel, Vol. III p. 106 et 107). Leemann combat cette opinion, en faisant observer, à juste titre du reste (cf. RO 42 II p. 582 et 56 II p. 186), que les inscriptions au registre des pactes de réserve de propriété

ne doivent pas être censées connues. Pour lui, par conséquent, le créancier hypothécaire n'est de mauvaise foi que s'il a connu l'inscription ou dû la connaître lors de la constitution de l'hypothèque ou — s'agissant d'accessoires acquis ultérieurement — lors de leur acquisition (cf. HAAB, notes 17 et 25 sur art. 644-645). C'est également sur le terrain de la bonne foi du créancier hypothécaire que se sont placés la Cour d'appel de Berne (*Zeitschrift des Bern. Jur.-Ver.* 1916 p. 545 et 546) et le Tribunal du district de Winterthur (*Schw. Jur. Zeitg.* 29 p. 220). Quant au Tribunal fédéral, il n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer ; deux arrêts soulèvent, il est vrai, la question, mais sans la trancher formellement (RO 45 II p. 181 et suiv. et 54 III p. 15 et suiv.).

En présence d'une règle aussi absolue que celle de l'art. 805 al. 3, il faut en réalité reconnaître que le législateur a bien entendu sauvegarder les droits du propriétaire de l'accessoire à l'égard de tous les créanciers hypothécaires indistinctement. L'art. 805 ne fait, en effet, rentrer les accessoires dans le gage immobilier que sous la réserve expresse des droits des tiers sur les accessoires. Or il n'est pas possible d'admettre que les droits du propriétaire de l'accessoire soient « réservés », s'il doit voir sa chose réalisée à son détriment et au profit du créancier hypothécaire. Cette réserve ne peut s'entendre que si elle vaut même à l'égard du créancier hypothécaire de bonne foi ; à l'égard d'un créancier de mauvaise foi elle aurait été inutile, car elle allait de soi. Aussi bien est-ce à tort que l'on croit pouvoir faire intervenir en l'occurrence la notion de bonne foi. Qu'elle puisse jouer un rôle dans les rapports entre le propriétaire de l'accessoire et l'acquéreur de l'immeuble, cela peut s'expliquer comme une conséquence de la règle posée à l'art. 933 qui a trait à l'acquisition des choses mobilières. Cette disposition protège celui qui, de bonne foi, a reçu la chose d'autrui, et elle fait prévaloir les droits du possesseur sur ceux du propriétaire dépossédé (cf. RO 56 II p. 183 et suiv. où ce principe a été rappelé dans un

conflit entre le vendeur avec réserve de propriété et l'acquéreur de l'immeuble et des accessoires). Mais l'art. 933 n'est d'aucune application dans les rapports entre le vendeur avec réserve de propriété et le créancier hypothécaire, puisque ce dernier n'a pas la possession de l'immeuble, ni des accessoires.

Voulût-on d'ailleurs admettre qu'en cas de vente d'un immeuble comprenant des accessoires, l'acheteur devienne propriétaire des accessoires en même temps que de l'immeuble, par le seul effet de l'inscription au registre foncier et sans mise en possession spéciale des accessoires, cela ne conduirait pas encore à appliquer les mêmes règles à l'égard de l'acheteur de l'immeuble et à l'égard du créancier hypothécaire, car l'art. 644 réserve expressément les exceptions qui peuvent découler de la convention ou de la loi et l'art. 805 al. 3 constitue précisément une de ces exceptions, alors que la loi ne prévoit rien de pareil en cas de vente.

En l'absence de motifs tirés du texte légal, on ne voit non plus aucune raison d'équité pour donner la préférence au créancier hypothécaire. Si l'on suppose d'égale bonne foi le créancier hypothécaire et le vendeur avec réserve de propriété, on doit constater que le créancier hypothécaire a la faculté de consulter le registre des pactes de réserve de propriété avant d'accorder le prêt, et qu'il pourra en général se renseigner de cette façon sur les réserves de propriété existant sur les accessoires de l'immeuble. Au contraire, le vendeur, lorsqu'il vend la chose, n'a aucun moyen de savoir si cette chose ne deviendra pas peut-être accessoire d'un immeuble hypothéqué et il n'a aucun moyen d'empêcher qu'elle le devienne. Ses intérêts paraissent donc beaucoup plus dignes d'être protégés que ceux du créancier hypothécaire qui n'est pas comme lui désarmé.

La notion de bonne foi ne laisse pas d'ailleurs de créer des complications. On peut tout d'abord se demander comment s'appréciera la bonne foi du créancier hypothé-

caire. Si les accessoires existaient déjà sur l'immeuble lors de la constitution du gage, la question, sans doute, ne soulèvera pas de difficultés : il sera de bonne foi s'il a cru ou pu croire que ces accessoires appartenaient à son débiteur. Mais qu'en sera-t-il si les accessoires ont été acquis après la constitution du gage ? Dire avec l'intimée qu'en pareil cas le créancier sera toujours considéré comme de bonne foi, serait, comme on l'a déjà relevé, manifestement injuste. Quant à la solution de Leemann, consistant à dire qu'il faut se placer au moment de l'achat et l'introduction de l'accessoire dans l'immeuble, elle ne résout rien, car à ce moment-là le créancier n'a plus rien à faire, il n'a aucun acte juridique à accomplir, et l'on ne peut donc parler ni de bonne, ni de mauvaise foi. D'autre part, on ne peut non plus nier les difficultés pratiques inextricables devant lesquelles on se trouvera s'il y a plusieurs ventes avec réserve de propriété, s'il y a plusieurs créanciers hypothécaires et si pour chacun d'eux et à propos de chacun des accessoires on est amené à distinguer suivant la bonne ou la mauvaise foi.

A supposer enfin qu'on voulût sacrifier aux créanciers hypothécaires le vendeur avec réserve de propriété, il faudrait logiquement et par identité de motifs leur sacrifier également tous les tiers qui, à un titre quelconque (prêt, mandat, location, etc.) ont confié au débiteur un objet qui s'est par la suite trouvé revêtu de la qualité d'accessoire de l'immeuble, ce qui n'est pas admissible.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est admis et l'arrêté attaqué réformé en ce sens que les conclusions de la demanderesse sont rejetées.

## IV. OBLIGATIONENRECHT

### DROIT DES OBLIGATIONS

#### 32. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. Mai 1934 i. S. Rota gegen Gassmann.

*Schadensverteilung bei Mitverschulden* (Art. 44 OR). Der Gesamtschaden muss im Verhältnis des Verschuldens auf beide Parteien verlegt werden (Erw. 3).

*Unterbrechung der Verjährung* (Art. 135 OR). Durch Betreibung wird die Verjährung nicht schlechthin, sondern nur für den in Betreibung gesetzten Betrag unterbrochen (Erw. 4).

*Verrechnung* (Art. 120 OR). Die Abweisung der Widerklage steht der Geltendmachung der betreffenden Ansprüche vor der oberen Instanz auf dem Wege der blossen Verrechnung nicht im Wege, wenn bei Abweisung von Haupt- und Widerklage sich der Beklagte damit zufrieden geben wollte, der Kläger aber das Urteil weiterzieht (Erw. 5).

*Aus dem Tatbestand :*

A. — Am 8. Mai 1930 ereignete sich zwischen den Parteien ein Autounfall, bei dem beide Fahrer verletzt und beide Fahrzeuge erheblich beschädigt wurden. Gegen beide Parteien wurde ein Strafuntersuch durchgeführt, auf Grund dessen das Kantonsgericht St. Gallen am 30. Juni 1931 beide Angeklagte zu je 100 Fr. Geldstrafe verurteilte.

Am 30. April 1931 betrieb der Kläger den Beklagten für den Betrag von 7000 Fr. Als Forderungsgrund wurde im Zahlungsbefehl angegeben : Schadenersatz (Unterbrechung der Verjährung). Einen gleichlautenden Zahlungsbefehl liess der Kläger dem Beklagten am 18. April 1932 zustellen. Der Beklagte schlug gegen beide Zahlungsbefehle Recht vor.

B. — Mit Klage vom 5. Dezember 1932 hat der Kläger vom Beklagten die Bezahlung von 19,560 Fr., eventuell eines Betrages nach richterlichem Ermessen, nebst 5 %