

II. Übergriff in das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt. — Empiètement

dans le domaine du pouvoir législatif.

13. Arrêt du 6 février 1908, dans la cause Schoch contre Genève.

Principe de la séparation des pouvoirs. Validité du règlement (du Conseil d'Etat de Genève) du 21 juillet 1905 sur les bureaux de placement. **Art. 31 Const. genev.** Empiètement sur le droit fédéral. Art. 64 CF, art. 405 CO.

Par sommation du 17 juillet 1907, le recourant Otto Schoch, placeur à Genève, a été cité, à la réquisition du procureur-général de ce canton, devant le Tribunal de police comme prévenu d'avoir, en dernier lieu, dans le canton de Genève, exigé d'une personne qu'il avait placée un émolument supérieur à celui auquel il avait droit, en contravention aux art. 5, 6, 7 et 10 du règlement du Conseil d'Etat du 21 juillet 1905 sur les bureaux de placement et 15 du code pénal.

Lors de l'audience du Tribunal de police du 5 août 1907, il a été donné lecture d'un rapport de contravention dressé par le brigadier Rouge le 20 mars précédent constatant que le prévenu avait fait payer immédiatement à son client Vogel, sommelier placé à l'hôtel de la Paix, une somme de 20 francs comme inscription et émoluments, alors qu'il n'avait droit à percevoir que 1 franc pour inscription et qu'aux termes de l'art. 7 du règlement précité il ne pouvait toucher la première moitié de ses émoluments qu'après quinze jours d'essai.

A la même audience, Schoch a soutenu que le dit règlement du 21 juillet 1905 n'avait aucune base légale, a) parce que l'une des deux sources mentionnées dans le préambule de ce règlement, le concordat intercantonal du 14 août 1875, ne visait que la protection des jeunes gens placés à l'étranger, et b) parce que l'autre source, indiquée dans le même

préambule, savoir le règlement intercantonal du 13 février 1892, n'avait pas été approuvé par un arrêté législatif. Schoch a soutenu, en second lieu, que le règlement visé dans la sommation violait l'art. 64 CF, réservant à la Confédération le droit de légiférer sur le droit des obligations, — l'art. 4 CF sur l'égalité des citoyens devant la loi, — et l'art. 31 *ibidem* sur la liberté du commerce et de l'industrie. Enfin Schoch, s'expliquant sur le fond, a cherché à démontrer qu'il n'a pas touché un émolument supérieur à celui qui était dû d'après le règlement et il a conclu à libération.

Le jugement du Tribunal de police a condamné le prévenu à 5 francs d'amende et aux frais, par des motifs qui peuvent se résumer comme suit :

Le règlement visé dans la sommation a été édicté par le Conseil d'Etat en vertu du droit que confère au pouvoir exécutif l'art. 86 Const. genev., et non du droit que peut lui réserver un concordat intercantonal. C'est à tort que le recourant soutient qu'en élaborant un tarif auquel il entend soumettre les bureaux de placement le Conseil d'Etat légifère sur une matière régie exclusivement par le CO.

A teneur de l'art. 31 lettre c CF, les cantons ont le droit de réglementer l'exercice des professions commerciales, sous la seule réserve que les dispositions qu'ils édictent dans ce but ne contiennent rien de contraire au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Or le règlement incriminé soumet tous les tenanciers des bureaux de placement aux mêmes conditions et ces conditions n'ont rien de contraire au principe susvisé et il ne se heurte pas davantage contre le principe de l'égalité des citoyens devant la loi. Au fond, il est acquis que Schoch a exigé et obtenu une rémunération anticipée à laquelle il n'avait pas droit.

Schoch ayant appelé de ce jugement à la Cour de justice de Genève, celle-ci, par arrêt du 19 octobre 1907, a déclaré l'appel non recevable.

Cet arrêt s'explique comme suit sur les moyens invoqués par Schoch à l'appui de ses conclusions :

1° Violation des art. 31, 64 et 86 Const. cant.

C'est à la vérité à tort que le règlement du 21 juillet 1905, visé dans la sommation, cite dans son préambule, d'une part le concordat intercantonal du 14 août 1875, puisque celui-ci n'a trait qu'à la protection des jeunes gens placés à l'étranger, et, d'autre part, l'art. 6 du règlement intercantonal du 13 février 1892, lequel apparaît comme un nouveau concordat, et aurait dû être accepté par le Grand Conseil, ce qui n'a pas eu lieu. Il ne suit pas toutefois de l'indication, par le règlement, de bases légales inadmissibles, que ce règlement est nul, si d'ailleurs il puise sa source dans la constitution et dans la loi. Or l'art. 86 Const. genev. autorise le Conseil d'Etat à faire les règlements de police dans les limites fixées par la loi; en outre le législateur, dans une disposition générale du CP, a chargé le Conseil d'Etat de faire les règlements concernant les matières de police prévues par ce code et les règlements sur l'exercice d'une industrie sont expressément prévus par le CP (art. 385, n° 31).

2° Violation de l'art. 1^{er} du Code d'instruction pénale.

Le règlement était en vigueur au moment où la contravention a été commise.

3° Violation des art. 3, 4, 31, 64 CF, 340 et 86 CO.

Ces griefs ne sont pas fondés: le règlement de 1905 sur les bureaux de placement ne renferme rien de contraire à la liberté de commerce et d'industrie et il ne viole pas davantage le principe de l'égalité des citoyens devant la loi puisqu'il est applicable à tous les citoyens voulant exploiter un bureau de placement. Il ne se heurte pas non plus à l'art. 64 CF et aux art. 340 et 86 CO. Il ne s'agit pas ici de la réglementation d'un contrat de louage de services, mais de la réglementation d'une industrie, autorisée par l'art. 31 lettre c de la Constitution fédérale, et l'art. 405 § 2 CO réserve la législation cantonale pour les personnes qui, par profession, servent d'intermédiaires dans les affaires, ce qui est le cas dans l'espèce.

Le jugement attaqué ne consacrant aucune violation de la loi et étant rendu en dernier ressort, l'appel n'en est pas recevable et la Cour n'a dès lors pas à aborder le fond, ni,

en conséquence, à dire si, comme l'a admis le Tribunal de police, la contravention est établie en fait.

C'est contre cet arrêt que sieur Schoch a recouru en temps utile au Tribunal fédéral, concluant à ce qu'il lui plaise mettre à néant le dit arrêt, ainsi que le jugement du Tribunal de police qui l'a précédé.

A l'appui de ces conclusions, le recours invoque en résumé les considérations suivantes:

L'autorité législative, exercée par le Grand Conseil seul, (art. 31 Const. genev.) n'a jamais fait usage de l'art. 31 lettre c CF en ce qui concerne la profession de placeur. Il n'y a donc aucune loi en vigueur dans le canton de Genève sur les bureaux de placement en ce qui concerne le placement en Suisse. Si malgré cette constatation la Cour a admis que le Conseil d'Etat était compétent pour promulguer le règlement du 21 juillet 1905, elle se met en contradiction avec la Constitution genevoise. La disposition générale du CP, qui charge le Conseil d'Etat de faire les lois et les règlements concernant les matières de police prévues par le Code, est contraire à l'art. 31 de la Constitution cantonale; elle viole le principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs. Le Conseil d'Etat n'a que le pouvoir exécutif (art. 82 de la Const. cantonale) et un droit d'initiative en matière de législation, suivant la loi constitutionnelle du 6 juin 1891. Le Conseil d'Etat n'a fait usage qu'une seule fois de la disposition générale de l'art. 385 al. 31 CP. La procédure employée alors fut toute différente que pour les bureaux de placement. Le Conseil d'Etat soumit d'abord au Grand Conseil un projet de loi sur les ventes temporaires (soit liquidations, déballages, étalages), sur le colportage et les industries ambulantes et sur les ventes volontaires aux enchères publiques. Ce n'est qu'après l'acceptation de la loi par le Grand Conseil qu'un règlement de police fut édicté par le Conseil d'Etat dans les limites fixées par la loi. Le Conseil d'Etat, il est vrai, peut faire des règlements de police, mais la Constitution genevoise prévoit dans un art. 86 qu'ils ne peuvent être édictés que dans les limites fixées par la loi. Le Conseil d'Etat

ne pouvait donc pas faire un règlement sur la matière dont il s'agit sans qu'une loi eût été votée par le Grand Conseil. La Cour de justice commet une erreur dans son arrêt en assimilant un règlement de police, émané du pouvoir exécutif, à une loi, qui ne peut être discutée et votée que par le Grand Conseil et est soumise au referendum facultatif. La Cour, en même temps, commet un déni de justice en violant le principe *nulla poena sine lege*. En outre c'est le CO qui règle seul tous les rapports de droit civil résultant des contrats prévus et rentrant dans les obligations; or le règlement de 1905, dans son art. 7 plus haut cité, en statuant sur la manière dont les émoluments sont payables, est en contradiction avec l'art. 340 CO disposant que la rémunération n'est due qu'après le service rendu; l'exigibilité de la créance du sieur Schoch prend donc naissance le jour où le service est rendu, c'est-à-dire aussitôt que la place à occuper par l'employé lui est indiquée d'une manière effective. De plus, le règlement de 1905 est aussi contraire aux art. 86 et suivants du même code et un règlement cantonal de police ne saurait déroger à une règle civile sur l'exigibilité de la créance; ce règlement est en contradiction directe avec l'art. 64 de la Constitution fédérale. En résumé les jugements attaqués ont fait application de la disposition générale du CP et d'un règlement, tous deux inconstitutionnels et par conséquent sans valeur.

La Cour de justice, appelée à présenter ses observations sur le recours, a déclaré n'avoir rien à ajouter aux motifs de son arrêt. De même le Conseil d'Etat, dans sa réponse, déclare se rallier en tous points aux considérations de fait et de droit émises par la Cour de justice dans son arrêt du 19 octobre 1907; il conclut au rejet du recours.

Statuant sur ces faits et considérant en droit :

1. — Le recourant fait valoir en première ligne que le règlement du 21 juillet 1905, appliqué en l'espèce par le Tribunal de police de Genève, n'est pas valable parce que le Conseil d'Etat n'était pas compétent, d'après l'art. 31 Const. genev., pour l'édicter et qu'il a violé dès lors le principe de la séparation des pouvoirs. Or il est vrai que le règlement

contient des dispositions d'une portée générale qui restreignent, dans un certain domaine, la liberté personnelle, et que, dans l'Etat moderne, on considère en général l'énonciation de dispositions de ce genre comme rentrant dans les attributions du pouvoir législatif; c'est aussi le cas pour le canton de Genève, dont la Constitution repose sur le principe de la séparation des pouvoirs et confère le pouvoir législatif au Grand Conseil et le pouvoir exécutif au Conseil d'Etat, art. 31 et 65 Const. genev. du 24 mars 1847. Mais l'art. 86 de cette même Constitution admet lui-même une exception et attribue au Conseil d'Etat la compétence de faire les règlements de police dans les limites fixées par la loi. C'est là, d'après la Cour de justice et la réponse du Conseil d'Etat de Genève, la base véritable de la compétence de ce dernier pour la promulgation du règlement en question et non pas les articles cités dans le préambule du dit règlement de 1905. Il va de soi que cette fausse indication n'a pas d'influence sur la validité du règlement puisque nulle disposition constitutionnelle ou légale ne prévoit qu'un règlement du Conseil d'Etat doive indiquer sa base constitutionnelle ou légale, sous peine de nullité ou de non-validité. Par contre il faut, pour que le règlement soit valable, qu'il apparaisse bien comme un règlement de police. Or la réglementation de l'exercice d'une industrie est généralement considérée comme matière de police. Et à Genève en particulier l'art. 385 CP, figurant dans le chapitre des contraventions de police, mentionne entre autres, sous chiffre 31°, les contraventions aux lois et règlements sur les colporteurs, marchands forains, étalagistes et généralement sur l'exercice d'une industrie. De plus la disposition générale précédant les dispositions transitoires du même code édicte, à l'alinéa 1^{er}, que « le Conseil d'Etat est chargé de faire les lois et règlements concernant les matières de police prévues par le présent code ». Cette disposition non seulement déclare comme matières de police la réglementation et l'exercice d'une industrie, mais elle reconnaît expressément la compétence du Conseil d'Etat pour faire les lois et règlements dans ce domaine. Il est vrai que

la disposition serait elle-même inconstitutionnelle si l'expression « lois » devait être entendue dans son sens formel. Mais le Code pénal étant postérieur à la Constitution genevoise, on ne peut pas présumer que le législateur ait commis une violation de la Constitution aussi flagrante. Il faut plutôt admettre que ce terme est employé ici dans son sens matériel de dispositions de portée générale avec force de loi, qui peuvent être édictées aussi par des autorités autres que l'autorité législative, du moment où la Constitution leur donne cette compétence.

Dans cette situation, la seule question qui se pose encore est celle de savoir si le règlement sort des « limites fixées par la loi ». Le recourant lui-même n'indique pas de dispositions légales avec lesquelles le règlement serait en contradiction. Par contre, il interprète cette réserve dans ce sens que le Conseil d'Etat ne peut pas faire usage de sa compétence sans qu'une loi lui en ait tracé les limites. Cette manière de voir ne peut pas être admise. La disposition constitutionnelle n'aurait pas de sens si l'on voulait exiger en outre dans chaque cas particulier une autorisation légale spéciale. C'est tout au plus pour les sanctions pénales qu'on pourrait soutenir qu'une loi doit fixer les limites avant que le Conseil d'Etat puisse faire usage de sa compétence, mais cela n'a pas d'importance en l'espèce, puisque les peines de police sont fixées dans la loi (art. 15 CP); sans cela la restriction de l'art. 86, « dans les limites fixées par la loi », signifie seulement que le Conseil d'Etat ne peut édicter des règles que *intra legem* et non pas *praeter legem*. Il résulte d'ailleurs aussi des débats du Grand Conseil genevois touchant l'élaboration du code pénal que, par la disposition générale précitée, le législateur a tenu à poser pour l'avenir « les bases de la compétence du Conseil d'Etat en matière de réglementation », sans tracer de limites matérielles. (Voir Mémorial des séances du Grand Conseil de 1874, p. 1538 et 1539.) Et, en fait, toute une série de règlements de police ont été promulgués par le Conseil d'Etat ensuite de cette autorisation, sans qu'une loi ait d'abord fixé les limites de la réglementation. Il est clair,

d'autre part, que le pouvoir législatif peut procéder autrement et qu'il peut élaborer des lois qui forment pour le Conseil d'Etat les limites de la compétence aussi dans ces domaines. Mais là où le législateur n'a pas fait usage de cette faculté les seules limites de la compétence du Conseil d'Etat sont celles données par la nature même de la matière à régler ou par d'autres garanties constitutionnelles. On ne voit pas comment dans l'espèce ces limites auraient été outrepassées. C'est donc à tort que le recourant prétend que le Conseil d'Etat, en édictant le règlement attaqué, et les tribunaux cantonaux, en l'observant, ont violé le principe de la séparation des pouvoirs. Il n'y a pas non plus déni de justice de ce chef, ni violation du principe *nulla poena sine lege*, dès le moment que la peine prononcée l'a été en vertu de dispositions légales ou ayant force légale.

2. — Les autres griefs formulés par le recourant à l'appui de ses conclusions sont également dénués de fondement. Les compétences en matière de législation, dont la Confédération est investie aux termes de l'art. 64 CF, ne mettent pas obstacle à ce que les cantons promulguent des lois et règlements de police sur l'exercice des industries. Cette compétence est expressément réservée à l'art. 31 lettre c CF, avec les restrictions qui découlent du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, qui n'entre pas en ligne de compte dans l'espèce. Il est vrai qu'il peut être douteux, dans certains cas, si les dispositions du droit cantonal concernant l'exercice d'une industrie sont compatibles avec les dispositions ou les principes du Code fédéral des obligations qui règlent les rapports juridiques des personnes intéressées. Mais dans l'espèce un tel conflit, qui devait être tranché en faveur du droit fédéral, n'existe pas. D'abord il ne s'agit pas d'un contrat de louage de services, mais plutôt d'un mandat. Et, en tout cas, l'art. 405 al. 2 CO réserve les règles spéciales de la législation cantonale sur les agents de change, courtiers et autres personnes qui, comme les placeurs entre autres, servent d'intermédiaires dans les affaires. Cette réserve autorise les cantons à édicter des dispositions autonomes dans ce domaine,

lesquelles pourront donc être en contradiction avec les dispositions et les principes du droit fédéral sur les contrats en question (voir SOLDAN, *Le Code fédéral des obligations et le droit cantonal*, p. 160 et suiv. — HAFNER, *Commentaire*, ad art. 405 note 3 a).

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral
prononce :

Le recours est rejeté comme non fondé.

—
Vergl. auch Nr. 5.
—

III. Eigentumsgarantie. — Inviolabilité de la propriété.

14. Urteil vom 16. Januar 1908 in Sachen Hotel Bucher-Durrer A.-G. und A.-G. der Drahtseilbahn Rehrsten-Bürgenstock gegen Regierungsrat Nidwalden.

Verletzung der Eigentumsgarantie durch Zulassung des allgemeinen öffentlichen Verkehrs auf einer Privatstrasse, angeordnet durch Verwaltungsakt.

A. Die A.-G. der Hotels Bucher-Durrer Bürgenstock besitzt und betreibt als Rechtsnachfolgerin von † J. F. Bucher-Durrer die Gasthöfe Grand Hôtel du Parc und Palace Hôtel auf dem Bürgenstock, Kanton Nidwalden. Sie ist zugleich Eigentümerin der beiden Privatstraßen, die vom Bürgenstock in westlicher Richtung gegen Stansstad bis zum Sagentobel und in östlicher Richtung nach Ennetbürgen führen und die von den frühern Besitzern des Kurhauses auf dem Bürgenstock als Zugänge zu diesem in den 70 er Jahren erstellt worden sind. In Bezug auf die west-

liche Privatstraße wurde im Jahre 1876 in Verbindung mit der Wirtschaftsbewilligung vom Rat von Nidwalden verfügt, daß jedermann frei und ungehindert das Kurhaus Bürgenstock besuchen und zu diesem Zwecke sich nach Belieben auf der Straßenstrecke Stansstad-Bürgenstock eigener oder gemieteter Fuhrwerke bedienen könne. Diese Verfügung stützte sich auf eine Bestimmung des damaligen Wirtschaftsgesetzes von Nidwalden, wonach den Wirten verboten war, die Verabreichung von Speisen und Getränken zu verweigern. Der Rat schloß daraus, daß der Wirt jedermann den ungehinderten Zugang zu seiner Wirtschaft gestatten müsse. Ein gegen die Verfügung des Rates vom Besitzer des Kurhauses Bürgenstock wegen Verletzung der Eigentumsgarantie ergriffener staatsrechtlicher Rekurs wurde vom Bundesgericht durch Urteil vom 6. Oktober 1877 abgewiesen (US 3 Nr. 114), von der Auffassung ausgehend, daß die angefochtene Verfügung sich auf eine gesetzliche Grundlage, nämlich das Wirtschaftsgesetz, stütze, und daß das Bundesgericht nicht zu prüfen habe, ob dieses Gesetz richtig ausgelegt sei, d. h., ob die fragliche Beschränkung des Privateigentums darin enthalten sei. Für die Erstellung der östlichen Privatstraße nach Ennetbürgen hatte der Besitzer des Kurhauses Bürgenstock mit den Besitzern der Liegenschaften, durch welche die Straße führen sollte, Verträge abgeschlossen, wodurch die letztern ihm das nötige Land gegen Entschädigung abtraten und sich das Recht der unentgeltlichen Benützung der Straße auf ihrer ganzen Länge, also von den Hotels Bürgenstock bis zur Ausmündung in die öffentliche Straße in Ennetbürgen, „für ihre Gutsbedürfnisse“ versprechen ließen. In einzelnen Verträgen heißt es „für die Guts- und Waldbedürfnisse“, in einem Verträge auch: „für den Transport aller Bedürfnisse, welcher Art sie auch sein mögen, ausgenommen zu Hotelbauten und deren Betrieb, nicht aber zu Wirtschaften und Sommerwirtschaften etc.“ Mitte der 80 er Jahre wurde von Rehrsten am Vierwaldstättersee eine elektrische Drahtseilbahn auf den Bürgenstock erstellt, die seither von einer Aktiengesellschaft betrieben wird. Am 3. November 1886 erwirkte Bucher-Durrer, der damalige Besitzer der Hotels auf dem Bürgenstock, eine öffentliche Provokation, wonach alle diejenigen, welche auf dem Territorium des Provokanten und den von