

5. — Nun hat jedoch der Beklagte weiter geltend gemacht, er sei seinerseits vom Kläger auch übervorteilt worden, der Anrechnungswert der ihm übertragenen beiden Parzellen sei weit übersetzt. Diese letztere Behauptung ist durch das vom Vorderrichter eingeholte Gutachten eines Sachverständigen bestätigt worden. Danach durften, auch bei Berücksichtigung der Tatsache, dass es sich um ein Tauschgeschäft handelte, die beiden Grundstücke nicht über 9210 Fr. gewertet werden. Der Beklagte hat dieselben also um zirka 4000 Fr. zu teuer erhalten. Andererseits hat der Experte festgestellt, die Liegenschaft in Huttwil sei nur 19,665 Fr. wert, sodass also auch der Kläger zirka 4000 Fr. sich zu viel hat anrechnen lassen.

Hieraus ergibt sich, dass das gesamte Tauschgeschäft, wenn es unverändert gelassen wird, der wirklichen Preislage ungefähr entspricht, dass dagegen eine Preiserminderung hinsichtlich des Hauses in Huttwil das Gleichgewicht stören und den Kläger unvergleichlich besser stellen würde als den Beklagten. Nun kann allerdings die Tatsache, dass ein Teil vorteilhafter abgeschlossen hat als der andere jenen nicht hindern, sich auf ihm gemachte Zusicherungen zu berufen. Allein, wenn es sich wie hier um ein einheitliches Tauschgeschäft handelt, und wenn feststeht, dass der andere Kontrahent seinerseits übervorteilt worden ist, so widerspricht es Treu und Glauben, wenn man diesen anhalten will, trotz der Uebervorteilung eine Minderungsentschädigung zu zahlen.

Obschon grundsätzlich begründet, muss daher die Minderungsklage aus diesen letzten Erwägungen abgewiesen werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird gutgeheissen und die Klage unter Aufhebung des Urteils des bernischen Appellationshofes vom 21. Dezember 1918 abgewiesen.

68. Arrêt de la II^{me} section du 30 septembre 1919
dans la cause **Fuhrmann** contre **Ferrat**.

Enrichissement illégitime ; notion de l'enrichissement ; conditions dans lesquelles la répétition peut avoir lieu, malgré que le défendeur ait cessé d'être enrichi : art. 64 CO.

A. — Adolphe Ferrat à Saône (France) était co-propriétaire avec ses enfants mineurs d'immeubles situés près d'Orvin ; d'autres parcelles lui appartenaient en toute propriété. Ces immeubles étaient gérés par le notaire Rhyn à Tramelan, qui était au bénéfice d'une procuration générale. Fuhrmann est entré en pourparlers avec le notaire Rhyn au sujet de l'achat des immeubles. Le 31 déc. 1917 il les a achetés pour le prix de 18000 fr. payés comptant par un chèque sur la Banque cantonale qu'il a remis à Rhyn. A cette vente Ferrat était représenté par M. Béguelin, stagiaire du notaire Rhyn et les enfants Ferrat étaient représentés par leur curateur. L'autorité tutelaire ayant refusé de ratifier la vente, Fuhrmann a consenti à payer un prix plus élevé et les parties ont signé deux nouveaux actes de vente avec le ministère du notaire Rhyn en date du 5 février 1918. Fuhrmann a fait d'importantes constructions et améliorations sur les immeubles achetés par lui — sans d'ailleurs que ceux-ci eussent encore été inscrits à son nom. Lorsqu'il a requis l'inscription, Ferrat s'y est opposé, alléguant que Rhyn n'avait pas reçu mandat de vendre et que les actes de vente étaient nuls pour vices de forme. Entre temps, le notaire Rhyn étant décédé, il s'est révélé qu'il avait indûment disposé des 18000 fr. touchés par lui de Fuhrmann pour le compte des vendeurs. La succession a été répudiée ; soit Ferrat soit Fuhrmann sont intervenus pour la créance de 18000 fr., laquelle ne touchera qu'un faible dividende ; une réclamation adressée en outre à la Société bernoise de cautionnement mutuel du chef de la caution officielle de Rhyn n'est pas encore liquidée.

B. — Fuhrmann a ouvert action à Ferrat et à ses enfants en concluant à la validité et à l'exécution des ventes intervenues ; éventuellement il demande que la propriété des immeubles, lui soit attribuée moyennant indemnité à fixer par le tribunal, sous déduction des 18 000 fr. déjà versés par lui et d'une indemnité à payer par les défendeurs à raison de la plus-value qu'il a donnée aux immeubles.

Les défendeurs ont conclu à la nullité des ventes intervenues ; ils réclament une indemnité à raison des coupes faites par le demandeur et s'opposent à ce que le paiement de 18 000 fr. soit imputé sur les sommes qui leur seront allouées.

Par jugement du 24 juin 1919, la Cour d'appel du canton de Berne a prononcé la nullité des ventes intervenues, celles-ci étant entachées de multiples vices de forme (inobservation des prescriptions impératives de la loi au sujet de la présence du notaire et des parties, inexacitudes quant aux lieux et dates de la réception etc.). D'autre part elle a attribué à Fuhrmann la propriété des immeubles en vertu de l'art. 673 CCS, moyennant indemnité de 22 215 fr. ; en outre il est condamné à payer par 7168 fr. la contre-valeur des coupes qu'il a faites, les défendeurs lui devant de leur côté 5000 fr. du chef des améliorations apportées aux immeubles. Quant au paiement de 18 000 fr. — seul point qui demeure en discussion — la Cour a jugé qu'il ne pouvait être imputé sur les sommes dues par le demandeur, car les défendeurs ne sont plus enrichis de cette valeur, mais seulement des montants bien inférieurs qu'ils pourront obtenir dans la succession Rhyn et de ses cautions ; ce n'est donc que jusqu'à concurrence de cet enrichissement que, en vertu de l'art. 64 CO, ils sont tenus à restitution envers le demandeur.

Le demandeur a recouru en réforme — uniquement en ce qui concerne cette somme de 18 000 fr. qu'il prétend être en droit d'imputer sur les sommes allouées par le

jugement aux défendeurs. Il estime que la Cour n'était pas fondée à tenir compte du fait que les défendeurs ne seraient plus enrichis de ce montant, car ce moyen n'a jamais été présenté par eux. Si l'instruction avait porté sur ce point, il aurait tenté de son côté la preuve que la somme de 18 000 fr. a servi en partie à acquitter des dettes des défendeurs envers le notaire ; la cause devrait donc être renvoyée à l'instance cantonale pour complément d'instruction à ce sujet. Mais d'ailleurs les défendeurs ne peuvent faire état de la disparition de l'enrichissement, car leur représentant Rhyn était de mauvaise foi, au sens de l'art. 64 *in fine*, lorsqu'il a reçu les 18 000 fr. Enfin le recourant demande que, en tout état de cause, il lui soit donné acte dans le dispositif de la cession de la créance des défendeurs contre la succession Rhyn et contre les cautions de ce dernier.

Dans leur réponse au recours les défendeurs dénie au demandeur le droit de tirer argument de la prétendue mauvaise foi de leur représentant, car c'est là un allégué nouveau qui ne peut être retenu par le Tribunal fédéral. Du reste ils soutiennent qu'ils n'ont jamais été enrichis, puisqu'ils n'ont rien reçu.

Considérant en droit :

1. — Le recourant soutient que l'instance cantonale n'avait pas le droit d'écarter la demande pour un motif que les défendeurs eux-mêmes n'ont jamais fait valoir, c'est-à-dire pour le motif qu'ils n'étaient plus enrichis lors de la répétition. Mais l'examen de ce grief échappe à la compétence du Tribunal fédéral, car la question de savoir si et dans quelle mesure le juge cantonal est lié par l'argumentation des parties ou peut y suppléer d'office, est une pure question de procédure cantonale. D'autre part c'est à tort que les défendeurs dénie au recourant le droit d'invoquer l'art. 64 CO sous prétexte qu'il ne s'est pas placé à ce point de vue devant l'instance cantonale. Il ne s'agit là ni de « conclusions nouvelles » ni d'une

« exception nouvelle » au sens de l'art. 80 OJF, le recourant maintenant purement et simplement la demande qu'il a formulée dès le début et se bornant à faire état d'une disposition légale pour combattre le système adopté par le jugement attaqué. D'ailleurs la liberté du Tribunal fédéral étant entière quant à l'application de la loi à l'état de fait qui lui est soumis, il aurait pu d'office l'examiner à la lumière de l'art. 64 CO, même si celui-ci n'avait pas été expressément invoqué.

2. — Le contrat conclu entre les parties ayant été annulé, les défendeurs sont tenus de restituer le prix de vente payé en vertu de ce contrat, pourvu qu'ils en soient encore enrichis. Ils prétendent, il est vrai, que n'ayant pas reçu ce prix, ils n'en ont jamais été enrichis et qu'ainsi seul le notaire Rhyn, qui a touché les 18 000 fr., aurait été légitimé passivement au procès. Mais cette conception est manifestement erronée. Le prix ayant été payé au notaire Rhyn en sa qualité de représentant des défendeurs et pour le compte de ces derniers conformément aux clauses du contrat, ce sont les mandants, et non le mandataire, qui doivent être considérés comme enrichis par le versement effectué. Si ensuite le notaire a indûment disposé des fonds perçus et si cette circonstance est de nature à exclure la répétition, ce n'est pas parce que les défendeurs n'ont jamais été enrichis, mais parce qu'après coup ils ont cessé de l'être, ainsi que l'instance cantonale l'a admis avec raison. La notion d'enrichissement est d'ordre avant tout économique ; pour savoir s'il y a enrichissement, on doit comparer l'état au patrimoine, d'une part, au moment où la prestation a eu lieu et, d'autre part, au moment de la demande de restitution. Or lorsque le demandeur a remis au notaire Rhyn le chèque de 18 000 fr. qui a été acquitté par la Banque, les défendeurs se sont trouvés enrichis d'une créance de ce montant contre leur mandataire qui était tenu de leur livrer ou le chèque ou sa contre-valeur. Mais, au lieu de leur transmettre les fonds touchés par lui, le notaire les a employés

au paiement de dettes personnelles et le jugement attaqué constate qu'ils ne pourront pas être recouvrés intégralement de la succession de Rhyn ou éventuellement de ses cautions. Il est dès lors impossible de dire que les défendeurs sont encore enrichis de 18 000 fr. il ne le sont plus que de la créance, d'une valeur bien inférieure, qu'ils possèdent contre la succession et contre les cautions et c'est donc cette créance, représentant leur enrichissement au moment de la demande de restitution, qu'ils doivent céder au demandeur ; celui-ci est d'ailleurs fondé à exiger que cette cession soit constatée expressément dans le dispositif et non pas seulement dans les considérants du jugement, comme l'instance cantonale s'est bornée à le faire.

Pour obtenir restitution dans une mesure plus étendue, c'est-à-dire à concurrence de ce qu'il a effectivement payé, le recourant invoque la disposition de l'art. 64 CO, aux termes de laquelle celui qui a reçu indûment est tenu à restitution intégrale, malgré qu'il ne soit plus enrichi, s'il s'est « dessaisi de mauvaise foi de ce qu'il a reçu ou qu'il n'ait dû savoir, en se dessaisissant, qu'il pouvait être tenu à restituer. » Le demandeur estime que, les conditions d'application de cet article étant réalisées dans la personne du notaire Rhyn, on peut opposer aux défendeurs la mauvaise foi de leur mandataire, soit la connaissance qu'il a eue de la nullité de la vente, et qu'ils ne peuvent donc se prévaloir de la disparition ultérieure de l'enrichissement. Mais cette argumentation va à l'encontre aussi bien de la lettre que de l'esprit de la loi. Après avoir posé en principe que celui qui a reçu indûment n'est tenu que jusqu'à concurrence de son enrichissement actuel, l'article 64 apporte une exception à ce principe pour le cas où le défendeur savait en se dessaisissant qu'il serait ou du moins pourrait être tenu à restitution. S'il se défait d'une chose dont il sait qu'il pourra être appelé à la rendre, il ne sera pas admis à invoquer le fait qu'il ne la possède plus, puisqu'il ne tenait qu'à lui

de la conserver et qu'il avait l'obligation de la conserver en vue de la restitution qu'il prévoyait ou devait prévoir. La responsabilité ainsi instituée est au fond une responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, la loi considérant comme un acte illicite l'acte de celui qui se dessaisit d'une chose dont il ne peut de bonne foi se croire en droit de disposer. L'article 64 suppose donc la réunion de deux conditions : il faut, d'une part, que le défendeur ait connu l'absence de cause légitime de l'enrichissement et par conséquent la possibilité d'une demande de restitution et, d'autre part, qu'ayant cette connaissance il se soit néanmoins dessaisi de la chose. Or, en l'espèce, l'une de ces conditions tout au moins fait évidemment défaut. Si, en vertu des principes sur la représentation, on peut à la rigueur opposer aux défendeurs la connaissance que leur mandataire a eue de la nullité de la vente et par conséquent de l'éventualité de la répétition du prix de vente qu'il touchait pour leur compte, par contre il est de toute impossibilité de leur imputer l'acte qu'il a commis en disposant indûment des fonds à son profit. En effet, en ce faisant, il n'agissait naturellement plus en sa qualité de représentant, mais au contraire pour son compte personnel et en violation flagrante de ses obligations de mandataire. Bien loin donc qu'ils se soient sciemment dessaisis de l'enrichissement, ils en ont été dépouillés contre leur gré et l'on ne saurait, sans faire violence à la loi, les soumettre à la responsabilité spéciale édictée par l'art. 64 contre celui qui s'est volontairement défait de l'objet de la restitution, sachant qu'il pourrait avoir à le rendre.

En terminant, le recourant invoque l'art. 2 CCS et expose qu'il est inéquitable que les suites dommageables de l'infidélité et de l'insolvabilité du mandataire des défendeurs tombent à sa charge. Mais c'est là une conséquence forcée du système de la loi qui, en matière d'enrichissement illégitime et sous réserve du cas exceptionnel de l'art. 64, fait supporter la perte ultérieure de la chose à

celui qui a payé et non à celui qui a reçu sans cause. Si donc celui qui a reçu la prestation en mains propres peut cependant exciper du fait qu'il a cessé d'en être enrichi, il doit avoir le même droit lorsque c'est en mains et par le fait d'un intermédiaire que la perte s'est produite ; tout au plus pourrait-on songer à le rendre responsable s'il avait commis une faute dans le choix de cet intermédiaire, mais, à cet égard, il n'a été ni établi, ni même allégué que les défendeurs eussent des raisons quelconques de douter de l'honnêteté de leur mandataire.

Le jugement attaqué doit donc être confirmé. Toutefois sur un point une rectification s'impose. Le demandeur avait allégué que les 18 000 fr. avaient été partiellement employés à acquitter des dettes des défendeurs et il résulte d'un compte produit par ces derniers qu'en effet le notaire Rhyn a compensé, jusqu'à due concurrence, la somme perçue avec une créance de 518 fr. 15 qu'il possédait contre ses clients du chef d'autres affaires. Cette dette des défendeurs ayant ainsi été éteinte par compensation, ils se trouvent enrichis de ce montant, qu'ils doivent par conséquent restituer au demandeur. La somme de 7168 fr. que celui-ci a été condamné à leur payer doit donc être réduite de 518 fr. 15, ce qui la ramène à 6649 fr. 85.

Le Tribunal fédéral prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt cantonal est confirmé, sous cette réserve toutefois que :

a) la somme que le demandeur a été condamné à payer aux défendeurs est réduite à 6649 fr. 85 ;

b) il est donné acte au demandeur qu'il lui est fait cession de la créance des défendeurs contre feu Rhyn et de leurs droits contre la caution de celui-ci.