



UNIL | Université de Lausanne
Faculté de droit, des sciences criminelles
et d'administration publique

La charge grevant la fondation

Mémoire de maîtrise universitaire en droit

présenté à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique par

Patrick Lombardi

sous la direction du

Professeur Denis Piotet

Semestre de printemps 2016

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE	V
LISTE DES ABRÉVIATIONS	VIII
INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE : APERCU DU DROIT SUISSE DES FONDATIONS	2
I. GÉNÉRALITÉS.....	2
II. SOURCES	2
III. FONDATION EN TANT QUE PERSONNE MORALE.....	2
A. <i>Notion de personne morale</i>	2
B. <i>Types de personnes morales</i>	2
IV. DÉFINITION.....	3
V. ÉLÉMENTS ESSENTIELS	3
A. <i>Une masse de biens</i>	3
B. <i>Individualisée</i>	4
C. <i>Affectée à un but spécial</i>	4
a) Notion d'affectation.....	4
b) Notion de but.....	4
c) But licite, conforme aux mœurs et possible.....	4
d) Spécialité du but	5
e) Fondation mixte.....	5
D. <i>Personnalité morale</i>	6
VI. CONSTITUTION	6
A. <i>La personne du fondateur</i>	6
a) Constitution par une personne physique	6
b) Constitution par une personne morale	6
B. <i>L'acte de fondation</i>	6
a) Notion et nature juridique	6
b) Forme de l'acte de fondation.....	7
c) Contenu de l'acte de fondation	7
d) Interprétation de l'acte de fondation.....	8
C. <i>Inscription au registre du commerce et acquisition de la personnalité</i>	8
VII. SURVEILLANCE	8
A. <i>Raisons d'être de la surveillance</i>	8
B. <i>Tâches de l'autorité de surveillance</i>	9
C. <i>Autorité compétente</i>	9
a) Compétence territoriale	9
b) Compétence matérielle	10
VIII. MODIFICATION DE LA FONDATION	10
A. <i>Principe de l'immuabilité du but</i>	10
B. <i>Modification du but</i>	10
C. <i>Réserve de modification et l'art. 86a CC</i>	11
D. <i>Modification des charges et conditions</i>	12
IX. FONDATION DE FAMILLE.....	12
A. <i>Généralités sur les fondations spéciales</i>	12
B. <i>Notion</i>	12
C. <i>Fondations d'entretien</i>	12

SECONDE PARTIE : LA CHARGE GREVANT LA FONDATION	13
I. NOTION DE CHARGE EN DROIT SUISSE.....	13
<i>A. Introduction.....</i>	13
<i>B. Charge de droit public</i>	13
<i>C. Charge successorale.....</i>	14
a) Généralités sur le droit des successions.....	14
b) Notion de charge successorale.....	14
c) Distinction avec le legs.....	14
d) Effets et exécution.....	14
e) Durée et prescription	15
<i>D. Charge grevant la donation.....</i>	16
a) Généralités sur le contrat de donation.....	16
b) Définition de la charge grevant la donation.....	16
c) Effets et exécution.....	17
d) Durée et prescription	18
<i>E. Conclusion</i>	18
II. GENÈSE ET HISTOIRE DE L'ART. 86 AL. 2 CC	18
III. NOTION DE CHARGE GREVANT LA FONDATION.....	19
<i>A. Absence de définition donnée par la loi et les travaux préparatoires</i>	19
<i>B. Panorama des définitions données par la doctrine et la jurisprudence</i>	19
a) Hafter.....	19
b) Martin.....	19
c) Egger	20
d) Hindermann.....	20
e) Renvoi à la charge successorale.....	20
f) Définition du Tribunal Fédéral.....	20
g) Synthèse	20
<i>C. Eléments caractéristiques de la charge grevant la fondation</i>	21
a) Constitution de la charge grevant la fondation	21
b) Clause accessoire d'une attribution à titre gratuit.....	21
c) Obligation de prestation positive ou négative.....	21
d) La charge ne crée pas de créance en faveur d'un ayant droit	22
e) Droit d'action et exécution forcée	22
f) Absence d'action en dommages-intérêts	22
<i>D. Personnes parties à la charge</i>	23
a) Le fondateur.....	23
b) La fondation	23
c) Le destinataire	23
<i>E. Classification</i>	24
a) Généralités.....	24
b) Charges se rapportant au but de la fondation.....	24
c) Droits spéciaux	25
d) Charges grevant une fondation constituée à cause de mort	26
e) Charges grevant une fondation après sa constitution.....	26
<i>G. Conclusion.....</i>	27
IV. DISTINCTION DE LA CHARGE PAR RAPPORT À D'AUTRES INSTITUTIONS	27
<i>A. La charge et la condition</i>	27
<i>B. La charge, l'obligation et le devoir moral</i>	27
a) L'obligation	27
b) Le vœu.....	29
c) Délimitation de la charge par rapport à l'obligation et au devoir en général	29
<i>C. Distinction entre la charge grevant la fondation et le but de celle-ci.....</i>	29

V. FORME DE LA CHARGE	30
A. « Charges » se rapportant au but de la fondation.....	30
B. Charges étrangères au but de la fondation	30
C. Charges créées après la constitution de la fondation.....	31
VI. CONTENU DE LA CHARGE.....	31
A. Généralités.....	31
B. Charge illicite et charge contraire aux mœurs.....	31
a) Généralités.....	31
b) Illicéité.....	32
c) Immoralité	32
d) Conséquences.....	32
e) Quelques cas particuliers de charges illicites.....	34
C. Charges impossibles	36
a) Impossibilité originaire.....	36
b) Conséquences	36
D. Charges vexatoires ou n'ayant pas de sens	37
E. Charges contraires au but de la fondation.....	37
VII. EXÉCUTION DE LA CHARGE	37
A. Exécution correcte de la charge.....	37
a) Exécution par la fondation.....	37
b) Exécution par un tiers.....	38
B. Moyens de droit devant l'autorité de surveillance	38
a) Généralités	38
b) Intervention d'office de l'autorité de surveillance.....	38
c) Dénonciation à l'autorité de surveillance	39
d) Plainte à l'autorité de surveillance.....	39
C. Action civile judiciaire.....	41
a) Délimitations avec la procédure devant l'autorité de surveillance.....	41
b) Légitimation active et passive	41
c) Objet de l'action	43
d) Procédure.....	43
e) Prescription de l'action en exécution.....	43
D. Conséquences d'une non-exécution fautive de la charge	43
a) Généralités.....	43
b) Pas d'action en dommages-intérêts	43
c) Révocation de l'attribution à titre gratuit.....	44
d) Enrichissement illégitime (art. 62 ss CO).....	44
VIII. MODIFICATION ET SUPPRESSION DE LA CHARGE.....	45
A. Portée pratique de l'art. 86 al. 2 CC	45
B. Conditions de la modification	46
C. Procédure	46
a) Autorité compétente	46
b) Décision de modification ou de suppression	47
D. Un exemple : la modification d'une charge grevant la Zürcher Volkshausstiftung.....	47
E. Modification des charges grevant une fondation soustraite à surveillance	48
F. Modification des charges étrangères au but	48
a) Généralités.....	48
b) Réduction d'une charge devenue trop importante	49
G. Possibilité d'une réserve de modification de la charge ?	50
IX. EXTINCTION DE LA CHARGE.....	50
A. Limitation de la charge dans le temps.....	50
a) Généralités.....	50

b) Limitation dans le temps d'une charge se rapportant au but.....	51
c) Limitation dans le temps d'un droit spécial.....	51
<i>B. Charge devenue impossible.....</i>	<i>51</i>
<i>C. Décès du bénéficiaire et épuisement des biens alloués à la réalisation de la charge.....</i>	<i>51</i>
CONCLUSION	53

BIBLIOGRAPHIE

BECKER Hermann : Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht Teil II, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184–551, Berne 1934

BOHNET François : Procédure civile, 2^{ème} éd., Bâle/Neuchâtel 2014

CHAIX François : La donation entre époux et par les époux, *in* La planification du patrimoine, Genève 2009

EGGER August : Zürcher Kommentar. Einleitung (Art. 1-10 ZGB). Das Personenrecht (Art. 11-89 ZGB), 2^{ème} éd., Zurich 1930

ENGEL Pierre : Contrats de droit suisse, 2^{ème} éd., Berne 2000 (cité : ENGEL, Contrats)

ENGEL Pierre : Traité des obligations en droit suisse : Dispositions générales du CO, 2^{ème} éd., Berne 1997 (cité : ENGEL, Obligations)

GAMBONI Francis : La fondation : étude théorique et pratique de droit civil comparé, thèse Lausanne 1907

GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./TERCIER Pierre : La partie générale du droit des obligations, 2^{ème} éd., Zurich 1982

GRISEL André : Traité de Droit administratif, vol. I, Neuchâtel 1984

GUILLOD Olivier : Droit des personnes, 4^{ème} éd., Bâle 2015

HAEFELIN Albert : Die Anpassung der Stiftung an veränderte Verhältnisse, thèse Zurich 1946

HAFTER Ernst : Personenrecht (art. 11-89 ZGB), *in* Berner Kommentar, Einleitung (art. 1-10 ZGB) erläutert von Max Gmür und Personenrecht (art. 11-89 ZGB) erläutert von Ernst Hafter, 2^{ème} éd., Berne 1919

HAUSHEER Heinz/AEBI-MÜLLER Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3^{ème} éd., Berne 2012

HERZER Bruno : Erbrechtliche Auflagen und Bedingungen nach Art. 482 ZGB, thèse Zurich 1941

HINDERMANN Walter E. : Der Stiftungszweck, *in* RDS 1928 225 ss

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5^{ème} éd., Bâle 2014 (cité: BaKomm ZGB I-AUTEUR)

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, 5^{ème} éd., Bâle 2015 (cité: BaKomm ZGB II-AUTEUR)

HUBER Eugen : Zehn Vorträge des Herrn Prof. E. Huber über ausgewählte Gebiete des neuen Rechts, Berne 1911

JAKOB Dominique : Ein Stiftungsbegriff für die Schweiz, RDS 2013 II p. 185ss

KRAFFT Jean-Louis : Les fonds de prévoyance et la théorie générale des fondations, thèse Lausanne 1956

LAMPERT Ulrich : Die kirchlichen Stiftungen, Anstalten und Körperschaften nach schweizerischem Recht, Zurich 1912

MARTIN Alfred : Des fondations en droit civil suisse, *in* SJ 37 (1915) 513

MEIER Philippe/DE LUZE Estelle : Droit des personnes, Articles 11-89a CC, Genève 2014

MOOR Pierre/POLTIER Etienne : Droit administratif, vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 3^{ème} éd., Berne 2011

MÜLLER Franz : Die erbrechtliche Auflage beim Testament, thèse Zürich 1981

MÜLLER-CHEN Markus/HUGUENIN Claire: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1, 3^{ème} éd., Zurich 2016 (cité: CHK-AUTEUR)

MURET Philibert : La notion de but dans les sociétés et les fondations et son application en droit suisse, thèse Lausanne 1941

OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch V :Das Obligationenrecht vol. 2, Art. 184-418 CO, 2^{ème} éd., Zurich 1936

PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédicte (éd.) : Commentaire romand Code civil I, Bâle 2010 (cité : CR CC I- AUTEUR)

PIOTET Denis : La prétention hors de la personnalité et hors du patrimoine, *in* Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Vol. II, Berne 2011 (cité Piotet, Mélanges)

PIOTET Paul : Inexistence et invalidité des dispositions à cause de mort, *in* JdT 1969 162ss (cité PIOTET, JdT)

PIOTET Paul, Droit successoral, Traité de droit privé IV, 2^{ème} éd., Fribourg 1988 (cité PIOTET Successions)

RIEMER Hans Michael : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Einleitung und Personenrecht, Die juristische Personen, Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52-59 ZGB (vol. I), 3^{ème} éd., Berne 1993 (cité RIEMER, BKomm Allg.)

RIEMER Hans Michael : Stämpflis Handkommentar, Vereins- und Stiftungsrecht (Art. 60-89^{bis} ZGB) : mit den Allgemeinen Bestimmungen zu den juristischen Personen (Art. 52-59 ZGB), Berne 2012 (cité RIEMER, Handkommentar)

RIEMER Hans Michael, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Die juristische Personen, Die Stiftungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 80-89^{bis} ZGB, vol. 3, 3^{ème} éd., Berne 1975 (Réimpression 1981) (Cité RIEMER, BKomm Stiftungen)

RIEMER Hans Michael: Die Lockerung des Alkoholverbotes bei der Zürcher Volkshausstiftung als Anwendungsfall einer Auflageänderung im Sinne von Art. 86 Abs. 2 ZGB, *in* ZBI 1979 p. 468ss (cité RIEMER, ZBI)

SPIRO Karl : Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Berne 1975

SPRECHER Thomas/VON SALIS-LÜTOLF Ulysses : Die Schweizerische Stiftung, Zurich 1999

STEINAUER Paul-Henri : Le droit des successions, 2^{ème} éd., Berne 2015

STIFEL Frieda Irma : Die privatrechtliche Auflage insbesondere nach schweizerischen Recht, thèse Zurich 1933

TABET Habib : La situation juridique des bénéficiaires de la fondation, thèse Lausanne 2006

TANQUEREL Thierry : Manuel de droit administratif, Zurich 2011

TERCIER Pierre/ FAVRE Pascal G. : Les contrats spéciaux, 4^{ème} éd., Genève 2009

TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal : Droit des obligations, 5^{ème} éd., Zurich 2012

THÉVENOZ Luc/WERRO Franz (éd.) : Commentaire romand Code des obligations I, 2^{ème} éd., Bâle 2012 (cité : CR CO I- AUTEUR)

UFFER-TOBLER Béatrice : Die erbrechtliche Auflage, thèse Berne 1982

VEZ Parisima : La fondation : Lacunes et droit désirable, thèse fribourg, Berne 2004

VON TUHR Andreas/PETER Hans : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, vol. 1, 3^{ème} éd., Zurich 1979

LISTE DES ABRÉVIATIONS

al. : Alinéa

art. : Article

ATAF : Arrêts du Tribunal administratif fédéral

ATF : Arrêts du Tribunal fédéral

Bakomm ZGB : Basler Kommentar Zivilgesetzbuch (voir la bibliographie)

BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)

Bkomm : Berner Kommentar (voir la bibliographie)

Bull.Stén. : Bulletin sténographique officiel de l'assemblée fédérale

CC : Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)

CE : Conseil des Etats

CHK : Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (voir la bibliographie)

CO : Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations) (Code des obligations ; RS 220)

Consid. : Considérant

CPC : Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)

CR CC/CR CO : Commentaire Romand Code civil/Code des obligations (voir la bibliographie)

éd. : Édition ; éditeur

ex. : Exemple

JdT : Journal des Tribunaux

LP : Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889 (RS 281.1)

LTF : Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)

N : Numéro

Op. cit. : *Opus citatum*

OrgDFI : Ordonnance du 28 juin 2000 sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur

PA : Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (RS 172.021)

RDAF : Revue de droit administratif

RDS : Revue de droit suisse

RS : Recueil systématique du droit fédéral

s./ss : Et suivant(s)

ST : Systematischer Teil

Tit. fin. : Titre final

ZBI : Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht

INTRODUCTION

Le présent travail porte sur la charge grevant la fondation, un thème que la loi n'aborde que très peu. Elle ne fait pas l'objet d'un article complet dans le Code civil suisse mais uniquement d'un alinéa. Il s'agit de l'alinéa 2 de l'article 86 CC (RS 210) ayant comme note marginale « *Modification du but sur requête de l'autorité de surveillance ou de l'organe suprême de la fondation* » dont voici l'énoncé :

Article 86 CC :

¹ L'autorité fédérale ou cantonale compétente peut, sur requête de l'autorité de surveillance ou de l'organe suprême de la fondation, modifier le but de celle-ci, lorsque le caractère ou la portée du but primitif a varié au point que la fondation ne répond manifestement plus aux intentions du fondateur.

² Peuvent être supprimées ou modifiées de la même manière et dans les mêmes circonstances les charges et conditions qui compromettent le but du fondateur.

Il va sans dire que la loi reste très réservée sur la figure juridique de la charge grevant la fondation. Une grande partie, pour ainsi dire toutes les questions soulevées dans la pratique, ne sauraient être résolues par ces quelques lignes. Comme on le sait, le législateur suisse est avare de précisions. Pour lui, la tâche de compléter la loi et trouver les solutions adéquates revient, comme le souligne l'art. 1 CC, au juge et à la doctrine.

Si la loi s'est montrée discrète à ce sujet, la doctrine et la jurisprudence le sont tout autant. Cela représenta la plus grande difficulté de notre travail ; au vu du peu de sources disponibles nous étions dans l'obligation de recourir à des matières connexes au droit des fondations. Notre méthode de travail consistera dans un premier temps à analyser les diverses solutions présentes dans d'autres domaines du droit suisse, pour ensuite s'en inspirer et tenter de résoudre les problèmes rencontrés.

Le présent travail est découpé en deux parties : Dans la première, il sera question de dépeindre à grands traits l'institution de la fondation en droit suisse. Cet aperçu étant à notre sens nécessaire pour saisir pleinement les particularités de la charge grevant la fondation. Cette première partie se divisera en huit chapitres retraçant les points essentiels de cette personne morale de droit privé suivis d'un dernier chapitre sur la fondation de famille.

La seconde partie sera consacrée au cœur de notre sujet. Après un aperçu des différentes charges existant en droit suisse et un chapitre consacré à l'histoire de la charge grevant la fondation, nous tenterons de définir, positivement puis négativement, cette notion juridique quelque peu abstraite. S'ensuivront cinq chapitres abordant respectivement la forme, le contenu, l'exécution, la modification et finalement l'extinction de la charge grevant la fondation.

PREMIERE PARTIE : APERCU DU DROIT SUISSE DES FONDATIONS

I. Généralités

Nous rappelons que cette première partie introductive n'a pas pour vocation de traiter de manière exhaustive le droit suisse des fondations. Il s'agira bien plus de développer quelques thèmes en fonction de leur utilité pour la compréhension de la charge grevant la fondation. Certains seront explorés plus en profondeur alors que d'autres seront tout simplement passés sous silence.

II. Sources¹

Le droit des fondations est principalement réglé aux articles 80 à 89a du Code civil. A ces dispositions spécifiques s'ajoutent les dispositions générales sur les personnes morales (art. 52 à 59 CC). Le Code des obligations (CO, RS 220) ainsi que la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40) contiennent de nombreuses dispositions relatives aux fondations de prévoyance en faveur du personnel. Le chapitre 6 (art. 78ss) de la loi sur la fusion (LFUs, RS 221.301) est dédié aux fusions de fondations. Finalement les droits cantonaux traitent de questions particulières sur la surveillance et la taxation des fondations.

III. Fondation en tant que personne morale

A. Notion de personne morale

Les personnes morales sont avec les personnes physiques une des deux catégories de personnes reconnues par le droit suisse². La loi désigne par ce terme technique les sujets de droit pouvant être titulaires de droits et d'obligations³.

La législateur n'a pas défini la notion de personnes morales mais en a simplement donné le statut juridique. L'art. 53 CC les distingue des personnes physiques par des critères négatifs⁴ : « *Les personnes morales peuvent acquérir tous les droits et assumer toutes les obligations qui ne sont pas inséparables des conditions naturelles de l'homme, telles que le sexe, l'âge ou la parenté.* ».

Sur la base de l'art. 52 al. 1 CC, la personne morale peut se définir comme « [...] *la personnification d'un groupement de personnes ou d'une collectivité de biens formant un patrimoine* »⁵.

B. Types de personnes morales

Les personnes morales sont classées selon différents critères qui se chevauchent⁶.

Une première classification peut être faite entre les personnes morales de droit public et celles de droit privé. Une personne morale peut être créée par une loi fédérale ou cantonale qui en réglera l'organisation, il s'agit alors d'une personne morale de droit public. Quant aux personnes morales de

¹ MEIER/DE LUZE, N 1199.

² GUILLOD, N 6.

³ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 02.01.

⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 17.07 ; MEIER/DE LUZE, N 972.

⁵ TABET, N 11.

⁶ RIEMER, BKomm Allg., ST N 56 ; TABET, N 13.

droit privé, elles peuvent être créées par la déclaration de volonté d'autres personnes (physiques ou morales) pour autant que cette déclaration respecte les conditions matérielles posées par la loi⁷.

Il existe un *numerus clausus* de personnes morales de droit privé. Le catalogue exhaustif comprend les personnes morales du Code civil, qui sont l'association (art. 60 ss CC) et la fondation (art. 80 ss CC), et les personnes morales du Code des obligations qui sont la société anonyme (art. 620 ss CO), la société en commandite par actions (art. 764 CO), la société à responsabilité limitée (art. 772 ss CO) et la société coopérative (art. 828 ss CO)⁸.

Le principal critère de distinction, énoncé à l'art. 52 al. 1 CC pour les personnes morales de droit privé, est la forme que prend la personne morale à sa constitution : la corporation ou l'établissement⁹. La corporation est un groupement de personnes unies en vue d'un but commun. Ces personnes en constituent les membres qui disposent du pouvoir décisionnel. L'établissement est une masse de biens individualisée, laquelle ne possède pas de membres mais des destinataires qui n'ont, en principe, pas de droit de participation¹⁰.

IV. Définition

La notion de fondation telle que nous la connaissons aujourd'hui en droit suisse est issue des réflexions de Friedrich Carl von Savigny¹¹. Le Code civil n'en donne pas la définition exacte mais indique son objet : « [...] *l'affectation de biens en faveur d'un but spécial* » (art. 80 CC). La fondation ordinaire peut être définie positivement comme une masse de biens individualisée dotée de la personnalité et affectée à un but spécial. Elle se définit négativement comme n'étant ni de famille, ni ecclésiastique, ni de prévoyance en faveur du personnel¹². La fondation est le seul type d'établissement connu en droit suisse¹³.

La fondation est une masse de biens n'appartenant qu'à elle-même¹⁴. Elle n'a ni membre ni propriétaire, mais dispose en revanche d'organes chargés de gérer son patrimoine et peut avoir des destinataires (aussi appelés bénéficiaires)¹⁵. En l'absence de membres pour assurer son contrôle interne, la fondation est soumise à une surveillance étatique¹⁶. S'il en existe, les destinataires sont les personnes qui pourront jouir du patrimoine de la fondation selon son but¹⁷.

V. Éléments essentiels

A. Une masse de biens

Bien qu'évoqués à l'art. 80, le Code civil ne détermine pas ce que sont les biens affectés à une fondation et n'indique pas leur valeur minimale¹⁸.

⁷ GUILLOD, N 374.

⁸ GUILLOD, N 375.

⁹ TABET, N 14.

¹⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 17.31 et 17.32 ; MEIER/DE LUZE, N 992.

¹¹ JAKOB, p. 191 ; Pour un aperçu des différentes théories sur la construction juridique des fondations, GAMBONI, p. 16ss.

¹² TABET, N 26 ; VEZ, N 120.

¹³ VEZ, N 15.

¹⁴ RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 16.

¹⁵ MEIER/ DE LUZE, N 1195 ; TABET, N 28.

¹⁶ GUILLOD, N 441.

¹⁷ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 19.02 ; MEIER/ DE LUZE, N 1195.

¹⁸ VEZ, N 399.

Le fondateur possède une grande liberté quant aux biens qu'il entend céder à sa fondation. Peu importe la nature des biens ou que leur valeur soit chiffrée ; ceux-ci doivent simplement être objectivement déterminables. Il peut s'agir de droits réels, de droits personnels, d'argent liquide, de tout un patrimoine pour autant que ses actifs soient supérieurs aux passifs¹⁹ et même d'une créance contre le fondateur²⁰.

La loi n'exige aucun montant minimal à allouer à la fondation, le fondateur est donc libre quant à celui-ci. Toutefois, le capital initial doit être proportionné au but poursuivi par la fondation pour lui permettre d'être viable²¹. Il peut être augmenté en tout temps²².

B. Individualisée

Le fondateur devra transférer cette masse de biens de son patrimoine à celui de la fondation. Ceci représente la particularité de la fondation, la masse de biens aura une existence juridique propre, distincte de celle du fondateur²³.

C. Affectée à un but spécial

a) Notion d'affectation

Les notions de but ou de biens n'étant pas spécifiques à la fondation (les différentes corporations les connaissent aussi), l'élément caractéristique de la fondation est bien l'affectation. Ce terme désigne le lien indissociable entre les biens de la fondation et son but. Il caractérise la fondation et permet de la distinguer d'autres institutions semblables²⁴.

b) Notion de but

Le but est *le cœur, l'âme de la fondation*. Il en détermine les tâches et désigne les destinataires. C'est à travers lui que s'exprime et se perpétue la volonté du fondateur. Il est la raison pour laquelle une masse de biens est détachée du patrimoine de son ancien propriétaire et obtient la personnalité²⁵. À ce sujet, citons Muret : « *Le but d'une société ou d'une fondation est un élément essentiel [...] de cet organisme, dans lequel s'exprime la représentation intellectuelle anticipée du dernier résultat de l'activité de l'organisme qui soit voulu par tous les apporteurs* »²⁶.

Les fondations sont classées en fonction de leurs buts entre celles dites *ordinaires* (ou classiques) et celles dites *spéciales* (de famille, ecclésiastiques ou de prévoyance en faveur du personnel)²⁷.

c) But licite, conforme aux mœurs et possible

Le droit suisse des fondations se base sur le principe de la liberté de fonder que l'on retrouve dans l'esprit général de notre législation²⁸. Le fondateur est ainsi libre dans le choix du but qu'il entend

¹⁹ VEZ, N 401 à 403.

²⁰ ATF 99 II 246 consid. 9a = JdT 1984 II 155 ; TABET, N 35.

²¹ ATF 108 II 254 consid. 3c (en français) ; VEZ, N 404.

²² TABET, N 46.

²³ TABET, N 48 ; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, question 32 ; VEZ, N 400.

²⁴ KRAFFT, p. 40.

²⁵ HAEFELIN, p. 51.

²⁶ MURET, p. 164.

²⁷ VEZ, N 88.

²⁸ ATF 120 II 374 consid. 4a = JT 1996 I 110 ; KRAFFT, p. 13 ; TABET, N 54.

donner à sa fondation pour autant qu'il satisfasse aux exigences générales du droit (art. 52 al. 3 CC, 20 al. 1 CO)²⁹.

Le but ne doit pas être illicite, c'est-à-dire qu'il ne doit violer aucune règle objective du droit³⁰. Il est illicite lorsqu'il est contraire à la lettre ou à l'esprit d'une disposition légale³¹. Un but servant l'intérêt général n'est pas nécessaire³². Une partie de la doctrine³³ appuyée par la jurisprudence³⁴ reconnaît sans réserve la licéité d'une fondation ayant un but purement économique.

Il ne peut non plus être contraire aux mœurs (art. 52 al. 3 CC). La notion d'immoralité est plus floue. Pour déterminer si le but est immoral, la personne chargée du contrôle ne peut suivre son intuition, elle doit se baser sur les principes d'équité et de justice communs au sein de la population³⁵.

Finalement, le but doit être possible. Il est impossible lorsqu'il est objectivement irréalisable. L'impossibilité du but d'une fondation sera difficilement admise, en effet un but impossible aujourd'hui pour des raisons technologiques ne le sera peut être plus demain. L'impossibilité doit donc être définitive³⁶.

d) Spécialité du but

L'art. 80 du Code civil énonce que les biens de la fondation doivent être affectés à un but *spécial*. La notion de spécialité est interprétée comme la nécessité d'un but suffisamment clair et précis³⁷. Une partie de la doctrine ancienne considérait que le principe de spécialité allait plus loin : pour ces auteurs, seule une fondation ayant un but unique était conforme à l'art. 80 CC³⁸. Moins restrictive, la doctrine récente admet la poursuite de buts multiples³⁹.

e) Fondation mixte

Le terme désigne une fondation poursuivant des buts relevant d'au moins deux types légaux différents. Elle peut prendre deux formes. La première porte le nom de fondation mixte successive, l'acte de fondation prévoyant un changement de but durant la vie de celle-ci. La seconde, appelée fondation mixte simultanée, poursuit quant à elle deux ou plusieurs buts différents durant la même période⁴⁰. Bien que ni la loi ni les travaux préparatoires ne la mentionnent, la fondation mixte est aujourd'hui reconnue⁴¹.

²⁹ ATF 120 II 374 consid. 4a = JT 1996 I 110 ; HINDERMANN, p. 227 ; KRAFFT, p. 14 ; TABET, N 54.

³⁰ HINDERMANN, p. 228 ; KRAFFT, p. 14 ; VEZ, N 103.

³¹ ATF 119 II 222 consid. 2 = JT 1994 I 598 ; TABET, N 56 ; VEZ, N 103.

³² HAUSHEER/AEBI-MÜLLER N 19.14 ; MEIER/ DE LUZE N 1206

³³ VEZ, N 206 et les nombreuses références.

³⁴ ATF 127 III 337 consid. 2c = SJ 2002 I 193.

³⁵ HINDERMANN, p. 228 ; VEZ, N 104.

³⁶ HINDERMANN, p. 229 ; VEZ, N 105.

³⁷ KRAFFT, p. 36.

³⁸ HINDERMANN, p. 234 ; KRAFFT, p. 36, MURET, p. 108.

³⁹ TABET, N 65 ; VEZ, N 161ss.

⁴⁰ ATF 120 Ib 474 (non traduit) ; VEZ, N 161ss.

⁴¹ ATF 127 III 337 consid. 3e (considérant non publié) = SJ 124 I 193 ; VEZ, N 165.

D. Personnalité morale

Il convient de rappeler une caractéristique évidente de la fondation. En tant que personne morale, celle-ci bénéficie de la personnalité juridique. Elle peut ainsi être titulaire de droits et d'obligations. La manière et le moment de l'acquisition de la personnalité seront traités plus loin dans ce travail⁴².

VI. Constitution

A. La personne du fondateur

Une fondation peut être constituée par une personne physique ou par une personne morale⁴³.

a) Constitution par une personne physique

Lorsque le fondateur est une personne physique, celui-ci doit en principe⁴⁴ avoir l'exercice des droits civils (art. 17 CC). Il doit être capable de discernement (art. 16 CC), majeur (art. 14 CC) et non interdit⁴⁵. Le fondateur doit également bénéficier de la pleine capacité de disposer des biens qu'il affecte à la fondation. Il existe certaines restrictions à celle-ci en droit matrimonial et en droit des successions⁴⁶.

b) Constitution par une personne morale

Lorsque le fondateur est une personne morale, c'est à l'organe désigné comme compétent par la loi ou les règles internes de ladite personne de prendre la décision de constitution⁴⁷. Une fondation ne peut en créer une nouvelle que si son acte de fondation le prévoit expressément⁴⁸. L'organe agissant au nom de la personne morale doit avoir le pouvoir de la représenter⁴⁹.

B. L'acte de fondation

a) Notion et nature juridique

Contrairement aux autres personnes morales de droit privé suisse, la fondation n'a pas de *statuts* mais un *acte de fondation* (art. 81 al. 2 et 83 CC). La pratique connaît, toutefois, le terme de « statuts ». Celui-ci désigne l'ensemble des dispositions internes régissant la fondation (l'acte de fondation à proprement dit ainsi que les différents règlements internes)⁵⁰. Cette distinction faite, nous abandonnerons ici les statuts pour nous concentrer sur l'acte de fondation.

L'acte de fondation est un acte juridique unilatéral par lequel le fondateur exprime sa volonté de vouloir créer une fondation⁵¹. Seul le premier acte unilatéral du fondateur est un acte de fondation à proprement dit (« *Verpflichtungsgeschäft* »). Les actes subséquents entre la fondation et son fondateur, notamment les actes de transferts de biens (« *Verfügungsgeschäfte* »), ne sont pas des actes de

⁴² Première partie chapitre VI C.

⁴³ VEZ, N 375.

⁴⁴ Pour les cas dans lesquels une personne incapable de discernement peut tout de même créer une fondation VEZ, N 379.

⁴⁵ VEZ, N 376.

⁴⁶ VEZ, N 391.

⁴⁷ VEZ, N 385.

⁴⁸ VEZ, N 390.

⁴⁹ VEZ, N 392.

⁵⁰ VEZ, N 419 s.

⁵¹ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 4 ad art. 80 CC.

fondations. Ils ne sont par conséquent pas sujets aux conditions de forme requises par l'art. 81 al. 1 CC⁵².

b) Forme de l'acte de fondation

La validité de l'acte de fondation est subordonnée au respect d'une forme particulière. L'art. 81 al. 1 CC énonce les deux formes autorisées : l'acte authentique entre vifs et la disposition pour cause de mort.

aa) Par acte entre vifs

L'acte entre vif doit revêtir la forme authentique (art. 81 al. 1 CC). Les cantons sont libres de fixer les modalités de la forme authentique (art. 55 Tit. fin. CC). La tâche revient au notaire dans les cantons romands⁵³.

bb) Par disposition pour cause de mort

Avec le remplacement du terme « testament » par celui de « disposition à cause de mort », le législateur a inclus le pacte successoral aux formes autorisées et a ainsi mis fin à une querelle doctrinale⁵⁴. Une partie de la doctrine admettait déjà la constitution d'une fondation à travers une clause unilatérale incluse dans un pacte successoral (qui est un acte bilatéral)⁵⁵.

c) Contenu de l'acte de fondation

aa) Clauses essentielles

Les clauses essentielles de l'acte de fondation sont au nombre de trois et appartiennent à la définition même de la fondation⁵⁶ :

- *la volonté de créer une fondation* : cette clause présente un double aspect, la volonté de créer un nouveau sujet de droit indépendant et celle de lui attribuer un patrimoine⁵⁷ ;
- *la désignation des biens de la fondation* : il est impossible pour une fondation de réaliser le but qui lui est assigné sans avoir des biens à sa disposition. La création d'une fondation sans une désignation simultanée des biens à sa disposition n'est ainsi pas possible⁵⁸ ;
- *le but de la fondation*.

bb) Clauses relativement essentielles et facultatives

Les clauses relativement essentielles sont les clauses qui nécessitent de figurer dans l'acte de fondation pour être valables. Il s'agit notamment de celles traitant de la durée de la fondation, des conditions entraînant sa dissolution ou sa modification⁵⁹ ou encore de la réserve de modification du but⁶⁰.

⁵² RIEMER, BKomm Stiftungen, N 5 ad art. 80 CC et N 17 ad art. 81 CC.

⁵³ MEIER/DE LUZE, N 1203.

⁵⁴ FF 2003 7463, TABEL, N 99.

⁵⁵ TABEL, N 99 s.

⁵⁶ VEZ, N 449.

⁵⁷ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 20 ad art. 80 CC.

⁵⁸ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 24 ad art. 80 CC.

⁵⁹ VEZ, N 452.

⁶⁰ FF 2003 7441 ; VEZ CR CC I N 6 ad art. 86a CC.

Les clauses facultatives peuvent figurer dans l'acte de fondation ou dans un règlement annexe. Il s'agit notamment de clauses relatives au mode d'administration de la fondation et celles relatives au nom ou au siège de celle-ci⁶¹.

d) Interprétation de l'acte de fondation

En raison de sa nature unilatérale, l'acte de fondation est interprété de manière comparable aux dispositions pour cause de mort en recherchant la volonté du fondateur⁶². Il s'agit de déterminer la véritable (et subjective) volonté du fondateur au-delà des dénominations employées⁶³.

Le principe de la confiance joue un rôle lorsqu'un tiers conclut un contrat avec la fondation. Si une partie de l'acte de fondation devient partie intégrante d'un contrat conclu avec un tiers, ce principe servira, en concours avec celui de la volonté, à interpréter ledit acte⁶⁴.

C. Inscription au registre du commerce et acquisition de la personnalité

La fondation ordinaire acquiert la personnalité juridique de par son inscription au registre du commerce (art. 52 al. 1 CC) ; l'inscription a un effet constitutif⁶⁵. Dispensées d'inscription obligatoire jusqu'au premier Janvier 2016 (art. 52 al. 2 aCC), les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques sont aujourd'hui traitées de la même manière que les autres fondations⁶⁶.

La qualité pour requérir l'inscription de la fondation au registre du commerce appartient au conseil de fondation et non au fondateur (art. 931a CO)⁶⁷. Le préposé au registre du commerce est tenu de vérifier si les conditions formelles et matérielles sont bien remplies⁶⁸ mais une approbation préalable de l'autorité de surveillance n'est pas nécessaire⁶⁹.

VII. Surveillance

A. Raisons d'être de la surveillance

Du fait de ses particularités, la fondation est la seule personne morale de droit privé soumise à une surveillance de la collectivité publique (art. 84 al. 1 CC), exception faite des fondations de famille et des fondations ecclésiastiques (art. 87 al. 1 CC)⁷⁰.

Il existe, de manière générale, deux motifs, considérés comme équivalents par la doctrine et la jurisprudence⁷¹, pour justifier une surveillance étatique des fondations :

- *la protection de la volonté du fondateur* : la fondation n'ayant ni membres ni propriétaires qui puissent contrôler les actes des organes de la fondation, c'est à l'Etat que revient cette tâche⁷².

⁶¹ VEZ, N 453.

⁶² MEIER/DE LUZE, N 1214 ; TABET, N 90.

⁶³ RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 73.

⁶⁴ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 19.13 ; MEIER/DE LUZE, N 1214.

⁶⁵ TABET, N 90 ; VEZ, N 463.

⁶⁶ Le nouvel art. 52 al. 2 CC ne concerne plus que les établissements publics et les associations qui n'ont pas un but économique, FF 2014 585.

⁶⁷ CR CC I-VEZ, N 24 *ad* art. 81 CC.

⁶⁸ CR CC I-VEZ, N 25 *ad* art. 81 CC.

⁶⁹ ATF 120 II 374 consid. 2 = JT 1945 I 54 ; TABET, N 88.

⁷⁰ TABET N 177 ; CR CC I-VEZ, N 1 *ad* art. 84.

⁷¹ VEZ, N 726.

⁷² VEZ, N 723.

Ce contrôle étatique permet d'assurer la conformité de la fondation aux souhaits de son créateur⁷³ ;

- *la sauvegarde de l'intérêt public* : les fondations poursuivent généralement des buts qui intéressent la collectivité publique, cette dernière a donc un intérêt à ce que les biens de la fondation soient employés conformément à la volonté du fondateur⁷⁴.

B. Tâches de l'autorité de surveillance

Lors de l'exercice de ses fonctions, l'autorité de surveillance agit en tant que détentrice de l'autorité publique, ses activités sont donc soumises au droit public⁷⁵.

Les tâches de l'autorité de surveillance couvrent principalement quatre domaines⁷⁶:

- elle contrôle que le but de la fondation soit respecté et veille à ce que les biens de celle-ci soient utilisés de manière conforme à celui-là (art. 84 al. 2 CC) ;
- elle intervient en cas de carences dans l'organisation de la fondation (art. 83 al. 2 et 83d CC) ;
- elle participe à la modification du but ou de l'organisation de la fondation (art. 85 à 86b CC) ;
- elle intervient dans la dissolution de la fondation (art. 88 et 89 CC).

La surveillance couvre l'ensemble des activités de la fondation⁷⁷ et les dispositions relatives à la surveillance des fondations sont de droit impératif⁷⁸.

C. Autorité compétente

a) Compétence territoriale

L'art. 84 al. 1 CC soumet les fondations à la surveillance de la corporation publique « *dont elles relèvent par leur but* ». En d'autres termes, la surveillance appartient à la collectivité publique qui devrait poursuivre le but de la fondation si celle-ci n'existait pas⁷⁹. Cette disposition est de droit impératif, ni le fondateur ni les organes de la fondation ne sauraient choisir l'autorité de surveillance.

De plus, le siège de la fondation n'est pas déterminant. L'autorité de surveillance est liée par la loi, elle ne peut refuser sa compétence. Elle se prononce seule sur sa compétence. Un transfert ultérieur de compétence est possible en cas de changement de circonstances. Le partage de surveillance est interdit⁸⁰.

Les fondations poursuivant un but relevant de la Confédération et dont le rayon d'activité s'étend à tout le territoire national sont soumises à la surveillance fédérale. Il en est de même pour les fondations dont le but relève de la compétence des cantons ou des communes mais dont le rayon d'activité est étendu à l'ensemble de la Suisse. Les fondations à caractère international sont également soumises à la surveillance fédérale⁸¹.

⁷³ VEZ, N 723.

⁷⁴ VEZ, N 724.

⁷⁵ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 37 et 88 *ad* art. 84 CC.

⁷⁶ CR CC I-VEZ, N 2 *ad* art. 84 CC.

⁷⁷ CR CC I-VEZ, N 4 *ad* art. 84 CC.

⁷⁸ CR CC I-VEZ, N 3 *ad* art. 84 CC.

⁷⁹ ATF 105 II 321 consid. 3b = JT 1981 I 99 ; VEZ, N 788.

⁸⁰ CR CC I-VEZ, N 7 *ad* art. 84 CC.

⁸¹ VEZ, N 795 ss.

L'autorité cantonale assume la surveillance des fondations qui relèvent de sa compétence de par leur but et leur rayon d'activité⁸². Elle peut de plus, depuis l'introduction de l'art. 84 al. 1bis CC⁸³, se voir attribuer par le droit cantonal la surveillance des fondations qui relèveraient de la compétence des communes. Le législateur a introduit cette règle principalement pour permettre une meilleure surveillance des petites fondations, que certaines communes ne peuvent assurer faute de moyens financiers et de connaissances⁸⁴.

b) Compétence matérielle

La surveillance fédérale des fondations ordinaires est exercée par le secrétariat général du Département fédéral de l'intérieur (art. 3 al. 2 lit. a Org DFI, RS 172.212.1)⁸⁵. Les cantons peuvent déterminer la compétence matérielle pour la surveillance des fondations et prévoir deux instances de surveillance⁸⁶.

VIII. Modification de la fondation

A. Principe de l'immutabilité du but⁸⁷

Les fondations sont considérées en Suisse comme des institutions rigides avec en principe un but immuable⁸⁸. Elles sont des œuvres de longue durée, si ce n'est perpétuelles, elles doivent alors pouvoir durer sans se déformer⁸⁹. Le but étant l'âme de la fondation, il se doit d'être porteur de continuité⁹⁰.

B. Modification du but

Au vu du principe d'immutabilité susmentionné, une modification est envisageable seulement si elle est indispensable à la poursuite du but⁹¹.

Selon l'art. 86 al. 1 CC, la modification du but n'est possible que si, objectivement, le caractère ou la portée du but primitif a varié au point que la fondation ne réponde plus subjectivement aux intentions du fondateur⁹². Pour déterminer si ces conditions sont remplies, il faudra dans un premier temps, établir la volonté initiale du fondateur (principe de la volonté)⁹³. Il s'agira ensuite de déterminer si le fondateur aurait ou non maintenu le but primitif compte tenu du changement de circonstances intervenu (volonté hypothétique)⁹⁴.

Est compétente l'autorité de modification spécialement désignée par la législation cantonale ou fédérale, celle-ci se doit d'être différente de l'autorité de surveillance⁹⁵. La compétence de saisir l'autorité de modification revient à l'organe suprême de la fondation ainsi qu'à l'autorité de

⁸² VEZ, N 798.

⁸³ Introduit par la nouvelle du 8 octobre 2004 (FF 2003 7463).

⁸⁴ CR CC I-VEZ, N 10 *ad* art. 84 CC.

⁸⁵ CR CC I-VEZ, N 12 *ad* art. 84 CC.

⁸⁶ CR CC I-VEZ, N 13 *ad* art. 84 CC.

⁸⁷ Pour une critique du principe d'immutabilité, VEZ, N 1047 ss.

⁸⁸ BaKomm ZGB I- GRÜNINGER, N 1 *ad* art. 85/86 CC.

⁸⁹ MURET, p. 49.

⁹⁰ MURET, p. 50 et 129.

⁹¹ BaKomm ZGB I- GRÜNINGER, N 10 *ad* art. 85/86 CC.

⁹² CR CC I-VEZ, N 6 *ad* art. 85/86 CC.

⁹³ Première partie chapitre VI B d.

⁹⁴ CR CC I-VEZ, N 8 *ad* art. 85/86 CC.

⁹⁵ CR CC I-VEZ, N 16 s. *ad* art. 85/86 CC ; Cette exigence n'est pourtant pas toujours respectée, VEZ, N 1015.

surveillance (art. 86 al. 1 CC). L'autorité a l'obligation d'entendre l'organe supérieur de la fondation avant de se prononcer⁹⁶.

Quant à la détermination du nouveau but, celle-ci fait l'objet d'une controverse. Alors qu'une partie de la doctrine reconnaît une totale liberté à l'autorité de modification, une autre retient que, par analogie avec les articles 83d al. 2 et 57 al. 2 CC, l'autorité n'est pas libre dans le choix du nouveau but, celui-ci ne devant pas trop s'écarter du but primitif⁹⁷.

Selon Haefelin⁹⁸, il est possible de modifier le cercle des destinataires ou les prestations effectuées par la fondation à travers une nouvelle interprétation de l'acte de fondation. Cette solution originale permet de changer l'affectation des biens de la fondation sans pour autant modifier son but. Elle a une influence pratique d'autant plus grande que l'organe suprême de la fondation peut se déterminer seul sur une nouvelle interprétation. Cet avis est néanmoins vivement critiqué par le reste de la doctrine⁹⁹. Une fondation est l'accomplissement d'une volonté individuelle et une interprétation ne peut pas, sans être abusive, servir à donner aux mots un sens différent de celui qu'ils ont normalement¹⁰⁰.

C. Réserve de modification et l'art. 86a CC

La doctrine admet de longue date que l'acte de fondation peut réserver un droit pour le fondateur, les organes ou des tiers de le modifier. Une telle réserve n'est admissible que si les conditions matérielles de modification sont déterminées ou objectivement déterminables¹⁰¹. Plus qu'un droit conféré, cette réserve est en réalité une obligation de modification si les conditions prévues sont réalisées¹⁰².

Avec l'introduction de l'art. 86a CC¹⁰³, le législateur a instauré pour le fondateur¹⁰⁴ un véritable droit de modifier sur requête le but de sa fondation, pour autant qu'il se le soit au préalable réservé dans l'acte de fondation. Destinée à apporter une certaine flexibilité aux buts fixés définitivement, cette disposition assouplit le principe d'immuabilité de l'affectation¹⁰⁵. L'art. 86a CC ne s'applique pas aux fondations de famille ni aux fondations ecclésiastiques, il s'agit d'un silence qualifié du législateur¹⁰⁶.

Le fondateur peut modifier le but de sa fondation aux conditions formelles suivantes (86a CC)¹⁰⁷ :

- le fondateur doit s'être réservé un droit de modification dans l'acte de fondation (al. 1) ;
- le fondateur doit présenter une requête de modification de son vivant ou dans une disposition à cause de mort (al. 1). La requête doit précisément déterminer le nouveau but alloué à la fondation. S'il existe plusieurs fondateurs, leur requête doit être conjointe (al. 4) ;
- la requête ne peut intervenir qu'au moins 10 ans après la constitution de la fondation ou la dernière modification du but (al. 1).

⁹⁶ FF 2003 7440 ; CR CC I-VEZ, N 18 *ad* art. 85/86 CC.

⁹⁷ CR CC I-VEZ, N 23 *ad* art. 85/86 CC et les nombreuses références.

⁹⁸ HAEFELIN, p. 53 s.

⁹⁹ KRAFFT, p. 130 s.

¹⁰⁰ Op. cit.

¹⁰¹ VEZ, N 993.

¹⁰² RIEMER, BKomm Stiftungen, N 88 *ad* art. 85-86 CC ; VEZ N 994

¹⁰³ RO 2005 4545 ; FF 2003 7463.

¹⁰⁴ C'est un droit strictement personnel non transmissible, FF 2003 7442.

¹⁰⁵ FF 2003 7465 ; BaKomm ZGB I- GRÜNINGER, N 1 *ad* art. 86a CC.

¹⁰⁶ FF 2003 7442 ; CR CC I-VEZ, N 4 *ad* art. 86a CC.

¹⁰⁷ CR CC I-VEZ, N 5ss *ad* art. 86a CC.

D. Modification des charges et conditions

Ce chapitre tient lieu d'avant-propos, le thème étant développé plus loin dans ce travail¹⁰⁸.

L'art. 86 al. 2 CC prévoit la possibilité de modifier les charges et les conditions qui compromettent le but désigné par le fondateur. Alors que la charge est un droit subjectif, la condition n'est qu'une modalité d'un tel droit et non un droit en elle-même¹⁰⁹.

IX. Fondation de famille

A. Généralités sur les fondations spéciales

On oppose à la fondation dite ordinaire les fondations spéciales. Celles-ci sont au nombre de trois : les fondations de famille, les fondations ecclésiastiques et les fondations de prévoyance en faveur du personnel.

Nous mettons à l'écart les fondations ecclésiastiques et celles de prévoyance pour nous attarder quelque peu sur les fondations de famille que nous rencontrerons à nouveau dans la seconde partie de ce travail.

B. Notion

La fondation de famille est destinée exclusivement au paiement des frais d'éducation, d'établissement et d'assistance des membres d'une famille ou à des buts analogues (art. 335 al. 1 CC). Le cercle des bénéficiaires est *de facto* limité par le but autorisé de la fondation de famille. Les destinataires appartiennent tous à la même famille (parents et alliés du fondateur)¹¹⁰. Ces deux caractéristiques fondamentales la distinguent de la fondation dite ordinaire¹¹¹.

Sous réserve de règles cantonales en la matière la fondation de famille n'est pas soumise à surveillance étatique (art. 87 al. 1 CC)¹¹².

C. Fondations d'entretien

Le but de la fondation de famille est licite seulement s'il entre dans la liste *exhaustive*¹¹³ de l'art. 335 al. 1 CC. Les fondations d'entretien visant l'entretien général et sans conditions de leurs membres, ou mettant leur patrimoine à disposition des membres de la famille sans mentionner la manière dont ce dernier doit être employé, sont interdites¹¹⁴.

¹⁰⁸ Seconde partie chapitre VIII

¹⁰⁹ Seconde partie chapitre IV A.

¹¹⁰ CR CC I-PIOTET, N 1 *ad* art. 335 CC.

¹¹¹ CR CC I-VEZ, N 1 *ad* art. 87 CC.

¹¹² Première partie chapitre VII

¹¹³ VEZ, N 129.

¹¹⁴ ATF 108 II 393 consid. 5c = JdT 1983 I 587 ; ATF 73 II 81 = 1948 I 66 ; ATF 75 II 15 consid. 4a = JdT 1954 I 578, CR CC I-PIOTET, N 7 *ad* art. 335 CC ; VEZ, N 130.

SECONDE PARTIE : LA CHARGE GREVANT LA FONDATION

I. Notion de charge en droit suisse

A. Introduction

La charge (*die Auflage* ; *l'onere*) est une figure juridique qui se retrouve aussi bien en droit privé qu'en droit public. C'est pourquoi, il nous paraît opportun de présenter, ne serait-ce que de manière succincte, les autres charges avant de nous concentrer sur celle du droit des fondations.

Nous présenterons dans l'ordre la charge de droit public puis charges de droit privé, à savoir la charge successorale et la charge grevant la donation.

B. Charge de droit public

La charge de droit public est, aux côtés du terme et de la condition, une clause accessoire de la décision¹¹⁵. Ces clauses font partie intégrante de la décision et partagent sa nature de prescription étatique unilatérale¹¹⁶.

La charge crée, outre les droits et obligations sur lesquels porte principalement la décision, une obligation accessoire à l'administré¹¹⁷. Elle se joint à un acte qui confère un droit ou un avantage¹¹⁸. A ce titre, elle permet à l'administration de rendre une décision positive à l'administré assortie d'un devoir en lieu et place de rejeter sa demande¹¹⁹. Ce peut être une obligation de faire, de ne pas faire ou de tolérer quelque chose¹²⁰.

Nous pouvons mentionner comme exemples : un permis de conduire retiré de manière provisoire peut être restitué moyennant l'engagement de respecter certaines règles de comportement¹²¹, l'autorisation d'exploiter un cinéma peut être grevée d'une restriction quant aux films projetés¹²².

La validité de la charge est indépendante de celle de la décision. Son exécution ou son inexécution n'ont, contrairement à la condition, pas d'influence directe sur les effets de la décision grevée¹²³. Le non respect de la charge constitue néanmoins un motif de révocation de la décision principale¹²⁴. La charge étant indépendante de la décision principale, elle peut être attaquée isolément¹²⁵ et être sujette à une procédure d'exécution forcée spécifique¹²⁶. La charge n'est valable que si elle se concilie avec les principes constitutionnels de légalité et de proportionnalité¹²⁷.

¹¹⁵ GRISEL p. 407 ; MOOR/POLTIER, p. 90.

¹¹⁶ ATF 133 II 104 consid. 9.2.1 = RDAF 2008 I 610 ; TANQUEREL, N 848.

¹¹⁷ MOOR/POLTIER, p. 92.

¹¹⁸ GRISEL, p. 408.

¹¹⁹ UFFER-TOBLER, p. 1.

¹²⁰ ATF 129 II 361 consid. 4.2.

¹²¹ ATF 107 Ib 29 = JdT 1981 I 404.

¹²² ATF 100 Ib 375 (en français).

¹²³ GRISEL, p. 408.

¹²⁴ ATF 129 II 361 consid. 4.2., TANQUEREL, N 852

¹²⁵ Op. cit.

¹²⁶ ATF 130 II 290 consid. 2.6 = RDAF 2005 I 659.

¹²⁷ GRISEL, p. 408 ; MOOR POLTIER, p. 93 s ; TANQUEREL, N 852

C. Charge successorale

a) Généralités sur le droit des successions

Régi aux art. 457 à 460 CC, le droit des successions se définit comme « *La partie du droit privé en vertu de laquelle les droits et obligations d'une personne décédée passent à une ou plusieurs personnes physiques ou morales. Comme la plupart de ces droits et obligations sont de nature pécuniaire, le but principal du droit des successions est ainsi de régler le sort du patrimoine d'une personne à son décès* »¹²⁸.

Le droit des successions a deux fonctions principales. Il permet, d'une part, aux proches parents et au conjoint du défunt de recueillir ses biens¹²⁹ et, d'autre part, au *de cuius* de régler le sort de son patrimoine après sa mort. On parle alors de *dispositions à cause de mort*¹³⁰.

b) Notion de charge successorale

Réglée à l'art. 482 CC, la charge successorale est l'un des modes de disposer que la loi reconnaît au *de cuius*¹³¹. Elle a pour effet d'obliger un héritier ou un légataire à faire ou ne pas faire quelque chose, sans toutefois conférer une créance¹³².

L'objet de la charge est large : tout ce qui est susceptible de faire l'objet d'une obligation peut faire l'objet d'une charge¹³³. Son contenu peut même dépasser celui de l'obligation, la prestation due n'a en effet pas besoin de procurer un avantage économique ; elle est alors dite *quelconque*¹³⁴.

La charge ne confère aucune créance à l'intéressé. On ne parle alors pas de créancier mais de bénéficiaire(s) de la charge. La charge successorale peut également être sans bénéficiaire. Par exemple les obligations de dire des messes en honneur du défunt ou d'entretenir un animal (art. 482 al. 4 CC) peuvent faire l'objet d'une charge. Lorsque le cercle des bénéficiaires est indéterminé, c'est le but de la charge qui permet de préciser ce dernier¹³⁵.

c) Distinction avec le legs

Tant la charge que le legs imposent une prestation, cependant, la charge ne confère aucune créance et n'entre pas dans le patrimoine de l'intimé (ou *bénéficiaire*). Par conséquent, aucune action en dommages-intérêts pour inexécution de la charge n'est possible¹³⁶.

d) Effets et exécution

Est annulable, et non absolument nulle, toute charge illicite ou contraire aux mœurs (art. 482 al. 2 CC)¹³⁷. En vertu de l'art. 483 al. 3 CC, les charges purement vexatoires ou n'ayant pas de sens sont réputées non écrites. Elles sont inexistantes, c'est-à-dire nulles de plein droit et ne déploient aucun

¹²⁸ STEINAUER, N 2.

¹²⁹ PIOTET, Successions, p. 2.

¹³⁰ PIOTET, Successions, p. 3.

¹³¹ PIOTET, Successions, p. 78.

¹³² ATF 99 II 375 consid. 7a = JdT 1974 I 330; MÜLLER, p. 91 ; PIOTET, Successions, p. 134 ; STEINAUER, N 585.

¹³³ ATF 101 II 25 consid. 2a) = JdT 1975 I 564 ; STEINAUER, N 585.

¹³⁴ MÜLLER, p. 105 ; PIOTET, Successions, p. 134.

¹³⁵ PIOTET, Successions, p. 134 s.

¹³⁶ STEINAUER, N 589.

¹³⁷ PIOTET, JdT p. 168 ; UFFER-TOBLER, p. 110 s.

effet¹³⁸. La loi est muette sur les charges impossibles, les auteurs s'accordent à appliquer par analogie l'art. 20 al. 2 CO¹³⁹. Il faut déterminer si le *de cuius* aurait maintenu la disposition s'il avait eu conscience de l'impossibilité.

Mentionnons également la possibilité pour certains héritiers légaux d'intenter une action tendant à la suppression ou la réduction des charges qui ne respecteraient pas leur réserve héréditaire¹⁴⁰.

Le cercle des personnes habilitées à demander l'exécution de la charge est très étendu (art. 482 al. 1 CC)¹⁴¹; tout *intéressé*, c'est-à-dire toute personne ayant un intérêt personnel ou d'ordre général à l'exécution de la charge, a donc la qualité pour agir¹⁴². Cet intérêt doit être direct afin d'éviter l'action populaire ouverte à tout un chacun¹⁴³.

Ainsi, sont des *intéressés* les éventuels destinataires de la charge, les héritiers légaux ainsi que les parents et amis du *de cuius*. L'exécuteur testamentaire et, si la charge est d'intérêt public, la corporation publique compétente ont, non pas le droit, mais le devoir d'en exiger l'exécution¹⁴⁴.

La qualité pour défendre appartient à la ou les personnes à qui la charge est imposée, ou si le *de cuius* n'a rien précisé, à ses héritiers (art. 562 al. 1 CC par analogie). L'exécuteur testamentaire a également la qualité pour défendre¹⁴⁵.

L'action portant sur l'exécution de la volonté du *de cuius*, elle est *sui generis* et se distingue de l'action en exécution d'une obligation¹⁴⁶. Une action en dommages-intérêts pour inexécution fautive est impossible¹⁴⁷. Certaines charges ne peuvent de par leur nature pas faire l'objet d'une exécution forcée. Bien que valables, ces dernières restent sans sanction en cas d'inexécution¹⁴⁸.

e) Durée et prescription

La charge peut être non seulement immédiate (par ex. les conditions d'ensevelissement de la dépouille) mais également de longue durée. Se pose alors la question de sa durée maximale. Il est largement admis parmi les auteurs que la charge est de durée limitée. Toutefois, la durée effective de la charge ne fait pas l'unanimité¹⁴⁹. Se basant sur l'interdiction de la substitution fidéicommissaire, le Tribunal fédéral évoque une durée de 50 à 70 ans (deux générations), voire plus. La décision *in casu* dépendra de la nature de la charge¹⁵⁰.

La question de la prescription de l'action en exécution est également controversée. Comme la charge ne crée pas de créance, certains auteurs estiment qu'elle n'est pas soumise au régime ordinaire de la

¹³⁸ STEINAUER, N 605 ; PIOTET, Successions, p. 137 estime qu'il s'agit d'une règle d'interprétation et de conversion.

¹³⁹ PIOTET, Successions, p. 137 ; STEINAUER, N 604e.

¹⁴⁰ STEINAUER, N 600 ; Cette règle est applicable aux charges patrimoniales mais également aux charges non patrimoniales ayant un effet comparable, ATF 99 II 375 consid. 7b = JdT 1974 I 330.

¹⁴¹ PIOTET, Successions, p. 134.

¹⁴² ATF 120 II 182 consid. 2c = JdT 1995 I 327 ; STEINAUER, N 592.

¹⁴³ MÜLLER, p. 229 ; PIOTET, Successions, p. 135, STEINAUER, N 592 ; UFFER-TOBLER, p. 81.

¹⁴⁴ PIOTET, Successions, p. 135 ; STEINAUER, N 592a.

¹⁴⁵ STEINAUER, N 593.

¹⁴⁶ STEINAUER, N 595.

¹⁴⁷ ATF 105 II 253 consid. 2d) = JdT 1980 I 305 ; HERZER, p. 48 ; PIOTET, p. 134, MÜLLER, p. 257 ss.; D'avis contraire UFFER-TOBLER, p. 246 ss.

¹⁴⁸ PIOTET, p. 134, l'on peut donner comme exemple l'interdiction pour un héritier institué de boire de l'alcool.

¹⁴⁹ Les commentateurs proposent une durée de 30, 50 à 70 voire 100 ans, PIOTET, Mélanges, p. 1431 note 57 et les nombreuses références.

¹⁵⁰ ATF 87 II 355 consid. 2b = JdT 1962 I 354.

prescription prévu par le Code des obligations (art. 127 ss CO), elle est alors imprescriptible ; d'autres lui appliquent par analogie le délai de prescription de 10 ans prévu par l'art. 601 CC¹⁵¹.

D. Charge grevant la donation

a) Généralités sur le contrat de donation

Régi par les art. 239 à 252 CO, le contrat de donation se définit comme « *le contrat par lequel une personne, le donateur, s'oblige entre vifs à céder des biens à une autre personne, le donataire, sans contreprestation correspondante* »¹⁵². Il s'agit d'un contrat unilatéral à titre gratuit par lequel seule une des parties offre une prestation et ne reçoit aucune contreprestation¹⁵³.

La donation comprend deux éléments caractéristiques. Elle suppose tout d'abord une attribution de biens ; un bien doit sortir du patrimoine du donateur pour entrer dans celui du donataire¹⁵⁴. Le donateur s'en trouve appauvri et le donataire enrichi¹⁵⁵. Le second élément est l'absence de contreprestation. La gratuité étant l'élément essentiel du contrat de donation, l'attribution est faite dans le but immédiat d'enrichir le donataire (*animus donandi*)¹⁵⁶¹⁵⁷.

Le contrat se conclut, conformément à l'art. 1 CO, par les manifestations de volonté réciproques et concordantes des deux parties au contrat. La donation étant un contrat et non un acte unilatéral, elle nécessite donc une offre du donateur que le donataire doit accepter¹⁵⁸.

b) Définition de la charge grevant la donation

Mentionnée aux art. 245, 246 et 249 ch. 3 CO, la charge se définit comme « *une clause accessoire de la donation en vertu de laquelle le donataire s'oblige à donner, à faire quelque chose ou à s'abstenir de faire quelque chose* »¹⁵⁹.

La charge crée un *devoir* pour le donataire sans pour autant être une contrepartie, elle ne doit en effet pas retirer le caractère gratuit de la donation¹⁶⁰. La distinction entre charge et contre-prestation est parfois difficile à établir. La charge est dans son essence qualitativement accessoire, elle se doit d'être objectivement moins importante que la prestation principale (la donation)¹⁶¹.

La charge peut néanmoins être quantitativement importante. Même une charge économiquement lourde pour le donataire n'entame pas le caractère gratuit de la donation si tant est qu'elle prévoit des prestations aux profits de tiers¹⁶².

Oser et Schönenberger considèrent que seule la volonté des parties distingue la charge de la contreprestation¹⁶³ et reconnaissent le caractère gratuit d'une donation dont la charge retire tout profit au donataire¹⁶⁴.

¹⁵¹ BaKomm ZGB II-STAEHELIN, N 31 *ad* art. 482 CC.

¹⁵² ENGEL, Contrats, p. 110.

¹⁵³ TERCIER/FAVRE, N 1766.

¹⁵⁴ ATF 102 II 313 consid. 4a) = JdT 1977 I 130 ; TERCIER/FAVRE, N 1769.

¹⁵⁵ CR CO I-BADDELEY, N 26 *ad* art. 239.

¹⁵⁶ ENGEL, p. 110

¹⁵⁷ TERCIER/FAVRE, N 1777.

¹⁵⁸ TERCIER/FAVRE, N 1809 ss.

¹⁵⁹ TERCIER/FAVRE N 1885.

¹⁶⁰ TF 4C.346/2000 du 16 mars 2001 consid. 1.

¹⁶¹ ATF 80 II 260 consid. 2 = JdT 1955 I 162 ; ENGEL, Contrats, p. 124 s.

¹⁶² TF 4C.346/2000 ; CR CO I-BADDELEY, N 23 *ad* art. 245 CO.

¹⁶³ OSER/SCHÖNENBERGER, N 4 *ad* art. 245 CO.

¹⁶⁴ OSER/SCHÖNENBERGER, N 6 *ad* art. 245 CO.

La charge est dite qualifiée si elle est en faveur du donateur ou d'un tiers. Concernant la charge simple, c'est-à-dire en faveur du donataire (par ex. d'utiliser la somme donnée pour payer ses études), la doctrine est partagée. Certains auteurs l'admettent¹⁶⁵, d'autres au contraire la refusent au motif que celle-ci ne peut faire l'objet que d'une condition¹⁶⁶.

c) Effets et exécution

La charge est un accessoire et existe seulement si la donation est valable. Elle n'a généralement aucun effet sur le rapport de droit principal (la donation), exception faite de l'article 249 ch. 3 CO qui prévoit, sous certaines conditions, la possibilité pour le donateur de révoquer la donation en cas d'inexécution de la charge¹⁶⁷.

La charge illicite ou contraire aux mœurs (art. 20 CO et 27 CC) de même que la charge viciée d'une impossibilité d'exécution immédiate sont nulles et ne peuvent être exécutées¹⁶⁸.

En cas d'inexécution de la charge par le donataire, le donateur, le cas échéant ses héritiers¹⁶⁹, dispose d'une action en exécution selon l'art. 246 al. 1 CO¹⁷⁰. L'alinéa 2 réserve la qualité pour agir de l'autorité compétente lorsque ; (1) Le donataire est décédé et (2) la charge est imposée dans l'intérêt public, c'est-à-dire en vue d'atteindre un but qui entre dans les tâches de l'Etat ou intéresse la collectivité publique¹⁷¹. La qualité pour défendre appartient au donataire, ce dernier peut invoquer les moyens de défense ordinaires ainsi que l'exception du dépassement de la charge (art. 246 al. 3 CO)¹⁷².

L'exécution réelle est la règle (le texte allemand du Code des obligations parle de « *Vollziehung* » et non d'« *Erfüllung* »)¹⁷³. La question d'une action en dommages-intérêts pour inexécution est controversée. Tout d'abord admise dans un ancien arrêt¹⁷⁴, notre Haute Cour a plus récemment laissé la question ouverte¹⁷⁵. Certains auteurs admettent sans autre une action fondée sur les art. 97ss CO¹⁷⁶. D'autres la refusent pour deux raisons : (1) La charge a un caractère gratuit, elle ne peut par conséquent pas appauvrir le donataire¹⁷⁷ et (2) elle ne fait naître aucune créance, que ce soit pour le donateur ou pour le destinataire de la prestation si celui-ci est différent de celui-là, et n'entre par conséquent pas dans leurs patrimoines respectifs. Accorder un tel droit au destinataire de la prestation reviendrait à considérer la charge grevant la donation comme une stipulation pour autrui¹⁷⁸.

Il faut, selon nous, admettre avec le second courant de doctrine que la charge grevant la donation n'entraîne aucune action en dommages-intérêts en cas d'inexécution fautive. L'absence d'élément patrimonial n'est en effet pas seulement un élément de la charge successorale, il s'agit bien plus d'une caractéristique qui se retrouve dans toutes les charges de droit privé¹⁷⁹.

¹⁶⁵ CHK-SCHÖNENBERGER, N 3 *ad* art. 246 CO et les nombreuses références.

¹⁶⁶ ENGEL, Contrats, p. 125 ; TERCIER/FAVRE, N 1887.

¹⁶⁷ CR CO I-BADDELEY, N 29 *ad* art. 245 CO.

¹⁶⁸ CR CO I-BADDELEY, N 31 *ad* art. 245 CO.

¹⁶⁹ ATF 133 III 421 consid. 3 (en français) ; TERCIER/FAVRE, N 1890.

¹⁷⁰ TERCIER/FAVRE, N 1890.

¹⁷¹ *Op cit.*

¹⁷² TERCIER/FAVRE, N 1891.

¹⁷³ TERCIER/FAVRE, N 1889.

¹⁷⁴ ATF 80 II 260 consid. 4 = JdT 1955 I 162

¹⁷⁵ ATF 133 III 421 consid. 4.2 (en français), admis *in* : ATF 80 II 260 = JdT 1955 I 162).

¹⁷⁶ ENGEL, Contrats p. 125 ; OSER/SCHÖNENBERGER, N 4 et 7 *ad* art. 249 CO.

¹⁷⁷ BECKER, N 8 *ad* art. 249 CO, ce principe est également exprimé à l'art. 246 al. 3 CO.

¹⁷⁸ STIFEL, p. 61 ss.

¹⁷⁹ Seconde partie chapitres I E et II C f.

En cas d'inexécution fautive du donataire, le donateur peut également révoquer la donation (art. 249 ch. 3 CO). Le donateur a alors le choix entre l'action en exécution de la charge et la révocation de la donation¹⁸⁰. La donataire a alors un devoir de restitution jusqu'à concurrence de son enrichissement actuel (art. 249 CO), le donateur pouvant de plus refuser l'exécution de la partie de la donation encore due. La révocation peut être totale ou partielle¹⁸¹.

d) Durée et prescription

La loi reste muette tant sur la durée d'existence de la charge que sur le délai de prescription de son action en exécution. Le principe de la sécurité du droit plaide pourtant en faveur d'une limitation dans le temps de la possibilité de requérir l'exécution d'une charge¹⁸².

La doctrine est loin d'être unanime sur ce point. Les solutions proposées sont diverses, allant de l'imprescriptibilité de l'action en exécution, où seule la durée d'existence de la charge est limitée, à la prescription de l'action dans le délai prévu par le droit contractuel. Que la durée soit fixe (10, 30, 100 ans) ou variable (50 à 70 ans), les solutions sont nombreuses et variées¹⁸³. Le Tribunal Fédéral a fixé la durée admissible des charges à 30 ans pour celles comportant un devoir de prestation pour le donataire et à 100 ans pour celles qui restreignent le donataire dans ses droits de propriété de la chose donnée¹⁸⁴.

E. Conclusion

Après avoir présenté de manière succincte les autres charges existant en droit suisse nous ferons dans ce chapitre conclusif une synthèse des éléments communs aux deux charges de droit privé étudiées précédemment. La loi reconnaissant, du moins dans les grandes lignes, une similitude entre les différentes figures juridiques appelées « charges », l'on peut présumer que ces caractéristiques générales se retrouveront dans la charge grevant la donation.

La charge de droit privé a les caractéristiques suivantes :

- La charge est l'accessoire d'un rapport de droit préexistant, plus précisément, d'une prestation à titre gratuit (« *unentgeltliche Zuwendung* »)¹⁸⁵.
- La charge oblige à une prestation positive ou négative.
- L'objet de la charge peut être matériel (pécuniaire) ou idéal.
- La charge peut ne pas avoir de destinataire.
- La charge dispose d'un droit d'action propre *ex lege*, appelé « *sui generis* » ou « *réel* » selon le domaine du droit dont il est question, dont le cercle des personnes habilitées à agir est relativement étendu.
- La charge n'entre pas dans le patrimoine, c'est pourquoi sa non-exécution n'entraîne pas d'action en dommages-intérêts, et ce même lorsque l'objet de la charge est pécuniaire.

II. Genèse et histoire de l'art. 86 al. 2 CC

La disposition apparaît pour la première fois suite aux suggestions d'une commission du Conseil des Etats¹⁸⁶. Le Conseiller Hoffmann propose d'ajouter dans la loi la possibilité de modifier ou supprimer

¹⁸⁰ CR CO I-BADDELEY, N 18 *ad* art. 249 CO.

¹⁸¹ CR CO I-BADDELEY, N 2 *ad* art. 249 CO.

¹⁸² CHAIX, p. 93.

¹⁸³ CR CO I-BADDELEY, N 12 s. *ad* art. 246 CO ; Pour un inventaire des différentes solutions proposées, CHAIX, p. 93

¹⁸⁴ TF 4C.346/2000 du 16 mars 2001 consid. 3a)

¹⁸⁵ Du même avis, STIFEL, p. 43.

les charges qui, avec l'écoulement du temps, ne sont plus compatibles avec le but fixé à la fondation. Il n'existe aucune information supplémentaire, que ce soit lors des séances du Conseil des Etats ou celles du Conseil National, concernant le sens de cette disposition¹⁸⁷. Le parlement n'a ainsi jamais débattu sur une éventuelle définition de la charge grevant la fondation.

Eugen Huber illustrera plus tard cette disposition avec l'exemple suivant¹⁸⁸ : une fondation ayant pour but de construire différents immeubles ouverts au grand public est constituée. Elle a pour charge d'aménager son parc immobilier selon les instructions précises du fondateur. Suite au développement urbain, les consignes quant à l'aménagement des immeubles se révèlent impossibles et sont modifiées en conséquence.

Si l'art. 86 al. 2 CC n'a par la suite jamais été modifié, la procédure y relative a tout de même évolué. La révision du droit des fondations entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2006 comprenait en effet une modification de l'art. 86 al. 1 CC qui, rappelons le, détermine également la procédure de modification des charges. Cette modification a élargi le cercle des personnes pouvant requérir une modification en y incluant l'organe suprême de la fondation. Elle a également attribué la compétence de modification d'une fondation d'importance nationale à une autorité fédérale spécialisée et non plus au Conseil fédéral¹⁸⁹.

III. Notion de charge grevant la fondation

A. Absence de définition donnée par la loi et les travaux préparatoires

Ni la loi ni les travaux préparatoires ne donnent de définition (pas même des indices) de ce qu'est la charge grevant la fondation. Il s'agit d'une lacune de la loi que nous aurons pour tâche de combler.

Le fait que le législateur ait usé du terme « charge » dans différents domaines du droit privé (ou public) laisse présumer une certaine similitude entre les différentes charges de droit privé. Il est dès lors envisageable que les règles et définitions de la charge successorale et de celle grevant une donation puissent s'appliquer *mutatis mutandis* à la charge grevant la fondation. Nous verrons par ailleurs dans les lignes suivantes que cette méthode fut utilisée par de nombreux auteurs¹⁹⁰.

B. Panorama des définitions données par la doctrine et la jurisprudence

a) Hafter

« *Auflagen sind Belastungen, durch welche der Stifter die Stiftung zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen rechtlich verpflichtet hat* »¹⁹¹.

b) Martin

« *Une fondation peut être grevée d'une charge (Auflage), c'est-à-dire que le fondateur peut imposer à la fondation l'obligation d'accomplir une prestation, positive ou négative* »¹⁹².

¹⁸⁶ Bull.Stén. 15, CE, p. 1240 colonne 2.

¹⁸⁷ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 42 *ad* art. 85/86 CC.

¹⁸⁸ HUBER, p. 74 s.

¹⁸⁹ FF 2003 7440.

¹⁹⁰ Seconde partie chapitre III B e.

¹⁹¹ HAFTER, N 8 *ad* art. 86 CC.

¹⁹² MARTIN, p. 534.

c) Egger

« *Der Stifter kann Auflagen vorsehen (Art. 482, OR. Art. 245), nach welchem Stiftungsmittel auch für andere als den eigentlichen Stiftungszweck verwendet werden sollen* »¹⁹³.

d) Hindermann

« *Auflagen sind Belastungen, durch welche der Stifter die Stiftung zu einem Handeln, Dulden oder Unterlassen rechtlich verpflichtet hat. [...] Die Auflage begründet eine rechtliche Verpflichtung des Bedachten, deren Durchführung erzwungen werden kann* »¹⁹⁴.

e) Renvoi à la charge successorale

Plusieurs auteurs renvoient aux définitions de la charge successorale proposées par la doctrine¹⁹⁵. La définition de la charge successorale peut donc, en éludant les composantes spécifiques du droit successoral¹⁹⁶, être utilisée pour la charge grevant la fondation.

f) Définition du Tribunal Fédéral

Il n'existe actuellement aucune définition de la charge grevant la fondation, le Tribunal fédéral n'ayant jamais eu à se pencher sur la question. Cependant, au vu du renvoi de nombreux auteurs à la charge successorale, il peut être intéressant de présenter la définition que notre Haute Cour donne de cette dernière :

« *Une charge au sens de l'art. 482 CC est une disposition à cause de mort obligeant un héritier légal ou institué ou un légataire à faire ou ne pas faire quelque chose, cette obligation ne créant toutefois pas une créance en faveur d'un ayant droit mais simplement un droit à exécution au profit des intéressés* »¹⁹⁷.

g) Synthèse

Les définitions ci-dessus présentent de manière concise la charge grevant la fondation. Elles en embrassent l'esprit mais ne sont pas à même de présenter toutes ses subtilités. Nous pouvons néanmoins sur leur base en présenter certaines. C'est sur cette prémisse que nous continuerons notre étude de la charge grevant la fondation.

Tous les auteurs s'accordent sur certaines caractéristiques de la charge. Le fondateur peut imposer une certaine prestation (positive ou négative) à sa fondation dont le contenu est extrêmement large. Bien que tous ne l'expriment pas en toutes lettres, il est implicitement prévu que la charge n'oblige pas uniquement de manière morale mais lie juridiquement la fondation. De cette *obligation*¹⁹⁸ juridique découle une action en exécution que seul Hindermann souligne expressément. Nous pouvons encore ajouter, en tenant compte de la définition de la charge successorale, qu'elle ne crée pas de créance¹⁹⁹.

¹⁹³ EGGER, N 15 *ad* art. 80 CC.

¹⁹⁴ HINDERMANN, p. 238 s.

¹⁹⁵ EGGER, N 15 *ad* art. 80 CC ; HAFTER, N 8 *ad* art. 86 CC ; RIEMER, BKomm Stiftungen, N 43 *ad* art. 85/86 CC.

¹⁹⁶ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 43 *ad* art. 85/86 CC.

¹⁹⁷ ATF 99 II 375 consid. 7a = JdT 1974 I 330.

¹⁹⁸ La charge n'est pas une obligation au sens stricte, seconde partie chapitre VI/B.

¹⁹⁹ Seconde partie chapitre III C d.

C. Eléments caractéristiques de la charge grevant la fondation

a) Constitution de la charge grevant la fondation

La charge grevant la fondation est, à l'instar de la charge successorale²⁰⁰, constituée par un acte juridique unilatéral. Le fondateur peut de par sa seule volonté créer une charge liant juridiquement une autre personne de droit privé, en l'espèce sa propre fondation.

b) Clause accessoire d'une attribution à titre gratuit

C'est dans la nature même de la charge d'être une clause accessoire d'un rapport de droit principal. Les juristes romains la qualifiaient déjà de clause accessoire (« *Nebenbestimmung* ») sans pour autant justifier cette qualification tant elle semble implicite²⁰¹. Par la suite, de nombreux auteurs se sont longuement interrogés sur la notion exacte de clause accessoire²⁰². Sans nous attarder sur leurs opinions, nous pouvons la définir comme *toute clause qui ne constitue pas l'essence d'un acte juridique*²⁰³.

La charge est plus précisément l'accessoire d'une attribution à titre gratuit, cette attribution constituant le fondement juridique sur lequel la charge vient se greffer²⁰⁴. En constituant une fondation grevée de charge, le fondateur poursuit deux objectifs : (1) la création d'une personne morale couplée d'une attribution de biens (à titre gratuit) à celle-ci pour réaliser un but principal et (2) la réalisation d'une prestation accessoire imposée à la fondation par la charge²⁰⁵.

c) Obligation de prestation positive ou négative

La charge a pour objet l'imposition d'une certaine prestation. Il peut s'agir d'une obligation de faire ou ne pas faire quelque chose. Cette dernière se divise en deux sous-catégories, l'interdiction au sens strict et l'obligation de tolérer quelque chose²⁰⁶.

Le fondateur bénéficie d'une grande liberté quant au contenu de la prestation exigée de sa fondation. Cette liberté découle directement du principe de l'autonomie privée reconnu par le droit suisse²⁰⁷. Celui-ci exprime la liberté dont chacun dispose au moment de prendre des décisions concernant la conduite de sa propre vie²⁰⁸.

Néanmoins, cette liberté n'est pas absolue, elle se heurte d'une part aux principes généraux du droit (illicéité, immoralité, impossibilité art. 20 CO et 27 CC) et d'autre part aux exigences spécifiques du droit des fondations (par ex. une charge compromettant le but ou l'essence de la fondation n'est pas admissible)²⁰⁹.

²⁰⁰ La charge grevant la donation étant l'accessoire d'un contrat, l'acceptation du donataire est nécessaire.

²⁰¹ STIFEL, p. 45 note 3.

²⁰² Pour un panorama des différentes opinions, STIFEL, p. 45 ss.

²⁰³ STIFEL, p. 52

²⁰⁴ STIFEL, p. 39.

²⁰⁵ STIFEL, p. 34.

²⁰⁶ VON TUHR/PETER, p. 49.

²⁰⁷ MÜLLER, p. 161.

²⁰⁸ CR CC I-GUILLOD/STEFFEN, N 4 *ad* art. 19, 20 CO.

²⁰⁹ EGGER, N 15 *ad* art. 80 CC.

d) La charge ne crée pas de créance en faveur d'un ayant droit

Il est largement reconnu que la charge ne crée pas de créance en faveur d'un ayant droit²¹⁰, c'est-à-dire qu'elle n'entre pas dans le patrimoine de son bénéficiaire. Elle ne confère donc pas de droit subjectif de nature patrimoniale²¹¹. Ici réside une caractéristique essentielle de la charge, elle n'est pas limitée aux prestations patrimoniales et peut servir un but très vaste, qui peut être de nature idéale²¹².

Il faut alors distinguer deux types de charge :

- La charge *quelconque*, qui sert un but idéal (non patrimonial) et qui ne crée pas d'avantage économique en faveur d'un ayant droit. La charge quelconque peut représenter un coût économique pour la fondation sans pour autant lui retirer son caractère idéal²¹³. Le fondateur peut par exemple imposer à la fondation de s'occuper de l'entretien de sa tombe une fois qu'il sera décédé ou encore la création et l'entretien d'un parc ouvert au public.
- La charge *matérielle*, qui a pour objet une prestation de nature patrimoniale sans pour autant créer de véritable droit subjectif patrimonial²¹⁴. Nous pouvons donner comme exemple les interdictions d'aliéner des biens attribués à la fondation ou encore l'« obligation » pour la fondation de reverser au fondateur une partie des revenus d'un immeuble qu'il lui a remis.

e) Droit d'action et exécution forcée

La charge impose l'exécution d'une certaine prestation à la fondation. Bien que la loi n'en fasse jamais mention, il est possible d'actionner en justice la fondation pour en réclamer l'exécution et si nécessaire procéder à son exécution forcée²¹⁵ pour autant que celle-ci soit possible²¹⁶. Le cercle des personnes habilitées à ouvrir une action en exécution varie en fonction du type de charge²¹⁷. Il comprend le fondateur et ses héritiers, les destinataires de la charge ainsi que les intéressés à son exécution.

f) Absence d'action en dommages-intérêts

Déjà mentionné plus haut, la charge ne crée pas un droit patrimonial, autrement dit un droit qui entre dans le patrimoine d'un intéressé. L'inexécution d'une charge ne crée donc pas de dommage étant donné que ce dernier consiste en une diminution involontaire du patrimoine²¹⁸. C'est pourquoi il est largement admis par la doctrine que la charge ne permet pas à son destinataire d'intenter une action en dommages-intérêts en cas d'inexécution fautive (art. 97 ss CO)²¹⁹.

Piotet²²⁰ estime que celui du débiteur ou tiers qui, illicitement et fautivement, rend impossible l'exécution d'une charge successorale cause un dommage au bénéficiaire qui aurait obtenu l'exécution ; il doit alors réparer ce dommage en vertu des art. 41 ss CO. Cette opinion pourrait très bien s'appliquer par analogie à la charge grevant la fondation. Le Tribunal Fédéral la mentionne à

²¹⁰ ATF 99 II 375 consid. 7a = JdT 1974 I 330 ; BECKER, N 8 *ad* art. 249 CO ; MÜLLER, p. 91 ; PIOTET, Successions, p. 134 ; STEINAUER, N 585 ; STIFEL, p. 61ss.

²¹¹ PIOTET, Mélanges, p. 1421.

²¹² STIFEL, p. 95.

²¹³ PIOTET, Successions p. 134 ; MÜLLER, p. 106 et 121 concernant la charge successorale.

²¹⁴ MÜLLER, p. 107s. et 122ss.

²¹⁵ HINDERMANN, p. 238 s.

²¹⁶ Note 148.

²¹⁷ Seconde partie chapitre VII.

²¹⁸ ATF 116 II 441 consid. 3a = JdT 1991 I 166 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1210.

²¹⁹ Seule UFFER TOBLER, p. 143 considère que la charge crée un véritable droit de créance entrant dans le patrimoine et que les articles 97 ss CO peuvent s'y appliquer.

²²⁰ PIOTET, Successions p. 134 ; d'avis contraire MÜLLER p. 250 ss

l'ATF 103 II 226 sans pour autant prendre position. Dans un arrêt rendu deux ans plus tard, notre Haute Cour se prononça indirectement contre une action en dommages-intérêts, elle semble ainsi avoir tacitement écarté l'avis de Piotet²²¹.

D. Personnes parties à la charge²²²

a) Le fondateur

La charge grevant la fondation est constituée par une manifestation de volonté unilatérale du fondateur, celui-ci décide seul du contenu de celle-là. Le fondateur peut se désigner comme destinataire de la charge qu'il impose à sa fondation, il sera alors à la fois auteur et destinataire de la charge.

b) La fondation

La fondation se voit imposer l'exécution d'une prestation par le fondateur, elle est donc la personne grevée de charge. Cette charge est en quelque sorte une contrepartie pour les biens qu'elle a reçus à titre gratuit. Elle est obligatoirement partie à la charge et aura la qualité pour défendre lors de l'ouverture d'une action en exécution²²³.

c) Le destinataire

Le destinataire, aussi appelé bénéficiaire, est la personne qui profite personnellement de la prestation due par la fondation. Il n'est pas créancier mais simplement destinataire de la prestation. Son statut est alors proche du bénéficiaire « ordinaire » de la fondation²²⁴. L'étendue du cercle des bénéficiaires varie en fonction de la charge imposée. Il peut y avoir :

- Un seul destinataire, par exemple reverser au fondateur une partie des loyers d'un immeuble reçu.
- Plusieurs destinataires déterminés ou déterminables, par exemple la charge pour une fondation de distribuer une fois par mois un repas chaud aux sans-abris de la commune de son siège.
- Un nombre indéterminé de destinataires, par exemple la charge de créer et entretenir un parc ouvert au public.
- Aucun destinataire, par exemple ériger une statue en l'honneur d'une personne défunte, prendre soin d'animaux etc.

Il convient encore de souligner trois particularités du destinataire de la charge grevant la fondation.

Premièrement, la charge dont le destinataire est la fondation même (*modus simplex*) est possible²²⁵. Il s'agira en général de règles d'organisation interne de la fondation²²⁶, comme par exemple l'obligation pour la fondation d'utiliser une partie des revenus de ses avoirs en banque non pas pour la réalisation de son but mais pour augmenter son capital²²⁷.

²²¹ ATF 105 II 253 consid. 7d = JdT 1980 305.

²²² STIFEL, p. 103 ss.

²²³ Seconde partie chapitre VII

²²⁴ Sur la nature des droits des bénéficiaires de la fondation, TABET, N 750 ss.

²²⁵ STIFEL, p. 98.

²²⁶ HAEFELIN, p. 73 s. ; LAMPERT, p. 171.

²²⁷ HAEFELIN, p. 74.

Deuxièmement, le fondateur peut se désigner lui-même comme destinataire de la charge dont il grève sa fondation sans violer le principe de l'*unité du patrimoine*²²⁸.

Troisièmement, le destinataire se doit d'être différencié du tiers bénéficiaire indirectement de la charge. Si nous reprenons l'exemple des repas chauds servis aux sans-abris, seuls ces derniers ont qualité de destinataire de la charge selon la volonté du fondateur et pourront agir donc en exécution. En revanche, le commerçant qui doit livrer la nourriture à la fondation ne bénéficie qu'indirectement de la charge et ne peut s'en prévaloir en justice²²⁹.

E. Classification

a) Généralités

L'objet de ce chapitre est de classer les différentes charges pouvant grever une fondation. Cette classification est non seulement théorique mais a également des répercussions pratiques. Une charge n'aura pas les mêmes conséquences juridiques (notamment la manière de requérir son exécution) en fonction de sa classification.

Les charges grevant la fondation se subdivisent entre celles se rapportant au but de la fondation et celles étrangères au but, aussi appelées *droits spéciaux*²³⁰. La première catégorie se subdivise elle aussi en deux : les charges qui circonscrivent le but de la fondation et celles créant pour la fondation un but accessoire²³¹.

b) Charges se rapportant au but de la fondation

Le terme de « charge » est à notre avis quelque peu trompeur. Les charges se rapportant au but de la fondation sont en effet, comme leur nom l'indique, plus proches du but de la fondation que de l'institution de la charge de droit privé. Les effets d'une charge se rapportant au but pouvant être directement atteints à travers le but principal, ces deux figures juridiques tendent à se confondre²³². Elles sont par conséquent sujettes aux règles spécifiques du droit des fondations et non aux règles générales valant pour les charges de droit privé²³³.

Selon nous, le terme de « modalité du but » serait plus approprié, mais afin de respecter la terminologie employée par le législateur et éviter toute confusion, nous allons continuer à les appeler « charges ».

Tout comme le but, ces charges créent en faveur de leur(s) éventuel(s) destinataire(s) une expectative de droit au sens large²³⁴.

aa) Charges précisant le but

Ce sont des charges qui indiquent expressément ce que le fondateur veut ou qui excluent ce qu'il ne veut pas²³⁵. Nous pouvons donner comme exemple celui d'une fondation ayant pour but la constitution

²²⁸ Seconde partie chapitre VI B e.

²²⁹ Seconde partie chapitres VII B d et e.

²³⁰ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 43 *ad* art. 85/86 CC ; VEZ N 134 et 1006.

²³¹ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 43 s. *ad* art. 85/86 CC ; VEZ N 1008.

²³² UFFER-TOBLER, p. 7.

²³³ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 43 *ad* art. 85/86 CC ; VEZ N 1006.

²³⁴ Sur cette notion, TABET, N 568ss et 768 ss.

²³⁵ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 43 *ad* art. 85/86 CC ; VEZ N 1006.

d'un hôpital pour enfants, il est précisé que cet hôpital doit être construit sur une parcelle spécialement déterminée par le fondateur²³⁶.

La frontière entre ce type de charge et le but lui-même est ténue, leur distinction n'étant en tout et pour tout qu'une question de formulation²³⁷. Par exemple : alors que la phrase suivante ne concerne que la fixation du but au sens étroit « *La fondation a pour but de gérer un restaurant non-fumeur.* », celle-ci « *La fondation a pour but de gérer un restaurant. Il est interdit de fumer dans l'enceinte de l'établissement.* » revêt la forme d'une charge²³⁸.

Probablement en raison de cette seule différence de formulation, certains auteurs ne les considèrent pas comme étant réellement des charges²³⁹. Cet avis est critiquable, Eugen Huber en personne les ayant utilisées pour illustrer la mécanique de l'art. 86 al. 2 CC²⁴⁰.

bb) Charges créant un but accessoire

Ce type de charges permet au fondateur de dédier une partie du patrimoine de sa fondation à un but secondaire²⁴¹. Il s'agit du type de charges ayant le contenu le plus large, elle peut revêtir un caractère idéal et ne pas avoir de destinataires. La portée pratique de telles charges est aujourd'hui amoindrie ; la doctrine moderne reconnaît la possibilité pour le fondateur d'attribuer les biens de la fondation à la réalisation de plusieurs buts²⁴².

Il s'agit par exemple de l'« obligation » d'entretenir la tombe du fondateur défunt ou de servir une fois par mois un repas chaud à des sans-abris.

c) Droits spéciaux

Les droits spéciaux (« *Sonderrechte* ») sont une catégorie plus étendue que les charges au sens étroit²⁴³. Ils sont des droits de jouissance, d'usage ou de créance sur le patrimoine de la fondation que le fondateur réserve en faveur d'une ou plusieurs personnes déterminées²⁴⁴. L'instauration de tels droits a pour conséquence qu'une part plus ou moins importante du patrimoine de la fondation (ou des revenus de celui-ci) ne sera plus attribuée au but pour lequel la fondation a été constituée²⁴⁵.

Il existe deux catégories de droits spéciaux : les droits réels portant sur certains objets ou droits compris dans le patrimoine de la fondation et les droits de nature obligationnelle²⁴⁶, c'est à cette seconde catégorie qu'appartient la charge²⁴⁷.

Bien que très importantes en pratique²⁴⁸, les charges spéciales ne relèvent pas du droit des fondations mais y sont liées fortuitement. C'est pourquoi elles sont traitées de manière similaire aux autres charges de droit privé et non pas comme une institution du droit des fondations²⁴⁹.

²³⁶ MARTIN, p. 534.

²³⁷ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 44 ad art. 85/86 CC.

²³⁸ RIEMER, Handkommentar, N 16 ad art. 86 CC.

²³⁹ EGGER, N 15 ad art. 80 CC ; HINDERMANN, p. 238 s. et 266.

²⁴⁰ HUBER, p. 74 s.

²⁴¹ EGGER, N 15 ad art. 80 CC.

²⁴² Première partie chapitre V C d.

²⁴³ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 43 ad art. 85/86 CC ; VEZ N 1007.

²⁴⁴ RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 368.

²⁴⁵ RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 369.

²⁴⁶ RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 370.

²⁴⁷ RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 373.

²⁴⁸ Op cit., Il n'est pas rare que le fondateur prévoie un droit spécial en sa faveur ou celle de proches.

Il peut par exemple s'agir de la charge de reverser une partie des revenus d'un immeuble au fondateur ou à l'un de ses proches.

Comme nous l'avons souligné plus haut, la charge n'est qu'une catégorie de droits spéciaux qu'il faut distinguer des véritables droits de créance que le fondateur institue en faveur de personnes déterminées. Cette distinction se fera pour chaque cas d'espèce à travers l'interprétation de l'acte de fondation, il faudra déterminer ce que le fondateur avait réellement voulu lors de la constitution de la fondation²⁵⁰.

Il existe en droit des successions une présomption de legs, c'est-à-dire un droit conférant une créance, lorsque la prestation imposée est de nature patrimoniale et que les bénéficiaires sont des personnes bien déterminées. Cette présomption est réfragable, le *de cuius* peut renverser la présomption en indiquant clairement qu'il s'agit d'une charge et non d'un legs²⁵¹. Cette solution est à notre avis applicable par analogie aux droits spéciaux. Il faut ainsi supposer que, si l'acte de fondation permet à une personne d'exiger une prestation de nature patrimoniale, le fondateur avait pour dessein de créer un rapport d'obligation et non une charge.

d) Charges grevant une fondation constituée à cause de mort

Les charges successorales peuvent être liées à des fondations de plusieurs manières. Une personne peut notamment prévoir dans ses dernières volontés d'instituer comme héritière une fondation non encore constituée et la grever de charge. Celle-ci pouvant être une charge circonscrivant le but ou un droit spécial²⁵².

Ces charges revêtent alors un double caractère, à la fois charges successorales et charges grevant une fondation ; elles sont soumises aux règles successorales pour autant que celles sur les fondations ne priment pas²⁵³.

e) Charges grevant une fondation après sa constitution

Nous entendons dans ce travail par *charge grevant la fondation* celles voyant le jour avec la constitution de la fondation. Il est pourtant tout à fait envisageable qu'une fondation se voie attribuer des biens à titre gratuit suite à sa constitution, que ce soit par le fondateur lui-même ou par un tiers. De telles libéralités, qu'elles soient faites à cause de mort ou à travers un contrat de donation peuvent être grevées de charges ; ces dernières sont alors soumises au droit y relatif.

Les charges grevant des attributions ultérieures peuvent prévoir qu'un patrimoine spécial sera détaché de la fondation et destiné à un projet particulier. Ce patrimoine devra être géré par le conseil de fondation séparément²⁵⁴.

²⁴⁹ RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 369 et 43 *ad* art. 85/86 CC ; VEZ N 1007.

²⁵⁰ Première partie chapitre VI B d.

²⁵¹ ATF 103 II 278 consid. 2 = JdT 1979 I 566 ; MÜLLER, p. 107 ; PIOTET, Successions p. 135 ; STEINAUER N 589a ; UFFER-TOBLER p. 101.

²⁵² RIEMER, BKomm Stiftungen, N 33 *ss ad* art. 81 CC ; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, question 47.

²⁵³ STIFEL p. 132

²⁵⁴ CR CC I-VEZ, N 22 *ad* art. 81 CC.

G. Conclusion

Pour conclure ce chapitre nous proposons une définition de la charge grevant la fondation qui prend compte des développements précédents : *La charge est une obligation de prestation positive ou négative au contenu hétéroclite que le fondateur peut imposer à sa fondation. Cette obligation ne crée toutefois pas une créance en faveur d'un ayant droit mais uniquement un droit pour toute personne intéressée d'en requérir l'exécution effective.*

IV. Distinction de la charge par rapport à d'autres institutions

Après avoir défini de manière positive ce qu'est la charge grevant la fondation²⁵⁵, il nous semble nécessaire de définir ce que la charge n'est pas. Dans le chapitre suivant, nous la distinguerons d'autres institutions du droit suisse qui lui sont proches.

A. La charge et la condition

La charge et la condition sont dans la plupart des cas traitées conjointement dans la loi (art. 86 al. 2 et 482 CC, 245 et 246 CO, seule exception art. 249 ch. 3 CO). Elles n'en sont pas moins différentes, une présentation de la condition et sa distinction de la charge s'imposent.

La condition peut se définir ainsi : *La condition est un événement futur et incertain dont dépend la naissance (condition suspensive) ou l'extinction (condition résolutoire) d'un effet juridique. Elle n'est pas un droit mais une modalité de ce dernier*²⁵⁶.

La charge se distingue principalement de la condition de par la manière dont elle lie les parties au rapport de droit. La charge déploie ses effets sans réserve alors qu'en présence d'une condition les effets de la disposition dépendent de l'accomplissement de ladite condition. La charge peut en outre faire l'objet d'une action en exécution, ce qui n'est pas le cas de la condition²⁵⁷.

B. La charge, l'obligation et le devoir moral

a) L'obligation

Il nous semble opportun d'en présenter brièvement les caractéristiques principales. Cette présentation faite, elle servira d'élément de comparaison à la notion plus floue qu'est la charge.

Dans un sens usuel, l'« obligation » désigne tout ce qu'une personne peut être contrainte de faire²⁵⁸. La signification technique donnée à l'obligation dans le domaine juridique est quelque peu différente. Le Code des Obligations ne la définit pas, il présuppose la notion suivante connue : *L'obligation est un rapport juridique entre deux (ou plusieurs) personnes en vertu duquel l'une d'entre elles (le débiteur) est tenue envers l'autre (le créancier) à une prestation*²⁵⁹.

²⁵⁵ Seconde partie chapitre III

²⁵⁶ ENGEL, Obligations, p. 846 ; PIOTET, p. 88 ; STEINAUER, N 581 ; STIFEL, p. 54 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 896 ss.

²⁵⁷ STEINAUER, N 588 ; STIFEL, p. 55.

²⁵⁸ TERCIER/PICHONNAZ, N 99.

²⁵⁹ ENGEL, Obligations, p. 3 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 89 ; VON TUHR/PETER, p. 9.

Ce lien juridique peut se voir sous trois angles²⁶⁰ :

- Du point de vue d'un observateur extérieur la relation prend le terme d'*obligation* (*die Obligation ; l'obbligazione*) ;
- Du point de vue de l'assujetti de l'obligation, c'est une *dette* (*die Schuld ; il debito*). Il s'agit du devoir débiteur à exécuter une prestation ;
- Du point de vue du titulaire (le créancier) de l'obligation, c'est une *créance* (*die Forderung ; il credito*). Il s'agit du droit du créancier à exiger l'exécution d'une prestation. Comme telle, la créance est le pendant de la dette.

L'obligation crée un *devoir* (« *Verpflichtung* ») pour le débiteur. Ce *devoir juridique* (« *Rechtspflicht* ») repose sur la conception commune au droit et à la morale selon laquelle l'homme doit et peut respecter certaines règles de conduite. Ce devoir juridique est reconnu par l'ordre juridique comme liant le débiteur et crée pour lui un impératif d'exécution²⁶¹.

L'obligation au sens juridique se distingue du *devoir* au sens général qui a une connotation plutôt morale et civique, en ce sens qu'elle peut être exécutée en recourant si nécessaire à la puissance publique²⁶².

La charge ne créant pas de créance en faveur d'un ayant droit²⁶³, il est important que nous nous attardions sur cette facette de l'obligation qui permet de la distinguer de la charge.

Comme nous l'avons vu ci-dessus, la créance est un droit subjectif d'un ou plusieurs créanciers déterminés ou déterminables envers un débiteur à obtenir une prestation. C'est un droit relatif, c'est-à-dire qu'il s'exerce envers une personne déterminée ou déterminable et permet d'exiger de cette dernière un certain comportement. Le droit relatif crée une relation personnelle entre le créancier et le débiteur. Il s'oppose au droit absolu qui permet d'exiger un certain comportement à un nombre indéterminé de personnes (droit *erga omnes*)²⁶⁴.

La créance est, aux côtés des droits absolus autres que ceux de la personnalité, le seul type de droits privés subjectifs fondant le patrimoine²⁶⁵. Elle s'inscrit dans le patrimoine de son détenteur en ce sens qu'elle a une valeur estimable en argent²⁶⁶.

La créance a toujours pour objet une prestation du débiteur. Celle-ci peut se définir comme « *le sacrifice de quelque bien à l'avantage d'autrui* ». En d'autres termes le débiteur procure, à ses dépens, un avantage matériel ou immatériel à une autre personne de par son comportement²⁶⁷.

La prestation peut être une obligation de faire (« *Tun* ») ou de ne pas faire (« *Unterlassen* ») quelque chose. Elle peut finalement être une obligation de laisser faire (« *Dulden* »), c'est-à-dire tolérer ou souffrir quelque chose que le débiteur aurait le droit d'empêcher²⁶⁸.

La créance confère au créancier une prérogative privée à faire valoir sa prétention dès que celle-ci est exigible (art. 75 CO). Le droit d'exiger la prestation peut exceptionnellement appartenir à un tiers (par

²⁶⁰ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N 50 ; TERCIER/PICHONNAZ N 100 ss.

²⁶¹ VON TUHR/PETER, p. 12.

²⁶² ENGEL, Obligations, p. 3 s. ; VON TUHR/PETER, p. 12.

²⁶³ MÜLLER, p. 86 la qualifie de « *Nicht-Forderung* ».

²⁶⁴ ENGEL, Obligations, p. 18 ; VON TUHR/PETER p. 12 s.

²⁶⁵ PIOTET, Mélanges, p. 1417.

²⁶⁶ PIOTET, Mélanges, p. 1416.

²⁶⁷ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N 63.

²⁶⁸ ENGEL, Obligations, p. 84 ss ; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N 65 ss.

ex. la stipulation pour autrui). Ce droit privé est renforcé par le droit d'action en justice du créancier. Ce droit d'action consiste à ce que la collectivité appuie le créancier en condamnant le débiteur à s'exécuter et, au besoin, use de sa puissance publique pour assurer l'exécution de la prestation²⁶⁹.

Parmi les nombreuses autres facultés que la créance octroie au créancier nous en citerons encore trois. Le créancier a la possibilité de disposer de sa créance (par la cession, la mise en gage, le sursis, la renonciation et l'acceptation avec effet libératoire pour le débiteur). En cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite fautive du débiteur, la créance ouvre un droit à des dommages-intérêts (art. 97 ss CO)²⁷⁰. Enfin, la loi reconnaît au créancier un droit de *mainmise* sur le patrimoine du débiteur si ce dernier ne s'exécute pas (LP)²⁷¹.

b) Le vœu

Un vœu, un souhait ou une recommandation du fondateur peuvent créer un devoir « moral »²⁷² de comportement pour la fondation. Proche du devoir moral d'une personne physique, ce devoir de comportement ne crée pas de créance ni de dettes et n'a aucun effet juridique²⁷³.

c) Délimitation de la charge par rapport à l'obligation et au devoir en général

La charge se situe entre le devoir et l'obligation²⁷⁴. Elle se distingue tout d'abord du simple devoir de par son caractère juridiquement contraignant et se rapproche sur ce point de l'obligation.

Elle se différencie ensuite de l'obligation sur plusieurs points. Elle ne crée pas de créance et n'est donc pas un droit subjectif patrimonial. Cette absence de créance a pour conséquence l'impossibilité pour le bénéficiaire de la charge de demander des dommages-intérêts pour non-exécution fautive (art. 97 ss CO)²⁷⁵. La charge peut de plus ne pas avoir de bénéficiaire déterminé ou déterminable, voir simplement ne pas avoir de bénéficiaire. C'est pourquoi le Tribunal Fédéral a qualifié la charge de droit de nature particulière qui tend à obtenir l'exécution de la volonté du disposant²⁷⁶.

L'essence de la charge est de conférer la possibilité à un disposant de rendre contraignante l'exécution d'une prestation à caractère idéal. Elle permet ainsi de créer une *obligation juridique* (« *rechtliche Verpflichtung* ») là où les autres institutions du droit privé ne sont pas à même de le faire²⁷⁷.

C. Distinction entre la charge grevant la fondation et le but de celle-ci

La charge est une *Zweckbestimmung*, elle définit un but pour lequel une certaine masse de bien (reçue à titre gratuit) est affectée²⁷⁸ et se rapproche en cela grandement du but de la fondation. Les deux diffèrent pourtant sur certains points.

²⁶⁹ ENGEL, Obligations, p. 6 ss ; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N 73 ss.

²⁷⁰ ENGEL, Obligations, p. 6 s.

²⁷¹ GAUCH/SCHLUEP/TERCIER, N 82 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 132.

²⁷² Il convient de mettre le mot « moral » entre guillemets ; la fondation n'étant pas une personne physique il semble difficile qu'elle soit douée d'un quelconque sens moral.

²⁷³ ATF 90 II 476 consid. 3-4 = JdT 1965 I 585 concernant le devoir des héritiers ou légataires de respecter les dernières volontés du *de cuius* ; MÜLLER, p. 102 ; STIFEL, p. 53 ; UFFER-TOBLER, p. 57.

²⁷⁴ MÜLLER, p. 99 s.

²⁷⁵ PIOTET, Mélanges, p. 1416.

²⁷⁶ ATF 105 II 253 consid. 2d = JdT 1980 I 305

²⁷⁷ HERZER, p. 39 ; MÜLLER, p. 120 ; STIFEL, p. 41 ; UFFER-TOBLER, p. 4.

²⁷⁸ STIFEL, p. 33.

Le but est le cœur de la fondation, sa raison d'être, c'est pour tendre à sa réalisation qu'une nouvelle personne morale reconnue par l'ordre juridique voit le jour et se voit attribuer des biens. La charge grevant la fondation n'est en revanche qu'un accessoire (« *Nebenbestimmung* »²⁷⁹) de l'attribution de biens du fondateur à la fondation.

Le but est immuable et généralement de durée indéterminée, la fondation se doit d'utiliser les biens qu'elle s'est vue attribués pour réaliser celui-ci. Elle ne cessera ses prestations que lorsque le but a été réalisé ou que ses biens viennent à manquer. La charge peut être modifiée ou supprimée sans influencer ni le but, ni la continuation de la fondation²⁸⁰. De plus, elle peut n'être que de durée déterminée²⁸¹.

V. Forme de la charge

Nous étudierons dans le présent chapitre les actes dans lesquels une charge peut être insérée. Nous déterminerons si elle doit nécessairement figurer dans l'acte de fondation. La question sera abordée de manière différente entre les charges grevant la fondation dès sa constitution et celles la grevant subséquemment.

A. « Charges » se rapportant au but de la fondation

Nous l'avons déjà mentionné²⁸², le but de la fondation est l'un de ses éléments essentiels. Il se doit de figurer dans l'acte de fondation aux côtés de la volonté de créer cette dernière et la désignation de biens qui lui seront transférés. Qu'en est-il des charges se rapportant au but ?

Plusieurs auteurs considèrent que ces charges relèvent exclusivement des règles spéciales régissant le droit des fondations²⁸³. Ceci n'explique pourtant pas directement pourquoi de telles charges se doivent d'être insérées dans l'acte de fondation ; reprenons rapidement les caractéristiques de ces dernières.

Ces charges tendent à se confondre avec la notion de but grevant la fondation, il s'agit en définitive de modalités du but et non de charges telles que comprises dans les autres domaines du droit privé²⁸⁴. Ainsi la charge précisant le but ne se distingue de ce dernier que par la formule qu'utilise le fondateur pour exprimer sa volonté. Bien que plus facile à distinguer, la charge créant un but accessoire poursuit somme toute des objectifs identiques à ceux d'un second but principal.

L'insertion de ce type de charges dans l'acte de fondation s'inscrit alors dans le fonctionnement d'un système cohérent, la charge spécifique au droit des fondations se retrouvant dans l'acte spécifique de la fondation.

B. Charges étrangères au but de la fondation

Les charges étrangères au but, aussi appelées *droits spéciaux*, sont des charges en faveur d'un ou plusieurs bénéficiaires déterminés grevant la fondation dès sa constitution. Elles ne relèvent pas du

²⁷⁹ Seconde partie chapitre III C b.

²⁸⁰ Seconde partie chapitre VI E.

²⁸¹ Tel est par exemple le cas d'un but accessoire ou d'un droit spécial que le fondateur a prévu pour un certain nombre d'années.

²⁸² Première partie chapitre VI B c.

²⁸³ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 43 *ad* art. 85/86 CC ; VEZ N 1007.

²⁸⁴ Seconde partie chapitre III E b.

droit des fondations mais sont liées fortuitement à une fondation et sont par conséquent traitées de la même manière que les autres charges de droit privé (art. 482 CC, et 245 CO)²⁸⁵.

Pourtant, l'opinion majoritaire, soutenue par le Tribunal Fédéral, retient sans le justifier d'avantage, qu'une telle charge n'a sa place que dans l'acte de fondation²⁸⁶.

Pour expliquer ce choix auquel nous nous rallions, il est nécessaire de revenir aux caractéristiques essentielles de la charge de droit privé. La charge de droit privé est l'accessoire d'une attribution à titre gratuit. L'acte d'attribution est différent en fonction du type de charge dont il est question ; un acte de disposition à cause de mort pour la charge successorale et un contrat à titre gratuit pour la charge grevant la donation.

Pour la fondation, l'acte lui attribuant des biens à titre gratuit à sa constitution peut être un acte de fondation entre vifs ou un testament (ainsi que la clause testamentaire contenue dans un pacte successoral). Cet acte d'attribution désigne les différents biens dont le fondateur souhaite se séparer pour qu'ils entrent dans le patrimoine de sa fondation. Les charges spéciales créées à la constitution de la fondation s'insèrent alors comme accessoires de l'acte qui à la fois constitue et attribue des biens à la fondation.

C. Charges créées après la constitution de la fondation

De telles charges sont soumises au droit y relatif (des successions ou du contrat de donation)²⁸⁷. Elles se doivent d'être insérées dans l'acte d'attribution dont elles sont l'accessoire et sont soumises à la forme de l'acte en question.

VI. Contenu de la charge

A. Généralités

Nous rappelons ici que, conformément au principe de l'autonomie privée, le fondateur est libre quant au contenu de la charge grevant sa fondation pour autant qu'il se conforme aux exigences générales du droit (limites de l'illicéité, de l'immoralité et de l'impossibilité, art. 20 CO et 27 CC) et de celles spécifiques au droit des fondations²⁸⁸. Le présent chapitre est consacré non pas au contenu admissible de la charge grevant la fondation qui fut déjà traité plus haut, mais au contenu inadmissible de celle-ci ainsi que ses conséquences.

B. Charge illicite et charge contraire aux mœurs

a) Généralités

La loi ne formule pas expressément que la charge grevant la fondation se doit d'être licite et non contraire aux mœurs. Une disposition spécifique n'est pourtant pas nécessaire ; exprimé à l'art. 20 CO, ce principe général s'applique à l'ensemble du droit privé²⁸⁹. Il se retrouve parfois expressément comme aux art. 52 al. 3 et 88 al. 1 CC (but de la fondation illicite ou contraire aux mœurs) ou encore à l'art. 482 al. 2 CC (charge successorale illicite ou contraire aux mœurs).

²⁸⁵ RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 369 et 43 *ad* art. 85/86 CC ; VEZ N 1007.

²⁸⁶ ATF 79 II 113 consid. 6a = JdT 1954 I 5 ; CR CC I-VEZ, N 21 *ad* art. 80 et les nombreuses références.

²⁸⁷ Seconde partie chapitre III E e.

²⁸⁸ EGGER, N 15 *ad* art. 80 CC

²⁸⁹ CR CC I-FOËX, N 3 et 8 *ad* art. 7 CC, Selon l'article 7 du Code civil, les dispositions générales du Code des Obligations sont applicables par analogie aux autres matières du droit civil.

b) Illicéité

Est illicite toute clause dont l'objet, le résultat auquel elle conduit ou le but qu'elle poursuit indirectement contrevient au droit positif suisse, plus particulièrement lorsqu'elle est contraire à la lettre ou au but d'une disposition légale²⁹⁰. L'illicéité suppose la transgression d'une règle impérative ou semi-impérative²⁹¹. L'illicéité peut découler du droit administratif, du droit pénal ou du droit civil²⁹², y compris les règles spéciales du droit des fondations.

c) Immoralité

Une charge est immorale lorsqu'elle se heurte aux bonnes mœurs. Les bonnes mœurs sont difficiles à définir, c'est une notion essentiellement jurisprudentielle en pratique²⁹³. Engel décrit ces dernières comme « [...] *les notions morales de base, communes à tous les éléments sains de la population et qui équivalent au minimum de moralité devant être observé dans la vie sociale, ici et maintenant.* »²⁹⁴.

Confronté à cette question, le juge devra tenir compte de toutes les circonstances du cas d'espèce, notamment les buts et les mobiles du disposant ainsi que les conséquences de la charge²⁹⁵.

Pour donner un exemple tiré de notre domaine, notre Haute Cour n'a pas reconnu comme immorales les clauses statutaires (mais qui auraient très bien pu prendre la forme d'une charge circonscrivant le but) d'une fondation de famille excluant des bénéficiaires les femmes qui se marient et changent de nom²⁹⁶.

d) Conséquences

aa) Nullité ou annulabilité ?

Avant de nous prononcer sur l'éventuelle nullité ou la simple annulabilité des charges grevant la fondation étant illicites ou contraires aux mœurs, nous présenterons les solutions existantes pour les charges grevant une donation et les charges successorales.

La partie spéciale du Code des obligations sur le contrat de donation (art. 239 ss CO) ne prévoyant pas de règles spécifiques, la charge grevant la fondation est soumise aux règles générales (art. 20 CO, 27 CC)²⁹⁷. Les charges ayant un objet illicite ou contraire aux mœurs sont nulles et ne peuvent faire l'objet d'une action en exécution. La nullité a un effet *ex tunc*. Le juge peut et doit l'examiner d'office et toute personne ayant un intérêt digne de protection (que ce soit un tiers ou une partie au contrat de donation) peut l'invoquer en tout temps²⁹⁸.

Le droit des successions est plus confus sur ce point. La version française est incohérente ; alors que les dispositions spécifiques à la charge énoncent la nullité (art. 482 al. 2 CC), la règle générale parle d'annulabilité des dispositions à cause de mort illicites ou contraires aux mœurs (art. 519 al. 1 ch. 3 CC). Cette discrédance semble être le résultat d'une mauvaise traduction, puisque le texte allemand parle à l'art. 482 CC de charges « *ungültig* » (non valable ou annulable) et non « *nichtig* » (nulle) et

²⁹⁰ ATF 119 II 222 consid. 2 = JdT 1994 I 598.

²⁹¹ CR CC I-GUILLOD/STEFFEN, N 62 *ad* art. 19, 20 CO ; STIFEL, p. 76 ; UFFER-TOBLER, p. 104.

²⁹² ATF 134 III 52 consid. 1.1 = JdT 2008 I 307.

²⁹³ PIOTET, Successions, p. 81 ; UFFER-TOBLER, p. 105.

²⁹⁴ ENGEL, Obligations, p. 283.

²⁹⁵ PIOTET, Successions, p. 81.

²⁹⁶ ATF 133 III 167 consid. 4.3.

²⁹⁷ CR CO I-BADDELEY, N 31 *ad* art. 245 CO.

²⁹⁸ CR CC I-GUILLOD/STEFFEN, N 94 *ad* art. 19,20 ; TERCIER/ PICHONNAZ, N 493.

d' « *Ungültigkeitsklage* » à l'art. 519 CC²⁹⁹. Les charges successorales illicites ou immorales suivent le même sort que les autres dispositions à cause de mort et sont annulables judiciairement avec effet rétroactif³⁰⁰.

Il paraît surprenant que les dispositions pour cause de mort soient simplement annulables lorsqu'elles sont illicites (c'est-à-dire contraires à une règle impérative de l'ordre juridique) ou contraires aux mœurs. En effet, seul un héritier ou un légataire ayant un intérêt à son annulation pourra intenter une action en justice (art. 519 al. 2 CC) ; l'annulabilité implique qu'un acte vicié dès l'origine aura des effets normaux jusqu'à son invalidation³⁰¹. De plus, une fois l'action prescrite, seule reste pour le débiteur de la charge la possibilité d'invoquer l'exception³⁰².

Qu'en est-il des charges grevant une fondation ? Il nous semble approprié de différencier en fonction de la manière dont la fondation est constituée :

- Les charges illicites ou contraires aux mœurs grevant une fondation constituée par acte entre vifs sont frappées de nullité absolue. Les règles spéciales du droit des fondations ne prévoyant rien, les règles générales s'appliquent (art. 19 et 20 CO).
- Quant aux charges grevant une fondation constituée par disposition pour cause de mort, il faut leur appliquer les règles spéciales en matière de droit des successions. Bien qu'elles soient entachées d'un vice originel, elles ne sont qu'annulables. Dès que la fondation acquiert la personnalité juridique, elle pourra ouvrir une action en annulation de la charge conformément à l'art. 519 al. 2 CC.

bb) Conséquences pour la fondation

Selon l'art. 52 al. 3 CC, une fondation dont le but est illicite ou contraire aux mœurs ne peut acquérir la personnalité³⁰³. Se pose alors la question de savoir si les charges illicites ou contraires aux mœurs se rapportant au but sont suffisantes pour empêcher la fondation d'acquérir la personnalité ? Il faut y répondre par la négative, seul un vice touchant le but de la fondation dans son ensemble, de sorte que celui-ci ne puisse pas être concilié avec l'ordre juridique a de telles conséquences. Dans le cas contraire, la fondation est partiellement nulle (art. 20 al. 2 CO par analogie)³⁰⁴.

Un problème survient lorsque la fondation est constituée par disposition à cause de mort, la charge grevant le but ayant alors également la qualité de charge successorale³⁰⁵.

En effet, le droit des successions prévoit expressément une solution contraire au principe général selon lequel une charge nulle, clause accessoire d'une attribution à titre gratuit, ne déteint pas sur l'attribution principale³⁰⁶. Selon l'art. 482 al. 2 CC, la nullité d'une charge illicite ou immorale

²⁹⁹ Un projet de modification est actuellement en consultation au Conseil fédéral, celui-ci remplace le terme de « nulle » par « annulable » en français et « *ungültig* » par « *anfechtbar* » (annulable, attaquable) en allemand. Projet consulté à l'adresse suivante le 24.05.2016 : https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2500/CC-Droit-des-successions_Projet_fr.pdf.

³⁰⁰ PIOTET, JdT p. 168 ; UFFER-TOBLER, p. 110 s.

³⁰¹ PIOTET, JdT p. 167 ; UFFER-TOBLER, p. 111.

³⁰² UFFER-TOBLER, p. 111.

³⁰³ VEZ, N 108 et les nombreuses références.

³⁰⁴ VEZ, N 112.

³⁰⁵ Seconde partie chapitre III E d.

³⁰⁶ STIFEL, p. 77. En cas de doute, seules les clauses viciées sont frappées de nullités et non l'acte dans son entier (art. 20 CO par analogie) ; Même solution en droit public : ATF 49 I 160 consid. 6.

entraîne celle de l'attribution faite au débiteur de celle-ci, ceci constitue un renversement du fardeau de la preuve de l'art. 20 al. 2 CO³⁰⁷.

Quelles sont alors les conséquences pour la fondation ? Quelles règles priment dans le cas d'espèce, celles du droit des fondations ou celles du droit successoral ? Nous sommes d'avis que ce sont les premières qui s'appliquent, et cela pour trois raisons :

- Premièrement, les charges se rapportant au but sont, comme leur nom laisse sous-entendre, en étroite relation avec le but de la fondation. Le but étant régi par les règles spéciales du droit des fondations, il paraît logique que les charges s'y rapportant le soient également.
- Deuxièmement, la solution du droit des successions est insatisfaisante et pose de nombreux problèmes en pratique, non seulement pour les fondations mais également pour tout héritier ou légataire grevé de charge. De nombreux auteurs ont d'ailleurs cherché des manières de la corriger³⁰⁸. Les solutions sont variées mais toutes tendent au même résultat, retrouver la logique de l'art. 20 CO³⁰⁹.
- Troisièmement, le projet de révision du Code civil actuellement en consultation prévoit de modifier l'art. 482 al. 2 CC. Une charge illicite ou immorale ne devrait alors plus entraîner la nullité de la disposition à cause de mort grevée, mais seulement la possibilité de l'annuler³¹⁰.

e) Quelques cas particuliers de charges illicites

aa) Droits spéciaux au montant trop important ou se rapportant à une partie non déterminée du capital

Les droits spéciaux sont de manière générale reconnus comme licites par la doctrine et la jurisprudence³¹¹. Il existe néanmoins selon Riemer une cautèle qui résulte du principe même de la fondation³¹². Il n'est pas possible pour le fondateur de détourner le capital de la fondation du but pour lequel il fut attribué.

Les droits spéciaux ne transgressent en eux même pas cette interdiction pour autant qu'ils respectent deux conditions cumulatives³¹³ :

- le montant alloué à l'exécution des droits spéciaux doit être dans un rapport raisonnable avec le capital de la fondation ou des revenus de ce dernier ;
- les droits spéciaux doivent être liés à une partie clairement déterminée ou déterminable des biens de la fondation.

Une charge imposant à la fondation de reverser à une personne déterminée une part des intérêts de son capital ou une part des revenus de certains biens lui appartenant est admissible. Elle est alors une sorte de *contreprestation* pour les biens reçus. Ne sont en revanche pas compatibles avec l'interdiction de détournement du capital les droits spéciaux permettant à un organe de la fondation de verser et disposer du capital de la fondation en faveur d'un tiers selon son bon vouloir.

³⁰⁷ PIOTET, Successions, p. 137.

³⁰⁸ PIOTET, Successions, p. 137 ; UFFER-TOBLER, p. 118.

³⁰⁹ PIOTET, Successions, p. 137 en énumère les principales.

³¹⁰ Projet consulté à l'adresse suivante le 24.05.2016 : https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2500/CC-Droit-des-successions-Projet_fr.pdf.

³¹¹ ATF 79 II 113 consid. 6a = JdT 1954 I 5 ; EGGER, N 15 *ad* art. 80 CC ; RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 376.

³¹² RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 377.

³¹³ Op. cit.

Le Tribunal Fédéral a pourtant reconnu dans une ancienne jurisprudence³¹⁴, à notre avis critiquable, une charge permettant à la fondatrice de prélever selon son bon vouloir dans la substance la fondation pour assurer son entretien, le plafond annuel pouvant être dépassé sur décision unanime du conseil de fondation.

bb) Charges d'une fondation de famille

Nous l'avons déjà mentionné³¹⁵, l'art. 335 CC interdit les fondations d'entretien, c'est-à-dire des fondations visant l'entretien général et sans conditions de leurs membres ou qui leurs confèrent la jouissance inconditionnelle des biens de la fondation.

Des droits spéciaux accordés au fondateur lui-même ou à des personnes déterminées faisant partie de la famille, pour autant qu'ils n'utilisent le patrimoine que de manière insignifiante et occasionnelle, n'ont pas pour effet de faire basculer la fondation dans les cas prohibés par l'art. 335 CC³¹⁶. La fraude à la loi est réservée³¹⁷.

cc) Droits spéciaux en faveur du fondateur

Une fondation privée dont le destinataire est le fondateur lui-même ne lui apporte rien de plus que ce que son patrimoine pourrait lui apporter s'il était dépourvu de personnalité propre. Autoriser une telle fondation reviendrait à permettre au fondateur de constituer un patrimoine séparé et donc le soustraire à la mainmise de ses créanciers³¹⁸. C'est pourquoi la doctrine suisse refuse, sous réserve de quelques atténuations, la création de fondations dont le propre fondateur est bénéficiaire³¹⁹.

Plusieurs auteurs³²⁰, en accord avec le Tribunal Fédéral³²¹, reconnaissent au fondateur la possibilité de s'accorder des droits spéciaux sur la substance ou les revenus des biens affectés à la fondation. D'avis contraire, Vez considère que de tels droits spéciaux sont une porte ouverte à toute sorte d'abus³²².

La position du Tribunal Fédéral mérite de s'y attarder. Quatre ans seulement après avoir déclaré nulle une fondation de famille dont le but principal était de garantir aux fondateurs, d'une façon régulière et sans conditions, la jouissance des biens de la fondation³²³, le Tribunal Fédéral trancha dans le sens inverse. Les juges de Mon-Repos estimèrent valable la charge imposée à la Fondation Harris « d'assurer l'entretien » de sa fondatrice. L'interdiction des *fondations d'entretien*³²⁴ soulevée par la demanderesse fut rejetée au motif qu'il s'agissait ici d'une fondation ordinaire dont le but principal était la promotion de l'art. L'obligation d'entretien de la fondatrice n'étant qu'un but accessoire, elle ne rendait pas la fondation nulle.

Nous nous rallions au Tribunal Fédéral sur le principe mais souhaitons émettre quelques critiques sur cet arrêt³²⁵. L'article II de l'acte de fondation indique que la fondation pouvait effectuer des prélèvements dans son capital pour assurer l'entretien de sa fondatrice. Ces prélèvements étaient

³¹⁴ ATF 79 II 113 consid. 6a = JdT 1954 I 5.

³¹⁵ Première partie chapitre IX C.

³¹⁶ RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 155 ; VEZ, N 134.

³¹⁷ RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 155.

³¹⁸ VEZ, N 317.

³¹⁹ VEZ, N 318.

³²⁰ RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 154s. et 369.

³²¹ ATF 79 II 113 consid. 6a = JdT 1954 I 5.

³²² VEZ, N 322.

³²³ ATF 75 II 15 = JdT 1949 I 578.

³²⁴ Première partie chapitre IX C

³²⁵ RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 377 émet également quelques critiques

plafonnés annuellement, un dépassement était néanmoins possible sur décision unanime du conseil de fondation. Sur les quatre à cinq membres du conseil de fondation, deux devaient être des représentants des pouvoirs publics. La possibilité pour le conseil de fondation d'allouer un montant supplémentaire non plafonné pour l'entretien de la fondatrice constitue à notre avis une violation de l'interdiction de détourner le capital de la fondation de son but principal ; que les pouvoirs publics soient représentés au sein de la fondation, probablement pour éviter les abus, ne permet pas de réparer cette violation.

C. Charges impossibles

a) Impossibilité originaire

*Impossibilium nulla obligatio est*³²⁶ : à l'impossible nul n'est tenu. En cas d'impossibilité objective et originaire de la prestation commandée, la charge est nulle. Cette solution découle de la nature des choses, c'est la seule convenable³²⁷.

L'impossibilité doit être absolue, c'est-à-dire qu'elle s'impose sans contradiction³²⁸. L'impossibilité doit exister au moment de la création de la charge (et donc de la fondation), peu importe qu'elle vienne à cesser par la suite³²⁹. L'impossibilité doit être objective, la prestation n'est pas possible en soi, ni la fondation ni aucune autre personne ne pourrait l'exécuter³³⁰.

b) Conséquences

La charge impossible est nulle et ne déploie aucun effet, non pas que la loi l'en empêche mais bien parce qu'elle ne peut simplement pas en déployer. Alors qu'en est-il de l'attribution principale dont la charge est l'accessoire ?

En l'absence d'une règle spécifique en la matière, les charges impossibles grevant une fondation constituée entre vifs sont à notre avis soumises aux dispositions générales sur l'impossibilité (art. 20 CO). Une charge impossible ne rend pas l'attribution principale nulle (nullité partielle, art. 20 al. 2 CO) à moins que le fondateur n'eut pas constitué de fondation s'il s'était rendu compte que sa charge était impossible.

Contrairement à l'illicéité et l'immoralité que le droit des successions règle expressément (art. 482 al. 2 CC), la loi reste muette sur les charges successorales impossibles³³¹. De quelle manière combler cette lacune : par une application analogique de l'article 482 al. 2 (illicéité et immoralité) ou en appliquant les règles générales sur l'impossibilité (art. 20 al. 2 CO) ? Piotet applique à raison les règles générales de l'art. 20 CO ; il n'existe en effet aucun argument en faveur de l'application par analogie d'une solution déjà vivement critiquée. Seule la charge et non l'ensemble de l'attribution à cause de mort est nulle, cette présomption est néanmoins réfragable³³².

³²⁶ D. 50,17,185 Celsus libro octavo digestorum.

³²⁷ ENGEL, Obligations, p. 268 ; PIOTET, JdT p. 169.

³²⁸ ENGEL, Obligations, p. 268.

³²⁹ ENGEL, Obligations, p. 269.

³³⁰ Op. cit.

³³¹ UFFER-TOBLER, p. 127.

³³² PIOTET, Successions, p. 137 ; suivi par MÜLLER, p. 296 et 318 et dans une moindre mesure STIFEL, p. 80 ss.

D. Charges vexatoires ou n'ayant pas de sens

Présente uniquement pour les charges successorales (art. 482 al. 3 CC), la règle prévoit que les charges vexatoires ou n'ayant pas de sens sont réputées non écrites. Elles sont donc nulles, la loi les privant de tout effet même si elles ont été sérieusement voulues par le disposant³³³.

Cette solution est valable non seulement pour la charge successorale mais également pour l'ensemble des charges de droit privé³³⁴. Ce principe général s'applique donc aussi à la charge grevant une fondation ; seules les charges n'ayant pas de sens sont envisageables, les charges vexatoires ne peuvent exister pour une fondation.

Bien que les raisonnements diffèrent³³⁵, les auteurs s'accordent sur le principe que la charge n'ayant pas de sens n'entraîne pas la nullité de l'attribution principale. Les cas où il ressort de la volonté du disposant que la charge est une condition *sine qua non* de l'attribution sont réservés.

E. Charges contraires au but de la fondation

L'art. 86 al. 2 CC prévoit expressément la possibilité de modifier une charge devenue avec le temps incompatible avec le but de la fondation. Il est néanmoins possible qu'une charge soit contraire au but de la fondation dès sa constitution. Selon Egger³³⁶, l'autorité de surveillance peut dans ce cas dès le départ en exiger sans autre l'élimination (art. 83 al. 2 aCC³³⁷ par analogie).

Cette solution ne peut viser que les charges liées au but de la fondation pour deux raisons : (1) l'art. 86 al. 2 CC ne vise déjà que les charges se rapportant au but³³⁸ et (2) la compétence de l'autorité de surveillance est limitée aux agissements de la fondation ayant un rapport avec le but de la fondation (84 al. 2 CC)³³⁹.

VII. Exécution de la charge

A. Exécution correcte de la charge

a) Exécution par la fondation

La situation normale se retrouve lorsque la fondation exécute elle-même et de son plein gré la charge qu'elle s'est vue imposer. Une telle situation n'amène aucun problème juridique pour autant que l'exécution soit correcte. Une charge est exécutée correctement lorsque la prestation est faite en accord avec la volonté du fondateur³⁴⁰. La mauvaise exécution ou l'exécution partielle de la charge équivalent à une non-exécution fautive dont les conséquences seront traitées plus loin³⁴¹.

³³³ PIOTET, JdT p. 169.

³³⁴ STIFEL, p. 90.

³³⁵ PIOTET, Successions, p. 137 ; MÜLLER, p. 313 s. ; STIFEL, p. 90 ; UFFER-TOBLER, p. 125 s.

³³⁶ EGGER, N 8 *ad* art. 85/86 CC.

³³⁷ Aujourd'hui article 83d CC (FF 2004 3826).

³³⁸ Seconde partie chapitre VII A.

³³⁹ Seconde partie chapitre VII B a.

³⁴⁰ MÜLLER, p. 192.

³⁴¹ Seconde partie chapitres VII B C et D

b) Exécution par un tiers

La fondation peut exécuter la charge elle-même. Il arrive pourtant souvent que la fondation ait recours à un tiers pour l'exécution de la prestation. Une telle substitution est possible pour autant que le fondateur n'ait pas d'intérêt à ce que la fondation l'exécute elle-même (art. 68 CO par analogie).

Au vu des spécificités de la charge grevant la fondation, un tel intérêt n'existe à notre sens que pour les droits spéciaux. La fondation ne pourra d'ailleurs souvent pas exécuter personnellement la prestation exigée par un autre type de charge (par ex. entretenir la tombe du fondateur).

B. Moyens de droit devant l'autorité de surveillance

a) Généralités

Nous l'avons vu, la fondation est la seule personne morale soumise à une surveillance étatique³⁴². Bien que la surveillance se fonde sur une disposition légale de droit privé (art. 84 CC), les relations juridiques entre la fondation et l'autorité de surveillance relèvent du droit public³⁴³.

Selon l'art. 84 al. 2 CC : « *L'autorité de surveillance pourvoit à ce que les biens des fondations soient employés conformément à leur destination* ». Cette disposition oblige l'autorité de surveillance à contrôler que l'utilisation des biens de la fondation par les organes se fasse conformément au but voulu par le fondateur³⁴⁴. Les charges grevant le but n'étant en définitive qu'une sorte de sous-genre du but principal, elles sont soumises aux règles de la fondation et relèvent du pouvoir de l'autorité de surveillance.

Sous réserve de règles cantonales en la matière, les fondations de famille et les fondations ecclésiastiques ne sont pas soumises au contrôle de l'autorité de surveillance (art. 87 al. 1 CC). Cette libération de surveillance n'influe pas sur le droit des destinataires de la fondation³⁴⁵. L'art. 87 CC ne doit alors pas être compris comme l'inexistence de toute surveillance, mais comme la suppression de compétence de l'autorité ordinaire de surveillance au profit d'une autre. Pour les fondations de famille, la compétence de « surveillance » appartient au juge civil dont l'intervention sera obtenue à travers l'ouverture d'une action judiciaire³⁴⁶ ; pour les fondations ecclésiastiques, cette compétence appartient à l'église à laquelle la fondation est rattachée³⁴⁷.

L'autorité de surveillance intervient non seulement d'office mais également suite à une dénonciation ou une plainte.

b) Intervention d'office de l'autorité de surveillance

Le caractère impératif des dispositions relatives à la surveillance des fondations implique que l'autorité ne peut refuser d'exercer sa fonction et doit intervenir d'office³⁴⁸.

Ce sont en principe les organes de la fondation qui portent à la connaissance de l'autorité de surveillance les données nécessaires³⁴⁹. Les organes n'informeront en revanche pas l'autorité en cas

³⁴² Première partie chapitre VII A.

³⁴³ TABEL, N 828.

³⁴⁴ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 48 *ad* art. 84 CC ; VEZ, N 710.

³⁴⁵ RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 118.

³⁴⁶ RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 118 ss.

³⁴⁷ LAMPERT, p. 155 ; RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 225.

³⁴⁸ VEZ, N 808.

³⁴⁹ VEZ, N 811.

d'inexécution de charges dont la fondation est tenue. Dans de tels cas, l'autorité peut être saisie par voie de dénonciation ou de plainte.

c) Dénonciation à l'autorité de surveillance

Chacun peut, même sans justifier un intérêt personnel, dénoncer à l'autorité de surveillance un cas qui semble à son avis nécessiter l'intervention de cette dernière³⁵⁰. L'autorité de surveillance dispose d'une grande liberté d'appréciation sur l'entrée en matière et la décision qu'elle prendra le cas échéant³⁵¹. Elle examine les faits d'office³⁵².

Le dénonciateur ne dispose d'aucun des droits reconnus aux parties (art. 71 al. 2 PA). Il n'a notamment pas qualité pour recourir contre l'inaction de l'autorité ou la décision prise par celle-ci³⁵³.

d) Plainte à l'autorité de surveillance

aa) Généralités

La plainte à l'autorité de surveillance n'est pas expressément prévue par le Code civil ; la doctrine et la jurisprudence la déduisent de l'art. 84 al. 2 CC³⁵⁴. La plainte à l'autorité de surveillance est une voie de droit *sui generis*, la procédure administrative ne lui est applicable que par analogie³⁵⁵.

La procédure de plainte est une procédure contentieuse³⁵⁶. Elle s'ouvre par le dépôt de la plainte à l'autorité de surveillance³⁵⁷.

bb) Légitimation active et passive

Sont autorisées à porter plainte toutes les personnes intéressées³⁵⁸, c'est-à-dire ayant un intérêt personnel déterminant à ce que la mesure qu'elles souhaitent soit exécutée³⁵⁹. La doctrine était partagée sur la nature de cet intérêt. Certains auteurs³⁶⁰ estimaient que seules ont la légitimation active les personnes ayant un intérêt juridiquement protégé. Vez y voyait au contraire un intérêt digne de protection³⁶¹. Le débat fut clos avec l'entrée en vigueur du nouvel art. 76 al. 1 LTF tel que modifié par le Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008³⁶² ; la procédure de plainte est aujourd'hui ouverte à toute personne ayant un intérêt digne de protection³⁶³.

³⁵⁰ SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, question 163 ; VEZ, N 812.

³⁵¹ VEZ, N 813.

³⁵² SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, question 163.

³⁵³ SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, question 163 ; VEZ, N 814.

³⁵⁴ VEZ, N 815.

³⁵⁵ ATF 107 II 385 consid. 4 = JdT 1983 I 182 ; TABET, N 862.

³⁵⁶ S'il s'agit bien d'une procédure administrative contentieuse devant l'autorité de surveillance, la plainte est une procédure gracieuse au sens civil.

³⁵⁷ VEZ, N 835.

³⁵⁸ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 119 *ad* art. 84 CC ; TABET, N 867 ; VEZ, N 815.

³⁵⁹ TABET, N 867 ; VEZ, N 818.

³⁶⁰ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 119 *ad* art. 84 CC ; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, question 208.

³⁶¹ VEZ, N 819.

³⁶² FF 2006 6841

³⁶³ ATAF C-3923/2011 du 23.10.2012 consid. 5.1.

Peut porter plainte toute personne pouvant obtenir un avantage ou une autre prestation de la fondation, c'est notamment le cas des destinataires actuels ou potentiels de la fondation. Sont également admis le fondateur, ses héritiers, l'exécuteur testamentaire ainsi qu'un autre organe de la fondation³⁶⁴.

Ne sont par contre pas autorisés à porter plainte les personnes n'ayant qu'un intérêt indirect à l'exécution de la prestation. Un fleuriste ne sera par exemple pas en mesure de demander l'exécution d'une charge prévoyant l'obligation d'entretenir la tombe du fondateur. Seule la voie de la dénonciation est ouverte pour de tels intéressés³⁶⁵.

La fondation a qualité de partie à la procédure de plainte et bénéficie du droit d'être entendu³⁶⁶.

cc) Objet de la plainte

La plainte permet de s'opposer aux actes ou omissions des organes de la fondation qui constituent une violation de la loi, de l'acte de fondation ou d'une autre disposition interne régissant la fondation³⁶⁷. Parmi ces actes, l'autorité de surveillance ne peut revoir que ceux visant l'emploi des biens de la fondation en vue de la réalisation de son but (84 al. 2 CC).

dd) Procédure

La maxime inquisitoriale s'applique à la procédure de plainte. L'autorité de surveillance dirige la procédure, définit les faits pertinents ainsi que les preuves nécessaires qu'elle ordonne et apprécie d'office (art. 12 PA). Les parties sont tenues de collaborer à la constatation des faits (art. 13 PA)³⁶⁸.

La fondation n'a pas la position d'une autorité administrative subordonnée à l'autorité de surveillance. L'autorité ne peut dès lors, en principe, pas remplacer la décision litigieuse de la fondation mais uniquement la casser et la renvoyer à la fondation pour une nouvelle décision. L'autorité peut exceptionnellement prendre une décision à la place de la fondation en cas de péril en la demeure ou si, au vu des précédents agissements de la fondation, le renvoi serait superflu³⁶⁹.

ee) Recours

Un recours est ouvert contre les décisions de l'autorité de surveillance. La voie dépendra de la compétence territoriale de l'autorité de première instance. Les instances cantonales sont compétentes pour le recours contre les décisions d'autorités de surveillance cantonales et communales³⁷⁰. Le Tribunal administratif fédéral³⁷¹ est compétent pour le recours contre les décisions de l'autorité de surveillance fédérale.

Contre les décisions du Tribunal administratif fédéral et celles des autorités cantonales de dernière instance, le recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF) au Tribunal fédéral est ouvert³⁷².

³⁶⁴ EGGER, N 10 *ad* art. 84 CC ; RIEMER, BKomm Stiftungen, N 119 *ad* art. 84 CC ; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, question 162 ; TABET, N 868 ; VEZ, N 821.

³⁶⁵ MEIER/DE LUZE, N 1266.

³⁶⁶ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 121 *ad* art. 84 CC ; VEZ N 836.

³⁶⁷ VEZ, N 822.

³⁶⁸ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 121 *ad* art. 84 CC ; VEZ, N 838.

³⁶⁹ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 124 *ad* art. 84 CC ; VEZ, N 839.

³⁷⁰ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 130 *ad* art. 84 CC.

³⁷¹ Avant la création du Tribunal administratif fédéral, le recours contre une décision de l'autorité fédérale de surveillance se faisait directement au Tribunal fédéral, ATF 107 II 385 consid. 2 = JdT 1981 I 182 ; RIEMER, BKomm Stiftungen, N 133 *ad* art. 84 CC ; VEZ, N 840.

³⁷² ATF 107 II 385 consid. 2 = JdT 1983 182 ; ATAF C-3923/2011 du 23.10.2012 motif 5.

dd) Prescription

Le droit fédéral ne fixe aucun délai pour porter plainte. Les auteurs admettent que la plainte peut être déposée tant que le plaignant a un intérêt actuel à la constatation³⁷³.

C. Action civile judiciaire

a) Délimitations avec la procédure devant l'autorité de surveillance

L'autorité de surveillance des fondations n'est pas compétente pour traiter des prétentions civiles contre la fondation. Celui qui fait valoir un droit subjectif à des prestations déterminées contre la fondation est renvoyé à agir devant le juge civil³⁷⁴. Contrairement à la plainte, l'action civile a un caractère exceptionnel³⁷⁵.

L'acte de fondation peut expressément ou tacitement octroyer des droits subjectifs. Tel est le cas si les organes de la fondation n'ont aucune marge d'appréciation pour déterminer le cercle des destinataires, l'existence ou l'étendue de la prestation. Les litiges portant sur de tels droits ressortent de la compétence conjointe du juge civil et de l'autorité de surveillance³⁷⁶.

Qu'en est-il des charges, qui du juge ou de l'autorité est compétent pour en imposer l'exécution ? Les *droits spéciaux* créent pour leur destinataire un droit subjectif à obtenir de la fondation une certaine prestation déterminée mais ne relèvent pas de l'obligation des organes à réaliser le but de la fondation. Ils ne peuvent dès lors que faire l'objet d'une action en exécution devant le juge civil. Il est possible qu'une *charge se rapportant au but* désigne de manière assez claire le destinataire ou la prestation ; sont alors compétents le juge et l'autorité de surveillance.

b) Légitimation active et passive

En règle générale, seuls les destinataires d'une prestation due peuvent se prévaloir de la légitimation active d'une action en exécution³⁷⁷. Le droit des successions et celui des donations prévoient des exceptions à ce principe, le cercle des personnes légitimées à requérir l'exécution d'une charge en est donc modifié.

Selon l'art. 482 al. 1 CC, tout intéressé peut requérir l'exécution de la charge successorale. Ont alors la légitimation active non seulement les destinataires de la prestation imposée mais également toute personne ayant un intérêt à faire respecter la dernière volonté du *de cuius*³⁷⁸. Les personnes n'ayant qu'un intérêt indirect à l'exécution de la charge ne sont pas habilitées à en demander l'exécution³⁷⁹.

L'art. 246 al. 1 CO prévoit que le donateur, le cas échéant ses héritiers, sont légitimés à demander l'exécution de la charge. L'alinéa 2 réserve la qualité pour agir de la collectivité publique pour autant que le donateur soit décédé et que la prestation imposée soit d'intérêt public³⁸⁰. Etonnamment, le ou les destinataires de la charge grevant la donation ne sont pas mentionnés. Certains auteurs reconnaissent néanmoins leur qualité pour agir s'il ressort du contrat que les parties ont voulu instaurer

³⁷³ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 119 *ad* art. 84 ; VEZ N 837.

³⁷⁴ ATF 112 II 97 consid. 3 (en français) ; MEIER/ DE LUZE, N 1267 ; RIEMER, BKomm Stiftungen, N 137 *ad* art. 84 CC ; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, question 160 ; TABET, N 872 ; VEZ N 824.

³⁷⁵ TABET, N 872.

³⁷⁶ ATF 112 II 97 consid. 3 ; RIEMER, BKomm Stiftungen, N 138 *ss ad* art. 84 CC ; VEZ, N 831.

³⁷⁷ UFFER-TOBLER, p. 74.

³⁷⁸ Seconde partie chapitre I C d.

³⁷⁹ PIOTET, p. 149 ; UFFER-TOBLER, p. 81.

³⁸⁰ Seconde partie chapitre I D c.

un rapport de droit similaire à la stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO), la créance en moins³⁸¹.

Qu'en est-il des charges grevant une fondation ?

Lorsqu'une fondation créée par disposition à cause de mort et instituée héritière ou légataire se voit imposer une charge, cette charge est en tout point similaire à une charge successorale. Ce sont par conséquent les règles du droit des successions qui s'y appliquent³⁸². Ont alors la qualité pour agir les éventuels destinataires de la charge ainsi que les héritiers légaux, les parents et amis du *de cuius* et finalement l'exécuteur testamentaire.

La loi est muette quant à la légitimation active de l'action en exécution d'une charge grevant une fondation constituée entre vifs. Pour combler cette lacune, Stifel propose de leur appliquer par analogie les règles de la charge grevant la donation, du fait de la similitude des deux institutions³⁸³. Cette solution est à nos yeux problématique sur deux points :

- D'un point de vue théorique tout d'abord ; la constitution d'une fondation, même entre vifs, se rapproche plus d'un testament que d'un contrat de donation. L'acte de fondation et le testament sont tous deux des actes juridiques unilatéraux qui constituent la cause des attributions faites à la fondation³⁸⁴. L'attribution faite par la donation repose au contraire sur un acte bilatéral, le contrat de donation.
- D'un point de vue pratique ensuite ; la charge grevant une donation ne permet à ses destinataires, s'ils sont différents du donateur, d'obtenir l'exécution de celle-ci que si le contrat de donation prévoit pour eux une situation similaire à celle du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui parfaite (art. 112 al. 2 CO). Appliquer un tel mécanisme, qui n'est d'ailleurs pas reconnu unanimement³⁸⁵, à la charge grevant une fondation constituée entre vifs reviendrait à discriminer sans raison ses bénéficiaires par rapport à ceux d'une charge grevant une fondation constituée à cause de mort.

C'est pourquoi, nous préférons leur appliquer par analogie le mécanisme de l'art. 482 al. 1 CC. Peuvent ainsi agir devant un juge civil toutes les personnes intéressées à l'exécution de la charge grevant la fondation.

Encore faut-il définir la notion d'intérêt. Il est largement admis que l'intérêt mentionné à l'art. 482 al. 1 CC n'a pas besoin d'être pécuniaire mais peut être simplement idéal³⁸⁶. Il doit néanmoins être direct pour éviter une action populaire³⁸⁷. Sont donc des personnes intéressées à la charge grevant la fondation les destinataires de la prestation, le fondateur et ses héritiers.

La qualité pour défendre appartient à la personne tenue d'exécuter la charge, c'est-à-dire la fondation.

³⁸¹ BECKER N 10 *ad* art. 246 ; STIFEL p. 159 s. ; *contra* CHK-SCHÖNENBERGER, N 3 *ad* art. 246 CO ; CR CO I-BADDELEY, N 2 *ad* art. 246 CO.

³⁸² STIFEL p. 132.

³⁸³ STIFEL, p. 132 s.

³⁸⁴ TABEL, N 718.

³⁸⁵ *Pro* BECKER N 10 *ad* art. 246 ; STIFEL p. 159 s. ; *contra* CHK-SCHÖNENBERGER, N 3 *ad* art. 246 CO ; CR CO I-BADDELEY, N 2 *ad* art. 246 CO.

³⁸⁶ STIFEL, p. 150 ; UFFER-TOBLER, p. 79.

³⁸⁷ MÜLLER, p. 229 ; PIOTET, p. 135 ; STEINAUER, N 592 ; UFFER-TOBLER, p. 81.

c) Objet de l'action

La doctrine majoritaire³⁸⁸ de même que la jurisprudence³⁸⁹ reconnaissent que la charge de droit privé est sanctionnée d'une action condamnatoire (« *Leistungsklage* ») au sens de l'art. 84 al. 1 CPC. Son objet varie en fonction de la charge dont il est question. Elle tend à l'obtention d'une prestation positive (faire) ou négative (s'abstenir ou tolérer).

d) Procédure

L'action en exécution de la charge grevant la fondation est soumise aux règles du CPC. Les maximes de disposition (art. 58 CPC) et des débats (art. 55 CPC) lui sont applicables.

e) Prescription de l'action en exécution

La question se pose de savoir si les règles générales du Code des obligations sur la prescription sont applicables à la charge grevant la fondation. Le texte de l'art. 127 CO fait référence aux « actions », sans préciser s'il s'agit uniquement d'actions découlant d'obligations au sens strict ou au contraire de toutes prétentions de droit privé. Au vu des travaux préparatoires, il semblerait que le législateur n'ait voulu assujettir d'autres prétentions civiles à la prescription que si celles-ci découlent d'une créance³⁹⁰.

C'est sur cette base que la doctrine très largement majoritaire admet l'imprescriptibilité du droit à l'exécution de la charge successorale³⁹¹. Il faut alors rapprocher le droit personnel à l'exécution de la charge successorale au cas de la plainte du bénéficiaire de la fondation ; l'action reste ouverte tant que subsiste un intérêt à la réalisation de la prestation³⁹².

La charge grevant une fondation ne créant pas de créance pour son destinataire, il faut admettre que celle-ci n'est également pas soumise au mécanisme de la prescription. Toute personne intéressée pourra en requérir l'exécution tant qu'un intérêt à la prestation existe et que la charge ne s'est pas éteinte³⁹³.

D. Conséquences d'une non-exécution fautive de la charge

a) Généralités

Il sera ici question de savoir s'il existe, à côté de l'action en exécution, d'autres moyens de droit que le fondateur ou les intéressés pourraient faire valoir à l'encontre de la fondation en cas de non-exécution fautive de la charge.

b) Pas d'action en dommages-intérêts

Nous l'avons vu, la charge ne crée pas de créance, elle n'entre donc pas dans le patrimoine de son destinataire ou dans celui du fondateur. La non-exécution de la prestation imposée ne crée pas de

³⁸⁸ PIOTET, p. 134 ; STIFEL, p. 101 et 147 ; UFFER-TOBLER, p. 74 s. ; STEINAUER, N 591 ; *contra* MÜLLER, p. 228 qui y voit une action en constatation de droit.

³⁸⁹ ATF 99 II 382 (non traduit).

³⁹⁰ PIOTET, Mélanges, p. 1424 s.

³⁹¹ MÜLLER, p. 245 ; PIOTET, Mélanges, p. 1431 ss ; STEINAUER, N 594a ; *contra* SPIRO, Vol. 1 § 61, p. 131-132 ; UFFER-TOBLER p. 96 s. ces deux auteurs traitent la charge comme un droit conférant une créance et y appliquent les règles générales du CO.

³⁹² PIOTET, Successions, p. 134.

³⁹³ Seconde partie chapitre IX.

dommage que ce soit pour le destinataire frustré ou pour le fondateur. C'est pourquoi aucun d'eux ne peut actionner la fondation en dommages-intérêts.

c) Révocation de l'attribution à titre gratuit

En concours avec l'action en exécution³⁹⁴, le donateur a la possibilité de révoquer la donation si le donataire s'abstient d'exécuter la prestation à laquelle il est tenu (art. 249 ch. 3 CO). Contrairement à l'action en exécution, le droit de révocation n'appartient qu'au donateur et n'est transmissible que dans la mesure limitée et temporaire admise par les alinéas 2 et 3 de l'article 251 du Code des obligations³⁹⁵. La révocation peut intervenir après une action en exécution réussie si le donataire ne s'exécute toujours pas³⁹⁶. Ce droit de révocation ne se limite pas au montant qui aurait dû être utilisé pour exécuter la charge ; il s'étend à l'ensemble de l'enrichissement actuel du donataire (art. 249 CO premier paragraphe). Rappelons que l'action en restitution se prescrit par dix ans (art. 127 CO)³⁹⁷.

Cette possibilité n'existe que dans le droit des donations. La doctrine refuse d'aménager un tel droit aux personnes intéressées à l'exécution de la charge successorale³⁹⁸. Alors que le donateur est le seul à posséder le droit de révocation de l'attribution qu'il a lui-même voulue, instaurer une règle similaire en droit des successions pourrait mettre en danger les dernières volontés du *de cuius*. Trop souvent les héritiers préféreraient révoquer la disposition à cause de mort plutôt que d'en demander l'exécution.

En suivant la solution du droit des donations, le fondateur encore vivant pourrait à sa guise révoquer la fondation qu'il a constituée si cette-dernière n'exécute pas la charge qui lui fut imposée. Réserver un tel droit au fondateur serait pourtant contraire à l'un des principes fondamentaux de la fondation, celui de l'irrévocabilité de l'affectation des biens. Selon ce principe, le fondateur ne peut plus modifier ou annuler l'affectation de biens dès le moment où celle-ci est valablement décidée³⁹⁹. Le mécanisme de l'art. 249 CO n'est donc pas transposable à la fondation.

Une solution médiane est néanmoins envisageable. Le fondateur peut (ou doit s'il s'agit de droits spéciaux)⁴⁰⁰ clairement désigner certains biens pour la réalisation de la charge. Ces biens ne font alors pas partie des biens affectés à la réalisation du but mais forment en quelque sorte un patrimoine qui doit être géré de manière indépendante⁴⁰¹. Dans ce cas, la révocation de l'attribution de ces biens particuliers est possible si la fondation se refuse d'exécuter la prestation imposée.

d) Enrichissement illégitime (art. 62 ss CO)

Selon la conception dominante, l'action pour enrichissement illégitime a un caractère subsidiaire. Elle n'est ouverte que lorsqu'aucune autre voie de droit n'est possible. Bénéficiant d'autres actions, le créancier d'un rapport d'obligation n'est dès lors pas appauvri⁴⁰².

Une action en enrichissement illégitime n'est envisageable que si le fondateur a clairement désigné certains biens particuliers de la fondation pour la réalisation de la charge. Cette condition découle non

³⁹⁴ CR CO I-BADDELEY, N 18 *ad* art. 249 CO.

³⁹⁵ ATF 133 III 421 consid. 3 ; ENGEL, *Contrats*, p. 120 ; TERCIER/FAVRE, N 1875.

³⁹⁶ CR CO I-BADDELEY, N 18 *ad* art. 149 CO.

³⁹⁷ ATF 114 II 152 = JdT 1988 I 523 ; TERCIER/FAVRE, N 1880.

³⁹⁸ HERZER p. 48 ; STIFEL, p. 177 ; UFFER-TOBLER, p. 133 s.

³⁹⁹ KRAFFT, p. 42.

⁴⁰⁰ Seconde partie chapitre VI B e.

⁴⁰¹ RIEMER, *BKomm Stiftungen*, N 377.

⁴⁰² ATF 127 III 421 consid. 3 = JdT 2002 I 318 ; TERCIER/PICHONNAZ, N 1815.

seulement du principe d'irrévocabilité de l'affectation⁴⁰³ mais également de la notion d'enrichissement illégitime. Au vu de cette condition préalable, les cas où l'action est ouverte sont limités, elle ne sera généralement ouverte qu'aux droits spéciaux⁴⁰⁴.

Au vu de son droit de révocation, le fondateur n'est pas appauvri et ne peut par conséquent pas se plaindre d'un enrichissement illégitime. Seuls ses héritiers pourront s'en prévaloir sous certaines conditions.

L'enrichissement illégitime suppose qu'une personne bénéficie sans motifs d'une augmentation de son patrimoine aux dépens d'autrui⁴⁰⁵. Il s'agira dans notre cas particulier d'une fondation enrichie sans cause légitime aux dépens des héritiers de son fondateur. Dès lors, il n'y a enrichissement illégitime que si la fondation a reçu des biens spécialement affectés à l'exécution de la charge et ne les a pas utilisés à bon escient⁴⁰⁶.

L'enrichissement illégitime se détermine de cas en cas⁴⁰⁷. Aux héritiers de prouver, selon le principe de la volonté, que le fondateur n'aurait pas remis ces biens à la fondation s'il avait su que les organes refuseraient par la suite d'exécuter la charge imposée⁴⁰⁸.

VIII. Modification et suppression de la charge

A. Portée pratique de l'art. 86 al. 2 CC

Selon l'art. 86 al. 2 CC, les charges et les conditions qui compromettent le but de la fondation peuvent être supprimées ou modifiées de la même manière que le but.

La doctrine est partagée quant à la portée pratique de cette disposition. Pour certains auteurs, l'art. 86 al. 2 ne vise que les charges étrangères au but de la fondation⁴⁰⁹. Pour d'autres, cette disposition ne concerne que les charges relatives au but de la fondation⁴¹⁰.

Il faut reconnaître avec Riemer que l'art. 86 al. 2 CC ne saurait s'appliquer qu'aux secondes⁴¹¹. Les fondations sont conçues pour durer des siècles durant, alors que les droits spéciaux ne grevent la fondation que pendant une courte durée⁴¹². De plus, les droits spéciaux ne relèvent pas du droit des fondations mais y sont fortuitement rattachés, il n'y a dès lors aucune raison de les traiter de manière différente que les autres charges grevant une personne de droit privé⁴¹³. Finalement, l'exemple d'Eugen Huber fait pencher la balance en ce sens⁴¹⁴.

Parmi les charges se rapportant au but de la fondation, l'art. 86 al. 2 CC ne vise que celles créant un but accessoire⁴¹⁵. Les vœux particuliers du fondateur peuvent directement faire partie de la description

⁴⁰³ Seconde partie chapitre VII C c.

⁴⁰⁴ Seconde partie chapitre VI B e.

⁴⁰⁵ TERCIER/PICHONNAZ, N 1812.

⁴⁰⁶ MÜLLER, p. 257 s. ; STIFEL, p. 187 ; UFFER-TOBLER, p. 147.

⁴⁰⁷ MÜLLER, p. 264 ; STIFEL, p. 185 ; UFFER-TOBLER, p. 148.

⁴⁰⁸ Op. cit.

⁴⁰⁹ EGGER, N 15 *ad* art. 80 CC ; HAEFELIN, p. 73.

⁴¹⁰ LAMPERT, p. 171 s. ; RIEMER, BKomm Stiftungen, N 43 *ad* art. 85-86 CC ; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, question 47 ; VEZ, N 1007.

⁴¹¹ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 43 *ad* art. 85-86 CC.

⁴¹² Op. cit.

⁴¹³ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 43 *ad* art. 85-86 CC ; VEZ, N 1007.

⁴¹⁴ HUBER, p. 74 s. ; RIEMER, BKomm Stiftungen, N 43 *ad* art. 85-86 CC.

⁴¹⁵ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 44 *ad* art. 85-86 CC.

du but sans revêtir la forme d'une charge, c'est pourquoi de telles charges sont directement couvertes par le premier alinéa⁴¹⁶.

B. Conditions de la modification

L'alinéa 2 de l'art. 86 CC prévoit que les charges qui compromettent le but de la fondation peuvent être modifiées de la même manière que le but ou supprimées. Cette situation apparaît en général plusieurs années après la création de la fondation mais elle peut également exister dès le départ. Dans ce cas, l'autorité de surveillance peut en exiger sans autre l'élimination⁴¹⁷.

Cette modification sert au respect de la volonté du fondateur. Pour vérifier la compatibilité de la charge avec le but de la fondation, l'autorité compétente doit interpréter l'acte de fondation non pas à la lettre, mais suivant les véritables intentions du fondateur⁴¹⁸.

Les charges couvertes par l'alinéa 1 peuvent être modifiées si leur but primitif a varié au point qu'elles ne répondent plus aux intentions du fondateur.

C. Procédure

a) Autorité compétente

Selon l'art. 86 al. 1 CC, la qualité pour requérir la modification ou la suppression d'une charge appartient à l'autorité de surveillance ou à l'organe suprême de la fondation. Dans l'esprit de cette disposition, l'autorité qui décide de la modification est forcément différente de l'autorité de surveillance qui la propose⁴¹⁹. Cette exigence n'est pourtant pas toujours respectée⁴²⁰.

L'autorité de surveillance ou l'organe suprême de la fondation saisit l'autorité de modification par une proposition⁴²¹. Dans la pratique, l'impulsion résulte généralement des autres organes de la fondation voire de personnes intéressées telles que les destinataires, la collectivité publique ou le fondateur⁴²². Ces derniers ne peuvent que suggérer à l'autorité de surveillance de proposer une modification. L'autorité de surveillance n'est pas liée par cette suggestion⁴²³.

La doctrine est partagée quant à l'obligation ou la simple possibilité de proposition de l'autorité de surveillance⁴²⁴. Il faut à notre avis admettre, avec Vez⁴²⁵, qu'au vu du caractère impératif⁴²⁶ de l'art. 86 CC, l'autorité de surveillance a une obligation de proposition. Contre l'éventuel refus de l'autorité de surveillance de présenter une proposition, la voie du recours jusqu'au Tribunal fédéral (recours en matière de droit public, art. 82 ss LTF) est ouverte⁴²⁷.

⁴¹⁶ RIEMER, Handkommentar, N 16 *ad* art. 86 CC ; RIEMER, ZBI 1979 p. 469; VEZ, N 1008.

⁴¹⁷ EGGER, N 8 *ad* art. 85/86 CC.

⁴¹⁸ MARTIN, p. 534.

⁴¹⁹ ATF 71 I 454 consid. 3 = JdT 1946 I 602 ; EGGER, N 10 *ad* art. 85-86 CC ; HAEFELIN, p. 90 ; HAFTER, N 6 *ad* art. 85 ; RIEMER, BKomm Stiftungen, N 18 *ad* art. 85-86 CC ; VEZ N 1015.

⁴²⁰ VEZ, N 1015.

⁴²¹ VEZ, N 1016.

⁴²² RIEMER, BKomm Stiftungen, N 22, 31 et 33 *ad* art. 85-86 CC ; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, question 224 ; VEZ, N 1016

⁴²³ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 22 *ad* art. 85-86 CC ; VEZ, N 1016.

⁴²⁴ VEZ, N 1016.

⁴²⁵ Op. cit.

⁴²⁶ HAFTER, N 1 *ad* art. 85 CC ; RIEMER, BKomm Stiftungen, N 7 et 15 *ad* art. 85/86 CC ; VEZ N 998.

⁴²⁷ SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, question 224 ; VEZ N 1018.

b) Décision de modification ou de suppression

L'autorité de modification a l'obligation d'entendre le pouvoir supérieur de la fondation mais peut statuer contre son avis⁴²⁸. L'autorité de modification peut également entendre d'autres organes de la fondation, des collectivités publiques intéressées, les destinataires et le fondateur ou ses ayants droits⁴²⁹.

L'autorité de modification n'est pas libre dans sa décision de modification ou de suppression de la charge mais doit respecter la volonté initiale du fondateur⁴³⁰. Le fondateur peut également prévoir à l'avance dans l'acte de fondation de quelle manière la charge devrait être modifiée si un tel cas venait à subvenir⁴³¹.

La décision de modification entrée en force est nécessaire et suffisante pour requérir l'inscription de modification au registre du commerce. L'autorité de modification communique d'office sa décision au registre. Un acte authentique n'est pas nécessaire⁴³².

La décision de l'autorité de modification est susceptible de recours administratif cantonal et de recours de droit administratif au Tribunal administratif fédéral⁴³³. A qualité pour agir toute personne ayant un intérêt digne de protection⁴³⁴.

D. Un exemple : la modification d'une charge grevant la *Zürcher Volkshausstiftung*⁴³⁵

Cette décision a une valeur tant didactique que symbolique dès lors qu'il s'agit du seul cas d'application de l'art. 86 al. 2 CC survenu en Suisse depuis l'entrée en vigueur du Code civil.

Il s'agissait d'une fondation dont le but principal était de mettre à disposition du public un lieu destiné au rassemblement, au divertissement et à la culture (art. 2 première phrase de l'acte de fondation). Cette fondation avait en outre pour tâche d'ouvrir au sein du bâtiment mis à sa disposition un restaurant ne servant aucune boisson alcoolisée (art. 2 deuxième phrase). L'art. 7 allait plus loin, interdisant la consommation d'alcool dans toute l'enceinte du bâtiment appartenant à la fondation. Selon l'article 8, la (*Alkoholfreies*) *Volkshaus* se devait d'être ouverte à tous les groupements peu importe leurs tendances politiques ou religieuses.

En raison de cette prohibition, la *Volkshaus* a perdu au fil des années la part la plus renommée de sa clientèle, constituée de partis politiques et de syndicats, au profit d'autres organisations toujours plus douteuses (sectes religieuses etc.).

Le *Finanzamt* de Zurich, autorité de surveillance compétente, proposa en février 1979 à l'autorité de modification de modifier la charge grevant la *Volkshausstiftung*. Cette modification visait un assouplissement de l'interdiction d'alcool au sein des locaux de la fondation sans pour autant toucher à

⁴²⁸ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 21 s. *ad* art. 85-86 ; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, question 224 ; VEZ N 1019.

⁴²⁹ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 30 *ad* art. 85-86 CC ; VEZ, N 1019.

⁴³⁰ HAEFELIN, p. 70 ; RIEMER, BKomm Stiftungen, N 11 *ad* art. 85-86 CC ; VEZ, N 1023.

⁴³¹ STIFEL, p. 131.

⁴³² RIEMER, BKomm Stiftungen, N 34 et 74 *ad* art. 85-86 CC ; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, question 224 ; VEZ, N 1026.

⁴³³ ATF 96 I 406 consid. 2d = JdT I 124 ; RIEMER, BKomm Stiftungen, N 37 et 78 *ad* art. 85-86 CC ; SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF, question 224 ; VEZ, N 1025.

⁴³⁴ VEZ, N 1025 ; *contra* SPRECHER/VON SALIS-LÜTOLF question 224 pour qui ni le fondateur, ni les destinataires n'ont la qualité de partie à la procédure.

⁴³⁵ Le présent chapitre est la traduction d'un article de Riemer paru au ZBI 1979 p. 468ss.

l'interdiction de vente dans le restaurant. L'autorité de modification vérifia si les trois conditions de modification suivantes étaient bel et bien remplies.

- Première condition : interprétation de la volonté initiale du fondateur, c'est-à-dire découvrir les raisons qui l'ont poussé à créer une telle charge. Il s'avère qu'à la création de la fondation en 1907, l'alcoolisme chez les ouvriers était un fléau très répandu. Il n'était alors pas rare de voir syndicats et patronats prêcher l'abstinence des travailleurs. Instaurer une telle règle au sein de la *Volkshaus* n'avait à cette époque rien d'extraordinaire.
- Deuxième condition : vérification de l'évolution des mœurs tant dans la société en général que dans le domaine spécifique de la fondation. Les problèmes d'alcool des travailleurs du début du 20^{ème} siècle n'existaient plus dans les années 70. La prohibition de l'acte de fondation paraissait dès lors dépassée, ne s'accordant plus qu'avec la vision de certains groupuscules obscurs. C'est pour cette raison que l'autorité de surveillance, en accord avec l'autorité suprême de la fondation, avait émis cette proposition de modification.
- Troisième condition : déterminer si le fondateur, au vu de l'évolution de la situation, aurait toujours voulu d'une telle charge au jour de la demande de modification. Se basant sur les arguments développés plus haut, l'autorité de modification conclut par la négative et modifia les articles 7 et 8 de l'acte de fondation en conséquence.

E. Modification des charges grevant une fondation soustraite à surveillance

La loi ne s'exprime pas sur la modification des fondations soustraites à surveillance (art. 87 al. 1 CC). La doctrine et la jurisprudence admettent à l'unanimité que l'autorité de modification, dont la compétence n'est que le prolongement de l'autorité de surveillance, n'est pas compétente pour modifier une fondation spéciale⁴³⁶.

La doctrine est partagée sur l'autorité qui est alors compétente. Les auteurs proposent l'organe supérieur de la fondation, les destinataires ou encore le juge civil⁴³⁷. Riemer estime que la modification d'une fondation soustraite à surveillance est soumise aux conditions matérielles fixées par les art. 85 et 86 CC⁴³⁸.

F. Modification des charges étrangères au but

a) Généralités

Rappelons-le, les droits spéciaux, vu leurs particularités, ne sont pas soumis au droit des fondations⁴³⁹. Les fondations grevées de telles charges doivent être traitées de la même manière qu'une autre personne dans la même situation.

⁴³⁶ ATF 50 II 415 consid. 3 = JdT 1925 I 298 ; EGGER, N 5 *ad* art. 87 CC ; LAMPERT, p. 166 ; RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 119 et 223 ; VEZ, N 1028.

⁴³⁷ VEZ, N 1028.

⁴³⁸ RIEMER, BKomm Stiftungen, ST N 127 et 224.

⁴³⁹ Seconde partie chapitre IV E c.

b) Réduction d'une charge devenue trop importante

aa) Solutions en droit des successions et en droit des donations

Le législateur ne s'est pas prononcé sur la question d'une charge successorale qui se révélerait plus importante que le montant reçu pour son exécution⁴⁴⁰. Certains auteurs⁴⁴¹, suivis par la jurisprudence⁴⁴², proposent de combler cette lacune par l'application analogique de l'art. 486 al. 1 CC ; analogie qui est justifiée par la parenté des deux institutions⁴⁴³. La charge peut dès lors comme le legs être réduite proportionnellement.

Notons que cette solution se rapproche de celle existant pour la charge grevant une donation⁴⁴⁴. L'art. 246 al. 3 CO prévoit pour le donataire non pas la possibilité de réduire la charge, mais le droit d'opposer à tout moment une exception à l'action en exécution si la valeur de la libéralité ne couvre pas le coût de la charge et que la couverture de l'excédent ne lui est promise, ni par le donateur, ni par un tiers. Le donataire ne peut faire valoir cette exception que pour la partie de la charge dépassant la valeur de la donation⁴⁴⁵.

bb) Solution pour les charges grevant une fondation

Pour des raisons d'équité, il semble justifié que la fondation puisse disposer d'un moyen de droit semblable lorsqu'un droit spécial dont elle est grevée se révèle financièrement plus lourd que ce qu'elle a reçu pour l'exécuter. Encore faut-il déterminer sur quelle base celui-ci peut être exercé.

Etant des également charges successorales, les charges grevant une fondation constituée à cause de mort se doivent d'être traitées comme telles. L'art. 486 al. 1 CC leur est alors applicable par analogie.

En revanche, l'application par analogie de l'art. 486 al. 1 CC aux charges grevant une fondation constituée entre vifs s'avère selon nous impossible, les deux institutions étant trop éloignées. Reste comme solution envisageable l'application analogique de l'art. 246 al. 3 CO. Cette disposition est l'expression du principe que la charge, vu sa qualité d'accessoire d'une attribution à titre gratuit, ne doit pas appauvrir la personne qu'elle greève. Bien qu'oublié par le législateur suisse dans les domaines du droit successoral et du droit des fondations, ce principe général doit, selon nous, s'appliquer à toutes les charges de droit privé. Alors qu'en droit des successions les auteurs ont comblé la loi lacunaire en se basant sur le legs, nous proposons de prendre comme base les règles de la donation.

⁴⁴⁰ Leurs codes respectifs traitant expressément la question, les juristes allemands et français ne sont pas confrontés à ce problème. Les articles 1992 et 2187 du BGB permettent à l'héritier, respectivement au légataire de faire valoir une exception pour le montant de la charge qui dépasserait le montant de la donation ou du legs. Les articles 900-2 et 900-3 du CC français offrent les possibilités d'action en réduction et d'exception.

⁴⁴¹ MÜLLER, p. 331 s. ; PIOTET, Successions, p. 138 ; STEINAUER, N 541 et 849a ; STIFEL, p. 174 ss ; UFFER-TOBLER, p. 161.

⁴⁴² ATF 76 II 202 = JdT 1951 I 162, bien que l'arrêt en question traite de l'application par analogie de l'art. 486 al. 2 CC aux charges successorales et non de l'alinéa 1, le raisonnement est le même et peut être transposé au premier alinéa.

⁴⁴³ PIOTET, Successions, p. 138.

⁴⁴⁴ UFFER-TOBLER, p. 163.

⁴⁴⁵ CR CO I-BADDELEY, N 21 *ad* art. 246 CO.

G. Possibilité d'une réserve de modification de la charge ?

Nous l'avons évoqué, le fondateur peut prévoir dans l'acte de fondation l'obligation pour les organes ou pour des tiers de modifier le but de la fondation lorsque certaines conditions se réalisent⁴⁴⁶. Cette possibilité de modification fut complétée en janvier 2006 par l'introduction de l'art. 86a CC, une disposition conférant au fondateur la possibilité de se réserver un véritable droit de modification.

Quid d'un tel mécanisme pour les charges grevant une fondation ?

Selon Stifel, le fondateur peut régler à l'avance la manière dont une charge sera modifiée si elle venait à compromettre le but de la fondation⁴⁴⁷. L'auteure ne le souligne pas, mais il est implicite que cette réserve ne concerne que les charges circonscrivant le but. De même, il nous semble approprié d'étendre le champ d'application de l'art. 86a CC aux charges se rapportant au but de la fondation. Ces deux mécanismes tendent à l'assouplissement du principe d'immutabilité, commun au but et à ses charges accessoires, qui rend les fondations parfois trop rigides⁴⁴⁸.

Rattachées de manière fortuite à la personne de la fondation, les charges externes au but ne sont pas soumises aux règles spéciales des articles 80 ss CC. Ce sont au contraire les règles générales sur les charges de droit privé qui leur sont applicables⁴⁴⁹. Nous constatons que les auteurs semblent ne s'être jamais penchés sur la question. Cela peut s'expliquer par la durée de vie limitée de ce type charge⁴⁵⁰, les problèmes soulevés par l'immutabilité n'ont alors que peu de relevance. Que le fondateur puisse prévoir de tels mécanismes concernant les droits spéciaux grevant sa fondation nous paraît envisageable ; rien ne justifie une entrave au principe de l'autonomie privée sur ce point.

IX. Extinction de la charge

A. Limitation de la charge dans le temps

a) Généralités

L'on estime que les engagements de durée illimitée ne sont pas admissibles, ne serait-ce que par leur incompatibilité avec les bonnes mœurs qui interdisent l'abandon durable de toute liberté (art. 27 CC)⁴⁵¹. Cette conception est une évidence et ne nécessite pas de disposition spécifique dans la loi.

Cependant, l'absence d'une durée maximale clairement donnée par la loi entraîne une insécurité juridique ; il faudra déterminer la limite à partir de laquelle un engagement se heurte à l'interdiction de perpétuité⁴⁵². La problématique est d'autant plus grande pour les personnes morales. Leur durée de vie n'est en effet limitée ni par la loi, ni par des facteurs biologiques, elles peuvent alors exister indéfiniment.

⁴⁴⁶ Première partie chapitre VIII C.

⁴⁴⁷ STIFEL, p. 131 note 11.

⁴⁴⁸ FF 2003 7465 ; BaKomm ZGB I- GRÜNINGER, N 1 *ad* art. 86a CC.

⁴⁴⁹ Seconde partie chapitre IV E c

⁴⁵⁰ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 43 *ad* art. 85-86 CC.

⁴⁵¹ SPIRO, p. 1190.

⁴⁵² SPIRO, p. 1191.

b) Limitation dans le temps d'une charge se rapportant au but

La notion de fondation, une attribution immuable de biens en faveur d'un but déterminé, est en soi une exception au principe de la limitation des droits dans le temps⁴⁵³. Elle se doit de réaliser le but qui lui est imposé tant qu'elle dispose des moyens nécessaires.

La charge se rapportant au but de la fondation étant un accessoire du but lui-même, il convient également de la considérer comme immuable. Le simple écoulement du temps ne l'affecte pas, le changement de circonstances dû aux années peut en revanche en avoir raison. Ainsi, une charge devenue par la suite contraire au but voulu par le fondateur peut être supprimée (art. 86 al. 1 et 2 CC) de même qu'une charge devenue impossible s'éteint implicitement⁴⁵⁴.

c) Limitation dans le temps d'un droit spécial

Traités de la même manière que les charges successorales ou les charges grevant une donation, les droits spéciaux ont une durée limitée⁴⁵⁵. La durée maximale admissible, à vrai dire difficilement évaluable, est loin de faire l'unanimité parmi la doctrine et la jurisprudence⁴⁵⁶. De toutes les opinions, nous en présenterons une qui a le mérite de tenir compte de la nature de la prestation et ne laisse pas de place à une insécurité.

Spiro⁴⁵⁷ (concernant les charges successorales) et le Tribunal fédéral⁴⁵⁸ (concernant les charges grevant la donation), se basant sur les durées maximales légales de certains droits réels restreints proposent les limites suivantes : les charges comportant un devoir de prestation positive sont limitées à 30 ans, celles qui imposent un devoir de prestation négative à 100 ans. De telles limites fixes permettent d'assurer la sécurité du droit. Elles sont préférables à celles posées dans un ancien arrêt concernant la charge successorale dans lequel notre Haute Cour annonçait une durée d'existence vague allant de 50 à 70 ans, plus dans certains cas⁴⁵⁹.

B. Charge devenue impossible

Une obligation dont l'exécution devient objectivement impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur s'éteint naturellement (art. 119 al. 1 CO). Comme pour l'impossibilité objective originaire, cette solution est évidente et s'impose d'elle-même.

Les principes généraux du droit des obligations sont applicables à l'ensemble du droit privé si l'analogie le permet (art. 7 CC)⁴⁶⁰. Ainsi une charge s'éteint, si son exécution devient impossible à cause de circonstances qui ne relèvent pas du comportement de la fondation. Dans le cas contraire, les règles sur la non-exécution fautive sont applicables⁴⁶¹.

C. Décès du bénéficiaire et épuisement des biens alloués à la réalisation de la charge

Il existe encore deux limites indirectement liées à l'écoulement du temps et spécifiques aux droits spéciaux : le décès du bénéficiaire de la charge et l'épuisement des biens alloués à son exécution.

⁴⁵³ UFFER-TOBLER, p. 102.

⁴⁵⁴ Seconde partie chapitre IX C.

⁴⁵⁵ RIEMER, BKomm Stiftungen, N 43 *ad* art. 85-86 CC.

⁴⁵⁶ 30, 50 à 70 ans voir plus ou encore 100 ans ; PIOTET, Mélanges p. 1431 note 57.

⁴⁵⁷ SPIRO, p. 1285 s.

⁴⁵⁸ TF 4C.346/2000 consid. 3.

⁴⁵⁹ ATF 87 II 355 consid. 2b = JdT 1962 I 354.

⁴⁶⁰ CR CC I-FOËX, N 4 et 7 *ad* art. 7.

⁴⁶¹ Seconde partie chapitre VII C.

La charge s'éteint automatiquement au décès du bénéficiaire spécifiquement désigné. C'est la seule solution convenable ; la charge n'entre pas dans le patrimoine de son destinataire et n'est donc pas transmissible. L'invocation du décès du bénéficiaire par la défenderesse (la fondation) durant une éventuelle procédure d'exécution ouverte après sa mort doit, selon nous, être considérée comme une objection. Il s'agit en effet ici de démontrer que le droit de demander l'exécution n'existe plus (fait extinctif)⁴⁶² plutôt que d'essayer de le paralyser (exception)⁴⁶³. Par la création d'un droit spécial, le fondateur confère aux intéressés la possibilité de demander l'exécution d'une prestation en faveur d'une personne particulière ; avec la mort de cette dernière, le droit de requérir l'exécution n'a plus de raison d'être et disparaît.

Si, après plusieurs années de prestations versées à partir du capital spécialement alloué à l'exécution de la charge, ce dernier venait à s'épuiser, la fondation aurait la possibilité d'en demander la suppression⁴⁶⁴.

⁴⁶² BOHNET, p. 293 s.

⁴⁶³ BOHNET p. 294.

⁴⁶⁴ UFFER-TOBLER, p. 102 s. concernant les charges successorales.

CONCLUSION

Entre l'obligation au sens étroit et le vœu n'ayant aucun effet juridique contraignant, le terme de « charge » regroupe, pour le droit des fondations, deux figures juridiques qui sont en définitive très différentes. Si toutes visent l'imposition d'une prestation positive ou négative sans pour autant conférer de créance, leurs similarités s'arrêtent là.

Avec l'instauration de l'art. 86 al. 2 CC, le législateur a donné, probablement sans s'en rendre compte, le nom de « charge » à une figure juridique qui n'est pas similaire à celles existant en droit des successions et en droit de la donation. Les charges prévues par cette disposition sont en réalité des accessoires du but principal de la fondation et sont, comme lui, entièrement régies par les règles légales applicables à cette personne morale.

Les droits spéciaux, c'est-à-dire des charges au sens technique du terme, accessoires d'une attribution à titre gratuit conférant un droit subjectif non patrimonial à leur bénéficiaire, ne relèvent pas des règles spéciales du droit des fondations et ne sont par conséquent pas visées par ladite disposition. Elles doivent être traitées de la même manière que les autres charges de droit privé, pour autant que soient prises en compte les spécificités inhérentes à la fondation.

Si la charge au sens de l'art. 86 al. 2 CC avait au début du XX^{ème} siècle une quelconque utilité théorique du fait de l'interprétation stricte de la notion de spécialité du but, celle-ci a aujourd'hui disparu, les fondations pouvant maintenant poursuivre plusieurs buts simultanément. Et quand bien même les charges se rapportant au but eurent une quelconque relevance, l'art. 86 al. 2 CC n'est quant à lui resté que lettre morte (un seul cas d'application en bientôt 110 ans).

En l'état, l'art. 86 al. 2 CC est superflu et porte à confusion. A notre avis, sa suppression ou tout du moins sa modification allant dans le sens de la proposition ci-dessous est bienvenue.

« Peuvent être supprimés ou modifiés de la même manière et dans les mêmes circonstances les buts accessoires et les conditions qui compromettent le but principal voulu par le fondateur. »

Dans la foulée de cette modification, l'introduction de quelques dispositions sur les droits spéciaux s'avèrerait également pertinent, notamment sur les questions de leur contenu, leur exécution, leur modification et leur articulation avec les charges successorales.

Ces modifications pourraient s'inscrire dans le cadre d'un projet de plus grande ampleur, visant une refonte totale du droit suisse des fondations. Refonte dont les règles vieillissantes du Code civil ont grandement besoin.