

Indem der Bundesgesetzgeber nicht den in der Vernehmlassung beantragten Befristungen für die Stellung eines Fortsetzungsbegehrens gefolgt ist, sondern bewusst keine gesetzlich normierte Frist aufgenommen hat, bleibt als einzige Schranke die übliche Jahresfrist seit Zustellung des Zahlungsbefehls, innert der der Gläubiger um Fortsetzung der Betreibung zu ersuchen hat, ansonsten er seinen Rechtsanspruch nach Art. 230 Abs. 4 SchKG – unter Vorbehalt der Berechnung der Frist nach dessen Satz 2 – verwirkt.

Das Betreibungs- und Konkursamt Berner Jura-Seeland, dessen Zuständigkeit gemäss Art. 53 SchKG e contrario zu Recht nicht verneint wurde, hat demzufolge dem Fortsetzungsbegehren der Beschwerdeführerin in der Betreibung Nr. 9702209 vom 9. September 1997 stattzugeben. Dies hat die Beschwerdeführerin auch so in ihrem die Beschwerdeschrift abschliessenden Antrag, der sich auf das Fortsetzungsbegehren vom 10. April 1997 bezieht, formuliert. Zwar leben die angehobenen Betreibungen nach der Einstellung des Konkurses eo ipso wieder in dem Stadium auf, in dem sie sich vor der Einstellung des Konkurses befunden haben, was den Gläubiger aber nicht von der Stellung eines Fortsetzungsbegehrens entbindet, sofern er seine Betreibung weiterführen möchte. Andernfalls wären die Betreibungsämter verpflichtet, sämtliche noch gültigen Fortsetzungsbegehren der Gläubiger automatisch weiterzuführen, was in der Praxis zu organisatorischen Problemen und angesichts der personellen Engpässe zu Verzögerungen führen würde.

7. Vorliegend weist die Beschwerdeführerin Gebühren über Fr. 100.– für die Konkursandrohung und Fr. 1366.70 für die Konkurseröffnung aus, wovon sie im Fortsetzungsbegehren Fr. 1366.70 für sog. Konkurskosten geltend macht.

Leben nach Art. 230 Abs. 4 SchKG die vor der Konkurseröffnung eingeleiteten Betreibungen nach der Einstellung des Konkurses wieder auf, so geschieht dies – rein vom Wortlaut her betrachtet – eo ipso und demzufolge nur im Umfang der ursprünglich geltend gemachten Forderung samt Betreibungskosten. Allein dies kann aber dem Gläubiger nicht die Berechtigung nehmen, mit der Stellung eines neuen Fortsetzungsbegehrens nun auch die inzwischen entstandenen Kosten der Konkurseröffnung geltend zu machen.

Wäre diese Schlussfolgerung nicht allein schon angesichts der für die Auslegung des Art. 230 SchKG zentralen Grundgedanken, des Gläubigerschutzes und des Gebots der Billigkeit naheliegend, so ergibt sie sich aus dem Begriff der Betreibungskosten. Nach Art. 68 SchKG muss der Gläubiger die Betreibungskosten zwar vorschliessen, der Schuldner trägt sie aber letztlich. Was unter dem Begriff der Betreibungskosten zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Wesen der Zwangsvollstreckung, welche die Durchsetzung einer Forderung in einem bestimmten Verfahren erfasst. Aus diesen Gründen können nur die Kosten aus rein betreibungsrechtlichen und aus betreibungsrechtlichen Verfahren mit Reflexwirkung als Betreibungskosten angesehen werden, nicht aber die Gebühren der

rein materiellrechtlichen Verfahren. Einzig im ordentlichen Prozess auferlegte Gerichts- und Parteikosten fallen somit nicht unter die Betreibungskosten, sie sind in einer besonderen, neuen Betreibung geltend zu machen (BISchK 1995, 182 ff., 185; *Amonn/Gasser*, a.a.O., § 13, N. 1 ff., 12). Erteilt der Konkursrichter eine Konkurseröffnung in einem nicht streitigen Fall, so stellt dies eine Verfügung auf einseitigen Antrag hin dar. Der Richter handelt hier im Grunde genommen als Vollstreckungsorgan. Die seinem Entscheid zugrundeliegende Frage ist rein betreibungsrechtlicher Natur (*Amonn/Gasser*, a.a.O., § 4, N. 57 f.)

Aus diesen Gründen ist die Beschwerdeführerin berechtigt, die tatsächlich erwachsenen Konkurskosten über Fr. 1366.70 zur Schuld zu schlagen. Die Beschwerde ist betreffend der geltend gemachten Forderung gutzuheissen.

Aus diesen Gründen wird **e r k a n n t**:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und das Betreibungs- und Konkursamt Berner Jura-Seeland angewiesen, dem Fortsetzungsbegehren (auf Pfändung) der I.-F. AG in der Betreibung Nr. 9702209 vom 9. September 1997 stattzugeben.

2. Es werden keine Kosten gesprochen.

BERN, Aufsichtsbehörde in Betreibungs- und Konkursachen, Entsscheid vom 21. November 1997.

14). Art. 230 al. 4 LP. – Cette disposition n'est pas applicable au créancier qui a obtenu la faillite et qui la laisse se clôturer par défaut d'actifs car il a complètement épuisé ses droits découlant du commandement de payer.

Art. 230 Abs. 4 SchKG. – Diese Bestimmung ist für den Gläubiger nicht anwendbar, der den im nachhinein mangels Aktiven eingestellten Konkurs erwirkt hat. Dies, weil er seine aus dem Zahlungsbefehl fließenden Rechte gänzlich ausgeschöpft hat.

Art. 230 cpv. 4 LEF. – Questa norma non si applica al creditore che ha ottenuto la dichiarazione di fallimento e non si è opposto alla sospensione della procedura per mancanza di attivi, ritenuto che in tal modo quella esecuzione ha già concluso il suo corso.

La solution retenue par les autorités bernoises est plus convainquante notamment lorsque l'on connaît la pratique de plus en plus fréquente des débiteurs d'invoquer le non-retour à meilleure fortune dès qu'ils reçoivent un commandement de payer. Si le créancier est autorisé à requérir une saisie à la place d'une nouvelle commination de faillite sans passer par une nouvelle poursuite, il s'épargnera à lui et aux autorités judiciaires l'examen vain d'une exception qui ne serait pas fondée sur la faillite inexistante qui vient d'être clôturée par défaut d'actifs.

En fait:

1. Le 27 juin 1996, L. SA a fait notifier à N. P. Ph. le commandement de payer les sommes de 26 044 fr. 40 plus intérêt à 12,5 % dès le 22 juin 1996, 188 fr. 90, 36 fr. et 100 fr. sans intérêt, dans la poursuite ordinaire de l'Office des poursuites d'A. La poursuivie n'a pas formé opposition.

Le 6 mars 1997, après avoir fait notifier une commination de faillite, L. SA a requis du Président du Tribunal du district d'A. la faillite de la poursuivie.

Par jugement du 8 avril 1997, le Président du Tribunal du district d'A. a prononcé par défaut des deux parties la faillite de N. P. Ph. Cette faillite a été suspendue, conformément à l'article 230 LP, pour défaut d'actifs et clôturée le 30 mai 1997, aucun créancier n'ayant requis la continuation de la procédure ni effectué l'avance de frais requise par les publications officielles. La poursuivante a payé les frais de suspension par 698 francs.

Le 23 juin 1997, L. SA a adressé à l'Office des poursuites d'A. une réquisition de continuer la poursuite fondée sur le commandement de payer notifié le 27 juin 1996. Elle précisait que selon l'article 230 alinéa 4 LP, les poursuites introduites avant la faillite renaissent après la clôture de la procédure et demandait qu'une saisie ordinaire soit ordonnée.

Par lettre du 1er juillet 1997, l'Office des poursuites d'A. a annoncé à L. SA qu'elle rejetait sa réquisition de continuer la poursuite pour les motifs suivants:

«La poursuite avait donné lieu à la commination de faillite par laquelle vous aviez requis la faillite qui avait été prononcée le 8 avril 1997 et clôturée après suspension 230 LP le 30 mai 1997. Cette poursuite a donc été jusqu'à son terme et elle ne peut pas être reprise au stade de la continuation de la poursuite. Vous devez introduire une nouvelle poursuite. Seules restent en vigueur les poursuites au stade du commandement de payer ou de la commination de faillite pour lesquelles la faillite n'a pas encore été requise.»

Le 11 juillet 1997, L. SA a déposé une plainte au sens de l'article 17 LP auprès du Tribunal du district d'A., contre la décision de l'Office des poursuites d'A. refusant de continuer sa poursuite. Elle a demandé à l'autorité de surveillance d'inviter cet office à recevoir sa requête et à exécuter la poursuite par voie de saisie. Elle a invoqué pour cela le nouvel article 230 alinéa 4 LP.

Dans ses déterminations du 21 juillet 1997, l'Office des poursuites d'A. a conclu au rejet de la plainte, estimant que la plaignante avait utilisé le droit découlant de la commination de faillite et qu'elle ne pouvait dès lors se prévaloir de la renaissance d'un droit qui rétroagirait au stade de la réquisition de la continuation de la poursuite. L'intimé a produit une décision du Président du Tribunal du district de Lausanne du 26 juin 1997 par laquelle ce magistrat, en qualité d'autorité inférieure de surveillance, a rejeté une plainte semblable en admettant que la poursuite pouvait reprendre au stade où elle en était restée, à savoir à la commination de faillite.

2. Par prononcé du 2 septembre 1997, le Président du Tribunal du district d'A. a rejeté la plainte déposée le 11 juillet 1997 par L. SA. Il a con-

sidéré que l'article 230 alinéa 4 LP visait à sauvegarder les droits acquis par les créanciers lors de la procédure précédente, qu'en l'espèce L. SA était allée jusqu'au bout de la procédure de faillite en demandant celle-ci et en n'effectuant pas l'avance de frais nécessaires à l'exécution forcée de la débitrice et que l'admission de sa réquisition de continuer sa poursuite consisterait à faire rétroagir son droit et non à le faire renaître au moment du prononcé de faillite, puisque la plaignante avait déjà requis celle-ci. Il a jugé que la décision de l'Office des poursuites d'A. était justifiée.

3. En temps utile, L. SA a recouru contre ce prononcé. Elle conclut à ce que ce dernier soit «mainlevé» et l'office invité à recevoir sa requête de continuer la poursuite du 23 juin 1996 contre N. P. Ph. et à l'exécuter par voie de saisie.

En droit:

2. Selon l'article 230 alinéa 4 LP, les poursuites engagées avant l'ouverture de la faillite renaissent après la suspension de celle-ci. Le Message du 8 mai 1991 concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, page 163, précise que cette disposition vise à sauvegarder les droits acquis par les créanciers lors de la procédure de poursuite précédente et à leur éviter les frais qui découleraient nécessairement d'une nouvelle poursuite. Ainsi, la poursuite renaît au stade où elle en était au moment du prononcé de faillite.

Cette nouvelle disposition reprend les principes dégagés précédemment par la jurisprudence (cf. H.U. Hardmeier, in PJA 11/96, pp. 1428 ss, spéc. 1435)

3. En l'espèce, la recourante a requis la faillite de la poursuivie, qui a été prononcée le 8 avril 1997. Après avoir été suspendue pour défaut d'actifs, la recourante n'a pas demandé la continuation de la procédure ni effectué l'avance de frais requise par les publications. Elle a ainsi renoncé à soumettre son débiteur à la réalisation forcée par voie de faillite. Dès lors, elle a «épuisé» son droit à l'exécution forcée découlant du commandement de payer et de la commination de faillite subséquente. En déposant sa réquisition de continuer la poursuite, la recourante demande donc de faire renaître un droit qui a déjà été utilisé dans son intégralité, ce qui ne correspond manifestement pas au but de l'article 230 alinéa 4 LP.

Cette solution n'est en aucun cas inéquitable, ce que prétend pourtant la recourante, puisque cette dernière a déjà requis la faillite, sans la continuer d'ailleurs, et que les autres créanciers pourront le faire ultérieurement sans recommencer leur poursuite grâce à la disposition précitée. Chacun bénéficie ainsi du droit de demander la faillite de son débiteur.

Au demeurant, la citation de Amonn et Gasser faite par la recourante (Grundriss des SchKG, 6ème éd., § 17, p. 105, ch. I/2 n. 3 et 4) ne contredit nullement ce qui a été jugé par l'autorité inférieure de surveillance. En effet, les droits acquis par le créancier après la notification du commandement de payer comprennent également celui d'entreprendre l'exécution forcée, mais ces auteurs ne traitent pas, dans ce passage, de la question de la renaissance des poursuites au sens de l'article 230 alinéa 4 LP (cf. cependant le même ouvrage, § 44, n. 23 ss, p. 353).

Il n'y a donc pas matière à application de l'article 230 alinéa 4 LP à une poursuite qui a été jusqu'à son terme et celle-ci ne peut pas être reprise au stade de la continuation de la poursuite.

4. En conclusion, la décision attaquée est bien fondée.

LAUSANNE, Autorité cantonale de surveillance, le 15 décembre 1997.

Note de la rédaction: La jurisprudence de l'Autorité de Surveillance du canton de Vaud s'écarte de celle de l'Autorité de Surveillance du canton de Berne (décision du 21 novembre 1997, B1SchK 1998 S....) Cette dernière procède à une interprétation historique de cette nouvelle disposition pour retenir que le principe de l'économie de la procédure en faveur du créancier qui est au bénéfice d'une poursuite en force au moment du jugement de faillite peut en requérir la continuation lorsque la procédure de faillite est clôturée par défaut d'actifs ou faut d'une avance de frais préalable ou en cours de liquidation. F.M.

Literatur / Bibliographie

Der Steigerungskauf, Kurzkommentar und Zitate zu Art. 229–236 OR, Dr. iur. Dr. oec. publ. Anton Pestalozzi, Rechtsanwalt

Die Institution der Versteigerung hat in den letzten Jahrzehnten eine überraschende Expansion erlebt, besonders auf dem Gebiete des Kunsthandels. Abgesehen von einigen kürzeren Kommentarstellen finden sich nur ältere juristische Abhandlungen zu diesem Thema, weshalb der vorliegende Kurzkommentar die entstandene Lücke schliessen soll. Im Vordergrund des Kommentars stehen die zivilrechtlichen, insbesondere die vertragsrechtlichen Aspekte der Versteigerung.

Zu den Gesetzestexten wird in erster Linie die Rechtsprechung des Bundesgerichtes beigezogen, teilweise auch diejenige der kantonalen Instanzen. Gelegentlich wird auf Erlasse und Rechtsprechung des Auslandes verwiesen, um eine Fragestellung noch gezielter zu erläutern.

Weiter werden mehrere wichtige kantonale Verordnungen über das Versteigerungswesen abgedruckt sowie die Auktionsbedingungen von drei in der Schweiz tätigen Auktionshäusern.

Nach der heutigen Rechtsprechung haben bei einer Auktion klare saubere Verhältnisse zu herrschen, wobei jede Irreführung der Teilnehmer zu vermeiden ist. Entscheidend ist die Unzulässigkeit einer den Wettbewerb einschränkenden und deshalb unlauteren, das heisst täuschenden oder sonstwie gegen Treu und Glauben verstossenden Beeinflussung des Steigerungswettbewerbs. Anfechtbar sind deshalb alle wettbewerbsverfälschenden Handlungen. In diesem Zusammenhang sind unter anderem das Mitbieten des Versteigerers und des Veräusserers zu prüfen sowie Vereinbarungen unter Bietern.

Von besonderer Bedeutung ist die Frage der Gewährleistung für die Versteigerungsobjekte und die Möglichkeit des Ausschlusses derselben. Art. 234 OR erlaubt dem Veräusserer die Gewährleistung mit Ausnahme der Haftung für absichtliche Täuschung abzulehnen. Dies gilt für alle Versteigerungsobjekte, beispielsweise für Grundstücke und Kunstgegenstände. Offen scheint, wie weit dieser Ausschluss spielt. Ein ausführliches Sachregister und zahlreiche Querverweise erleichtern das rasche Auffinden der gesuchten Stellen und Kommentierungen. Auch die Zwangsversteigerung wird behandelt.

Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich, 1997, 356 Seiten, gebunden, Fr. 138.–

Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs

Nachdruck sämtlicher Artikel nur mit Zustimmung der Redaktion und mit Quellenangabe gestattet.

A propos du devoir des autorités de renseigner l'office

Conférence donnée le 12 juin 1998 à l'occasion de l'Assemblée générale annuelle de la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse

par *Nicolas Jeandin*, Dr en droit, avocat au Barreau de Genève, Genève

I. Introduction

Parmi les modifications induites par la Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 dans sa nouvelle teneur du 16 décembre 1994, celles relatives au devoir du débiteur et des tiers dans le cadre de la saisie sont passées relativement inaperçues. Pourtant, l'article 91 LP a été largement augmenté et modifié¹. Cette disposition, après avoir décrit les obligations du débiteur, puis celles des tiers, précise en son alinéa 5: «*Les autorités ont la même obligation de renseigner que le débiteur.*» Les Offices des Poursuites se sont naturellement attelés à mettre en œuvre cette nouvelle prérogative, pour se trouver confrontés à de nombreux problèmes pratiques et juridiques. Après avoir examiné la raison d'être de l'article 91 V LP, nous mettrons en exergue les intérêts et normes juridiques susceptibles d'être invoqués par les autorités pour s'opposer à la mise en œuvre de cette disposition. Nous tenterons dans une troisième partie de résoudre ce conflit de normes apparent. Cela fait, nous préciserons la portée de l'article 91 V LP, tout en dégageant les modalités concrètes de son application.

II. Raisons d'être de l'article 91 V LP

Au moment de procéder à la saisie, l'Office va devoir concilier autant que possible les intérêts du créancier et ceux du débiteur (article 95 V

¹ Cf. *Vincent Jeanneret*, La nouvelle LP, Berne, 1997, p. 51 et 52.