

Baurecht

Zeitschrift für Baurecht und Vergabewesen

Droit de la construction

Revue du droit de la construction et des marchés publics

2/2022

Der «Erwerb anderer Rechte» im Sinne der Lex Koller: ein überstrapazierter Begriff?

Niklaus Schoch

Ausnahmen vom Beschaffungsrecht aus Sicherheitsinteressen

Julia Bhend / Alexandra Williams-Winter

À quelles conditions peut-on transformer des bâtiments protégés ou caractéristiques du site en résidences secondaires?

Valérie Bodevin

Jurisprudence en droit public – Rechtsprechung zum öffentlichen Recht

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





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 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>

Auf einen Blick / En bref

73 Öffentliches Recht / Droit public

Der «Erwerb anderer Rechte» im Sinne der Lex Koller: ein überstrapazierter Begriff?

Niklaus Schoch

Die Lex Koller (also das Bewilligungsgesetz, BewG) erklärt den Erwerb dinglicher Rechte an Grundstücken durch Personen im Ausland für bewilligungspflichtig. Gleiches soll für den «Erwerb anderer Rechte» gelten, soweit diese dem Erwerber eine eigentümerähnliche Stellung verschaffen. Erst aus der Verordnung (BewV) wird deutlich, dass darunter auch der Abschluss rein obligatorischer Rechtsgeschäfte, namentlich von Miet-, Pacht- und Darlehensverträgen, zu verstehen ist. Die Frage, ob der Bundesrat damit seine Verordnungskompetenz überschritten habe, muss allerdings verneint werden.

La lex Koller (LFAIE) soumet à autorisation l'acquisition de droits réels sur des immeubles par des personnes à l'étranger. Il en va de même pour «l'acquisition d'autres droits», pour autant qu'ils confèrent à leur titulaire une position analogue à celle d'un propriétaire d'immeuble. Il ressort de l'ordonnance d'exécution (OAIE) que cette notion englobe également des actes générateurs d'obligations exclusivement, tels que des contrats de bail, de bail à ferme ou de prêt. Pour l'auteur du présent article, le Conseil fédéral n'a ce faisant pas outrepassé sa compétence législative.

77 Vergaberecht / Droit des marchés publics

Ausnahmen vom Beschaffungsrecht aus Sicherheitsinteressen

Julia Bhend/Alexandra Williams-Winter

Das Gesetz ermöglicht in Art. 20 Abs. 3 BöB, dass sicherheitsrelevante Leistungen ungeachtet des Schwellenwerts im Einladungsverfahren beschafft werden können. Noch weiter geht Art. 10 Abs. 4 lit. a BöB. Nach dieser Bestimmung findet das Beschaffungsrecht keine Anwendung, wenn dies zum Schutz der inneren oder äusseren Sicherheit erforderlich ist. Zu diesen Ausnahmetatbeständen gibt es nur wenige Gerichtsentscheide, weshalb der Beitrag die Voraussetzungen für deren Anwendung genauer erörtert.

Selon l'art. 20 al. 3 LMP, les marchés qui portent sur des armes, des munitions ou du matériel de guerre et qui ne sont pas soumis aux accords internationaux peuvent faire l'objet d'une procédure sur invitation, indépendamment des valeurs seuil ; il en va de même pour toute autre acquisition indispensable à des fins de défense et de sécurité. L'art. 10 al. 4 let. a LMP va encore plus loin : le droit des marchés publics n'est pas applicable si la protection de la sécurité intérieure ou extérieure l'exige. Il n'y a que très peu de jurisprudence sur ces exceptions, raison pour laquelle cet article examine en détail les conditions de leur application.

82 Öffentliches Recht / Droit public

À quelles conditions peut-on transformer des bâtiments protégés ou caractéristiques du site en résidences secondaires ?

Valérie Bodevin

L'art. 9 de la loi fédérale sur les résidences secondaires (LRS) permet de créer de nouvelles résidences secondaires dans les « bâtiments protégés ou caractéristiques du site » comme les granges-écuries, les mazots, les raccards valaisans ou les rustici tessinois. Cette contribution présente la ratio legis et les conditions de cette exception, qui exige notamment une balance entre l'intérêt public à la protection du patrimoine et celui à limiter la construction de résidences secondaires.

Art. 9 des Bundesgesetzes über Zweitwohnungen (ZWG) erlaubt die Errichtung neuer Zweitwohnungen in bestehenden geschützten oder ortsbildprägenden Bauten, wie beispielsweise in Stadeln und Speichern im Wallis oder Rustici im Tessin. Dieser Beitrag untersucht, welchen Zweck diese Ausnahme verfolgt und welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit sie greifen kann. Dazu gehört namentlich eine Abwägung des öffentlichen Interesses am Heimatschutz und des Interesses an einer Begrenzung des Zweitwohnungsbaus.

86 Öffentliches Recht / Droit public

Weitere Entscheide / Autres arrêts

- 86 Raumplanung / Aménagement du territoire
- 93 Baubewilligung / Autorisation de construire
- 101 Baupolizei / Police des constructions
- 102 Zweitwohnungen / Résidences secondaires
- 103 Natur- und Heimatschutz / Protection de la nature et du patrimoine
- 105 Umweltschutz / Protection de l'environnement
- 115 Wald / Forêt
- 116 Gewässer / Eaux
- 117 Formelle Enteignung / Expropriation formelle
- 118 Enteignung der Nachbarrechte / Expropriation des droits du voisinage
- 118 Infrastrukturprojekte / Projets d'infrastructure