

aux autres créanciers cessionnaires et à la masse (cf. JAEGER, art. 260 note 3 litt. e, p. 258 et suiv.). Le créancier cessionnaire étant un simple mandataire muni de pouvoirs pour faire le procès à son profit, mais à ses risques et périls et avec l'obligation de rendre compte, il est indifférent au tiers défendeur par qui il est attaqué.

D'autre part, la cession de la prétention par la masse suppose, à la vérité, que la procédure de faillite soit pendante. Si la faillite est révoquée ou suspendue, la cession ne peut avoir lieu, et dans le cas où elle est déjà intervenue, elle n'a plus d'effet (cf. RO éd. spéc. 10 N° 8, p. 32 \* ; JAEGER, art. 260 note 3 litt. h, p. 259). Mais il ne s'agit pas là d'un empêchement ou d'une nullité d'ordre public ; il faut admettre que la cession peut être sanctionnée après coup.

Tel a été le cas en l'espèce. La cession a été maintenue, et par lettre du 4 janvier 1917 adressée à l'office, les époux Brügger en ont reconnu, implicitement du moins, la validité : Moyennant l'acceptation de deux conditions, dame Brügger déclarait renoncer à la propriété du cheval litigieux et consentir à ce qu'il fût considéré comme rentrant dans la masse et réalisé comme tel. Or l'objet du procès intenté par les créanciers cessionnaires, c'était précisément de faire rentrer dans la masse l'objet litigieux. Cette déclaration du 4 janvier a donc validé la cession et mis fin au procès. En effet, la première condition posée — liquidation sommaire de la faillite — a été remplie : Le juge de la faillite a ordonné cette liquidation le 9 janvier 1917 et a fait publier la reprise de la procédure de faillite. Quant à la deuxième condition — réalisation du cheval par l'office — ce sont les époux Brügger, en tout cas dame Brügger qui a vendu le cheval elle-même ; c'est donc elle qui a empêché la réalisation par l'office ; dès lors elle ne peut se prévaloir du fait que la seconde condition n'aurait pas été remplie.

3. — Enfin, la plainte des époux Brügger était en tout cas tardive. Les recourants ont eu connaissance de la cession en juin 1916 par l'ouverture de l'action que les créanciers cessionnaires ont intentée à dame Brügger. Les époux Brügger n'ont pas porté plainte dans les dix jours, ils n'ont recouru contre la cession que le 27 septembre 1917, soit tardivement.

Par ces motifs,

la Chambre des poursuites et des faillites

prononce :

Le recours est écarté.

#### 62. Arrêt du 24 novembre 1917 dans la cause Gerber.

Continuation de la poursuite : Conditions de la saisie définitive. — Ouverture du délai pour intenter l'action en libération de dette ; décision judiciaire de mainlevée provisoire nécessaire ; convention des parties exclue. — Portée d'un jugement déclarant l'action en libération de dette prématurée.

A. — Dans une poursuite n° 17168 dirigée par le notaire Hugo Gerber, à Thoune, contre le notaire Schaffter, à Moutier, le créancier a requis le 15 août 1917 la vente des immeubles saisis. Le 17 août, le préposé à l'office des poursuites de Moutier répondit négativement, attendu que la saisie provisoire n'était pas encore devenue définitive.

Gerber a porté plainte à l'autorité bernoise de surveillance en alléguant : Il a demandé la mainlevée de l'opposition formée par le débiteur contre la poursuite n° 17168. Le 24 novembre 1915, le débiteur a acquiescé aux conclusions de la demande de mainlevée avant qu'un jugement soit intervenu, en se réservant toutefois le droit d'intenter une action en libération de dette. Le créancier ayant requis la saisie, l'office procéda en décembre 1915

à une saisie provisoire. Le 11 décembre le débiteur ouvre l'action en libération de dette. Cette action a été rejetée « dans le sens des motifs » par arrêt de la Cour d'appel bernoise, rendu le 21 juin 1917. Il n'en reste pas moins que la saisie provisoire est devenue définitive par le rejet de l'action en libération de dette. Aucun obstacle ne s'opposant à la continuation de la poursuite, le préposé doit donner suite à la réquisition de vente.

B. — L'autorité de surveillance a écarté la plainte par décision du 17 octobre 1917 motivée comme suit : L'arrêt du 21 juin 1917 de la Cour d'appel ne constate pas l'existence matérielle de la créance ; il n'y a pas eu rejet proprement dit de l'action en libération de dette ; le demandeur a été débouté de ses conclusions parce que son action était prématurée, « la mainlevée provisoire d'opposition n'étant alors pas encore terminée par un jugement passé en force... ou par un acquiescement équivalant à un pareil jugement ». Les effets de l'arrêt sont donc les mêmes que si la Cour n'était pas entrée en matière. La saisie n'étant ainsi pas encore devenue définitive lorsque le plaignant a requis la vente, le refus du préposé est justifié.

C. — Gerber a recouru en temps utile au Tribunal fédéral contre cette décision qui lui a été communiquée le 12 novembre 1917. Il reprend les conclusions de sa plainte.

Statuant sur ces faits et considérant  
en droit :

La demande de réalisation du créancier suppose une saisie définitive (art. 118 LP). La saisie n'est définitive que dans le cas où il n'y a pas eu d'opposition ou lorsque l'opposition a été levée définitivement ou encore, dans l'éventualité d'une mainlevée provisoire, lorsque l'action en libération de dette n'a pas été intentée en temps utile ou a été écartée (cf. JAEGER, art. 83 note 5 ; art. 82 note 6).

L'action en libération de dette suppose, d'autre part, que la mainlevée provisoire a été accordée. Or, en l'espèce,

la Cour d'appel n'est pas entrée en matière sur l'action en libération de dette par le motif que cette action était prématurée, l'existence de la mainlevée provisoire n'étant pas établie.

On pourrait, à la vérité, se demander si le juge n'aurait pas dû accorder la mainlevée vu l'acquiescement du débiteur, donné le 24 novembre 1915. Mais il incombait au créancier de provoquer une pareille décision. Il ne l'a pas fait. Le juge saisi de la demande en libération de dette a eu dès lors raison de considérer qu'il n'était pas en présence d'une mainlevée même provisoire et que, par conséquent, l'action était prématurée.

Il est, en effet, inadmissible que les parties décident elles-mêmes si une mainlevée provisoire ou définitive doit être accordée au créancier. Le débiteur qui a fait opposition à la poursuite ne peut plus lui donner libre cours qu'en retirant son opposition. Et de même qu'une opposition ne peut être conditionnelle, de même n'est-il pas admissible de subordonner le retrait de l'opposition à la réserve d'introduire l'action en libération de dette. C'est uniquement une décision judiciaire constatant l'existence des conditions de la mainlevée provisoire qui peut d'une façon certaine donner ouverture au délai pour intenter l'action en libération de dette. Il est exclu que les parties fixent elles-mêmes le point de départ de ce délai, qui est d'une importance essentielle pour le cours et la durée de toute la poursuite.

Au surplus, déjà le fait que le juge saisi de l'action en libération de dette n'a statué sur cette demande ni au point de vue formel ni en celui du fond, suffit à lui seul à justifier le refus du préposé de procéder à la réalisation. En effet on ne peut parler d'une saisie définitive que dans le cas où l'action en libération de dette a été écartée comme mal fondée ou bien comme tardive ou entachée d'un vice de forme, mais il ne saurait être question d'une saisie définitive lorsque, comme en l'espèce, le juge n'est entré en matière sur la cause ni au point de vue formel ni au point

de vue du fond et qu'il s'est borné à déclarer l'action prématurée.

Par ces motifs,

la Chambre des Poursuites et des Faillites  
prononce :

Le recours est écarté.

### 63. Entscheid vom 5. Dezember 1917 i. S. Frei.

Nichtigkeit einer gegen die « Erben..... » durchgeführten  
Betreibung ?

A. — Die Rekursgegner August Scheck in Rebstein, Fritz Scheck in Genf, Adolf, Paul und Lili Scheck in Diepoldsau, Auguste Scheck in St. Margrethen, Alois, Anton und Max Scheck in Diepoldsau sind zusammen mit ihrer Mutter Frau Genoveva Scheck in Diepoldsau die Erben des August Scheck, der vor seinem Tode in Diepoldsau gewohnt hatte. Alois, Anton und Max Scheck sind noch minderjährig. Eine Erbteilung hat nicht stattgefunden. Der Rekurrent Johannes Frei, Maurermeister in Diepoldsau, stellte am 19. März 1917 beim Betreibungsamt Diepoldsau das Begehren um Einleitung einer ordentlichen Betreibung gegen die « Erben Scheck, Brauerei, Diepoldsau, vertreten durch Genoveva Scheck zum Freihof, Diepoldsau ». Auf einer Beilage zum Betreibungsbegehren waren die Namen der einzelnen Erben angegeben. Der Zahlungsbefehl wurde am 20. März der Witwe Scheck zugestellt. Am 21. April 1917 pfändete das Betreibungsamt in der Betreibung (Nr. 81) eine Reihe von Gegenständen, die zum Nachlass gehören. Adolf Scheck war bei der Pfändung anwesend. In der Folge ordnete das Betreibungsamt sodann auf Begehren des Rekurrenten die Verwertung an und zwar auf den 25. September 1917.

Über Witwe Scheck war unterdessen der Konkurs eröffnet worden.

B. — Am 13. September 1917 erhob das Waisenamt Diepoldsau namens der minderjährigen Kinder Beschwerde mit dem Antrag, die Betreibung sei als nichtig zu erklären.

Die volljährigen Söhne und Töchter schlossen sich am 21. September dieser Beschwerde an, indem sie den gleichen Antrag stellten.

Das Waisenamt machte geltend : Der Rekurrent habe für seine Forderung ein Pfandrecht an einer Liegenschaft. Er könne daher nur die Betreibung auf Pfandverwertung durchführen. Die Frist zur Beschwerde wegen der Betreibungsart sei noch nicht abgelaufen, weil die Witwe Scheck infolge des Konkurses ausgeschieden sei und die Betreibung nur noch gegen die neun übrigen Erben gehe. Frau Scheck habe stets und so auch in der Betreibung die Erbschaft vertreten, dabei eigenmächtig gehandelt und hauptsächlich die minderjährigen Kinder über die Betreibung nicht orientiert. Sie habe Abschlagszahlungen leisten wollen und sogar die Konkurseröffnung über die Erbmasse beantragt. Weder die minderjährigen Kinder noch das Waisenamt hätten daher bisher die erforderlichen Schritte zur Wahrung ihrer Interessen tun können. Die Betreibung sei aber auch deshalb unzulässig, weil die Fortsetzung nur gegenüber den Kindern Scheck verlangt werde und daher nicht bestimmte Nachlassgegenstände, sondern bloss die Erbteile gepfändet und verwertet werden können. Der Rekurrent habe nicht etwa die Erbmasse betrieben, da er in seinem Betreibungsbegehren nicht diese oder die « Erbschaft » oder « Hinterlassenschaft », sondern die einzelnen Erben als Schuldner bezeichnet habe.

Die volljährigen Rekursgegner bezeichneten die für ihre minderjährigen Geschwister eingereichte Eingabe in Beziehung auf die Sachdarstellung als « integrierenden Bestandteil » ihrer Beschwerde und führten im übrigen