

einem Inhaberpapier entsteht eine Forderung erst im Momente der Begebung; die Übergabe eines Eigentümerschuldbriefs an den neuen Eigentümer der Liegenschaft erscheint aber deshalb nicht als Begebung, weil in einem solchen Falle die Absicht der Begründung eines Schuldverhältnisses fehlt. Ob die Übergabe des Titels etwas vor oder etwas nach dem Übergang des Grundeigentums stattfindet, — auf die Minute oder Sekunde genau wird sie kaum je mit ihm zusammenfallen — macht dabei keinen Unterschied; es kommt vielmehr darauf an, ob sie im Hinblick auf den Übergang des Grundeigentums, im Sinne der Übergabe eines Eigentümerschuldbriefs, oder aber im Gegenteil zum Zwecke der Begründung der Titelschuld erfolgt. Im erstern Falle wird sie auch dadurch nicht zur Begebung, dass sie vielleicht einige Stunden oder sogar Tage vor der Fertigung des Liegenschaftskaufs stattfindet.

Kann also der Beklagte durch ein nach dem kantonalen Prozessrecht zulässiges Beweismittel, insbesondere z. B. (wozu er sich anerbieten hat) durch eine Zeugenaussage des Notars, — die Beweiskraft der bei den Akten liegenden bezüglichen schriftlichen Erklärung ist bestritten worden — den rechtsgenügenden Beweis erbringen, dass er selbst, der Beklagte, sich im Besitze des Schuldbriefes befand, bis er ihn anlässlich des Verkaufs der Liegenschaft, kurz vor oder nach der Fertigung, als Eigentümerhypothek dem Käufer Oberhänkli übergab, so muss die Klage abgewiesen werden. Sollte dagegen dem Beklagten dieser Beweis nicht gelingen, so wäre sie gutzuheissen.

Demnach hat das Bundesgericht
erkannt:

Die Berufung wird in dem Sinne gutgeheissen, dass das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 1. März 1916 aufgehoben und die Sache zur Aktenvervollständigung und zu neuer Entscheidung an den kantonalen Richter zurückgewiesen wird.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

71. Arrêt de la II^e section civile du 21 septembre 1916 dans la cause François Grangier, défendeur et recourant, contre David Reymond, demandeur et intimé.

Les dispositions du Code des obligations sur la Gestion d'affaires (CO anc. Titre XVIII et CO rev. Titre XIV) concernent uniquement les rapports de droit existants entre le gérant et le maître, mais non les droits du tiers contractant avec ce dernier.

A. — Le défendeur et recourant, François Grangier à Montbovon, est propriétaire d'un petit domaine qu'il exploite avec l'aide de ceux de ses enfants qui vivent avec lui. Il avait été privé en 1878 de l'exercice de ses droits civils et son interdiction a duré jusqu'en 1914, sans cependant que, pendant les dernières années, il lui ait été désigné de tuteur, et ce furent ses fils qui ont dès ce moment traité avec les tiers les affaires de leur père en signant tantôt en leur nom personnel, et tantôt en employant la dénomination de « frères Grangier »; quant au bétail dépendant du domaine, il était inscrit dans les registres de l'inspecteur sous le nom du recourant. Le 29 mai 1911, les cinq fils du défendeur, Gaspard, Paul, Xavier, Hippolyte et Théodore Grangier ont, sous le nom de frères Grangier, reconnu solidairement devoir au demandeur et intimé David Reymond, à Château-d'Ex, une somme de 3200 fr., dont 1900 fr. pour argent prêté et 1300 fr. comme prix d'achat de deux vaches; ils se sont engagés à rembourser cette somme en livrant au demandeur le produit de leur fabrication de fromages pendant l'été 1911, mais lui ont en réalité versé seulement des acomptes se mon-

tant à 853 fr. Raymond s'était en outre porté caution de Gaspard Grangier pour un billet de 1000 fr., souscrit par lui à l'ordre d'Andrey frères, le 3 août 1912 ; ce billet n'ayant pas été payé à l'échéance, il dut en verser le montant aux créanciers en capital et intérêts par 1044 fr. le 6 février 1913.

Le 26 octobre 1912, Raymond a requis des poursuites juridiques contre les fils Grangier sus-désignés pour le solde restant dû sur la cédula du 29 mai 1911 en capital et intérêts ; ces poursuites se sont terminées par des actes de défaut de biens se montant à 2578 fr. 90 qui ont été délivrés au créancier contre Gaspard, Xavier, Paul et Hippolyte Grangier le 9 mai 1913. Un autre acte de défaut lui fut encore remis contre Gaspard Grangier pour le montant du billet Andrey frères en 1031 fr. 42.

B. — Le 17 janvier 1914, David Raymond a formé contre François Grangier père une action en paiement de 3610 fr. 32 représentant le total des actes de défaut qui viennent d'être indiqués. Cette demande a été déclarée bien fondée par le Tribunal du district de la Gruyère suivant jugement du 2 octobre 1915, pour le motif que le défendeur et ses fils formaient une « entité économique », impliquant la représentation du premier par les seconds et engageant sa responsabilité pécuniaire. Sur appel du défendeur, la Cour d'appel de Fribourg a, par arrêt du 3 avril 1916 communiqué aux parties le 20 juin, réformé la décision de tribunal de première instance ; elle s'est refusée à admettre l'existence de l'entité économique imaginée par lui, ainsi que celle d'une représentation du père par ses fils ; elle a envisagé par contre que, du moins en ce qui concerne l'achat des deux vaches pour une somme de 1300 fr. il y avait eu de la part des fils Grangier « gestion d'affaires sans mandat » dans l'intérêt de leur père, ce qui impliquerait pour ce dernier l'obligation d'en payer la valeur à Raymond par 1300 fr. ; elle l'a en conséquence condamné à lui verser cette somme avec l'intérêt légal dès le 17 janvier 1914.

C. — Par déclaration et mémoire du 10 juillet 1916, François Grangier a recouru au Tribunal fédéral contre cette décision, en concluant au mal-fondé de la demande.

Par mémoire responsif du 2 août 1916, le demandeur et intimé Raymond a conclu au maintien de l'arrêt attaqué.

Statuant sur ces faits et considérant

en droit :

1. — Le demandeur Raymond n'ayant pas recouru en réforme contre la partie de l'arrêt de la Cour d'appel de Fribourg qui a trait au prêt d'argent consenti aux fils Grangier et au cautionnement souscrit par lui en faveur de Gaspard Grangier, le Tribunal fédéral doit rechercher seulement si le défendeur et recourant François Grangier est débiteur vis-à-vis de David Raymond d'une somme de 1300 fr., représentant le prix des vaches que les fils Grangier lui ont achetées le 29 mai 1911.

C'est à tort tout d'abord que le recourant allègue l'existence en l'espèce d'une prétendue novation résultant du fait que le prix de ces vaches aurait été payé le 29 mai 1911 par les fils Grangier eux-mêmes au moyen de la cédula de 3200 fr. souscrite par eux ce jour-là en faveur de Raymond. Sans doute cette reconnaissance comprenait à la fois le montant du prêt d'argent consenti par lui et le prix d'achat des deux vaches, mais la signature d'une cédula unique n'a pas eu pour résultat d'éteindre ces deux obligations puisque, comme le prévoyait l'art. 143 CO ancien, la novation ne se présume pas, et que déjà sous l'empire de l'ancien Code, la souscription d'un engagement de change ou d'un nouveau titre de créance n'impliquait pas novation, — ce que prévoit expressément l'art. 116 CO révisé, — mais constituait, sauf convention contraire, la reconnaissance et la confirmation d'une dette déjà existante (voir dans ce sens OSER, Komm. ad art. 116 CO sub III, p. 354 *in fine*).

2. — Comme le défendeur et recourant était frappé

d'interdiction au moment de l'achat des deux vaches et qu'à cette époque, comme cela a été établi, c'étaient ses fils qui traitaient les affaires de son domaine pour son compte, on pourrait se demander s'il ne devrait pas être considéré comme responsable de la somme de 1200 fr., représentant leur valeur d'achat, en application de l'art. 34 CO ancien. Du moment en effet que le recourant avait été laissé pendant plusieurs années par l'autorité tutélaire à la tête de son domaine, sans qu'un nouveau tuteur lui soit désigné, il se trouvait ainsi exercer sa profession avec l'autorisation tacite de son « représentant légal », et c'est par une interprétation trop littérale de ces deux derniers mots que la Cour d'appel de Fribourg s'est refusée à leur donner le sens plus large d' « autorité tutélaire ». Cette autorisation tacite devait comprendre pour Grangier père la faculté de constituer des mandataires chargés de traiter en son nom et pour son compte les affaires relatives à l'exploitation de son domaine ; il aurait donc parfaitement pu charger ses deux fils d'acheter deux vaches au demandeur en leur conférant un mandat spécial dans ce but. Mais cette représentation tacite du père par ses fils ne pouvait entraîner la responsabilité du premier que si ses fils avaient acheté les deux vaches pour le compte de leur père et si le demandeur avait aussi voulu traiter avec lui. Mais il a été établi au contraire que les fils Grangier ont traité avec Raymond en leur propre nom et pour leur compte personnel ; il n'a en effet jamais été contesté, mais au contraire le demandeur a reconnu lui-même qu'il était au courant de l'interdiction prononcée contre Grangier père, qu'il s'était en conséquence refusé à le considérer comme acheteur, qu'il avait passé marché avec ses fils seuls et que c'est aussi contre ceux-ci seulement qu'il a exercé des poursuites. Dans ces conditions, on ne saurait faire application en la cause de l'art. 34 CO même en lui donnant l'interprétation indiquée plus haut.

3. — Il a été établi par l'instance cantonale que les vaches achetées par les fils Grangier au demandeur Ray-

mond ont été laissées par eux à leur père sans que celui-ci leur en ait remis la contre-valeur, qu'elles ont été inscrites à son chapitre dans les registres de l'inspecteur du bétail, et qu'il en a même plus tard revendiqué la propriété devant les tribunaux. Un achat de cette nature rentrant dans la catégorie des opérations normales d'exploitation d'un domaine agricole comme celui du recourant et pouvant par conséquent être envisagé comme ayant été accompli dans son intérêt par ses fils, on doit admettre l'existence en la cause des caractères constitutifs de la gestion d'affaires sans mandat telle qu'elle était prévue à l'art. 472 CO ancien, et qui obligeaient le « maître » à rembourser au « gérant » les dépenses qu'il a faites pour son compte. Cette notion de la gestion d'affaires sans mandat s'applique du reste même aux actes que le gérant a accomplis en son nom personnel, du moment qu'en réalité il entendait agir à propos des affaires du maître et non pour les siennes propres ; la circonstance que les fils Grangier ont traité en leur nom personnel n'empêcherait donc pas d'admettre l'application entre eux et le recourant des règles du droit des obligations sur la gestion d'affaires. Mais en la cause la question discutée est uniquement celle de savoir si le demandeur dans sa situation de tiers contractant a une action directe contre le défendeur dans sa situation de « maître », et peut ainsi lui réclamer le prix des deux vaches qu'il a vendues à ses fils. L'affirmative a été soutenue en droit français par DEMANTE et COLMET DE SANTERRE (Droit civil français Vol. V n° 354 bis, II^e édition, p. 646) et par DEMOLOMBE (Droit civil vol. 31 n° 192) ; voir par contre RIVIÈRE, Pandectes françaises au mot Gestion d'affaires n° 374 et suiv., DALLOZ, Code civil annoté ad art. 1375 n° 83 à 106). D'après les deux premiers auteurs, lorsque le gérant a traité pour le compte du maître avec un tiers, mais en son nom personnel, le tiers se trouve avoir en sa qualité de créancier du gérant une action directe contre le maître en vertu de l'art. 116 Code civil français, qui permet aux

créanciers d'exercer tous les droits et actions de leur débiteur à l'exception de ceux attachés exclusivement à la personne. Mais le droit civil fédéral ne connaît pas de disposition semblable, de sorte que l'application par analogie du droit français admise en l'espèce par l'instance cantonale ne se justifie pas ; en droit suisse en effet, les créanciers ne sont pas autorisés à exercer directement leurs droits sur les biens de leur débiteur, et ne peuvent y arriver que par la voie de l'exécution forcée. Comme en l'espèce les droits que les fils Grangier pouvaient avoir contre leur père en vertu de la gestion d'affaires accomplie par eux dans son intérêt n'ont été ni cédés, ni saisis ou séquestrés par le demandeur, l'arrêt cantonal doit être réformé pour autant qu'il admet partiellement la demande en application des règles sur la gestion d'affaires sans mandat.

1. — Enfin il y a lieu de rechercher s'il n'existe pas en la cause en faveur du demandeur une action directe en enrichissement illégitime contre Grangier père, analogue à l'ancienne *actio de in rem verso* du droit commun (voir dans ce sens CROME, System des deutschen Privatrechts, vol. II, p. 998 et DERNBURG, Pandekten II § 14). D'après ces deux auteurs, l'acte juridique accompli par le gérant en son nom personnel pour le compte du maître suffit pour autoriser le tiers avec lequel il a traité à réclamer au maître en tout cas la restitution de ce dont il aurait été enrichi par le fait qu'une chose « s'est trouvée sans autre faire partie de son patrimoine ». Ce raisonnement ne saurait cependant trouver d'application en l'espèce, parce que, même si l'on part de l'idée qu'à un moment donné le défendeur est devenu propriétaire des deux vaches achetées au demandeur par ses fils, il ne le serait devenu que parce que ceux-ci les lui auraient cédées après les avoir achetées eux-mêmes du demandeur. Cela étant, ce serait au détriment de ses fils et non à celui de Raymond que Grangier père a pu se trouver enrichi ; la demande doit par conséquent être écartée à ce point de vue également.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est admis et la demande déclarée mal fondée en son entier.

72. Urteil der II. Zivilabteilung vom 27. September 1916
i. S. Bürcher, Klägerin,
gegen Fischhof und Genossen, Beklagte.

Schadenstiftung anlässlich einer gemeinsamen unerlaubten Belustigung mehrerer Personen. Solidarhaftung sämtlicher Teilnehmer.

A. — Am 5. Juni 1911 (Pfingstmontag) waren die drei Beklagten in Begleitung einer jungen Dame per Automobil in Brig angekommen und in einem Gasthause abgestiegen. Nach dem gemeinsamen Nachtessen vergnügten sie sich damit, durch die belebten Strassen zu ziehen und mit einem Blasrohr Knallkugeln, wie sie von den Automobilisten zum Erschrecken der die freie Fahrt hindernden Tiere verwendet werden, gegen die Leute auf den Strassen, an den Fenstern und auf den Balkonen der Wohnhäuser zu schleudern oder doch durch einen von ihnen schleudern zu lassen. Nachdem sie sich, was die Vorinstanz als unumstösslich festgestellt erklärt, auf diese Weise in verschiedenen Strassen belustigt hatten, schleuderte einer von ihnen — welcher von den Dreien, konnte nicht ermittelt werden — eine Knallkugel gegen die auf dem Balkon ihrer Wohnung stehende Klägerin. Die Kugel traf die Klägerin im Gesichte, in der Nähe des rechten Ohres und explodierte unter starkem Knall. Die Klägerin, die im vierten Monat schwanger war, musste ohnmächtig weggetragen werden. Nach ärztlichen Expertisen, die von den kantonalen Instanzen als beweiskräftig