



O tempora, o mores

Au XX^e siècle, j'ai eu l'honneur de rédiger ma thèse de doctorat sous la conduite du Prof. Pierre Tercier, l'un des fondateurs de cette noble revue; elle avait pour titre «Le contrat contraire aux bonnes mœurs» (Fribourg, 1984). Cette recherche m'avait amené à consulter systématiquement les arrêts du Tribunal fédéral depuis 1874; la tâche avait été initiatique, entre l'absence de répertoire, l'écriture gothique et la poussière allergisante du compactus. Parmi tous ces contrats immoraux (ou non) figurait en bonne place le contrat de renonciation à exercer un droit (à titre onéreux ou gratuit).

Le 20 décembre 1996, le Tribunal fédéral rendait une sentence où, pour la première fois, il considérait comme contraire aux bonnes mœurs, un contrat de retrait d'opposition à un permis de construire contre 30 000 CHF versés à l'opposant: si son opposition avait été admise, elle ne lui aurait amené aucun avantage matériel et il entendait simplement exploiter ses droits de procédure afin de repousser le moment de la construction respectivement monnayer une position juridique en la détournant de son but (ATF 123 III 101). Le maître de l'ouvrage n'avait cependant pas récupéré la somme versée, car il l'avait payée sans contrainte (art. 62 CO). Avec Pierre Tercier, nous avons salué cette intervention du Tribunal fédéral contre une pratique potentiellement abusive, mais regretté que les juges n'aient pas consenti à la restitution du montant versé (La rémunération liée au retrait d'un recours, BR/DC 1/1997, p. 113 ss).

Depuis lors, j'ai gardé un intérêt pour les bonnes mœurs et récolté tous les cas que je rencontrais. Récemment pourtant, je me suis débarrassé de la pile des documents accumulés, contraint de choisir les sujets d'écriture dans le temps qu'il me reste à vous importuner de mes productions périodiques. Me voilà bien puni: la semaine qui a suivi ce classement vertical, le Tribunal fédéral rendit un arrêt traitant d'un contrat de retrait d'opposition (arrêt 4A_73/2021 du 1^{er} juin 2021); je n'oserais suggérer ici qu'il a attendu que je ne sois plus en mesure de commenter sérieusement sa décision.

L'arrêt confirme le régime de l'ATF 123 précité sur le caractère immoral du contrat. Pour ce qui est de la restitution du montant versé – 240 000 CHF – il salue notre commentaire critique de l'époque: il ne faut pas se montrer trop exigeant envers le maître de l'ouvrage lorsqu'il doit démontrer le caractère économiquement insupportable du contrat, respectivement on ne doit pas tenir compte uniquement du fait que le contrat était de son initiative. Pour autant, il n'obtient toujours pas de remboursement, car il n'était ni contraint de conclure le contrat afin d'éviter un dommage important (art. 63 CO) ni en situation de gêne (art. 21 CO).

«O tempora, o mores» est une locution tirée des Catilinaires de Cicéron; elle traduit l'indignation de celui qui l'utilise vis-à-vis des comportements de son époque. On se gardera d'affirmer qu'il n'y a plus de morale dans le domaine de la construction aujourd'hui; la brève rétrospective qui précède montre que la pratique du retrait d'opposition à titre onéreux est ancienne. Elle n'est d'ailleurs pas l'apanage des cantons qui connaissent l'opposition lors de la mise à l'enquête publique: on la rencontre aussi en Suisse allemande – où les voisins peuvent simplement demander une notification du permis de construire, pour ensuite pouvoir recourir – de même qu'à Genève où seules des «observations» sont possibles; il s'y pratique d'ailleurs une formule d'engagement du maître de l'ouvrage à prendre à sa charge les dommages potentiels pour les propriétaires voisins ou leurs locataires. Aucune législation n'a vraiment réussi à brider ces dérives, soucieuse de ne pas faire obstacle au libre fonctionnement de la protection juridique due à toutes les personnes touchées; le pis-aller des dommages-intérêts ne fonctionne pas: le maître de l'ouvrage obtient très rarement une réparation de la part des auteurs d'une opposition abusive, cf. Philippe Pont, Réparation du préjudice causé par l'opposition injustifiée à un projet de construction, BR/DC 2/2014, p. 87 ss. La construction va donc continuer à vivre avec cette situation et à compter sur le juge pour départager ce qui est moral de ce qui ne l'est pas.

Jean-Baptiste Zufferey

BR/DC

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

April 2022 / avril 2022

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>/<www.unifr.ch/ius/droitconstruction>

Erscheinungsweise: 6 Printausgaben jährlich + Online-Zugang (inkl. E-Paper)

Parution: 6 numéros imprimés par an + l'accès en en ligne (incl. E-paper)

Bezugsbedingungen: CHF 142.00 (für Studierende CHF 98.00), jeweils inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten (CHF 8.00)

Conditions d'abonnement: CHF 142.00 (pour les étudiants CHF 98.00) TVA comprise, frais d'envoi en sus (CHF 8.00)

ISSN 1017-0588

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

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

Kundenservice und Verlag/Service clientèle et Maison d'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, <www.schulthess.com>