

Séance 3 - La vulnérabilité économique

Rapport national allemand

Rapporteur : Matthias Lehmann, Professeur ordinaire à l'Université de Bonn,
mlehmann@uni-bonn.de

Version du 10 mai 2018

Remarque introductive

Le présent questionnaire concerne la vulnérabilité économique. Il ne porte pas sur les mineurs, majeurs protégés ou personnes âgées. Le statut de ces personnes sera traité sous un autre thème : « Vulnérabilité et aptitude », qui fait l'objet de la séance 1.

Chapitre 1 – Droit commun des contrats

Dans ce chapitre, il vous est demandé d'expliquer comment votre droit commun des contrats prend en compte la vulnérabilité économique au travers des règles de formation et d'exécution du contrat.

Si des concepts à large spectre (ex. principe de bonne foi) sont susceptibles de protéger la partie économiquement faible tant dans la phase de la formation que de l'exécution du contrat, vous pouvez commencer par traiter de ceux-ci.

Section 1 – La formation du contrat

§ 1^{er} – Information

En droit commun des contrats, une obligation d'information s'impose-t-elle dans la phase précontractuelle ? Si oui, dans quelle mesure ? Sur la base de quel fondement ? Avec quelle sanction ?

Le droit allemand prévoit des obligations d'informations très étendues dans la phase précontractuelle. Leur introduction est due à des développements différents.

La première source est l'obligation de bonne foi dans l'exécution des obligations précontractuelles, qui est consacrée par le paragraphe 242 du Code civil allemand (BGB)

depuis l'entrée en vigueur du Code au 1 janvier 1900. Inspiré par le modèle de l'article 1134 al. 3 du Code napoléon qui concernait l'exécution du contrat, cette disposition a acquis un rôle beaucoup plus important dans le système du droit allemand. Au cours du 20^{ème} siècle, la jurisprudence a étendu son domaine à la phase précontractuelle.¹ De plus, elle en a déduit des obligations d'information, d'avertissement et d'explication qui n'ont pas existées auparavant mais qui sont essentielles pour le fonctionnement du mécanisme contractuel dans une société industrialisée avec des produits et services divers et complexes.² En élargissant le domaine et le contenu de la disposition, les tribunaux ont en effet érigé la bonne foi en un principe général du droit des obligations. Son rôle primordiale pour l'ordre juridique allemand est illustré par des milliers de décisions judiciaires qui appliquent cette disposition.³

La sanction pour la violation des obligations précontractuelles est la réparation du dommage négatif subi,⁴ qui peuvent prendre la forme soit d'un paiement d'argent, par exemple des coûts de la conclusion du contrat, soit la forme de la résolution d'un contrat conclu qui est défavorable pour l'autre partie. La base juridique pour cette sanction est la *culpa in contrahendo*. Figure du droit romain, elle a été originellement utilisée par Rudolf von Jhering en tant que remède pour la rupture brutale des négociations contractuelles. Peu après l'introduction du BGB, elle a été transformée par la jurisprudence en un instrument général pour sanctionner la violation de la bonne foi dans la phase précontractuelle.⁵

Le législateur allemand a pris note de cette évolution jurisprudentielle et voulait la donner son appui. Pendant la réforme du droit des obligations qui est entrée en vigueur le 1 janvier 2003, il a essayé de refléter les diverses fonctions de la bonne foi dans les dispositions du Code civil allemand. A cette fin, il a introduit dans le § 241 al. 2 BGB une obligation pour le créancier de « prendre en compte les intérêts, les droits et les biens juridiques » du débiteur. Les obligations d'information, d'avertissement et d'explication qui ont antérieurement été basées sur l'obligation de la bonne foi prennent dorénavant leur source dans cette disposition.⁶ Le législateur a également tenté de codifier l'institut de la *culpa in contrahendo* dans le § 311 al. 2 BGB. Cette disposition prévoit que des obligations peuvent naître même avant la conclusion du contrat par 1) des négociations entre les parties, 2) la préparation d'un contrat ou 3) des contacts commerciaux similaires. Pourtant, ces deux dispositions, le § 241 al. 2 et le § 311 al. 2 BGB, ne sont plus qu'un ancrage formel de la jurisprudence antérieure, qui continue de définir les éléments essentiels de la responsabilité précontractuelle.

Finalement, le droit européen a également ajouté de nombreuses obligations précontractuelles. Celles-ci sont notamment répandues dans le domaine du droit de la consommation. On mentionnera à titre d'exemple les obligations d'information de la Directive relative aux droits des consommateurs⁷, de la Directive relative aux crédits aux consommateurs⁸ et de la

¹ V. par exemple Tribunal impérial allemand (*Reichsgericht* - RG), RGZ 52, 365 ; 107, 357 ; JW 1912, 191.

² V. par exemple Cour fédérale allemande (*Bundesgerichtshof* - BGH), BGHZ 114, 87 ; NJW 2001, 2163 ; NJW-RR 2002, 1309.

³ Une recherche effectuée sur la base de données *juris* (8 mai 2018) a produit pas moins de 22.469 décisions judiciaires qui mentionnent le § 242 BGB.

⁴ V. § 280 al. 1 et § 249 al. 1 BGB.

⁵ V. par exemple RGZ 107, 357.

⁶ V. par exemple Sutschet, in BeckOK, 45^{ème} éd., CH Beck 1 nov. 2011, § 242 no. 42.

⁷ Directive 2011/83/UE, art. 5 et 6.

Directive relative aux voyages à forfait⁹. A côté du droit de la consommation, des obligations d'information se trouvent également dans le droit financier, notamment dans la Directive MiFID II.¹⁰ La nouvelle directive, qui est entrée en vigueur au 3 janvier 2008, exige d'ailleurs que la violation de ces obligations doit résulter dans des dommages et intérêts pour le client.¹¹ L'Allemagne a fidèlement transposé les obligations en matière du droit de la consommation, dans le BGB ainsi que dans la Loi introductrice au Code civil allemand (EGBGB).¹² Leur violation entraîne une obligation de réparer le dommage selon la même disposition que la violation des obligations jurisprudentielles d'information.¹³ Le législateur allemand était pourtant moins fidèle en matière financière, où il a failli de doter les obligations d'information prévues par la législation européenne avec une sanction de droit privée. On doit attendre si et comment la jurisprudence allemande va combler cette lacune.

§ 2 – *Vices de consentement*

La partie économiquement faible est-elle susceptible de puiser une protection dans la théorie des vices de consentements ? Illustrez le cas échéant avec le Dieseltgate (Constructeur automobile ayant mis point un logiciel en vue de truquer les données d'émission de polluants).

Votre droit des contrats consacre-t-il des concepts tels que l'état de nécessité, l'abus de faiblesse ou des circonstances ?

Le cas échéant, quelle est la notion d'abus retenue ? Si une partie économiquement faible émet une proposition qui lui est manifestement désavantageuse, l'autre partie qui se limite à accepter une telle proposition pour en tirer profit se rend-elle coupable d'abus ?

Quelle est la sanction d'un tel abus ?

Le droit allemand prévoit une protection spéciale pour la partie faible dans le § 138 al. 2 BGB. Selon cette disposition, un contrat est nul lorsqu'une partie s'est fait promettre une contrepartie manifestement disproportionnée à sa propre prestation en exploitant « la situation de contrainte, l'inexpérience, le manque de faculté de jugement ou de volonté » du cocontractant. La disposition se trouve dans le contexte de la prohibition d'une violation des « bonnes mœurs » (§ 138 al. 1 BGB) et ne présuppose pas un vice de consentement. Néanmoins, il est clair qu'elle peut s'appliquer dans des situation qui s'apparente à un vice de consentement. Il n'y a pas de doute que cette disposition protège la partie faible.

Le titre officiel du § 138 al. 2 BGB est « usure », mais il serait également correcte de parler d'« abus ». La sanction prévue par la loi est la nullité du contrat. La disposition requiert comme condition une « exploitation » d'une partie par l'autre, donc un comportement actif.

⁸ Directive 2008/48/CE, art. 4 à 6.

⁹ Directive 2015/2302/UE, art. 5.

¹⁰ Directive 2014/65/UE, v. notamment l'art. 24 al. 4.

¹¹ V. Directive 2014/65/UE, art. 69 para. 2 al. 3.

¹² V. le § 312d, § 491a et § 651a al. 3 BGB ainsi que l'énumération détaillée des obligations dans les art. 238, 246a et 247 EGBGB.

¹³ § 280 al. 1 et § 249 al. 1 BGB.

Les exigences ne sont pourtant pas très strictes. Par exemple, une banque qui accepte le cautionnement par un membre de la famille du débiteur a été jugé d'avoir « exploité » la situation de contrainte de la caution lorsque celui-ci ne dispose pas d'un revenu personnel.¹⁴

Naturellement, les consommateurs allemands ont été particulièrement touchés par l'affaire *Dieselgate*, qui s'est centrée sur des marques allemandes. On doit opérer, à cet égard, une distinction entre la responsabilité des vendeurs professionnels des voitures, qui sont les cocontractants du consommateur, et la responsabilité des constructeurs de voitures, qui eux normalement n'ont aucune relation contractuelle avec les acheteurs de leurs produits. La majorité des tribunaux allemands s'est montrée très hésitante d'accorder aux acheteurs une protection contre les vendeurs. Ils ont décidé que les acheteurs ont uniquement droit à ce que le logiciel frauduleux soit enlevé, après lequel le vice serait réparé.¹⁵ Par conséquent, les acheteurs n'ont pu ni terminer le contrat, ni demander des dommages et intérêts.¹⁶ Ce raisonnement néglige pourtant le fait que les voitures Diesel vendues sont défectueuses puisqu'elles ne respectent pas les limites d'émission. En ce qui concerne la responsabilité des constructeurs des voitures, la jurisprudence est divisée. Certains tribunaux ont exempté les constructeurs, en l'absence de lien contractuel avec le consommateur, de toute responsabilité.¹⁷ Sociologiquement, on pourrait être tenté d'expliquer cette jurisprudence par une volonté de ne pas nuire à une industrie qui est cruciale pour l'économie allemande et qui souffre déjà à cause des procès juridiques entamés à l'étranger. D'autres tribunaux se sont montrés moins indulgents et ont condamné les constructeurs à des dommages et intérêts pour avoir violé les « bonnes mœurs », ce qui engage leur responsabilité délictuelle selon le § 826 BGB.¹⁸ Pour le moment, la situation juridique est encore un peu floue faute d'un arrêt de principe d'une instance supérieure. Ce qui est clair, d'ores et déjà, est que l'indemnisation des acheteurs allemands des voitures Diesel ne va jamais atteindre un niveau comparable à celui des acheteurs américains des mêmes marques.

§ 3 – Contrat d'adhésion

Votre droit consacre-t-il la notion de contrat d'adhésion ? Si oui, comment cette notion est-elle définie ? Avec quelles conséquences ? Sur ce dernier point, renvoi le cas échéant aux questions qui suivent.

Le droit allemand ne connaît pas la notion du contrat d'adhésion. Une fonction comparable est pourtant revêtue par le concept des « conditions générales du contrat » (*Allgemeine Geschäftsbedingungen*). Cette notion désigne toutes les clauses contractuelles qui ont été pré-formulées et imposées par une partie à son cocontractant.¹⁹ Un autre élément de la définition est que la clause doit être pré-formulée pour une multitude de cas ; pourtant, cette condition

¹⁴ Cour constitutionnelle fédérale allemande (*Bundesverfassungsgericht – BVerfG*), BVerfGE 89, 233 et s.; BGHZ 120, 272; 146, 42; 151, 36; NJW 13, 1534.

¹⁵ V. par exemple Tribunal de grande instance (*Landgericht*) Cologne, 17 juill. 2017, 23 O 390/16.

¹⁶ V. Landgericht Cologne, 17 juill. 2017, 23 O 390/16 ; Landgericht Halle/Saale, 9 mai 2017, 4 O 427/16 ; Landgericht Kleve, 7 juill. 2017, 3 O 324/16.

¹⁷ V. par exemple Landgericht Halle/Saale, 9 mai 2017, 4 O 427/16 ; Landgericht Kleve, 7 juill. 2017, 3 O 324/16.

¹⁸ V. par exemple Landgericht Frankfurt/Oder, 17 juill. 2017, 13 O 174/16; Landgericht Krefeld, 17 juill. 2017, 7 O 147/16 ; Landgericht Mayence, 27 juill. 2017, 4 O 196/16.

¹⁹ V. le § 305 al. 1 BGB et infra § 4.

ne s'applique pas pour les clauses qui sont imposées à un consommateur.²⁰ Par conséquent, les clauses rédigées pour un seul contrat avec un consommateur sont soumis au contrôle pour leur caractère abusif.

§ 4 – Lésion et clauses abusives

Le contrat est-il susceptible d'être annulé ou révisé en raison du déséquilibre manifeste entre les prestations réciproques des parties ?

Le droit commun du contrat consacre-t-il un contrôle du caractère déséquilibré ou abusif des clauses contractuelles ? Si oui, pour quels types de clauses ? Sur la base de quel(s) critère(s) ? Avec quelle(s) sanction(s) ?

Dans la mesure où votre droit des contrats consacre de tels contrôles, en découle-t-il une insécurité juridique ?

Une annulation pour déséquilibre manifeste n'est pas possible en droit allemand. Notamment la doctrine de la lésion n'est pas reconnue. Le seul cas où les valeurs des prestations des parties doivent être comparées est dans le cadre du § 138 BGB qui a déjà été mentionné (v. supra § 2). Par conséquent, le déséquilibre manifeste n'entraîne pas de conséquence sauf si une partie exploite la situation de contrainte, l'inexpérience, le manque de faculté de jugement ou de volonté du cocontractant. Ce cas de figure s'apparente plutôt aux vices de consentement ou à l'abus qu'à la lésion.

Le § 307 al. 1 BGB prévoit la nullité de toute condition générale²¹ qui crée un déséquilibre significatif au détriment de l'autre partie contrairement aux exigences de la bonne foi. Ici, il ne s'agit pas de comparer les valeurs des prestations des parties, dont le contrôle est expressément exclus en vertu du § 307 al. 3 du BGB. Le but est de vérifier d'autres clauses du contrat, par exemple celles qui concernent les obligations additionnelles des parties ou la responsabilité du cocontractant (pour plus de détails, v. section 2, § 1^{er}).

La sanction d'une violation des règles sur les clauses abusives est la nullité de la clause, dont le contenu qui sera remplacé par le droit commun.²² Le contrôle s'applique à tous les types de contrats, à l'exception seulement de ceux conclus avec les services d'approvisionnement, d'électricité, de gaz, de chauffage urbain et de l'eau.²³

Les dispositions sur le contrôle des clauses contractuelles servent à transposer en droit allemand la Directive européenne concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec des consommateurs.²⁴ Il est pourtant intéressant de voir qu'elles ne se limitent pas à la relation entre une entreprise et un consommateur, mais que certaines de ces dispositions

²⁰ V. le § 310 al. 3 numéro 2 BGB.

²¹ Sur la notion de la « condition générale », v. supra § 3.

²² § 306 al. 1 et 2 BGB.

²³ V. les exclusions par le § 310 al. 2 BGB.

²⁴ Directive 93/13/CEE.

peuvent également s'appliquer aux contrats conclus entre deux entreprises.²⁵ La jurisprudence a soumis les contrats B2B à un contrôle relativement stricte, qui s'apparente à celui des contrats de consommation.²⁶

Particulièrement le contrôle des clauses abusives dans les contrats B2B a donné lieu à une grande insécurité juridique. Les entreprises allemandes cherchent à l'éviter en soumettant leurs contrats, même ceux avec des cocontractants allemands, à une loi étrangère, par exemple le droit suisse.²⁷ Pour assurer que ce choix soit respecté, elles ajoutent souvent des clauses de choix d'un for étranger ou des clauses d'arbitrage.

Section 2 – L'exécution du contrat

§ 1^{er} – *Interprétation*

Le droit commun des contrats consacre-t-il des règles d'interprétation préférentielles : en faveur du débiteur, contre le bénéficiaire de la clause, en faveur de celui qui adhère à la clause rédigée par l'autre partie, ... ? Si oui, quel est le statut de ces règles ? Ont-elles un caractère seulement subsidiaire par rapport à la recherche de l'intention des parties ?

En conformité avec les exigences européennes,²⁸ le droit allemand prévoit le principe de l'interprétation *contra proferentem*, selon lequel une clause contractuelle sera interprétée contre celui que l'a rédigée.²⁹ Cette règle s'applique uniquement dans les relations B2C et non pas dans les contrats conclus entre professionnels. La règle est impérative et ne peut pas être contournée par un contrat.³⁰ Elle s'applique uniquement en cas de doute, ce qui revient à dire qu'elle est subsidiaire à l'interprétation générale du contrat. Cette interprétation doit être faite en droit allemand en conformité avec les intentions des parties ainsi que les exigences de la bonne foi et les usages.³¹ L'intention claire des parties peut donc éviter une interprétation *contra proferentem*.

§ 2 – *Modération de l'exercice des droits contractuels*

Nous supposons ici que le contrat, en ce compris toutes les clauses contractuelles qu'il comporte, est parfaitement valable.

Pouvoir de modération du juge ? La mise en œuvre des droits contractuels est-elle susceptible d'être contrôlée voire modérée par le juge ? Si oui, selon quels critères et sur la base de quel(s) fondement(s) ? En découle-t-il une insécurité juridique ?

²⁵ V. § 310 al. 1 BGB, qui étend entre autres le champ d'application de la clause générale du § 307 BGB aux contrats entre professionnels. Pourtant, d'autres dispositions ne s'appliquent pas aux contrats B2B, par exemple le principe de l'interprétation *contra proferentem*.

²⁶ V. par exemple pour le contrôle des frais bancaires BGH NJW 2017, 2986.

²⁷ V. Daniel Valdini, « Gesetzesreform durch die Hintertür? Die Abwahl zwingenden Rechts durch Schiedsabreden bei Inlandssachverhalten », ZIP 2017, p. 7.

²⁸ V. l'art. 5 deuxième phrase de la Directive 93/13/CEE.

²⁹ § 305 al. 2 BGB.

³⁰ V. le § 306a BGB.

³¹ V. les §§ 133, 157 BGB.

Force majeure et imprévision ? Des concepts tels que la force majeure ou l'imprévision sont-ils de nature à remédier à la situation de la partie, victime des circonstances ?

Si la partie victime des circonstances est débitrice d'une dette de somme d'argent, sa dette peut-elle être éteinte ou modérée sur le fondement de la force majeure ou de l'imprévision ?

Délai de grâce ? - Le débiteur en situation de détresse économique peut-il obtenir en justice des délais pour s'exécuter ? Le cas échéant, à quelles conditions ? Les intérêts et pénalités de retard continuent-ils à courir ?

En Allemagne, l'exercice des droits contractuels est sujet au principe général de la bonne foi (§ 242 BGB, v. déjà supra § 1). La jurisprudence en a dérivé une prohibition de l'abus de droit (« *Rechtsmissbrauch* »).³² Cette prohibition s'applique dans des situations différentes. Une de ces situations est le cas dans lequel une partie exerce un droit contractuel sans avoir un intérêt légitime. Dans un espèce illustratif, une banque avait agi contre un garant bien que le débiteur principal avait continué d'être dans un bon état financier. La Cour fédérale a décidé que l'action de la banque est irrecevable parce qu'elle serait contraire à la bonne foi.³³ En outre, la jurisprudence allemande a dérivé du § 242 BGB un principe de la proportionnalité dans l'exercice des droits contractuels.³⁴ Sur la base de ce principe elle a interdit, par exemple, au créancier de terminer le contrat à cause d'une violation minimale des obligations par le débiteur.³⁵ Il doit être souligné que la prohibition de l'abus de droit ne tient pas compte de la situation financière de la victime. Elle profite à tous les parties indépendamment de leur vulnérabilité économique.

Le droit allemand ne connaît pas le principe de la force majeure. Cela n'empêche que le débiteur soit exonéré de toute responsabilité au cas d'une impossibilité intervenue après la conclusion du contrat qu'il ne pourrait pas éviter.³⁶ Ce résultat est pourtant obtenu sans besoin d'avoir recours à la notion de la force majeure. Cette dernière avait uniquement reconnue en matière de voyages à forfait, suite à l'influence du droit européen,³⁷ et en matière de vente internationale de marchandise, à cause de la Convention de Vienne³⁸.

Pendant la période entre les deux guerres mondiales, les tribunaux allemands ont développé une doctrine particulière pour réagir à l'inflation écrasante et ses effets néfastes sur l'équilibre contractuel. Il s'agit de la théorie de la disparition ou du changement des circonstances que les parties ont présumées lors de la conclusion du contrat (*Wegfall oder Änderung der Geschäftsgrundlage*). Cette théorie a été codifiée par le législateur allemand dans le § 313

³² V. par exemple RGZ 135, 374 (376) ; BGHZ 5, 186; 134, 330; NJW 80, 451; 91, 1947; 93, 2042 ; BGH NJW 2009, 1346.

³³ BGH DNotZ 1998, 571.

³⁴ BGH 88, 95; NJW 1985, 267; 1988, 699; WM 2009, 1666.

³⁵ BGH NJW 1985, 267.

³⁶ § 275 al. 1, § 280 al. 1, 3, § 283 BGB.

³⁷ V. le § 651j BGB dans sa version jusqu'au 1^{er} juill. 2018. La nouvelle version de cette disposition (§ 651h al. 3 BGB dans sa version de 2018) n'utilise plus le terme « force majeure » (*höhere Gewalt*), mais parle des « circonstances inévitables et exceptionnelles » (*unvermeidbare, außergewöhnliche Umstände*). Ce changement terminologique est dû à la nouvelle version de la Directive sur les voyages à forfait, qui également supprime la notion de la force majeure (Directive (UE) 2015/2302, art. 12 al. 2).

³⁸ V. l'art. 79 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980).

BGB lors de la modernisation du droit des obligations en 2003. Elle a inspiré la théorie de l'imprévision telle qu'elle se retrouve aujourd'hui dans l'article 1195 du Code civil français. En effet, les deux dispositions se ressemblent fortement à quelques nuances près. Une différence est que la disposition française se focalise sur l'*imprévisibilité* du changement des circonstances, alors que le législateur allemand voulait expressément couvrir des circonstances que les parties *pouvaient* prévoir mais ont effectivement failli de présager.³⁹ De plus, il suffit selon le droit allemand que les parties ont assumé lors de la conclusion du contrat qu'une certaine situation existe alors qu'en réalité elle n'existait pas.⁴⁰ Un cas de figure décidé par la jurisprudence concernait un traitement médicale dans un hôpital dont les deux parties ont assumé erronément qu'il serait couvert par une assurance maladie ; la Cour fédérale a décidé qu'il manquait dans cette espèce la base du contrat.⁴¹ Le cas illustre que la disposition allemande a des similitudes avec les dispositions sur les vices de consentement. Les conséquences juridiques du § 313 BGB sont pourtant les mêmes que celles de l'art. 1195 du Code civil français : les parties ont une obligation de renégocier le contrat ; en cas que les négociations échouent, le juge doit procéder à l'adaptation du contrat ou, si cela s'avère impossible, à sa terminaison. Cette dernière peut impliquer l'extinction d'une dette.

Le droit allemand ne prévoit pas de délai de grâce pour le débiteur en situation de détresse économique. Pourtant, avant la terminaison du contrat ou une demande de dommages et intérêts, le créancier doit offrir un délai pour son exécution au débiteur.⁴² Pendant ce délai, les intérêts continuent à courir. Il n'y a presque pas d'instruments en droit allemand qui rendent compte de l'état de nécessité dans lequel se peut trouver le débiteur. Une exception est le § 275 al. 2 BGB. Cette disposition permet au débiteur de refuser l'accomplissement de l'obligation contractuelle si les coûts de l'exécution du contrat ont augmenté, après la conclusion du contrat, de telle façon qu'il y a un déséquilibre manifeste avec l'intérêt du créancier d'obtenir la prestation.⁴³ Une illustration serait la vente d'une bague qui, avant son remise à l'acheteur, tombe dans la mer. Le débiteur ne sera pas obligé d'aller la chercher pour exécuter le contrat. Le créancier garderait pourtant son droit à des dommages et intérêts si le débiteur est responsable de la perte.

Chapitre 2 – Contrats de consommation

Ce second chapitre concerne les dispositions légales et autres instruments visant à protéger spécifiquement les consommateurs. Pour rappel, nous ne visons pas les mineurs, majeurs protégés ou personnes âgées.

Un rapporteur est désigné pour le droit européen. Le but est de permettre aux rapporteurs des pays membres de l'Union européenne de se focaliser, s'ils le désirent, sur leurs particularités nationales ou sur les questions non régies par le droit européen.

³⁹ V. les travaux préparatoires: BT-Drs 14/6040, p. 175.

⁴⁰ V. le § 313 al. 2 BGB.

⁴¹ BGH NJW 2005, 2069.

⁴² § 281 al. 1 BGB, § 323 al. 1 BGB.

⁴³ § 275 al. 2 BGB.

Section 1 – Les instruments de protection

§ 1^{er} - Nature

Quelle est la nature des différents instruments de protection existants dans votre pays ? Lois et arrêtés d'exécution ? Accords collectifs ? Codes de conduite ? Directives ou circulaires émanant de l'autorité de contrôle ?

Les instruments de protection se retrouvent tous dans des lois. La grande majorité entre eux a été intégrée dans le Code civil allemand (BGB).

§ 2 – Instruments de protection à vocation générale

Votre droit connaît-il des dispositifs légaux de protection (clauses abusives, pratiques commerciales déloyales) susceptibles de s'appliquer à tous les contrats de consommation ?

Par exception, certains contrats de consommation (portant sur les immeubles, sur les investissements financiers, sur la constitution de sûretés telles que caution, gage, hypothèque, ...) sont-ils exclus de ces dispositifs de protection à vocation générale ?

L'Acte sur les pratiques déloyales de concurrence⁴⁴ peut avoir un effet comparable à la protection générale des consommateurs. Il manque pourtant un remède civil qui pourrait être fait valoir par les derniers. Les dispositions du droit de la concurrence peuvent uniquement être invoquées par les entreprises concurrentes, les chambres de commerces et des associations de l'industrie ou de la consommation.⁴⁵

Les règles du droit de la consommation s'appliquent à tous les types de contrat. Certaines exceptions sont pourtant prévues. Par exemple, les dispositions sur le droit de rétraction pour les contrats conclus en dehors d'un établissement commercial et les contrats à distance ne s'appliquent pas aux

1. contrats notariés
2. contrats portant sur des droits immobiliers (qui tombent dans la majorité des cas aussi sous le champ du numéro 1)
3. contrats de construction immobilier
4. contrats de transports
5. contrats de traitement médical
6. contrats de fourniture de denrées alimentaires, de boissons ou d'autres biens ménagers de consommation courante fournis au domicile d'un consommateur, à sa résidence ou à son lieu de travail par des distributeurs effectuant des tournées fréquentes et régulières
7. contrats conclus par le moyen de distributeurs automatiques ou de locaux commerciaux automatisés
8. contrats conclus avec les opérateurs de télécommunications du fait de l'utilisation des cabines téléphoniques publiques

⁴⁴ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG).

⁴⁵ § 8 al. 3 UWG.

9. contrats portant sur l'utilisation d'une seule connexion téléphonique, internet ou fax établie par un consommateur
10. contrats conclus en dehors des établissements commerciaux, en vertu desquels le service est rendu et payé immédiatement après la conclusion des négociations et le montant à payer par le consommateur ne dépasse pas 40 euros,
11. contrats de vente de biens meubles lors d'une vente aux enchères judiciaire ou d'autres mesures d'exécution forcée.⁴⁶

Un certain nombre de ces exceptions sont expressément prévues par le droit européen⁴⁷ ; mais d'autres relèvent du droit autonome national. De surcroît, il existe aussi d'autres exceptions pour des régimes spéciaux, comme par exemple la protection pour les crédits de consommation.⁴⁸

§ 3 - Instruments de protection propres à certains contrats de consommation ou à certains modes de conclusion de ceux-ci

Quels sont les contrats de consommation ou les types de contrats de consommation qui font l'objet d'une protection particulière ?

En ce qui concerne la protection particulière dans le contexte de certains contrats de consommation, le droit allemand suit de très près le droit européen. Il prévoit un régime spéciale notamment pour

1. les contrats conclus en dehors d'un établissement commercial⁴⁹
2. les contrats à distance, y inclus les contrats sur les commercialisation à distance de services financiers⁵⁰
3. les contrats électroniques⁵¹
4. les contrats de *time sharing* (utilisation de biens à temps partagé, produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange)
5. les contrats de crédit à la consommation, y inclus les contrats de crédit immobilier,⁵²
6. les contrats sur les voyages à forfait.⁵³

Pourtant, le législateur a récemment ajouté quelques régimes spéciaux qui ne sont pas prévus par le droit de l'Union. Ceux-ci concernent notamment :

1. les contrats de traitement médicale⁵⁴
2. les contrats de construction⁵⁵.

Ceux deux régimes, dont seulement le deuxième se limite aux relations avec des consommateurs, prévoient essentiellement des obligations d'information pour la partie

⁴⁶ § 312 al. 2 BGB.

⁴⁷ V. par exemple l'art. 3 de la Directive 97/7/CEE.

⁴⁸ V. le § 491 al. 2 BGB.

⁴⁹ §§ 312 ss. BGB.

⁵⁰ §§ 312 ss. BGB.

⁵¹ § 312j BGB.

⁵² §§ 491 ss. BGB.

⁵³ §§ 651a ss. BGB.

⁵⁴ §§ 630a ss. BGB.

⁵⁵ § 650i BGB.

professionnelle. Les règles sur le contrat de traitement médicale ajoutent des règles de conduite et de documentation que le médecin doit respecter.

De surcroît, le locataire de logement bénéficie d'une protection très particulière en droit allemand.⁵⁶ Techniquement, il n'est pas nécessaire que le locataire soit un consommateur. Le régime spécial s'applique dès lors aussi aux employés vivant dans un logement de fonction, avec quelques règles particulières pour le cas de terminaison du contrat.⁵⁷

§ 4 – Le consommateur protégé

Comment le consommateur protégé est-il défini ?

L'inexpérience de la personne est-elle prise en compte ?

La personne qui agit dans un but professionnel est-elle protégée en tant que consommateur ?

La personne qui agit à la fois dans un but professionnel et dans un but privé est-elle protégée en tant que consommateur ?

Le tiers qui consent une sûreté (caution, hypothèque, gage) en garantie des engagements pris par un professionnel peut-il avoir la qualité de consommateur ?

Peut-on qualifier de consommateur le père qui, sur sollicitation de la banque, s'engage comme codébiteur solidaire aux côtés de son fils pour le remboursement d'un crédit octroyé pour le financement des activités professionnelles du fils ?

Peut-on qualifier de consommateur le mari qui consent une hypothèque sur son immeuble d'habitation en garantie d'un crédit contracté par la société dont son épouse est la fondatrice et dirigeante ? Faut-il distinguer selon le régime matrimonial des époux ?

Votre réponse serait-elle différente si le père ou le mari détenait des actions ou parts dans la société du fils ou de l'épouse ?

En conformité avec le droit européen, le droit allemand définit le consommateur comme une personne physique qui agit à des fins qui n'entre pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale.⁵⁸ L'expérience de la personne n'est pas prise en compte. Une personne agissant dans un but professionnel n'est pas protégée en tant que consommateur. Une exception existe pour les *start-up*, qui sont protégés par les règles concernant les crédits à la consommation à moins que le montant du crédit dépasse un seuil de 75.000 euros.⁵⁹ La personne qui agit à la fois dans un but professionnel et dans un but privé est considérée comme un consommateur si le but privé prédomine sur le but professionnel.⁶⁰

Le tiers qui consent une hypothèque ou une caution est traité comme un consommateur indépendamment du fait que le crédit sert à fins professionnelles du débiteur.⁶¹ Dans ce respect, le droit allemand dépasse le standard de protection prévue par la législation

⁵⁶ §§ 549 ss. BGB.

⁵⁷ §§ 576 à 576b BGB.

⁵⁸ § 13 BGB.

⁵⁹ § 513 BGB.

⁶⁰ V. § 13 BGB.

⁶¹ V. BGH NJW 1996, 55 ; BGHZ 139, 21 ; 165, 363.

européenne telle qu'elle a été interprétée par la Cour de justice.⁶² Ce dépassement a été justifié historiquement par le fait que le droit européen ne visait qu'une harmonisation minimale et n'excluait pas que les États membres peuvent prévoir une protection plus stricte. Après l'abandon de la harmonisation minimale au profit de l'harmonisation totale, la doctrine allemande considère aujourd'hui que l'harmonisation par le droit européen ne concerne pas les contrats gratuits comme les sûretés ; une protection plus stricte dans cette matière sur le niveau national serait donc possible.⁶³

La jurisprudence allemande a jugé qu'une personne qui, sur sollicitation de la banque, s'engage comme codébiteur solidaire aux côtés d'un membre de la famille pour le remboursement d'un crédit octroyé pour le financement des activités professionnelles de ce dernier doit être considéré comme un consommateur.⁶⁴ Un cas concernait une caution donnée par le fils au profit de l'entreprise de son père.⁶⁵ Dans un autre, une épouse s'était engagée pour le remboursement d'un crédit octroyé à l'entreprise de son fils de son époux.⁶⁶ Il ne semble pas que la dernière décision aurait été influencée par le régime matrimonial du débiteur et de la codébitrice, étant donné que la Cour ne l'a pas recherché. On peut s'imaginer que le cas aurait été décidé différemment si l'épouse avait détenu des actions ou parts dans l'entreprise de son époux. Dans ce cas, on aurait pu arguer que l'épouse avait agi à des fins commerciales. La jurisprudence allemande considère qu'une sûreté est valable lorsqu'elle sert à un intérêt personnel ou économique du tiers qui consent la sûreté.⁶⁷

§ 5 – Contre qui le consommateur est-il protégé ?

Pour que le consommateur soit spécifiquement protégé, faut-il qu'il contracte avec un professionnel ou une entreprise ?

Si oui, comment cette notion de professionnel ou d'entreprise est-elle définie ? Quid des professions libérales ? Quid des entités poursuivant des missions de service public (eau, gaz, électricité, transports en commun, ...) ? Quid du commerçant qui revend un bien professionnel (une camionnette, un immeuble qui abritait son activité professionnelle) à un consommateur qui affectera le bien acquis à un but privé ? Le consommateur est-il protégé même si l'activité du vendeur n'est pas centrée sur la vente de camionnettes ou d'immeubles ?

Le consommateur est-il protégé lorsqu'il contracte avec un autre consommateur si ce dernier est représenté ou assisté par un professionnel ? Ex. Consommateur qui achète un véhicule auprès d'un garagiste agissant au nom et pour le compte d'un autre consommateur. Ex. Agent immobilier qui assiste son client, soucieux de vendre sa maison, pour la recherche d'un acheteur et pour la rédaction des documents soumis à la signature de l'acheteur. En ce cas, l'acheteur est-il protégé par les dispositions propres aux contrats de consommation ? Ex. consommateur qui achète un bien sur plate-forme de vente en ligne ?

⁶² V. CJCE, 17 mars 1998, aff. C-45/96, *Dietzinger*.

⁶³ V. Stadler, commentaire du § 312 BGB, in : Jauernig, BGB, 16^{ème} ed., CH Beck 2015, numéro 6.

⁶⁴ BGHZ 139, 21 ; 165, 363.

⁶⁵ BGHZ 139, 21.

⁶⁶ BGHZ 165, 363.

⁶⁷ BGHZ 146, 37, 45.

Le droit allemand requiert pour la protection du consommateur que celui-ci contracte avec un « entrepreneur ». ⁶⁸ Ce dernier est défini comme une personne physique ou morale ou une société civile qui agit, lors de la conclusion du contrat, dans l'exercice de son activité commerciale ou professionnelle indépendante. ⁶⁹ La formule « activité professionnelle indépendante » englobe les professions libérales. Les missions de service public (eau, gaz, électricité, transports en commun, ...) sont également incluses. ⁷⁰ Le droit allemand ne fait pas de distinction selon les rôles des parties, par exemple si le consommateur agit en tant qu'acheteur ou vendeur. Par conséquent, un consommateur qui achète un bien professionnel d'un entrepreneur est protégé par le droit de la consommation. Le centre de l'activité de l'entrepreneur importe également peu étant donné que la définition de l'entrepreneur ne dépend ni de son expérience ni de son domaine d'activité.

Le consommateur qui contracte avec un autre consommateur ne bénéficie pas de la protection particulière du droit de la consommation. Par conséquent, il n'est pas important s'il est aidé par un professionnel ; le consommateur ne perd pas sa qualité par le fait d'utiliser les services d'un entrepreneur lors de la conclusion du contrat. ⁷¹ Un consommateur qui est assisté par un agent immobilier serait donc protégé par le droit de la consommation. S'il achète des biens sur une plate-forme en ligne, il serait également protégé.

Section 2 – Les techniques de protection

Il s'agit ici d'envisager deux ou trois techniques de protection existant dans votre législation. Compte tenu du nombre limité de pages dont vous disposez, il ne vous sera pas possible de traiter de tous les thèmes qui suivent. Vous devez donc opérer une sélection.

§ 1er - La prohibition des clauses abusives et l'exigence de transparence

A – La notion de clause abusive

Existe-t-il une norme générale permettant de contrôler le caractère abusif ou disproportionné des clauses contractuelles figurant dans les contrats de consommation ?

Selon quels critères ce contrôle est-il exercé ? Quels sont les critères permettant de considérer une clause contractuelle comme abusive ? Illustrez ces critères à l'aide d'exemples de clauses jugées abusives par vos juridictions.

Ce contrôle porte-t-il aussi sur les clauses négociées ?

Ce contrôle porte-t-il aussi sur l'équilibre entre les prestations réciproques ?

Ce contrôle est-il source d'insécurité juridique ?

⁶⁸ V. par exemple le § 312 BGB.

⁶⁹ § 14 BGB.

⁷⁰ Hans W. Micklitz et Kai Purnhagen, commentaire du § 14 BGB, in : Münchener Kommentar zum BGB, 7^{ème} ed., CH Beck 2015, numéro 7.

⁷¹ Tribunal de grande instance (Landgericht) Rostock, NZM 2007, 370.

La règle générale sur le contrôle du caractère abusif des clauses contractuelles est consacrée par le § 307 al. 1 BGB. Elle s'applique non seulement aux contrats de consommation, mais également dans les contrats entre professionnels (v. déjà supra § 4). Selon cette disposition, toute clause contractuelle générale est nulle qui crée un déséquilibre significatif au détriment de l'autre partie contrairement aux exigences de la bonne foi. Le § 307 al. 1, deuxième phrase BGB prévoit qu'un déséquilibre significatif peut résulter du fait que la clause n'est pas rédigée de façon claire et lisible. Mais les cas primordiales se retrouvent dans le § 307 al. 2 BGB, qui prévoit deux cas de figures : Premièrement, un déséquilibre significatif est présumé d'exister si la clause est incompatible avec les principes généraux du droit dispositif auquel elle déroge. Deuxièmement, le déséquilibre significatif est censé d'exister lorsque la clause restreint des droits et obligations essentielles qui découlent de la nature du contrat, au point que le but du contrat ne peut pas être atteint. Ce dernier cas de figure reflète la jurisprudence selon laquelle une clause est abusive lorsqu'elle limite les « obligations cardinales » (*Kardinalpflichten*) émanant du contrat.⁷² Ces obligations sont définies au cas par cas par la jurisprudence.

Pour établir le caractère abusif d'une clause contractuelle, il faut donc la comparer au droit supplétif et aux obligations « cardinales » du contrat. Une clause est abusive si elle déroge de manière excessive à un des deux. Il est intéressant de voir que le déséquilibre significatif ne peut pas être établi en examinant les valeurs des prestations et contreparties. Ceci est explicitement interdit par le § 307 al. 3 BGB.

Quelques exemples peuvent illustrer le fonctionnement et l'importance pratique du contrôle. Les tribunaux allemands ont annulé, par exemple, une clause contractuelle pré-formulée qui impose au locataire de rénover périodiquement le logement dans des délais fixes, étant donné que la loi impose cette obligation au bailleur.⁷³ Une autre jurisprudence concerne les conditions générales des banques. Celles-ci sont considérées abusives si elles prévoient des frais bancaires pour des services qui tombent dans la sphère de la banque elle-même, comme par exemple le transfert d'information au fisc sur les intérêts perçus par le client ou l'examen de la solvabilité du client lors de l'ouverture d'un crédit.⁷⁴ En outre, la justice allemande a utilisé le contrôle des clauses abusives pour protéger les données personnelles. Elle a annulé des conditions générales par lesquelles le client donne son consentement au transfert des informations à des parties tierces au contrat.⁷⁵

La définition législative relativement large du caractère abusif ainsi que son interprétation jurisprudentielle généreuse ont eu pour effet que le domaine des clauses nulles ne cessent à croître. Ceci crée une insécurité juridique considérable (v. déjà supra § 4). De surcroît, la nullité s'applique non seulement aux clauses pré-formulées par des entrepreneurs, mais peut également frapper les clauses rédigées ou utilisées par des bailleurs, qui peuvent agir à des fins privées. Le consommateur lui-même peut dès lors être affecté de manière négative par le contrôle des clauses abusives.

⁷² BGHZ 103, 316, 322.

⁷³ BGH NJW 1990, 2376 ; NJW 2003, 3192.

⁷⁴ BGHZ 136, 261 ; BGH BKR 2014, 415.

⁷⁵ BGHZ 95, 362.

Les termes du contrat qui ont été négociés individuellement ne sont pas sujet de contrôle.⁷⁶ Pourtant, la jurisprudence allemande interprète cette notion de manière très restreinte. Pour échapper au contrôle, elle requiert que la partie qui propose une clause au cocontractant doit offrir à celui-ci une opportunité sérieuse de négocier en mettant le contenu de la clause à la disposition de l'autre partie; cette opportunité doit de plus être reconnue par le cocontractant.⁷⁷ Ce seuil très exigeant établi par la jurisprudence a pour résultat que pratiquement tous les clauses du contrat qui sont introduites par une des parties sont considérées comme pré-formulées et tombent sous le coup du contrôle pour leur caractère abusif.

B – L'exigence de transparence des clauses contractuelles

Votre droit consacre-t-il une exigence de transparence ou de clarté des clauses contractuelles propre aux contrats de consommation ?

Cette exigence de transparence comporte-t-elle plusieurs aspects ?

Comment cette exigence de transparence est-elle sanctionnée ? Règles d'interprétation ? Nullité ?

C – La sanction des clauses abusives

Nullité de la seule clause ou du contrat dans sa totalité ?

Nullité ou révision de la clause ?

Possibilité d'appliquer le droit supplétif en cas d'annulation de la clause abusive ?

Quid de l'application des principes supplétifs de la réparation du dommage en matière contractuelle en cas d'annulation, en raison de son caractère abusif, d'une clause limitant la responsabilité du professionnel ?

Quid de l'application du droit supplétif (taux d'intérêt légal) en cas d'annulation, en raison de son caractère abusif, d'une clause d'intérêts de retard stipulée pour le cas de retard de paiement du consommateur ?

En cas d'annulation, en raison de son caractère abusif, d'une clause résolutoire expresse, quid de la possibilité pour le professionnel de quand même se prévaloir de la résolution du contrat aux torts du consommateur sur le fondement des dispositions du Code civil qui régissent la résolution du contrat ?

En vue de préserver la sécurité juridique, possibilité pour le juge de limiter l'effet rétroactif de l'annulation de la clause abusive ?

NB- Les actions collectives ou en cessation seront traitées sous le thème : Vulnérabilité et accès à la justice (séance 4)

⁷⁶ § 305 al. 1 deuxième phrase BGB.

⁷⁷ BGHZ 153, 321; BGH NJW 05, 2543.

§ 2 – La prohibition des pratiques commerciales déloyales

Que faut-il entendre par pratiques commerciales déloyales ?

Illustrez si vous le désirez avec le Dieseldgate (Constructeur automobile ayant mis point un logiciel en vue de truquer les données d'émission de polluants) ou avec une autre affaire

Quelles sont les sanctions civiles applicables ? Ont-elles un caractère dissuasif ?

Cette technique de protection est-elle source d'insécurité juridique ?

Cette technique de protection vous paraît-elle pertinente ?

NB- Les actions collectives ou en cessation seront traitées sous le thème : Vulnérabilité et accès à la justice (séance 4).

§ 3 - Les informations (préalables) et le formalisme (pré)contractuel

A - Informations (préalables) et devoir de conseil

Une obligation d'information repose-t-elle sur le professionnel durant la phase précontractuelle ? L'obligation d'information se poursuit-elle durant la phase d'exécution du contrat ?

L'obligation d'information est-elle modalisée par la loi ? Types d'informations à fournir, support, époque, ?

Le professionnel est-il en outre tenu à un devoir de conseil ?

B - Le formalisme contractuel

Des règles de forme (écrit, support durable, signatures, mentions préimprimées, mentions manuscrites...) sont-elles requises pour la formation de certains contrats de consommation ?

Ces exigences de forme sont-elles compatibles avec la conclusion des contrats par voie électronique ou avec la numérisation des documents papier ?

C- Sanctions

Comment le non-respect des informations (préalables) et du formalisme contractuel est-il sanctionné ?

Quels sont les pouvoirs d'appréciation du juge ? Le bénéfice de certaines sanctions pourrait-il être refusé au consommateur de mauvaise foi ou qui abuserait de son droit ?

D – Appréciation critique de cette technique de protection

§ 4 – Le droit de rétractation

Votre droit consacre-t-il un droit de rétractation ?

Dans quels cas ? Dans quel délai ?

Quelle en est la raison d'être ?

Le bénéfice du droit de rétractation pourrait-il être refusé au consommateur de mauvaise foi ou qui en abuserait ? Donnez un exemple.

Appréciation critique de cette technique de protection

§ 5 – Vente des biens de consommation

Votre droit consacre-t-il des règles spécifiques (délai de livraison, transfert de propriété et des risques, garantie des vices cachés ou de conformité du bien vendu) en cas de vente à un consommateur ?

Comment ces règles s'articulent-elles avec le droit commun de la vente ?

Illustrez si vous le désirez avec le Dieselgate ou avec une autre affaire

En guise de conclusion

Existe-t-il dans votre droit d'autres catégories de personnes économiquement vulnérables, avec des particularités intéressantes à souligner ?

Le droit allemand étend le contrôle pour caractère abusif aux conditions générales utilisées dans les relations B2B (v. supra § 4). Un des buts de cette extension est de protéger les petits et moyens entreprises (PME) contre le pouvoir de négociation généralement supérieur des grandes entreprises. Ceci est aussi une forme de protection de la partie faible, mais cette fois d'une partie commerciale. On peut s'en interroger sur les motifs.⁷⁸ Il est possible de relever que les PME jouent un rôle crucial pour l'économie allemande, et contribuent essentiellement à l'emploi de la population. Pourtant, il n'est pas aisé de définir les entreprises qui ont besoin d'une protection et de les différencier de celles qui ne l'ont pas. Des critères quantitatifs, tel que le nombre d'employés ou le chiffre d'affaires, sont inadéquates pour identifier un déséquilibre lors de négociation. Il reste que la situation doit être examinée dans chaque cas d'espèce, ce qui donne lieu à une grande discrétion du juge. On doit donc critiquer l'extension des outils visant à protéger des personnes économiquement vulnérables aux PME. Le droit de la concurrence, notamment la prohibition de l'abus d'une position dominante sur le marché, est un moyen plus propice pour leur protection.

⁷⁸ V. sur ce point Matthias Lehmann et Johannes Ungerer, "Save the 'Mittelstand': How German Courts Protect Small and Medium-Sized Enterprises from Unfair Terms", *European Review of Private Law* 2017, pp. 313-336.