

Gesetzgeber dar. Unhaltbar sind die unterschiedlichen *Rechtsschutzbestimmungen*: Die verfahrensrechtliche Koordination mit gleichzeitiger Entscheidungseröffnung macht nur dann Sinn, wenn die Entscheide bei der nämlichen Behörde, mit demselben Rechtsmittel und von einem einheitlichen Kreis von Beschwerdeberechtigten angefochten werden können. Probleme schaffen hier vor allem Abweichungen von den allgemeinen Regeln der Bundesrechtspflege. Sie sind vermeidbar<sup>30</sup>. Begrüssenswert sind *spezielle Koordinationsvorschriften*, wie sie Art. 21 UVPV enthält. Allerdings hätte hier auch das Verhältnis zu den raumplanerischen Instrumenten geregelt werden müssen.

Auf *kantonomer Ebene* gilt es vor allem ein *einheitliches Baubewilligungsverfahren* zu schaffen und das *Verhältnis zu anderen notwendigen Bewilligungen* zu klären<sup>31</sup>. Das Gebot eines *einheitlichen Rechtsschutzes* gilt auch für das kantonale Recht.

<sup>30</sup> Zu Art. 34 RPG: *Ch. Bandli*, Bauen ausserhalb N 176. Vgl. auch BGE 113 Ib 397 f. E. 2b.

<sup>31</sup> Vgl. etwa Art. 2 und 39 des Baugesetzes des Kantons Bern und dazu *A. Zaugg*, Kommentar, S. 63 ff. und 253 ff., oder Art. 152 des Baugesetzes des Kantons Aargau und dazu *E. Zimmerlin*, Kommentar S. 372 ff.

## Fazit

Dass das Bundesgericht die Behörden zu einer Gesamt-schau, zu einer ganzheitlichen Betrachtungsweise zwingt, ist erfreulich. Nur ein koordinierendes Vorgehen kann der geltenden Rechtsordnung zum Durchbruch verhelfen.

Zu ergänzen ist der Entscheid allerdings dahingehend, dass die **Koordination von Verfassungen wegen Aufgabe der Raumplanung** ist und durch die im RPG verbindlich geregelte Entscheidfolge – Richtplan, Nutzungsplan, Baubewilligung oder allenfalls Ausnahmbewilligung (Art. 24 RPG) – zu erfüllen ist.

Spezialrechtliche Bewilligungen können dadurch nicht ersetzt werden. Immerhin ist die vermehrte Schaffung von Kollisionsrecht, die gleichzeitige<sup>32</sup> Erteilung der Bau- und übrigen Bewilligungen sowie eine Vereinheitlichung der Rechtsschutzbestimmungen zu fordern.

Das Baubewilligungsverfahren als **Trägerverfahren** auch für spezialrechtliche Bewilligungen kann reibungslos abgewickelt werden, wenn ihm eine alle Interessen umfassende und koordinierend abwägende Planung vorausgeht. Fehlt diese, muss der Bauabschlag erteilt werden: Verpass-tes muss – stufengerecht – nachgeholt werden.

<sup>32</sup> *A. Marti*, Koordination S. 67; *R. Matter*, Umweltverträglichkeitsprüfung im Baubewilligungsverfahren, in: Baurecht 1987/4, S. 81.

## Die Rechtsprechung

## La jurisprudence

Prof. Peter Gauch (pg); Prof. Alfred Koller (ak); Prof. Nicolas Michel (nm); Prof. Pierre Tercier (pt); Prof. Ulrich Zimmerli (uz).

### Verfahren – Procédure

**Waldfeststellung – Nachbarbeschwerde** (*Constatation de la nature forestière d'un fonds – Qualité pour recourir du voisin*).

P. wollte auf seiner Parzelle in der Bauzone ein Einfamilienhaus erstellen. D., der Eigentümer der Nachbarparzelle, machte geltend, die zulässige Ausnutzungsziffer sei überschritten, weil ein Teil der Parzelle Waldareal sei und daher für die Berechnung der Ausnutzungsziffer nicht berücksichtigt werden dürfe. D. war zur Anfechtung der negativen Waldfeststellungs-verfügung befugt. Er war durch die Verfügung berührt und besass ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung, hätte doch das geplante Gebäude nicht oder nicht im beabsichtigten Ausmass erstellt werden können, wenn die umstrittene Fläche Waldareal gewesen wäre. *BGr. (TF) 4. 6. 1986; ZBl 1988, S. 81 ff.* (81)

**Geltendmachung einer nachträglichen Entschädigungsforde-rung für die Enteignung von Nachbarrechten** (*Dépôt d'une demande d'indemnité pour expropriation de droits de voisi-*

*nage formée postérieurement à l'expiration du délai de produc-tion*).

Wird eine nachträgliche Entschädigungsforderung gemäss Art. 41 Abs. 1 EntG zwar rechtzeitig (Art. 41 Abs. 2 EntG), aber irr-tümlich nicht beim Präsidenten der Schätzungskommission, sondern bei den SBB als Enteignerinnen, d. h. bei einer «unzu-ständigen Behörde» im Sinne von Art. 21 Abs. 2 VwVG ange-meldet, so gilt die Frist als gewahrt. *BGr. (TF) 22. 1. 1987; BGE (ATF) 113 Ib 34 ff. = Pra 1988, Nr. 3.* (82)

**Autorisation préalable de construire – Recevabilité du recours de droit public** (*Vorentscheid – Zulässigkeit der staatsrecht-lichen Beschwerde*).

Le recours de droit public n'est pas ouvert contre une décision d'autorisation préalable de construire, même si, sur le plan can-tonal, une telle décision ne peut plus être remise en cause, sur les objets qu'elle touche, à l'occasion de la procédure d'autorisa-tion définitive. *TF (BGr.) 1. 10. 1985 et 3. 11. 1987; RDAF 1988, p. 209 ss = SJ 1988, p. 354 ss.* (83)

**Note:** Dans la SJ, l'arrêt est suivi d'une note critique signée B.B. (p. 360s.). Dans la RDAF, il suscite une note de jurisprudence très documentée du prof. Charles-André Junod (Le contentieux des autorisations préalables de construire en droit genevois, in RDAF 1988, p. 161 ss); l'auteur désapprouve l'arrêt du TF et considère que le recours de droit public aurait pu être déclaré recevable, de deux manières: ou bien, il aurait été possible de considérer que l'autorisation préalable est une *décision incidente* d'où il résulte un *dommage irréparable pour l'intéressé* (art. 87 OJ) (p. 174); ou bien, mieux encore, il aurait fallu considérer l'autorisation préalable comme une *décision finale* (p. 180). (nm)

**Recevabilité du recours de droit administratif – Décision prise en application d'une norme cantonale – Indemnisation pour expropriation matérielle – LAT 34 I, 5 II (Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde – In Anwendung einer kantonalen Bestimmung ergangener Entscheid – Entschädigung für materielle Enteignung – RPG 34 I, 5 II).**

Une décision cantonale de dernière instance, prise en application d'une norme *cantonale* qui fixe le délai de prescription ou de péremption dans lequel le lésé doit annoncer ses prétentions, doit être attaquée par la voie du recours de droit administratif selon les art. 34 al. 1 et 5 al. 2 LAT. *TF (BGr.) 28. I. 1987; ATF (BGE) 113 Ib 369 ss.* (84)

**Note:** La norme cantonale est en l'espèce une disposition de la loi cantonale tessinoise sur l'expropriation. Cet arrêt offre un nouvel exemple d'une situation dans laquelle le Tribunal fédéral admet le recours de droit administratif contre une décision fondée sur le droit public cantonal. (Rappel: selon l'art. 97 OJ, combiné avec l'art. 5 PA, le recours de droit administratif n'est en principe recevable que contre une décision fondée sur le droit public fédéral.) (nm)

**Recevabilité du recours de droit administratif – Protection de l'environnement et aménagement du territoire – Relation entre LPE 54 et LAT 34 (Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde – Umweltschutz und Raumplanung – Verhältnis von USG 54 zu RPG 34).**

La question de la recevabilité du recours de droit administratif pour invoquer la violation de toutes les dispositions de droit matériel de la LPE est controversée. En l'espèce, le TF ne tranche pas. *TF (BGr.) 13. II. 1987; ATF (BGE) 113 Ib 376 ss = ZBl 1988, S. 267f.; URP/DEP 1988, S. 63.* (85)

**Note:** La difficulté tient à ce qu'en vertu de l'art. 34 LAT, les décisions prises par l'autorité cantonale de dernière instance, en matière d'aménagement du territoire, sont sujettes au recours de droit public et non pas au recours de droit administratif, sauf si elles ont trait aux indemnités d'expropriation matérielle (art. 5 LAT) ou aux autorisations exceptionnelles de construire hors de zones à bâtir (art. 24 LAT). Cette restriction des possibilités de recours n'a pas été prévue pour les décisions prises en matière de protection de l'environnement; en tout cas, l'art. 54 LPE, qui régit la protection juridique, ne formule aucune limitation de ce genre. Le recours de droit administratif paraît donc ouvert conformément aux règles ordinaires de l'OJ. (La thèse selon laquelle le renvoi à l'OJ [art. 54 LPE] engloberait la réserve de l'art. 34 LAT en tant que loi postérieure spéciale n'est pas convaincante.) Il n'en reste pas moins que la délimitation est parfois difficile à établir entre le champ d'application de la LAT et celui de la LPE, et que la portée de la restriction introduite par l'art. 34 LAT devra encore être affinée par la jurisprudence. Il y aura lieu de veiller à ne pas priver cette disposition de toute substance. Tel serait le cas s'il suffisait d'alléguer la violation d'une norme matérielle de la LPE pour obtenir du Tribunal fédéral qu'il juge recevable le recours de droit administratif. Ne faudrait-il pas considérer qu'en matière de protection de l'environnement, comme dans d'autres domaines, le rôle principal de la LAT est de fournir des instruments destinés à répartir des activités sur le territoire et à réglementer ceux de leurs aspects qui affectent l'organisation du sol? L'on pourrait en conclure que la protection juridique obéit aux règles de la LAT si et dans la mesure où le recours porte principalement sur le plan en tant qu'instru-

ment (par exemple, sur la procédure d'élaboration ou d'approbation du plan, sur la délimitation d'une zone ou sur la conformité d'un projet à l'affectation d'une zone); en revanche, les règles de la LPE s'appliqueraient chaque fois que la question matérielle à trancher relève principalement de la protection de l'environnement. (nm)

**Qualité pour recourir contre une autorisation de construire délivrée à un tiers – OJ 88 (Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde gegen die einem Dritten erteilte Baubewilligung – OG 88).**

Les règles qui fixent les possibilités d'utilisation du sol dans le territoire à bâtir ont pour but non seulement de sauvegarder l'intérêt public, mais également de protéger l'intérêt des voisins. Un propriétaire voisin et une association de riverains qui se plaignent d'une violation de ces règles ont qualité pour interjeter un recours de droit public. *TF (BGr.) 3. II. 1987; ATF (BGE) 113 Ia 468 ss.* (86)

**Note:** 1. L'arrêt rappelle la jurisprudence du Tribunal fédéral sur la qualité des voisins pour recourir en matière d'autorisation de bâtir: Ont qualité pour recourir les voisins qui invoquent la violation de dispositions du droit des constructions qui tendent non seulement à la sauvegarde des intérêts de la collectivité, mais aussi, voire principalement, à la protection de leurs propres intérêts de voisins. Il faut en outre que le recourant se trouve dans le champ de protection des dispositions dont il allègue la violation et qu'il soit touché par les effets prétendument illicites de la construction litigieuse. Il importe peu que la qualité de partie lui ait été ou non reconnue en procédure cantonale. 2. En l'espèce, les recourants invoquent une violation de l'art. 129 al. 2 lit. a de la loi genevoise sur les constructions et les installations diverses qui permet au Département des travaux publics d'autoriser une augmentation de 20 à 25 % des rapports des surfaces déterminant les possibilités d'utilisation du sol dans la zone en question. 3. A juste titre, le Tribunal fédéral reconnaît la qualité pour recourir en considérant que la densification des constructions dans une zone déterminée a des incidences immédiates sur l'étendue des espaces verts qui profitent directement ou indirectement à tous, sur la charge de l'équipement général qui sert aussi aux voisins, sur l'ampleur des nuisances qui en résultent, sur le mode de jouissance des aménagements collectifs du secteur, voire sur l'ensoleillement des immeubles qui se trouvent à proximité. (nm)

**Droit d'être entendu – Cst. 4 (Anspruch auf rechtliches Gehör – BV 4).**

1. Le droit d'être entendu doit être reconnu et respecté lorsque le juge envisage de fonder sa décision sur *une norme ou un motif juridique non évoqué* dans la procédure antérieure et dont aucune des parties en présence ne s'est prévaluée et ne pouvait supputer la pertinence in casu. 2. L'autorité qui verse au dossier de *nouvelles pièces* dont elle entend se prévaloir dans son jugement est tenue d'en aviser les parties. *TF (BGr.) 4. 5. 1988; ATF (BGE) 114 Ia 97 ss.* (87)

**Note:** L'autorité cantonale de recours avait produit au dossier un projet de nouvelle réglementation communale (y compris un procès-verbal de séances de l'organe législatif communal) postérieurement à l'instruction et à l'audience de jugement. L'arrêt offre un exemple d'exception à la règle selon laquelle «une partie n'a (...) en principe pas le droit de se prononcer sur l'appréciation juridique des faits ni, plus généralement, sur l'argumentation juridique à retenir». L'exception se justifie, en l'espèce, par le fait que la motivation juridique était entièrement nouvelle et que les parties ne pouvaient pas en prévoir l'adoption. (nm)

**Exercice par l'Etat d'un droit de préemption institué par la législation cantonale sur le logement – Droit d'être entendu (Cst. 4) – Voies de recours (LAT 33 et CEDH 6, 1) (Ausübung eines dem Staat durch die kantonale Gesetzgebung zur Förde-**

*lung des Wohnungsbaus eingeräumten Vorkaufsrechts – Rechtliches Gehör (BV 4) – Rechtsschutz (RPG 33 und EMRK 6, 1).*

1. Les dispositions relatives au droit de préemption légal du canton de Genève sur les terrains situés en zone de développement laissent *un large pouvoir d'appréciation* au Conseil d'Etat. Dans ces conditions, au moment où ils annoncent la vente à l'administration, les intéressés ne peuvent guère connaître les intentions du gouvernement et les circonstances concrètes qui peuvent amener cette autorité à exercer le droit de préemption. Ils ne peuvent donc prendre position que dans l'abstrait, en termes généraux, sur une mesure dont ils ignorent la motivation éventuelle. Cette possibilité d'expression réduite *ne correspond pas aux exigences de la garantie du droit d'être entendu* déduit de l'art. 4 Cst. 2. Les dispositions genevoises instituant ce droit de préemption *doivent être considérées comme des règles d'exécution de la LAT* et les décisions fondées sur elles doivent pouvoir être déférées à une autorité cantonale de recours conformément aux principes de l'art. 33 al. 2 et 3 LAT. 3. Le droit de préemption du canton de Genève équivaut, par ses effets, à une expropriation. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, une contestation portant sur l'admissibilité d'une expropriation met en cause *des droits et des obligations à caractère civil* au sens de l'art. 6 ch. 1 CEDH. La personne concernée a par conséquent droit, conformément à cette disposition conventionnelle, à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial. *Les exigences d'un procès équitable ne sont pas satisfaites par une procédure de recours de droit public pour violation de l'art. 4 Cst.*, où le Tribunal fédéral ne revoit les faits de la cause que sous l'angle de l'arbitraire. *TF (BGr.) 20. 1. 1988; ATF (BGE) 114 Ia 14ss.* (88)

**Note:** Cet arrêt mérite l'attention des *praticiens*, et surtout des *autorités cantonales*, à trois titres au moins. 1. Sur la question du *droit d'être entendu*, le Conseil d'Etat genevois objecte que, s'il informait les parties de ses intentions avant de statuer sur l'exercice du droit de préemption, celui-ci serait compromis parce que *les intéressés pourraient renoncer* à la vente de l'immeuble. Le Tribunal fédéral répond qu'il appartient au droit cantonal d'autoriser les *mesures provisionnelles* nécessaires à assurer à la fois l'exercice du droit de préemption et le respect du droit des intéressés à être entendus. 2. *La notion de dispositions cantonales d'exécution de la LAT* (art. 33 al. 2 LAT) est interprétée largement par le TF. Appartiennent à cette catégorie, les règles «qui visent principalement des objectifs d'aménagement du territoire», soit celles qui sont «établies en vue d'assurer une utilisation judicieuse du sol et une occupation rationnelle du territoire» (p. 18). L'arrêt démontre qu'une disposition d'une loi sur le logement et la protection des locataires peut être considérée comme une règle d'exécution de la LAT. Les cantons seraient bien avisés de s'assurer que, pour toutes ces règles, les exigences de protection juridique de la LAT, notamment celle de l'existence d'une voie de recours cantonale, soient respectées. Le cas du droit de préemption genevois (sur les terrains situés en zone de développement), soustrait à tout contrôle juridictionnel cantonal, n'est certainement pas un exemple isolé. 3. Quant aux *contestations portant sur l'admissibilité d'une expropriation*, les cantons seraient aussi bien inspirés de vérifier que leurs dispositions d'organisation judiciaire administrative correspondent aux *exigences d'un procès équitable* telles qu'elles sont énoncées par la jurisprudence rendue en application de l'art. 6 ch. 1 CEDH. (nm)

## Diverses – Divers

**Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland – Verweigerung der Bewilligung gestützt auf BewG 12 lit. c (Acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger – Refus**

*de l'autorisation d'acquérir un immeuble en vertu de LFAIE 12 lit. c).*

Zwei Brüder (deutsche Staatsangehörige) hatten die Bewilligung zum Erwerb eines Grundstücks erhalten, weil sie sich verpflichtet hatten, das Grundstück ausschliesslich für ihre Unternehmung (AG) zu verwenden und die Produktion in den bestehenden Gebäuden unverzüglich aufzunehmen. In Wirklichkeit war die Liegenschaft eine verbotene Vermögensanlage. Dieses Verhalten bildete einen Widerrufsgrund und erfüllte klarerweise den Tatbestand der Rechtsumgehung nach Art. 12 lit. c BewG, der eine Bewilligung für den späteren Erwerb des Grundstücks durch eine neu gegründete AG, die eindeutig von einem der Brüder beherrscht wird, zwingend ausschliesst. Dass sich der Umgehungstatbestand noch unter der Herrschaft des bis zum 31. 12. 1984 geltenden BewB abgespielt hatte, spielte keine Rolle (ratio legis des BewG; Rechtsgleichheitsgebot). *BGr. (TF) 25. 3. 1988 = BGE (ATF) 114 Ib 11ff. = Pra 1988, Nr. 133.* (89)

**Anmerkung:** Das Bundesgericht bestätigt seine Rechtsprechung zum Umgehungsbegriff: Widerrechtliches Handeln allein genügt nicht; es muss hinzukommen, dass der Ausländer (juristischer oder wirtschaftlicher) Eigentümer einer Liegenschaft wurde, ohne dass dafür je eine Bewilligung erteilt wurde, oder dass die Bewilligung durch Vorgabe von Gründen erwirkt wird, die zwar einen Erwerb gestatten, aber im konkreten Fall nicht erfüllt sind. (uz)

**Acquisition par une société immobilière avec siège en Suisse – Confirmation de l'assujettissement à l'autorisation; LFAIE 22 I (Erwerb durch eine Immobiliengesellschaft mit schweizerischem Sitz – Bestätigung der Bewilligungspflicht).**

Les autorités cantonales doivent, d'une part, vérifier si les personnes avec domicile à l'étranger exercent une influence prépondérante sur la personne morale (LFAIE 2, 5 I/c, 6) et, d'autre part, contrôler la provenance des moyens financiers nécessaires à l'acquisition de l'immeuble: ces faits doivent être établis d'office et les autorités ne peuvent pas, sur ces questions d'assujettissement au régime de l'autorisation, se contenter d'une déclaration générale notariée qui ne déploie pas, dans cette mesure, une pleine force probante au sens de OAIE 18 II et CC 9. *TF (BGr.) 3. 12. 1987 (Ufficio federale di giustizia c. X AG e Commissione di ricorso del cantone Ticino per l'applicazione della legge federale sull'acquisto di fondi da parte di persone all'estero); ATF (BGE) 113 Ib 289–295.* (90)

**Note:** L'arrêt correspond à la pratique préconisée par l'Office fédéral de la justice et à la jurisprudence qui l'a suivie. On se bornera à relever, avec quelque inquiétude, que cette solution démontre combien les officiers publics, les notaires en particulier, ont perdu de crédit: leurs affirmations ne sont plus jugées suffisantes. Sans doute, l'ensemble de la profession pâtit-elle des abus commis par certains. Il n'empêche que la formule, si elle devait se généraliser dans les autres domaines, pourrait fondamentalement remettre en cause la profession elle-même, puisque c'est sur le crédit accordé aux notaires que repose chez nous le régime de la forme authentique. (pt)

**Caractère hôtelier d'un établissement (Wesensmerkmale einer Hotelbaute).**

Selon le sens courant de ce mot, un hôtel est un bâtiment meublé où tout amateur trouve, contre rétribution, la possibilité de loger et toutes les commodités du service. Cet élément de service, lié au logement, distingue l'hôtel du meublé; il le distingue aussi du bâtiment locatif, même si, entre celui-ci et l'hôtel, peuvent exister divers degrés intermédiaires. Le point décisif n'est en effet pas de savoir si l'hôtelier, société commerciale ou

simple particulier, est lui-même propriétaire de son établissement ou si diverses personnes, dont certains hôtes, ont financé l'établissement en acquérant des droits ou des parts, voire en étant propriétaires de certaines quotes-parts déterminées de l'immeuble. Il importe en revanche que l'établissement soit public et que son accès ne soit pas réservé exclusivement à ceux qui le financent ou en sont propriétaires (droit vaudois). *Commission cantonale de recours VD 22. 1. 1987; RDAF 1988, p. 59ss.* (91)

**Note:** Dans le cas particulier, il s'agit d'un établissement ouvert à un nombre indéterminé de personnes, axé sur des séjours de longue durée, offrant divers services (repas, encadrement médical, nettoyage, physiothérapie) et dont les hôtes sont libres de partir sans délai. La commission de recours considère que l'établissement a un caractère hôtelier. (nm)

#### Natur- und Heimatschutz – Wasserski-Anlage – RPG 24 I (*Protection de la nature et du paysage – Installation de ski nautique – LAT 24 I*).

Der Regierungsrat des Kantons Zug erteilte dem Wasserski-Club Cham, gestützt auf das kantonale Gesetz über die Gewässer vom 22. Dezember 1969, die Konzession für die Einrichtung einer Wasserski-Slalomanlage mit Sprungschanze. Die geplante Anlage berührt eine weitgehend intakte Seelandschaft, welche als Schutzgebiet im Bundesinventar der Landschaften und Naturdenkmäler von nationaler Bedeutung aufgeführt ist. Von deren ungeschmälerter Schutz darf gemäss NHG 6 II nur abgewichen werden, wenn ihr bestimmte gleich- oder höher-rangige Interessen von ebenfalls nationaler Bedeutung entgegenstehen. Diese vom Bundesrecht geforderte umfassende Interessenabwägung war im kantonalen Verfahren sowohl vor dem Regierungsrat wie auch vor dem Verwaltungsgericht unterblieben. Das Bundesgericht hiess die Beschwerde von zwei Umweltschutzorganisationen gut und wies die Sache an das Verwaltungsgericht zurück, welches zudem die von RPG 33 geforderte Überprüfung einer Ausnahmewilligung nach RPG 24 I unterlassen hatte. *BGr. (TF) 2. 3. 1988; BGE (ATF) 114 Ib 81ff. = Pra 1988 Nr. 273.* (92)

**Anmerkung:** Im Ergebnis ist dem Urteil zuzustimmen. RPG 33 verlangt indessen bei der Überprüfung von Ausnahmewilligungen im Sinne von RPG 24 I keine Ermessenskontrolle, weil hier von vornherein nur *Rechtsfragen* zu beurteilen sind. Das kantonale Verwaltungsgericht hätte die umfassende Interessenabwägung im Sinne von RPG 24 I b unter diesem Titel aber vornehmen müssen. (uz)

### Haftpflichtrecht – Droit de la responsabilité

**Glissement de terrain en cas de construction – Responsabilité du propriétaire foncier – Notion de l'usage excessif – Actions en cessation du trouble et en dommages-intérêts; CC 679, 684, 685; CO 41 (*Erdrutschungen beim Bauen – Verantwortlichkeit des Grundeigentümers – Begriff des übermässigen Gebrauchs – Klage aus Besitzesstörung und auf Schadenersatz*).**

1. Le propriétaire dont le fonds est atteint par un glissement de terrain provoqué par des travaux effectués sur le fonds du propriétaire voisin peut agir contre celui-ci en vertu de CC 679.  
2. Selon la jurisprudence, pour qu'il y ait un excès du droit de propriété au sens de cette disposition, il faut un comportement du propriétaire qui soit en connexité avec l'exercice du pouvoir

de fait que celui-ci possède sur le fonds, soit avec l'exploitation ou tout autre usage de ce fonds. Des effets qui ont pour cause exclusivement des phénomènes naturels ne tombent pas sous cette notion. De même un comportement purement passif ne peut en général fonder une responsabilité selon CC 679. 3. Une omission peut toutefois fonder la responsabilité de CC 679 «si le propriétaire du fonds ne prend pas les mesures nécessaires pour empêcher que des voisins ne soient exposés à des dangers causés actuellement ou naguère par l'usage ou l'exploitation du bien-fonds». C'est ainsi qu'il peut y avoir excès du droit de propriété dans le fait de laisser subsister un état dangereux pour l'immeuble voisin, d'omettre de prendre des mesures de sécurité nécessaires pour empêcher un glissement de son immeuble ou de laisser sa maison se fissurer au point de mettre ses voisins en danger. 4. Il y a également excès selon CC 685 lorsque «le propriétaire qui fait des fouilles ou des constructions (nuit) à ses voisins en ébranlant leur terrain, en l'exposant à un dommage ou en compromettant les ouvrages qui s'y trouvent». Application au cas d'espèce lors d'un remblayage nettement excessif en l'absence de mesures particulières telles que fondations adaptées, confortation du terrain, drainage, etc. 5. Pour que la causalité soit interrompue, il faudrait soit un cas de force majeure, soit une faute grave de la victime ou d'un tiers. En l'espèce, le lotissement était constructible et les causes naturelles, telles que la nature du terrain et les abondantes chutes de pluie – qui n'avaient toutefois aucun caractère exceptionnel – n'ont eu qu'un caractère subsidiaire. 6. La défenderesse répond également en vertu de CO 41, car son comportement constituait sans conteste une négligence imputable à faute, notamment au vu des avertissements qui lui avaient été donnés. *TC JU 21. I. 1986 (Commune de Goumois c/G. Voirol et E. Soldati); FJJ H 8/6 1-17. Un recours de droit public et un recours en réforme formés par G. Voirol contre la Commune de Goumois ont été rejetés par la IIe Cour civile du Tribunal fédéral le 14 avril 1987. Cf. ég. n. 30.* (93)

**Note:** 1. L'arrêt ne peut être que pleinement approuvé. Avec raison, il reprend et précise l'affirmation de la doctrine et de la jurisprudence selon laquelle l'excès est lié à un comportement du propriétaire en connexité avec l'exercice du pouvoir qu'il possède sur le fonds. Rien ne s'oppose à ce que ce comportement consiste en une attitude négative. S'il est vrai que les phénomènes purement naturels doivent être exclus, il en va différemment lorsque les risques et les dégâts créés auraient pu être évités par des mesures que l'on pouvait raisonnablement attendre du propriétaire. Celui qui construit doit en particulier prendre toute mesure pour éviter que ne se produisent des dégâts sur les fonds voisins. 2. On signalera que l'arrêt n'a pas spécialement examiné la distinction entre les actions en cessation du trouble et en dommages-intérêts. Cette distinction peut avoir une importance pratique considérable en relation notamment avec le problème de la prescription. On admet que l'action en cessation du trouble concerne toutes les mesures que le défendeur peut prendre sur son fonds afin d'éviter que ne se produise ou ne se poursuive le glissement de terrain. En revanche, une fois que celui-ci est intervenu, il appartient au défendeur de prendre à sa charge toutes les mesures destinées à supprimer les dégâts, voire à prévenir leur aggravation ou leur répétition. S'il le fait lui-même ou en charge un tiers à ses frais, il s'agit d'une réparation en nature; si c'est le propriétaire du fonds lésé qui y procède ou y fait procéder, il réclamera la réparation en espèces. (pt)

**Glissement de terrain en cas de construction – Responsabilité de l'entrepreneur – Devoir de l'entrepreneur d'examiner les plans et les instructions du maître – Absence de négligence; CO 41, 365 III (*Erdrutschungen beim Bauen – Verantwortlichkeit des Unternehmers – Pflicht des Unternehmers, die Pläne und die Anweisungen des Bauherrn zu überprüfen – Verneinen der Fahrlässigkeit*).**

1. En cas de glissement de terrain consécutif aux travaux effectués sur un fonds voisin, la responsabilité de l'entrepreneur qui y procède ne peut se fonder que sur CO 41. Il faut en conséquence que l'entrepreneur ait commis une faute, notamment en participant à la création d'une situation dangereuse non seulement à l'égard du maître, mais à l'égard de tout tiers qui risque de subir un dommage du fait de cette situation. 2. Pour déterminer les devoirs que doit respecter l'entrepreneur, on peut se fonder par analogie sur les exigences de CO 365 III, qui font obligation à l'entrepreneur d'avertir le maître notamment de la mauvaise qualité du terrain fourni. Il faut en d'autres termes que le défendeur ait pu se rendre compte, en raison de sa formation, du danger que comporte son fait pour autrui. 3. Le devoir d'examiner les qualités du sol sur lequel la construction doit s'édifier incombe en premier lieu à l'architecte ou à l'ingénieur. L'obligation de l'entrepreneur de faire part des dangers qu'il perçoit au moment où il commence ses travaux n'en est pas exclue pour autant, mais elle relève d'exigences moins sévères. Un artisan local ne manque pas à la diligence que l'on peut attendre de lui s'il ne perçoit pas un défaut dont il pouvait raisonnablement penser que l'architecte ou le spécialiste était mieux à même de le remarquer que lui. Qui plus est, on ne peut reprocher à l'entrepreneur de ne pas s'être rendu compte d'un danger qui a échappé à l'ingénieur qui a établi les plans et à la commune qui les a approuvés. 4. En l'espèce, l'entrepreneur n'était qu'un exécutant, chargé uniquement des travaux de maçonnerie. Le maître d'ouvrage était assisté par une personne qualifiée, qui dirigeait les travaux. Qui plus est, la situation dangereuse était déjà réalisée lorsque l'entrepreneur est venu sur le chantier pour exécuter les fondations et édifier le sous-sol et les murs de la villa. Selon les experts, les dommages ont été causés non par la solidité insuffisante de la construction, mais par les remblais importants amenés sur place avant que l'entrepreneur ne commence ses travaux et sans que le drainage nécessaire ait été exécuté. 5. «La violation des règles de l'art de construire qui peut être reprochée à l'entrepreneur n'est dès lors pas en relation de causalité suffisante avec le dommage dont la recourante demande la réparation.» *TF (BGr) 14. 4. 1987 (Commune de Goumois c/E. Soldati); FJJ J 9/3; ég. TC JU 21. 1. 1986 (Commune de Goumois c/G. Voïrol et E. Soldati); FJJ H 8/6; cf. ég. n. 29.* (94)

**Note:** 1. Au cours de travaux de construction effectués sur une parcelle en pente, un glissement de terrain s'était produit. Le propriétaire voisin, en l'occurrence la Commune de Goumois, a agi en responsabilité civile contre le propriétaire du fonds en invoquant CC 679 et contre l'entrepreneur en invoquant CO 41. La première action a été admise (cf. n. 29), alors que la seconde, celle qui est ici résumée, a été rejetée. 2. Il est intéressant de relever que, pour déterminer les devoirs qu'un entrepreneur doit respecter pour ne pas encourir de responsabilité à l'égard des tiers, la Cour cantonale et le Tribunal fédéral se fondent sur CO 365 III. Or cette disposition concerne exclusivement les devoirs que l'entrepreneur doit respecter à l'égard du maître d'ouvrage, en vertu du contrat d'entreprise qui les lie. Il est toutefois exact que, pour déterminer les devoirs que doivent respecter l'entrepreneur d'une part, le maître et les auxiliaires auxquels il fait appel d'autre part, le principe de CO 365 III a une portée générale. 3. Dans l'application de cette disposition, la Cour jurassienne a clairement fait sienne l'opinion selon laquelle l'entrepreneur est dispensé de l'obligation de vérifier les plans ou le terrain, lorsque le maître est qualifié ou représenté par une personne qualifiée (cf. FJJ H 8/6 18). La solution se trouve expressément énoncée par la Norme SIA 118 à l'art. 25. A l'instar de leurs collègues tessinois (cf. DC 1984 p. 54 n. 66), les juges jurassiens voient – à notre avis avec raison – dans cette règle l'expression d'un principe général. Le Tribunal fédéral pour sa part ne retient pas ce critère formel, qui aurait eu pour lui l'avantage de la clarté. Se fondant sur *Gautschi* (BKomm. CO 365 n. 26s.), il considère que l'entrepreneur conserve un certain devoir d'examen même s'il admet que l'on est en droit de se montrer à son égard moins sévère qu'à l'encontre de l'architecte, de l'ingénieur ou de tout autre spécialiste.

Même si le résultat est le même, l'argumentation est différente. Il faudrait en conclure que l'entrepreneur peut dans certains cas devoir procéder à un examen complémentaire du terrain ou des plans. Nous préférons pour notre part le critère formel retenu par la Cour cantonale. Il y a lieu en effet de clairement distinguer le devoir d'examen du devoir d'avis: il va de soi que l'entrepreneur qui constate, sans examen particulier, que le terrain ou les plans présentent un risque doit en donner avis au maître (sous peine de violer CO 365 III) et prendre toute mesure pour éviter la survenance d'un dommage à l'égard des tiers (violation du devoir de diligence selon CO 41); autre est la question de savoir si l'on est en droit d'exiger de lui qu'il procède à un examen complémentaire du terrain ou des plans, lorsque le maître dispose personnellement ou par l'intermédiaire de ses auxiliaires de qualifications suffisantes. Il paraîtrait conforme à la répartition actuelle des tâches dans la construction de dispenser effectivement l'entrepreneur de tout devoir d'examen; la solution nuancée retenue par le Tribunal fédéral laisse une porte ouverte, que le critère formel permettait précisément de fermer, sans risque excessif; si les conclusions des prestataires de services auxquels le maître a fait appel lui paraissent douteuses, l'entrepreneur garde de toute façon, selon le premier principe rappelé, le devoir d'en avertir le maître. 4. On signalera que l'arrêt du Tribunal fédéral se termine par une phrase un peu sibylline: «La violation des règles de l'art de construire qui peut être reprochée à (l'entrepreneur) n'est dès lors pas en relation de causalité suffisante avec le dommage dont la recourante demande la réparation.» (FJJ J 9/3 6). Toute l'argumentation qui précède tend précisément à démontrer que l'on ne peut faire aucun reproche à l'entrepreneur. (pt)

## Bauwerkvertrag – Contrat d'entreprise

**Garantie pour les défauts – Avis des défauts; CO 367 I (Mängelhaftung – Mängelrüge; OR 367 I).**

Le maître qui signale des défauts doit les énumérer. Toutefois, dans un domaine technique que le maître ne maîtrise pas (ici: traduction), l'avis des défauts peut être plus sommaire. *NE TC 16.9.1988 (Schlup c/Rochat); RJN 1988 p. 43 (résumé).* (95)

**Note:** Selon l'art. 367 I CO, le maître doit «signaler les défauts à l'entrepreneur». On admet qu'il ne peut à cet égard se contenter d'affirmations toutes générales («l'ouvrage est défectueux», «il ne correspond pas au contrat»); l'avis doit être suffisamment précis pour que l'entrepreneur puisse saisir de quel défaut il s'agit (nature, place, etc.) et du fait que le maître entend invoquer les droits découlant de la garantie (sur ces questions cf. surtout *P. Gauch*, n. 1524 ss; *P. Tiercier*, La partie spéciale, n. 2572 et les réf.). L'arrêt dont seul le résumé a été publié semble apporter à cette règle deux tempéraments: 1. La nature de l'ouvrage empêche dans certains cas le maître d'énumérer de manière précise les défauts qu'il fait valoir; c'est en particulier le cas pour un ouvrage dit immatériel: une traduction, une expertise, des plans. Il est normal dans ce cas que l'on se contente de reproches plus généraux touchant par exemple la structure générale du travail, la qualité voire l'élégance de la rédaction, le sérieux de l'analyse, la seule présentation formelle. Le maître serait toutefois bien inspiré d'assortir ses affirmations de quelques exemples concrets. 2. Les compétences du maître pourraient elles aussi justifier des exigences moins sévères. L'affirmation paraît justifiée, encore qu'elle ne doive pas être interprétée de manière trop large. En effet, selon l'art. 367 II CO, il est toujours possible au maître de recourir précisément à un expert, afin de lui demander de porter un jugement sur la qualité de l'ouvrage qui a été livré. (pt)

**Mängelhaftung – Prüfung des Werkes durch Sachverständige – OR 367 II (Garantie pour les défauts – Vérification de l'ouvrage par des experts – CO 367 II).**

1. «Nach Art. 367 Abs. 2 OR ist jede Partei eines Werkvertrages berechtigt, auf ihre Kosten eine Prüfung des Werkes durch Sachverständige und die Beurkundung des Befundes zu verlangen. Bereits das einseitige, an keine prozessualen Voraussetzungen

gen gebundene Begehren einer Partei löst die Ernennung des Experten aus; es handelt sich um ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit.» 2. «Dementsprechend sind auch die prozessualen Rechte von Gegenparteien grundsätzlich beschränkt. Im weiteren braucht hier – im Gegensatz zur Beweissicherung nach kantonalem Recht vor Anhebung eines Prozesses... – keine Beweisgefährdung glaubhaft gemacht zu werden.» 3. «Es geht bei der Massnahme nach Art. 367 Abs. 2 OR um eine amtlich angeordnete Tatsachenfeststellung am Objekt und deren Beurkundung. Diese dient der Beweissicherung im Hinblick auf eine spätere Auseinandersetzung... Den Rahmen von Art. 367 Abs. 2 OR sprengt hingegen die Frage, ob ein Werk im Hinblick auf einen konkreten Vertrag mangelhaft oder mängelfrei sei, beziehungsweise die Frage nach der Verantwortlichkeit der am Werk Beteiligten.» 4. «Die Expertise nach Art. 367 Abs. 2 OR könnte nur auf weitere Fragen, wie Schlechterfüllung oder Verantwortlichkeit, ausgedehnt werden, wenn die Parteien zustimmen. Ein solches Vorgehen kann unter Umständen zweckmässig sein, falls die Parteien auf diese Weise eine gütliche Einigung anstreben und damit einen Prozess vermeiden wollen.» *KGr. SG 31.5.88; GVP 1988, Nr. 50, S. 104.* (96)

**Anmerkung:** 1. Zum ganzen Problemkreis vgl. *Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Auflage, Nr. 1035 ff., 1041, 1043 ff. Aus der neueren Rechtsprechung beachte die einschlägigen Entscheide des Luzerner Obergerichts (BR 1988, S. 13, Nr. 5 und BR. 1989, S. 19, Nr. 13, jeweils mit zugehörigen Anmerkungen). 2. Was die letzte (in Ziffer 4) enthaltene Aussage des St. Galler Entscheides betrifft, ist es auch bei Zustimmung der Parteien zumindest zweifelhaft, ob die in OR 367 II vorgesehene Expertise auf Rechtsfragen hinsichtlich der Schlechterfüllung und Verantwortlichkeit «ausgedehnt» werden kann. Eine derart «erweiterte» Expertise sprengt den Zweck und den Rahmen der Tatbestandsaufnahme nach OR 367 II, weshalb sie nicht in den Anwendungsbereich dieser bundesrechtlichen Bestimmung fällt. Das schliesst nicht aus, dass die Parteien (unabhängig von OR 367 II) einen Schiedsgutachter bestellen, um ihm auch einschlägige Rechtsfragen zu unterbreiten (darüber: *Guldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, S. 597 f.). (pg)

#### **Mängelhaftung – Abtretung von Mängelrechten (Garantie pour les défauts – Cession des droits liés à la garantie pour les défauts).**

1. «Die Wandelungs- und die Minderungsrechte sind als Gestaltungsrechte nicht abtretbar; es können einzig die Forderungen auf ganze oder teilweise Rückerstattung der geleisteten Vergütung zediert werden.» 2. «Der werkvertragliche Nachbesserungsanspruch ist nach Lehre und Rechtsprechung abtretbar... Dies gilt unbesehen darum, ob er realiter oder in Form der Kosten einer Ersatzvornahme geltend gemacht wird.» *BGr. (TF) 11.10.1988; BGE (ATF) 114 II 247.* (97)

**Anmerkung:** 1. Vgl. zum ganzen Problemkreis: *Gauch*, Der Werkvertrag, 3. Aufl. Nr. 1780 ff.; BR 1984, S. 25 ff.; BR 1987, S. 17, Anm. zu Nr. 7. 2. Ob das Wandelungs- und das Minderungsrecht abtretbare Rechte sind oder nicht, wurde in BGE 111 II 462 noch offengelassen. Jetzt ist die Frage höchststrichterlich (und zutreffend) dahin entschieden, dass eine Abtretung der beiden Gestaltungsrechte (nicht aber eine Abtretung der aus ihrer Ausübung fliessenden Forderungen) ausgeschlossen ist. Eine andere Ansicht für das Minderungsrecht (nämlich «Abtretbarkeit») vertritt neuerdings der deutsche Bundesgerichtshof (BGHZ 95, 250 = BauR 1985, S. 686 ff. = NJW 85, 2822). 3. Der Abtretung des Nachbesserungsrechts steht nichts im Weg, auch wenn man dieses Recht ebenfalls als Gestaltungsrecht auffasst (*Gauch*, a.a.O., Nr. 1206 und 1783). Vorbehalten bleiben Fälle, in denen die Abtretung ausnahmsweise eine unzumutbare Erschwerung für den Unternehmer mit sich bringt und deshalb mit der «Natur des Rechtsverhältnisses» (OR 164 I) unvereinbar ist. Von solchen Fällen abgesehen, kann der Besteller das ihm zustehende Nachbesserungsrecht auch an einen Dritten abtreten, der das Werk weder erworben hat noch erwirbt (BGHZ BauR 1986,

S. 98 ff.). 4. Abtretbar ist auch das *Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens*. Doch bleibt zu beachten, dass sich diese abtretbare Forderung immer nur auf Ersatz von Schaden richtet, der dem Besteller selbst (also nicht dem Zessionar) entstanden ist oder entstehen wird. 5. Von der Frage der Abtretbarkeit zu unterscheiden ist die andere Frage, ob und welche Mängelrechte auf einen Dritten übergehen, dem der Besteller seine Forderung auf Ausführung und Ablieferung des geschuldeten Werkes zediert (*Keller/Schöbi*, Das Schweizerische Schuldrecht IV, S. 68 f.). Dies sei hier nur pro memoria beigelegt, ohne auf die Frage selber einzutreten. (pg)

#### **Garantie pour les défauts – Qualité de la communauté des copropriétaires d'étages – Cession des prétentions; art. 368 CO, 712b CC (Mängelhaftung – Klagelegitimation der Stockwerkeigentümer – Abtretung der Ansprüche; OR 368, ZGB 712b).**

1. La communauté des copropriétaires d'étages a la capacité pour faire valoir une prétention contre l'entrepreneur tenu pour responsable de défauts affectant les parties communes de l'immeuble; or, l'installation de chauffage de l'immeuble constitue bien une partie commune au sens de l'art. 712b CC. 2. La communauté peut exercer les droits découlant de la garantie des défauts que lui a valablement cédés le vendeur qui était le maître de l'ouvrage; il n'est pas nécessaire que cette créance ait d'abord été cédée aux acquéreurs copropriétaires d'étages. Il est dès lors superflu d'examiner si la communauté n'est pas titulaire «ex lege» de l'action en garantie, s'agissant de défauts affectant les parties communes de l'immeuble. *TC JU 4.5.1987 (Communauté des copropriétaires d'étages de la résidence «Le Vorbourg» c/Broquet et consorts); FJJ H 8/7.* (98)

**Note:** L'arrêt reprend, en les fondant en doctrine et en jurisprudence, les conceptions aujourd'hui unanimement admises sur l'exercice des droits à la garantie en matière de propriété par étages. Le seul point particulier tenait au fait que l'ouvrage, construit par un promoteur, avait été ensuite constitué en propriété par étages. Des déficiences s'étant ultérieurement produites, le maître a cédé à la communauté des copropriétaires le droit d'agir en justice (sur ces questions cf. notamment *P. Gauch*, Die Abtretung von werkvertraglichen Mängelrechten, DC 1984 p. 23 ss; *J.M. Grossen*, La qualité pour exercer l'action en garantie en raison des défauts de la chose vendue ou de l'ouvrage, sous le régime français et sous le régime suisse de la copropriété par étages, in *Mélanges Flattet*, Lausanne 1985, p. 275 ss; *J. Gauthier*, Copropriété par étages et malfaçons, in *Mélanges Flattet*, Lausanne 1985, p. 227 ss; *R.H. Weber*, Zur Prozessfähigkeit der Stockwerkeigentümergemeinschaft, RSJ 75/1979 P. 117 ss; *Idem*, Gewährleistungsansprüche beim Stockwerkeigentum, DC 1985 p. 67 ég. ATF 109 II 423 = DC 1985 p. 16; 111 II 458 = DC 1987 p. 70; FJJ J 6/3 = DC 1986 p. 15). Le défendeur prétendait pour sa part que les actions en garantie auraient d'abord dû être transférées aux propriétaires d'étages, lesquels auraient dû ensuite les transférer à la communauté. La solution retenue par la Cour est évidemment plus simple, et pour cette raison plus praticable. Elle suppose toutefois que le maître de l'ouvrage n'ait pas encore cédé ses créances aux copropriétaires d'étages, au moment où il effectue la cession directe à la communauté; en effet, s'il a déjà disposé de la créance, il ne pourrait évidemment pas le faire une seconde fois. Sous cette réserve, la solution paraît justifiée. (pt)

#### **Mängelhaftung – Verjährung der Mängelrechte – Unterbrechung der Verjährung durch eine «Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch» – OR 135 Ziff. 2 (Garantie pour les défauts – Prescription des droits liés à la garantie pour les défauts – Interruption de la prescription par «citation à une tentative de conciliation» – CO 135 ch. 2).**

1. «Art. 371 Abs. 2 OR und Art. 180 SIA-Norm 118 (Ausgabe 1977) sehen für Gewährleistungsansprüche des Bestellers, wenn es... um ein unbewegliches Bauwerk geht, eine Verjährungs-



frist von fünf Jahren vor.» 2. Die Verjährung kann unterbrochen werden, unter anderem auch durch «Ladung zu einem amtlichen Sühneversuch» (OR 135 Ziff. 2). Was unter einer solchen «Ladung» zu verstehen ist, bestimmt das Bundesrecht (nicht kantonales Prozessrecht). Danach aber gilt, dass die Verjährung bereits durch die Postaufgabe des Sühnebegehrens unterbrochen wird. 3. «Die Unterbrechung der Verjährung setzt daher weder voraus, dass der Schuldner vom Sühnebegehren Kenntnis erhält, noch kann etwas darauf ankommen, ob innert angemessener Frist zur Sühneverhandlung vorgeladen wird oder ob die Ladung aus irgendwelchen Gründen einstweilen unterbleibt. Es bleibt vielmehr selbst dann bei der Unterbrechung, wenn der Ansprecher sein Begehren nachträglich zurückzieht». *BGr. (TF) 3.8.1988; BGE (ATF) 114 II 261 ff. (99)*

**Anmerkung:** 1. Der Entscheid ist klar und richtig und bedarf keiner weiteren Erläuterung. Nur ein Nebenpunkt ist zu präzisieren, damit aus einem «obiter dictum» keine falsche Rechtsauffassung entsteht: 2. Haben die Parteien die SIA-Norm 118 übernommen, so gilt die fünfjährige Verjährungsfrist des Art. 180 unabhängig davon, ob es sich beim mangelhaften Werk um ein «unbewegliches Bauwerk» (OR 371 II) handelt oder nicht (OR 371 I). Die in OR 371 enthaltene Unterscheidung zwischen diesen und jenen Werken ist der Verjährungsordnung der SIA-Norm 118 fremd, wodurch schwierige Abgrenzungsfragen vermieden und die Bauherren bessergestellt werden (vgl. *Gauch, Der Werkvertrag*, 3. Aufl., Nr. 2010 ff.). (pg)

**Garantie pour les défauts – Application de la Norme SIA 118 – Réception partielle – Responsabilité pour les cas fortuits – Réparation des dommages supplémentaires; art. 97, 321e, 364 I, 367, 369, 376 CO; SIA 118 (1962) art. 25.1, 31.1. (Mängelhaftung – Anwendung der SIA-Norm 118 – Teilabnahme – Haftung für Zufall – Wiedergutmachung der zusätzlichen Schäden; OR 97, 321e, 364 I, 367, 369, 376; SIA 118 (1962) Art. 25.1, 31.1.)**

1. Si les parties ont intégré la Norme SIA 118 à un contrat conclu en 1972, il ne peut s'agir – en l'absence de toute indication contraire – que de l'édition de 1962. 2. S'il est vrai que les parties peuvent convenir que l'entrepreneur pourra procéder à des réceptions partielles, il faut qu'elles le disent de manière claire. Cette possibilité est en principe réservée aux contrats de longue durée portant sur des ouvrages de grande importance. On ne peut le déduire du seul fait que les parties ont fixé des délais précis pour l'achèvement des divers travaux confiés à l'entrepreneur. 3. Si la Norme SIA est applicable, l'avis d'achèvement des travaux que l'entrepreneur donne au maître n'est pas à lui seul suffisant; il ne fait qu'ouvrir la procédure de réception. 4. Selon l'art. 376 I CO, l'entrepreneur répond également des cas fortuits qui se sont produits avant la livraison de l'ouvrage et qui n'ont provoqué que des dégâts partiels. Il y a cas fortuit si l'événement dommageable n'est pas le fait des parties au contrat et ne peut leur être imputé. 5. L'entrepreneur doit prendre à sa charge les frais supplémentaires liés à la réparation des dégâts qui sont intervenus avant la livraison; il doit même indemniser le maître pour l'engagement complémentaire de la direction des travaux. 6. Le maître peut également réclamer la réparation des factures supplémentaires qu'il a dû payer à d'autres entrepreneurs qui ont pour ce même motif dû effectuer des réparations sur les parties d'ouvrage qu'ils devaient livrer (Drittsschadensliquidation); le maître ne peut en revanche agir au nom de l'entreprise dont les matériaux ont été également endommagés, car il ne pourrait le faire que sur la base d'une cession de créance. *TC VS 5.2.1987 (Raymond Francioli c. Société coopérative Pro Familia); RVJ (ZWR) 1988 p. 348–354. (100)*

**Note:** L'état de fait de la décision n'étant pas reproduit, il n'est pas facile de le dégager des considérants de droit. Apparemment, il s'agissait

de ceci: une entreprise avait été chargée de la réalisation des installations sanitaires dans une maison en construction; avant la livraison de l'ouvrage, des dégâts dus au gel se produisent, dégâts provenant d'un remplissage défectueux du chauffe-eau de l'immeuble. Comme il n'est pas possible d'établir en fait l'origine de ce défaut, la Cour applique l'art. 376 I CO et oblige l'entrepreneur à prendre à sa charge les frais de réparation qui en découlent. L'affirmation ne paraît guère contestable, tant il est vrai que, dans le régime légal, les risques ne passent au maître qu'à partir du moment de la réception; l'entrepreneur doit donc prendre à sa charge les frais de réparation de l'ouvrage qu'il doit livrer. La suite de la décision paraît en revanche moins convaincante: 1. Le maître de l'ouvrage réclamait une indemnité de 450.– frs pour les frais qu'il a dû engager dans la direction des travaux de réparation effectués par l'entrepreneur. La solution est contestable: le principe général en matière de cas fortuit est que chacun supporte les coûts et frais supplémentaires qui en résultent. Cela vaut également pour le maître: on peut le dégager par analogie de l'art. 376 II CO qui précise que «la perte de la matière est, dans ce cas, à la charge de la partie qui la fournit»; l'hypothèse ne peut guère viser que le maître (cf. é.g. *Tercier, La partie spéciale*, n. 2763). Il en découle qu'il lui appartient aussi de prendre à sa charge les honoraires supplémentaires pour la direction des travaux de réparation. La situation est fondamentalement différente de celle dans laquelle l'entrepreneur est tenu, après la livraison, d'exécuter des travaux de réparation; il est exact qu'il doit dans ce cas indemniser le maître pour les honoraires supplémentaires dus à la direction des travaux; la responsabilité repose toutefois dans ce cas sur la violation du contrat, et non sur un cas fortuit. 2. Le maître réclame aussi et obtient le remboursement des factures supplémentaires qui lui ont été adressées par d'autres entreprises, également occupées sur le chantier, et dont l'ouvrage a subi des dégâts avant la livraison du fait des infiltrations d'eau. Dès lors que la Cour admet que l'entrepreneur a établi qu'il n'avait de son côté commis aucune faute, il faut convenir qu'il est difficile de lui imposer en plus la réparation des dommages supplémentaires consécutifs à cette inondation. Tout au plus pourrait-il en aller ainsi si les factures complémentaires qui ont été adressées ne correspondaient qu'aux travaux supplémentaires rendus nécessaires pour l'élimination du défaut originel (p.ex. peinture supplémentaire sur le mur qui a dû être ouvert afin de remplacer une conduite). En revanche, puisque leur ouvrage n'avait pas encore été livré, chacun des entrepreneurs devait de son côté supporter le cas fortuit touchant son ouvrage, comme l'a été celui de l'entrepreneur concerné. Les autres entrepreneurs doivent en effet eux aussi être soumis à la règle de l'art. 376 I CO. Pour qu'il puisse en aller différemment, il faudrait que la responsabilité de l'entrepreneur défendeur soit donnée, ce que la Cour rejette par hypothèse. 3. Cette solution paraît d'autant plus s'imposer que la Cour écarte la conclusion du maître tendant au remboursement des factures que lui a adressées un entrepreneur pour les dégâts causés aux matériaux qu'il avait déjà déposés sur place (moquette). Il est exact, comme le relève la Cour, que le maître n'a pas été personnellement lésé et, qu'après avoir payé la facture, il ne peut se retourner contre le prétendu responsable qu'en vertu d'une cession, à moins que l'on ne puisse directement appliquer l'art. 185 CO relatif au transfert des risques dans la vente. La subtilité du raisonnement dogmatique tenu par la Cour ne change rien au fait que, dans ce cas comme dans le précédent, il est juste que chaque entrepreneur supporte seul les conséquences des cas fortuits survenant aux matériaux qu'il a entreposés ou à l'ouvrage qu'il est en train d'effectuer. (pt)

**Résiliation du contrat par l'entrepreneur – Demeure du maître – Circonstances extraordinaires – Modification du contrat; art. 107, 363, 373 II, 374 CO (Kündigung des Werkvertrags durch den Unternehmer – Verzug des Bauherrn – Ausserordentliche Umstände – Vertragsänderung; OR 107, 363, 373 II, 374).**

1. En vertu de l'art. 107 CO, l'entrepreneur peut résilier le contrat, avec effet «ex nunc» lorsque les travaux ont déjà commencé, si le maître n'exécute pas ses obligations en temps voulu après avoir été mis en demeure de le faire. Encore faut-il que la mise en demeure se réfère expressément à la violation des obligations invoquées pour résilier le contrat. 2. Le maître est en

demeure s'il n'exécute pas ses obligations principales, notamment s'il ne paie pas le prix de l'ouvrage ou des acomptes; c'est également le cas s'il viole son devoir de collaboration, par exemple s'il n'accomplit pas les actes préparatoires qui lui incombent, en particulier s'il néglige son devoir de coordonner les travaux; ce n'est pas le cas en revanche s'il pose des exigences techniques jugées excessives par l'entrepreneur ou s'il refuse d'accepter une augmentation du prix exigée par l'entrepreneur. 3. Selon l'art. 373 II CO, l'entrepreneur peut résilier le contrat en cas de circonstances extraordinaires; cette disposition est un cas d'application de la «clausula rebus sic stantibus» et permet de faire l'économie du recours à l'art. 24 I/4 CO sur l'erreur. 4. Pour juger si des circonstances sont imprévisibles au sens de la disposition, il convient de se mettre à la place d'un entrepreneur compétent et diligent, et d'apprécier la situation avec une certaine rigueur, car toute exécution d'ouvrage à des prix forfaitaires ou unitaires fermes comporte un élément spéculatif qui doit être considéré comme un risque. 5. Il n'y a pas de circonstance extraordinaire au sens de l'art. 373 II CO lorsque le maître commande des travaux supplémentaires. L'entrepreneur n'est tenu de les exécuter que dans la mesure où ils correspondent aux stipulations contractuelles; dans le cas contraire, il peut en subordonner l'observation au paiement d'un supplément de prix. 6. Le contrat d'entreprise est conclu à titre onéreux. La fixation du prix, à laquelle on ne peut toujours procéder d'avance, n'en est pas pour autant un élément nécessaire, puisque l'art. 374 CO offre à cet égard des règles supplétives. Il est vrai que les parties peuvent ériger le prix en un élément subjectivement essentiel de leur convention et faire dépendre la perfection du contrat de leur accord sur ce point. 7. Le refus du maître d'accepter une modification du contrat n'implique pas pour l'entrepreneur le droit de le résilier. 8. Reste ouverte la question de savoir si celui-ci peut invoquer des justes motifs pour résilier le contrat; la condition n'en est de toute façon pas remplie en l'espèce. *TF (BGr.) 1ère CC 6.12.1988 (Stump Sondages SA et Swissboring, société suisse de sondage et prospection SA c. Nibbio SA); SJ 1989 p. 331-338. (101)*

**Note:** L'arrêt contient une riche moisson d'affirmations pratiques et théoriques qu'on ne peut dans l'ensemble qu'approuver. On relèvera les quelques aspects suivants: 1. Considérant qu'il en avait le droit, l'entrepreneur a abruptement quitté le chantier en cours de travaux. Il demande ensuite au tribunal qu'il condamne le maître à une indemnité, mais se voit à son tour opposer une action en dommages-intérêts (275 668.- frs!). Aussi spectaculaire soit-elle, la rupture immédiate d'un contrat n'est en effet pas sans risque. L'entrepreneur ne peut le faire qu'à des conditions restrictives, supposant en particulier une mise en demeure incontestable. C'est le lieu de rappeler l'art. 37 al. 1 de la Norme SIA 118: «En cas de divergence entre l'entrepreneur et le maître, chacun reste tenu d'exécuter consciencieusement ses obligations contractuelles. L'entrepreneur n'a donc pas le droit d'interrompre ses travaux contrairement au contrat; de la même façon, le maître n'a pas le droit de retenir les montants dus.» Le non-paiement d'un acompte ne permet donc pas à l'entrepreneur de résilier son contrat; s'il le fait néanmoins, il s'expose à des dommages-intérêts qui peuvent être considérables. En l'occurrence, le Tribunal fédéral a précisément rejeté tous les arguments invoqués par l'entrepreneur pour des motifs rappelés dans le résumé. 2. L'application de l'art. 373 II CO (cf. é.g. art. 59 SIA-118) qui autorise l'entrepreneur qui a conclu un contrat à des prix fermes à exiger une indemnité équitable en cas de circonstances extraordinaires, est d'emblée exclue dans les deux hypothèses suivantes: a) *En cas de circonstances imputables au seul entrepreneur.* Il est évidemment normal que l'entrepreneur supporte seul les conséquences de faits dont il est pleinement responsable. C'est d'abord le cas si l'aggravation qui en résulte est la conséquence d'une faute qu'il a commise personnellement ou par l'intermédiaire d'un auxiliaire lors de la conclusion ou de l'exécution du contrat. C'est ensuite le cas pour toutes les circonstances que l'on peut considérer comme inhérentes au caractère spéculatif des prix fermes. L'arrêt le rappelle avec raison en précisant ceci: «Savoir quelles diffi-

cultés un entrepreneur doit, d'après l'expérience, s'attendre à rencontrer lors de l'exécution d'une construction dépend dans une large mesure des particularités du cas d'espèce, notamment du genre et de la durée du contrat d'entreprise (ATF 104 II 316/317; *Gauch*, [Werkvertrag], n. 717 ss) (p. 335).» b) *En cas de circonstances imputables au maître.* Il est également normal que le maître supporte pleinement les conséquences de circonstances dont il assume l'entière responsabilité. C'est notamment le cas lorsqu'il a de son côté commis personnellement une faute ou par l'intermédiaire d'un auxiliaire, notamment en raison des indications erronées qu'il a fournies lors de la conclusion du contrat, des défauts du terrain ou des matériaux qu'il a mis à la disposition de l'entrepreneur, ou encore des instructions qu'il a données, si elles ne se bornent pas à préciser le projet initial. Dans tous ces cas, il se produit une authentique modification de commande qui justifie le paiement, non d'une simple indemnité équitable, mais d'une rémunération complémentaire (cf. art. 58 SIA-118). 3. La Cour cantonale avait reconnu à l'entrepreneur le droit de résilier le contrat pour justes motifs, se référant à *Gauch* (Werkvertrag, n. 419 et 830). Le TF laisse la question ouverte, considérant d'emblée que les circonstances invoquées ne sauraient constituer un juste motif. Tout en comprenant la réserve du TF, on peut regretter qu'il n'ait pas profité de l'occasion pour combler une lacune importante. Il existe en effet de bonnes raisons pour reconnaître à l'entrepreneur le droit de résilier le contrat pour justes motifs. Cette possibilité est en effet ouverte dans tous les contrats dits de durée, même si le texte ne le dit pas expressément. La seule question délicate est celle de savoir à quelle condition l'entrepreneur peut exercer ce droit. Conformément à la thèse soutenue par *Gauch*, il faudrait admettre que l'exercice de ce droit suppose que l'entrepreneur accepte d'indemniser complètement le maître. (pt)

**Rémunération – Factures de l'entrepreneur – Portée du silence du maître à la réception – Acceptation tacite – CO 6, 372 (*Verгүйtug – Rechnung des Unternehmers – Schweigen des Bauherrn beim Empfang – Stillschweigende Annahme – OR 6, 372*).**

1. A l'exception du cas où le grief se fonde sur un défaut de l'ouvrage (art. 367 CO), le maître peut contester en tout temps les factures qui lui ont été adressées, à moins qu'il ne les ait expressément ou tacitement reconnues. Le seul fait de ne pas réagir immédiatement à une facture ou à un extrait de compte ne signifie pas encore une acceptation au sens de l'art. 6 CO; cette dernière possibilité n'est qu'une application du principe général du respect de la bonne foi. 2. Admis en l'espèce que le maître qui renonce à contester une série de factures nées d'un rapport contractuel de plus de cinq ans agit contrairement aux règles de la bonne foi s'il se borne à les contester dans une procédure ouverte contre lui; l'entrepreneur était de bonne foi en droit d'interpréter son silence comme une acceptation. 3. On peut laisser ouverte la question de savoir si, dans un cas de ce genre, la situation ne devrait pas être assimilée à des rapports de comptes courants, que le maître aurait tacitement acceptés. *TF (BGr.) 11.2.1987 (Gilema SA c. Delta SA); Rep. 1988 p. 272-274. (102)*

**Note:** L'intérêt principal de l'arrêt n'est pas tant dans le fait qu'il reprend les principes d'une décision rendue peu de temps auparavant (ATF 112 II 500 = DC 1988, p. 14/8), mais dans celui qu'il considère que sont en l'occurrence remplies les circonstances qui justifient une exception à ces principes. En effet, alors que l'on admet en général que le silence gardé à la réception d'une facture n'équivaut pas à une acceptation tacite, l'arrêt commenté retient cette conclusion, en raison des circonstances particulières du cas: Il s'agissait en l'occurrence de factures diverses qui avaient été établies entre 1973 et 1978, le maître n'avait jusque-là pas réagi, ce long silence ne reposait sur aucune justification objective, une réclamation faite plus tôt aurait permis à l'entrepreneur de réexaminer l'opportunité des relations d'affaires qu'il avait créées. La décision doit être approuvée comme l'était celle qui statuait en sens inverse: ce sont les règles de la bonne foi qui arbitrent la controverse. La



règle demeure qu'il appartient à l'entrepreneur d'établir le bien-fondé de ses factures; l'exception subsiste également que le maître ne peut étrennellement différer sans motif les griefs sur lesquels il entend se fonder. (pt)

**Vergütung – Leistungen zu Einheitspreisen – Mehrvergütung – OR 373/374 (Rémunération – Prestations à prix unitaires – Rémunération majorée – CO 373/374).**

1. «Mit Bezug auf den Werkvertrag zu Einheitspreisen bestimmt das Gesetz, dass der Unternehmer verpflichtet ist, das Werk für den im voraus bestimmten Betrag fertigzustellen, und keine Erhöhung fordern kann, selbst wenn er mehr Arbeit oder grössere Auslagen gehabt hat (OR 373 I). Nur wenn «ausserordentliche Umstände, die nicht vorausgesehen werden konnten oder die nach den von beiden Beteiligten angenommenen Voraussetzungen ausgeschlossen waren, die Fertigstellung hindern oder übermässig erschweren, kann der Richter nach seinem Ermessen eine Erhöhung des Preises oder die Auflösung des Vertrages bewilligen» (OR 373 II).» 2. «Die «ausserordentlichen Umstände» dürfen nicht dem Unternehmer angelastet werden können und müssen derartige Auswirkungen auf den Vertrag haben, dass die Einhaltung der offerierten Preise nach Treu und Glauben nicht mehr verlangt werden kann (BGE 104 II 315; vgl. auch BGE 109 II 335). Nur unter diesen Bedingungen sind Unterschiede zu vergüten, die sich aus einem Vergleich zwischen den im Vertrag aufgeführten und den tatsächlich ausgeführten Arbeiten ergeben (Gauch, Der Werkvertrag, 3. A., S. 216, N. 764 mit Hinw.).» 3. «Anders ist zu entscheiden, wenn der Vertrag im eigentlichen Sinne abgeändert worden ist. Mangels anderer Vereinbarung ist in diesem Fall das Werk gemäss OR 374 zu entschädigen, nämlich nach Massgabe des Wertes der Arbeit und der Aufwendungen des Unternehmers (Gauch, S. 159, N. 549).» Ist der Unternehmer im Streitfall ausserstande, «Beweise zur Überprüfung des streitigen Betrages beizubringen», so «obliegt es dem Richter, die Lage nach freiem Ermessen zu würdigen. Denn es ist kein Grund ersichtlich, warum die von OR 373 II für Verträge mit Festpreisen festgelegten Bemessungskriterien nicht um so mehr bei einer eigentlichen Änderung des Werkvertrages (OR 374) gelten sollen.» BGr. (TF) 15.9.1987; BGE (ATF) 113 II 513 ff. (516, 521) = Pra 1989, S. 80 ff. (S. 82, 86). (Minatra S.A. c. Schweizerische Eidgenossenschaft). (103)

**Anmerkung:** 1. Das zitierte Urteil des Bundesgerichts ist in italienischer Sprache abgefasst. Die vorstehende Wiedergabe beschränkt sich auf wenige Entscheidstellen, deren deutsche Übersetzung der «Praxis» entnommen wurde. Eine ausführliche Besprechung des ganzen Urteils wird für ein späteres BR-Heft geplant. Hier mögen nur die folgenden Punkte «vorweggenommen» werden: 2. Im Baugewerbe kommt es häufig vor, dass für einzelne oder für alle Leistungen, die der Unternehmer zur Ausführung des übernommenen Werkes erbringen muss, Einheitspreise (z.B. je Laufmeter, Quadratmeter, Kubikmeter, Kilo, Stück) vereinbart sind. Die Vergütung, die der Bauherr für eine solche Leistung (z.B. den Aushub) schuldet, ergibt sich aus der Menge der vom Unternehmer geleisteten Einheiten, multipliziert mit dem zugehörigen Einheitspreis (im einzelnen: Gauch, Der Werkvertrag, 3. Auflage, Nr. 641 ff.). Der Unternehmer hat Anspruch auf Bezahlung des so ermittelten Vergütungsbetrages und kann grundsätzlich keine Mehrvergütung (die über den erwähnten Betrag hinausgeht) verlangen, mögen ihm auch höhere Kosten erwachsen, als vorgesehen war (OR 373 I). 3. Richtig ist, dass dieser Grundsatz nicht ausnahmslos gilt (vgl. Gauch, a.a.O., Nr. 649 ff.). Durchbrochen wird er insbesondere durch die Ausnahmeregel des Art. 373 II OR, der dem Unternehmer unter gewissen («ausserordentlichen») Umständen einen Anspruch auf Mehrvergütung oder Vertragsauflösung gibt (worüber der Richter nach seinem Ermessen entscheidet). Die Regel des Art. 373 II OR greift jedoch nur dann ein, wenn die «ausserordentlichen Umstände» zu einem (qualifizierten) Missverhältnis zwischen der Gesamtleistung des Unternehmers und der

vertraglichen Gesamtvergütung führen; solange dies nicht zutrifft, sind die Mehrkosten einer Einzelleistung (mögen sie noch so hoch sein) unter dem Gesichtspunkt des Art. 373 II OR von vorneherein unerheblich (Gauch, a.a.O., Nr. 727). 4. Richtig ist auch, dass eine besondere Rechtslage dann besteht, wenn «der Vertrag im eigentlichen Sinne abgeändert worden ist». Im Falle einer solchen Beststellungsänderung hat der Unternehmer Anspruch auf Vergütung des durch die Änderung verursachten Mehraufwandes (vgl. dazu und zu gewissen Ausnahmen: Gauch, a.a.O., Nr. 549 f.). Dieser Mehraufwand (nicht das ganze Werk!) ist dem Unternehmer nach Massgabe des Art. 374 OR zu vergüten, während es im übrigen bei den vertraglichen Preisabreden bleibt (ungenau: BGE 113 II 516; Pra 1989, S. 82). Kommt es zum Streit, so liegt die Beweislast für die Beststellungsänderung und den daraus entstandenen Mehraufwand beim Unternehmer. Warum der Richter trotz unbewiesenem Mehraufwand befugt sein soll, im Rahmen des Art. 374 OR auf eine Mehrvergütung zu erkennen, ist nicht einzusehen, scheint aber der Ansicht des Bundesgerichts (BGE 113 II 521; Pra 1989, S. 86) zu entsprechen, das mit einer analogen Anwendung der «von OR 373 II festgelegten Bemessungskriterien» operiert, obwohl diese Kriterien für die hier gestellte Frage nichts abwerfen. Weder bemisst sich die nach OR 374 geschuldete Vergütung in gleicher Weise wie eine allfällige Mehrvergütung nach OR 373 II, noch vermag das richterliche Ermessen, auf das OR 373 II verweist, den Nachweis der Anspruchsgrundlage zu ersetzen. 5. Die dargestellte Rechtslage (grundsätzliche Bindung an die getroffene Preisabrede; Mehrvergütung im Ausnahmefall des Art. 373 II OR; Vergütung des Mehraufwandes bei Beststellungsänderung) gilt auch dann, wenn dem Unternehmer Mehrkosten je ausgeführter Einheit entstehen, weil die voraussichtliche Menge, die der Bauherr im Leistungsverzeichnis angegeben hat, bei der Werkausführung tatsächlich über- oder unterschritten wird. Für die Anwendung des OR 373 II sind allerdings gewisse Besonderheiten zu beachten. Darüber und zum Sonderfall, da die unrichtige Mengenangabe im Leistungsverzeichnis auf Unsorgfalt oder Absicht beruht, siehe Gauch, a.a.O., Nr. 764 und die dortigen Verweise. 6. Beizufügen bleibt, dass in jedem Einzelfall zu prüfen ist, ob die Parteien nicht vertragliche Abreden (z.B. über die Folgen einer Beststellungsänderung) getroffen haben, die es bei der Beurteilung der Rechtslage mitzuberücksichtigen gilt. Das versteht sich von selbst und bedarf keiner weiteren Erläuterung. (pg)

**Vergütung – Leistungen zu Einheitspreisen – Auswirkungen der Beststellungsänderung nach SIA-Norm 118, Art. 86 (Rémunération – Prestations à prix unitaires – Effets de la modification de commande selon l'art. 86 de la Norme SIA 118).**

1. Nach Art. 86 Abs. 2 der SIA-Norm 118 «wird auf Verlangen eines Vertragspartners für den 120% übersteigenden Teil beziehungsweise für die ganze 80% nicht erreichende Menge ein neuer Einheitspreis auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage (Art. 62 Abs. 2) vereinbart», wenn «die endgültige Gesamtmenge 120% der vorgesehenen Menge» übersteigt oder 80% unterschreitet. 2. Diese Bestimmung, die sich mit den «Auswirkungen der Beststellungsänderung» befasst, setzt jedoch voraus, «dass es aufgrund der ursprünglichen Preise (Löhne, Materialkosten, Transporte usw.) möglich ist, unter Berücksichtigung der erfolgten Änderungen einen neuen Einheitspreis zu bestimmen». Fehlt es am erforderlichen Nachweis der ursprünglichen Kostengrundlage, bleibt die Bestimmung des Art. 86 Abs. 2 aus dem Spiel, und es ist alsdann zu prüfen, «ob das gewöhnliche Recht» der Unternehmerin «die Geltendmachung einer Entschädigung für die Mehrkosten der Arbeit erlaubt». BGr. (TF) 15.9.1987; BGE (ATF) 113 II 513 ff. (515 f.) = Pra 1989, S. 80 ff. (S. 81 f.). (Minatra S.A. c. Schweizerische Eidgenossenschaft). (104)

**Anmerkung:** 1. Auch diese Entscheidstellen stammen aus dem bereits in Nr. 103 zitierten Urteil, das in einem späteren BR-Heft ausführlich besprochen wird (vgl. Anm. 1 zu Nr. 103). 2. Richtig ist, dass der «neue Einheitspreis» nach Art. 86 Abs. 2 der SIA-Norm 118 «auf der Basis der ursprünglichen Kostengrundlage» vereinbart wird, was im Streitfall

voraussetzt, dass der Richter diese Grundlage kennt. Fehlt es am erforderlichen Nachweis, so ist, wenn Art. 86 Abs. 2 der SIA-Norm 118 Vertragsbestandteil bildet, der darauf gestützte Anspruch des Klägers abzuweisen. 3. Die Ansicht des Bundesgerichts, wonach es einem solchen Kläger (mangels Beweises) erlaubt sein soll, seinen Anspruch auf Gesetzesrecht abzustützen, verkennt die Tatsache, dass das «gewöhnliche Recht» durch die vereinbarte Normbestimmung (Art. 86 Abs. 2) verdrängt wird. Weder hier noch sonst verhält es sich so, dass der gesetzliche Anspruch an die Stelle eines vereinbarten tritt, wenn der Ansprecher es unterlässt, die für die Durchsetzung des vereinbarten Anspruches erforderlichen Beweise zu erbringen. 4. Das Gesagte gilt sinngemäss auch für den Anspruch aus Art. 87 der Norm, auf den das Bundesgericht ebenfalls Bezug nimmt. (pg)

## Grundstückkaufvertrag – Contrat de vente immobilière

**Amtliches Baulandumlegungsverfahren – Mehrwertabschöpfung – Rechtsgewährleistung. – OR 192 ff. (*Procédure d'amélioration l'ancière – Indemnité pour plus – Value – Garantie pour éviction – CO 192 ss*).**

1. Sachverhalt: Der Kläger erwarb am 17. Januar 1981 von der Beklagten eine in der Gemeinde X gelegene Liegenschaft, die zuvor in ein amtliches Baulandumlegungsverfahren einbezogen worden war und dabei eine Mehrzuteilung von 185 m<sup>2</sup> erfahren hatte. Der Übergang des Eigentums vom alten auf den neuen Bestand war vom Gemeinderat X auf den 1. November 1978 verfügt worden. Im Jahre 1982 verlangte die Gemeinde vom Kläger wegen der Mehrzuteilung Fr. 16 513.–. Der Kläger zahlte und belangte hierauf die Beklagte auf Rückerstattung unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgewährleistung. Die Klage wurde rechtskräftig abgewiesen. Die Rekursinstanz führte aus: 2. Das Eigentum an den neuen (den «umgelegten») Grundstücken wurde durch die rechtskräftige Verfügung des Gemeinderates auf den 1. November 1978 begründet. Es liegt ein Fall von originärem Eigentumserwerb vor. 3. Der Anspruch auf Mehrwertabschöpfung richtet sich gegen den Eigentümer zur Zeit des Eigentumsübergangs vom alten auf den neuen Bestand (in casu die Beklagte), auch wenn er erst später fällig wird. Ein Übergang der Abgabepflicht auf einen späteren Erwerber (Abgabesukzession) bedarf einer gesetzlichen Grundlage, die im bündnerischen Recht fehlt. 4. Für die Abgabeforderung besteht kein gesetzliches Pfandrecht an der Liegenschaft, welche durch die Baulandumlegung einen Mehrwert erfahren hat. Damit «bleibt für allfällige Ansprüche aus Gewährleistungsrecht kein Raum». Daran würde sich selbst dann nichts ändern, wenn eine Abgabesukzession stattgefunden hätte. Denn «von einer Entwehrung des Kaufgegenstandes im Sinne von Art. 192 ff. OR kann nur gesprochen werden, wenn der Dritte ein besseres Recht unmittelbar an der Sache selbst hat, nicht aber, wenn das Eigentum an der Sache lediglich zur Individualisierung des ausschliesslich persönlich haftenden Schuldners dient». 5. Selbst wenn man ein gesetzliches Pfandrecht für die Forderung auf Mehrwertabschöpfung bejahen würde, mithin ein Rechtsmangel zu bejahen wäre, müsste die Klage abgewiesen werden: Einmal, weil die Beklagte rechtswirksam jede Gewährleistung wegbedungen hat, zum andern, weil die Gemeinde das Pfandrecht nie im Sinne von Art. 193 OR geltend gemacht hat und der Kläger seinen Obliegenheiten aus Art. 194 OR nicht nachgekommen ist. *KGr. GR 26.8.1986; PKG 1986, Nr. 4, S. 33 ff. (105)*

**Anmerkung: 1.** Hinsichtlich der Rechtsgewährleistung stellt das Kantonsgericht der Sache nach fest, dass Realobligationen keinen Gewährleistungstatbestand begründen können, da sie keine Rechte «unmittelbar an der Sache selbst» seien. Diese Ansicht vermag nicht restlos zu überzeugen. Warum etwa eine vorgemerkte Miete (Art. 260 OR) anders zu behandeln sein soll als ein Wohnrecht, das als beschränktes dingliches Recht unbestrittenermassen einen Gewährleistungstatbestand begründen kann, ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Zumal bei Realobligationen, die auf Gebrauch oder Nutzung einer Sache gerichtet sind, scheint sich die Anwendung der Art. 192 ff. OR aufzudrängen; denn derartige Rechte wirken sich für den Eigentümer nicht anders aus als entsprechende beschränkte dingliche Rechte: Einmal führen sie zu einer (vorübergehenden) Verminderung der Eigentümerbefugnisse, zum andern beeinträchtigen sie die Verkehrsfähigkeit der Sache, indem sie im Falle der Veräusserung an ihr «haftenbleiben». Der Unterschied zu einem beschränkten dinglichen (Gebrauchs- oder Nutzungs-)Recht besteht lediglich darin, dass bei der Realobligation gegenüber störenden Dritten höchstens aus dem Besitz, nicht jedoch aus dem Recht vorgegangen werden kann; im Verhältnis zum Eigentümer ist dies jedoch ohne Bedeutung. Meines Erachtens ist sogar dann an eine Anwendung der Art. 192 ff. OR zu denken, wenn die an der Kaufsache haftende Realobligation die Eigentumsausübung nicht unmittelbar beschränkt. Immerhin handelt es sich auch in diesem Fall um ein «dingliches Nebenrecht» (BGE 104 II 177; *Tuor/Schnyder*, 10. A., S. 599), das die Verkehrsfähigkeit der Sache herabsetzt. Die Anwendung der Rechtsgewährleistungsregeln scheint auch durchaus sachgerecht. Zu beachten ist allerdings, dass die Rechtsgewährleistung bei Kenntnis der «Gefahr der Entwehrung» entfällt (Art. 192 Abs. 2 OR); derartige Kenntnis wird bei im Grundbuch vorgemerkten Rechten regelmässig vorliegen (fraglich scheint, ob die Fiktion von Art. 970 Abs. 3 ZGB auch im Verhältnis Käufer-Verkäufer gilt, ob mit andern Worten die Kenntnis der Vormerkung auch im Anwendungsbereich der Art. 192 ff. OR unwiderlegbar zu vermuten ist). – 2. Der Kläger hat eine fremde Schuld bezahlt, denn Abgabeschuldnerin gegenüber der Gemeinde X war die Beklagte. Die Rückforderungsklage wurde vom Kantonsgericht ausschliesslich unter dem Titel der Rechtsgewährleistung geprüft. In Betracht fielen jedoch auch andere Ansprüche, namentlich ein Bereicherungsanspruch gestützt auf unechte Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 423 Abs. 2 OR; vgl. *BJM 1955, S. 136*; echte Geschäftsführung schied schon deshalb aus, weil die Beklagte gegenüber der Gemeinde jegliche Zahlungspflicht abgelehnt hatte, vgl. *Bucher*, OR BT, 3. A., S. 258). Ein solcher Anspruch setzte (selbstverständlich) Bereicherung der Beklagten voraus. Dies traf nur zu, wenn die vom Kläger vorgenommene Zahlung Tilgungswirkung hatte, da ansonst nicht die Beklagte, sondern die Gemeinde X bereichert war. Unter der Annahme, dass der Kläger sich irrtümlich zur Leistung an die Gemeinde verpflichtet glaubte, war wohl Tilgungswirkung zu verneinen, ein Bereicherungsanspruch gegen die Beklagte daher nicht gegeben (anderer Ansicht *Becker*, N 7 zu Art. 63 OR; für das deutsche Recht nehmen *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. A., S. 39 f., an, der zahlende Nichtschuldner habe die Möglichkeit, die Leistungsabstimmung nachträglich zu ändern mit der Folge, dass Tilgungswirkung eintritt und sich der Bereicherungsanspruch neu gegen den – befreiten – Schuldner richtet). 3. Bejaht man einen Bereicherungsanspruch gegen die Beklagte, so stellt sich die weitere Frage, ob er ebenfalls durch die Enthaltungsklausel («jede Nachwährschaft» wurde wegbedungen) ausgeschlossen war. Das dürfte zu verneinen sein. Denn im Ergebnis würde ja dieser Ausschluss darauf hinauslaufen, dem Kläger die Pflicht zur Begleichung der Abgabeschuld der Beklagten zu überbinden. Eine derartige faktische Schuldübernahme aber war wohl kaum beabsichtigt. (ak)