

Klägers zum Beklagten begrenzt werden, für die Genossen aber, die damit einig gehen, der Beschluss aufrecht erhalten bleiben soll. Auch hievon kann jedoch *in casu* nicht die Rede sein, weil der Beschluss seiner Natur nach nur gegenüber allen Genossen oder aber dann überhaupt keine Wirksamkeit haben kann.

*Demnach erkennt das Bundesgericht :*

Die Berufung wird begründet erklärt und die Klage zugesprochen.

**54. Arrêt de la II<sup>me</sup> Section civile du 27 Octobre 1920, dans la cause Commune d'Avry-devant-Pont contre Fragnière et consorts.**

**Fondation :** Fondation mixte en faveur, d'une part, d'une œuvre de bienfaisance et, d'autre part, de la famille du fondateur ; conséquences du défaut d'inscription, dans les 5 ans dès l'entrée en vigueur du code civil suisse.

A. — Jean Leclerc, décédé en 1883, a laissé un testament daté du 28 septembre 1871 par lequel il léguait la jouissance des intérêts de ses biens à ses frères et sœurs, neveux, petits-neveux et arrière-petits-neveux ; après la jouissance ainsi léguée, il instituait héritier de tous ses biens le rentier des pauvres de la commune d'Avry-devant-Pont ou un orphelinat établi par la commune ; il désignait comme exécuteur testamentaire la Justice de Paix du 4<sup>me</sup> cercle de la Gruyère ou un curateur qu'elle nommerait et qui serait chargé de percevoir les intérêts et de les distribuer conformément à ce qui précède.

Tous les frères de Jean Leclerc sont décédés avant lui ; par contre sa sœur Nanette lui a survécu ; les demandeurs au présent procès sont ses petits enfants et

arrière-petits-enfants, par conséquent les petits-neveux et arrière-petits-neveux de Jean Leclerc.

En août 1884 la commune d'Avry-devant-Pont a ouvert action aux hoirs Leclerc pour faire prononcér que le legs d'usufruit devait être limité aux enfants nés ou conçus à l'époque du décès de Jean Leclerc. Devant le Juge de Paix de Vuippens les défendeurs ont reconnu que ce legs devait être limité aux descendants des légataires actuels qui étaient nés ou conçus lors du décès de Jean Leclerc. Cette déclaration a mis fin au procès.

Le 20 mai 1884 le Grand Conseil a approuvé sous réserve de tous droits, la fondation Leclerc en faveur des pauvres de la commune d'Avry-devant-Pont. En 1904, la Justice de Paix de Vuippens étant entrée en conflit avec la commune d'Avry et ayant refusé de continuer à désigner les curateurs prévus par le testament, le Conseil d'Etat a nommé le Crédit gruyérien administrateur des biens de la fondation Leclerc. Actuellement ces biens sont gérés par la Banque de l'Etat de Fribourg.

B. — Jusqu'à la fin de 1915 les revenus de la fondation Leclerc ont été distribués chaque année entre les intéressés. A partir de cette date la commune d'Avry a contesté aux demandeurs tous droits à ces revenus.

Par citation en conciliation du 12 septembre 1917 et demande du 29 janvier 1918, les demandeurs ont ouvert action à la commune d'Avry, en sa double qualité d'héritière et d'administratrice des biens de Jean Leclerc et éventuellement comme représentante de la fondation Leclerc, en concluant à ce qu'il soit prononcé qu'ils ont droit à l'usufruit imposé à titre de charge ou qui leur a été légué, que par conséquent la commune doit leur faire parvenir la répartition annuelle dont ils ont été privés dès 1916 et qu'elle doit leur fournir le compte exact des répartitions antérieures et actuelles et leur rapporter les répartitions non touchées pendant les 5 dernières années. Ils soutiennent qu'ils ont droit à ces revenus soit en qualité de légataires, soit comme bénéficiaires de la fondation

instituée et ils invoquent en outre la transaction de 1884 qui équivaut à un jugement en leur faveur.

La défenderesse a conclu à libération. Elle soutient que les effets de la substitution se sont arrêtés à la personne de Benoît Fragnière fils de Nanette Fragnière-Leclerc et que par conséquent les demandeurs, enfants et petits-enfants du dit Benoît, n'ont aucun droit aux revenus des biens laissés par Jean Leclerc. Elle invoque aussi en faveur de sa thèse la transaction de 1884.

La Cour d'appel du canton de Fribourg, jugeant en application du droit cantonal, a estimé qu'on ne se trouvait pas en présence d'une institution d'héritier avec charge ou d'une substitution fidéicommissaire, mais bien d'une fondation poursuivant deux buts successifs: d'abord l'assistance des parents désignés par le testament, et ensuite l'assistance des pauvres ou la fondation d'un orphelinat. Cette fondation est licite et elle profite même aux parents qui n'étaient pas nés ou conçus lors du décès du testateur. Les demandeurs agissant en vertu de droits qui leur appartiennent en propre, ils ne peuvent se voir opposer la transaction qui a été conclue non par eux, mais par leur grand'mère. L'instance cantonale a dès lors condamné la commune d'Avry « en qualité d'héritière de Jean Leclerc et en tant qu'elle agit au nom de la fondation Leclerc » à verser aux demandeurs, petits-neveux de Jean Leclerc, leurs parts aux revenus de la fondation Leclerc dès l'année 1916, et à verser aux demandeurs, arrière-petits-neveux de Jean Leclerc, leurs parts aux dits revenus pour les 5 années qui ont précédé le 9 août 1917 et pour la période suivante, la commune devant d'ailleurs produire le compte exact des répartitions déjà effectuées et de celles à effectuer.

C. — La défenderesse a recouru en réforme contre cet arrêt. Elle fait observer que la transaction qui a fixé les droits des parties doit être appréciée à la lumière du droit fédéral. Elle ajoute que c'est à tort que l'instance cantonale a admis en faveur des demandeurs l'existence

d'une fondation alors que les demandeurs ne l'ont jamais prétendu.

*Considérant en droit :*

La plupart des questions soulevées dans le présent procès échappent à la compétence du Tribunal fédéral. D'après l'art. 15 Tit. fin. CCS la succession d'une personne décédée avant l'entrée en vigueur du Code est régie, même postérieurement, par la loi ancienne. Le Tribunal fédéral ne saurait donc revoir l'interprétation que l'instance cantonale a donnée des dispositions de dernières volontés de Jean Leclerc, décédé en 1884, ni par conséquent rechercher si l'on se trouve en présence d'une substitution fidéicommissaire, d'un legs d'usufruit, d'une institution d'héritier avec charge; il doit tenir pour constant, d'après l'arrêt cantonal, qu'il s'agit d'une fondation valablement constituée en vertu du droit fribourgeois. Il ne peut pas davantage examiner la validité et la portée de la transaction conclue en 1884, puisqu'elle avait pour objet des rapports juridiques relevant du droit cantonal (RO 21 p. 219). Enfin la fondation ayant été instituée avant l'entrée en vigueur du CCS, c'est à l'instance cantonale exclusivement qu'il appartenait de déterminer la nature et l'étendue des droits que cette fondation conférait aux demandeurs d'après l'intention du fondateur et, s'agissant ainsi d'un jugement rendu en application du droit cantonal, la question de savoir si, en admettant l'existence d'une fondation en faveur des demandeurs, le tribunal a adopté un point de vue qui n'avait pas même été indiqué en procédure, est naturellement soustraite au pouvoir de contrôle du Tribunal fédéral.

Il reste toutefois à rechercher à la lumière des règles édictées en cette matière par le droit fédéral si la fondation Leclerc a conservé l'existence juridique qu'elle avait acquise sous l'emprise du droit fribourgeois. Sur ce point, l'art. 7 Tit. fin. CCS pose le principe du maintien de la per-

sonnalité des fondations valablement constituées en vertu du droit ancien, mais ajoute qu'elles doivent se faire inscrire dans les 5 ans dès l'entrée en vigueur du CCS — même si la loi ancienne ne prévoyait pas cette formalité — et que, à ce défaut elles perdent leur qualité de personnes morales. Cette exigence n'est formulée, il est vrai, qu'à l'égard des fondations « dont la loi nouvelle subordonne la constitution à une inscription dans un registre public », elle ne s'applique donc pas aux fondations de famille qui, d'après l'art. 52 al. 2 CCS, sont dispensées de se faire inscrire. Mais la fondation Leclerc n'est pas une « fondation de famille » au sens de cette disposition. Sans doute momentanément ses revenus doivent servir à l'assistance de parents du fondateur, mais ensuite (c'est-à-dire après l'extinction de 4 générations de collatéraux du fondateur) ils seront consacrés aux pauvres de la commune d'Avry-devant-Pont ou à un orphelinat communal. Il ne s'agit pas de deux fondations successives dont la première serait une fondation de famille. L'organisation est la même dès le début. Dès le début aussi les capitaux appartiennent à la fondation de bienfaisance publique qui en répartit simplement les revenus aux membres de la famille Leclerc. On se trouve donc en présence d'une fondation mixte avec deux buts, deux catégories de destinataires successifs et la dispense d'inscription édictée en faveur des fondations de famille proprement dites ne saurait être étendue à une fondation qui profite temporairement aux parents du fondateur mais dont l'objet durable est d'intérêt public (v. HAFTER, Note 4 sur art. 87 CCS et EGGER, Commentaire, p. 243).

Bien que la défenderesse ne se soit pas prévalué du défaut d'inscription de la fondation Leclerc, le Tribunal fédéral doit nécessairement tenir compte de cette circonstance pour apprécier le bien fondé, en droit fédéral, des conclusions de la demande, car l'existence de la fondation est une condition indispensable du succès de l'action dirigée contre elle et doit donc être prouvée par la

partie demanderesse (cf. arrêt du 19 mai 1920 dans la cause Legato Eini-Giudici contre Attilio Guidici, consid. 2). En l'espèce, il est vrai, le procès a été intenté contre la commune et non contre la fondation et quoique, dans le dispositif de l'arrêt, l'instance cantonale ait condamné la commune envers les demandeurs « en qualité d'héritière de Jean Leclerc et en tant qu'elle agit au nom de la fondation Leclerc », il résulte très nettement des considérants de l'arrêt que la commune n'est ni héritière de Leclerc, ni représentante de la fondation (dont l'administration a été confiée successivement à d'autres personnes et appartient — ainsi que le constate l'arrêt lui-même — aujourd'hui à la Banque de l'Etat de Fribourg). Si les demandeurs ont ouvert action à la commune c'est que celle-ci, en sa qualité de représentante des pauvres d'Avry qui, après les membres de la famille Leclerc, doivent bénéficier des revenus de la fondation, contestait que les demandeurs eussent encore des droits à ces revenus. La contestation se déroulait donc entre deux groupes de bénéficiaires successifs ayant des intérêts opposés et l'action ne pouvait tendre à autre chose qu'à faire constater par le juge lequel de ces deux groupes doit recevoir les prestations du tiers débiteur, soit, de la fondation. Mais il n'en reste pas moins que cette constatation pré-suppose l'existence d'une dette de ce tiers ; par conséquent l'extinction de la personnalité de la fondation en vertu de l'art. 7 al. 2 est un élément essentiel de la cause dont il ne saurait être fait abstraction.

Quand à ses conséquences, il y a lieu de distinguer suivant que les revenus auxquels prétendent les demandeurs sont antérieurs ou postérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 1917. Pour ceux qui sont postérieurs à cette date, la demande ne peut naturellement pas être admise puisque, faute d'inscription dans les 5 ans dès l'entrée en vigueur du CCS, la fondation a perdu sa personnalité juridique le 31 décembre 1916, que par conséquent des obligations n'ont plus pu prendre naissance à sa charge à partir de ce

moment et que, d'autre part, les demandeurs n'ont jamais allégué que la commune fût leur débitrice comme ayant recueilli la fortune de la personne morale ainsi dissoute (art. 57 CCS) ; la question de savoir quelles sont à ce point de vue les obligations de la commune (art. 57 al. 2) n'a jamais fait l'objet du présent procès et demeure donc entièrement réservée.

Par contre le fait que la fondation s'est trouvée dissoute de par la loi le 1<sup>er</sup> janvier 1917 n'a naturellement pas eu pour effet d'éteindre les obligations qui ont pris naissance à sa charge antérieurement. La fondation dissoute dont la liquidation a lieu (art. 58 CCS) conformément aux règles applicables aux sociétés coopératives continue, comme ces dernières (v. FICK, Note 2 sur art. 709 CO ; cf. § 49 al. 2 BGB), à exister pendant la période de liquidation dans la mesure qu'exige le but de la liquidation, c'est-à-dire qu'elle reste sujet passif des obligations contractées antérieurement et que par conséquent sa fortune n'est dévolue conformément à l'art. 57 CCS qu'après paiement de ses dettes (v. EGGER, Note 2 et HAFTER, Note 7 sur art. 58). Ainsi donc, pour autant que les créances constatées en faveur des demandeurs par l'instance cantonale se rapportent à la période antérieure au 1<sup>er</sup> janvier 1917, elles subsistent contre la fondation malgré que celle-ci ait perdu pour l'avenir sa personnalité juridique, faute de s'être fait inscrire, et l'arrêt cantonal doit être confirmé dans cette mesure.

*Le Tribunal fédéral prononce :*

Le recours est partiellement admis et l'arrêt attaqué est réformé dans ce sens que les droits constatés par l'instance cantonale au profit des demandeurs et contre la fondation Leclerc ne sont reconnus qu'en ce qui concerne les revenus antérieurs au 1<sup>er</sup> janvier 1917 ; pour le surplus les demandeurs sont déboutés de leurs conclusions.

## II. FAMILIENRECHT

### DROIT DE LA FAMILLE

#### 55. Urteil der II. Zivilabteilung vom 29. September 1920

##### i. S. Scholl und Konsorten gegen Scholl.

ZGB Art. 521 u. 533, SchlT Art. 9 Abs. 1, bernisches EG zum ZGB Art. 150 f. : Auch wenn die Ehegatten den Güterstand der Gütereinheit nach dem Recht des alten Kantonsteils von Bern sowohl unter sich als auch gegenüber Dritten beibehalten haben, können die Nachkommen die Klage auf Ungültigkeit oder Herabsetzung von Verfügungen des Vaters noch zu Lebzeiten der Mutter jederzeit anstellen, und die Verjährungsfrist beginnt nicht erst nach deren Tode. — Frage, ob die Erben von der Verletzung ihrer Rechte Kenntnis erhalten haben.

A. — Am 28. Dezember 1911 verkaufte Niklaus Scholl-Dick seinem ältesten Sohn Niklaus Scholl-Amstutz, dem heutigen Beklagten, sein landwirtschaftliches Gewerbe um 30,000 Fr. Im folgenden Jahre verstarb Vater Scholl und im Jahre 1919 auch dessen Ehefrau, die Mutter des Beklagten. Die Ehegatten Scholl-Dick hatten ihren bisherigen Güterstand, für den das Recht des alten Kantonsteils von Bern (Gütereinheit) galt, sowohl unter sich als auch gegenüber Dritten beibehalten.

B. — Anfangs 1920 strengten die übrigen Nachkommen des Vaters Scholl gegen Niklaus Scholl-Amstutz Herabsetzungsklage an mit der Behauptung, durch den sub Fakt. A erwähnten Kauf seien ihre Pflichtteilsrechte verletzt worden.

C. — Durch Urteil vom 26. März hat der Appellationshof des Kantons Bern die Klage als verjährt abgewiesen.

D. — Gegen dieses Urteil hat Fürsprecher Aebi