

erweckt werden, daß man es mit einem Produkt des Klägers zu tun habe. Eine derartige Nachahmung hat sich jedoch die Beklagte nicht zu Schulden kommen lassen. Einmal ist zu bemerken, daß der Kläger, wie er selbst angibt, die äußere Form seines Kalenders nicht konstant beibehalten hat, so daß sein Kalender nicht in stereotyper Gestalt Gegenstand des Verkehrs ist und sodann zeigen sich beim Kalender der Beklagten so starke Abweichungen in der äußern Erscheinung, daß eine Verwechslung nicht wohl möglich ist. Abgesehen davon, daß ein erhebliches Unterscheidungsmerkmal darin besteht, daß die Bilder des beklagten Kalenders farbig sind, diejenigen des klägerischen dagegen nicht, ist nicht nur der Deckel des Blockes, sondern namentlich auch die Form und malerische Verzierung der Kartonunterlage wesentlich verschieden. Bei dem beklagten Kalender zeigt der Deckel das Schweizerwappen, beim klägerischen den Schillerstein mit der Aufschrift „Schweizerbilder mit geschichtlichen und geographischen Notizen,“ der Jahreszahl und der Bemerkung: „Gezeichnet und herausgegeben von E. Lauterburg, Maler, Bern.“ Die Kartonunterlage des klägerischen Kalenders stellt, wenigstens in den spätern Jahrgängen, eine mit Blumen besetzte Palette von brauner Holzfarbe dar, und trägt ebenfalls den Namen Lauterburg. Der Karton des beklagten Kalenders nähert sich dagegen der Form eines Wappenschildes und trägt, in hellen Farben ausgeführt, einige Schweizeransichten.

Bei dieser Verschiedenheit in der sinnfälligen Erscheinung der beiden Kalender muß Jeder, der den Lauterburg'schen Kalender kennt, und dem der Krämer'sche vorgewiesen wird, sofort sehen, daß der letztere nicht der Lauterburg'sche ist. Durch das Aussehen des Krämer'schen Kalenders werden also diejenigen, welche den Lauterburg'schen zu kaufen wünschen, nicht verleitet, jenen für diesen zu nehmen. Danach liegt in der Herstellung und dem Verkauf des Krämer'schen Kalenders kein Akt der concurrence déloyale gegenüber dem Kläger. Ist daher trotz dieser augenfälligen Verschiedenheit da und dort von einzelnen Personen, die den Lauterburg'schen Kalender wünschten, der Krämer'sche gekauft worden, so kann die Beklagte hiefür nicht verantwortlich gemacht werden; es wäre denn, daß sie in anderer Weise auf eine Ver-

wechslung hin gearbeitet hätte; hiefür liegt aber nichts vor. Wenn der Kläger diesfalls behauptet hat, daß der Ehemann der Beklagten Dritten vorgespiegelt habe, er habe sich mit dem Kläger ins Einvernehmen gesetzt, so könnte die Vorspiegelung des Einvernehmens mit Lauterburg jedenfalls nicht das Verbot des weitem Betriebes des Krämer'schen Kalenders, was den Hauptgegenstand der Klage bildet, rechtfertigen, sondern höchstens die Zuerkennung eines Ersatzes des durch jene Vorspiegelung verursachten Schadens. Die nötigen tatsächlichen Voraussetzungen für eine derartige Zuerkennung sind indessen von der Vorinstanz nicht festgestellt, auch nicht bewiesen, und es ist in dieser Richtung nicht einmal speziell geklagt worden. Aus diesen Gründen ist denn auch dem heute gestellten Aktenvervollständigungsbegehren des Klägers nicht zu entsprechen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung des Klägers wird als unbegründet erklärt, und das Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 29. Juni 1895 in allen Teilen bestätigt.

148. *Arrêt du 26 octobre 1895 dans la cause Yulmy contre Dupré.*

A. Louis Yulmy exploitait en commun avec ses enfants, notamment avec son fils Pierre, la ferme de Rohr appartenant aux hoirs Bardy. Il n'est pas établi si, outre son fils Pierre et une fille Céline veuve Comby, d'autres enfants encore vivaient avec lui. Il n'est pas non plus établi si le bail avait été conclu au nom de Louis Yulmy, ou au nom de son fils Pierre, ou au nom des deux, ou encore au nom des indivis ou frères Yulmy. Il résulte en revanche du dossier que Louis Yulmy avait déjà fait faillite antérieurement aux faits dont il est question ci-après. Néanmoins c'est lui qui faisait, sinon exclusivement, du moins très souvent les marchés concernant l'exploitation

de la ferme. C'est ainsi que le 5 octobre 1892, il acheta quatre vaches du demandeur Louis Dupré, à Villarvolard. Le 6 mai 1893, il souscrivit en faveur du vendeur une cédula payable à réquisition, par laquelle il se reconnaissait personnellement débiteur de 2080 francs pour prix du dit achat. Le créancier exerça bientôt après des poursuites contre lui en vertu de cette cédula, mais le 6 juin 1893 l'office des poursuites de Tavel délivra un acte de défaut de biens, à teneur duquel les objets mobiliers découverts sont inscrits comme étant la propriété des enfants Yulmy. Le 1^{er} juillet 1893, L. Dupré quitta la cédula souscrite par Louis Yulmy et se fit remettre en lieu et place un billet à ordre de la même somme payable « à requête » et portant comme signature : « pour frères Yulmy fermiers, Pierre Yulmy. » En vertu de ce nouveau titre et par l'intermédiaire du notaire et agent d'affaires Blanc, à Fribourg, il requit le 7 juillet une poursuite contre les frères Yulmy, fermiers à Rohr, pour être notifiée à Pierre Yulmy. Un commandement de payer fut effectivement notifié à ce dernier le lendemain, 8 juillet 1893, pour la somme de 2080 francs, plus l'intérêt au 5 % dès la notification. Ce commandement demeura sans opposition. D'autres poursuites étaient exercées à la même époque contre Louis Yulmy par le sieur Meyer, à Fribourg, pour une somme de 550 francs et par le sieur Buchs, à Bellegarde, pour une somme de 800 fr. plus les accessoires, payée par lui comme caution solidaire d'un billet de change dû par Louis et Pierre Yulmy. A la requête de Meyer, l'office opéra le 17 juillet une saisie à la ferme de Rohr sur 3000 pieds cubes de foin taxés 30 centimes le pied. Buchs et Dupré ayant aussi requis la saisie, le premier le 22 juillet et le second le 16 août, furent admis à participer à celle du 17 juillet ; de plus l'office opéra le 21 août une saisie complémentaire portant sur du bétail et des instruments aratoires taxés avec le foin à 5710 francs. Le procès-verbal de la poursuite complémentaire indique Louis Yulmy comme débiteur et se trouve ainsi en désaccord avec le commandement de payer du sieur Dupré adressé à Pierre Yulmy pour les frères Yulmy. Le 26 septembre, à la requête de

L. Dupré et d'un sieur Alph. Bocard, créancier de 300 fr., l'office opéra une nouvelle saisie sur 2000 pieds cubes environ de foin et regain taxés 600 francs, plus diverses denrées taxées 950 francs. Le procès-verbal de saisie indique de nouveau Louis Yulmy comme débiteur, tandis que l'avis de saisie au nom de Dupré est adressé aux frères Yulmy.

Le 15 septembre, Ch. Buchs avait requis la réalisation des objets saisis, mais avant qu'il eût été donné suite à cette réquisition, le fourrage saisi fut vendu de gré à gré le 30 septembre à un sieur Ch. Zbinden, à Fribourg. Les clauses essentielles de l'acte de vente sont conçues comme suit :

« Les indivis Yulmy vendent à M. Zbinden le tas de foin et regain qui se trouve au rez-de-chaussée de leur grange à Rohr, sauf la largeur de la première colonne, soit celle de devant prise en plein, pour le prix de 60 centimes le pied cube, payable 1000 francs à la foire d'octobre, 1000 francs à la foire de la Saint-Martin et le solde dans le courant de décembre prochain.

» Le mesurage aura lieu dans le courant d'octobre et M. Zbinden aura la faculté de laisser paître son bétail jusqu'à la mise en crèche avec celui de MM. Yulmy et cela gratuitement.

» M. Zbinden aura la faculté de consommer ce foin à distraire, MM. Yulmy s'engageant à dédommager les propriétaires pour ce fait à raison de deux centimes le pied comme cela a été convenu entre eux.

» Les indivis Yulmy réservent les droits des créanciers saisissants. Avec leur autorisation, les paiements susmentionnés seront faits en mains tierces, soit auprès de M. le notaire Blanc, à Fribourg, représentant des hoirs Bardy, propriétaires, et de M. Louis Dupré, à Villarvolard. »

Cet acte porte les signatures de Louis Yulmy, Céline Comby née Yulmy, et de Ch. Zbinden.

Au dos figure l'inscription suivante, datée aussi du 30 septembre 1893 et signée par Marie Bardy pour l'hoirie de ce nom :

« L'hoirie Bardy donne son consentement à la vente d'autre

part, mais en réservant qu'il soit retenu par M. Blanc et pour elle, le montant lui revenant à raison de deux centimes par pied cube de fourrage qui pourrait être distrait. »

Ce contrat avait été rédigé par le notaire Blanc et fut communiqué par lui au notaire Andrey, à Bulle, mandataire de Ch. Buchs, qui répondit le 10 octobre 1893 que son mandant donnait son consentement au mode de liquider les biens saisis au préjudice des hoirs Yulmy, à Rohr.

Il n'est pas établi si la même communication fut faite aux autres créanciers saisissants, Meyer et Boccard, ni s'ils approuvèrent la vente.

En exécution de celle-ci, Ch. Zbinden fit en main du notaire Blanc le premier versement convenu de 1000 francs à compte du prix de vente.

Peu de temps après Pierre Yulmy déposa son bilan et fut déclaré en faillite le 23 octobre 1893.

A ce moment-là le foin vendu n'avait été ni enlevé par l'acheteur, ni consommé sur place, ni même mesuré. Ce n'est que dans le courant du mois de décembre suivant qu'il fut livré à Zbinden par l'office des faillites, après un mesurage qui fit constater une quantité de 3883 pieds cubes, valant, à 60 centimes le pied, 2329 fr. 80 c.

L. Dupré intervint dans la faillite de P. Yulmy pour être payé de la somme de 2080 francs, montant du billet du 1^{er} juillet 1893, avec intérêts et frais, sous déduction de la somme qui lui reviendrait sur le prix du fourrage vendu à Zbinden. Dans une lettre accompagnant son intervention, il explique son point de vue en disant que le prix de vente des fourrages n'a pu entrer dans l'actif de la masse en faillite et que la somme de 1000 francs versée en main du notaire Blanc, de même que celles restant à percevoir de Zbinden, lui appartiennent irrévocablement au prorata de sa créance.

Ch. Buchs intervint aussi dans la faillite, entre autres pour être payé du billet de change de 800 francs en vertu duquel il avait exercé des poursuites, mais sans revendiquer, dans son intervention, aucun droit ni sur le prix du fourrage vendu à Zbinden, ni sur le fourrage lui-même.

L'office des faillites de Tavel contesta au nom de la masse le droit réclamé par Dupré sur le prix du dit fourrage et assigna au réclamant un délai pour faire valoir son prétendu droit. Dès l'ouverture de la faillite, il avait considéré ce fourrage comme faisant partie de l'actif de la masse et invité le notaire Blanc à verser en ses mains la somme de 1000 francs perçue par lui. Cette invitation ne fut pas suivie immédiatement d'effet, mais il résulte du dossier que la dite somme, de même que le solde du prix de vente, furent effectivement versés dans la suite en main de l'office des faillites pour le compte de qui il appartiendrait.

Dans le délai fixé par l'office à L. Dupré, celui-ci a ouvert action, conjointement avec Ch. Buchs, à la masse Yulmy pour faire prononcer que le prix total du foin vendu à Zbinden le 30 septembre 1893 leur appartient jusqu'à concurrence du montant de leurs créances en capital, intérêts et frais de poursuites.

Cette demande est basée sur le motif que le foin dont les demandeurs revendiquent le prix aurait été saisi à leur profit et que sa réalisation aurait eu lieu d'une manière légale avant l'ouverture de la faillite; la masse n'aurait droit qu'à l'excédent éventuel après paiement de leurs créances.

La masse Yulmy a tout d'abord opposé aux demandeurs une exception de division de cause, qui fut déclarée fondée par jugement incident du 23 avril 1894.

Elle a conclu ensuite à libération de la demande de L. Dupré pour les motifs ci-après résumés :

Aucune saisie n'aurait eu lieu au préjudice de Pierre Yulmy et dès lors la vente du 30 septembre 1893 ne saurait être considérée comme une vente ensuite de saisie. Elle aurait été conclue sans le consentement de Pierre Yulmy et sans le concours de l'office des poursuites et ne pourrait, pour ce motif, être considérée comme la réalisation d'un objet saisi, au sens de l'art. 130, chiffre 1 LP. D'ailleurs elle aurait été encore imparfaite au moment de l'ouverture de la faillite, attendu que l'acheteur n'avait pas pris possession du foin vendu et ne l'avait payé qu'en partie; on ne pourrait donc

pas dire que la chose saisie fût réalisée au sens de l'art. 199, al. 2 LP. et elle devait par conséquent, aux termes de ce même article (al. 1^{er}), rentrer dans la masse. Enfin la clause finale de l'acte du 30 septembre 1893, dans laquelle sont réservés les droits des créanciers, aurait été écrite, sinon en entier, du moins en ce qui concerne la mention spéciale de L. Dupré, après la signature de l'acte et sans le consentement des vendeurs. Il devrait dès lors en être fait abstraction et par suite l'acte du 30 septembre 1893 ne pourrait créer aucun droit particulier en faveur du demandeur. En admettant même que cette clause ait été consentie par les vendeurs, elle constituerait un paiement opéré moins de six mois avant l'ouverture de la faillite, autrement qu'en numéraire ou valeurs usuelles, et serait en tout cas un acte destiné à favoriser certains créanciers du failli; comme telle elle devrait être annulée en vertu des art. 287, chiffre 2 et 288 LP.

Outre les faits plus haut rapportés, il résulte ce qui suit de l'instruction de la cause devant le tribunal de première instance :

Le demandeur Dupré a reconnu qu'il connaissait déjà la situation obérée des Yulmy au mois d'avril 1893, époque où il chargea le notaire Blanc du soin de ses intérêts contre eux. D'après la déposition de Louis Yulmy, le sieur Zbinden lui aurait fait à Fribourg l'offre de lui acheter son foin. Yulmy se serait alors rendu auprès du notaire Blanc, mandataire des hoirs Bardy, pour lui demander son consentement à la vente. Ce dernier se serait déclaré d'accord à la condition qu'une somme de 2 centimes par pied cube fût bonifiée aux hoirs Bardy dans le cas où le fourrage ne serait pas consommé sur place. Lors de la conclusion du marché il n'aurait pas été question que le prix de vente fût versé à L. Dupré et à Ch. Buchs. Céline Comby a déclaré, de son côté, que le produit de la vente devait être réparti entre tous les créanciers saisissants; enfin, d'après Pierre Yulmy, cette même opinion lui aurait été exprimée par son père.

Le contrat a été conclu du côté des vendeurs par Louis Yulmy seul. Céline Comby aurait simplement, d'après son

dire, accompagné son père et signé le contrat comme témoin sur la demande du notaire Blanc. Louis Yulmy a affirmé qu'il exploitait la ferme uniquement pour son compte et celui de son fils Pierre, mais non pour le compte de sa fille, et qu'il avait conclu la vente du 30 septembre pour le compte de la communauté, c'est-à-dire de lui-même et de son fils Pierre. Ce dernier n'était pas présent à la stipulation, mais, au dire de son père, il était d'accord; il a reconnu lui-même que c'était d'une manière générale son père qui traitait les affaires.

Le préposé aux poursuites n'a pas été appelé à donner son consentement à la vente avant sa conclusion. Il a déclaré qu'elle avait été conclue à son insu et qu'il n'avait pas eu à s'en occuper. Il en a été informé après coup seulement par Louis Yulmy, qui lui a déclaré vouloir affecter le produit de cette vente au paiement des créances de Dupré, Buchs, Meyer et de l'hoirie Bardy. Les saisies étant suffisantes pour désintéresser les créanciers, le préposé ne crut pas devoir s'opposer à la livraison du foin à Zbinden et au paiement du prix en d'autres mains que celles de l'office.

B. Par jugement du 29 avril 1895, le tribunal du district de la Singine a déclaré fondés la plupart des moyens invoqués par la masse Yulmy et repoussé les conclusions de Dupré.

Ensuite de recours, la Cour d'appel de Fribourg, par arrêt du 1^{er} juillet 1895, a réformé le jugement de première instance et alloué au demandeur ses conclusions. L'arrêt ne discute pas l'authenticité de la réserve insérée dans l'acte du 30 septembre en faveur des créanciers. Cette authenticité paraît n'avoir plus été contestée en appel par la masse Yulmy. Il est motivé en résumé comme suit :

Il n'est pas à présumer que les fourrages saisis aient été vendus sans l'assentiment des créanciers. Que cet assentiment soit intervenu au moment de la vente ou pas, peu importe au point de vue des droits des créanciers. Ceux-ci ont renoncé à leur droit de gage résultant de la saisie à la condition que le produit de la vente leur fût attribué. La clause du contrat de vente relative au paiement renferme une assignation dans laquelle les hoirs Yulmy jouent le rôle d'assignants, l'acheteur

Zbinden celui d'assigné, et les créanciers saisissants celui d'assignataires (406 CO.). Cette assignation n'a pas été révoquée par la faillite de Pierre Yulmy, attendu qu'elle a été formellement acceptée par l'assigné et délivrée dans le but d'acquitter une dette de l'assignant envers l'assignataire (art. 412 CO.).

Pour réfuter les divers moyens invoqués par la masse Yulmy, l'arrêt dit en substance ce qui suit :

Les Yulmy doivent être considérés comme formant une indivision et ayant mandat de se représenter réciproquement en vue de l'exploitation du domaine qu'ils avaient loué. Consentie par Yulmy père, la vente du 30 septembre était opposable aux autres membres de la famille. Il faut admettre également que les objets garnissant les lieux loués, tels que bétail, fourrages, etc., étaient le gage commun des créanciers à raison d'actes concernant l'exploitation agricole. Le fait que l'office des poursuites n'a pas consenti avant sa conclusion à la vente du fourrage saisi, ne nuit en rien à la validité de cette vente. L'art. 130 LP. n'empêche pas les créanciers saisissants de renoncer à leur droit de gage et de rendre ainsi au débiteur la libre disposition de sa chose. La vente du 30 septembre n'est pas non plus annulable en vertu des art. 287 et 288 LP., attendu que la masse Yulmy n'a pas établi, ce qu'elle aurait apparemment dû faire, d'après la Cour d'appel, que le failli fût déjà en état d'insolvabilité à la date de cette vente, et parce qu'il ressort des circonstances que les créanciers saisissants ont agi de bonne foi. Du reste la masse Yulmy ne saurait arguer de la nullité de la vente après qu'elle l'a elle-même exécutée.

C. C'est contre cet arrêt que la masse Yulmy a recouru dans le délai légal au Tribunal fédéral. Elle conclut à ce que le dit arrêt soit réformé « en ce sens que cette réforme soit tellement complète que cet arrêt inconcevable soit mis à néant et à ce que Louis Dupré soit condamné à tous les frais. »

A l'appui de son recours elle reprend dans son mémoire les divers moyens déjà invoqués par elle devant les instances cantonales. Toutefois elle ne conteste plus l'authenticité de la

clause finale de l'acte du 30 septembre 1893. Elle explique de plus que c'est cette clause finale seule qu'elle estime nulle en vertu des art. 285 et suiv. LP., mais non la vente elle-même.

L. Dupré a conclu au rejet du recours. Dans son mémoire il soutient que la vente était parfaite dès le 30 septembre malgré le défaut de livraison de la chose vendue, qui n'a d'importance qu'au point de vue du transfert de la propriété. Le fait que le préposé n'est pas intervenu dans cette vente ne lui enlèverait pas le caractère d'une vente de gré à gré au sens de l'art. 130 LP. ; les seuls intéressés visés par le dit article et dont le consentement soit nécessaire seraient les créanciers saisissants. Quant au préposé, ce serait au contraire un fonctionnaire neutre et qui devrait s'abstenir d'intervenir dans la vente de gré à gré approuvée par les créanciers. Quant aux art. 287, chif. 2 et 288 LP., ils seraient inapplicables d'abord parce que l'assignation contenue dans l'acte du 30 septembre ne constitue pas un paiement autrement qu'en numéraire ou valeurs usuelles, et ensuite parce que les créanciers saisissants ont agi de bonne foi et n'ont ni pu ni voulu causer un préjudice aux autres créanciers du failli en renonçant à leurs saisies pour accepter une délégation à terme. L'assignation n'aurait d'ailleurs pas été révoquée par la faillite et cela pour les raisons indiquées dans l'arrêt de la Cour d'appel.

Vu ces faits et considérant en droit :

1° La cause est dans la compétence du Tribunal fédéral. C'est en effet le droit fédéral qui est applicable et la valeur litigieuse dépasse 2000 francs, d'après les conclusions du demandeur. Ces conclusions tendent à faire reconnaître à L. Dupré, jusqu'à concurrence du montant de sa créance en capital, intérêts et frais de poursuite, la propriété du prix du foin vendu à Zbinden. Or la créance de Dupré s'élève en capital à 2080 francs et le prix du foin vendu dépasse cette somme. Il n'est pas absolument certain, il est vrai, que l'intérêt de Dupré au procès atteigne la valeur de 2000 francs. Ch. Buchs avait en effet revendiqué, conjointement avec Dupré,

le prix du foin vendu à Zbinden et ce prix devait se répartir entre eux à prorata de leurs créances. La question pourrait donc se poser de savoir si la part afférente à la créance de Dupré se fût élevée à 2000 francs. Mais, d'une part, le Tribunal fédéral eût été compétent, à teneur de l'art. 60 de l'organisation judiciaire fédérale, pour prononcer sur la demande des consorts Buchs et Dupré, et comme, d'autre part, ce dernier a conclu à ce que l'ensemble du prix de vente lui soit adjugé jusqu'à concurrence de sa créance, cette conclusion ainsi formulée doit faire règle pour déterminer la valeur litigieuse.

2° La masse recourante soutient en première ligne que l'acte du 30 septembre 1893 ne renferme pas une vente parfaite. D'après elle les frères Yulmy auraient bien promis de vendre le foin à Zbinden, mais la vente n'aurait été réalisée que par la masse elle-même; avant la déclaration de faillite il n'aurait pas existé de vente parfaite. Si ce point de vue était juste, la demande de Dupré apparaîtrait d'emblée comme non fondée, même en ce qui concerne les 1000 francs versés par l'acheteur en main du notaire Blanc antérieurement à la déclaration de faillite. Mais le contrat du 30 septembre 1893 renferme en réalité une vente parfaite. Il résulte en effet de ses termes que les parties se sont mises d'accord sur les éléments essentiels de la vente, savoir la marchandise et le prix. La marchandise est déterminée d'une manière certaine et le prix l'est objectivement. L'art. 229 CO. n'exige rien de plus pour que la vente soit parfaite. La circonstance relevée par la recourante que le foin n'avait été ni livré ni mesuré au moment de l'ouverture de la faillite est sans importance au point de vue de la perfection de la vente. L'objection tirée de cette circonstance repose sur une confusion entre les effets obligatoires du contrat de vente et le transfert de la propriété. La mise en possession est effectivement nécessaire pour transférer la propriété, mais non pour rendre le contrat de vente parfait et obligatoire.

3° Il a été soutenu en second lieu que le contrat du 30 septembre 1893 n'a pas été consenti par Pierre, mais par Louis

Yulmy, et que dès lors il ne peut être invoqué contre Pierre ni contre sa masse en faillite. A cet égard, l'arrêt dont est recours a admis qu'il existait une indivision entre les membres de la famille Yulmy et que ceux-ci avaient réciproquement pouvoir de se représenter dans les affaires concernant l'exploitation de la ferme de Rohr. Mais la justesse de cette manière de voir n'est nullement démontrée. Une indivision dans le sens du Code civil fribourgeois ne peut en tout cas pas avoir existé entre Louis Yulmy et ses enfants, spécialement son fils Pierre, attendu qu'une semblable indivision n'est possible, d'après l'art. 1688 du dit Code, qu'entre frères et sœurs ou leurs descendants, mais non entre parents et enfants. Il serait possible en soi qu'une indivision ait existé entre les enfants Yulmy, spécialement entre Pierre et sa sœur Céline Comby, mais cela n'est pas démontré par les pièces du dossier. Louis Yulmy, d'après ses déclarations en cours du procès, soutient n'avoir agi que pour lui-même et son fils Pierre, mais non pour ses autres enfants et spécialement pas pour Céline Comby. Cette dernière, de son côté, déclare n'être intervenue au contrat du 30 septembre 1893 qu'en qualité de témoin.

Il est certain toutefois que le père Louis Yulmy avait pouvoir de conclure le contrat du 30 septembre 1893 tout au moins au nom de son fils Pierre, et il l'a réellement fait en contractant au nom des indivis Yulmy. Pierre Yulmy était en effet d'accord au sujet de la conclusion du marché et il semble que le père Yulmy eût reçu mandat de traiter, avec effet obligatoire pour les membres de la famille intéressés et en particulier pour Pierre, les affaires concernant l'exploitation de la ferme.

Le caractère obligatoire du contrat du 30 septembre 1893 ne peut donc pas être contesté en ce qui concerne le failli Pierre Yulmy. Comme d'ailleurs rien n'établit qu'un autre membre de la famille Yulmy ait revendiqué un droit de copropriété sur le foin objet de ce contrat, il y a lieu d'admettre que ce foin était bien la propriété de Pierre Yulmy.

4° Etant admis que le contrat du 30 septembre 1893 renferme une vente obligatoire pour le failli, on doit en outre

considérer comme constant en fait que lors de la conclusion de ce contrat les parties ont réellement convenu ce qui est énoncé dans les deux dernières phrases de l'écrit, savoir que les vendeurs réservaient les droits des créanciers saisissants et que le prix de vente devait, avec l'autorisation de ceux-ci, être versé en main tierce, soit en main du notaire Blanc, représentant des hoirs Bardy et de L. Dupré. Cela a été admis par la seconde instance cantonale, contrairement à l'avis des premiers juges, et n'a plus été contesté par la recourante. En revanche on doit se demander quelles sont la signification et la portée juridiques du contrat de vente conclu avec cette clause.

Le demandeur soutient en première ligne que par cette vente le foin saisi a été réalisé dans le sens de l'art. 199, al. 2 LP. et que par conséquent le produit de la vente ne doit pas rentrer dans la masse, mais revenir aux créanciers saisissants. Il prétend ainsi que le droit des créanciers saisissants sur le foin saisi aurait été réalisé par la vente du 30 septembre 1893 et que celle-ci serait une vente de gré à gré conclue en vue de cette réalisation et assimilable à une vente aux enchères opérée par l'office. Le demandeur appuie cette manière de voir sur l'art. 130 LP. à teneur duquel la vente peut avoir lieu de gré à gré lorsque tous les intéressés le demandent. Selon lui les intéressés seraient uniquement le débiteur et les créanciers saisissants et, dans l'espèce, tous ces intéressés auraient été d'accord au sujet de la vente du 30 septembre 1893 ; quant au préposé aux poursuites, sa coopération ne serait pas nécessaire et du reste ce fonctionnaire aurait consenti à la vente sinon expressément, du moins tacitement.

Cette manière de voir ne saurait toutefois être admise. La réalisation d'une saisie ne peut avoir lieu que par la vente officielle de la chose saisie, suivant les formes de la procédure en matière de poursuites pour dettes, mais non par la vente privée opérée par le débiteur, même avec le consentement des créanciers saisissants. Sans doute, l'art. 130, al. 1 LP. permet que la vente aux enchères soit remplacée par une vente

de gré à gré lorsque tous les intéressés en font la demande. Mais, ainsi que cela résulte indubitablement des termes et du contexte de cet article, il a en vue une vente officielle, opérée par le préposé ou du moins en vertu d'un mandat émanant de lui ; de plus la demande des intéressés, dont il fait mention, doit évidemment être adressée à l'office, lequel *peut* y faire droit, aux termes de la loi, mais n'est pas tenu de le faire, c'est-à-dire qu'il doit s'assurer préalablement si la demande est justifiée et si tous les intéressés sont d'accord. A ces considérations s'ajoute encore celle-ci, c'est que dans toute vente ensuite de saisie, qu'elle ait lieu de gré à gré ou pas, le prix de vente doit être remis au préposé, qui en fait la répartition aux créanciers et dresse, s'il y a lieu, un état de collocation conformément aux art. 144 et suiv. et 199 LP. Une vente qui n'a pas lieu conformément à ces prescriptions, qui est exécutée en dehors de toute participation de l'office, ne peut pas remplacer la réalisation officielle des biens saisis. Sans doute rien ne s'oppose à ce que les créanciers saisissants autorisent le débiteur, en dehors de toute intervention de l'office, à vendre amiablement la chose saisie dans le but de les désintéresser. Mais une vente faite dans ces conditions ne constitue pas une réalisation de la saisie ; elle est au contraire le résultat d'une renonciation des créanciers aux droits résultant de celle-ci, en échange d'autres garanties. Une telle vente, purement privée, ne peut pas produire les effets d'une réalisation de la saisie en conformité de la loi ; en particulier elle n'a pas, comme la réalisation par l'office, cet effet qu'en cas de faillite du débiteur les choses vendues, même lorsqu'elles sont encore propriété du débiteur et en sa possession, ne rentrent cependant pas dans la masse, mais sont livrées aux acheteurs et leur prix attribué aux créanciers saisissants. Il serait même dangereux en pratique d'admettre que la disposition de l'art. 199, al. 2 s'applique aussi lorsque la vente a été purement privée, car l'on permettrait ainsi une foule de manœuvres déshonnêtes ; notamment les créanciers saisissants pourraient, à la veille de la faillite du débiteur et d'accord avec celui-ci, s'assurer le paiement par privilège de leurs

créances au moyen d'une vente rapide de gré à gré, tandis que ce résultat ne pourrait pas être atteint en requérant la vente par l'office dans les formes ordinaires.

Or il est certain que dans le cas particulier le foin saisi n'a pas été réalisé par l'office. Il n'est pas même démontré d'une manière certaine que tous les créanciers saisissants aient consenti à la vente du 30 septembre 1893, et ils n'ont en tout cas pas demandé la vente de gré à gré à l'office; celui-ci n'y a pris aucune part; ce n'est pas lui qui a conclu le marché et ce n'est pas à lui que le prix de vente devait être versé, mais bien à un représentant des créanciers. Dans ces conditions, la vente du 30 septembre 1893 ne peut pas être considérée comme une vente officielle, opérée en conformité des prescriptions légales, par laquelle la saisie des créanciers aurait été perfectionnée. Cette manière de voir n'est en rien modifiée par la circonstance que l'office a été informé de la vente après coup par le père Yulmy et n'a pris aucune mesure pour en empêcher l'exécution, mais s'est au contraire tenu pour satisfait en présence de l'assurance donnée par Yulmy qu'il avait l'intention d'affecter le produit de la vente au paiement des créanciers saisissants. Peut-être pourrait-on voir dans cette attitude une négligence du préposé aux poursuites, mais en tout cas cela ne suffit pas pour donner à la vente purement privée du 30 septembre 1893 le caractère d'une vente officielle, conclue en conformité des prescriptions de la loi sur la poursuite, ni pour lui attribuer l'effet prévu à l'art. 199, al. 2 LP.

5° La vente du 30 septembre 1893 ne peut donc pas être considérée comme une réalisation de choses saisies dans le sens de l'art. 199, al. 2 LP. Mais on doit encore examiner si le demandeur n'a pas droit au produit de cette vente pour une autre cause. La seconde instance a estimé qu'il y avait droit en vertu de la clause du contrat de vente, à teneur de laquelle l'acheteur devait, avec l'autorisation des créanciers saisissants, verser le prix du foin en main du notaire Blanc, représentant des hoirs Bardy et de L. Dupré. Elle a vu dans cette clause une délégation par laquelle les indivis Yulmy,

comme délégués, auraient chargé l'acheteur, comme délégué, de payer le prix d'achat au représentant des créanciers saisissants, comme délégués. Cette délégation aurait eu pour objet d'éteindre une dette du déléguant envers les délégués; elle aurait été acceptée par le délégué dans l'acte de vente même; par conséquent, d'après l'art. 412 CO., elle n'aurait pas été révoquée par la faillite de l'assignant. Enfin elle ne serait pas non plus attaquable par le moyen d'une action paulienne.

On doit reconnaître avec la seconde instance cantonale que la clause en question renferme réellement une délégation. En revanche, on ne saurait considérer comme établi d'une manière certaine que l'assignation ait été acceptée par l'assigné dans le sens des art. 409 et 412 CO. Il est vrai que vis-à-vis des vendeurs l'acheteur a accepté la délégation par laquelle ceux-ci le chargeaient de payer en main du représentant des créanciers. Mais là n'est pas le motif de l'irrévocabilité de la délégation à l'égard du délégué; ce motif réside bien plutôt dans l'acceptation de la délégation par le délégué vis-à-vis du délégué, attendu que par cette acceptation le délégué contracte une dette personnelle vis-à-vis de ce dernier, promet de lui payer la somme objet de la délégation et entre avec lui dans un rapport de droit direct. C'est ce qui résulte des termes des art. 409 et 412 CO. Ces deux dispositions exigent, pour que l'assigné soit obligé vis-à-vis de l'assignataire, que l'acceptation de la délégation par le délégué ait eu lieu non pas vis-à-vis du déléguant, mais vis-à-vis du délégué. Si tel n'est pas le cas, la délégation peut être révoquée par le déléguant à l'égard du délégué et elle l'est de plein droit par la mise en faillite du premier. En ce qui concerne le délégué, le fait que la délégation est irrévocable à son égard lorsqu'elle a été donnée dans son intérêt et notamment pour acquitter une dette en sa faveur, n'est pour lui d'aucune utilité en cas de faillite du déléguant, attendu que la révocation découlant *eo ipso* de la dite faillite à l'égard du délégué a pour effet d'empêcher celui-ci de payer au délégué, lequel n'a plus dès lors qu'un droit d'action en dommages-intérêts contre le déléguant.

Or, d'après le contenu du contrat de vente du 30 septembre 1893, les seules parties à cet acte ont été les vendeurs et délégants Yulmy, d'une part, l'acheteur et délégué Zbinden, d'autre part. D'après les termes de cet acte, le délégué a pris uniquement envers les vendeurs l'engagement de payer aux délégataires, c'est-à-dire aux créanciers saisissants; mais il ne résulte nullement de l'acte qu'un pareil engagement ait été pris envers les délégataires eux-mêmes. Ces derniers n'ont en effet participé en rien à la conclusion du contrat; ils ne l'ont pas signé et n'y figurent pas comme partie contractante. Il est constaté, il est vrai, que c'est le notaire Blanc, représentant des créanciers saisissants, qui a rédigé le contrat; mais il n'est pas intervenu dans cet acte comme partie contractante à l'égard de laquelle une déclaration de volonté aurait été faite. Pour affirmer qu'une déclaration d'acceptation a été donnée vis-à-vis des créanciers, il faudrait admettre qu'il résulte des circonstances que l'acceptation de la délégation a eu lieu à l'égard du notaire Blanc, comme représentant des créanciers saisissants, spécialement de L. Dupré, nonobstant le silence du contrat à cet égard. Mais cette question, pour le moins douteuse, peut rester irrésolue, attendu que le bien fondé du recours résulte d'une autre considération décisive.

6° Au moment où Pierre Yulmy est tombé en faillite, la vente n'avait pas encore été exécutée par le failli, soit le vendeur. Le foin vendu se trouvait encore en la possession et propriété de ce dernier. En effet aucun transfert de possession n'avait encore eu lieu, ni par la livraison effective du foin, ni sous forme de constitut possessoire. Le demandeur a bien tenté de soutenir que la possession aurait été transmise par constitut possessoire, mais il a complètement négligé d'énoncer et de prouver des faits de nature à justifier cette manière de voir. On doit donc tenir pour établi que la vente avait pour objet une chose individuellement déterminée, dont la livraison effective et la prise de possession n'avaient pas eu lieu immédiatement, mais avaient été remises à une date ultérieure. On se trouvait ainsi, au moment de la faillite de Pierre Yulmy, en

présence d'un contrat non encore exécuté par le failli. Or, d'après l'art. 211 LP., la masse a le choix en cas pareil ou de prendre à sa charge les engagements du failli, de les exécuter et d'exiger en contre-partie l'exécution des obligations de l'autre contractant, ou bien de renoncer à l'exécution du contrat, auquel cas l'autre contractant n'a que la faculté de faire valoir dans la faillite une réclamation de dommages-intérêts. La masse Yulmy aurait donc eu le droit de refuser de livrer le foin à l'acheteur Zbinden. Toutefois elle ne l'a pas fait, mais elle a au contraire exécuté le contrat, livré le foin à l'acheteur et exigé de celui-ci l'exécution de ses obligations. En ce faisant, elle n'a pas agi pour le compte des créanciers saisissants, mais pour le compte de l'ensemble des créanciers, c'est-à-dire avec l'intention de faire rentrer le prix de vente dans la masse. C'est ce qui résulte à l'évidence de l'ensemble des procédés de l'administration de la faillite. Aussitôt après l'ouverture de celle-ci, elle a exigé du notaire Blanc et de l'acheteur Zbinden que le prix de vente fût versé à la masse et elle n'a livré le foin à l'acheteur que sous cette condition. Mais le demandeur soutient que même si la masse avait cru devoir refuser la livraison du foin, ce refus aurait pu tout au plus porter atteinte à la situation juridique de l'acheteur, mais nullement à la sienne, attendu que par suite de l'acceptation de la délégation, il aurait irrévocablement acquis contre Zbinden le droit de percevoir le prix du foin vendu. Cette manière de voir n'est toutefois pas exacte. La délégation contenue dans le contrat de vente du 30 septembre 1893 ne porte pas sur une somme d'argent abstraite, mais sur une dette du délégué envers le délégant; elle ne tend pas à faire payer purement et simplement une somme d'argent par le délégué au délégataire, mais bien à faire payer par le premier au second le prix d'une chose vendue au délégué, ce qui implique la condition que ce dernier devienne effectivement débiteur de ce prix vis-à-vis du délégant. Vis-à-vis du délégataire, le délégué n'est obligé que pour autant qu'il deviendra, par suite de la livraison du foin, débiteur du délégant. Si le vendeur et délégant ne livre pas le foin vendu, et si par conséquent il ne

devient pas créancier du délégué, celui-ci peut opposer ce défaut de livraison à la demande de paiement du prix de vente formée par le délégataire. En effet, la délégation portant sur une somme due en vertu d'un contrat de vente, cette exception résulte évidemment du contenu de la délégation et n'est pas de celles, inadmissibles aux termes de l'art. 409 CO., qui découlent des rapports personnels entre le délégant et le délégué (comparer arrêt du 11 juillet 1891, en la cause Ris contre Wildi. *Recueil officiel*, XVII, p. 493, consid. 7). Or, à la suite de la faillite du délégant, la masse a sans doute livré le foin vendu, mais elle l'a fait, en usant dans ce but de son droit contractuel, afin de réaliser, dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers, le dit foin qui lui appartenait et dont elle avait le droit de disposer librement, et nullement afin d'assurer le paiement des créanciers saisissants. Cette exécution du contrat, telle qu'elle a eu lieu de la part de la masse, est absolument différente de celle qui devait donner naissance à la créance déléguée et au droit des délégataires, et elle n'a dès lors pas donné naissance à ce droit. Le droit de percevoir le prix de vente appartient au contraire à la masse au nom de l'ensemble des créanciers, pour le compte desquels la livraison du foin a eu lieu (voir *Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts*, XI, p. 136).

7° Le droit de percevoir le prix de vente litigieux n'appartenant dès lors pas au demandeur pour les raisons qui viennent d'être exposées, il est inutile d'examiner en outre si, à supposer que la délégation fût en elle-même régulière et parfaite, elle ne pourrait pas être attaquée par le moyen d'une action paulienne.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis et l'arrêt de la Cour d'appel de Fribourg, du 1^{er} juillet 1895, réformé dans le sens du rejet des conclusions du demandeur Louis Dupré.

149. Arrêt du 8 novembre 1895 dans la cause Brunisholz contre Durussel.

Dans la matinée du 7 juin 1894, Jean Brunisholz, âgé d'environ 35 ans, employé par la Société des Grands-Moulins de Granges-Marnand en qualité de conducteur, à raison d'un salaire de 150 francs par mois, était occupé à conduire un char à trois chevaux, attelés deux aux côtés du timon et un en avant, sur la route d'Echallens à Payerne. Il se dirigeait du côté de cette dernière ville et, à 7 ¹/₂ heures du matin, il était arrivé à proximité de celle-ci, soit à 700 mètres environ de la ligne Payerne-Yverdon. L'attelage cheminait sur le côté droit de la route, et Brunisholz se tenait à la gauche des chevaux de timon.

Derrière lui, et se dirigeant aussi sur Payerne, venaient deux chars, ceux de Louis Durussel, de Sassel, et de dame Elise-Marie Moret, de Menières. Avant qu'il fût arrivé à proximité immédiate du char de Brunisholz, le char de dame Moret avait été rejoint par le char de Durussel, les chevaux de ces deux équipages allant au trot et s'étant rapprochés à cette allure du char de Brunisholz. Au moment où le char de dame Moret atteignit le char de Brunisholz, dame Moret tira à gauche, pour contourner ce dernier, dans le but de le devancer. Le char de Durussel suivait presque immédiatement celui de dame Moret. La tête du cheval de dame Moret était déjà à la hauteur des roues de derrière du char de Brunisholz, lorsque Durussel passa lui-même à la gauche de dame Moret, puis du char de Brunisholz, dans l'intention de les devancer tous deux. A peine Durussel avait-il dépassé le char de dame Moret que le cheval de celle-ci, effrayé, fit un saut, puis, passant la jambe par-dessus la limonière, s'emporta et se précipita à toute vitesse dans l'intervalle qui se trouvait devant lui, entre les chars de Durussel et de Brunisholz; continuant ensuite sa course entre ces deux attelages, il fit tomber Brunisholz, qui vint à être écrasé par une des roues de son propre char et expira immédiatement. Il est établi que le cheval de Durussel