

mit ihrem Mann im Scheidungsprozess stand, den Schluss zu, dass sie mit der Enterbung gerade auch die ihm eingeräumte erbvertragliche Begünstigung widerrufen wollte.

2. — Ist die Klage aus diesem Grunde abzuweisen, so braucht auf die Frage der Passivlegitimation des mitbeklagten Willensvollstreckers nicht eingetreten zu werden.

Demnach erkennt das Bundesgericht :

Die Berufung wird abgewiesen und das Urteil des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1938 bestätigt.

III. SACHENRECHT

DROITS RÉELS

57. Arrêt de la II^e Section civile du 4 novembre 1938

dans la cause **Commune d'Albeuve** contre **Colliard et Chaperon**.

Captage des eaux souterraines.

Le propriétaire du fonds sous lequel se trouvent des eaux souterraines peut en principe les capter dans son intérêt exclusif, sans avoir égard au fait que par suite des travaux les eaux cessent de se déverser sur les fonds inférieurs. Cependant, si les fouilles pratiquées ont pour effet de couper ou de souiller une source qui jaillit sur un fonds inférieur, l'auteur des fouilles est tenu de payer des dommages-intérêts ou même de rétablir l'état antérieur des lieux, mais seulement lorsque à l'époque des travaux la source était déjà utilisée d'une manière considérable ou captée en vue de son utilisation (art. 706-707, 704 al. 3 CC). (Consid. 2).

Rôle de la bonne foi ? (Consid. 3).

Conditions de l'expropriation prévue à l'art. 711 CC. (Consid. 4).

A. — La Commune d'Albeuve est propriétaire du pâturage de En Lys qui confine au pâturage de Chenaux, lequel appartient en copropriété à Robert Colliard et à Auguste Chaperon. A sept mètres de la limite des fonds, sur En Lys, jaillissait une source formant la naissance

du ruisseau du Flon. A 1400 mètres de la source, sur la propriété de la Chenalettaz, une prise d'eau a été effectuée au ruisseau, en 1927, par la Société des eaux de la Mytha, dont fait partie la Commune d'Albeuve.

Au début de 1929, la Commune d'Albeuve a projeté de capter la source dans l'intérêt du pâturage de la Raveyre et d'autres fonds. A cet effet, elle a procédé d'abord à des travaux de bornage, destinés à savoir exactement sur quel fonds se trouvait la source, puis à des travaux de jaugeage pour lesquels, le 11 octobre 1929, des chéneaux ont été placés.

Le 12 octobre, soit le lendemain, Colliard et Chaperon ont effectué sur leur fonds, à quelques mètres de la source, des travaux qui ont mis à nu les filets d'eau alimentant celle-ci.

B. — En mai 1930, la Commune d'Albeuve a intenté action à Colliard et Chaperon. Elle conclut à ce qu'il soit prononcé que les défendeurs doivent s'abstenir de poursuivre les travaux par lesquels ils ont coupé la source, propriété de la demanderesse, et qu'ils doivent rétablir les lieux dans leur état antérieur ; subsidiairement, qu'ils doivent payer une indemnité de 8000 fr., et plus subsidiairement, qu'ils doivent consentir à une expropriation du superflu des eaux qu'ils ont fait sourdre sur leur fonds.

Les défendeurs ont conclu à libération.

Le Tribunal de la Gruyère a alloué à la demanderesse ses conclusions principales.

La Cour d'appel du Canton de Fribourg a rejeté l'action.

C. — La Commune d'Albeuve a recouru en réforme contre cet arrêt en reprenant ses conclusions. Subsidiairement, elle demande sur un point un complément d'enquête au sens de l'art. 82 OJ.

Considérant en droit :

1. — La Commune d'Albeuve prétend être propriétaire de la source litigieuse et elle réclame la protection des

art. 706 ss CC: Bien que la demanderesse invoque un titre de propriété *privé*, la Cour d'appel a cependant recherché si son action trouve un fondement dans le droit *public* cantonal, réservé par les art. 6 et 705 CC. Cette question, que le Tribunal cantonal a résolue négativement, échappe à la connaissance du Tribunal fédéral.

Il s'agit dès lors uniquement de savoir si, en vertu du *droit fédéral*, la commune demanderesse peut s'opposer aux fouilles pratiquées par les défendeurs ou réclamer à ceux-ci des dommages-intérêts.

2. — Dans le système du CC, le propriétaire du fonds sur lequel jaillit une source peut faire ce qu'il veut de l'eau qu'elle produit. Il peut l'utiliser à son profit exclusif sans que les propriétaires des fonds inférieurs sur lesquels l'eau se déversait puissent protester. Ces propriétaires ne peuvent notamment se prévaloir de l'art. 689 al. 3 CC qui défend au propriétaire du fonds supérieur de retenir plus d'eau que cela ne lui est nécessaire; cette disposition vise exclusivement les eaux de surface (cf. RO 48 II 322 et jurisprudence citée). Quant aux eaux souterraines, elles sont assimilées aux sources (art. 704 al. 3 CC); la règle, en ce qui les concerne, est donc la même. Le propriétaire du fonds sous lequel elles se trouvent peut les capter dans son intérêt exclusif et le propriétaire des fonds inférieurs sur lesquels elles cessent de se déverser par suite de ces travaux ne peut pas se plaindre. Le droit de disposition du propriétaire est cependant soumis à une réserve qui est inscrite aux art. 706 et 707 CC; si les fouilles pratiquées sur le fonds supérieur ont pour effet de couper ou de souiller une source qui jaillit sur un fonds inférieur, l'auteur des fouilles est tenu de payer des dommages-intérêts ou même dans certains cas de rétablir l'état antérieur des lieux, mais seulement lorsque, à l'époque des travaux, la source était déjà utilisée ou captée. C'est donc la priorité qui décide en restreignant les droits en principe absolus du propriétaire du fonds supérieur. Ce système constitue lui-même un compromis

entre deux autres systèmes, celui qui existait dans les cantons romands, à Bâle-ville, à Berne, en Thurgovie, selon lequel le propriétaire est libre de faire sur son fonds toutes les fouilles qu'il juge à propos au risque de couper la source du voisin (cf. art. 552 et 642 C. c. fr.) et celui qui tend à prévaloir aujourd'hui, selon lequel, l'eau n'étant pas une richesse particulière, le captage doit être réglé par la collectivité publique. Le code civil suisse s'est arrêté à une solution moyenne, empruntée au droit zurichois, selon laquelle le propriétaire d'un fonds peut couper par des fouilles les sources non captées et non utilisées qui jaillissent sur le fonds du voisin. Dans cette mesure, le code permet une sorte de « course à la source », qui ne répond peut-être plus à la conscience juridique actuelle — surtout depuis que l'on est renseigné sur la nature des eaux souterraines (RO 55 I 397) —, mais qui n'en est pas moins voulue par le législateur.

3. — En l'espèce, les fouilles pratiquées par Colliard et Chaperon ont eu pour conséquence de couper, au moins partiellement, la source qui jaillissait sur le fonds inférieur appartenant à la Commune d'Albeuve. Il faut donc rechercher si celle-ci utilisait déjà la source ou l'avait du moins captée en vue de son utilisation.

La Cour d'appel constate qu'il n'y a pas utilisation actuelle. La présence des débris d'un bassin à proximité de la source révèle le fait, confirmé par un témoin, qu'on s'en servait il y a une cinquantaine d'années. Mais cette utilisation a cessé et, depuis, elle n'a en tout cas jamais eu lieu « dans une mesure considérable » comme l'exige l'art. 706 CC. Quant au captage, il a été projeté mais n'a pas été exécuté. Le Tribunal cantonal relève en fait que les chéneaux en fer-blanc trouvés à la source étaient destinés uniquement au jaugeage, opération préliminaire au captage. Il est vrai que l'eau qui jaillit de la source forme un ruisseau auquel une prise d'eau a été établie, deux ans avant les fouilles, à 1400 mètres plus loin. Mais ce n'est pas la Commune d'Albeuve qui a installé

la prise ; c'est une société, à laquelle la Commune est intéressée, mais qui est bien distincte d'elle. Au reste, la prise d'eau de la Chenalettaz ne semble pas se trouver sur un fonds appartenant à la Commune. Dès lors celle-ci ne saurait à aucun titre, en raison de ce captage ou de cette utilisation, s'opposer aux fouilles pratiquées par les défendeurs. La société de la Mytha ne le pourrait d'ailleurs pas davantage (cf. RO 42 II 438 ss).

Ainsi, la source n'était ni captée ni utilisée lorsque Colliard et Chaperon ont entrepris des travaux pour dériver l'eau à leur profit. Ce faisant, ils n'ont pas commis d'acte illicite ; du moment que, d'après la loi, c'est la priorité qui décide, chacun a le droit d'essayer d'être le premier. La demanderesse invoque la protection de l'art. 2 CC. Certes, les défendeurs ont manifesté une certaine âpreté dans la poursuite de leurs intérêts, mais on ne peut dire qu'ils aient abusé de leurs droits ou qu'ils aient même agi contrairement aux bonnes mœurs en cherchant à prévenir la Commune d'Albeuve. Les art. 706 et 707 CC n'offrent qu'un champ limité à l'application des règles de la bonne foi, car ils restreignent déjà les droits du propriétaire du fonds supérieur tels qu'ils résulteraient de l'art. 667 CC. Le législateur a arrêté lui-même la mesure en laquelle il doit être tenu compte des intérêts du propriétaire du fonds inférieur (cf. consid. 2 ci-dessus in fine). L'attitude des défendeurs ne tomberait sous le coup de l'art. 2 CC que s'ils avaient agi dans un esprit de chicane, sans avoir d'intérêt à la source ; mais il est constant que l'eau découverte est d'une grande utilité pour l'exploitation de leur fonds et qu'ils entendent s'en servir. Le fait que la Commune aurait offert aux défendeurs l'eau qui leur était nécessaire ne les empêchait pas d'user d'une faculté conférée par la loi. La demanderesse n'a pas prouvé ni même allégué que Colliard et Chaperon dériveraient plus d'eau qu'ils n'en ont besoin, et qu'ils n'auraient aucunement l'emploi du surplus. Ce n'est que dans ce cas qu'on pourrait peut-être parler

d'un abus de droit. Il faut d'ailleurs relever que la Commune ne paraît défendre ici que des intérêts privés, la source devant alimenter en eau divers fonds qui lui appartiennent ; ces intérêts ne sont pas en soi plus dignes de protection que ceux des défendeurs.

La demanderesse se prévaut encore du fait que l'eau qui passe sous le fonds des défendeurs provient de la « Gouille d'En Lys ». Mais il est superflu d'examiner si cette circonstance devrait avoir une influence sur la solution du litige, car il n'est pas du tout prouvé que l'eau des défendeurs ait cette provenance : les expériences faites avec de la fluorescine ont révélé que l'eau de la « Gouille » parvient dans le Flon, mais il semble qu'elle n'y arrive qu'en aval des lieux litigieux ; dans tous les cas, il n'est pas établi que l'eau des fouilles et de la source provienne de la « Gouille ». Il ne saurait être question, comme le demande la recourante, de compléter ou de faire compléter l'instruction en conformité de l'art. 82 OJ. Le Tribunal de 1^{re} instance a expressément réservé aux parties le droit de requérir une expertise sur l'origine de l'eau (v. jugement du 28 juin 1935, p. 4). La demanderesse n'a pas recouru à ce moyen de preuve ; elle est trop tard pour y conclure devant le Tribunal fédéral.

Les conclusions principales et subsidiaires de la demande doivent donc être rejetées.

4. — Plus subsidiairement, la demanderesse a conclu à l'expropriation en vertu de l'art. 711 CC. La Cour cantonale paraît avoir rejeté ce chef de conclusions parce que la demanderesse n'a pas démontré que les conditions d'application de la disposition légale fussent réalisées. Ces conditions sont, d'une part, que l'eau n'ait pour l'exproprié aucune utilité ou une utilité sans rapport avec la valeur de l'eau, d'autre part, que celle-ci soit nécessaire pour une entreprise d'intérêt général. Or l'adduction présente de l'intérêt pour les défendeurs, l'eau devant servir à l'exploitation du chalet de Chenaux. Il est vrai que la demanderesse ne réclame pas toute l'eau, mais

seulement le « superflu ». Il ne saurait cependant être statué sur des conclusions aussi indéterminées. Il eût appartenu à la Commune de préciser la quantité d'eau qu'elle réclame et d'indiquer le prix qu'elle est disposée à payer. Quant à la seconde condition, la Cour d'appel constate que l'expropriation est requise pour le pâturage de la Raveyre, propriété de la Commune, et pour d'autres fonds. Il ne semble s'agir là que d'intérêts privés. Dans tous les cas, la demanderesse n'a pas rapporté la preuve que ce fussent des intérêts généraux qui justifieraient l'expropriation. En l'état, ses conclusions ne peuvent être admises. Leur rejet ne préjuge rien pour l'avenir. La Commune conserve la faculté de requérir l'expropriation, soit en se fondant sur l'art. 711 CC, soit en invoquant la loi d'expropriation cantonale, si elle peut prouver l'existence des conditions exigées par les dispositions applicables.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral
rejette le recours et confirme l'arrêt attaqué.

IV. OBLIGATIONENRECHT

DROIT DES OBLIGATIONS

58. Urteil der I. Zivilabteilung vom 12. Juli 1933

i. S. Hollenweger gegen Monnot.

Bürgschaft:

1. Gültigkeit, örtlich anwendbares Recht. Die Vorschrift des Art. 493 OR über die Angabe des Haftungsbetrages ist d'ordre public. Erw. 1.
2. « Garantie solidaire » als Solidarbürgschaft. Unterschied zum Garantieverprechen. Erw. 2.
3. Angabe des Haftungsbetrages, Art. 493 OR. Verschärfung der Praxis: Es genügt nicht, dass der Betrag für

den Bürgen bei Eingehung der Bürgschaft bestimmbar ist, sondern der Bürge muss ihn dabei deutlich und unmittelbar vor Augen haben. Erw. 3 und 4.

A. — Der Kläger Jean Hollenweger ist der Vater von J. Hch. Hollenweger, der Direktor der Société anonyme de fabrication industrielle de caoutchouc, genannt « Safic », in Delle, war. Die « Safic » musste im Jahre 1933 gerichtlich liquidiert werden. Die Aktionäre, worunter der Beklagte, machten den Direktor Hollenweger für den Verlust des Aktienkapitals verantwortlich.

Am 16. Oktober 1933 erschienen der Beklagte und zwei weitere Aktionäre in Zofingen, wo sich Direktor Hollenweger vorübergehend bei seinen Eltern aufhielt. Sie verlangten, dass Hollenweger sich für die Verluste der Aktionäre ausdrücklich als haftbar erkläre und dass sein Vater, der Kläger, für ihre Schadloshaltung gutstehe. Direktor Hollenweger und sein Vater stellten darauf folgende schriftliche Erklärung aus:

« Zofingen, le 16 octobre 1933.

» Je soussigné Jean Hollenweger m'engage par la présente de rembourser les actionnaires de la « Safic » qui ont versé, dans un délai maximum de deux ans ou avant si possible.

» J. Hch. H.

» pour caution solidaire

» Bon pour garantie solidaire

» J. Hollenweger père. »

B. — Auf Grund dieser Erklärung machte der Beklagte im Herbst 1934 gegen den Kläger Ansprüche geltend in der Höhe von insgesamt frzFr. 161,000.— = SchwFr. 32,200.—, teils für seine eigenen Verluste, teils für die Verluste anderer Aktionäre, die ihm ihre Ansprüche abgetreten hatten. Er leitete für SchwFr. 32,200.— zuzüglich 5 % Zins seit 1. Oktober 1934 in Zofingen Betreuung ein, wogegen der Kläger Recht vorschlug. Durch Entscheid vom 21. Januar 1936 erteilte der Präsident des