

Le défaut de constatation d'une circonstance aussi importante que celle de l'absence du tiré ne saurait être suppléé par la voie du raisonnement et d'une simple hypothèse, même vraisemblable.

A ce premier point de vue, le protêt litigieux n'est donc pas conforme aux exigences de la loi et l'opposition au recours de change basé sur cet acte apparaît comme fondée.

4° Mais à supposer même qu'il puisse être admis que le dit protêt constate d'une manière suffisante le fait de l'absence du tiré lors de l'instrumentation de l'acte, ce document n'en serait pas pour cela conforme aux conditions requises par l'art. 815 C. O.

Cette disposition exige en effet la mention dans le protêt non seulement que le tiré n'a pas été rencontré dans son domicile, mais encore celle du fait qu'il n'a pas pu y être trouvé, ce qui suppose nécessairement, de la part du fonctionnaire instrumentaire tout au moins une information spéciale en vue de cette constatation. Or le protêt en question garde un silence absolu sur toute investigation de ce genre ; il n'en résulte en particulier nullement que le tiré n'ait pu être atteint dans son domicile, et cette constatation, indispensable pour que les endosseurs puissent se rendre compte de la situation qui leur est faite est précisément, aux termes de l'art. 815 précité, un des essentialia, et partant, une des conditions de la validité de l'acte.

Il suit de tout ce qui précède que le protêt dressé le 6 Novembre 1885 par l'huissier Moll, en ne mentionnant pas, conformément au prescrit impératif de l'art. 815 C. O. si le tiré a pu être trouvé à son domicile, est entaché d'un vice essentiel, lequel doit entraîner sa nullité, et que le recours, faute de paiement, ne peut ainsi, aux termes de l'art. 762 C. O. être exercé contre les endosseurs.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis et l'arrêt du Tribunal cantonal de Neuchâtel est réformé en ce sens que l'opposition formée par

Schlesinger et C^{ie} aux poursuites qui leur sont adressées par la Banque fédérale en paiement d'un effet de change de 4545 fr. 25, capital et frais de retour compris, est déclarée fondée et la Banque fédérale déboutée de ses conclusions.

47. Arrêt du 5 juin 1886 dans la cause

Pharisaz, Gillard & C^{ie} contre l'Orphelinat de Sâles.

Il existe dans la paroisse de Sâles (Gruyère) un orphelinat créé en faveur des quatre communes qui composent cette paroisse.

Ces communes décidèrent, à la fin de 1883 ou au commencement de 1884, la construction d'une grange, et ont confié l'exécution de cette décision au Conseil paroissial de Sâles, auquel furent adjointes quelques autres personnes.

Cette commission fit élaborer par les sieurs Pharisaz, Gillard et C^{ie} un plan avec cahier des charges et devis, et après les avoir approuvés elle ouvrit un concours pour l'exécution de l'entreprise. Pharisaz, Gillard et C^{ie} soumissionnèrent pour le prix le plus élevé, à savoir 8500 francs, tandis que la soumission la plus basse atteignit 6800 francs seulement.

Sous date du 28 Juillet 1884, la Commission de bâtisse se réunit sous la présidence du président du Conseil paroissial de Sâles.

Procédant au scrutin pour l'adjudication des travaux, les huit membres présents de la commission votèrent 4 pour Pharisaz, Gillard et C^{ie}, 3 pour le sieur Wuichard et 1 pour Descloux et Mauron ; le procès-verbal indique que Pharisaz, Gillard et C^{ie} ont obtenu la majorité.

Le président Frossard informa les demandeurs de ce résultat, et après qu'ils eurent réduit leur soumission à 8000 francs, il signa avec eux et le secrétaire de la Commission le cahier des charges. Deux membres de la commission déclarèrent toutefois au protocole s'opposer à l'exécution des travaux pour autant que la ratification ne serait pas soumise à

l'assemblée paroissiale ; ils firent valoir, comme motifs de leur protestation, qu'un des membres de la dite commission n'avait pas été convoqué à la séance et que le prix de soumission de Pharisaz, Gillard et C^{ie} était trop élevé.

Ensuite d'un recours adressé par les opposants au préfet de la Gruyère, ce magistrat, par lettre du 31 juillet 1884, ordonna la suspension des travaux jusqu'à ce qu'il ait été statué sur le mérite d'un autre recours sur le même objet interjeté par les Conseils communaux de Sâles, Rueyres et Romanens. Par lettre du 4 août suivant, le président Frossard invita Pharisaz, Gillard et C^{ie} à suspendre les travaux.

Par arrêté du 4 Novembre 1884, le Conseil d'Etat de Fribourg annula la décision de la commission de bâtisse du 28 Juillet, attendu qu'elle n'avait pas de compétence pour statuer et que l'administration de l'Orphelinat appartient aux communes formant la paroisse, lesquelles ont l'obligation de constituer une commission administrative qui représente l'Orphelinat comme fondation, soit comme personne juridique.

Les demandeurs, estimant que l'adjudication de la construction de la grange avait eu lieu valablement en leur faveur, ont par exploit du 21 Mai 1885 ouvert action à l'Orphelinat de la paroisse de Sâles, soit aux quatre communes composant cette paroisse, concluant à ce qu'elles soient condamnées à reconnaître qu'elles doivent respecter l'adjudication prononcée en faveur de Pharisaz, Gillard et C^{ie}, ou à défaut d'y consentir, d'acquitter aux demandeurs la somme de 3000 fr. avec intérêt légal, se décomposant comme suit :

a) pour élaboration des plans, devis détaillé, avant-métré et cahier des charges.	Fr. 200 —
b) courses à Sâles pour démarquer l'emplacement du bâtiment et choisir les bois pour la charpente	» 135 —
c) pour pierres de taille en granit (portes, fenêtres etc.)	» 747 45
d) pour chaux	» 360 —

A reporter, Fr. 1442 45

	Report, Fr. 1442 45
e) pour sacs vides à rendre.	» 120 —
f) pour sable.	» 37 50
g) pour dommages-intérêts pour résiliation du contrat	» 1400 35

Somme égale, Fr. 3000 —

A l'appui de cette conclusion, les demandeurs allèguent qu'ils avaient déjà, au moment où l'ordre de suspendre les travaux leur est parvenu, préparé et conduit sur place la plupart des matériaux, attendu qu'aux termes du cahier des charges la construction devait être terminée pour le 20 Octobre 1884.

A l'audience du Tribunal civil de la Gruyère du 29 Décembre 1885, la partie défenderesse conclut à libération de la demande, en offrant toutefois aux demandeurs une équitable indemnité pour les plans et devis, à la condition que ces pièces soient remises à la Commission de l'Orphelinat.

Les demandeurs produisirent alors les plans ; ils contestèrent en revanche d'être en possession du cahier des charges et du devis, qu'ils prétendirent avoir remis à l'administration précédente. Cette dernière produisit alors le cahier des charges, tout en déclarant de son côté n'être pas en possession du devis, qu'elle a livré à la nouvelle administration de l'Orphelinat.

La partie défenderesse a reconnu en outre que le chiffre demandé par Pharisaz, Gillard et C^{ie} pour avoir dressé les plans, le cahier des charges, le devis et l'avant-métré n'était pas exagéré ; le devis n'étant pas produit, le représentant de l'Orphelinat s'est borné à offrir une indemnité pour la confection des plans seulement, tout en maintenant ses réserves au sujet des dommages-intérêts résultés, du défaut de remise des plans et spécialement des devis en temps utile ; le dit représentant a reconnu en outre que le nombre de journées faites par Pharisaz, Gillard et C^{ie} pour le choix et le nivellement de l'emplacement, la discussion des plans et le cahier des charges, la démarcation des bois, etc., s'élevait

à 9; il contesta néanmoins le dû, en se réservant éventuellement la modération du juge.

Par jugement du dit jour, 29 Décembre 1885, le Tribunal de la Gruyère a débouté Pharisaz, Gillard et C^{ie} de leur conclusion, en leur donnant acte de l'offre de l'Orphelinat de Sâles, dans le sens et la portée où elle est faite et avec les conditions qu'elle comporte, et mis les frais pour $\frac{4}{5}$ à la charge des demandeurs et pour $\frac{1}{5}$ à la charge de la partie défenderesse.

Les demandeurs ayant appelé de ce jugement la Cour d'Appel, par arrêt du 10 Mars 1886, s'est associée d'une manière générale aux motifs des premiers juges. Toutefois, contrairement à l'opinion du Conseil d'Etat et du Tribunal de la Gruyère, il a admis que la Commission de bâtisse qui a fonctionné le 28 Juillet 1884 était, quoique irrégulièrement nommée, pourtant compétente pour conclure le contrat avec les soumissionnaires. En revanche, la Cour d'Appel a estimé, comme le Tribunal de première instance, qu'un contrat valable n'était pas intervenu avec les demandeurs, puisqu'ils n'ont point obtenu la majorité absolue des voix des membres présents de l'administration, mais seulement une majorité relative, insuffisante, aux termes de l'art 52 de la loi de 1879 sur les communes, pour valider une décision. La Cour a admis en outre que cette circonstance, ainsi que le fait de la protestation de deux membres de la Commission, était connue des demandeurs le 20 Juillet 1884 déjà; que toutefois il est équitable que ceux-ci soient rémunérés des travaux et courses préliminaires qu'ils ont faits dans l'intérêt de l'Orphelinat et qui ont profité à celui-ci; que la nouvelle administration a, du reste, reconnu en principe son obligation à cet égard par les offres faites à sa partie adverse, et qu'en ce qui concerne en particulier le devis, il doit être payé aux appelants, attendu que ceux-ci ont contesté en être détenteurs et que le contraire n'a pas été établi.

Par ces motifs la Cour a prononcé que Pharisaz, Gillard et C^{ie} sont déboutés de leur conclusion actrice, dans le sens des considérants et sous réserve des offres qui leur ont été faites

et que dans le même sens l'Orphelinat de la paroisse de Sâles est admis dans sa conclusion libératoire.

C'est contre cet arrêt que Pharisaz, Gillard et C^{ie} recourent au Tribunal fédéral, concluant à sa réforme avec dépens. L'Orphelinat de Sâles a conclu, de son côté, au maintien du dit arrêt.

Statuant sur ces faits et considérant en droit.

1° La compétence du Tribunal fédéral n'a été contestée qu'en ce qui concerne la valeur de la somme litigieuse exigée par l'art. 29 de la loi sur l'organisation judiciaire fédérale.

A cet égard, il y a lieu de faire observer d'abord que, devant la première instance, les demandeurs ont formulé une conclusion alternative, tendant à ce que l'Orphelinat de Sâles (soit les communes défenderesses) soit condamné, ou bien à reconnaître qu'il doit respecter l'adjudication prononcée en faveur de Pharisaz et Gillard, c'est-à-dire leur faire exécuter le travail litigieux, ou bien, à défaut d'y consentir, à acquitter aux instants la somme de 3000 francs à titre de dommages-intérêts pour inexécution du contrat.

La première de ces conclusions ne tend pas au paiement du montant de la somme soumissionnée, mais à la reconnaissance de la validité du contrat. A ce point de vue, la valeur du litige n'est autre que le montant de l'intérêt que les demandeurs ont au maintien du contrat; or cet intérêt atteint la somme de 3000 francs, à teneur de la deuxième conclusion, ce qui, d'ailleurs, n'a point été contesté par la partie défenderesse.

2° Il est vrai que, devant les deux instances cantonales, le représentant des communes défenderesses a déclaré « qu'il » était autorisé à offrir aux instants une équitable indemnité » pour les plans et devis, mais que comme le devis n'était » pas produit, il n'offrait cette indemnité que pour la confec- » tion des plans, tout en formulant des réserves au sujet des » dommages-intérêts résultés du défaut de remise des plans et » spécialement des devis en temps utile. »

Cette circonstance ne saurait être envisagée comme ayant pour effet de diminuer la valeur du litige. En effet les offres

en question sont sans influence sur la première conclusion ; elles étaient entourées de réserves et ne portent en outre point sur une somme déterminée ; enfin, le Tribunal de première instance a débouté les demandeurs de la totalité de leurs conclusions en leur donnant simplement acte, pour valoir selon droit, de l'offre conditionnelle à eux faite par la partie défenderesse. Dans ces conditions il y a lieu d'admettre que la valeur du litige, devant la deuxième instance cantonale, n'a pas cessé d'atteindre la somme de 3000 francs.

Au fond :

3° Le contrat dont la validité est litigieuse, aurait été conclu par des représentants de l'Orphelinat de Sâles, personne juridique et fondation publique administrée par des autorités communales.

Or l'article 38 C. O. dispose que le pouvoir de contracter pour autrui, en tant qu'il découle du droit public, est réglé par le droit cantonal ou par les dispositions spéciales du droit fédéral. C'est donc le droit fribourgeois qui est applicable touchant les pouvoirs nécessaires à l'Orphelinat pour contracter, et, en particulier, en ce qui a trait aux conditions auxquelles la dite corporation peut être valablement liée par la manifestation de la volonté de ses représentants.

A cet égard la Cour d'Appel a constaté qu'en droit fribourgeois, la validité d'un contrat lié par une autorité communale au nom de la corporation qu'elle représente supposait nécessairement que la majorité absolue des voix des membres présents se fût prononcée en faveur de la conclusion du dit contrat, que dans l'espèce cette majorité n'a point existé et que par conséquent, vu l'irrégularité de la dite décision, la partie défenderesse n'a pu être liée par la commission de bâtisse, soit par la signature de son président.

Ces constatations en matière de droit cantonal sont définitives et le Tribunal de céans n'a pas à les soumettre à sa censure.

4° C'est en vain que les recourants estiment qu'une irrégularité dans la votation de la commission ne doit pas porter préjudice à leurs droits. Il suffit, pour que cette irrégularité

mette obstacle à l'existence du contrat, qu'elle soit au nombre des conditions dont le droit fribourgeois fait dépendre la validité de l'obligation de la défenderesse. Or tel est bien, ainsi qu'on l'a vu, le cas dans l'espèce.

Il ressort de ce qui précède que les deux conclusions prises en demande par Pharisaz et Gillard doivent tomber, attendu que toutes deux étaient exclusivement basées sur l'existence d'un contrat de louage d'ouvrage, valable en particulier sur l'application des art. 350, 369 (et non 368 comme le portent sans doute par erreur les pièces) et 416 C. O.

Ces conclusions n'ayant pas été formulées sur d'autres bases, il n'y a pas lieu de rechercher si quelques-uns des chefs de réclamation visés dans la conclusion N° 2 pourraient se justifier à d'autres points de vue.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral

prononce :

Le recours est écarté et l'arrêt de la Cour d'Appel est maintenu tant au fond que sur les dépens.

48. *Arrêt du 5 Juin 1886 dans la cause Trésorerie générale de la Haute-Savoie contre Chapalay et Mottier.*

Le sieur de Fleury s'est marié avec dame Claire Hélène d'Hautpoul sous le régime dotal, aux termes de leur contrat de mariage passé devant M^e Carlier, notaire à Paris, le 29 Mars 1845, et tous les biens présents et à venir de Madame de Fleury ont été constitués en dot.

Par acte du 20 Décembre 1869, reçu par M^e Duval, notaire à Saint-Germain-en-Laye (France), de Fleury a donné à sa femme la procuration la plus étendue aux fins de régir tant les biens communs aux deux époux que ceux personnels à chacun d'eux. Cet acte donne spécialement à dame de Fleury le pouvoir de toucher tous intérêts, loyers, arrérages