

## S. 65 / Nr. 14 Handels- und Gewerbefreiheit (f)

BGE 65 I 65

14. Arrêt du 2 juin 1939 dans la cause Association fribourgeoise des agents immobiliers contre Conseil d'Etat du canton de Fribourg.

Seite: 65

Regeste:

Réglementation cantonale du courtage immobilier.

1. Attribution à une association privée du soin d'en assurer l'exécution et le respect (consid. 3).

a) Constitutionnalité au regard du droit cantonal?

b) Constitutionnalité au regard de l'art. 4 CF?

c) Mesure dans laquelle la délégation est contraire à l'art. 31 CF.

2. Prescriptions de police restreignant l'exercice de la profession de courtier (consid. 4).

a) Le canton peut, sans violer l'art. 31 CF, exiger que le courtier se munisse d'une patente dont l'octroi est soumis à certaines conditions (examen portant sur les connaissances juridiques du requérant). En outre, il peut percevoir un droit annuel.

b) Cependant il est, in casu, contraire à l'art. 31 CF d'exiger du courtier le dépôt d'une caution

c) Le canton peut-il exiger que le courtier tienne registre des contrats qu'il conclut et produise un double de ces contrats?

3. Dispositions cantonales régissant le contrat de courtage (consid. 5). Violent le principe de la force dérogatoire du droit fédéral:

l'exigence de la forme écrite (litt. a);

la fixation à 2% de la rémunération maximum (litt. e);

Seite: 66

l'inclusion obligatoire dans le salaire des débours du courtier (litt. c in fine);

la défense faite au courtier de se faire rembourser d'autres frais que ses frais de publicité si l'affaire n'aboutit pas (litt. d).

Kantonale Bestimmungen über die gewerbmässige Liegenschaftenvermittlung.

1. Übertragung der Sorge für die Durchführung der Bestimmungen auf einen privaten Verein (Erw. 3).

a) Ist diese Massnahme vom Gesichtspunkt des kantonalen Verfassungsrechts und des Art. 4 BV aus zulässig?

b) Sie steht im vorliegenden Fall mit Art. 31 BV im Widerspruch.

2. Verhältnis gewisser Beschränkungen der Gewerbeausübung zu Art. 31 BV (Erw. 4).

a) Es widerspricht dem Art. 31 BV nicht, wenn ein Kanton die Liegenschaftenvermittlung dem Patentrecht unterwirft, das Patent von gewissen Voraussetzungen, wie von einer Prüfung der Rechtskenntnisse, abhängig macht und dafür eine Taxe erhebt.

b) Dagegen verletzt die vorgesehene Kautionsauflage die Gewerbebefreiheit.

c) Darf ein Kanton den Mäkler dazu anhalten, über die abgeschlossenen Vermittlungsverträge ein Register zu führen und von jedem Vertrag ein Doppel vorzulegen?

3. Kantonale Bestimmungen über den Mäklervertrag (Erw. 5). Der Grundsatz der derogatorischen Kraft des Bundesrechts wird verletzt durch:

die Vorschrift über die schriftliche Form (litt. a)

die Festsetzung eines Höchstbetrages des Mäklerlohns von 2% (litt. c);

die Vorschrift, dass im Mäklerlohn die Entschädigung für die Auslagen inbegriffen sein muss (litt. c a. E.);

die Vorschrift, dass der Mäkler nur den Ersatz der Publikationskosten fordern kann, wenn das Geschäft nicht zustande kommt (litt. d).

Norme cantonale relative all'esercizio della professione d'mediatore d'immobili.

1. Il fatto di attribuire ad un'associazione privata il compito di assicurare l'esecuzione ed il rispetto di tali norme è ammissibile dal punto di vista della costituzione cantonale e dell'art. 4 CF 7 Inammissibilità di fronte all'art. 31 CF.

2. Disposizioni di polizia che limitano l'esercizio della professione di mediatore (consid. 4).

a) Senza violare l'art. 31 CF, un cantone può sottoporre il mediatore all'obbligo di una Patente subordinata a certe condizioni (per es. ad un esame delle cognizioni giuridiche del postulante) e può riscuotere una tassa annua.

b) Tuttavia, in concreto, viola l'art. 31 CF l'obbligo imposto al mediatore di fornire una cauzione.

c) Un cantone può esigere che il mediatore tenga un registro dei contratti ch'egli conclude e produca un duplo di questi contratti 7

Seite: 67

3. Dispositions cantonales concernant il contratto di mediazione (consid. 5). Il principio della forza derogante del diritto federale è lesò:

dall'obbligo della forma scritta (lett. a);

dal fatto che il massimo della mercede è stabilito a 2% (lett. c);

dall'inclusione obbligatoria delle spese del mediatore nella sua mercede (lett. c in fine)

dal divieto di farsi rimborsare altre spese che non siano quello di pubblicità, se l'affare non riesce (lett. d).

Résumé des faits:

A. - Le 17 novembre 1936, le Grand Conseil du Canton de Fribourg a porté un décret qui soumet le courtage en matière de vente d'immeubles agricoles au contrôle de l'Etat. L'art. 3 dispose:

«La Direction de l'Intérieur et de l'Agriculture est chargée de ce contrôle; elle peut en confier l'administration au Secrétariat de l'Union des paysans fribourgeois ou à une autre association ne poursuivant pas un but lucratif.»

Fondé sur ce décret et sur l'art. 418 CO, le Conseil d'Etat du Canton de Fribourg édicta, le 25 mai 1937, un arrêté concernant le courtage en matière de vente d'immeubles agricoles. En vertu de l'art. 1er de cet arrêté, le contrôle du courtage est confié à l'Association de renaissance rurale «Les Greffons». Cette association qui groupe les paysans, les artisans, les ouvriers et les personnes dévouées à la population rurale est une association privée au sens des art. 60 ss CC. Son but est de «promouvoir, dans le cadre de la paroisse et par la famille, la renaissance morale, économique et sociale de la population rurale». D'après l'art. 2 de l'arrêté, toute personne qui veut faire le courtage des immeubles agricoles doit être au bénéfice d'une «concession» qui lui est délivrée par l'Office de contrôle de l'Association, à condition qu'elle justifie d'une connaissance suffisante de la législation fédérale et cantonale en matière immobilière et fasse la preuve de son honorabilité commerciale. Le refus ou le retrait d'une concession peut faire l'objet d'un recours auprès de la Direction de l'Intérieur (art. 3). La rédaction

Seite: 68

des formulaires de contrat de courtage doit être approuvée par l'Office de contrôle (art. 5). L'art. 4 déclare considérer comme salaire excessif dans le sens de l'art. 417 CO toute commission de courtage dépassant le 2% du prix de vente d'un immeuble, et il ajoute que, les frais de publicité exceptés, les débours sont compris dans la commission. L'art. 7 soumet l'octroi de la concession à un droit fixe annuel de 200 fr. et astreint le requérant à fournir une caution de mille francs. Le courtier a l'obligation, selon l'art. 6, de tenir un registre des contrats de courtage, dont l'Office de contrôle peut exiger la production en tout temps. L'exercice du courtage sans concession est passible d'une amende de 300 à 1000 fr.; la contravention aux autres dispositions est punie d'une amende de 20 à 300 fr. Les amendes sont prononcées par le préfet. L'Office de contrôle peut, en outre, retirer la concession.

Dans la suite, l'Association «Les Greffons» a élaboré un règlement d'application qui a été soumis au Conseil d'Etat et approuvé par lui le 2 novembre 1938. Le règlement fixe les conditions d'octroi de la concession, la nature et la durée de celle-ci, les causes de retrait, les voies de recours; il règle ensuite de façon détaillée le contrat de courtage lui-même.

B. - L'Association fribourgeoise des agents immobiliers a formé un recours de droit public contre le règlement d'application ainsi que contre l'arrêté du Conseil d'Etat, dans la mesure où il se trouve appliqué dans le règlement. Se plaignant d'une violation des art. 4, 31, 64 CF et 2 disp. transit., la recourante demande l'annulation du règlement dans son ensemble et des dispositions de l'arrêté appliquées dans ledit règlement.

Le Conseil d'Etat a conclu au rejet du recours.

Considérant en droit:

1 et 2. - (Recevabilité).

3.- L'arrêté et le règlement attaqués ne se bornent pas à soumettre la profession de courtiers en immeubles

Seite: 69

agricoles et le contrat de courtage lui-même à un certain nombre de prescriptions de police; ils confient le contrôle du courtage en matière d'immeubles agricoles à l'Association de renaissance rurale «Les Greffons». C'est cette association qui délivre les «concessions» (art. 2 de l'arrêté, art. 4 du règlement). Elle décide donc, du moins en première instance, si les conditions prévues par l'art. 5 du règlement sont remplies, si la preuve de l'honorabilité commerciale est rapportée (art. 2 al. 2 in fine arrêté), si le contrat-type de courtage est conforme aux règles des art. 18 ss du règlement, si les

sûretés offertes sont suffisantes (art. 6 règlement), s'il y a lieu de soumettre le requérant à un examen (art. 7 règlement; en revanche, l'examen lui-même est subi devant un jury de trois membres choisis par la Direction de l'Intérieur, art. 8). L'Association statue également sur le renouvellement (art. 10) et surtout sur le retrait d'une concession (art. 14). Elle prononcera cette dernière mesure notamment en cas de contravention aux dispositions du règlement (litt. b). C'est par conséquent elle qui juge si le courtier observe ces dispositions et en particulier celles des art. 18 ss qui règlent le contenu du contrat, la rémunération due, etc. L'Association exerce à cet effet une surveillance constante sur le courtier qui doit lui remettre un double de chaque contrat qu'il passe (art. 18) et qui doit tenir un registre des contrats de courtage dont l'Office de contrôle peut en tout temps exiger la production (art. 6 de l'arrêté, art. 30 et 31 du règlement). De même, si le préfet est compétent pour prononcer les amendes, c'est l'Office de contrôle qui exerce la dénonciation.

Il importe de rechercher d'abord si, quelle que soit la validité de cette réglementation en elle-même, l'attribution à l'Association «Les Greffons» du soin d'en assurer l'exécution et le respect ne viole pas déjà les droits constitutionnels des membres de la société recourante, dans la mesure du moins où celle-ci s'en prévaut.

a) L'Association «Les Greffons» est appelée à s'acquitter

Seite: 70

de tâches qui incombent normalement à l'Etat et elle dispose à cette fin d'un pouvoir qui appartient généralement aux autorités constituées. On pourrait se demander si, du point de vue du droit public fribourgeois, cette délégation repose sur une base légale et constitutionnelle suffisante. C'est un simple décret muni de la clause d'urgence qui, en même temps qu'il chargeait le Conseil d'Etat de l'exécution en général, soit apparemment d'édicter les règles nécessaires, permettait à la Direction de l'Intérieur et de l'Agriculture, chargée elle-même du contrôle du courtage, d'en confier l'administration à une association ne poursuivant pas un but lucratif. A supposer que les attributions de premier plan dévolues aux «Greffons» dans le contrôle du courtage soient visées par les termes du décret, on peut s'étonner que le Grand Conseil n'ait pas recouru, pour accorder à une association privée pareille autonomie, à la voie législative ordinaire avec les garanties qu'elle comporte. Mais la recourante n'invoque pas à cet égard le principe de la séparation des pouvoirs (art. 31 Const. frib.); en particulier, elle ne conteste pas l'urgence ni ne critique la forme du décret (cf. art. 28bis Const. frib.).

b) La recourante prétend en revanche que la délégation d'une part de la puissance publique à une association privée viole de façon générale le principe de l'égalité des citoyens devant la loi. Mais on ne voit pas en quoi l'Etat cantonal, qui peut créer de nouvelles branches de l'administration, contreviendrait à l'art. 4 CF en dotant une association existante d'une certaine autonomie administrative et en la chargeant de remplir certaines fonctions de droit public. Dans un arrêt Cavezzali du 1er mai 1936, le Tribunal fédéral a admis qu'il appartenait au droit public cantonal de décider si une délégation de cette nature était possible. Il s'agissait alors simplement, il est vrai, du pouvoir confié à un syndicat d'hôteliers (Kurverein) de fixer et d'encaisser, sous la surveillance de la commune, des taxes de séjour (Kurtaxen), tandis

Seite: 71

qu'en l'espèce la délégation est beaucoup plus étendue, puisqu'elle embrasse la surveillance de toute une profession. Mais, pour faire une différence entre les deux cas, il faudrait qu'un principe universellement reconnu du droit public suisse interdise à l'Etat de se dessaisir en mains d'organisations privées de certaines tâches étatiques. Or, loin de consacrer un tel principe dans sa pratique, la Confédération s'est, dans plusieurs domaines, reposée sur des groupements de particuliers du soin d'assurer certains services ou de régler certains rapports, et les a ainsi incorporés dans l'organisation de l'administration fédérale (Union suisse du commerce de fromage, Centrale suisse du ravitaillement en beurre, Société coopérative suisse des céréales et matières fourragères, Office suisse de compensation, etc.). On peut toutefois douter si, du point de vue de l'art. 4 CF, l'Etat est en droit d'attribuer un pouvoir de police à une association privée, alors que, comme en l'espèce, il n'a aucune influence sur le recrutement des membres de l'Association et la composition de l'Office de contrôle, et que, d'autre part, les personnes chargées d'exercer la surveillance ne sont pas soumises à la responsabilité qui est celle des magistrats et fonctionnaires publics. Il faut relever à ce sujet que l'Association «Les Greffons» groupe principalement des paysans, et plus particulièrement des propriétaires d'immeubles agricoles; cela ressort non seulement des statuts des «Greffons», mais aussi du fait que le décret envisageait de confier le contrôle au Secrétariat de l'Union des paysans fribourgeois. Ainsi l'Association chargée de surveiller les courtiers se trouve composée pour une large part de personnes appelées à traiter avec eux; on peut dès lors craindre que le contrôle ne soit pas toujours exercé de façon impartiale et dans l'intérêt public. On n'aurait pas les mêmes craintes si la surveillance émanait d'une organisation groupant les courtiers eux-mêmes ou d'une organisation de type paritaire. Pourtant ces considérations perdent de

leur force, tout au moins sur le terrain de l'art. 4 CF, si l'on

Seite: 72

constate que l'Office de contrôle des «Greffons» est lui-même subordonné à la Direction de l'Intérieur et qu'il ne peut prendre aucune décision - notamment en ce qui concerne le refus ou le retrait de la concession - qui ne soit directement ou indirectement susceptible de recours à cette autorité. Au demeurant, le Tribunal fédéral n'annule pour arbitraire une disposition de portée générale que si elle implique une inégalité que rien ne justifie, si elle n'a d'emblée aucune espèce de sens, ou enfin si elle constitue une atteinte inadmissible à la liberté du citoyen (cf. RO 45 I 119, 48 I 262). Ces griefs ne trouvent guère de fondement en l'espèce. Quoi qu'il en soit, la question peut demeurer indécise, attendu que l'attribution de la surveillance à l'Association «Les Greffons» se heurte en tout cas à l'art. 31 CF.

c) Cette disposition constitutionnelle, qui garantit la liberté du commerce et de l'industrie, réserve le droit de l'Etat (de l'Etat cantonal, tant que la Confédération n'en a pas fait usage) de soumettre à des prescriptions de police l'exercice des professions industrielles et commerciales, aux fins, notamment, d'assurer la loyauté des transactions et de protéger le public contre des procédés fallacieux et dommageables. Ces mesures cessent d'être compatibles avec l'art. 31 CF, non seulement si elles entravent le libre jeu de la concurrence et favorisent certains concurrents au détriment des autres, mais aussi lorsqu'elles ne sont pas nécessaires pour sauvegarder les intérêts que l'Etat a le devoir de défendre. L'intervention de la police doit en effet être proportionnée au but visé (FLEINER, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes p. 404/5). L'autorité n'a pas le droit de s'arrêter à une solution qui rend particulièrement difficile l'exercice d'une profession, alors qu'une solution plus libérale permettrait aussi bien d'atteindre le résultat désiré (cf. pour la pratique du Conseil fédéral, SALIS, Droit fédéral, no 780; de même le Tribunal fédéral, RO 52 I 236, arrêt non publié du 30 avril 1937 dans la cause Elsener). Or ce principe de

Seite: 73

proportionnalité doit s'appliquer non seulement au contenu même des prescriptions qui régissent la profession, mais aussi à la manière dont la surveillance est exercée. A cet égard, il apparaît d'emblée que si, au lieu d'être confié à l'Association «Les Greffons», le contrôle du courtage appartenait à un service de l'administration, il offrirait moins d'inconvénients et plus de garanties pour les agents immobiliers. Les considérations émises plus haut du point de vue de l'égalité des citoyens sont entièrement valables sous l'angle de la liberté du commerce. L'Etat aurait une influence directe sur le service qu'il instituerait tandis qu'il n'en a aucune sur l'Office de contrôle des «Greffons». Les fonctionnaires chargés du contrôle seraient responsables envers les courtiers et engageraient la responsabilité de l'Etat d'après les règles générales du droit public fribourgeois. Les agents immobiliers seraient assurés de plus d'impartialité de la part d'un organe de l'Etat que de la part d'une association qui, malgré son but idéal, représente des intérêts qui, dans une certaine mesure, sont opposés à ceux des courtiers. On objecterait vainement que l'Association n'exerce pas son contrôle en dernier ressort, qu'il y a recours à la Direction de l'Intérieur et que les amendes sont prononcées par le préfet. Il reste en effet que l'Association joue un rôle de premier plan dans la surveillance des courtiers et que la décision de l'Office en première instance sur l'octroi ou le retrait de la patente a une grande portée, car tout dépend de la pratique qui sera introduite et l'on ignore tout du droit d'examen que se reconnaîtra l'autorité de recours. Mais c'est particulièrement dans le pouvoir de l'Office de se faire communiquer tous les contrats passés par le courtier que se manifestent les inconvénients d'un contrôle exercé par une organisation privée. Les membres de l'Office peuvent connaître les affaires qui vont se conclure dans le canton et les personnes qui y sont intéressées. Ils sont ainsi à même aussi bien d'influencer le mandat du courtier que de signaler l'occasion à d'autres amateurs. Il n'y a

Seite: 74

pas d'assurance que les nombreux membres de l'Association elle-même ne puissent obtenir la permission de consulter les registres de courtage qui doivent être présentés à l'Office. Or, quoi qu'il en soit de l'obligation du courtier de communiquer chaque contrat et de produire son registre (ci-dessous consid. 4), il est clair que si le secret n'est pas sauvegardé, l'exercice de la profession devient quasi impossible. Le Conseil d'Etat objecte que les membres de l'Office sont tenus au secret d'usage; mais ce secret n'est rappelé nulle part et le secret qui lie les fonctionnaires ne peut être étendu sans autre aux organes d'une association privée. D'autre part, l'absence de règles sur la responsabilité se fait spécialement sentir ici. Le Conseil d'Etat déclare que si des abus se produisaient, il retirerait le contrôle aux «Greffons». Cette réserve est insuffisante, elle ne réparerait d'ailleurs pas le dommage causé. Quant à une action civile contre les membres de l'Office qui violeraient le secret, elle est soumise à tous les aléas d'un procès; en l'absence d'une disposition

formelle, le courtier serait en peine de prouver l'illicéité de la révélation faite; le défendeur peut être insolvable et l'arrêté ni le règlement n'exigent aucune caution des membres de l'Office. Au demeurant, il s'agit avant tout de prévenir des abus, et la menace d'une action en dommages-intérêts est à cet égard un moyen inadéquat.

Pour tous ces motifs, l'attribution du contrôle du courtage à l'Association «Les Greffons» n'est pas compatible avec l'art. 31 CF, alors surtout que le but visé pourrait aussi bien être atteint si la surveillance était confiée à un service de l'administration. Il n'est pas dit que, dans ce cas, le Canton de Fribourg ne puisse reconnaître aux «Greffons» un rôle consultatif, sans pouvoir de décision. Il n'est pas jugé non plus que, si les garanties suffisantes sont données, la surveillance ne puisse être attribuée à une organisation de type paritaire groupant les représentants des propriétaires d'immeubles agricoles

Seite: 75

et des agents immobiliers. Mais, en l'état, toutes les dispositions du règlement et de l'arrêté qui délèguent à l'Association de renaissance rurale «Les Greffons» la surveillance du courtage en matière de vente d'immeubles agricoles et qui chargent ladite association (ou son Office de contrôle) de tâches quelconques sont, dans cette mesure, annulées. En revanche, les mêmes dispositions, comme d'ailleurs les autres dispositions du règlement, demeurent en force, sous réserve des considérants ci-après, dans la mesure où le soin d'en assurer l'exécution et le respect pourrait être remis à un service de l'Etat ou, le cas échéant, à une organisation paritaire.

4.- La recourante critique pour elle-même la réglementation à laquelle le Conseil d'Etat a soumis la profession de courtier en immeubles agricoles et le contrat de courtage en cette matière. Elle ne conteste pas, avec raison, le principe d'une réglementation de police; mais elle soutient que les dispositions édictées passent la mesure compatible avec l'art. 31 CF tel qu'il a été interprété par la jurisprudence.

a) Le Tribunal fédéral a déjà jugé (RO 42 I 15) que le canton pouvait, sans violer la liberté du commerce et de l'industrie, subordonner l'exercice de la profession de courtier en immeubles à la possession d'une patente dont la délivrance suppose certaines garanties de nature personnelle et objective, car l'expérience apprend que, dans cette branche d'activité, la confiance du public peut facilement être surprise. Rien ne s'oppose donc au principe d'une «concession» (art. 2 de l'arrêté, art. 4 du règlement), ni même à l'obligation de la renouveler périodiquement (art. 10 du règlement). Le Canton de Fribourg n'exige cependant une patente que des courtiers en immeubles agricoles, et non pas des autres agents immobiliers; on n'a pas à rechercher si ce traitement différentiel se justifie, la recourante ne formulant pas le grief d'inégalité. Que le requérant doive faire la preuve de son honorabilité commerciale (art. 2 al. 2 de l'arrêté) au moyen d'un extrait

Seite: 76

du casier judiciaire, d'un certificat de bonnes moeurs, d'un curriculum vitae, voire d'exemplaires du contrat-type de courtage qu'il se propose d'utiliser (art. G litt. a-d du règlement), il n'y a là rien à reprendre. Que le candidat doive, en se soumettant au besoin à un examen, justifier d'une connaissance suffisante de la législation fédérale et cantonale en matière immobilière, on ne peut en principe voir là une exigence excessive. La recourante soutient toutefois que l'examen prévu par l'art. 8 du règlement est hors de proportion avec la nature de l'activité du courtier. Ce grief n'est pas sans fondement. Si l'intermédiaire doit pouvoir informer son client des conditions d'une vente immobilière, notamment au point de vue fiscal, c'est en définitive à l'officier public qui instrumente l'acte d'assurer le respect du droit et la sauvegarde des intérêts du fisc. L'examen portant sur les principes généraux du droit, les lois fiscales (timbre, enregistrement, impôts) et le droit du courtage devra donc conserver un caractère très élémentaire. L'association recourante n'attaque pas l'art. 7 du règlement d'après lequel seules les personnes domiciliées dans le Canton de Fribourg peuvent obtenir une concession. Elle n'aurait sans doute pas eu qualité pour le faire, car elle ne groupe que des agents immobiliers demeurant sur territoire fribourgeois. On n'a dès lors pas à examiner si la condition exigée est admissible, ni si des courtiers étrangers au canton ne pourraient pas à l'occasion exercer leur profession dans le Canton de Fribourg.

b) La recourante s'élève contre la perception d'un droit annuel de 200 fr. (art. 7 de l'arrêté; rappel à l'art. 14 du règlement). On ne sait pas exactement dans quelle mesure il s'agit d'un émolument et dans quelle mesure il s'agit d'un impôt. Le Conseil d'Etat invoque la nécessité de rétribuer le personnel des «Greffons» et il semble dès lors considérer que le droit de patente est uniquement un émolument. Etant donnée sa périodicité, cet émolument apparaît fort élevé. Il ne serait cependant incompatible avec l'art. 31 CF que s'il avait un caractère prohibitif. L'association

Seite: 77

recourante le prétend, mais pour une partie seulement de ses membres. Le recours n'est à cet égard

pas suffisamment motivé. Chaque membre de l'Association demeure libre de recourir contre l'assujettissement à la redevance, s'il estime que celle-ci rend impossible l'exercice de son activité. La recourante n'a pas soutenu qu'en tant que le droit de patente constituerait un impôt, il n'aurait pas de base légale.

c) La recourante critique l'obligation du requérant de fournir une caution de 1000 fr. (art. 7 de l'arrêté; art. 5 litt. e et art. 6 du règlement). Elle ne soutient pas ou du moins pas avec une précision suffisante que cette somme serait en soi excessive. Au demeurant, cela ne pourrait être le cas que pour certains membres de l'Association, non pas pour tous. En revanche, elle relève - ce qui est exact - que ni l'arrêté ni le règlement ne disent ce que doit garantir la caution. D'après la réponse du Conseil d'Etat, la caution est destinée, d'une part, à assurer le respect des prescriptions de police et, d'autre part, à ménager au client la possibilité d'obtenir du courtier la réparation du dommage causé. Le Conseil d'Etat vise en premier lieu sans doute le paiement d'amendes; en effet l'arrêté ni le règlement ne disposent - et telle n'a pas été l'intention de leurs auteurs - que la caution serait exigible à la première contravention sans égard à la peine prononcée (disposition qui appellerait d'ailleurs les plus sérieuses réserves). Or on ne peut en principe exiger une caution pour garantir les amendes que le candidat est simplement dans le cas d'encourir; ce serait là une restriction inadmissible de la liberté économique (BURCKHARDT, Comment. p. 245; cf. l'arrêt non publié du 3 mars 1939 dans la cause *Verband der kaufmännischen Auskunfts-Institute der Schweiz*, consid. 3). Quant à l'autre motif donné par le Conseil d'Etat, il ne légitime pas non plus l'assujettissement à une caution. La jurisprudence admet, il est vrai, qu'une caution peut être exigée du professionnel pour garantir les engagements d'affaires qu'il contracte envers les particuliers,

Seite: 78

lorsque la nature de son commerce ou de son industrie justifie une protection particulière du cocontractant (cf. BURCKHARDT, Comment. p. 246). Mais si le Conseil d'Etat vise des dommages-intérêts de nature délictuelle, on ne peut dire que ceux-ci aient le caractère d'obligations liées à l'exercice du courtage. Ils se rapprochent bien plutôt des amendes que le courtier peut éventuellement s'attirer et ne justifient pas plus que celles-ci la caution requise. Que s'il s'agit de dommages-intérêts de nature contractuelle, on doit remarquer que le courtier a lui-même un intérêt direct à accomplir son mandat; l'inexécution de ses obligations est sanctionnée par la perte de sa commission. Le Conseil d'Etat ne prétend pas que les courtiers en immeubles soient souvent chargés d'encaisser des fonds ou de faire des paiements pour leurs clients; c'est pour cette raison que le Conseil fédéral, dans un arrêté du 19 janvier 1900, avait autorisé le Canton d'Argovie à soumettre les agents immobiliers aux prescriptions régissant les agents d'affaires, notamment à l'obligation de fournir caution (SALIS, no 868; cf. aussi, en ce qui concerne les avocats, RO 42 I 279, les marchands de bétail, SALIS, nos 786 et 787: RO 48 I 274). Cette considération ne peut cependant être retenue ici. Sauf usage contraire dans un canton, c'est par les mains de l'officier public chargé d'instrumenter l'acte que passent les fonds dans les transactions immobilières. Qu'un courtier serve une fois ou l'autre d'intermédiaire dans les paiements, cela ne saurait encore suffire. D'ailleurs, le montant de 1000 fr. prévu en l'espèce serait bien trop bas pour dédommager les victimes d'un courtier malhonnête. Dans ces conditions, les dispositions de l'arrêté et du règlement qui soumettent la délivrance de la patente à la prestation d'une caution violent la liberté du commerce et de l'industrie et ne peuvent recevoir aucune application.

d) L'association recourante ne s'oppose pas en principe à ce que les courtiers au bénéfice d'une concession soient soumis à une surveillance et fassent l'objet de sanctions

Seite: 79

(suspension ou retrait de la patente, amendes) s'ils ne se conforment pas aux prescriptions du règlement, - à celles du moins qui ne sont pas inconstitutionnelles. Elle s'élève en revanche contre l'obligation du courtier de produire un double de chaque contrat qu'il conclut et de tenir un registre des contrats de courtage qui puisse être consulté en tout temps. Elle ne formule toutefois ces griefs qu'en tant que l'Office des «Greffons» est désigné pour recevoir les contrats passés et prendre connaissance du registre. Or, dans cette mesure, les dispositions en cause sont annulées. Il n'est dès lors pas nécessaire de rechercher si, confié à un service administratif, ce double contrôle serait proportionné au résultat visé (sous réserve d'ailleurs du considérant 5 litt. a ci-dessous) ou si l'Etat ne devrait pas se contenter d'intervenir sur dénonciation ou de procéder tout au plus à des inspections périodiques (cf. l'ordonnance argovienne sur les agents d'affaires, du 17 mai 1886, art. 11 et 12).

5.- La recourante prétend enfin que les dispositions de l'arrêté (art. 4) et du règlement (art. 18 à 29) qui régissent le contrat de courtage comme tel violent le principe de la force dérogatoire du droit fédéral, inscrit à l'art. 2 disp. transit. CF. (L'art. 64 CF également cité n'entre pas en considération, car il ne confère pas au citoyen de droits constitutionnels. Incidemment, la recourante se plaint aussi

que la voie législative ait été éludée; mais elle ne motive pas son grief en montrant en quoi le principe de la séparation des pouvoirs aurait été violé; cf. au surplus, consid. 3 litt. a).

Le Conseil d'Etat ne cherche plus à fonder son arrêt et le règlement sur l'art. 418 CO qui réserve la compétence des cantons pour soumettre à des prescriptions spéciales les agents de change, les courtiers et les bureaux de placement. Cette disposition ne vise que l'activité d'intermédiaire en matière de bourse et de placement. Le mot « courtier » du texte français traduit le terme « Sensale » du texte allemand, lequel désigne le courtier en bourse au

Seite: 80

sens propre (cf. OSER-SCHÖNENBERGER, ad art. 418 note 1). La réserve ne saurait s'étendre aux autres genres de courtage que la révision du CO en 1911 a précisément fait rentrer dans le droit civil fédéral.

L'autorité intimée invoque en revanche le caractère de droit public des dispositions édictées et fait valoir qu'aux termes de l'art. 29 du règlement, la violation desdites dispositions n'entraîne pas la nullité du contrat de courtage mais l'application de sanctions: amendes et retrait de la concession. Il est exact que le droit public cantonal et le droit privé fédéral se trouvent en principe sur le même rang; leurs règles ne s'excluent pas forcément parce qu'elles se rapportent à la même institution (RO 64 I 26). Mais, inversement, toute règle quelconque de droit public cantonal ne peut subsister à côté d'une règle de droit privé fédéral ou même la primer par le seul motif qu'elle relève du droit public. La compétence des cantons pour soumettre à des prescriptions de police des institutions déjà régies par le droit civil n'est pas illimitée (RO 63 I 173). Les cantons ne peuvent d'abord intervenir que par des motifs d'ordre public pertinents. Ils doivent ensuite se borner à user des moyens que le droit public met à leur disposition et se garder d'éluder ou de violer les règles du droit privé fédéral, p. ex. en déclarant nuls certains contrats. Enfin, même s'ils opèrent avec des moyens de droit public (contrainte administrative, sanctions pénales), les cantons ne peuvent établir des règles qui soient en désaccord avec l'esprit de la législation civile. Tel sera singulièrement le cas si celle-ci a déjà tenu compte de l'intérêt de la collectivité et que, dans cette mesure, elle contienne en réalité du droit public (RO 63 I 29; 58 I 32; 42 I 354). Ainsi, le principe de l'autonomie privée consacré par le code des obligations dépasse le cadre du droit civil; il tient étroitement aux libertés assurées par la Constitution fédérale et notamment à la liberté du commerce et de l'industrie; il s'inspire des mêmes considérations d'ordre général. Dès lors, dans la mesure où le droit civil fédéral

Seite: 81

garantit la liberté des conventions dans un cas donné, le législateur cantonal ne peut, d'une façon indirecte, rendre cette liberté illusoire, même s'il croit avoir des raisons de penser qu'elle ne correspond pas ou plus à l'intérêt public. C'est d'après ces principes qu'il faut examiner la validité des dispositions attaquées par la recourante.

a) Celle-ci critique en premier lieu l'exigence de la forme écrite, prévue à l'art. 18 du règlement. Cette forme est destinée à rendre possible le contrôle institué; elle est en rapport avec l'obligation du courtier de produire un exemplaire de chaque contrat qu'il conclut. Du point de vue de l'art. 31 CF, elle ne serait justifiée que si cette obligation elle-même était compatible avec la liberté du commerce et de l'industrie. Cette question a été laissée ouverte (consid. 4 litt. d). Il faut donc rechercher si, dans l'affirmative, l'exigence de la forme écrite ne se heurterait pas quand même à l'art. 2 disp. transit.

Le CO consacre à l'art. 11 la liberté de la forme comme expression éminente de la liberté des contrats. La loi a apporté elle-même des exceptions à cette règle, notamment pour inviter les parties à la réflexion et mettre obstacle aux décisions inconsidérées. Mais lorsque le droit fédéral ne prescrit aucune forme particulière, c'est qu'il a estimé qu'aucun intérêt digne de protection n'en exigeait une. Les cantons ne sauraient dès lors substituer leur appréciation à celle du législateur fédéral et soumettre à l'observation d'une forme, par voie administrative ou de police, un contrat dont la validité n'est subordonnée à aucune forme par le droit civil. Pas plus que le droit de procédure (art. 10 CC), le droit administratif cantonal ne peut ainsi se mettre en contradiction avec la législation privée. Rien n'empêcherait sans cela les cantons, sous réserve de l'arbitraire et de la liberté du commerce et de l'industrie, de généraliser de cette façon l'emploi de la forme dans les contrats qui se concluent librement. Le Conseil d'Etat relève que le règlement ne fait que consacrer un usage courant dans le canton. Et en effet, le courtier tiendra le

Seite: 82

plus souvent à posséder un contrat écrit pour assurer ses droits. Mais cette raison n'est pas pertinente, car il doit rester permis au courtier de conclure verbalement un contrat de courtage, sans s'exposer à des pénalités et éventuellement au retrait de sa patente. On pourrait objecter que sous l'empire du CO de 1881 qui ne réglait pas spécialement le contrat d'apprentissage, toutes les lois cantonales avaient soumis ledit contrat à la forme écrite (cf. WYSS, Das Lehrensverhältnis, p. 42)

du moins lorsqu'il était conclu avec des mineurs (cf. actuellement art. 325 CO), sans que cette prescription ait jamais été attaquée (cf. RO 37 I 43 ss où seule l'insertion d'une clause de non-concurrence dans le contrat d'apprentissage faisait l'objet du recours). Mais cette circonstance ne prouve pas encore que l'exigence de la forme écrite échappât à toute critique du point de vue constitutionnel, bien qu'elle n'eût qu'un but de contrôle et que son inobservation n'eût pas d'effets civils. Une solution particulière pouvait se justifier par des raisons d'ordre tutélaire et l'existence d'une lacune dans le droit fédéral, lacune qui a été comblée par l'art. 325 du nouveau code des obligations pour les contrats conclus avec les mineurs (actuellement, la loi fédérale du 26 juin 1930 sur la formation professionnelle soumet tous les contrats d'apprentissage à la forme écrite, art. 6; il s'agit toutefois d'une simple prescription d'ordre, art. 9). On ne peut en l'espèce invoquer les mêmes considérations: les art. 412 ss CO règlent exhaustivement la matière du courtage et le propriétaire d'immeubles agricoles ne peut être traité comme un mineur. L'art. 18 du règlement doit, partant, être annulé, aussi bien en ce qu'il prescrit la forme écrite qu'en ce qu'il exige plusieurs exemplaires et un extrait du registre foncier annexé à l'exemplaire du courtier. Il suit également que l'obligation de tenir un registre (art. 30 et 31 du règlement) ne peut en soi être maintenue que dans la mesure - dont le Tribunal fédéral n'a pas à juger en l'état - où cette obligation n'est pas liée à l'existence de contrats écrits.

b) La recourante n'attaque pas spécialement les art. 19

Seite: 83

et 20 du règlement, concernant les points que doit régler le contrat de courtage. Dans la mesure où ces dispositions sont inséparables d'un écrit, elles sont virtuellement annulées.

c) La recourante s'en prend en revanche à l'art. 21 al. 2 qui fixe à 2% le maximum auquel peut s'élever la rémunération du courtier. Cette disposition est en contradiction avec le droit des obligations. D'après l'art. 414 CO, c'est la convention des parties qui fixe en premier lieu la rémunération du courtier; à défaut de convention, ce sont - quand ils existent - les tarifs établis par les associations de courtiers; en dernière analyse, on s'en rapporte à l'usage. Mais, dans aucune de ces hypothèses, la loi n'établit un maximum. On peut admettre que ce soit l'Etat qui, en lieu et place des associations, arrête un tarif; mais celui-ci ne peut avoir qu'un caractère subsidiaire et doit céder devant la convention des parties. Il n'en serait autrement que si ce tarif se rapportait à une activité qui participerait d'une fonction publique. Le Tribunal fédéral a en effet admis que les opérations faites par l'avocat comme collaborateur de la justice pouvaient être soumises à un tarif obligatoire; en revanche, l'activité déployée par l'avocat à un autre titre relève exclusivement, quant à la rémunération, des conventions passées avec son client, sans que le droit public cantonal puisse intervenir dans ce domaine (RO 41 II 474 ss). Or l'activité de courtier ne revêt aucun caractère officiel; le Conseil d'Etat se défend même d'avoir voulu monopoliser le courtage ou l'ériger en service public. Dès lors, comme les avocats pour leur activité extrajudiciaire, les courtiers n'ont, dans leurs rapports avec leurs clients, qu'à se conformer au droit civil fédéral. Si, d'après ce droit, ils ont la faculté de réclamer une commission supérieure à 2%, ils ne peuvent s'en voir pratiquement privés par le fait que, s'ils en usent, ils s'exposent à de lourdes amendes et au retrait de leur patente. Le droit public cantonal aboutirait ainsi à modifier le droit privé fédéral. Au demeurant, la disposition attaquée se heurte encore

Seite: 84

à l'art. 417 CO. Il ressort de cet article que c'est au juge - et donc pas au législateur cantonal - qu'il appartient de réduire les commissions excessives. L'art. 21 al. 2 du règlement doit être annulé.

En rapport avec cette disposition, l'art. 22 (cf. art. 4 de l'arrêté) statue que tous les débours du courtier sont compris dans le salaire à l'exception des frais de publicité qui peuvent être réclamés en sus s'ils ont fait l'objet d'un budget. Ces règles sont aussi contraires au droit fédéral, car l'art. 414 CO réserve la liberté contractuelle pour tout ce qui a trait à la rémunération du courtier. D'ailleurs si, ajoutées au salaire, les dépenses font apparaître la rémunération totale exagérée, il y a lieu à réduction selon l'art. 417 CO (OSER-SCHÖNENBERGER, note 7 audit article). L'art. 22 du règlement ne peut donc subsister devant les règles du droit privé.

d) D'après l'art. 23, le courtier n'a droit en principe, lorsque l'affaire n'aboutit pas, qu'au remboursement de ses frais de publicité à l'exclusion de ses autres débours. Cette disposition restreint les prétentions que l'art. 413 al. 3 CO permet au courtier de se faire reconnaître (sous réserve toujours de l'appréciation du juge). Elle porte atteinte à la liberté des conventions et doit être annulée.

e) La recourante ne critique pas expressément les art. 24 et 25 relatifs à l'exigibilité de la commission, l'art. 26 limitant la durée du contrat de courtage à une année, l'art. 27 visant notamment le cas où l'immeuble est vendu sans l'entremise du courtier, l'art. 28 chargeant l'intermédiaire de s'assurer que les créanciers hypothécaires consentiront à la reprise des dettes à l'entière décharge

du vendeur. Le Tribunal fédéral ne peut, en l'état, examiner la compatibilité de ces dispositions avec les dispositions correspondantes du droit civil fédéral.  
Par ces motifs, le Tribunal fédéral admet le recours dans le sens des considérants