

que, les limitations à l'activité économique ne doivent pas, sous réserve d'habilitation constitutionnelle spéciale, s'appuyer sur de tels motifs.» (p. 138)

7. Den Rahmen dieser Besprechung sprengt die **grundsätzliche Frage, ob** bei so weitgehenden Eingriffen in das freie Marktgeschehen, wie sie eine Veräusserungsbewilligung darstellt, **noch sinnvollerweise zwischen zulässigen sozialpolitischen und verbotenen wirtschaftspolitischen Massnahmen unterschieden werden kann** (E. 8 des Entscheids und zum Ganzen *J.P. Müller/St. Müller*, Grundrechte, Besonderer Teil, Bern 1985, S. 325 ff.). Ist eine Veräusserungsbeschränkung, wie sie das vorliegende Gesetz einführt, wirklich ein qualitativ anderer Eingriff in den freien Wettbewerb als es z. B. eine gezielte Mietzinskontrolle wäre? Oder müsste man nicht richtigerweise sagen, auch ein Eingriff in den freien Wettbewerb lasse sich unter dem Gesichtspunkt von Art. 31 BV grundsätzlich rechtfertigen, wenn er durch überwiegende soziale oder sozialpolitische Interessen geboten und verhältnismässig ausgestaltet sei? Anders lässt sich m. E. auch nicht aufrechterhalten, die zeitlich befristete Mietzinskontrolle als (noch) zulässigen (vgl. z. B. BGE 101 Ia 502), die entsprechende generelle Massnahme dagegen (E. 8d, cc des vorliegenden Entscheids) als grundsätzlich verfassungsrechtlich verpönten Eingriff in das freie Marktgeschehen zu qualifizieren. **Entscheidend für die Verfassungsmässigkeit ist m. E. hier wie dort das Kriterium der Verhältnismässigkeit** (die unbefristete Mietzinskontrolle erweist sich wohl regelmässig als unverhältnismässig), **nicht die Unterscheidung wirtschaftspolitische/sozialpolitische Massnahme.**

Der vorliegende Entscheid zwingt zur Frage, ob die bundesgerichtliche Formel, wonach Art. 31 Abs. 2 BV generell wirtschaftspolitische Massnahmen, d. h. eben Eingriffe in den freien Wettbewerb ausschliesse, nicht als zu dogmatisch aufzugeben sei zugunsten einer differenzierteren Umschreibung der öffentlichen Interessen, die aus-

nahmsweise einen solchen Eingriff zu rechtfertigen vermögen.

Das **Ergebnis** könnte wie folgt formuliert werden: Grundsätzlich verboten sind nach Art. 31 Abs. 2 BV Interventionen in den freien Markt zum Schutze bestimmter Wirtschaftsgruppen oder Wirtschaftsformen («pour assurer ou favoriser certaines branches de l'activité lucrative ou certaines formes d'exploitation et qui tendent à diriger l'activité économique selon un certain plan» [p. 138 f.]); *hingegen* sind solche *Eingriffe in den freien Markt durch die Kantone ausnahmsweise zulässig* (und nicht nur im Sinne der bisherigen Rechtsprechung als *Nebenwirkungen* in Kauf zu nehmen), wenn sie durch bestimmte überwiegende öffentliche, z. B. sozialpolitische (also nicht beliebige) Interessen gefordert und verhältnismässig sind. Der Schutz der Mieter bedeutet eben nicht Stützung eines *beliebigen* Wirtschaftszweiges oder Marktteilnehmers gegen die Härte des freien Spiels von Angebot und Nachfrage, sondern Stützung sozial schwacher Bevölkerungsteile gegen Ungleichgewichte im Wohnungsmarkt, wo diese einen existentiellen Lebensbereich («Wohnen») für viele gefährden.

Anmerkung der Redaktion: Mit dem Genfer Gesetz vom 26. Juni 1983 befassen sich zwei weitere Entscheide des Genfer Verwaltungsgerichtes von 1988: Im *Urteil vom 30. März* geht es um ein dem Gesetz unterstehendes Wohnhaus, für das eine Bewilligung für den Umbau nach Art. 6 Abs. 4 erteilt worden war. Das Verwaltungsgericht stellt fest, dass aus Art. 6 keine Verkaufsbeschränkung für das umgebaute Haus abgeleitet werden dürfe; eine solche müsse im Rahmen eines Bewilligungsverfahrens nach Art. 9 A (Text siehe im oben besprochenen Urteil) geprüft und erlassen werden. In einem *Entscheid vom 13. April* definiert das Verwaltungsgericht die dem Gesetz nicht unterstellten, vom Eigentümer selbst bewohnten «maisons individuelles». (Die beiden Urteile sind publiziert in: *SJ 1988*, S. 343 ff., S. 350 f.)

Die Rechtsprechung

Prof. A. Koller (ak); Prof. H. Merz (hm); Prof. N. Michel (nm); Prof. B. Schnyder (bs); P.-H. Steinauer (phs); Prof. P. Tercier (pt).

La jurisprudence

Architektur- und Ingenieurvertrag – Contrat d'architecte et d'ingénieur

Responsabilité de l'ingénieur – Dépassement de devis – Faute du mandataire – Montant déterminant pour les honoraires – Obligation de réparer le dommage, CO 394, 398, SIA 103 4.8, 6.1 (*Haftung des Ingenieurs – Überschreitung des Kostenvoranschlags – Verschulden des Beauftragten – Berechnungsgrundlage für Honorare – Schadenersatzpflicht*; OR 394, 398, SIA 103 4.8, 6.1).

1. Le maître peut exiger la réparation du dommage lorsque le mandataire a commis une faute, notamment en sous-estimant le montant du devis (SIA 103 6.1). Pour tenir compte du caractère aléatoire d'un tel devis, doctrine et jurisprudence admettent une marge de tolérance de 10 %; celle-ci n'est toutefois pas impérative et peut être modifiée par la volonté des parties. Dans tous les cas, il appartient au mandataire d'apporter la preuve qu'un dépassement de la limite de tolérance n'est pas imputable à une erreur dans l'établissement du devis. 2. Les honoraires auxquels peut prétendre le mandataire se calculent non sur la

base du coût total des travaux, mais à partir du montant du devis, accru de la limite de tolérance de 10%. 3. Le mandant peut également réclamer la réparation de son dommage. Celui-ci consiste en la différence qui existe entre le coût total des travaux, diminué des augmentations de coût imputables aux modifications de commande exigées par le maître, et le montant du devis, augmenté de la marge de tolérance de 10%. Toutefois, pour tenir compte du fait que le maître peut bénéficier d'un enrichissement en raison des travaux effectivement réalisés, doctrine et jurisprudence admettent que l'on peut en principe réduire de moitié le montant de la somme prise en considération. Application de ces principes au cas particulier. *TC TI 17.2.1986 (Ing. L. c. Comune di Origlio); Rep. 1987, p. 214-218.* (62)

Note: Les problèmes posés par les dépassements du devis établi par un architecte ou un ingénieur sont aujourd'hui parmi les plus délicats de tout le droit de la construction. De nombreuses décisions et commentaires y ont été récemment consacrés (cf. notamment RSJ [SIZ] 82/1986, p. 179ss = DC 1986 61/84, note *Gauch*; EGV SZ 1985, p. 102 = DC 1987 15/4 et RVJ [ZWR] 1985, p. 302ss = DC 1987 15/5, note *Gauch*; R. Schumacher, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in *Gauch/Tercier*, Le droit de l'architecte, Fribourg 1986, n. 614ss). La décision commentée reproduit fidèlement les solutions schématiques régulièrement proposées en pratique. 1. *L'origine* de la difficulté est connue: D'une part, le maître de l'ouvrage qui entend réaliser une construction ne peut pas ne pas connaître le montant qu'il devra investir à cette fin. C'est pourquoi l'établissement du devis et les conseils qui y sont attachés constituent l'un des devoirs principaux de tout mandataire. Celui-ci dispose en effet d'une expérience suffisante pour pouvoir donner à ce sujet des indications fiables. C'est pourquoi les normes professionnelles retiennent expressément à la charge du mandataire le dommage provenant du fait que «son évaluation du coût de l'opération a été insuffisante» (SIA 102/103 1.6). D'autre part, l'architecte ne garantit pas ce prix, faute de quoi il se trouverait au fond dans une position voisine de celle d'un entrepreneur général garantissant un prix ferme; il est en particulier exclu de tenir compte au moment de l'établissement du devis des aléas liés à toute construction et surtout des coûts nouveaux liés aux instructions que le maître peut lui donner. 2. Pour sortir du dilemme posé par ces deux affirmations contradictoires, la pratique a en effet imaginé un certain nombre de *règles simples* qui, à défaut d'être toujours très justes, fournissent au moins une issue aisée. Le Tribunal, dans l'arrêt commenté, est parfaitement conscient du caractère schématique de ces solutions, mais il les juge en l'occurrence appropriées à la difficulté à résoudre. A noter que, pour éviter cette difficulté, les parties peuvent décider d'introduire dans leur contrat des normes forfaitaires à caractère conventionnel. Les règlements de la SIA en sont précisément un exemple (cf. SIA 102 ch. 4.1.4, 4.2.5). 3. La question ne peut surgir que si l'on peut faire au mandataire le reproche d'avoir *violé son contrat*. Il ne suffit pas que le devis établi soit dépassé, mais il lui appartient d'apporter la preuve que l'origine des frais supplémentaires ne lui est pas imputable. C'est le cas si l'augmentation provient de modifications de la commande ordonnées par le maître, pour autant que le mandataire l'ait formellement rendu attentif à l'augmentation des coûts qui en résulteraient. C'est également le cas, selon la pratique traditionnelle, pour les événements aléatoires qui ne pouvaient être pris en compte lors de l'établissement du devis; c'est dans ce domaine que l'on applique spécialement pour des bâtiments nouveaux la marge de tolérance de 10%. Le solde, après déduction de ces montants, constitue le dépassement de devis imputable au mandataire. 4. C'est apparemment sur cette base que se fonde l'arrêt pour arrêter les *honoraires*. Ceux-ci seraient en effet fixés non à partir du coût total de la construction, mais sur la base du montant du devis estimatif, augmenté de la marge de tolérance de 10%. Cette solution nous paraît trop schématique. Ce qui est déterminant en effet, c'est la part des coûts qui peut être finalement imposée au maître et cette part dépend elle-même du dommage qui sera finalement laissé à la charge du mandataire; il est juste en effet que le maître rémunère celui-ci pour l'ensemble des prestations effectuées conformément au contrat. Ce qui est déterminant par conséquent, ce n'est pas un montant théorique fixé a priori, mais le coût effectif des travaux que devra en définitive assumer le maître. 5. Pour fixer les *coûts déterminants*, le Tribunal retient la deuxième règle schématique: le partage par moitié de la

part des coûts dépassant le montant du devis (augmenté de la marge de tolérance de 10%). Il est possible que cette formule ait été en l'occurrence adaptée aux particularités du cas; il convient toutefois d'appliquer à ce sujet la plus grande réserve, car il n'y a pas lieu d'introduire en ce domaine un système dérogeant totalement aux règles qui ont généralement cours. Le dommage consiste en effet dans la diminution du patrimoine qui résulte pour le maître du fait que le mandataire a mal exécuté son obligation. C'est pourquoi il est exclu d'appliquer la règle du partage pour les augmentations découlant d'erreurs commises par l'architecte ou l'ingénieur lors de l'établissement des plans ou de la direction des travaux. Le maître doit en revanche la valeur effective de l'ouvrage, car il n'y a aucune raison qu'il se trouve enrichi du fait que l'ouvrage a été établi à la suite d'un devis inexact du mandataire. Il faut toutefois distinguer deux cas: a) Ou bien il peut être établi que le mandant aurait de toute façon construit, et l'aurait fait conformément au projet établi par le mandataire; il n'y a dans ce cas aucun dommage réel en dehors des économies qui auraient pu être réalisées si le devis avait été d'emblée exact. b) Ou bien il peut être établi que le mandant n'aurait pas construit ou aurait construit à des conditions meilleur marché; c'est dans ce domaine que, pour tenir compte de l'enrichissement découlant des travaux, il est nécessaire de recourir à une règle simple, la plus simple étant évidemment le partage par moitié de la valeur des constructions. Depuis Salomon, on n'a toujours pas trouvé mieux. (pt)

Bauwerkvertrag – Contrat d'entreprise

Conclusion du contrat – Etablissement d'une offre avec projet détaillé – Rémunération – Application des tarifs SIA, CO 363, 3, 374; SIA 108 (Abschluss des Vertrages – Erstellung einer Offerte mit detailliertem Projekt – Vergütung – Anwendung der Honorarordnungen, OR 363, 3, 374; SIA 108).

1. Celui qui fait une offre assume les frais de publicité, de promotion et d'exécution de l'offre, même si le contrat n'est pas conclu. Il en va différemment lorsque l'offre constitue en réalité un projet précis et détaillé contenant des plans et la description de diverses propositions et variantes. 2. L'établissement d'un projet relève selon la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral des règles sur le contrat d'entreprise (cf. ATF 109 II 37). Même si «l'offre» n'est finalement pas acceptée par l'autre partie, la qualité du travail fait par le pollicitant à titre professionnel justifie une rémunération. Son travail correspond d'ailleurs aux premières prestations décrites par le Règlement SIA 108, édition 1980. 3. Si les parties ne sont pas convenues d'un prix, celui-ci doit être déterminé «d'après la valeur du travail et les dépenses de l'entrepreneur» (CO 374). A cet égard, les Règlements SIA peuvent constituer un élément de référence sur lequel le juge peut se baser pour fixer la rémunération. *TC TI 17. 3. 1986 (Termoventilazioni SA c. Cliper SA); Rep. 1987, p. 211-213.* (63)

Note: La question évoquée surgit assez souvent en pratique, notamment pour les architectes et les ingénieurs. En l'occurrence, une industrie qui connaît des problèmes de ventilation s'adresse à une entreprise spécialisée, laquelle établit toute une série de projets permettant de résoudre les difficultés qui lui sont soumises. Ces projets sont accompagnés d'offres, qui ne sont finalement pas acceptées. Elle établit alors une facture pour 6800 francs, en précisant qu'elle la réduira à 5000 francs au cas où les travaux lui seraient confiés. L'autre partie refuse de payer, en considérant qu'il s'agissait d'une simple offre, pour laquelle aucune rémunération n'est due. La décision du Tribunal mérite pleine approbation. Lorsque les travaux nécessaires à l'établissement de l'offre dépassent ce que l'on peut raisonnablement attendre du pollicitant, qu'ils exigent en particulier l'établissement de plans et de projets détaillés, il est conforme aux règles de la bonne foi que celui-ci reçoive une rémunération (sur la question cf. é.g. nos remarques in: La formation du contrat et les clauses d'architecte, in *P. Gauch / P. Tercier*, Le droit de l'architecte, Fribourg 1986; *P. Gauch*, *ibid.*, n. 14). Le fait que ces travaux correspondent, comme les juges tessinois le font remarquer avec pertinence, aux premières prestations décrites par les règlements d'honorai-

res de la SIA établit qu'il s'agit déjà d'une activité rémunérée. L'application de ces mêmes tarifs pour la fixation des honoraires, en dépit du fait que les parties n'en étaient pas convenues, ne permet pas de tirer des conclusions définitives, car le problème n'est évoqué qu'en passant (sur la question, cf. surtout A. Egli, Das Architektenhonorar, in *Gauch/Tercier*, Le droit de l'architecture, n. 871 ss). (pt)

Garantie pour les défauts – Réfection de l'ouvrage – Exécution forcée, CO 366, 98, 107 (Mängelhaftung – Neuerstellung des Werkes – Zwangsvornahme, OR 366, 98, 107).

1. Le créancier qui est au bénéfice d'un jugement a le droit d'obtenir l'exécution forcée de la prestation due par le débiteur. Ces mesures ressortissent en principe au droit cantonal de procédure, à moins qu'il ne s'agisse de créances qui peuvent être exécutées par la voie de la poursuite pour dettes. 2. Toutefois, la procédure d'exécution forcée n'est ouverte que s'il est possible d'obtenir l'exécution directe de la prestation: tel n'est en principe pas le cas pour les obligations de faire (ex.: livraison de marchandise, exécution d'un travail, etc.). Lorsque le créancier se heurte au refus du débiteur de s'exécuter, il ne peut exiger l'exécution directe ou en nature, tendant à obtenir la prestation même à laquelle il a droit. L'obligation de faire du débiteur se transforme alors en l'obligation de verser des dommages-intérêts et le créancier peut, cas échéant, obtenir du juge l'autorisation de faire exécuter la prestation par un tiers aux frais du débiteur. 3. Il en résulte que le débiteur, condamné à effectuer la réfection de l'ouvrage, ne peut être que sommé de s'exécuter, selon les règles de la procédure genevoise; il ne peut en revanche être menacé des peines de CP 292. *Cjc GE 3. 3. 1988 (Lefar SA c. Coopérative de l'industrie du bois); SJ 1988, p. 330–333. (64)*

Note: Lorsque l'entrepreneur est condamné par jugement à supprimer les défauts pour lesquels il devait sa garantie, quelles sont les mesures dont dispose le maître de l'ouvrage pour obtenir l'exécution de cette obligation? La question est délicate, car elle touche en principe non plus au droit fédéral, mais au droit cantonal de procédure. Il y a lieu de distinguer fondamentalement deux situations: 1. *L'exécution peut être faite par un tiers.* On peut admettre que c'est le plus souvent le cas en matière de contrat d'entreprise. Il découle déjà de CO 98 II que «le créancier peut se faire autoriser à l'exécution aux frais du débiteur». A l'obligation du débiteur d'exécuter la prestation, on substitue l'obligation pour lui de prendre en charge les frais et risques des mesures d'exécution «par équivalent» prises par le créancier. On sait qu'en matière de contrat d'entreprise, le Tribunal fédéral considère, par exception à la règle de CO 98 II, que le maître de l'ouvrage peut choisir cette voie sans requérir préalablement l'autorisation du juge (ATF 107 II 50, JdT 1981 I 269, DC 1982 18/16). Cette dernière solution est à notre avis critiquable sur le plan doctrinal (cf. nos remarques in DC 1981, p. 32; ég. *Gauch*, Werkvertrag, n. 1285 ss); elle comporte également des risques pratiques que la décision commentée met en lumière: lorsque l'entrepreneur conteste devoir exécuter la totalité des travaux qu'exige le maître, celui-ci devra recourir au juge pour obtenir la condamnation du débiteur (cons. 4). Bien que la question soit controversée, il paraît juste d'admettre, avec la décision commentée, qu'il est exclu dans ce cas d'opérer avec la menace des sanctions pénales attachées par CP 292 à l'insoumission à une décision de l'autorité; cette mesure, qui recourt au système de répression pénale, devrait en effet n'avoir qu'un caractère subsidiaire, ce qui implique qu'elle ne devrait pas pouvoir être ordonnée lorsque l'exécution directe est possible (cf.: *J. Habscheid*, Droit judiciaire privé suisse, 2^e éd., Genève 1981, p. 517; *J. F. Poudret / A. Wurzbacher*, Code de procédure civile vaudoise, 2^e éd., Lausanne 1980, p. 335). 2. *L'exécution par un tiers est exclue.* L'hypothèse devrait être l'exception dans le domaine du contrat d'entreprise, même si certains cas sont imaginables, notamment en raison de la nature particulière du travail à fournir. On peut dans ce cas à nouveau distinguer deux cas: a) Il est certain que, selon le droit fédéral, le maître de l'ouvrage peut renoncer à la prestation, conformément aux règles sur la demeure du débiteur, et demander à l'entrepreneur la réparation du dommage qui en résulte pour lui (sur ces questions cf. notamment *Gauch*, Werkver-

trag, n. 1270 ss). b) Si le droit cantonal de procédure le permet, le maître peut en outre exercer d'autres droits, notamment requérir du juge de l'exécution qu'il somme le débiteur, sous menace de sanctions pénales, d'exécuter la prestation qu'il doit. C'est dans ce contexte également que s'inscrirait le système dit des astreintes (cf. à ce sujet nos remarques in DC 1982, p. 76s.); l'institution est largement utilisée dans certains droits étrangers, notamment en France et aux Etats-Unis: elle permet de condamner le débiteur rénitent à verser un montant proportionnel à la durée de son retard. (pt)

Garantie pour les défauts – Avis des défauts – Délai de péremption – Exception du maître, CO 367, 210 I et 371 I (Mängelhaftung – Mängelrüge – Verjährungsfrist – Einrede des Bauherrn; OR 367, 210 I, 367 I).

1. Le maître qui veut sauvegarder ses droits doit donner avis des défauts; en vertu de l'art. 371 I en relation avec l'art. 210 II, il doit le faire pour un ouvrage mobilier dans l'année à compter de la livraison; il s'agit en effet pour l'invocation des exceptions d'un délai de péremption. 2. «Cette réglementation, visant à sauvegarder la sécurité des transactions, doit permettre d'éclaircir rapidement les circonstances de fait et la situation de droit. Elle évite au vendeur et à l'entrepreneur de se voir opposer, longtemps après la livraison, des prétentions tirées de défauts auxquels ils ne s'attendaient plus ni ne devaient plus s'attendre, après l'écoulement d'un certain temps.» 3. Le maître qui a donné avis dans le délai indiqué peut opposer une exception à l'action en paiement du prix que lui intente l'entrepreneur (CO 210 II). *TF (BGr.) I. 12. 1987 (Editions Minkof Reprint SA c. Médecine et Hygiène); SJ 1988, p. 284–285. (65)*

Note: Les affirmations de l'arrêt rappellent une jurisprudence (cf. ATF 104 II 357 = JdT 1979 I 15; ég. FJJ 39/2 = DC 1987 67/75) et une doctrine (p. ex. *Gauch*, Der Werkvertrag, 3^e éd., Zurich 1985, n. 1661) bien établies; elles n'appellent guère de commentaires. L'hypothèse visée serait celle dans laquelle l'entrepreneur conserve une créance contre le maître découlant du contrat considéré; celui-ci peut lui opposer en compensation les droits pécuniers découlant de la garantie des défauts, pour autant qu'il ait donné avis aussitôt qu'il le pouvait selon la marche habituelle des affaires (délai d'avis selon CO 367), mais également avant l'expiration du délai dans lequel il pouvait faire valoir ses droits (délai de «garantie» selon CO 371). (pt)

Das Risiko von Mehrkosten, die sich aus der Ersatzvornahme ergeben, geht zu Lasten des Unternehmers – Sorgfaltspflichtverletzung des Unternehmers bei Weisungen des Bestellers – OR 368 II, 369 (Contrat d'entreprise – Réfection de l'ouvrage – Risques des frais supplémentaires – Violation du devoir de diligence de l'entrepreneur en cas d'instructions du maître – CO 368 II, 369).

Die X AG verpflichtete sich gegenüber A., die Planungsarbeiten, das Rechnungswesen und die örtliche Bauleitung für die Erstellung eines Eigenheimes zu übernehmen. Der Y AG wurden von A. die Dachdecker-, Spengler- und Sanitärarbeiten für insgesamt Fr. 28 570.– übertragen. Nach dem Bezug des Hauses stellte A. knallartige Geräusche im Dach fest, die er fristgerecht, aber erfolglos rügte. Eine amtlich angeordnete vorsorgliche Expertise gab Anlass, die erforderlichen Nachbesserungsarbeiten einem Dachdecker und einem Sanitärinstallateur zu übertragen. Für den ihm erwachsenden Gesamtaufwand von rund 16 900 Franken belangte A. die X AG und die Y AG, die ihre Haftung bestritten.

Tatbeständlich stand fest, dass der gerügte Mangel auf die Verwendung zu langer Unideck-Platten zurückzuführen war, ein Mangel, der auf unrichtigen Massangaben der X AG beruhte. Beide Beklagten bestritten weder den Mangel noch die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge, machten jedoch geltend, dass sie die

verwendeten Platten auf Weisung des Klägers bestellt hätten. A. wollte ursprünglich ein Sagexdach. Auf Grund von Gesprächen mit einem Mitglied des Verwaltungsrates der X AG und anlässlich der Baumesse eingezogenen Informationen schlug er ein Unideck-Unterdach vor. Von einer verbindlichen Weisung konnte aber keine Rede sein. Es war Sache der bauleitenden X AG wie auch der ausführenden Y AG, sich über das neu zur Diskussion stehende Material zu informieren. Sie durften sich auch nicht ausschliesslich auf Auskünfte der Lieferantin verlassen, «weil solche erfahrungsgemäss nicht in jeder Hinsicht objektiv sind». Sie haben die ihnen obliegende Sorgfaltspflicht verletzt.

In Bestätigung des Urteils BGE 107 II 56 gewährt das Gericht A. als Besteller das Recht zur Anordnung der Ersatzvornahme der geschuldeten Leistung (Nachbesserung) durch einen Dritten ohne vorherige richterliche Ermächtigung. A. war berechtigt, einen Fachmann seines Vertrauens zu wählen. Der seinerzeit mit der vorsorglichen Expertise Beauftragte war der Meinung, der Mangel könne durch Unterteilung der Plattenlänge behoben werden, was einen Aufwand von rund 10000 Franken erfordert hätte. Der mit der Durchführung der Nachbesserung beauftragte Unternehmer war jedoch der Ansicht, das Auswechseln des Daches sei die einzig mögliche Lösung, um die Geräusche zu beseitigen; er habe die günstigste Variante zur Erreichung des gleichen Isolationswertes gewählt. Ob eine billigere als die von ihm gewählte Arbeitsmethode zum gleichen Ergebnis geführt hätte, wird offengelassen. Die ausgeführten Arbeiten entsprechen pflichtgemäßem Ermessen. «Es wäre grotesk, wollte man den arglosen Besteller für die Folgen einer kostspieligeren, aber einwandfreien Sanierungsmassnahme verantwortlich machen. Die Beklagte Y AG hatte die Pflicht, das Dach wiederherzustellen und zugleich die Möglichkeit, die Reparaturarbeit günstiger auszuführen als ein Drittunternehmer, der eine Gewinnspanne einrechnen muss. Sie hat daher für den ganzen Reparaturbetrag einzustehen. *Appellationshof FR 22. 9. 1986; Extraits 1986, S. 25 ff.* (66)

Anmerkung: Diesem praxisnah begründeten Urteil ist nichts beizufügen. (hm)

Schaden durch Einsturz eines Lehrgerüsts - Verjährung - OR 363, 210, 371, 137 II (*Dommage causé par l'écroulement d'un échaffaudage tubulaire - Prescription - CO 363, 210, 371, 137 II*).

Der Bau der N3 erforderte beim Anschluss Weesen eine Dienstbrücke, die von der Arbeitsgemeinschaft K.-S. zu erstellen war. Im Mai 1977 vergab die Gemeinschaft den Bau des Lehrgerüsts an die Firma X.; Arbeiten, die mit dem Bau des Gerüsts zusammenhingen, blieben der Gemeinschaft. Am 4. 7. 1977 wurde das Gerüst von den Parteien besichtigt. Ein Vertreter der Bauleitung hielt in einem Protokoll vom 7. 7. fest, dass er auf verschiedene Mängel hingewiesen habe, die bei der Fertigstellung des Gerüsts zu beachten seien. Am 29. 7. begann die Arbeitsgemeinschaft mit dem Betonieren. Als die voraussichtliche Menge Beton zu etwa zwei Dritteln eingebracht war, stürzte das Lehrgerüst ein. Es entstand beträchtlicher Sachschaden.

Das Obergericht des Kantons Thurgau wies die im November 1982 anhängig gemachte Schadenersatzklage der Arbeitsgemeinschaft gegen die Firma X. wegen Verjährung ab und stellte gleichzeitig fest, sie sei auch materiell abzuweisen, weil die Arbeitsgemeinschaft allein für den Einsturz verantwortlich sei. Das Bundesgericht als Berufungsinstanz stimmt dieser Feststellung zu und bemerkt, bei diesem Ergebnis könnte an sich offenbleiben, ob das Obergericht die Klage auch wegen Verjährung abweisen durfte. Jedoch sei die Bedeutung der Verjährungsfrage nicht zu übersehen, zumal selbst verjährte Forderungen zur

Verrechnung gestellt werden können und die Arbeitsgemeinschaft behaupte, der Versicherer der Firma X. habe die Deckung eines Teils des Schadens zugesagt und während Jahren darüber verhandelt. Es rechtfertige sich deshalb ausnahmsweise eine Stellungnahme auch zur Verjährungsfrage. Dabei ist nicht von Auftragsrecht, sondern vom Recht des Werkvertrages auszugehen. Dass das Lehrgerüst nicht das eigentliche Bauwerk darstellte, sondern bloss dessen Errichtung diene, ändert nichts an dieser Subsumtion. Auch Hilfsbauten gelten als Werke im Sinne des Gesetzes, gleichviel ob sie nur vorübergehend benötigt oder für eine längere Benützung erstellt werden. Dass die Erstellung des Lehrgerüsts Pläne und statische Berechnung erforderte, macht den Vertrag nicht zu einem Auftrag. Auch geistige Arbeitserfolge unterstehen dem Werkvertragsrecht, wenn sie verkörpert festgehalten werden (BGE 109 II 37/38 und 464/65; *Gauch*, Der Werkvertrag, RZ. 42).

Ansprüche des Bestellers aus Mängeln des abgenommenen Werkes verjähren in einem oder fünf Jahren (OR 371), solche aus Pflichtverletzungen des Unternehmers vor Ablieferung des Werkes mit Ablauf von zehn Jahren (OR 127; BGE 111 II 171/72).

Die massgebende Verjährungsfrist hängt somit davon ab, ob das Werk im Zeitpunkt des schädigenden Ereignisses abgenommen oder noch unvollendet war. Vollendet ist das Werk, wenn der Unternehmer alle vereinbarten Arbeiten ausgeführt hat (BGE 94 II 164 E. 2 c), was aber nicht heisst, dass es auch mängelfrei sein müsse (BGE 107 II 52/53; *Gauch* RZ. 96). Abgeliefert wird das Werk sodann durch Übergabe oder durch die Mitteilung des Unternehmers, das Werk sei vollendet (BGE 97 II 353 E. 2 c; *Gauch* RZ. 82 ff.). Im Sinne dieser Regelung war das Lehrgerüst am 4. 7. 1977 vollendet und abgenommen. Die damals besprochenen zusätzlichen Sicherheitsmassnahmen waren von der Arbeitsgemeinschaft und nicht von der Firma X. zu treffen. Die Abnahme ist jedenfalls darin zu erblicken, dass die Arbeitsgemeinschaft am 29. 7. 1977 mit dem Betonieren der Brücke begann, das Lehrgerüst also selber für fertig und zum Gebrauch bereit hielt. Ihre Ansprüche aus dem Einsturz des Gerüsts erweisen sich somit als gewährleistungsrechtliche und unterstehen der Verjährungsfrist von OR 371, die spätestens am 29. 7. 1977 zu laufen begannen.

Die ordentliche Verjährungsfrist wegen Werkmängeln beträgt ein Jahr seit Ablieferung, fünf Jahre, wenn es sich um Mängel eines unbeweglichen Bauwerkes handelt. Gegen die Annahme eines unbeweglichen Bauwerkes spricht schon, dass die voraussichtliche Dauer der Benützung des Lehrgerüsts auf drei Monate festgesetzt wurde. Die einjährige ordentliche Verjährungsfrist will verhüten, dass der Besteller seine Ansprüche erst in einem Zeitpunkt geltend macht, in dem der Unternehmer nicht auf seine Gewährleute, besonders auf die Materiallieferanten zurückgreifen kann. Die fünfjährige Frist bei unbeweglichen Bauwerken will vermeiden, dass Ansprüche des Bestellers früher verjähren, als es die Natur des Werkes und der Mängel, die es aufweisen kann, rechtfertigt, weil oft erst nach längerer Zeit erkennbar wird, ob das Werk den Anforderungen der Festigkeit oder den geologischen und atmosphärischen Verhältnissen standhält. Es geht daher nicht an, jeden Arbeitserfolg, der mit einem unbeweglichen Bauwerk zusammenhängt, deswegen einem solchen Werk gleichzusetzen. Eine Leistung gilt vielmehr nur dann als unbewegliches Bauwerk, wenn der Gegenstand des Vertrages, durch den sie versprochen wird, nach seiner Natur selber als Bauwerk angesehen werden kann (BGE 93 II 245/46). Das lässt sich von einer solchen Hilfsbaute zur Erstellung eines unbeweglichen Bauwerkes nicht sagen.

Die Arbeitsgemeinschaft machte indessen geltend, die massgebende einjährige Verjährungsfrist sei durch eine Vereinbarung vom 30. 7. 1977 unterbrochen worden, in welcher die Firma X.

bzw. deren Haftpflichtversicherung «die Schadensdeckung zugesagt», den Schaden also anerkannt habe. Gemäss OR 137 Abs. 2 wird die Verjährung unterbrochen, wenn die Forderung durch Ausstellung einer Urkunde anerkannt worden ist; die neue Verjährungsfrist ist dann stets die zehnjährige. Eine Schuldanererkennung im Sinne dieser Bestimmung setzt indes voraus, dass die Forderung nicht bloss grundsätzlich, sondern auch ihrer Höhe nach anerkannt wird. Die unbezifferte Deckungszusage vermöchte, wenn ihr überhaupt die Bedeutung einer Schuldanererkennung zukommt, höchstens eine neue einjährige Frist in Gang zu setzen (OR 137 Abs. 1). Der weitere Einwand, die Arbeitsgemeinschaft sei durch wiederholt bekundete Gesprächs- und Verhandlungsbereitschaft der Haftpflichtversicherung davon abgehalten worden, rechtzeitig vorzugehen, war ebenfalls nicht zu hören. Nur wenn der Schuldner während noch laufender Verjährungsfrist den Gläubiger veranlasst hat, zuzuwarten, kann seiner späteren Berufung auf die eingetretene Verjährung die Einrede des Rechtsmissbrauchs entgegengehalten werden. Ein vertrauensbildendes Verhalten nach eingetretener Verjährung nützt nichts. Die unklagbar gewordene Obligation wird erst wieder klagbar, wenn der Schuldner auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichtet und die Forderung wenigstens teilweise anerkennt. Die Versicherung hat jedoch am 28. 11. 1978, also nach Ablauf der einjährigen Frist abgelehnt. Spätere Vergleichsofferten und -verhandlungen reichen für die Annahme einer Schuldanererkennung nicht aus, wenn sie nicht zu einer Einigung führen. *BGr. (TF) 29. 4. 1987; BGE (ATF) 113 II 264 ff. = JdT 1988 I, S. 13-19.* (67)

Anmerkung: 1. Richterliche Argumentation soll sich nur auf Überlegungen erstrecken, die für die Urteilsfindung unerlässlich sind. Beiläufig angestellte Erwägungen bleiben grundsätzlich unbeachtlich, haben also keine präjudizielle Bedeutung für die künftige Beurteilung der Streitfrage. Sie werden aber gelegentlich als sogenannte «obiter dicta» beigelegt, um zu einer Frage Stellung zu nehmen, die bisher auf direktem Weg nicht beantwortet werden konnte (*Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, Einleitungsband, N. 537 f. zu Art. 1 ZGB). Ob es sich bei der Behandlung der Verjährungsfrage um ein obiter dictum handelt oder um eine essentielle, für die Urteilsfindung unerlässliche Erwägung (was meines Erachtens im Hinblick auf die mögliche Bedeutung der Vereinbarung vom 30. 7. 1977 als Begründung einer selbständigen Haftung zu bejahen ist), kann offenbleiben. So oder so hat die baurechtliche Praxis ihr Beachtung zu schenken. 2. Materiell ist dem sorgfältig begründeten und dokumentierten Urteil zuzustimmen. Es mag der Baupraxis als nützliche und auch nötige Mahnung dienen, mit der Geltendmachung und Durchsetzung von Ansprüchen nicht säumig zu werden und sich durch mehr oder weniger vage Versprechungen nicht hinhalten zu lassen. 3. Vgl. die kritischen Bemerkungen zur Qualifikation des Vertragsverhältnisses von *R. Jeanprêtre*, in *JdT 1988 I*, S. 19. (hm)

Rémunération de l'entrepreneur - Exigibilité - Demeure du créancier; CO 372, 82, 92 (Vergütung des Unternehmers - Fälligkeit - Verzug des Gläubigers; OR 372, 82, 92).

1. L'entrepreneur a le droit d'exiger le paiement de sa rémunération lorsqu'il a offert sérieusement l'ouvrage, mais que le maître a refusé d'en prendre livraison. Etant en demeure (CO 91), celui-ci ne peut opposer alors l'exception tirée de la non-exécution du contrat (CO 82). 2. Pour agir contre le maître, il n'est pas nécessaire que l'entrepreneur consigne la chose (CO 92); la consignation est en effet un droit et non un devoir. *Cjc GE 18. 12. 1987 (Coustillas c. Les Editions de Lagora SA); SJ 1988, 155-158.* (68)

Note: L'arrêt vise un litige qui est sans relation avec le droit de la construction (établissement d'une traduction à l'intention d'un éditeur), mais le problème évoqué peut s'y poser en des termes comparables. L'hypothèse est en effet celle dans laquelle l'entrepreneur doit livrer un

ouvrage mobilier qu'il a dû spécialement façonner (fenêtre, porte, paroi, tuyau, etc.) mais dont le maître refuse de prendre livraison: ou bien il ne va pas le chercher, alors qu'il y serait tenu, ou bien il en refuse matériellement la livraison au moment où l'entrepreneur le lui apporte, ou bien encore il ne donne pas les instructions nécessaires pour que l'entrepreneur puisse l'installer. Dans ce cas, l'entrepreneur a trois possibilités: 1. Conformément à l'art. 92 CO, il peut *consigner* l'ouvrage, c'est-à-dire le remettre en dépôt à l'office de consignation désigné par le canton, aux frais et risques du maître. La consignation tient lieu d'exécution; l'entrepreneur peut dès lors rechercher le maître en paiement du prix, comme s'il avait effectué la livraison. Il s'agit là d'un droit, et non d'un devoir, comme le relève l'arrêt avec raison. 2. L'entrepreneur peut *conserver* la chose par-devers lui et rechercher le maître en paiement du prix. Dès que celui-ci est en demeure (du créancier), il est en effet privé du droit d'invoquer le principe de la simultanéité (CO 372 en relation avec CO 82). Dans ce cas, l'entrepreneur doit toutefois conserver la chose avec soin, puisqu'il se trouve dans la situation d'un «dépositaire» (cf. *SJ 1987, p. 73 ss = DC 1988 68/76*). Pour cette raison, l'entrepreneur peut en plus réclamer du maître les dommages-intérêts correspondant aux frais et pertes supplémentaires qu'il encourt en raison du retard. 3. L'entrepreneur peut *résilier* le contrat conformément à l'art. 94 CO, en relation avec l'art. 107. Dans ce cas, il doit préalablement fixer au maître un délai raisonnable durant lequel celui-ci doit pouvoir prendre livraison de la chose. A l'expiration du délai, il manifestera au maître qu'il se départit du contrat. Il pourra donc disposer de l'ouvrage et devra notamment tenter, conformément aux règles de la bonne foi, de les utiliser à une autre fin. Il conserve le droit d'exiger du maître la réparation du dommage. Celui-ci correspond au prix convenu, sous déduction des éventuels avantages qu'a pu tirer l'entrepreneur. (pt)

Grundstückkaufvertrag - Contrat de vente immobilière

Gerichtliche Zusprechung des Eigentums an einem Grundstück gestützt auf ein Verkaufsversprechen - Bedingter Vorvertrag - OR 2 Abs. 2, 216, ZGB 665, 683 (Attribution de la propriété par le juge sur la base d'une promesse de vente - Précontrat conditionnel - CO 2 II, 216, CC 665, 683).

Mit öffentlicher Beurkundung vom 20. Dezember 1969 räumte M. dem K. ein selbständiges und dauerndes Baurecht auf einem vermessenen und vermachten, 6,28 a umfassenden Teil seiner Parzelle Nr. 388 ein. Zudem wurde folgendes bestimmt:

«*Obligatorische Vereinbarung: Kaufsrecht*

M. räumt hiermit K. an dem hievor vermessenen Abschnitt im Halte von 6,28 Aren ein Kaufsrecht ein, welches ab 1. 1. 1980 ausgeübt werden kann. Der Kaufpreis für die 628 m² wird vereinbart und festgesetzt auf Fr. 25'000.-... Die übrigen Bedingungen sind bei Ausübung des Kaufsrechts in einem neuen Kaufvertrag festzusetzen...»

Ende 1979 übte K. das «Kaufsrecht» aus. Als M. zum Abschluss eines Kaufvertrags keine Hand bot, sprach das Obergericht des Kantons Bern dem K. auf Klage hin das Eigentum an der fraglichen Teilparzelle von 628 m² zu. Die in der Vereinbarung nicht geregelten Punkte (betr. Dienstbarkeiten, Grundpfandrechte, Vormerkungen) ergänzte es nach Art. 2 Abs. 2 OR. *Bernischer Appellationshof 3. 2. 1983; ZBJV 1985, 356.* (69)

Anmerkung: 1. Entgegen der Auffassung des Appellationshofs handelt es sich bei der fraglichen «obligatorischen Vereinbarung» um einen Vorvertrag: den Vertrag auf Abschluss eines Grundstückkaufvertrags. Verpflichtet zum Vertragsabschluss war indes vorerst nur der M.; die Verpflichtung des K. entstand erst durch Ausübung des «Kaufrechts». Es handelte sich somit um einen bedingten Vorvertrag. Dass letztlich auch der Appellationshof von einem Vorvertrag ausgeht, beweisen auf Vorverträge bezügliche Literaturstellen. 2. Nach Ausübung des «Kaufrechts» bestand ein unbedingter Vorvertrag, welcher die Essentialia des abzuschliessenden Kaufvertrags bereits enthielt und nur Nebenpunkte

(«die übrigen Bedingungen») der späteren Einigung vorbehielt. Nach Auffassung des Appellationshofs gibt ein solcher Vertrag gestützt auf Art. 665 Abs. 1 ZGB unmittelbar das Recht, auf gerichtliche Zusprennung des Eigentums zu klagen (ebenso *Guhl/Merz/Kummer*, S. 94 f.; *Kummer*, ZBJV 109, S. 148 ff.). Anderer Ansicht sind z.B. *Meier-Hayoz* (N 179 zu Art. 681 ZGB) und neuerdings *Tercier* (BR 1985, S. 24 ff.): Es könne vorerst bloss auf Abschluss des Kaufvertrags geklagt werden, wobei allerdings das richterliche Urteil die Willenserklärung des zum Verkauf Verpflichteten ersetze (BGE 97 II 50 ff.; vgl. *Vogel*, Grundriss des Zivilprozessrechts, Bern 1984, S. 317). Wenn sich dieser allerdings weigere, die zum Eigentumsübergang nötige Grundbuchanmeldung vorzunehmen, könne gemäss Art. 665 ZGB auf gerichtliche Zuerkennung des Eigentums geklagt werden, genau wie bei Vorliegen eines Kaufvertrags (über den Stand der Rechtsprechung vgl. *Tercier*, a. a. O., v. a. S. 27). Gegen das Erfordernis einer solchen doppelten Klagenerkennung führt der Appellationshof m. E. überzeugende (v. a. prozessökonomische) Gründe an. Es muss somit möglich sein, mit der Klage auf Abschluss des Kaufvertrags gleichzeitig auch das Begehren um Zusprennung des Eigentums zu stellen; das Urteil ersetzt dann nicht nur den Kaufvertrag als Erwerbsgrund im Sinne von Art. 665 Abs. 1 ZGB, sondern es verschafft zudem das Eigentum am Grundstück. Der Erwerber (in casu K.) kann dann gestützt auf Art. 665 Abs. 2 ZGB von sich aus den Eintrag im Grundbuch bewirken. 3. Nach Auffassung des Appellationshofs stellt das von M. und K. vereinbarte «Kaufrecht» kein Kaufrecht im Sinne von Art. 683 GB bzw. Art. 216 Abs. 2 OR dar: «Der Vertrag über ein solches müsste nämlich jene Vollständigkeit aufweisen, die es ermöglichte, das Gestaltungsrecht später durch eine einfache Willenserklärung auszuüben (*Meier-Hayoz*, Berner Kommentar, N 43 zu Art. 683 ZGB). In der vorliegenden Vereinbarung ist aber bloss ein neuer Kaufvertrag vorgesehen, in dem die Nebenbedingungen des Kaufes noch festzusetzen wären.» Die zitierte Stelle aus dem Kommentar von *Meier-Hayoz* besagt jedoch (wohl) nicht, dass der Kaufrechtsvertrag bereits alle Nebenbedingungen des Kaufvertrags regeln muss. Vielmehr müssen nur die Essentialia geregelt sein (vgl. N 64 zu Art. 681 i. V. m. Art. 43 zu Art. 683). Dies genügt, um das Kaufrecht auszuüben und aus dem vorerst bedingten Kaufvertrag einen unbedingten zu machen. Allfällige ungeregelte Nebenpunkte sind vom Richter zu ergänzen. Der Umstand, dass M. und K. nicht alle Nebenbedingungen geregelt hatten, schloss damit ein Kaufrecht nicht aus. Ein solches bezieht sich jedoch definitionsgemäss auf einen Kaufvertrag, wogegen sich das von M. und K. vereinbarte «Kaufrecht» auf einen Vorvertrag bezog und insofern kein Kaufrecht im üblichen Sinne war. Im übrigen aber erlaubte es dem K., unmittelbar auf gerichtliche Zusprennung des Eigentums zu klagen – wie ein «normales» Kaufrecht. (ak)

Sachenrecht – Droits réels

Parteifähigkeit der Miteigentümergeinschaft – Kompetenzen der Miteigentümersammlung – Anmerkungsgrundstück – ZGB 647/648, 712 I; GBV 32 (*Capacité d'être partie d'une communauté de copropriétaires – Compétences de l'assemblée des copropriétaires – Copropriétaires propter rem – CC 647/648, 712 I; ORF 32*).

1. Eine Miteigentümergeinschaft ist auch bei Hinweis auf sinngemässe Anwendung von Art. 712 I in der Nutzungs- und Verwaltungsordnung nicht parteifähig. 2. Nur die Art und Form der Benutzung, nicht aber das Nutzungsrecht eines Miteigentümers als solches kann Gegenstand der Nutzungs- und Verwaltungsordnung sein; die Miteigentümersammlung kann nicht durch Mehrheitsbeschluss das dem (einzelnen) Miteigentümer zustehende Nutzungsrecht durch Änderung der Nutzungs- und Verwaltungsordnung entziehen oder wesentlich einschränken. OGr. ZH 14. II. 1986; ZR 1987, 198 ff. (70)

Anmerkung: Grundlage dieses Rechtsstreits war ein sehr kompliziertes juristisches Regelwerk. Vereinfacht gesagt ging es darum, mehreren Grundstücken von einem andern Grundstück aus (dem Fernheizungsgrundstück) Wärme zu liefern. Die Eigentümer der zu beliefernden

Grundstücke waren als Nutzungsberechtigte Miteigentümer am Fernheizungsgrundstück. Die einzelnen Grundeigentümer waren den andern Miteigentümern gegenüber servitutsrechtlich verpflichtet, den gesamten wärmetechnischen Bedarf von der im Miteigentum stehenden Fernheizung (dem Fernheizungsgrundstück) zu beziehen. Diesem Monopol der Miteigentümergeinschaft stand eine entsprechende Lieferverpflichtung gegenüber. Die Miteigentümer fassten den Beschluss, eine Gemeinschaft zu bilden, «für deren Handlungsfähigkeit und Organisation die Bestimmungen Art. 712 I bis und mit 712 t des Zivilgesetzbuches... Anwendung finden...» Nachdem ein mit der Leistung der Fernheizung unzufriedener Eigentümer von der Verwaltung zweimal mit Erfolg auf gerichtlichem Weg Schadenersatz verlangt hatte, beschloss die Mitgliederversammlung, den Betrieb der Fernheizzentrale nach einem durch Verwaltung und Ausschuss festgelegten Pflichtenheft zu gestalten; jeder Miteigentümer könne dazu an diese Organe Anträge stellen; gegen deren Beschlüsse könne an die Mitgliederversammlung rekuriert werden, die endgültig entscheide. Gegen diesen Beschluss setzte sich der vorhin erwähnte Eigentümer bzw. Miteigentümer zur Wehr. Der in zweiter Instanz ergangene Entscheid ist in doppelter Hinsicht bedeutsam: Zunächst einmal bestätigt das Gericht in Übereinstimmung mit BGE 103 I b 78, dass der gewöhnlichen Miteigentümergeinschaft die Parteifähigkeit nicht zukomme. Art. 712 I ist mithin die für das Stockwerkeigentum geschaffene *lex specialis*, die auf das (reine) Miteigentum gerade nicht Anwendung findet. Sodann schützt das Gericht den einzelnen Eigentümer bzw. Miteigentümer davor, dass über den Umweg einer entsprechend konzipierten Nutzungs- und Verwaltungsordnung er um Ansprüche geprellt würde, die ihm als Nutzungsberechtigten zustehen; dies dergestalt, dass Verwaltung oder Ausschuss oder eine Mehrheit der Miteigentümer durch Unterschreitung des dem einzelnen zustehenden Mindestmasses an Energiezufuhr Einfluss auf seine Energieverwendung nehmen könnten. Aus der Sicht des Sachenrechts ist der Entscheid auch insofern aufschlussreich, als wir es hier mit dem eigentümlichen Institut der subjektiv-dinglichen Verknüpfung der Miteigentümergeinschaft (in casu am Fernheizungsgrundstück) mit der Eigentümerschaft an bestimmten (andern) Grundstücken (in casu der Grundstücke, die von der Fernheizung aus beliefert werden) zu tun haben. Die Grundbuchverordnung handelt von diesen (in der Lehre so genannten) «Anmerkungsgrundstücken» im soeben (18. 11. 1987, in Kraft seit 1. 1. 1988) revidierten Art. 32 (dagegen nicht mehr im nunmehr aufgehobenen Art. 82 GBV). Das Rechtsinstitut der Anmerkungsgrundstücke, von der Lehre eher vernachlässigt, wird etwas breiter erläutert in der demnächst in den AISUF erscheinenden Dissertation von *Markus Lötscher* über «Das Grundstück als Gegenstand von Grundpfandrechten». (bs)

Immissions causées par des travaux de construction – Expropriation; CC 679, 684; Lex. 5 (*Immissionen infolge von Bauarbeiten – Enteignung; ZGB 679, 684, Lex. 5*).

1. Lorsque des immissions excessives selon les art. 679 et 684 CC proviennent d'une utilisation du domaine public conforme à sa destination et que le dommage ne peut pas être évité ou ne peut l'être sans frais disproportionnés, la personne lésée peut agir par la voie de l'expropriation. 2. Cette voie est expressément prévue par l'art. 5 Lex. et les dispositions cantonales qui y correspondent. 3. Les particuliers ne peuvent prétendre à une indemnité chaque fois qu'un acte étatique leur cause un dommage; il faut que l'on se trouve en présence d'une atteinte revêtant un certain caractère de gravité. S'agissant d'une atteinte temporaire, on doit tenir compte de la durée et de l'intensité des immissions. 4. Il faut également prendre en considération l'intérêt public de l'ouvrage à l'origine des immissions; on retiendra moins facilement le caractère excessif et on placera plus haut le seuil de la tolérance lorsque cet intérêt est en jeu. 5. Pas d'indemnité en l'occurrence: les travaux ont été exécutés selon les règles de l'art et sans retard. Ils ont duré deux mois et demi. Pendant les travaux, l'établissement public a pu rester ouvert et accessible. TA NE 2. 4. 1987 (*Guinand c. Commission d'estimation en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique*); RJN 1987, p. 186–191. (71)

Note: L'arrêt reprend les principes traditionnels en la matière. On notera en particulier que les conditions mises à l'expropriation correspondent à celles que l'on admet pour «l'expropriation privée» en droit civil. Sur l'ensemble du problème cf. SJ 1987, p. 145-154, et P. Tercier, La protection contre les nuisances liées à des travaux de construction, DC 1987, p. 82 ss. (pt)

Servitude de passage – Etendue du droit – CC 737 (Fuss- und Fahrwegrecht – Umfang – ZGB 737).

1. Le principe selon lequel le propriétaire du fonds dominant est tenu d'exercer la servitude de la manière la moins dommageable ne peut être invoqué pour limiter l'étendue de la servitude telle qu'elle a été convenue; ce principe ne protège le propriétaire du fonds servant que contre les usages abusifs de la servitude. 2. La pose par le propriétaire du fonds grevé d'un portail sur un chemin faisant l'objet d'une servitude de passage pour véhicule est de nature à rendre plus incommode l'exercice du droit, si celui qui veut accéder au fonds dominant doit descendre à deux reprises de son véhicule pour ouvrir et refermer le portail; les droits des parties s'apprécient par une pesée des intérêts en présence. TF (BGr.) 5. 3. 1987; ATF (BGE) 113 II 151 ss. (72)

Note: Dans le cas particulier, le propriétaire du fonds servant avait justifié la pose de la barrière comportant le portail litigieux par le souci d'éviter que son chien ne divague sur les routes, au risque de provoquer des accidents et d'effrayer les enfants. Cependant, comme il n'avait fait installer une barrière que sur un seul côté de son fonds et qu'il aurait facilement eu la possibilité d'aménager un jardin entièrement clos sans porter atteinte au droit de passage, le Tribunal fédéral a estimé que son intérêt était particulièrement tenu par rapport à celui du propriétaire du fonds dominant, contrairement lors de chaque passage de descendre à deux reprises de sa voiture. Il a ainsi ordonné d'enlever le portail. L'arrêt précise toutefois bien que la comparaison des intérêts respectifs des parties doit tenir compte des circonstances de l'espèce. On ne peut donc en aucun cas en déduire que la pose d'un portail sur un chemin qui fait l'objet d'une servitude pour véhicules serait toujours illicite. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si l'intérêt à prendre en considération du côté du propriétaire du fonds dominant est l'intérêt personnel du propriétaire actuel de ce fonds (qui pourrait avoir des besoins particuliers, tel un médecin qui, devant parfois intervenir d'urgence, serait spécialement lésé par la pose d'un portail) ou, au contraire, l'intérêt (standard) de n'importe quel propriétaire de ce fonds. (phs)

Servitude de passage – Etendue du droit – CC 737 (Fuss- und Fahrwegrecht – Umfang – ZGB 737).

1. Le droit du propriétaire de clore son fonds ne peut s'exercer que si l'exercice normal d'un droit de passage est assuré. 2. Il faut fixer les droits des intéressés par voie d'interprétation selon les règles de la bonne foi. CCC. FR I. 4. 1986; Extraits 1986, p. 14 s. (73)

Note: Comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du Tribunal fédéral résumé ci-dessus, il s'agissait en l'espèce d'un conflit entre le propriétaire d'un fonds grevé d'un droit de passage pour véhicules, qui avait fait poser un portail non fermé à clé, et les propriétaires des fonds dominants qui se plaignaient de devoir descendre de voiture à deux reprises lors de chaque passage. L'arrêt a donné raison à ces derniers, sans toutefois rappeler les circonstances concrètes du cas. (phs)

Propriété par étages de l'ancien droit valaisan – Copropriété avec servitudes de jouissance exclusive – Adaptation à la propriété par étages de droit fédéral – CC 712 ass, 776, 781 II, CC Tit. fin. 20^{bis} à 20^{ter} (Stockwerkeigentum nach Walliser Recht – Miteigentum mit ausschliesslichen Nutzungsdienstbarkeiten – Anpassung an die bundesrechtliche Gesetzgebung über das Stockwerkeigentum – ZGB 712 aff., 776, 781 II, SchlT ZGB 20^{bis} bis 20^{ter}).

1. Une copropriété assortie de servitudes de jouissance transmissibles est nulle, car le droit d'usage d'un appartement équivalant à un droit d'habitation de l'art. 776 CC, mais héréditaire et cessible, ne peut être valablement constitué. 2. Un membre d'une telle copropriété ne peut pas s'opposer à ce qu'elle soit convertie en une propriété par étages de droit fédéral conformément aux articles 20^{bis} à 20^{ter} Tit. fin. CC et à la législation valaisanne d'application. TF (BGr.) 17. 1. 1987; ATF (BGE) 113 II 146 ss. (74)

Note: La propriété par étages, qui existait dans certains droits anciens cantonaux (notamment en droit valaisan), n'avait pas été reprise dans le Code civil de 1907. Le législateur de l'époque avait estimé qu'elle était surtout une source de conflits («mater rixarum», «ein halbes Haus ist eine halbe Hölle...»), sans grand intérêt pratique! Les auteurs du Code civil avaient cependant indiqué que, pour ceux qui voulaient absolument garder une structure juridique comparable aux anciennes propriétés par étages de droit cantonal, une solution de substitution existait sous forme d'une copropriété ordinaire assortie de servitudes de jouissance exclusive sur certaines parties de l'immeuble. C'est ainsi qu'en Valais de nombreuses anciennes propriétés par étages de droit cantonal ont été converties en copropriété avec droit de jouissance exclusive, sans parler des nombreuses copropriétés de ce genre qui ont été constituées après l'entrée en vigueur du Code civil. Après avoir été longtemps admise par les autorités cantonales et fédérales, la validité de ces copropriétés a petit à petit été mise en doute; finalement ces copropriétés ont été jugées nulles en 1977 (ATF 103 II 179), ce d'autant plus facilement que le législateur fédéral avait, entre temps, introduit dans le Code civil la possibilité de constituer une propriété par étages (modification de 1963 entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1965). Tirant les conséquences de cette modification du Code civil, le législateur valaisan a voté la loi du 10 novembre 1965, dans laquelle il règle l'adaptation à la propriété par étages de droit fédéral aussi bien des anciennes propriétés par étages de droit cantonal que des copropriétés avec droit de jouissance constituées entre 1912 et 1965. C'est dans ce contexte que se place la décision du Tribunal fédéral résumée ci-dessus. La solution qui y est retenue s'inscrit dans la logique du système et ne saurait être contestée. On regrettera simplement que l'arrêt ne fasse pas allusion à la récente thèse de Monsieur Eduard Brogli (Das intertemporale Stockwerkeigentumsrecht der Schweiz am Beispiel des Kantons Wallis, Fribourg 1985), signalée dans DC 1984, p. 84, où l'on trouvera plus de détails sur ces problèmes (voir aussi l'arrêt du Tribunal cantonal valaisan publié dans RVJ 1981, p. 368 ss et résumé dans DC 1984, p. 57). (phs)

Propriété par étages – Légitimation passive en matière de constitution de droits réels – CC 648 II, 712 I (Stockwerkeigentum – Passivlegitimation bei der Begründung dinglicher Rechte – ZGB 648 II, 712 I).

1. Le concours de tous les copropriétaires (d'étages) est nécessaire pour la constitution de droits réels sur la parcelle en copropriété (par étages), sauf règles contractuelles différentes. 2. Une action tendant à la constitution d'un droit réel à charge d'une parcelle en propriété par étages doit dès lors être ouverte contre tous les propriétaires d'étages, non contre la communauté que forment ceux-ci. TC (KGr.) VS 19 et 23. 12. 1986; RVJ (ZWR) 1987, p. 325 ss. (75)

Note: Le propriétaire du fonds voisin de celui en propriété par étages avait agi contre la communauté des propriétaires d'étages en vue d'obtenir la constitution d'une servitude de passage nécessaire (art. 694 CC). L'arrêt rappelle que les propriétaires d'étages (comme les copropriétaires ordinaires) forment de par la loi une communauté, dont le but est de permettre la gestion de l'immeuble. Au contraire de la communauté des copropriétaires ordinaires, celle des propriétaires d'étages se voit reconnaître, à l'art. 712 CC, une certaine autonomie juridique. Cette autonomie permet à la communauté d'agir en son propre nom, au besoin par la voie judiciaire; mais elle n'existe qu'en relation avec le but de la communauté, à savoir la gestion de l'immeuble (voir ATF 109/1983 II 423 = JdT 1985 I 4). La constitution d'un droit réel à charge de la parcelle en

propriété par étages n'est pas un acte de gestion, mais un acte de disposition qui, selon l'art. 648 al. 2 CC, requiert le concours de tous les propriétaires d'étages, à moins que ceux-ci n'aient unanimement établi d'autres règles à cet égard (voir aussi ATF 108/1982 II 35 et 112/1986 II 308). Comme, en plus, tous les propriétaires d'étages n'avaient pas, en l'espèce, autorisé la communauté et son administrateur à mener le procès, c'est à juste titre que la cour valaisanne a rejeté l'action en constitution de la servitude de passage nécessaire. (phs)

Prüfungsbefugnis des Grundbuchverwalters – Form der Erklärung zur Löschung von Grundbucheinträgen – ZGB 965, 964 I (Pouvoir d'examen du conservateur du registre foncier – Forme de la déclaration en vue d'une radiation d'une inscription au registre foncier – CC 965, 964 I).

1. Die Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters umfasst auch die Frage, ob der Verfügende handlungsfähig sei. Dabei geht es aber in erster Linie um die formelle Seite der Handlungsfähigkeit. Die Urteilsfähigkeit des Verfügenden hat er grundsätzlich nicht zu überprüfen. Eine Ausnahme wäre höchstens in aussergewöhnlichen Fällen angezeigt, so etwa, wenn die Urteilsunfähigkeit notorisch ist. 2. Gemäss Art. 964 Abs. 1 ZGB reicht zur Löschung eines dinglichen Rechts die schriftliche Erklärung der aus dem Eintrag berechtigten Person aus. Ein Ausweis über den Rechtsgrund im Sinne von Art. 965 Abs. 1 ZGB braucht daher nicht vorgelegt zu werden. BGr. (TF) 24. 2. 1986; BGE (ATF) 112 II 26 ff. (76)

Anmerkung: Das Handlungsfähigkeitsrecht gibt (unter anderem) Antwort auf die Frage, wer (abgesehen vom Sonderfall, da die Verfügungsmacht von der sonstigen Rechtszuständigkeit abweicht) über seine Rechte verfügen kann. Die Handlungsfähigkeit umfasst dabei die formelle (Mündigkeit) und die materielle Seite (Urteilsfähigkeit). Der Eintrag eines dinglichen Rechtes im Grundbuch, der trotz fehlender Handlungsfähigkeit eines Verfügenden zustande gekommen ist, ist grundsätzlich ungerechtfertigt (Art. 974 Abs. 2 ZGB). Der Durch diesen Eintrag in seinen dinglichen Rechten Verletzte kann auf Änderung oder Löschung des Eintrages klagen (Art. 975 Abs. 1 ZGB) und dringt mit seiner Klage durch, wenn nicht gutgläubige Dritte gestützt auf den (falschen) Grundbucheintrag dingliche Rechte erworben haben (Art. 975 Abs. 2 und Art. 973 ZGB). Wer hat nun aber dafür zu sorgen, dass es nicht zu einem solchen Fehlthatbestand (einer ungerechtfertigten Eintragung wegen mangelnder Handlungsfähigkeit) kommt? Was die materielle Voraussetzung der Handlungsfähigkeit, die Urteilsfähigkeit, angeht, hält hiezu das BGr. a. a. O., S. 30 fest: «Es ist grundsätzlich Sache der vormundschaftlichen Behörden und nicht des Grundbuchverwalters, für den Schutz urteilsfähiger mündiger Personen zu sorgen.» Der vorliegende Entscheid hinterlässt indessen bei aller Zustimmung zum eben zitierten Satz zunächst ein Unbehagen. Waren doch beim Grundbuchverwalter zwischen der Anmeldung einer Löschungserklärung durch einen allenfalls Urteilsunfähigen und der Vorlage einer Löschungsbewilligung durch diesen Grundbuchverwalter zur Unterzeichnung durch den Betroffenen begründete Zweifel über dessen Urteilsfähigkeit aufgekommen, welche nachträglich durch eine Beiratschafterichtung vormundschaftsrechtlich sanktioniert wurden. Dennoch kann man dem Entscheid zustimmen. Hätte doch der Grundbuchverwalter die Pflicht gehabt, die Anmeldung zunächst einmal sofort ins Tagebuch einzuschreiben. Zweifel an der Urteilsfähigkeit kamen bei ihm erst nachher auf. Zu prüfen hat indessen der Grundbuchverwalter zweifellos die formelle Seite der Handlungsfähigkeit. Er hat so «eine allfällige Entmündigung, Verbeiratur oder Verbeiständung der Verfügenden zu beachten» (BGE a. a. O., S. 29). Hier stellt sich allerdings die Frage, wie denn der Grundbuchverwalter weiss, dass entsprechende vormundschaftliche Massnahmen vorliegen. Das Bundesgericht ist sich offensichtlich bewusst, dass das in Art. 375 ZGB enthaltene System der Veröffentlichung von Entmündigungen bei der heutigen Mobilität der Bevölkerung Schwächen aufweist. So hält es denn fest: «Bestehen diesbezüglich (vom Verf.: betreffend vormundschaftliche Massnahmen) Zweifel, so kann er (sc. der Grundbuchverwalter) gegebenenfalls die Vorlegung eines sogenannten Handlungsfähigkeitszeugnisses verlan-

gen.» (BGE a. a. O., S. 29). – Schliesslich ist hier auf Erw. 1 des besprochenen BGE hinzuweisen (a. a. O., S. 28). Das Bundesgericht hält dort fest, der Beschwerdeführer sei durch den angefochtenen Entscheid berührt und habe ohne Zweifel ein schutzwürdiges Interesse daran, dass die Anmeldung der Löschung des Wohnrechts im Grundbuch vollzogen werde. Er sei daher nach Art. 103 lit. a OG zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert, obwohl nach Art. 103 Abs. 1 GBV nur der Anmeldende zur Grundbuchbeschwerde befugt sei. Dieser Teil des BGE ist insofern überholt, als durch die vor kurzem (am 18. November 1987) durch den Bundesrat vorgenommene Änderung der Grundbuchverordnung Art. 103 Abs. 1 GBV nun folgenden Wortlaut hat: «Weist der Grundbuchverwalter die Anmeldung gemäss Artikel 24 ab, so können der Anmeldende sowie alle übrigen, die von der Abweisung berührt sind (kursiv vom Verf.), innert 30 Tagen bei der kantonalen Aufsichtsbehörde dagegen Beschwerde führen.» In unserem Fall wäre also der Beschwerdeführer nunmehr erst recht legitimiert gewesen. (bs)

Submission – Soumission

Während des Auslandsaufenthaltes von Prof. Gauch hat Prof. Michel die Aufgabe übernommen, alle Urteile im Submissionswesen zu kommentieren. Deshalb werden in dieser und der nächsten Nummer ausnahmsweise die auf deutsch erfassten Urteile auf französisch zusammengefasst und kommentiert.

Adjudication de travaux publics – Notion de l'offre la plus avantageuse (Vergabung öffentlicher Arbeiten – Begriff des günstigsten Angebotes).

1. L'offre la plus avantageuse n'est pas forcément la plus basse. L'autorité d'adjudication doit tenir compte de la qualité de la prestation, des délais d'exécution et du prix; elle peut aussi appliquer d'autres critères tels que les garanties offertes, les conditions de livraison, les échéances et le service d'entretien et de réparation, les propriétés techniques et qualitatives, les expériences faites avec les produits, les aptitudes et la fiabilité des entreprises, leur crédit. 2. Les offres présentées par un soumissionnaire peuvent être considérées comme les plus avantageuses même lorsqu'un concurrent a soumis des offres inférieures respectivement de 8% (sur un montant d'adjudication de 63 000 fr.) et de 10% (sur une somme de 67 000 fr.). En l'occurrence, l'autorité accorde un poids prépondérant à la qualité du produit offert par l'adjudicataire (revêtements de sol pour salles de sport), et aux expériences faites avec son entreprise lors de travaux d'importance analogue. VGr. SZ 23. 6. 1986; EGV SZ 1986, Nr. 13, S. 51 ff. (77)

Note: L'arrêt est rendu par le tribunal administratif sur recours contre une décision du Conseil d'Etat. Lors de recours de ce genre, le pouvoir d'examen du tribunal ne s'étend pas à l'opportunité (droit cantonal schwyzois). (nm)

Adjudication de travaux publics – Offre suspectée de sous-enchère – Preuve du contraire (Vergabung öffentlicher Arbeiten – Unterangebotsverdächtige Offerte – Gegenbeweis).

1. En droit cantonal lucernois, une offre ne doit pas être prise en considération lorsqu'elle constitue une sous-enchère. L'auteur de l'offre suspectée de sous-enchère a cependant la faculté d'apporter la preuve du contraire. L'administration et l'appréciation des preuves sont de la compétence de l'autorité d'adjudication, qui jouit d'une liberté d'appréciation. L'autorité supérieure, agissant sur dénonciation, doit s'assurer que l'usage de cette liberté n'ait été ni abusif ni excessif. 2. Lorsque deux expertises affirment que l'offre ne tient pas compte de certains coûts et qu'elle repose sur des appréciations partiellement irréalistes de la durée des travaux, l'autorité d'adjudication ne

commet pas d'abus ni d'excès de sa liberté d'appréciation en écartant l'offre pour le motif que le soupçon de sous-enchère n'a pas été réfuté, alors même que l'auteur de l'offre conteste le bien-fondé des expertises en soutenant que, par sa taille et sa renommée, il peut acquérir les fournitures nécessaires à des prix inférieurs aux prix indicatifs, et qu'il est en mesure d'exécuter les travaux plus rapidement que le prévoient les directives de l'association professionnelle concernée. *RR LU 2. 9. 1986; LGVE 1986 III, Nr. 31, S. 329f.* (78)

Note: 1. Il n'est pas facile de définir la notion de sous-enchère ni, à plus forte raison, de dire quand une offre constitue de la sous-enchère. 2. Pour simplifier la tâche des autorités d'adjudication et baliser l'exercice de leur latitude de jugement et de leur liberté d'appréciation, certaines collectivités publiques ont émis des directives sur la sous-enchère et sur le traitement des offres suspectes. 3. Cette pratique n'est pas contestable en elle-même; mais elle recèle des dangers. En voici trois, à titre d'exemples. a) Il est fréquent que les directives considèrent, par principe, la sous-enchère comme condamnable. Pourtant, les offres à bas prix sont un phénomène normal dans un marché libre. Elles ne sont pas extravagantes dans un système d'appel d'offres, qui a précisément pour but principal l'obtention d'une offre aussi avantageuse que possible. Il est vrai que la liberté de «casser» les prix n'est pas sans limites: la sous-enchère est inadmissible lorsqu'elle constitue un acte de concurrence déloyale. Mais, hormis le cas de la déloyauté, il n'y a pas lieu d'écarter une soumission du seul fait qu'elle comporte une «offre à la sous-enchère» (cf. *Michel*, La conclusion des marchés publics, Genève 1979, p. 91 ss et 108, et la documentation citée). b) Certaines directives instituent des systèmes très schématiques. Leur application peut conduire à l'exclusion automatique d'offres. L'autorité d'adjudication est alors privée de toute liberté d'appréciation et l'auteur de l'offre, de la possibilité de justifier son prix. Il faut éviter, en cette matière, tout schématisme excessif. c) Il n'est pas rare que les directives, ou les autorités chargées de les appliquer, s'en remettent à des normes d'associations professionnelles pour déterminer si la calcul de l'offre est correcte. Voilà qui n'est pas, en soi, répréhensible. Toutefois, les autorités se doivent de ne pas appliquer ces normes sans discernement et sans tenir compte de toutes les circonstances de chaque cas particulier. 4. Sur la notion de sous-enchère, voir aussi *DC 1987*, p. 14, Nr. 2 et la note de *Prader*. Voir encore *infra* n° 79. (nm)

Adjudication de travaux publics – Sous-enchère (*Vergebung öffentlicher Arbeiten – Unterangebot*).

1. Le but d'une procédure de soumission est de mettre en concurrence un nombre aussi grand que possible de fournisseurs ou d'entrepreneurs, afin d'obtenir une offre aussi avantageuse que possible, étant bien entendu que la prestation doit satisfaire aux exigences requises. 2. Il est très difficile de constater une sous-enchère. Il existe des méthodes (formules mathématiques et méthodes de calcul). Mais aucune d'entre elles ne tient compte des particularités de l'entreprise du soumissionnaire suspecté, qui pourrait bien être en mesure d'acheter des fournitures à meilleur compte que ses concurrents ou d'exécuter les travaux de manière extrêmement rationnelle. 3. Des différences de prix jusqu'à 39% entre l'offre de l'adjudicataire et celle du concurrent évincé pourraient indiquer l'existence d'une sous-enchère. Mais il serait erroné de se fonder sur les seuls prix des offres (droit cantonal argovien). *RR AG 16. 11. 1987; Mitteilungen des Aarg. Baudepartementes, Nr. 46/1988, S. 324f.* (79)

Note: 1. L'arrêt frappe par la clarté et la détermination du propos. Il contient des rappels salutaires. L'offre à bas prix n'est pas forcément une sous-enchère déloyale. 2. En l'espèce, l'adjudicataire n'était pas membre d'une association professionnelle; il n'était donc pas lié aux prix corporatifs. De plus, les fournitures mises en soumission correspondaient à la spécialité de la maison, qui fournissait aussi une grande entreprise. 3. Sur la sous-enchère, voir aussi *supra* n° 78 et les références citées dans la note. (nm)

Adjudication de travaux publics – Modification d'une offre après l'échéance du délai de soumission (*Vergebung öffentlicher Arbeiten – Abänderung eines Angebotes nach Ablauf der Eingabefrist*).

1. En droit cantonal schwyzois, les offres ne peuvent plus être modifiées après l'échéance du délai de soumission. 2. Il n'y a d'exceptions que pour les corrections ou les modifications excluant toute manipulation ou toute falsification du jeu de la concurrence, en d'autres termes lorsqu'il s'agit de lever un doute sur une position ou une donnée qui figurent dans la soumission; par exemple, l'autorité peut corriger une erreur de calcul facilement reconnaissable, ou subdiviser une position dont les éléments n'ont pas été présentés séparément. 3. Mais, lorsqu'un soumissionnaire, de sa propre initiative, a proposé une variante, l'autorité de soumission n'a pas la faculté de demander à un autre soumissionnaire de faire une offre pour cette variante. *RR SZ 25. 11. 1986; EGV SZ 1986, Nr. 40, S. 139ff.* (80)

Note: Une pratique aussi rigoureuse peut conduire l'autorité de soumission dans une impasse. Pour en sortir, le cas échéant, le Conseil d'Etat schwyzois indique la possibilité de renoncer à l'adjudication. (Sur les modifications subséquentes des offres, voir aussi *infra* n° 81.) (nm)

Adjudication de travaux publics – Précisions apportées aux documents de la soumission après l'ouverture des offres (*Vergebung öffentlicher Arbeiten – Nachträgliche Präzisierung des Devis*).

1. Lorsque les documents de la soumission laissent une liberté excessivement grande aux soumissionnaires, au point que les offres ne peuvent pas être comparées, il n'est pas admissible d'inviter quelques-uns des participants au concours à préciser leur offre. Ce serait créer une distorsion de concurrence. 2. Il faut alors compléter et préciser les documents, et renouveler l'appel d'offres (droit cantonal grison). *VGr. GR 7. 4. 1987; PVG 1987, Nr. 6, S. 22ff.* (81)

Note: 1. En l'espèce, l'autorité d'adjudication avait offert à quelques soumissionnaires la possibilité de compléter leur offre, alors qu'ils connaissaient les offres de leurs concurrents. L'une des entreprises avait saisi cette occasion pour modifier ses prix sur d'autres positions. C'est à elle que les travaux avaient été adjugés. 2. Si l'autorité d'adjudication (en l'occurrence un exécutif communal) ou le bureau d'ingénieurs auquel elle recourt ne sont pas en mesure d'élaborer des documents précis en raison des difficultés de l'ouvrage à réaliser, ils doivent organiser au préalable un concours d'idées. C'est, du moins, ce qu'affirme le tribunal administratif dans son arrêt. 3. Sur la modification subséquente d'une offre, voir aussi *supra* n° 80. (nm)

Adjudication de travaux publics – Non-respect des exigences de la mise en soumission (*Vergebung öffentlicher Arbeiten – Abweichung von den bekanntgegebenen Vergabebedingungen*).

L'autorité d'adjudication ne peut pas s'écarter des conditions d'adjudication annoncées lors de la mise en soumission (droit cantonal grison). *VGr. GR 27. 5. 1987; PVG 1987, Nr. 5, S. 22.* (82)

Note: L'ordonnance cantonale de soumission exige que soient seules prises en considération les offres qui correspondent aux exigences formulées lors de la mise en soumission. En l'espèce, les documents de la soumission prescrivaient de calculer les prix unitaires conformément à des tarifs d'associations professionnelles. Or, l'autorité d'adjudication a pris en considération une offre calculée sur d'autres bases. Pour se justifier, elle relève que toutes les offres souffraient de défauts. Le tribunal administratif affirme à juste titre que l'attitude de l'autorité n'est pas conforme à la bonne foi. (nm)