

# Baurecht

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen

# Droit de la construction

Revue du droit de la construction et des marchés publics

6/2017

## **Der merkantile Minderwert im Werkvertrags-, Grundstückkauf- und Nachbarrecht**

Heribert Trachsel

## **Procès interne à la PPE : répartition des frais**

Nicolas Saviaux

## **Appartenance d'un immeuble au patrimoine administratif de l'État : contestée ou incontestable ?**

Cédric Lenoir

## **Die Mehrwertabgabe – Grundzüge der bernischen Umsetzung**

Corina Berger

## **Jurisprudence en droit privé – Rechtsprechung zum Privatrecht**

Aeschlimann-Disler / Göksu / Heinzmann / Hürlimann-Kaup / Pichonnaz / Reetz / Schmid / Schwery / Siegenthaler / Steinauer / Stöckli / Werro



## Editorial



### Art. 5 al. 3<sup>bis</sup> pCst.: « L'État accomplit ses tâches en restant cool »

Lors d'une séance d'exercices, j'ai soumis à des étudiants de deuxième année le cas d'une construction réalisée sans autorisation hors de la zone à bâtir. L'autorité compétente ayant ordonné la remise en l'état, j'interrogeais ces étudiants sur les moyens à soulever. J'ai alors obtenu une réponse spontanée et assurée qui ne cesse de m'intriguer depuis: «*Ben, en fait, ici le problème c'est que l'État il est pas cool.*» Cette perle n'était peut-être qu'une reformulation maladroite du principe de la proportionnalité, de la bonne foi ou de l'interdiction de l'arbitraire, selon que la remise en état n'était pas raisonnablement exigible, décevait une attente légitime ou heurtait le sentiment de justice et d'équité. Cependant, comme la «cool attitude» est la maxime de comportement suprême de notre époque, l'étudiant pensait peut-être sincèrement invoquer là un principe normatif de portée autonome.

De fait, le «cool» a remplacé le bien («c'était cool de se voir»), le bon («la juge a été cool») ou le beau («il est cool ton bureau»); pourquoi ne tiendrait-il pas lieu du juste? Si l'on peignait l'équivalent contemporain de la fresque du Palazzo Pubblico de Sienne, ne devrait-on pas opter pour «L'allégorie du gouvernement cool et pas cool», à la place de celle «du bon et du mauvais gouvernement»? Mon ancien Doyen n'a-t-il pas lui-même pris acte de cette évolution depuis plusieurs années, lui qui ne publie plus un post sur Facebook sans l'avoir dûment muni du hashtag «#ledroitcestcool»?

Dans son essai *Le cool dans nos veines, Histoire d'une sensibilité*, le journaliste des Inrocks JEAN-MARIE DURAND retrace les racines du «cool», qu'il définit comme une manière d'être située entre le détachement, la légèreté, la désinvolture et l'indifférence. Cette attitude aurait des racines tragiques, puisqu'elle remonterait à la résistance passive que les esclaves noirs opposaient à leurs maîtres blancs. Être cool, ce serait initialement opposer l'impassibilité à l'injustice. De ce sang-froid de survie découlerait notre vertu ou valeur de «coolitude», qui consiste à opposer la douceur à la dureté, la souplesse à la rigueur ou encore l'humour à l'esprit de sérieux.

Compris ainsi, le «cool» est à la fois parfaitement étranger et totalement intégré au droit, fût-ce sous d'autres et diverses appellations; que l'on songe à «la tolérance que se doivent les voisins» selon l'art. 684 al. 2 CC, ou à «l'interdiction du formalisme excessif» déduite des art. 9 et 29 Cst. Faut-il pour autant en faire un principe d'activité de l'État, à faire figurer le cas échéant à l'art. 5 al. 3<sup>bis</sup> Cst.? À chacun d'en juger. Pour ma part, je redoute qu'il puisse être codifié dans la LAT, avec l'introduction de l'art. 23d, tel que proposé par le Conseil fédéral dans le contexte de la révision actuellement en consultation. Cette disposition permettrait aux cantons d'atténuer la séparation entre terrain à bâtir et non à bâtir «pour satisfaire des besoins spécifiques en raison des particularités de leur territoire» (sic). Or, n'en déplaise à l'étudiant susmentionné, l'utilisation judicieuse et mesurée du sol prescrite par l'art. 75 Cst. semble répugner à l'instauration d'une «zone agricolcool».

Jacques Dubey

# BR/DC

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen  
Revue du droit de la construction et des marchés publics

Dezember 2017 / décembre 2017

Herausgegeben vom Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg, im Auftrag der Stiftung für Schweizerisches Baurecht/Édité par l'Institut pour le droit suisse et international de la construction de l'Université de Fribourg, sur mandat de la Fondation pour le droit suisse de la construction. [www.unifr.ch/ius/baurecht/](http://www.unifr.ch/ius/baurecht/) [www.unifr.ch/ius/droitconstruction](http://www.unifr.ch/ius/droitconstruction)

Erscheinungsweise: sechsmal jährlich / Parution: 6 fois par an

Abonnementspreis/Prix de l'abonnement: CHF 118.00 (PrintPlus CHF 135.00)  
ISSN 1017-0588

Redaktion/Rédaction: Prof. J.-B. Zufferey (jbz); Prof. H. Stöckli (hs); Prof. P. Pichonnaz (pp); Prof. J. Dubey (jd); Prof. M. Beyeler (mb); Prof. B. Waldmann (bw); M. Duss, MLaw (md).

Redaktionssekretariat/Secrétariat de rédaction: Institut für Baurecht, Universität Freiburg, Avenue Beauregard 13, 1700 Freiburg, Tel. +41 (0)26 300 80 40, Fax +41 (0)26 300 97 20, E-Mail: [baurecht@unifr.ch](mailto:baurecht@unifr.ch)

Abonnemente und Verlag/Abonnements et édition: Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich, Tel. +41 (0)44 200 29 29, Fax +41 (0)44 200 29 28, [service@schulthess.com](mailto:service@schulthess.com), [www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# En bref / Auf einen Blick

## 333 Droit privé / Privatrecht

### Der merkantile Minderwert im Werkvertrags-, Grundstückkauf- und Nachbarrecht

Heribert Trachsel

Wer kennt nicht das Unfallauto, das trotz einwandfreier Reparatur einen geringeren Wiederverkaufswert aufweist, einen sog. «merkantilen Minderwert», weil bei allfälligen Käufern der Verdacht versteckter Mängel besteht? HERIBERT TRACHSEL behandelt die Voraussetzungen und Besonderheiten des merkantilen Minderwertes im Sachgewährleistungsrecht des Werkvertrags-, des Grundstückkaufrechts und im Nachbarrecht. Dabei geht er auch auf die in der Schweiz noch wenig diskutierte Frage ein, ob im Werkvertrags- und Grundstückkaufrecht der Verdacht verborgen gebliebener Mängel selbst einen Mangel darstellt (Verdacht als Mangel).

*Qui ne connaît pas le cas de la voiture accidentée qui subit une «moins-value commerciale» malgré une réparation minutieuse, car les acheteurs éventuels soupçonnent des défauts cachés? HERIBERT TRACHSEL présente les conditions et particularités des moins-values commerciales dans le régime de garantie qui s'applique respectivement au contrat d'entreprise, au contrat de vente immobilière et aux droits du voisinage. Il aborde notamment une question encore peu discutée en Suisse: le soupçon de défauts cachés doit-il être lui-même qualifié de défaut?*

## 343 Droit de procédure / Verfahrensrecht

### Procès interne à la PPE: répartition des frais

Nicolas Saviaux

Les litiges entre un ou plusieurs copropriétaires d'étages et la communauté de PPE sont toujours plus fréquents. De là, une question récurrente: celle de la répartition interne des frais de procédure. Dans sa contribution, NICOLAS SAVIAUX livre un aperçu de la doctrine et la jurisprudence en la matière et dresse un bilan critique.

*Streitigkeiten zwischen Stockwerkeigentümern und Stockwerkeigentümergeinschaften werden immer häufiger. Dabei stellt sich oftmals auch die Frage nach der internen Verteilung der Verfahrenskosten. NICOLAS SAVIAUX geht in seinem Beitrag auf die Rechtsprechung und die Lehrmeinungen zu dieser Frage ein, um sie kritisch zu analysieren.*

## 346 Droit privé / Privatrecht

### Appartenance d'un immeuble au patrimoine administratif de l'État: contestée ou incontestable?

Cédric Lenoir

L'art. 839 al. 4 CC permet aux artisans de bénéficier d'un cautionnement légal lorsqu'ils œuvrent sur un immeuble appartenant incontestablement au patrimoine administratif de l'État. Cet article est toutefois peu clair quant au caractère contesté ou incontestable de cette appartenance. CÉDRIC LENOIR soutient une interprétation exigeante selon laquelle les artisans doivent se renseigner sur la question avant de requérir un cautionnement légal et/ou l'inscription provisoire d'une hypothèque légale.

*Gemäss Art. 839 Abs. 4 ZGB, der im Zuge der Revision des Immobiliarsachenrechts neu eingefügt wurde, haftet das Gemeinwesen dem Bauhandwerker als Bürge, wenn es sich beim Grundstück, auf dem die sicherungsberechtigten Arbeitsleistungen erbracht wurden, «unbestrittenermassen um Verwaltungsvermögen» (im Gegensatz zu Finanzvermögen) handelt. Die gesetzliche Bestimmung lässt allerdings offen, wie zu entscheiden ist, wann die Zuordnung des Grundstücks unbestritten oder eben bestritten ist. CEDRIC LENOIR spricht sich dafür aus, dass die Bauhandwerker entsprechende Erkundigen einziehen müssen, bevor sie ihre weiteren Schritte unternehmen.*

## 349 Droit public / Öffentliches Recht

### Die Mehrwertabgabe – Grundzüge der bernischen Umsetzung und Schnittstellen zu anderen Abgabementen

Corina Berger

Derzeit laufen in vielen Kantonen Gesetzgebungsarbeiten zur Umsetzung der Art. 5 Abs. 1<sup>bis</sup> bis Art. 5 Abs. 1<sup>sexies</sup> RPG. Im Kanton Bern wird der Ausgleich von Planungsvorteilen seit dem 1. April 2017 in den Art. 142a ff. des kantonalen Baugesetzes geregelt. In diesem Beitrag erläutert CORINA BERGER die Grundzüge der Berner Regelung und geht am Beispiel des Kantons Bern auf die Koordination und Schnittstellen zwischen der Mehrwertabgabe und der Grundstücksgewinnsteuer sowie dem Lastenausgleich ein.

*Les cantons s'attellent actuellement à mettre en œuvre les art. 5 al. 1<sup>bis</sup> à 1<sup>sexies</sup> LAT. Dans le canton de Berne, les art. 142a ss de la loi cantonale sur les constructions traitent depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017 de la contribution de plus-value consécutive aux mesures d'aménagement. CORINA BERGER présente les fondements de cette réglementation et se focalise sur la coordination et les relations qui existent entre la contribution de plus-value, l'impôt sur les gains immobiliers et la compensation des charges.*

## 352 Droit privé / Privatrecht

### Arrêts commentés / Kommentierte Entscheide

Hubert Stöckli

352 Eine Jauchegrube, ein Betondeckel und die Frage, ob die vertragliche Freizeichnung gültig war

Hubert Stöckli

354 Irrige Vorstellung über die Überbaubarkeit eines Grundstücks: Grundlagenirrtum?

Pascal Pichonnaz

356 Une intégration manquée de la norme SIA 118 et une résiliation pour justes motifs en présence de défauts « anticipés »: deux nouveautés?

Pascal Pichonnaz

359 « Causes concurrentes » du retard dans l'achèvement de l'ouvrage et allocation contractuelle du risque à charge de l'entrepreneur

Thomas Siegenthaler

361 Offensichtlicher Mangel – oder doch nicht?

Thomas Siegenthaler

363 Mangel, Verzugszins, Beraterkosten und eine übersehene Rechtsfrage

Nadja Schwery

365 Frist für die Einberufung einer ordentlichen Stockwerkeigentümersammlung

Michel Heinzmann/Delphine Aeschlimann-Disler

370 Quand une action au sens de l'art. 85 CPC est chiffrée par l'expert

## 373 Droit privé / Privatrecht

### Autres arrêts / Weitere Entscheide

373 Contrat de vente immobilière / Grundstückkauf

373 Contrat d'entreprise / Werkvertrag

380 Contrat d'architecte et d'ingénieur / Architekten- und Ingenieurvertrag

382 Autres contrats et responsabilité civile / Weitere Verträge und Haftpflichtrecht

384 Droits réels en général / Sachenrecht allgemein

384 Copropriété ordinaire et propriété par étages / Miteigentum und Stockwerkeigentum

385 Servitudes / Dienstbarkeitsrecht

387 Hypothèque légale des artisans et entrepreneurs / Bauhandwerkerpfandrecht

388 Procédure civile et poursuites / Zivilprozessrecht und SchKG

391 Arbitrage / Schiedsgerichtsbarkeit