

70. Arrêt du 27 décembre 1912 dans la cause

Banque populaire suisse contre Fribourg.

Const. féd. art. 4. — CCS art. 885. Engagement du bétail.

— Constitue un déni de justice matériel et une interprétation arbitraire de la loi, la décision par laquelle un canton restreint aux établissements financiers publics (Banque d'Etat, Banque cantonale) l'autorisation de pratiquer les prêts sur engagement du bétail.

A. — Par demande du 11 janvier 1912, la Banque populaire suisse, succursale de Fribourg, a sollicité du Conseil d'Etat de ce canton l'autorisation de pratiquer le prêt sur engagement de bétail tel qu'il est prévu à l'art. 885 CCS; cette autorisation lui a été refusée par décision du 26 janvier 1912, communiquée le 18 mars suivant. Elle est basée sur le fait que le Conseil d'Etat estimait devoir limiter les autorisations de ce genre aux deux établissements financiers cantonaux ayant un caractère officiel en vertu des lois organiques qui les ont institués soit, d'une part, la Banque de l'Etat de Fribourg, et, d'autre part, la Banque cantonale fribourgeoise.

Par mémoire consigné à la poste le 17 mai 1912, et parvenu à la chancellerie du Tribunal le 18 du même mois, la Banque populaire suisse, succursale de Fribourg, a recouru au Tribunal fédéral contre cette décision, qui constitue selon elle un acte arbitraire et une violation des art. 4 Const. féd. et 9 Const. cant.

B. — Dans son mémoire, la recourante relève que la Banque populaire suisse fait de nombreuses opérations de prêt et d'escompte au sein des populations rurales et qu'elle a obtenu dans d'autres cantons, soit à Berne, Saignelégier, Tramelan, Saint-Imier, Porrentruy, Zurich, Winterthour, Uster, Lausanne et Montreux, l'autorisation que lui a refusée le Conseil d'Etat de Fribourg. Elle explique également qu'elle est constituée sous la forme d'une société coopérative, comprenant 59 000 sociétaires, qu'elle a un capital de 58 000 000 fr. et

une réserve de 10 000 000 fr., et qu'elle présente ainsi toutes les garanties demandées par la loi. La recourante conteste aux gouvernements cantonaux le droit de désigner selon leur bon plaisir les établissements qu'ils entendent autoriser à pratiquer le prêt sur engagement de bétail. Ce genre d'affaires, institué dans le but de remplacer le *pactum reservati dominii* en ce qui concerne le bétail, doit être confié, à teneur de l'art. 885 CCS, aux associations agricoles et aux établissements financiers autorisés, afin de protéger les agriculteurs contre les pratiques usuraires de certains marchands de bestiaux. C'est ce qui ressort avec netteté de la délibération du Code civil suisse au sein de la Commission d'experts. L'autorisation cantonale prévue par l'art. 885 CCS n'est ainsi nullement instituée dans le but de créer un privilège en faveur d'établissements financiers officiels; en effet, la possibilité d'un pareil monopole se trouve toujours prévue expressément par le CCS quand il l'envisage comme permise. C'est ainsi que l'art. 908 CCS la prévoit en matière de prêt sur gages et l'art. 916 CCS en ce qui concerne l'émission de lettres de crédit. En terminant, la Banque populaire suisse relève le danger que peut entraîner dans un canton presque exclusivement agricole, l'introduction d'un pareil privilège.

C. — Dans sa réponse, le Conseil d'Etat explique tout d'abord avoir pris une décision identique au sujet des demandes qui lui ont été également présentées par deux autres établissements financiers du canton de Fribourg, le Crédit agricole et industriel de la Broye, à Estavayer, et le Crédit gruyérien, à Bulle. Il se défend ensuite d'avoir voulu manifester par cette décision de la méfiance à l'égard de la Banque populaire suisse. En droit, le Conseil d'Etat relève tout d'abord l'entière liberté d'appréciation laissée aux gouvernements cantonaux par l'art. 885 CCS; il s'agit en effet d'un acte de souveraineté, d'une sorte de concession qu'ils sont libres d'accorder ou de refuser selon leur bon plaisir. Il cherche ensuite à expliquer que, même si cette entière liberté n'existe pas pour les cantons, ceux-ci restent toujours libres de choisir et de déterminer les garanties qu'ils estiment être

en droit de réclamer de ceux qui veulent pratiquer le prêt sur engagement de bétail. Si donc, et en considération des difficultés que cette question peut soulever, un gouvernement cantonal prend la décision de n'accorder cette autorisation qu'aux établissements sur lesquels l'Etat a un droit de contrôle effectif, il agit ainsi dans les limites de l'appréciation à lui réservée par le CCS. Enfin, le Conseil d'Etat relève que, si l'on devait même admettre qu'il a, en l'espèce, interprété l'art. 885 CCS d'une manière erronée, il n'aurait en tout état de cause commis qu'une *error in iudicando*, ce qui, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, n'est pas constitutif de déni de justice.

D. — Dans sa réplique, la recourante a repris les arguments développés par elle dans son premier mémoire; elle s'attache en outre à démontrer que l'une des banques autorisées, la Banque cantonale fribourgeoise, n'est pas un établissement d'Etat et qu'ainsi l'autorisation qui lui a été accordée ne concorde pas avec la théorie soutenue par le gouvernement cantonal. Le Conseil d'Etat s'est efforcé de son côté, dans sa réplique, de discuter à nouveau ce dernier moyen tout en reprenant ses premiers motifs à l'appui de la décision attaquée.

Statuant sur ces faits et considérant en droit:

1. — Le recours a été interjeté en temps utile et la violation de textes constitutionnels est alléguée. Le Tribunal fédéral est donc compétent, mais pour autant qu'il s'agit non de l'interprétation à donner à l'art. 885 CCS, et uniquement de la question de savoir si la décision prise par le Conseil d'Etat de Fribourg en refusant à la recourante l'autorisation de pratiquer le prêt sur engagement de bétail, se présente comme une décision arbitraire ou comme portant atteinte à l'égalité entre les citoyens.

2. — Le Conseil d'Etat envisage tout d'abord jouir d'une liberté absolue en pareille matière et être même en droit de prendre de pareilles décisions sans indication de motifs puisqu'il s'agit d'un acte de souveraineté, c'est-à-dire de l'octroi d'une concession de la part de l'Etat. Ce premier moyen ne

paraît cependant pas fondé; les discussions préliminaires auxquelles a donné lieu le CCS lors de son élaboration, établissent au contraire d'une manière parfaitement claire que le législateur fédéral n'a point voulu laisser aux cantons un champ d'activité commercial à concéder à certains particuliers ou à certains établissements, mais qu'en restreignant à des établissements ou à des sociétés coopératives cantonalement autorisés la pratique de ce genre de prêt, il a seulement voulu rendre impossible l'exploitation usuraire de la population des campagnes par les marchands de bestiaux ou des prêteurs peu recommandables. Dans ces conditions, le fait de refuser une autorisation de ce genre sans motif quelconque constituerait précisément une décision arbitraire prise en violation de l'art. 4 de la Constitution fédérale.

3. — A la vérité, la décision attaquée ne présente pas ce caractère; elle est au contraire expressément motivée, mais cependant sur un motif unique, à savoir que seuls les établissements financiers cantonaux revêtant un caractère officiel par suite des lois organiques qui les ont créés, présentent les caractères prévus à l'art. 885 CCS. Le gouvernement fribourgeois motive cette théorie dans ses mémoires, en relevant tout d'abord que les cantons sont libres de rechercher là où ils le veulent le système de garanties destinées à protéger l'emprunteur selon les circonstances locales, et qu'en conséquence, les éléments de solvabilité et de moralité au point de vue commercial étant très difficiles à apprécier, le système qui permet le mieux de préserver ce genre d'opérations de l'influence des pratiques usuraires est celui auquel il s'est arrêté, soit l'exclusion de ce genre d'opérations prononcée contre tout établissement n'ayant pas un caractère officiel et par conséquent non soumis par là-même à un contrôle direct et effectif de la part de l'Etat. Il y a lieu à ce propos de constater, et cela contrairement à l'opinion émise par la recourante, qu'à ce point de vue, la Banque cantonale fribourgeoise revêt le caractère d'établissement officiel prévu par l'arrêté. La question qui se pose pour le Tribunal fédé-

ral est donc uniquement celle de savoir si, en choisissant comme unique moyen d'appréciation le caractère officiel des établissements de crédit pour accorder ou refuser l'autorisation de pratiquer l'engagement du bétail, le Conseil d'Etat de Fribourg a commis un acte d'arbitraire et un déni de justice.

4. — L'engagement sur le bétail, tel qu'il est prévu à l'art. 885 CCS a été adopté par la Commission d'experts sur la proposition de M. Laur et en remplacement du *pactum reservati domini*. Il résulte de la discussion à laquelle cette proposition a donné lieu, d'une part que les cantons ne peuvent interdire ou même limiter la pratique de ce genre de prêt sur leur territoire et que leur compétence consiste simplement à désigner les établissements de crédit et les sociétés coopératives autorisés à faire ce genre d'affaires. Il est vrai qu'une proposition avait été faite de les permettre à tous les établissements et syndicats ayant leur siège en Suisse, inscrits au registre du commerce et ayant une comptabilité régulière, et que cette proposition a finalement été repoussée. Néanmoins cette décision ne saurait être interprétée dans un sens aussi restrictif que celui indiqué par le Conseil d'Etat de Fribourg; ce rejet a été dicté uniquement par la considération qu'elle aurait permis la pratique de ce genre d'opérations à des banques privées et même à de simples particuliers, dont les affaires ne sont pas soumises au contrôle d'un organe quelconque, social ou autre, et dont les comptes ne reçoivent également aucune publicité.

5. — Il n'est pas contesté du reste que la décision prise par le Conseil d'Etat de Fribourg et par laquelle seuls les établissements de banque ayant un caractère officiel sont autorisés à pratiquer le prêt sur engagement de bétail, ne soit de nature à empêcher l'introduction de pratiques usuraires dans cette sorte d'opérations. Mais on doit examiner encore si ce moyen est seul efficace et s'il n'existe pas en Suisse d'autres établissements que ceux soumis au contrôle et à la dépendance de l'Etat, et qui présentent cependant les mêmes garanties. En ce cas, et si cette question doit être résolue dans un sens affirmatif, on sera amené par là-même à consi-

dérer que la décision attaquée violerait le principe de l'égalité devant la loi au sens strict (RO 1 p. 287), puisque la distinction faite par l'arrêté attaqué apparaîtrait comme illogique ou tout au moins comme faisant abstraction de considérations dont les gouvernements cantonaux doivent tenir compte lorsqu'ils sont appelés à accorder ou à refuser l'autorisation prévue à l'art. 885 CCS. Or l'examen de cette question permet précisément de constater l'existence en Suisse d'un grand nombre d'établissements de crédit, soumis par leur organisation à une surveillance et à un contrôle efficace et étendu, qui leur rend impossible l'exercice des pratiques usuraires que la loi a voulu empêcher, et cela dans des conditions égales à celles assurées par la surveillance de l'Etat. Cette constatation résulte avec évidence de la manière dont ces autorisations ont été accordées dans la plupart des autres cantons de la Suisse; le nombre important de décisions de ce genre qui ont été publiées par la *Feuille fédérale* pendant l'année 1912 montre que l'art. 885 CCS a été appliqué d'une manière complètement différente dans le reste de la Suisse et prouve ce qu'il y a de restrictif à l'excès dans l'interprétation adoptée par le Conseil d'Etat de Fribourg.

6. — Au surplus, l'interprétation à la base de la décision attaquée doit encore être considérée comme étant en contradiction complète avec le texte même de l'art. 885 CCS et comme faisant abstraction arbitrairement d'un des éléments indiqués par cette disposition légale. En effet, l'art. 885 ne parle pas seulement des « établissements de crédit », mais mentionne aussi les « sociétés coopératives » comme autorisées à pratiquer ce genre d'affaires. L'interprétation du Conseil d'Etat quand il prétend restreindre ces autorisations accordées aux seuls établissements financiers officiels se heurte donc à cette partie de l'art. 885, le caractère officiel étant par essence impossible à acquérir de la part d'une société coopérative. La décision attaquée entraîne ainsi cette conséquence d'interdire la pratique du prêt sur engagement de bétail à toute une catégorie de personnes juridiques que le CCS mentionne cependant expressément dans l'art. 885. Et

la délibération du CCS permet au contraire de constater que c'est précisément à ce genre de sociétés à base mutuelle et professionnelle que l'on a voulu rendre possible la pratique de ce genre d'affaires. Le système adopté par l'arrêt attaqué se trouve ainsi en contradiction absolue avec le texte même de l'art. 885 dont il restreint la portée d'une manière inadmissible. Et cette dernière constatation est d'autant plus importante en la cause que la société recourante est précisément constituée en société coopérative, qu'elle est en relation avec les agriculteurs et qu'elle a dans sa clientèle des agriculteurs et des paysans; ces faits ont en effet été allégués par la Banque populaire sans que leur exactitude ait été en aucune manière contestée par le Conseil d'Etat de Fribourg.

7. — Dans ces conditions, et l'existence d'une violation de l'égalité devant la loi au sens strict étant ainsi constatée, il n'y a pas lieu d'examiner si le Conseil d'Etat de Fribourg a commis ou non une *error in iudicando*, ce point de vue paraissant au surplus inadmissible puisqu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une décision judiciaire.

Le recours doit ainsi être déclaré fondé en ce sens que le Conseil d'Etat de Fribourg a violé le principe de l'égalité devant la loi en admettant que le défaut de caractère officiel est une raison suffisante pour refuser à la recourante l'autorisation prévue à l'art. 885 al. 1 CCS, le gouvernement fribourgeois restant au surplus exclusivement compétent pour décider si d'autres raisons existent en l'espèce et qui seraient de nature à l'amener à refuser cette autorisation.

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est admis dans le sens des considérants.

II. Handels- und Gewerbefreiheit. — Liberté du commerce et de l'industrie.

71. *Urteil vom 10. Juli 1912 in Sachen Chavan gegen Bern.*

Rekursverspätung? Behandlung eines kant. Entscheides, der zwar als Inkompetenzentscheid formuliert ist, jedoch nach Lage der Umstände in Wirklichkeit materielle Bedeutung hat, als materiell anfprechbaren Entscheid. — Unerheblichkeit eines Rekursgrundes (Art. 46 Abs. 2 BV) wegen mangelnder Substantiierung. — Verletzung der Rechtsgleichheit (Art. 4 BV)? Zulässigkeit der Belastung auswärtiger Gewerbetreibender, die nur vorübergehend im Kanton geschäftlich auftreten, mit einer besonderen (von den intern niedergelassenen Gewerbetreibenden nicht erhobenen) Abgabe, sowie auch einer allgemein durchgeführten Aenderung in der Bemessung dieser Abgabe innerhalb ihres vorschriftsgemässen Rahmens. — Besteuerung des Gewerbebetriebes (Art. 31 lit. e BV): Grenzen ihrer Zulässigkeit. Belastung eines sog. «Wandergelagers» orientalischer Teppiche für 14 Tage Verkaufszeit mit einer Gebühr von 600 Fr. als unstatthafte Prohibitivmassnahme (Vollziehungsverordnung zum bernischen Hausiergesetz v. 24. März 1878, Art. 16, Ziff. 1 lit. b, und Art. 4). Begriff des patentpflichtigen «Gehülfen» (Art. 8 Abs. 2 ibidem).

Das Bundesgericht hat
auf Grund folgender Aktenlage:

A. — Zum Verständnis der vorliegenden Streitsache sind folgende Bestimmungen der bernischen Gesetzgebung in Betracht zu ziehen:

a) Gesetz vom 24. März 1878 über den Marktverkehr und den Gewerbebetrieb im Umherziehen (Hausieren):

„§ 3. Unter den Begriff des Gewerbebetriebes im Umherziehen „fällt

„1. das Feilbieten von Waren

„b) durch vorübergehende Eröffnung eines Warenlagers „außerhalb der Dauer von Märkten (Ausverkäufe, liquidations, étalages, déballages, etc.)“