A propos d'une décision du Conseil Fédéral sur les personnes morales de droit public et celles de droit privé

Autor(en): **Martin, Alfred**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **36 (1917)**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-896380

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

A propos d'une décision du Conseil Fédéral sur les personnes morales de droit public et celles de droit privé.

Par Alfred Martin, Dr., professeur à Genève.

I.

Le titre XII de la constitution genevoise de 1847 se rapporte aux fondations. — Il contient, entre autres, les dispositions suivantes: art. 139: „Aucune fondation d'utilité publique ou de bienfaisance agissant en nom collectif, ne peut être établie sans l'assentiment du Grand Conseil". — Art. 141: „Les autorisations pour les sociétés anonymes ayant pour objet des entreprises de commerce, de banque, d'industrie, d'agriculture ou autres du même genre, continueront à être données suivant les dispositions des lois à cet égard."

En exécution de ces règles, le Grand Conseil a adopté une loi générale sur les fondations, qui porte la date du 22 août 1849.

Le législateur genevois ne définissait par ce terme de fondation, d'une manière simple et précise.

D'après l'article 1er, il faut considérer „comme „fondations désignées par l'article 139 de la constitution, „tous les établissements, institutions, corporations, ayant „un caractère d'utilité ou de bienfaisance générale, existant „soit par leurs opérations, soit en vertu de donations, de „legs ou de collectes employés dans un but déterminé, et „dont l'administration particulière, agissant en nom col- „lectif, ne se compose pas d'un des corps administratifs

„reconnus par la constitution ou institués par les lois qui „en résultent.“

Pour éviter les malentendus auxquels pouvait donner lieu cette rédaction compliquée, la loi énumérait les établissements, qui ne devaient pas être considérés comme des fondations auxquelles ses dispositions étaient applicables. Cette énumération se rapportait:

1° Aux fondations dont l'administration est confiée à des citoyens désignés par les fondateurs, et qui opèrent comme détenteurs de fonds à eux remis, sous leur nom et responsabilité personnelle.

2° Aux sociétés civiles qui assurent à des associés la jouissance commune d'immeubles pour un usage et un temps déterminés.

3° Aux associations civiles ou commerciales ayant pour objet des entreprises industrielles, commerciales ou agricoles ou d'exploitation, dont les associés attendent un bénéfice.

4° Aux associations libres de personnes se réunissant pour s'occuper en commun d'objets religieux, politiques, philosophiques, scientifiques, littéraires et artistiques, qui contribuent aux frais de leurs réunions par des cotisations, et qui sont administrées par des personnes élues par elles à temps.

5° Aux sociétés libres de tir et autres exercices, ainsi qu'aux réunions connues sous le nom de cercles.

La notion de fondation ne ressortait pas très nettement de ces dispositions. — En somme, on pouvait dire que la loi réglait le sort des personnes morales qui possédaient des biens, sans être des sociétés civiles ou commerciales. Dans tous les cas, la fondation du droit genevois était très différente de ce que le Code civil suisse désigne par ce terme. Elle n'avait pas nécessairement pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécial (art. 80 CCS), puisque l'article 1er de la loi considérait comme fondations, les établissements, institutions et corporations etc. Les deux catégories de personnes morales prévues par le

Code, c'est-à-dire les associations et les fondations se trouvaient plus ou moins confondues.

Le régime qui était applicable à ces établissements avait les caractères suivants:

1° Ils ne pouvaient exister juridiquement, que moyennant l'autorisation du Grand Conseil.

2° Ils devaient se munir, tous les trente ans, d'une nouvelle autorisation.

3° Leurs administrateurs ne pouvaient être nommés pour un temps excédant cinq années. Ils devaient être nommés par des ayants-droit à la fondation, par le Conseil d'Etat, par des Conseils Municipaux ou par des corps reconnus par la Constitution comme chargés d'une administration publique.

4° Leurs capitaux devaient être gérés sous la surveillance du Conseil d'Etat, d'une autorité communale, ou de corps institués par la Constitution.

Parmi les fondations qui ont été créées sous l'empire de la loi de 1849, l'une des plus intéressantes a été celle du Conservatoire de Musique.

Deux généreux citoyens genevois, Mrs. Ami Bernard Constant Bartholony et Jean François Bartholony, ayant décidé d'élever à leurs frais un édifice destiné à réunir toutes les conditions propres à faciliter l'étude de l'art de la musique, ont demandé au Conseil d'Etat la concession d'un terrain. Une loi portant la date du 7 mars 1853 a autorisé la fondation dite le Conservatoire de Musique, ainsi que les statuts, dont les clauses principales sont les suivantes: Art. 1er. „Il est créé à Genève, pour le terme de trente années, une fondation dite le Conservatoire de Musique à Genève. . . ." Art. 2. „La dite fondation se propose pour but l'avancement et les progrès de la musique dans le Canton de Genève. . . ." Art. 4. „La présente fondation sera administrée par un comité de quinze membres." Art. 8. „En conformité de l'art. 11 de la loi générale sur les fondations du 22 août 1849, d'après lequel les administrations peuvent être nommées par des ayants-

droit aux fondations, il est ici statué que les quinze membres du Comité seront d'abord nommés par mes dits Sieurs Ami Bernard Constant et Jean François Bartholony fondateurs . . . que, au cas de décès de l'un d'eux, ils seront nommés par le survivant, et que, après le décès de ce dernier, les dits quinze membres seront nommés par une Commission composée de deux membres délégués du Conseil d'Etat, de deux membres délégués du Conseil Administratif de la Ville de Genève, et du plus proche parent mâle des fondateurs."

Quelques mois après, le Conseil d'Etat autorisé par une loi, concédait gratuitement une parcelle de terrain à la Fondation du Conservatoire de Musique à Genève. C'est sur ce terrain que s'est élevé l'immeuble construit aux frais de Mrs. Bartholony et dans lequel s'est établi le Conservatoire de Musique.

La fondation n'a pas cessé de se développer depuis soixante ans. Elle existait donc au moment de l'entrée en vigueur du Code Civil. Mais pour conserver sa qualité de personne morale, elle devait se faire inscrire dans le registre du commerce, avant le 1er janvier 1917, puisque l'article 7 du titre final du Code Civil statue que les personnes morales existantes dont la loi nouvelle subordonne la constitution à une inscription dans un registre public, doivent se faire inscrire dans les cinq ans, à compter de l'entrée en vigueur du Code Civil, et que, faute par elles de procéder à cette formalité, elles perdent leur qualité de personnes morales.

Cette question de l'inscription des fondations existantes a fait surgir une contestation, au sujet de laquelle il peut être intéressant d'entrer dans quelques détails.

II.

Le point de vue auquel s'est placée l'autorité cantonale genevoise parait devoir être caractérisé de la manière suivante:

L'article 7 du titre final n'impose la formalité de l'inscription qu'aux personnes morales existantes dont la loi nouvelle subordonne la constitution à une inscription dans un registre public. Or le Code, dans son article 52 dispense de cette formalité les corporations et les établissements de droit public, pour lesquels le droit public du canton est réservé. (Art. 59.)

Donc, il importe de distinguer, parmi les fondations existant dans le Canton de Genève, deux catégories:

1° Celle qui comprend les fondations et établissements de droit public, auxquels la loi genevoise sur les fondations reste applicable, et qui ne doivent pas s'inscrire au registre du commerce. 2° Celle qui comprend les fondations de droit privé, qui seules sont obligées de se faire inscrire dans les cinq ans.

Mais comment faire le départ entre ces deux catégories? Le Grand Conseil a cru résoudre la difficulté par le moyen suivant: Les fondations anciennes, qui estimeront être régies par le Code Civil Suisse, devront demander à l'Etat l'autorisation de se faire inscrire. — Pour chaque cas particulier, l'Etat examinera si la requérante est une personne morale de droit public ou de droit privé. S'il estime qu'il s'agit d'une personne morale de droit public, il refusera l'autorisation. Si au contraire il constate qu'il s'agit d'une personne morale de droit privé, il présentera au Grand Conseil un projet de loi autorisant la fondation requérante à se faire inscrire au registre comme ayant la personnalité juridique en vertu de la loi ancienne.

En conséquence le Grand Conseil de Genève a voté une loi, en date du 4 octobre 1913. Ses principales dispositions sont les suivantes: „La loi générale sur les fondations du 22 août 1849 est maintenue pour autant qu'elle régit les corporations et établissements soumis au droit public cantonal" (art. 1er). — „Seront considérées comme rentrant dans cette catégorie, toutes les fondations anciennes qui n'auraient pas été autorisées par une loi spéciale à se faire inscrire au registre du commerce comme

fondations soumises au Code Civil Suisse et à la loi genevoise d'application, ou à se constituer en association ayant la personnalité juridique" (art. 2).

Le gouvernement genevois attachait, semble-t-il, une grande importance au maintien de la loi genevoise sur les fondations, comme étant applicable aux fondations ou établissements de droit public, ce qui est très contestable, car ces personnes morales sont, en général, régies par une loi spéciale.

Il tenait aussi, à empêcher l'inscription au registre du commerce, des personnes morales de droit public, comme si cette formalité pouvait suffire à faire disparaître le caractère public de ces établissements, et à les soustraire au droit genevois.

Le comité du Conservatoire de Musique n'en a pas moins requis l'inscription de la fondation. Mais le préposé au registre du commerce déclara ne pas pouvoir procéder à cette inscription, en invoquant la loi du 4 octobre 1913, aux termes de laquelle l'inscription ne pouvait avoir lieu que moyennant une autorisation spéciale résultant d'une loi.

La fondation a recouru, d'abord, auprès de l'autorité cantonale de surveillance, qui a écarté sa réclamation, et ensuite auprès du Conseil Fédéral, comme autorité supérieure, en concluant à ce que la fondation soit inscrite au registre du commerce, en vertu des articles 80 et suivants du CCS.

L'objet du litige était la détermination de la nature juridique de la fondation du Conservatoire. Est-elle de droit public ou de droit privé? Si elle est une personne morale de droit public, elle est soumise à la législation genevoise, et elle est dispensée de la formalité de l'inscription au registre du commerce. Si elle est une personne morale de droit privé, elle est régie par le droit civil suisse, et en conformité de l'article 7 du titre final, elle est tenue de s'inscrire, avant le 1er janvier 1917, sous peine de perdre sa qualité de personne morale.

Le Département cantonal du commerce et de l'industrie soutenait que les statuts de la fondation du Conservatoire lui donnent le caractère d'un établissement soumis au droit public du Canton de Genève pour les motifs suivants:

1° Les fondateurs ont demandé au Conseil d'Etat du canton et ont obtenu de lui la concession d'un terrain aux fins d'y élever le Conservatoire. — 2° Les membres du Comité, après le décès des deux messieurs Bartholony, fondateurs, sont nommés par une commission de cinq membres, dont deux membres délégués du Conseil d'Etat, deux membres délégués du Conseil administratif de la Ville de Genève, et un seul autre membre parent des fondateurs. — 3° Le comité doit adresser chaque année au Conseil d'Etat du Canton de Genève un rapport de gestion et donner communication à ce corps de la nomination de ses membres. — 4° L'autorisation de renouvellement de la fondation pour une nouvelle période de 30 ans, autorisation donnée par la loi du 25 février 1885, confirme les dispositions ci-dessus indiquées.

En résumé, le Conservatoire est un établissement d'utilité publique. S'il n'avait pas été créé, l'Etat aurait sans doute dû fonder lui-même un Conservatoire accessible comme celui-là aux bourses modestes, pour rendre l'enseignement populaire.

Le système du Comité du Conservatoire se trouve résumé dans le passage suivant de sa réponse:

„Les arguments avancés par l'autorité cantonale de surveillance n'ont aucune force probante pour établir le caractère de droit public de la fondation du Conservatoire de Musique de Genève. Ils équivalent à dire que toutes les fondations constituées dans le canton de Genève avant 1912 étaient de droit public, parce qu'elles se trouvaient soumises à la loi genevoise de 1849, et que, contrairement aux voeux du Code Civil Suisse, aucune fondation constituée dans le canton de Genève antérieurement à 1912, ne pourra bénéficier des dispositions de ce code sans l'autorisation de l'Etat de Genève. Or, ce n'est

certainement pas là le sens de la réserve du droit public cantonal telle que l'a instituée l'article 59 du Code Civil Suisse. Le Conservatoire de Musique de Genève estime que la loi genevoise du 4 octobre 1913 était inconstitutionnelle, en tant que faisant échec au principe de la liberté des fondations."

Le Conseil Fédéral, par décision prise le 28 janvier 1916, a admis le recours du Conservatoire. — Ses motifs peuvent être résumés de la manière suivante:

„La question de savoir si le Conservatoire appartient au droit public ou au droit privé doit être résolue sur la base des dispositions contenues dans la législation fédérale, attendu que la législation cantonale ne renferme pas de dispositions déterminantes en la matière.

Or, le but du Conservatoire ne saurait être désigné „comme étant de droit public, car l'avancement et les progrès de la musique ne sont pas compris en vertu de leur nature, dans les devoirs de l'Etat"; et quant à „la relation avec l'Etat, le Conservatoire de musique de Genève ne représente pas une partie de l'organisation publique et le droit public ne l'oblige nullement vis-à-vis de l'Etat à remplir son but."

La fondation étant de droit privé, elle a droit à se faire inscrire au registre du commerce, sans avoir besoin d'obtenir aucune autorisation officielle.

Le législateur genevois de 1913 a empiété sur la législation fédérale, en subordonnant l'inscription des fondations privées et l'acquisition de la personnalité juridique à une autorisation spéciale. Il en résulte que, conformément au Code Civil Suisse, le Conservatoire n'a besoin d'aucune autorisation du Grand Conseil du Canton de Genève, pour se faire inscrire au registre du commerce.

Cette décision nous paraît entièrement fondée. Le législateur genevois avait fait fausse route, en subordonnant l'inscription des fondations existantes à une autorisation qu'il serait libre d'accorder ou de refuser.

Depuis l'entrée en vigueur du Code Civil, les fondations de droit privé ont acquis le droit de continuer à exister

comme personnes morales, moyennant la formalité de l'inscription, sans être obligées de demander une autorisation quelconque à l'Etat.

Mais toute difficulté n'est pas écartée pour les personnes morales existantes à Genève.

Il s'agit de distinguer entre celles qui appartiennent au droit privé et celles qui sont de droit public. Les premières doivent se faire inscrire au registre du commerce, avant le 1er janvier 1917, les secondes sont exemptées de cette formalité.

Or, il existe à Genève un assez grand nombre de fondations, dont le caractère juridique est incertain.

III.

La notion de personne morale de droit public est extrêmement difficile à déterminer.

Le domaine propre à ces établissements est assez étroitement limité.

Ils doivent être d'abord distingués des simples sections, des branches de l'administration publique, des Départements de l'Etat, qui se confondent avec l'Etat lui-même, dont ils sont des parties intégrantes.

Les personnes morales de droit public, au contraire, ont une personnalité distincte de celle de l'Etat, parce qu'elles ont besoin d'une certaine indépendance. C'est le droit public qui leur confère cette existence juridique, quand il le juge opportun. Mais la ligne de démarcation qui les sépare des sections de l'administration publique peut être souvent assez indécise.

L'administration des chemins de fer fédéraux ne constitue pas un sujet de droit distinct de la Confédération (Arrêts du Tribunal Fédéral, Rec. off. T. XXIX, 1, no 41, p. 193; T. XXXI, 2, no 70, p. 541),

Au contraire, l'administration des alcools et la Banque Nationale ont été déclarées personnes morales de droit public, par des lois spéciales.

Le Département fédéral de Justice, dans un acte du

5 août 1899, a exprimé l'avis que certaines corporations ou établissements de droit public peuvent acquérir la personnalité par les moyens suivants:

1° La Confédération décide, dans une loi, qu'une institution fédérale existante, ou qu'il s'agit de créer, possède la personnalité.

2° La Confédération édicte une loi générale, qui indique les conditions, moyennant lesquelles une autorité peut conférer la personnalité à une institution fédérale, ou à un certain patrimoine.[1])

Mais la distinction qui doit être faite entre les personnes morales de droit public et celles de droit privé est encore bien plus délicate.

Gierke reconnaît qu'il n'existe aucun critère suffisamment sûr pour résoudre cette question.[2])

Parmi les nombreuses opinions qui se sont produites dans la doctrine allemande, nous mentionnerons d'abord celle qui consiste à considérer surtout le but en vue duquel les personnes morales ont été créées.

Si ce but est d'ordre privé, la personne morale est de droit privé; si le but est d'ordre public, la personne est de droit public. Le Tribunal Fédéral a adopté d'abord ce système. Son arrêt du 22 janvier 1892 concernant la Friedrichsche Kaplaneistiftung, Rec. off. T, XVIII, no 33, renferme les considérants suivants: Ce n'est pas la nature de l'acte de fondation, mais son but qui détermine le caractère d'une fondation. Lorsqu'une fondation poursuit des buts de droit public, elle appartient au droit public, lors même qu'elle tire son origine d'une déclaration de volonté privée.[3])

---

[1]) Voir Salis, Schw. Bundesrecht, III, p. 751.

[2]) Egger, Personenrecht, p. 202.

[3]) Über den öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Charakter einer Stiftung entscheidet nicht die Natur des Begründungsaktes, sondern ihr Zweck. Soweit eine Stiftung öffentlich-rechtliche Zwecke verfolgt, gehört sie dem öffentlichen Rechte an, mag auch immerhin ihre Entstehung auf eine Privatwillenserklärung zurückzuführen sein.

Mais cette opinion est fort peu satisfaisante. Qu'est-ce qu'un but de droit public, et un but de droit privé? — Le but du droit public comme celui du droit privé est le bien, le juste, l'utile. Le bien de l'individu et celui de la communauté sont intimément unis.[4])

Dira-t-on que la personne morale qui poursuit un but d'utilité publique, est de droit public et que celle qui poursuit un but d'utilité particulière, est de droit privé?

A ce compte-là, il n'y aurait presque aucune fondation de droit privé, car une fondation même de droit privé, a en général un caractère d'utilité publique.

Celui qui consacre un capital à fonder un hôpital, une école ou un musée, désire réaliser un but d'utilité publique; et cependant la personne morale qu'il a instituée, est incontestablement de droit privé.

Le regretté professeur Hitzig a fait observer dans un travail qu'a publié cette Revue, qu'un établissement peut être d'ordre purement privé, tout en poursuivant des buts d'intérêt public. Il cite l'exemple des fondations privées, dont les revenus sont consacrés, en tout ou en partie, au profit d'une Université, ou d'une Faculté.[5])

D'autre part, on a proposé comme critère, pour distinguer les personnes morales de droit privé et celles de droit public, non pas leurs relations avec l'Etat, mais celles de la corporation avec ses membres.

Une association serait de droit public, lorsqu'on en devient membre, indépendamment de son propre consentement. Mais il a été objecté qu'il existe des associations de droit public, dans lesquelles on entre volontairement, et des associations de droit privé, dont on est tenu de faire partie.[6])

---

[4]) Das Wohl der Einzelnen und das des Ganzen sind auf das engste verbunden. Dernburg, Pandekten I, p. 47.

[5]) Das Familienvermögen. Zeitschr. f. schw. R. N. F., 21 vol., p. 17.

Voir aussi Egger, Schw. ZGB, p. 202 et suiv.

[6]) Egger, p. 202.

Le caractère distinctif des personnes morales de droit public consiste bien dans ses relations étroites avec l'Etat. D'après Hitzig, il ne faut considérer comme étant un établissement de droit public, que celui qui, en vertu du droit public est tenu vis-à-vis de l'Etat, à réaliser un but.[7]) La jurisprudence du Tribunal Fédéral paraît s'être modifiée, dans un sens favorable à ce point de vue.

Dans une cause jugée le 13 décembre 1897 il s'agissait de savoir si l'établissement d'assurances contre l'incendie de Zurich est une personne morale de droit public.[8])

Le Tribunal Fédéral a d'abord constaté qu'il y avait là une personne morale indépendante, ayant une vie propre, et non pas une section de l'administration. Ensuite il a décidé que c'était une personne morale de droit public.

„Ce caractère de droit public résulte des rapports de l'établissement avec l'Etat, en vertu desquels le dit établissement est obligé d'assurer les bâtiments contre l'incendie (kraft dessen sie dem Staate gegenüber die öffentlich-rechtliche Pflicht zur Versicherung der Gebäude gegen Feuerschaden hat). — L'établissement d'assurances a été fondé par une loi administrative spéciale, et il est entièrement soumis à la direction de l'Etat; son cercle d'activité s'étend au territoire du Canton de Zurich. Les bâtiments qui s'y trouvent doivent, en vertu du droit public, être assurés auprès de l'établissement en question, et ce dernier est, à son tour, tenu, en vertu de la loi, de les assurer. Cette assurance a pour base non un contrat de droit privé, mais une disposition légale.

„L'établissement est, au plus haut degré, rattaché (angelehnt) à l'Etat; ses affaires sont en grande partie expédiées par les organes de l'Etat, sans préjudice cependant à sa personnalité propre."

Ainsi, contrairement à sa jurisprudence antérieure,

---

[7]) Das Kriterium wird neuerdings darin gefunden, dass die öffentliche Anstalt, und nur diese, dem Staate kraft öffentlichen Rechtes zur Erfüllung ihres Zweckes verpflichtet ist. — Loc. cit.

[8]) Rec. off. T. XXIII, no 235.

le Tribunal Fédéral restreint la notion de personne morale de droit public, en ce sens qu'elle implique les caractères suivants: 1° Tout en se distinguant d'un simple département de l'Administration Publique, elle est étroitement reliée à l'Etat. — 2° Elle est obligée, vis-à-vis de l'Etat, à réaliser un certain but. — 3° Cette obligation repose sur le droit public, c'est-à-dire qu'elle a son origine dans la volonté de l'Etat, se manifestant par un acte public, et non pas dans un contrat de droit privé.

Le Conseil Fédéral a appliqué ces principes au Conservatoire de Musique de Genève, ainsi que cela résulte des considérants suivants de sa décision du 28 janvier 1915: „Il apparaît, d'abord en ce qui concerne le but du Conservatoire, que celui-ci ne saurait être désigné comme étant de droit public, car l'avancement et les progrès de la musique ne sont pas compris, en vertu de leur nature, dans les devoirs de l'Etat. En ce qui a trait, ensuite, à la relation avec l'Etat, le Conservatoire de Musique de Genève ne représente pas une partie de l'organisation publique et le droit public ne l'oblige nullement vis-à-vis de l'Etat à remplir son but. Si le Conservatoire venait à disparaître, l'Etat pourrait sans doute assumer lui-même la mission de cet établissement. Mais la fondation n'a aucune obligation de droit public de continuer sa propre activité."

IV.

Pour comprendre le sens et la portée des dispositions du Code sur les personnes morales, il importe de rechercher le point de vue auquel s'est placé le législateur. Il avait à choisir entre deux systèmes, celui qu'on a appelé le système de la concession (Konzessionssystem) et celui de la liberté des personnes morales. Le premier, celui qui a été en vigueur, et qui l'est encore dans plusieurs pays, repose sur l'idée que la personnalité morale ou juridique est une création de l'Etat, qu'elle ne peut naître qu'en vertu d'un décret ou d'une loi. L'autre, au contraire,

reconnaît et garantit aux personnes morales leur existence juridique, dès qu'elles satisfont à certaines conditions, dès qu'elles possèdent les organes nécessaires.

Le Code Civil Suisse a adopté ce système libéral. — La personnalité morale n'est pas concédée par l'Etat, elle est reconnue, comme existant, moyennant certaines conditions de fait, sous la forme d'une association de personnes, ou d'un établissement.[9])

Mais, afin de donner à cette création de la volonté humaine un caractère suffisant de certitude et de publicité, il a paru nécessaire d'exiger que son existence soit rendue publique par une formalité. Cette formalité consiste dans l'inscription au registre du commerce, à laquelle les intéressés peuvent procéder sans avoir besoin d'aucune autorisation officielle.

Tel est le principe qui est formulé dans l'article 52: „Les sociétés organisées corporativement, de même que les établissements ayant un but spécial et une existence propre, acquièrent la personnalité en se faisant inscrire au registre du commerce."

Cette règle n'est toutefois pas applicable à deux catégories de personnes morales. La première comprend les associations qui n'ont pas un but économique, les fondations ecclésiastiques et les fondations de famille. — Elles n'ont pas même besoin de s'inscrire. Il suffit, pour que leur existence soit reconnue, qu'elles possèdent les organes qui leur sont propres.

La seconde catégorie se compose des corporations et des établissements de droit public. Ils sont régis, soit par le droit public de la Confédération s'ils dépendent de celle-ci, soit par le droit public du canton, auquel ils appartiennent. (Art. 59.)

---

[9]) Die juristische Persönlichkeit wird nicht durch den Staat verliehen, sondern auf Grund gewisser faktischer Voraussetzungen allgemein anerkannt, als Personenverband oder als Anstalt.

(Rapport de M. Huber au Cons. National. Bulletin Sténog., XV. année, p. 475.)

Le droit civil suisse ne doit pas empiéter sur le droit public de la Confédération, ou des cantons (art. 6). C'est par respect pour les attributions de l'Etat, que le Code Civil s'est abstenu de soumettre les personnes morales de droit public à la formalité de l'inscription. Mais nous voici de nouveau en présence de la grave difficulté qui consiste à délimiter d'une façon précise le domaine du droit public et celui du droit privé, de distinguer les personnes de droit public et les personnes de droit privé.[10])

Il faut renoncer à formuler un critère infaillible.[11]) Il s'agit d'une question d'appréciation qui doit être résolue dans chaque cas particulier.

Mais cette tâche est considérablement facilitée si l'on s'inspire de l'esprit, dans lequel a été traitée cette matière par le législateur suisse.

Il a voulu garantir aux personnes morales la liberté la plus étendue. Dès l'entrée en vigueur du Code Civil, elles n'ont plus besoin d'aucune autorisation préalable. — Cette liberté ne doit être ni supprimée, ni même restreinte par les lois cantonales; il ne dépend pas des cantons de donner arbitrairement à des personnes morales qui, en réalité, sont de droit privé, le caractère de personnes morales de droit public.[12])

Quant aux associations et fondations qui ont été constituées avant l'entrée en vigueur du Code Civil, sur

---

[10]) Holliger. Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht.

[11]) Ist für eine Rechtsnorm das Interesse des Einzelnen das zunächst Bestimmende, so gehört sie dem privaten, ist für sie das Interesse der Gesamtheit das Massgebende, so gehört sie dem öffentlichen Recht. Immerhin handelt es sich bei dieser Unterscheidung nicht um scharfe Gegensätze. Dernburg, Pandekten I, p. 47.

Die Grenze zwischen öffentlich-rechtlichen und privaten juristischen Personen wird bisweilen zweifelhaft sein. Planck, BGB I, p. 126.

[12]) Voir Curti-Forrer. Commentaire traduction de M. Porret, p. 48.

la base du droit cantonal, elles ont été, par l'article 7 du titre final, mises au bénéfice du régime nouveau.

Elles conservent leur personnalité, moyennant une seule condition, celle de se faire inscrire au registre du commerce, avant le 1er janvier 1917. — Pour elles, comme pour celles qui ont pris naissance depuis le 1er janvier 1912, il ne peut plus être question de concession officielle. Elles sont affranchies de ce régime, sous lequel elles ont vécu antérieurement.

Aussi importe-t-il de s'élever énergiquement contre une prétention qui s'est manifestée, à propos du recours du Conservatoire de Musique de Genève. — L'Etat de Genève s'est efforcé de soutenir que le Conservatoire était une fondation de droit public, parce que ses statuts le soumettaient vis-à-vis de l'Etat à une situation dépendante, qui lui était imposée par la loi genevoise. Si ce point de vue était fondé, il faudrait déclarer que toutes les fondations existantes à Genève, au moment de l'entrée en vigueur du Code Civil Suisse, doivent être considérées comme des fondations de droit public, lors même qu'au point de vue du Code Civil Suisse, elles sont, en réalité, des personnes morales de droit privé. Ce qui reviendrait à perpétuer, contrairement aux principes de la législation actuelle, le régime de la concession officielle, pour un temps indéterminé.

Nous objectera-t-on que le droit civil fédéral ne doit pas porter atteinte au droit public des cantons, en vertu de l'article 6 du Code Civil, d'après lequel les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de droit public?

Il serait facile de répondre d'abord qu'il n'appartient pas aux cantons de faire échec à la législation fédérale, en étendant abusivement la notion de droit public, et ensuite que le droit civil fédéral a incontestablement modifié le droit public des cantons, sur plusieurs points.

C'est ce que constate avec beaucoup de raison, M. Reichel, qui fait observer que l'article 6 paraît dire plus

qu'il ne dit en réalité,[13]) car il ne peut y avoir aucun doute sur le fait que le droit public des cantons est restreint par le Code Civil.

La distinction entre les personnes morales de droit public et celles de droit privé doit être faite par les autorités compétentes, qui prononcent, non sur la base du droit civil cantonal antérieur, puisque ce droit a été abrogé par le Code Civil, mais sur celle des principes généraux du droit applicables en Suisse.

Nous avons indiqué plus haut le critère adopté en dernier lieu par le Tribunal Fédéral et par le Conseil Fédéral. Les personnes morales appartiennent au droit public, lorsqu'en vertu du droit public, elles sont obligées vis-à-vis de l'Etat, à réaliser leur but.

Toute personne morale a été constituée en vue d'un certain but. Pour qu'elle ait le caractère de droit public, il faut que l'Etat lui ait imposé l'obligation de réaliser ce but, non pas en vertu d'un contrat de droit privé, mais en application de son droit public.

Cette définition paraît suffisamment exacte. Elle ne peut guère être plus précise.

Une Université est l'exemple par excellence d'un établissement de droit public. Elle est organisée par l'Etat, qui en vertu de sa souveraineté lui confère la personnalité. Elle est obligée, par la loi qui l'a créée, de pourvoir à l'enseignement supérieur.

En revanche, une société ou une fondation qui s'est constituée pour fournir à l'Université ou à l'une de ses facultés, des subsides utiles à son développement, est une personne de droit privé, parce qu'elle n'a pris à l'égard de

---

[13]) Reichel. Einleitung, p. 17.

Gmür. Einleitung, art. 6, p. 55 et suiv.

Burckhardt. Kommentar der Schweiz. Bundesverfassung, p. 63 ss.

Bundesrecht, sofern es von zuständiger Stelle erlassen und der Bund überhaupt zuständig ist, geht als solches dem kantonalen vor, gleichgültig, ob es Verfassungsgesetz oder Verordnungsrecht sei.

l'Etat, aucun engagement, sur la base du droit public. On a cité l'exemple d'une Compagnie de bateaux à vapeur qui, par une convention conclue avec la Confédération, et moyennant une subvention, s'est engagée à transporter les lettres et les colis remis à la poste. Ce n'est pas une personne morale de droit public, parce que l'obligation contractée par la Compagnie vis-à-vis de l'Etat, résulte d'un contrat de droit privé.[14])

Les personnes morales de droit public étant tenues vis-à-vis de l'Etat à réaliser un certain but, en vertu du droit public, il en résulte nécessairement qu'elles doivent être liées à l'Etat, par des relations étroites. Elles sont créées et organisées par des actes de l'autorité publique.

Nous ne croyons pas nous tromper, en émettant l'opinion qu'elles ne sont pas nombreuses, et que la plupart des fondations et corporations qui existaient dans les cantons ou tout au moins dans le canton de Genève, au moment de l'entrée en vigueur du Code, doivent être considérées comme étant du domaine du droit privé, et en conséquence, tenues de s'inscrire avant le 1er janvier 1917.

Il n'en est pas moins vrai que la disposition de l'article 7 alinéa 2 du titre final a mis dans l'embarras certaines personnes morales qui existaient avant l'entrée en vigueur du Code Civil.

Pour conserver leur personnalité, elles devaient s'inscrire au registre du commerce avant le 1er janvier 1917, si la loi nouvelle subordonne leur constitution à une inscription dans un registre public.[15])

Or, la loi subordonne à cette formalité la constitution des sociétés organisées corporativement et des établissements ayant un but spécial et une existence propre, à moins qu'elles ne rentrent dans les quatre catégories suivantes: corporations et établissements de droit public,

---

[14]) Hafter. Personenrecht, p. 196.

[15]) Cet article a été écrit avant le 1er janvier 1917, mais il ne paraîtra qu'après cette date, donc après l'expiration du délai.

associations qui n'ont pas un but économique, fondations ecclésiastiques et fondations de famille.

Il est relativement facile de discerner le caractère particulier des trois dernières catégories, mais, comme nous croyons l'avoir démontré, il en est autrement de la première, c'est-à-dire des corporations et des établissements de droit public. Il existe, à Genève, et probablement aussi dans d'autres cantons, d'assez nombreux établissements, dont la nature est indécise. Faut-il les considérer comme ressortissant du droit public, ou comme rentrant dans le domaine du droit privé?

Il semble que la prudence devait recommander à la direction des établissements, dont le caractère juridique était douteux, de procéder à l'inscription. Il peut en effet arriver, qu'après le 1er janvier 1917, une contestation s'élevant sur ce point, l'autorité décide qu'il s'agit d'une personne morale de droit privé, qui ne s'étant pas inscrite, a perdu sa personnalité.

Le législateur genevois a paru considérer comme dangereuse l'inscription d'établissements ou de corporations, qui sont de droit public, dans la pensée que l'accomplissement de cette formalité pouvait leur enlever leur caractère véritable, et les soustraire à la souveraineté cantonale. C'est pour éviter ce résultat, qu'il a édicté la loi de 1913 qui chargeait le Grand Conseil de faire le départ entre les fondations de droit public et celles de droit privé. Mais ce point de vue est erroné. L'inscription au registre du commerce ne change nullement la nature d'une personne morale, et ne transforme pas en fondation de droit privé, un établissement de droit public.

L'inscription a seulement pour effet de soumettre la personne morale aux règles du droit de change et à la poursuite par voie de faillite.[16])

Nous espérons, que toutes les corporations et les fondations qui devaient se faire inscrire avant le 1er janvier 1917, ont accompli cette simple formalité.

---

[16]) Egger, p. 182.