

## I. ERBRECHT

### DROIT DES SUCCESSIONS

**68. Arrêt de la II<sup>e</sup> Section civile du 3 novembre 1915  
dans la cause Zbinden contre dame Thalmann-Zbinden.**

S'agissant d'une indivision constituée avant le 1<sup>er</sup> janvier 1912, la règle de droit cantonal suivant laquelle l'indivis survivant recueille la part du co-indivis prédécédé doit trouver son application même lorsque le décès du co-indivis est postérieur à l'entrée en vigueur du CCS.

A. — Le 21 août 1867 est mort à Eggersmatt Jean-Joseph Zbinden, Il laissait huit enfants : Joseph-Aloys, Benoît-Chrysostome, Jean-Augustin, Ambroise, Jean, Thérèse, Anne-Marie, et Marie. Sa femme est morte le 27 septembre 1870.

Le 19 mars 1883 les enfants Zbinden — sauf Marie qui avait déjà reçu sa part par dotation en 1869 — ont signé un acte de partage des biens paternels; cet acte rappelle que l'avoir mobilier a déjà été partagé; quant aux immeubles, Joseph-Aloys reçoit un lot dont la valeur est telle qu'il se charge d'affecter la plus-value de sa part à doter son frère Benoît; les cinq autres frères et sœurs restent ensemble et prennent un lot d'immeubles en commun.

A propos de cet acte l'instance cantonale constate qu'il ne s'agit pas d'un « rafrachement » au vrai sens du mot, mais cependant d'une manifestation de volonté équivalant à un rafrachement et par laquelle les cinq enfants ont maintenu entre eux l'indivision.

Le 13 mars 1890 Jean-Augustin a reçu sa part. Des quatre indivis restants, deux, Ambroise et Anne-Marie,

sont morts en 1907 et 1909. A chacun de ces décès l'autorité a délivré un acte de notoriété constatant l'état d'indivision. Ni Joseph-Aloys, ni Benoît, ni Marie ne sont venus recueillir une part de leur succession.

A la suite de ces partages, de ces dotations et de ces décès, l'indivision n'existait plus qu'entre Jean et Thérèse. Cette dernière est morte le 18 mai 1912. Jean Zbinden a gardé tout le bien resté commun.

Marie Thalman-Zbinden a alors élevé une prétention à la succession de sa sœur Thérèse; elle soutient que Jean Zbinden ne peut invoquer les droits résultants de l'indivision, car depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1912 la succession se règle d'après le CCS, qui ne connaît pas le droit de succession réciproque des indivis.

Jean Zbinden a résisté à cette prétention. Les autres frères et sœurs ont déclaré ne pas vouloir intervenir au procès, ajoutant que si la demanderesse triomphait, ils renonceraient à leur part de succession en faveur de leur frère Jean.

La demanderesse a conclu à ce qu'il soit prononcé :

1<sup>o</sup> Que la succession de Thérèse Zbinden, décédée le 12 juillet 1912, doit être partagée, conformément à l'art. 458 CCS, entre la demanderesse, sœur de la défunte, et l'intimé Jean Zbinden, éventuellement entre eux et leurs autres frères et sœurs;

2<sup>o</sup> que, partant, le défendeur a l'obligation de partager dite succession avec la demanderesse;

3<sup>o</sup> subsidiairement, que la demanderesse est héritière de Thérèse Zbinden, conformément à l'art. 734 CC frib. en raison de l'inexécution d'une indivision entre la défunte et le défendeur, par suite du partage du 19 mars 1883.

Jean Zbinden a conclu à libération. Il soutient que ses droits aux biens communs découlent de l'indivision constituée sous l'empire du CC fribourgeois en vertu duquel le bien commun appartient, en cas de décès d'un indivis, aux co-indivis survivants; conformément au principe de

l'art. 1 titre final CCS. cet effet de l'indivision continue à se produire même depuis l'entrée en vigueur du CCS. D'ailleurs en 1869 déjà la demanderesse a été dotée et a donc renoncé à toute part aux biens de ses frères et sœurs venant à décéder sans être sortis de l'indivision. Enfin elle a également encouru la prescription par son défaut de toute participation à l'indivision depuis sa dotation.

B. — Confirmant un jugement du Tribunal de la Singe du 2 janvier 1914, la Cour d'appel du canton de Fribourg a, par arrêt du 22 mars 1915, déclaré fondées les deux conclusions principales de la demanderesse, Cet arrêt est motivé en résumé comme suit :

L'état d'indivision a subsisté jusqu'au décès de Thérèse Zbinden; à ce moment il n'existait plus qu'entre cette dernière et le défendeur. Il y a lieu de rechercher si, malgré que ce décès soit survenu après le 1<sup>er</sup> janvier 1912, Jean Zbinden peut prétendre aux biens communs en vertu du droit fribourgeois qui dispose que l'indivis mourant ab intestat est hérité par ses co-indivis. Pour cela il convient de déterminer quel est le fondement de l'indivision fribourgeoise et quelle est la nature du droit de l'indivis survivant sur les biens communs. L'instance cantonale expose que, en droit fribourgeois, l'indivision naît ex lege par le seul fait de la possession et jouissance en commun par les frères et sœurs des biens délaissés par les parents; la volonté des parties, tacite ou expresse, ne joue un rôle que pour maintenir l'indivision — en ce sens que chaque indivis peut provoquer le partage et que, dans ce cas, deux ou plusieurs d'entre eux peuvent continuer ou reconstituer l'indivision. Quant au droit du survivant sur les biens qu'il possédait en commun avec le défunt, ce n'est pas un droit d'accroissement; c'est un droit successoral « si non le législateur n'aurait pas accordé, d'un côté, la liberté de disposer d'un quart, malgré l'existence d'une indivision et n'aurait pas, de l'autre côté, fait parvenir aux co-indivis les

biens personnels de l'indivis décédé, en excluant les frères et sœurs dotés de tout droit. Il aurait du moins fait prévaloir d'une part le droit d'accroissement et réglé séparément la dévolution des biens personnels. » Il s'agit d'une volonté présumée du défunt, l'indivis mourant intestat et sans enfant étant censé avoir préféré ses frères et sœurs co-indivis aux frères et sœurs qui n'étaient plus communs de biens avec lui. Du moment que, d'après le CC fribourgeois, c'est par droit de succession que la part idéale de l'indivis dans les biens communs échoit aux co-indivis, il en résulte que les art. 3 et 15 Titre final CCS sont applicables au cas où un indivis est décédé après le 1<sup>er</sup> janvier 1912. En l'espèce « la succession de Thérèse Zbinden s'étant ouverte en 1912 et l'état d'indivision du droit fribourgeois, dans lequel elle avait vécu, n'ayant pas supprimé la transmission de biens par la voie successorale, le droit applicable est donc bien le droit successoral réglé par le CCS, en particulier par l'art. 458 combiné avec l'art. 345 du dit code. »

Il est vrai, d'autre part, que la dotation prévue aux art. 997 et suiv. CC frib. implique un véritable pacte de renonciation à la succession des frères et sœurs qui viendraient à mourir sans être sortis de l'indivision. Or la demanderesse a reconnu expressément qu'elle avait été dotée. Mais la dotation n'a fait l'objet d'aucun acte écrit : « la Cour se trouve ainsi dans l'impossibilité de juger de la consistance et de la portée de cette dotation. » D'ailleurs la dotation étant intimement liée à l'indivision et le droit nouveau lui étant donc applicable dans la même mesure où ce droit régit l'indivision, le pacte successoral qu'implique la dotation ne pourrait avoir d'effet que s'il avait été dressé dans la forme prévue à l'art. 512 CCS. « Partant, le fait que la demanderesse a été dotée en 1869 par une convention verbale, licite en droit fribourgeois, ne peut, en l'absence d'un acte en due

forme constatant cette dotation, être pris en considération à titre de renonciation à toute part à l'indivision. »

Le défendeur Jean Zbinden a recouru en réforme au Tribunal fédéral en reprenant ses conclusions libératoires,

Statuant sur ces faits et considérant  
en droit :

1. — Le recours est recevable, la valeur litigieuse étant supérieure à 4000 fr. (d'après le bordereau des droits de succession établi au décès de Thérèse Zbinden la valeur des biens communs était de 19 420 fr.) et la cause ayant été jugée en application du droit fédéral.

2. — L'instance cantonale constate qu'à teneur des art. 997 et suiv. CC fribourgeois la dotation impliquait renonciation à succession, c'est-à-dire que l'indivis qui sortait de la communauté en se faisant remettre sa part renonçait par là même à toute part aux biens de ses frères et sœurs venant à mourir sans être sortis de l'indivision. La Cour d'appel constate en outre que Thérèse Zbinden est décédée en état d'indivision et qu'en 1869 la demanderesse Marie Thalmann-Zbinden avait été dotée « par une convention verbale licite en droit fribourgeois ». La condition à tirer de ces prémisses est que la demanderesse ne saurait aujourd'hui faire valoir sur la succession de sa sœur Thérèse des droits auxquels elle a valablement renoncé. Si l'instance cantonale est arrivée à une autre conclusion, c'est qu'elle a estimé que, s'agissant d'une succession qui s'est ouverte après le 1<sup>er</sup> janvier 1912, l'acte de renonciation aurait dû, pour être valable, être passé dans la forme prévue par le droit nouveau, soit (art. 512 CCS) dans la forme du testament public. Mais cette conception est manifestement erronée. L'article 16, al. 2 Titre final CCS dispose que « un testament n'est pas annulable pour vice de forme s'il satisfait aux règles applicables à l'époque où il a été rédigé ». Si le législateur n'a jugé à propos

d'énoncer expressément ce principe qu'à l'égard des « testaments », c'est que, le testateur ayant la faculté de révoquer unilatéralement ses dispositions de dernière volonté, on aurait pu songer à exiger qu'elles fussent rédigées dans la forme prescrite à l'époque du décès. C'est donc a fortiori que le principe de non-rétroactivité de la loi doit valoir à l'égard des dispositions pour cause de mort non révocables, soit des pactes successoraux. Aussi bien est-il consacré par l'art. 50 Titre final en ce qui concerne la forme des « contrats » en général, parmi lesquels les pactes successoraux doivent évidemment être compris.

Le recours devrait donc être admis et la demande devrait d'emblée être déclarée mal fondée, si l'instance cantonale s'était bornée à écarter le moyen tiré de la renonciation par le motif erroné de l'inobservation des formes prescrites par le droit fédéral. Mais elle a ajouté qu'elle était « dans l'impossibilité de juger de la consistance et de la portée de la dotation » parce que celle-ci n'a pas fait l'objet d'un acte écrit. Cette argumentation est en contradiction avec les autres constatations du jugement attaqué qui ont été rappelées ci-dessus et elle est incompréhensible, la « portée » de la dotation résultant de la loi-elle-même qui lui attribue la valeur d'une renonciation à la succession. Cependant comme il s'agit d'une question de droit cantonal, le Tribunal fédéral devrait strictement (art. 79 al. 2 OJF) renvoyer la cause à la Cour d'appel pour qu'elle statue à nouveau.

Mais ce renvoi n'est pas nécessaire, car, même en l'absence d'une renonciation valable de la part de la demanderesse, l'application des règles de la législation fribourgeoise sur l'indivision exclut tous droits de dame Thalmann-Zbinden aux biens possédés en commun par le défendeur et sa défunte sœur Thérèse. Sur ce point le jugement attaqué ne laisse place à aucun doute : il constate formellement qu'en vertu de l'art. 1103 CC fribourgeois la part de Thérèse Zbinden aux biens indivis

devait à son décès revenir en entier à son co-indivis, c'est-à-dire au défendeur. La demande devra donc être écartée — à moins qu'il ne soit jugé, d'accord avec l'instance cantonale, que, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1912, cette disposition du Code fribourgeois a cessé d'être applicable aux indivisions constituées sous l'empire de l'ancien droit. Or c'est là ce qu'il est impossible d'admettre.

Pour exclure l'application de l'art. 1103, l'instance cantonale tire argument du fait que le droit de l'indivis survivant à la part du co-indivis décédé est un droit de nature successorale et non un droit d'accroissement; la preuve qu'elle en donne — à savoir, que la loi permet à l'indivis de disposer du quart de sa part — est loin d'être décisive, car cette faculté est parfaitement compatible avec l'hypothèse d'un droit d'accroissement, lequel serait simplement limité dans ses effets en cas de disposition à cause de mort. Mais là n'est pas la question. Même si l'on considère le droit de l'indivis survivant comme étant de nature successorale, il n'en reste pas moins qu'il est une conséquence de l'indivision, celle-ci engendrant ainsi des effets d'ordre successoral, à côté des autres effets qu'elle a quant aux relations personnelles des indivis entre eux et quant à leurs droits sur les biens communs. Du moment donc que le fait générateur du droit, c'est-à-dire la constitution de l'indivision, a eu lieu sous l'empire de la législation ancienne, c'est cette législation qui, d'après le principe général de l'art. 1 Tit. fin. CCS, doit continuer à en déterminer les effets. En vain l'instance cantonale objecte-t-elle que l'indivision est une création de la loi, qu'elle naît de plein droit indépendamment de la volonté des parties — et que par conséquent ses effets suivent le sort de la loi et se déterminent d'après la loi nouvelle dès que la loi ancienne est abrogée (Tit. fin. CCS art. 3). S'il est vrai qu'en droit fribourgeois l'indivision s'établit entre frères et sœurs par le fait seul qu'ils ne procèdent pas au partage des biens paternels, d'autre part — l'instance cantonale

le constate elle-même — son maintien dépend de la seule volonté des parties qui peuvent librement y mettre fin à tout moment en demandant le partage. La loi se contente donc de présumer la volonté des parties et celles-ci restent libres de se plier ou non au cadre qui leur est proposé par la loi. L'indivision supposant ainsi nécessairement le consentement des indivis, elle repose sur un accord tacite sanctionné par la loi et c'est la loi sous l'empire de laquelle cet accord est intervenu qui seule peut en déterminer les conséquences. En l'espèce d'ailleurs il y a plus et l'accord tacite du début a été remplacé ou confirmé dans la suite par une convention expresse, soit par l'acte intitulé « partage » du 19 mars 1883 par lequel cinq des enfants Zbinden — dont le défendeur et sa sœur Thérèse — ont déclaré vouloir vivre en état d'indivision. Peu importe qu'il s'agit là d'un « rafrachement » proprement dit — c'est-à-dire de la reconstitution d'une indivision dissoute par le partage — ou (comme l'estime l'instance cantonale qui en reconnaît formellement la validité) d'un acte « équivalent à un rafrachement », c'est-à-dire du maintien, en cours de partage et entre quelques-uns des intéressés, d'une indivision préexistante : dans tous les cas cet acte constitue une manifestation expresse de volonté qui doit déployer les effets qu'y rattache le droit fribourgeois sous l'empire duquel elle s'est produite. Or, on l'a vu, l'un de ces effets est d'attribuer à l'indivis survivant la part de l'indivis décédé. Economiquement, la situation est la même que si Jean Zbinden et sa sœur Thérèse s'étaient, par un pacte successoral, légué réciproquement leur part aux biens communs. Et, quant au droit applicable, il n'y a pas de différence à faire suivant que la conséquence voulue par les parties dérive d'un pacte successoral proprement dit ou d'un pacte d'indivision impliquant legs réciproque; dans un cas comme dans l'autre elle a sa source dans la volonté des contractants et l'art. 3 Tit. fin., qui soumet au droit nouveau « les

cas réglés par la loi indépendamment de la volonté des parties » ne peut trouver d'application.

Ainsi, le droit que revendique le défendeur se fonde sur l'indivision constituée en conformité de la législation fribourgeoise et la loi nouvelle qui laisse intacts les droits acquis avant la date de son entrée en vigueur (art. 4 Tit. fin.) ne saurait y porter atteinte. Sans doute ce droit était subordonné à la condition que Thérèse Zbinden mourût avant son frère et sans laisser d'enfants et cette condition ne s'est réalisée que postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1912; mais, au point de vue de la législation applicable, la date de l'avènement de la condition est indifférente; seule la date à laquelle le droit conditionnel a été créé est déterminante (v. Ostertag, dans Schw. Juristen Zeitung, VIII p. 388; cf. RO 10 p. 143 cons. 2). C'est ce que le Tribunal fédéral a déjà jugé dans une affaire fribourgeoise récente qui présente quelque analogie avec l'espèce actuelle (v. RO 40 II p. 99 et suiv.): de même que, dans cette affaire, une substitution a été déclarée caduque en vertu du droit fribourgeois sous l'empire duquel elle avait été créée, quand bien même cette caducité était subordonnée à une condition qui ne s'est réalisée que postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1912, de même ici les droits du défendeur doivent se déterminer d'après la législation cantonale en vigueur lors de leur constitution, quoiqu'ils fussent encore en suspens jusqu'au décès de Thérèse Zbinden qui est survenu depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1912.

On arriverait d'ailleurs au même résultat en raisonnant d'après l'art. 15 Tit. fin., qui soumet à la loi ancienne soit la succession des personnes décédées avant le 1<sup>er</sup> janvier 1912, soit les autres effets relatifs au patrimoine rattachés par le droit cantonal au décès du père, de la mère et du conjoint. Ce qui aujourd'hui est au fond en cause c'est la succession du père des deux parties, lequel est décédé en 1867 et dont les biens n'ont pas été définitivement dévolus tant que l'indivision a duré. On

ne se trouve pas, il est vrai, exactement dans le cas prévu par l'art. 15, car la communauté des biens entre frères et sœurs n'est pas « légalement inséparable de l'hérédité » et elle ne résulte pas directement du décès du père, mais de l'indivision qui s'est formée à la suite de ce décès. Cependant, vu la connexité intime qui existe entre l'ouverture de la succession paternelle et la constitution de l'indivision, il se justifie d'appliquer par analogie la règle de l'art. 15 et de décider par conséquent que la dévolution des biens paternels demeurés indivis entre le défendeur et sa sœur Thérèse doit se faire conformément à la législation qui était en vigueur lorsque les parties ont résolu de ne pas se partager ces biens — ce qui impliquait qu'ils seraient attribués à celui des indivis qui survivrait aux autres.

En résumé, quel que soit le point de vue auquel on se place, la conclusion demeure la même; tous les faits décisifs pour la solution du litige — décès du père des parties, formation de l'indivision primitive, dotation de la demanderesse, renouvellement de l'indivision entre Jean et Thérèse Zbinden — sont antérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 1912; la cause doit donc être jugée en application du Code fribourgeois et non pas du CCS, le fait survenu depuis l'entrée en vigueur de ce Code, c'est-à-dire le décès de Thérèse Zbinden, étant simplement la condition à laquelle étaient subordonnés les droits constitués en faveur du défendeur sous l'empire de la législation ancienne.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral  
prononce :

Le recours est admis et l'arrêt attaqué est réformé en ce sens que les conclusions de la demande sont déclarées mal fondées.

## II. OBLIGATIONENRECHT

### DROIT DES OBLIGATIONS

69. Urteil der II. Zivilabteilung vom 29. September 1915  
i. S. Witwe Vogel, Klägerin, gegen Kinder Vogel, Beklagte.

Personenversicherung. Recht des Versicherungsnehmers zur Bezeichnung eines Begünstigten; kann dieses Recht an Stelle des unmündigen oder entmündigten Versicherungsnehmers von dessen gesetzlichem Vertreter ausgeübt werden? Auslegung des vom Versicherungsnehmer verwendeten Ausdrucks « meine gesetzlichen Erben ». Rechtliche Natur der in Art. 63 und 84 VVG gegebenen Interpretationsregeln.

A. — Am 9. Dezember 1909 wurde zwischen der « Friedrich-Wilhelm Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft zu Berlin » und Rob. Vogel in Solothurn ein Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen, dessen Wirksamkeit am 1. September 1903 beginnen sollte (weil der Vertrag einen aus jener Zeit datierenden ersetzte), und worin bestimmt war, dass die Versicherungssumme von 15,000 Fr. « nach dem Tode des Versicherten an seine gesetzlichen Erben » gezahlt werden solle. Der Versicherungsnehmer war im Dezember 1909 Witwer und Vater der Beklagten. Am 1. September 1903 (dem Datum des Abschlusses des ersten Versicherungsvertrags) hatte seine Ehefrau noch gelebt; der damalige Versicherungsvertrag hatte dieselbe Begünstigungsklausel enthalten, wie derjenige vom 9. Dezember 1909. Am 27. November 1911 verheiratete sich Vogel in zweiter Ehe mit der heutigen Klägerin. Anfangs 1912 schloss er ausschliesslich zu Gunsten dieser zweiten Ehefrau eine weitere Lebensversicherung im Betrage von 10,000 Fr. ab. Im April 1913 wurde er wegen