

**13. Extrait de l'arrêt de la Cour de droit public
du 12 mars 1937 dans la cause Raoul de Graffenried-Villars
contre Etat de Fribourg.**

L'octroi du droit de pêche à un particulier se caractérise comme un acte de souveraineté, comme une *concession*. L'action en dommages-intérêts contre l'Etat à raison de l'inexécution des obligations résultant pour lui de la concession tombe néanmoins sous la notion de différend de droit civil au sens de l'art. 48 ch. 4 O.J. Il n'en est pas de même de l'action par laquelle le concessionnaire prétend se libérer des obligations qu'il a assumées.

Résumé des faits :

A. — Aux termes de la loi fribourgeoise du 3 mai 1916, la pêche est un droit régalien appartenant au canton (art. 1). L'exercice de ce droit dans les cours d'eau importants est subordonné à l'octroi d'un permis de pêche, que chacun peut obtenir, qui remplit certaines conditions personnelles (art. 4 litt. a, 6, 26 ss). La pêche dans les autres cours d'eau dépend d'une « location » qui assure au fermier et à son pêcheur à gages, ou au fermier et aux pêcheurs-amateurs un droit exclusif sur le lot affermé (art. 4 litt. b, art. 19, 23, 24). D'autre part, l'art. 6 de la loi fédérale sur la pêche du 21 décembre 1888 impose aux cantons l'obligation « d'établir des échelles à poissons partout où il existe des obstacles naturels de nature à interrompre ou à entraver la circulation du poisson ou lorsque ces obstacles résultent de la correction de cours d'eau ou de la création de chute ou de rapides ; ils doivent aussi établir, aux cours d'eau importants, ayant un fort courant, des abris ou refuges convenables ». L'art. 7 précise cependant que l'installation desdits ouvrages « n'est pas obligatoire lorsqu'elle entraverait considérablement l'emploi des eaux ou occasionnerait des frais disproportionnés. Le Conseil fédéral tranche les contestations qui surgissent à cet égard ».

B. — A l'occasion de la mise aux enchères périodique des lots de pêche du canton de Fribourg pour la durée du 1^{er} février 1932 au 30 septembre 1939, Raoul de Graffenried-

Villars a loué, le 23 septembre 1931, pour le prix de 2100 fr. par an, une partie du ruisseau de la « Bibera » dans le district du Lac, soit la partie comprise entre Obermühle et Schönbühlmühle. Au printemps de 1932, Graffenried constata que le ruisseau, du moins sur le parcours affermé, était peu poissonneux. Il remarqua alors qu'à l'endroit où son lot se terminait, l'eau était détournée de son cours naturel et dirigée sur le moulin de Schönbühl ; une conduite souterraine rejetait le trop-plein d'eau depuis le canal menant au moulin jusque dans l'ancien lit du ruisseau. L'inclinaison de cette conduite était telle que les poissons qui pouvaient descendre le courant ne parvenaient plus à le remonter et à gagner la partie d'amont louée à Graffenried, en sorte que le libre passage au sens de la loi fédérale était interrompu. Le fermier s'adressa aux autorités compétentes du canton de Fribourg et requit l'installation au moulin de Schönbühl d'une échelle à poissons. Les pourparlers engagés à ce sujet échouèrent.

C. — Se fondant sur l'art. 48 ch. 4 O.J., R. de Graffenried-Villars a, le 2 mai 1935, ouvert action contre l'Etat de Fribourg devant le Tribunal fédéral comme juridiction unique en matière civile. Il conclut *principalement* à ce que le défendeur soit condamné :

1° à lui payer une indemnité de 5000 fr. pour le préjudice causé depuis le début du bail jusqu'à l'introduction de l'action ;

2° à reconnaître son obligation de réduire de moitié le prix du bail pour l'année 1935 et les années suivantes, aussi longtemps que les mesures nécessaires à la libre circulation du poisson au moulin de Schönbühl n'auront pas été prises.

Subsidiairement, le demandeur conclut :

1° à ce qu'il soit autorisé à résilier le « contrat de fermage de droit de pêche » du 17 novembre 1931, ce dès 1935 ;

2° à ce que l'Etat soit condamné à lui payer une indemnité de 3150 fr. correspondant à la moitié du prix de location payé pour les années 1932, 1933 et 1934.

Dans sa réponse, le défendeur a décliné la compétence du Tribunal fédéral. Il prétend qu'en conférant le droit de pêche, l'Etat agit comme souverain, détenteur de la puissance publique, et non comme personne privée. Le fermier se trouve ainsi dans un rapport juridique qui est déterminé unilatéralement par l'Etat ; le présent litige n'a donc pas le caractère d'une cause civile au sens de l'art. 48 OJ. Au demeurant, la législation spéciale est seule applicable en l'espèce ; or, aux termes de l'art. 7 de la loi fédérale, c'est le Conseil fédéral qui se prononce sur l'obligation d'installer les ouvrages prévus pour la protection du poisson.

Par la suite, le demandeur a encore invoqué, pour résilier le « contrat de location », la circonstance que, dans l'intervalle, un décret du Grand Conseil « édictant diverses mesures de rétablissement de l'équilibre budgétaire » avait, en fait, élevé de 10 % les fermages de tous les lots de pêche pour les années 1936 et 1937.

Statuant par jugement préjudiciel, le Tribunal fédéral a écarté l'exception déclinatoire soulevée par le défendeur.

Extrait des motifs :

1. — Il faut accorder au défendeur que, d'après les conceptions reçues aujourd'hui, le rapport juridique sur lequel se fonde la demande relève du droit public. Peu importe, à cet égard, comment l'on envisage la régalie prévue à l'art. 1^{er} de la loi fribourgeoise sur la pêche. Cette régalie peut être conçue comme un droit de jouissance de nature particulière sur des biens du domaine public, en l'espèce les cours d'eau, ou bien comme la réserve en faveur de l'Etat d'une activité lucrative déterminée. Dans l'un comme dans l'autre cas, l'octroi du droit de pêche à un particulier, encore qu'il revête la forme d'un contrat et porte une désignation (location) empruntée du droit civil, ne se caractérise pas en réalité comme une disposition de droit privé, mais comme un acte de souveraineté, comme une *concession*. De même que l'obligation de l'Etat repose

uniquement sur la décision unilatérale de l'autorité qui confère le droit, de même l'obligation du concessionnaire n'a-t-elle pas sa source dans une entente conclue entre parties placées sur le même pied, mais dans la soumission aux conditions de concession fixées par l'autorité concédante. C'est ce que le Tribunal fédéral a toujours admis, d'abord pour la constitution de droits d'usage sur des biens du domaine public (par ex. utilisation de la force hydraulique d'un cours d'eau public), en tant que la concession ne remonte pas à une époque où elle était considérée comme relevant du droit privé (RO 47 I 226, consid. 2 et arrêts cités) ; c'est ce qu'il a admis également au sujet de l'octroi de monopoles industriels, notamment dans l'hypothèse la plus importante, celle de la concession de chemin de fer. La solution ne saurait être différente lorsque l'objet du droit régalien est la faculté de s'approprier certaines choses, telles que gibier ou poisson. Car il s'agit là aussi d'une prérogative souveraine que les cantons sont en droit de se réserver en vertu de l'art. 664 CC et qui a pour effet de restreindre le domaine d'application du droit privé fédéral (RO 44 I 167 ss.). L'acte lui-même par lequel l'exercice de cette prérogative est conféré ne peut donc être qu'un acte de souveraineté.

2. — Il ne suit cependant pas de là que le Tribunal fédéral ne soit pas compétent pour connaître de la présente action. La notion de « différend de droit civil » au sens de l'art. 48 OJ ne coïncide pas en effet avec celle de cause civile au sens de la doctrine moderne sur la distinction entre droit privé et droit public. La notion de la loi doit être définie historiquement, d'après le but que le législateur se proposait en promulguant déjà l'art. 101 de la Constitution fédérale de 1848, puis l'art. 110 de la Constitution de 1874, d'où dérive l'art. 48 OJ : on voulait alors créer, pour un certain nombre de difficultés, — où cela paraissait spécialement désirable, — une juridiction offrant des garanties particulières d'impartialité. Or à cette époque les conceptions relatives à la distinction ci-dessus

différentes essentiellement de celles d'aujourd'hui. Aussi, tenant compte de ce fait, le Tribunal fédéral s'est-il souvent déclaré compétent pour statuer sur des contestations qui, d'après la conception actuelle, relèveraient manifestement ou relèveraient plutôt du droit public. En particulier, si l'on ne doit pas considérer toutes les actions de nature pécuniaire contre l'Etat comme des différends de droit civil (à cet égard, l'affirmation contenue dans l'arrêt 55 II 111 cons. 2 est trop absolue), on doit cependant envisager comme telles, d'une manière générale, les actions en dommages-intérêts contre la corporation publique. Il en est ainsi tout d'abord lorsque le citoyen se plaint d'une atteinte portée à ses droits individuels, soit par des actes illicites d'agents de l'Etat, soit par des actes licites qui pourraient impliquer cependant pour l'Etat l'obligation de réparer le dommage causé. Mais on fait figurer également dans cette catégorie les cas où la demande se fonde sur un rapport juridique de nature particulière, créé par un acte souverain et unilatéral, mais dans lequel le citoyen entre librement et qui, à cet égard, est analogue à un contrat ; on se rattache ainsi à la conception suivant laquelle, en raison de cette analogie, l'acte souverain peut, nonobstant son caractère, faire naître en faveur du citoyen certains droits privés (cf. RO 62 II 291). La jurisprudence range ici notamment la concession, c'est-à-dire l'octroi en vue de son exercice d'une faculté réservée à l'Etat, lorsque, d'une part, comme dans le cas particulier, cette concession confère — bien que limité dans le temps, — un véritable droit et non pas seulement une permission révocable, et lorsque, d'autre part, l'action tend à des dommages-intérêts pour atteinte aux droits pécuniaires appartenant au concessionnaire contre l'Etat (cf. à ce sujet RO 49 II 414 ss. et arrêts cités ; le Tribunal fédéral s'est de même reconnu compétent pour connaître d'un litige relatif à un privilège fiscal contenu dans une concession de chemin de fer ou tout au moins dépendant de celle-ci, arrêt Eisenbahngesellschaft Langenthal-Huttwil S. A. c. Etat de Berne, du

22 novembre 1935). En revanche la contestation portant sur l'existence même de la concession et sur le montant de la redevance à payer a été considérée, même du point de vue de l'art. 48 OJ, comme ressortissant au droit public (RO 41 II 160). Le Tribunal fédéral a adopté la même solution dans un arrêt (RO 43 II 448 consid. 2) où il s'agissait de savoir si l'autorité concédante avait le droit de déclarer caduque une concession existante, en vertu d'une réserve inscrite dans l'acte de concession.

3. — Au vu de ces principes, le Tribunal fédéral est certainement compétent pour connaître tout au moins des deux chefs originaires de demande formulés à titre de conclusions principales. Celles-ci tendent en effet à faire juger que l'Etat de Fribourg, en délivrant l'objet du « bail » dans un état qui, s'il n'excluait pas l'usage prévu, le diminuerait cependant dans une notable mesure, n'a pas exécuté les obligations qu'il avait assumées par la concession du droit de pêche sur le lot affermé et doit en conséquence indemniser le demandeur de la perte que celui-ci éprouverait de ce fait. Il s'agit donc d'une action en dommages-intérêts à raison de l'atteinte aux droits d'ordre pécuniaire qui résulteraient pour le demandeur de la concession. Cela ne fait aucun doute en ce qui concerne le chef de conclusions n° 1 (paiement d'une indemnité de 5000 fr. à raison de la perte de jouissance dans les années 1932-1934). Mais il en est ainsi également quant au chef de conclusions n° 2. Celui-ci paraît tendre, il est vrai, à la libération partielle de l'obligation (de droit public) de verser le loyer de la concession ; mais en réalité le demandeur ne fait que réclamer une restitution partielle dudit loyer, restitution représentant l'indemnité due par l'Etat jusqu'à la fin du bail pour violation des promesses contenues dans la concession. En d'autres termes, si l'action était admise, le défendeur ne serait pas en droit de percevoir d'abord le prix du fermage, à charge d'en restituer ensuite une partie au demandeur, mais il devrait d'emblée déduire cette partie de sa créance originaire. Le Tribunal

fédéral n'aurait-il pas qualité pour opérer une telle compensation, qu'on ne saurait cependant lui dénier le pouvoir de reconnaître au demandeur un droit à des dommages-intérêts dans la mesure sollicitée ; cette demande devrait être considérée comme contenue dans les conclusions prises. Les prescriptions de droit privé relatives à la réduction du loyer à raison des vices de la chose louée n'instituent d'ailleurs pas autre chose qu'une forme particulière de dommages-intérêts à la charge du bailleur qui n'exécute pas certaines de ses obligations. Il en est de même de l'action quanti minoris en matière de vente.

Le fait que les prétendus défauts de l'objet du « bail » résulteraient de l'absence d'une échelle à poissons dont l'installation est, dans certaines conditions, imposée aux cantons par la législation fédérale, est sans importance au point de vue de la compétence. La demande ne conclut pas à ce que le défendeur soit condamné à construire ledit ouvrage. Elle tend uniquement à des dommages-intérêts à cause de la violation par le concédant de l'obligation qui lui incombait de délivrer la chose dans un état propre à l'usage auquel elle était destinée ; cette obligation comprendrait également, selon le demandeur, les mesures d'entretien prescrites par le droit public fédéral, autant que celles-ci ont une influence sur l'exercice du droit concédé. La question de savoir si les conditions auxquelles est subordonnée, au regard du droit fédéral, l'obligation pour le canton de construire une échelle à poissons sont ou non réalisées, apparaît ainsi comme une simple question préjudicielle dans le présent litige qui porte sur les obligations découlant, pour l'Etat, de la concession. Or, d'après un principe toujours admis par le Tribunal fédéral, le juge qui est compétent pour statuer sur la question principale l'est aussi pour statuer sur toutes les questions préjudicielles soulevées par l'examen de la première, même si ces questions relèvent d'un autre domaine du droit et que, traitées pour elles-mêmes, elles eussent ressorti à une autre autorité. Si le Tribunal fédéral admettait la demande, seule

serait constatée l'obligation de l'Etat de Fribourg de réparer le dommage causé. En revanche, l'Etat ne se trouverait pas de ce fait condamné à construire une échelle à poissons au moulin de Schönbühl. On ne saurait donc parler d'un empiètement sur la compétence réservée au Conseil fédéral par l'art. 7 de la loi sur la pêche.

4. — Le Tribunal fédéral n'est au contraire pas compétent pour statuer sur les conclusions subsidiaires de la demande ni sur les conclusions ultérieures de la réplique tendant, les unes et les autres, à la reconnaissance du droit pour le demandeur de résilier le « contrat de fermage ». En effet il ne s'agit plus seulement ici de dommages-intérêts équivalents au « loyer » et que le demandeur réclamerait en les opposant en compensation à la créance de l'Etat. Cela résulte déjà du seul fait que, dans ses conclusions principales, le demandeur n'a pas évalué le dommage qu'il subissait à plus de la moitié du prix de location. Le demandeur revendique au contraire le droit, indépendamment de la question du dommage, de se libérer des obligations découlant de la concession, à cause d'une prétendue violation par l'Etat des conditions de mise ; il voit une telle violation, d'une part, dans le fait que l'usage prévu ne lui a pas été concédé, d'autre part, dans l'augmentation unilatérale du fermage décrétée par le Grand Conseil. Or, si la concession par l'Etat de l'exercice d'une régle est de nature à conférer au concessionnaire une sorte de droit privé au sens de l'art. 48 OJ, on ne saurait en revanche reconnaître un caractère privé aux obligations que le concessionnaire assume en se soumettant aux conditions de concession, même si l'on interprète aussi extensivement que possible la disposition précitée. On est en présence ici d'un pur rapport de subordination ressortissant au droit public et qui, à ce titre, ne peut pas faire l'objet d'un « différend de droit civil ». Dans ce sens, le Tribunal fédéral a déjà décidé que le litige portant sur le montant des redevances périodiques dues pour une concession de mine échappait à la connaissance du Tribunal fédéral

comme juridiction unique en matière civile (RO 34 II 837 consid. 2 ; solution identique pour la concession de chemin de fer, RO 17 797, consid. 4). Les principes admis alors quant à l'action de l'Etat tendant à la fixation de la prestation due doivent, pour les mêmes raisons, s'appliquer à l'action par laquelle le concessionnaire prétend se libérer de cette prestation. C'est ce qui apparaît immédiatement si l'on prend le cas d'une concession industrielle (par exemple une concession de chemin de fer) ou d'une concession hydraulique. Le Tribunal fédéral ne pourrait pas, comme juge civil, libérer le concessionnaire des obligations mises à sa charge dans l'intérêt public, par exemple l'obligation d'exploiter, sous le prétexte d'une violation par le concédant de ses obligations. Or il ne peut pas le faire non plus à l'égard de la concession d'un droit de pêche, même si l'obligation du concessionnaire ne consistait que dans le paiement d'une somme d'argent à titre de contre-partie du droit d'usage accordé. Cette dernière condition n'est d'ailleurs même pas réalisée en l'espèce. Le fermier a en effet l'obligation, outre le paiement du fermage, de verser chaque année dans le cours d'eau une certaine quantité d'alevins.

14. Urteil der I. Zivilabteilung vom 23. März 1937 i. S. Billod gegen Arbenz.

Zivilrechtliche Beschwerde, Art. 87 Ziff. 3 OG ;
Zulässigkeit.

Hinterlegungsort bei Ungewissheit des Gläubigers,
Art. 96/168 OR.

A. — Der Beschwerdeführer Billod bestellte laut Auftragsbestätigung vom 3. Mai 1936 und Rechnung vom 5. August 1936 beim Beschwerdegegner Arbenz, dem damaligen Generalvertreter der Firma T. & W. Oertli A.-G., Zürich, Fabrik für automatische Heizungsanlagen, einen automatischen Kohlenbrenner zum Preise von Fr. 2500.—, zahlbar zu 50 % bei Ankunft des Materials, 40 % nach Inbetriebsetzung und 10 % Ende April 1937.

Nach Ankunft des Brenners bezahlte Billod vertragsgemäss am 7. August 1936 den Betrag von Fr. 1250.— an Arbenz.

Ende August 1936 löste die T. & W. Oertli A.-G. das Vertretungsverhältnis mit Arbenz wegen Differenzen auf. Unter Berufung auf den Forderungsübergang gemäss Art. 401 Abs. 1 und 425 Abs. 2 OR verlangte sie von Billod, dass er die weiteren Zahlungen aus dem Vertrag vom 3. Mai 1936 an sie leiste. Arbenz, der die Zulässigkeit der Vertragsaufhebung bestritt, verlangte seinerseits von Billod Bezahlung an ihn.

B. — Da der Beschwerdeführer sich nicht in den Streit zwischen der Firma und ihrem ehemaligen Generalvertreter einmischen wollte, stellte er beim Einzelrichter für nichtstreitige Rechtssachen am Bezirksgericht Zürich unter Berufung auf Art. 168 OR das Begehren, die nach Inbetriebsetzung der Heizung verfallene Zahlung von Fr. 1000.— hinterlegen zu dürfen.

Der Einzelrichter entsprach diesem Begehren mit Entscheid vom 14. Oktober 1936, bezeichnete als Hinterlegungsstelle die Bezirksgerichtskasse Zürich und setzte dem Beschwerdegegner Arbenz Frist an, um gegen die T. & W. Oertli A.-G. Klage auf Herausgabe der Fr. 1000.— zu erheben, unter der Androhung, dass das Depositum sonst an die Firma Oertli herausgegeben werde. Von welchen Überlegungen sich der Richter leiten liess, Arbenz und nicht der T. & W. Oertli A.-G. die Klägerrolle zuzuteilen, ist aus dem Entscheid nicht ersichtlich.

C. — Auf die Beschwerde des Arbenz hin hob das Obergericht des Kantons Zürich die Verfügung des Einzelrichters auf und verweigerte die Hinterlegung, weil der zürcherische Richter hierfür nicht zuständig sei.

D. — Gegen den Entscheid des Obergerichtes vom 19. November 1936 hat Billod zivilrechtliche Beschwerde an das Bundesgericht eingereicht, mit der er die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Entscheides beantragt. Der Beschwerdegegner beantragt, es sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen.