

# Baurecht

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen

# Droit de la construction

Revue du droit de la construction et des marchés publics

5/2021

## Betrachtungen zu den Fahrnisbauten

Lena Rutishauser

## L'inventaire cantonal des surfaces d'assolément

Vincent Bays

## Le legs de l'usage d'un bien immobilier

Hugo Porchet

## Völkerrecht und kantonale Denkmalpflege

Michael Pletscher

## Constructions illégales: revirement de jurisprudence?

Jean-Baptiste Zufferey / Judith Gelblat

## Das Bundesgericht macht den Weg frei für das Windparkprojekt Sainte-Croix

Andreas Stöckli

## Rechtsprechung zum öffentlichen Recht – Jurisprudence en droit public

Bischof / Dubey / Gossweiler / Grisel Rapin / Kaufmann /  
Kraemer / Romy / A. Stöckli / Waldmann / Zufferey

**BAURECHT JETZT 2022**  
**DROIT DE LA CONSTRUCTION**  
**ACTUEL 2022**

Informationen auf der Rückseite dieses Heftes  
Informations au dos de cette revue



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht  
Institut pour le droit suisse et international de la construction  
Universität Freiburg – Université de Fribourg

Schulthess §



## De l'art de construire le droit ... de la construction

Chaque construction est un projet unique avec ses défis, ses particularités et ses problèmes. Les architectes et les entrepreneurs le savent bien, même si l'on recourt à des processus rôdés, à des connaissances affinées et à des intervenants compétents, pratiquement chaque chantier fait appel à la créativité, au talent d'innovation ou de réactivité des divers acteurs qui y participent. En dépit du recours accru à la numérisation et au *modelling* pour préparer toute intervention, un chantier est une aventure. Il en va un peu de même pour toute question juridique. Les textes juridiques sont autant d'outils prédéterminés, de processus standardisés; les normes de la SIA sont autant de généralisations pour tenter de réduire la complexité d'un chantier et de ses problèmes à la portion congrue. Et pourtant, chaque question juridique est une aventure, parce que chaque problème juridique est directement tributaire des faits qui le sous-tendent. Or, les faits sont complexes, à savoir qu'ils ouvrent souvent tout un spectre de solutions possibles. Le rôle des juristes est de réduire le champ des hypothèses, en amont par des contrats de qualité, en aval par des processus et des réflexions qui permettent d'anticiper certains comportements et les solutions qui doivent en découler. Les mêmes acteurs qui reconnaissent que les chantiers et les projets sont uniques, et à chaque fois un défi, souhaitent pourtant souvent que les juristes leur apportent des solutions simples, uniques et définitives. Ce n'est pas possible.

Ces réflexions nous amènent à faire des constats sur les limites de l'anticipation. D'abord, les textes légaux ne peuvent pas tout anticiper et se limitent à poser des potentialités. L'art. 367 CO pose la règle suivante: «Le maître doit vérifier l'état [de l'ouvrage] aussitôt qu'il le peut d'après la marche habituelle des affaires, et en signaler les défauts à l'entrepreneur, s'il y a lieu.» Qu'est-ce qu'un défaut? Quand faut-il faire un avis? Que doit-il contenir? Qui doit invoquer sa tardiveté? Autant de questions – et d'autres encore – qui

imposent à chaque fois de se pencher sur les circonstances du cas, la «marche habituelle des affaires» n'est alors pas d'une grande utilité, car elle peut être «habituelle», mais ne pas correspondre à la particularité du cas. C'est là que la jurisprudence prend tout son sens; elle donne corps au texte, et devient véritable source de droit, permettant de réduire quelque peu le champ des possibles, de modéliser certains processus. Pourtant, elle tranche des cas spécifiques, tout en posant des jalons pour des décisions futures. Comme les architectes, les juges tiennent compte des expériences du passé et, comme les architectes, ils anticipent aussi les tendances, ils envisagent les problèmes futurs pour chercher par leur décision à les prévenir ou les influencer. Il s'agit alors d'un art plus ou moins abouti, plus ou moins couronné de succès, mais nécessaire et utile. C'est finalement ce qu'offre notre revue, un chemin vers toutes ces jurisprudences, pondérées et analysées par des auteur·e·s pour donner des clés de lecture pour cette anticipation nécessaire. De là à dire que ces auteur·e·s sont à leur tour une source de droit, il y a un pas que nous n'oserons pas franchir, malgré l'affirmation récente du Tribunal fédéral dans un arrêt: «il est indéniable que la doctrine est en Suisse une source de droit» (TF, 26.5.2021, 6B\_1295/2020). Il s'agit toutefois d'un intermédiaire entre la pratique du terrain, les tribunaux et le législateur. C'est grâce à ce travail que la jurisprudence sur l'avis des défauts s'est développée (p.ex. TF, 6.4.2021, 4A\_570/2020 cons. 4), sans pour autant enlever l'essence même du travail du juriste, à savoir saisir dans le spectre des probabilités de solutions celle qui est la plus juste au vu des solutions passées, des anticipations possibles, mais surtout de l'état de fait très spécifique à régler. Identifier les faits pertinents et anticiper les décisions à venir sont des aptitudes qu'il est (encore?) impossible de confier à un algorithme (même auto-apprenant). Il vaut donc la peine de faire confiance à la jurisprudence humaine, et de s'abreuer aux réflexions de notre revue pour construire le droit de la construction.

Pascal Pichonnaz

# BR/DC

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

Oktober 2021 / octobre 2021

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:** 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](mailto: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](mailto:service@schulthess.com), <[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)>

# Auf einen Blick/En bref

## 241 Privatrecht/Droit privé

### Betrachtungen zu den Fahrnisbauten

Lena Rutishauser

Art. 677 ZGB umschreibt Fahrnisbauten als «Hütten, Buden, Baracken u. dgl.», die «ohne Absicht bleibender Verbindung auf fremden Boden aufgerichtet sind». Ohne dass dazu eine Baurechtsdienstbarkeit zu errichten ist, kann über Baute und Grundstück gesondert verfügt werden. Dieser Beitrag geht dem Begriff der Fahrnisbaute auf den Grund. Dazu setzt sich LENA RUTISHAUSER mit dem für das Sachenrecht zentralen Akzessionsprinzip auseinander und zeigt, wann eine Baute von diesem Prinzip erfasst wird und welche Bauten ihm nicht unterliegen.

*L'art. 677 CC décrit les constructions mobilières en tant que « constructions légères, telles que chalets, boutiques, baraques » qui sont « élevées sur le fonds d'autrui sans intention de les y établir à demeure ». Il est ainsi possible de disposer des constructions et de la parcelle séparément, sans constituer un droit de superficie. Cette contribution explore la notion de constructions mobilières. A cette fin, LENA RUTISHAUSER traite du principe de l'accession, central en droits réels : elle explique dans quelles circonstances il s'applique et quelles constructions n'y sont pas soumises.*

## 245 Öffentliches Recht/Droit public

### L'inventaire cantonal des surfaces d'assolement

Vincent Bays

L'inventaire cantonal des SDA joue un rôle central dans la mise en œuvre de la protection des SDA. Il est l'instrument qui identifie toutes les surfaces qui répondent aux critères des SDA sur l'ensemble du territoire cantonal. Malgré cette importance, la doctrine et la jurisprudence se sont peu prononcées sur l'inventaire cantonal des SDA. C'est pourquoi il convient d'aborder notamment les questions suivantes: Quelle est sa nature juridique? Quels sont ses effets? Est-il attaquant?

*Das kantonale FFF-Inventar spielt eine zentrale Rolle bei der Umsetzung des FFF-Schutzes. Es ist das Instrument, das alle Flächen im gesamten Kanton bezeichnet und auflistet, welche die FFF-Kriterien erfüllen. Trotz dieser Bedeutung ist in Lehre und Rechtsprechung wenig über das FFF-Inventar zu finden. Daher sollen insbesondere die folgenden Fragen erörtert werden: Was ist seine Rechtsnatur? Welche Auswirkungen hat es? Wie verhält es sich mit dem Rechtsschutz?*

## 248 Privatrecht/Droit privé

### Le legs de l'usage d'un bien immobilier

Hugo Porchet

Le de cujus propriétaire d'un bien immobilier souhaite fréquemment attribuer l'usage de ce bien à la personne de son choix par disposition pour cause de mort, notamment par un legs. Dans ce cas, il doit définir quel droit il souhaite attribuer au légataire, soit quel sera l'objet du legs. La loi lui permet de choisir entre quatre droits: le legs de la pleine propriété du bien, d'un usufruit ou d'un droit d'habitation portant sur ce bien, ou encore un droit personnel, soit un contrat de bail.

*Nicht selten will der Eigentümer einer Immobilie für den Fall seines Ablebens bestimmen, wem inskünftig die Nutzung der Immobilie zustehen soll. Soll dies im Wege eines Vermächtnisses erfolgen, ist zu klären, welche Rechte dem Vermächtnisnehmer zugewendet werden, was also Gegenstand des Vermächtnisses ist. Das Gesetz sieht vier Möglichkeiten vor: Die Zuwendung des Eigentums an der Immobilie, die Bestellung einer Nutzniessung, die Begründung eines Wohnrechts oder aber die Zuwendung einer obligatorischen Berechtigung in Gestalt eines Mietvertrags.*

## 252 Öffentliches Recht / Droit public

### Kommentierte Entscheide / Arrêts commentés

Michael Pletscher

252 Völkerrecht und kantonale Denkmalpflege

Jean-Baptiste Zufferey / Judith Gelblat

258 Constructions illégales : revirement de jurisprudence ?

Andreas Stöckli

261 Das Bundesgericht macht den Weg frei für das Windparkprojekt Sainte-Croix

## 264 Öffentliches Recht / Droit public

### Weitere Entscheide / Autres arrêts

264 Raumplanung / Aménagement du territoire

271 Baubewilligung / Autorisation de construire

281 Baupolizei / Police des constructions

282 Erschliessung / équipement

284 Zweitwohnungen / Résidences secondaires

285 Natur- und Heimatschutz / Protection de la nature et du patrimoine

287 Naturgefahren / Dangers naturels

288 Umweltschutz / Protection de l'environnement

292 Bodenschutz und Altlasten / Protection du sol et sites contaminés

296 Wald / Forêt

296 Gewässer / Eaux

297 Materielle Enteignung / Expropriation matérielle

299 Formelle Enteignung / Expropriation formelle

301 Enteignung der Nachbarrechte / Expropriation des droits du voisinage

301 Infrastrukturprojekte / Projets d'infrastructure