



**University of
Zurich** ^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2016

Influences du droit français sur le droit allemand des obligations

Babusiaux, Ulrike

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-131479>

Book Section

Originally published at:

Babusiaux, Ulrike (2016). Influences du droit français sur le droit allemand des obligations. In: Cossalter, Philippe; Witz, Claude. 60 ans d'influences juridiques réciproques franco-allemandes. Paris: Librairie LGDJ, 45-90.

INFLUENCES DU DROIT FRANÇAIS SUR LE DROIT ALLEMAND DES OBLIGATIONS

Ulrike BABUSIAUX*

« Das französische Recht ist Fleisch von unserem Fleische. Auf denselben historischen Grundlagen beruhend, denselben Entwicklungsgang im Laufe der Jahrhunderte verfolgend, stellt es sich als ein vollständiges Seitenstück der deutschen Kodifikation dar (...) »

Carl CROME¹

« Der (...) Streifzug durch das Privat- und Wirtschaftsrecht zeigt, dass die direkten Einflüsse des französischen auf das deutsche Recht (...) eher gering sind. (...) Vielmehr dominieren Unterschiede, Pfadabhängigkeiten und damit Resistenzen. Sie sind (...) natürlicher Ausdruck der unterschiedlichen Rechtskulturen der beiden Länder »

Marc-Philipp WELLER²

I. INTRODUCTION

La question de savoir quelles ont été les influences du droit français sur le droit allemand des obligations ou celles que le droit français aurait pu exercer sur lui fait partie des sujets classiques du droit comparé, car elle a trait à l'importance du droit étranger pour l'évolution du droit national. Les deux opinions citées en tête de l'article reflètent la diversité des opinions défendues sur cette question au sein de la doctrine allemande. La première citation a pour auteur Carl Crome (1859-1931), professeur de droit civil à Bonn et spécialiste

* Professeur à l'Université de Zurich.

¹ C. CROME, « Intensive und extensive Bedeutung des französischen Privatrechts », *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, n° 1, 1909, pp. 6-12, 7.

² M.-Ph. WELLER, « Das Privatrecht in Frankreich und Deutschland: Einflüsse und Resistenzen nach 50 Jahren Elysée-Vertrag », *JZ*, n° 68, 2013, pp. 1021-1030.

de droit civil français et de droit rhénan, en d'autres termes de l'application du Code civil français dans les territoires allemands³. Crome affirme que « le droit français est la chair de notre chair. C'est une vraie contrepartie de la codification allemande, reposant sur le même socle historique, poursuivant le même développement au cours des siècles »⁴. La deuxième citation provient d'un article publié par un professeur allemand contemporain à l'occasion du 50^e anniversaire du Traité de l'Élysée de 1963 (« Traité de l'amitié franco-allemande »). Selon cet auteur, au contraire, « un survol du droit privé et du droit économique montre que les influences du droit français sur le droit allemand sont plutôt réduites. Il y domine des différences, des décisions écoulées qui influent sur le futur (*Path Dependence*) et ainsi des résistances. Elles sont les expressions naturelles des différences culturelles des deux nations »⁵. La brève comparaison montre que, de toute évidence, le fait d'insister sur les similarités ou de souligner les différences dans la culture juridique des deux pays, même en droit des obligations, dépend non seulement de l'époque envisagée par l'auteur, mais surtout de sa conception du terme « influences ».

Afin de contourner les pièges d'un amalgame d'époques et de concepts, la présente contribution limitera la question des influences du droit français sur le droit allemand des obligations à plus d'un titre : en premier lieu, elle ne traitera que des influences sur la législation allemande, c'est-à-dire des répercussions du droit français visibles dans le texte de loi allemande, et plus spécifiquement dans le troisième livre du BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* = Code civil allemand). Ainsi, elle écartera les inspirations puisées dans jurisprudence ou la doctrine, plus difficiles à déceler et *a priori* relativement peu nombreuses en la matière. En second lieu, l'analyse se concentrera sur deux moments-clé de l'histoire du droit des obligations allemand : il s'agira, d'une part, de la genèse du BGB, c'est-à-dire du rôle du droit français joué dans la codification du droit allemand des obligations à la fin du 19^e siècle, d'autre part, de l'influence médiatisée du droit français dans le processus

³ Sur la personne de Carl Crome, V. H.-P. HAFERKAMP, « Die Lehre des französischen Rechts an Deutschen Fakultäten im 19. Jahrhundert », in W. SCHUBERT, M. SCHMOECKEL (dir.), *200 Jahre Code Civil. Die napoleonische Kodifikation in Deutschland und Europa*, Cologne, Weimar, Vienne, Böhlau, 2005, pp. 47-71. V. aussi C. CROME, *Die Grundlehren des französischen Obligationenrechts*, Mannheim, Bensheimer, 1894.

⁴ C. CROME, « Intensive und extensive Bedeutung des französischen Privatrechts », *Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozessrecht*, n° 1, 1909, pp. 6-12, 7. Du même auteur : C. CROME, « Les similitudes du Code civil allemand et du Code civil français » (traduction par P. VERDELOT), in Société d'études législatives (dir.), *Le Code civil 1804-1904 : Livre du Centenaire II : Le Code civil à l'étranger – La question de la révision – Documents*, Paris, Rousseau, 1904, pp. 585-614.

⁵ M.-Ph. WELLER, « Das Privatrecht in Frankreich und Deutschland: Einflüsse und Resistenzen nach 50 Jahren Elysée-Vertrag », *JZ*, n° 68, 2013, pp. 1021-1030.

d'harmonisation européenne du droit privé depuis l'institution de la Communauté européenne par le Traité de Rome (1957, depuis 2009 : « Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne »). En troisième lieu, il paraît incontournable de préciser les contours du terme « influence ».

Dans le langage commun, selon le dictionnaire Larousse, une « influence » désigne une « action, généralement continue, qu'exerce quelque chose sur quelque chose ou sur quelqu'un »⁶. En droit comparé, le vocable est utilisé de façon diverse : parfois, le terme « influences » est employé de manière générale pour désigner un impact quelconque sans que l'auteur définisse les conditions et les limites de ce facteur⁷.

Parfois, le terme renvoie aux reprises dans le sens de « composantes du droit » (*legal formants*)⁸ ; parfois encore, il sert de synonyme pour désigner les « transplantations légales » (*legal transplants*), c'est-à-dire un procédé de réception destiné à faire évoluer son propre droit (*legal change*)⁹. Il est évident que les résultats de la recherche diffèrent sensiblement selon que l'on retienne une conception large et peu spécifique ou bien une conception plus limitée et précise de la notion d'influence. De plus, la discussion est rendue complexe par le rapport inexplicé voire controversé entre sociologie du droit et droit comparé¹⁰ : alors que la doctrine de droit comparé cherche à déterminer les facteurs dans l'évolution du droit (en affirmant souvent l'autonomie du discours juridique), la sociologie du droit déclare vouloir tenir compte de tous les éléments susceptibles d'influencer le droit (en allant jusqu'à l'assertion que le droit n'est pas plus qu'un « miroir de la société »). Il paraît peu productif d'entrer dans le débat lancé par les deux disciplines, car celles-ci couvrent différentes réalités et devraient être complémentaires plutôt qu'exclusives l'une de l'autre. Les implications des influences doivent être évaluées dans chaque espèce et pour chaque période historique en sachant que le tableau des facteurs et motifs ayant déterminé la réception d'un droit par

⁶ <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/influence/42976> (14/3/2016).

⁷ C'est alors le principe général du « *legal borrowing* », V. not. M. GRAZIADEI, « Comparative Law as the Study of Transplants and Receptions », in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 441-475.

⁸ R. SACCO, « Droit commun de l'Europe, et composantes de droit », in M. CAPPELLETTI (dir.), *New perspectives for a common law of Europe*, Leyde, Boston, Londres, Sijthoff, 1978, pp. 95-109 ; comparable au terme préféré par la doctrine française de « circulation des modèles juridiques », V. É. AGOSTINI, « La circulation des modèles juridiques », *RIDC* n° 2-1990, p. 461.

⁹ A. WATSON, *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, 2^e éd., Athens (Géorgie), The University of Georgia Press, 1993. La position de Watson et sa fortune ultérieure sont aujourd'hui résumées dans : J. W. CAIRNS, « Watson, Walton, and the history of legal transplants », *Georgia Journal of International and Comparative Law*, n° 41, 2013, pp. 637-696.

¹⁰ Sur ce point, V. not. D. NELKEN, « Legal Transplants and Beyond: of Disciplines and Metaphors », in A. HARDING, E. ÖRÜCÜ (dir.), *Comparative Law in the 21st Century*, Londres, La Haye, New York, Kluwer Academic Publishers, 2002, pp. 19-34.

un autre sera nécessairement incomplet. Ce problème de méthode ne peut être résolu qu'en définissant par avance la perspective dans laquelle on se place. C'est ainsi que la présente contribution recherchera dans une perspective de droit comparé le discours législatif, c'est-à-dire de politique juridique interne, en suivant l'argumentation juridique employée par le législateur. N'entreront pas en jeu la doctrine et la jurisprudence parfois influencées par l'exemple du pays voisin¹¹. Dans cette perspective, le terme d'influence couvrira toute utilisation du droit français par le législateur allemand en droit des obligations.

II. L'INFLUENCE DU CODE CIVIL FRANÇAIS SUR LA CODIFICATION DU BGB

Avant d'examiner le rôle du Code civil français dans la genèse du BGB, il paraît utile de rappeler la chronologie des faits. Le Code civil des Français de 1804, fut après le Code général prussien (*Preussisches Allgemeines Landrecht*, ALR) de 1794 et avant le *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* d'Autriche en 1811 (ABGB), la première grande codification du droit naturel¹². En raison, entre autres, du morcèlement des territoires allemands, la codification allemande du droit civil prit plus de temps. Initialement, l'Empire germanique avait uniquement la compétence de légiférer en matière de droit des obligations, de droit commercial et de droit cambiaire (*Obligationen-, Handels- und Wechselrecht*). Une première tentative d'uniformisation du droit des obligations dans les territoires allemands est contenue dans le « projet de Dresde » (*Dresdner Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse*) de 1866 qui est resté inachevé en raison de réticences politiques et n'est jamais entré en vigueur¹³. Il a fallu attendre l'attribution de la compétence législative à l'Empire par une réforme de la Constitution (loi Lasker / Miquel du 20 déc. 1873) pour que l'Empire se voit

¹¹ Pour un exemple intéressant (l'interprétation du § 326 du BGB dans sa version ancienne à la lumière de l'art. 1184 C. civ., aujourd'hui abrogé par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016), V. W. SCHUBERT, « 200 Jahre Code civil – französisches Zivilrecht und seine Bedeutung für Deutschland », *Schleswig-Holsteinische Anzeigen*, 2005, pp. 97-103, 102 et s.

¹² Pour un bref aperçu du contexte de ces codifications, V. G. BOEHMER, « Der Einfluß des Code Civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland », *AcP*, n° 151, 1950/51, pp. 289-310, 289-291.

¹³ Sur le projet de Dresde, V. H.-P. BENÖHR, « Der Dresdner Entwurf von 1866 und das schweizerische Obligationenrecht von 1881 », in H. PETER, E. W. STARK, P. TERCIER (dir.), *Hundert Jahre schweizerisches Obligationenrecht*, Fribourg, Universitätsverlag, 1982, pp. 57-89 ; sur les influences médiatisées du droit français via le projet de Dresde, V. H.-J. PUTTFARKEN, J. SCHNIER, « Code Napoléon damals und heute – aus deutscher Sicht », *Z'glRWiss.*, n° 105, 2006, pp. 223-243, 232 et s.

attribuer la compétence de légiférer dans l'ensemble du droit civil, en droit criminel et en procédure juridictionnelle. Une fois cette compétence obtenue, une première commission a été instituée. Après un travail de quatorze ans (1874-1888), celle-ci publiera ses travaux sous le titre de « premier projet » (*Erster Entwurf*) ainsi que les travaux préparatoires, appelés « motifs » (*Motive*). Après que ce projet s'est attiré des critiques très sévères en raison de son caractère peu social et conservateur¹⁴, une deuxième commission a été instaurée. Elle siègera de 1890-1895 et proposera un « deuxième projet » (*Zweiter Entwurf*), dont les travaux préparatoires furent dénommés « protocoles » (*Protokolle*)¹⁵. Les modifications ultérieures qui ont eu lieu avant la promulgation de la loi en 1896 furent de nature rédactionnelle et le BGB entra en vigueur le 1^{er} janvier 1900. La codification allemande est rapidement devenue un concurrent du modèle français et c'est surtout en raison des différences évidentes entre les deux codes que le droit comparé traditionnel distingue la famille romaniste (influencée par le Code civil et les codes voisins) et la famille germanique (influencée par le BGB et la tradition pandectiste)¹⁶.

Néanmoins, lorsqu'on se penche de plus près sur les travaux préparatoires du BGB, on s'aperçoit qu'en dépit des divergences entre les deux codes, le Code civil français a été, à plusieurs égards, déterminant pour la création du Code civil allemand. Tout d'abord, il est évident que le Code civil français a donné une, sinon la première, impulsion aux partisans d'une codification civile allemande, comme le montre la fameuse controverse entre Savigny et Thibaut (*Kodifikationsstreit*)¹⁷ qui porte sur la faisabilité d'un code civil en Allemagne¹⁸. C'est donc le Code civil français qui a donné le signal pour la codification allemande¹⁹. De même, il convient de rappeler que le

¹⁴ Sur la critique du projet allemand, V. (en langue française) : E. GAUDEMET, « Les codifications récentes et la révision du Code civil », in Société d'études législatives (dir.), *Le Code civil 1804-1904 : Livre du Centenaire II : Le Code civil à l'étranger – La question de la révision – Documents*, Paris, Rousseau, 1904, pp. 965-986.

¹⁵ V. W. SCHUBERT, « Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuches », in H.-H. JAKOB, W. SCHUBERT (dir.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, Berlin, New York, de Gruyter, 1978, pp. 27-68.

¹⁶ V. K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, traduit par T. WEIR, *An Introduction to Comparative Law*, 3^e éd. Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 63-73. Cette vision est critiquée, V. par ex. J. HUSA, « Classification of Legal Families Today. Is it Time For a Memorial Hymn? », *RIDC* n° 1-2004, pp. 11-38.

¹⁷ Sur la controverse entre Savigny et Thibaut, V. H. HATTENHAUER (dir.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, Munich, Vahlen, 2002.

¹⁸ Et non pas sur la qualité du Code civil français. Il est intéressant à cet égard que Savigny s'opposera à l'idée d'abolir le Code civil après 1814 et d'introduire le ALR, V. G. BOEHMER, *op. cit.* p. 299 et s.

¹⁹ V. les contributions fondamentales dans cette matière : B. DÖLEMEYER, « Einflüsse von ALR, Code civil und BGB auf Kodifikationsdiskussionen und -projekte in Deutschland », *Jus*

Code civil français était en vigueur en tant que droit rhénan et dans le Grand-Duché de Bade et constituait ainsi une réalité juridique dans certains territoires allemands impliqués dans la réforme²⁰.

Il est cependant étonnant de constater qu'une recherche systématique des références au droit français dans les travaux préparatoires au BGB sur le droit des obligations semble faire défaut jusqu'à présent²¹. La présente étude se fonde sur une analyse des mentions explicites du Code civil dans les travaux préparatoires, c'est-à-dire dans les « *Motive* » (motifs) de la première commission et dans les « *Protokolle* » (protocoles) de la deuxième commission, accessibles dans la collection éditée par Benno Mugdan (1851-1928)²². En distinguant d'abord selon l'intensité du recours au droit français dans les travaux préparatoires, il convient de faire une différence entre trois types de références au Code civil : les solutions inspirées par le Code civil, donc les reprises directes du « Code », ainsi dénommé dans les travaux préparatoires, dans le BGB ; les références génériques aux « codifications » et aux projets de codifications « modernes » (de l'époque), le Code civil français figurant au premier rang ; l'influence négative, dans le sens où le législateur allemand refuse de suivre le droit français mis en avant par un ou plusieurs membres de la première ou de la deuxième commission.

Commune, n° 7, 1978, pp. 178-225, not. 180-187, 189-207 ; V. aussi E. WADLE, « Französisches Recht und deutsche Gesetzgebung im 19. Jahrhundert », in R. SCHULZE (dir.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991, pp. 201-220.

²⁰ Sur le caractère de cette législation, V. G. BOEHMER, *op. cit.* p. 297 et s., qui souligne l'acceptation du Code dans les territoires allemands. En détail, V. W. SCHUBERT, « Der Code civil (Code Napoléon) in Deutschland und das Reichsgericht », in B.-R. KERN, A. SCHMIDT-RECLA (dir.), *125 Jahre Reichsgericht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006, pp. 125-149, 126-133 ; sur le droit civil rhénan, V. H.-J. BECKER, « Das Rheinische Recht und seine Bedeutung für die Rechtsentwicklung in Deutschland im 19. Jahrhundert », *JuS*, 1985, pp. 339-345. Il est important de souligner que même plus de 100 ans après l'introduction du BGB (et ainsi l'abolition du Code dans les territoires rhénans et le Grand-Duché de Bade) le BGH est parfois amené à appliquer le Code civil qui est resté en vigueur selon l'article 56-152 du EGBGB pour certaines questions relatives à la compétence des législateurs des *Länder* allemands.

²¹ Malgré son titre général, la contribution importante de G. BOEHMER, *op. cit.* pp. 289-310 se limite à décrire le contexte historique général et donne quelques exemples, mais ne dresse pas un tableau exhaustif. V. l'étude peu convaincante de H. COING, *L'influence de la France sur le Droit allemand*, Revue juridique et économique du Sud-Ouest, sér. jur. 3/4 (1960), pp. 1-12, *auj.* in D. SIMON (dir.), *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht 1947-1975*, I, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1982, pp. 263-276.

²² B. MUGDAN, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band: Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin, R. V. Decker's, 1899. Les limites de cette édition sont bien connues, V. W. SCHUBERT, « Einleitung », in H.-H. JAKOB, W. SCHUBERT (dir.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, Berlin, New York, de Gruyter, 1978, pp. 1-16.

A. – Les solutions inspirées par le Code civil

La liste des solutions adoptées en droit allemand des obligations directement inspirées du droit français est relativement courte²³. Elle comprend la responsabilité contractuelle du fait d'un auxiliaire d'exécution (*Erfüllungsgelhilfe*), l'introduction d'un droit de résiliation pour les prestataires de service (*Kündigungsrecht des Dienstverpflichteten*), la consécration du principe selon lequel la vente d'un immeuble ne résout pas le contrat de location (*Kauf bricht nicht Miete*), l'indemnisation du dommage immatériel (dans certains cas, *auj. §§ 253, 847 BGB*) et la responsabilité pour le dommage causé par la ruine d'un bâtiment (*Haftung des Grundstücksbesitzers*).

Sans entrer dans les détails de la discussion au sein des deux commissions, expliquons rapidement les innovations apportées par le Code civil au BGB. Le premier acquis redevable au droit français consiste dans l'introduction d'une norme permettant de tenir le débiteur pour responsable lorsque son auxiliaire a commis une faute dans l'exécution de l'obligation. Le droit romain, à la base du droit commun applicable par défaut dans les territoires allemands, ne connaissait pas de responsabilité du fait d'autrui pour les personnes libres, mais uniquement pour les esclaves, alors que le Code civil prévoyait à l'article 1384 alinéa 5 que le commettant répondait du fait du préposé²⁴. Le législateur allemand a suivi le Code civil en introduisant une responsabilité du fait d'autrui, mais en la limitant au champ contractuel²⁵ ; ainsi, le § 278 du BGB actuel²⁶ dispose que « le débiteur doit répondre de la faute commise par son représentant légal et par les personnes qu'il emploie pour exécuter son obligation dans la même mesure que s'il s'agissait de sa faute personnelle »²⁷.

La deuxième innovation ayant ses racines dans le Code civil français est le droit de résiliation du prestataire dans les contrats de service. Cette règle,

²³ V. D. STRAUCH, « Der rheinische Beitrag zur Entstehung des BGB », in <http://www.forhistiur.de/zitat/0503strauch.htm>, n° 35 à 47 qui nomme en exemple de l'ancien art. 1271 C. civ. (aujourd'hui art. 1329 C. civ.) et § 414 BGB.

²⁴ Sur l'interprétation actuelle de l'art. 1384 al. 5 C. civ. (aujourd'hui art. 1243 al. 5 C. civ.). V. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., Paris, LGDJ, 2006, pp. 974-1031, n° 791-813.

²⁵ L'art. 1384 al. 5 C. civ. est le fondement d'une responsabilité délictuelle pour laquelle le principe du non-cumul n'est pas entièrement respecté, V. G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.* p. 1034, n° 814, (en comparaison du droit allemand).

²⁶ V. aussi G. BOEHMER, *op. cit.* p. 305 et s. sur la reconnaissance de la responsabilité du fait d'auxiliaire d'exécution comme constitutive d'un compromis.

²⁷ Les traductions du Code civil allemand (BGB) sont tirées de l'ouvrage coordonné par R. LEGAIS, M. PÉDAMON, *Code civil allemand. Bürgerliches Gesetzbuch. BGB. Traduction en français du texte en vigueur au 31 octobre 2009*, par G. LARDEUX, R. LEGAIS, M. PÉDAMON, C. WITZ, Paris, Dalloz, 2010.

se trouvant aujourd'hui au § 624 du BGB, permet au débiteur du service de se défaire du contrat qui le lie au-delà de cinq ans. La norme a la vocation de préserver la liberté individuelle du prestataire de service. Les travaux préparatoires de la première commission soulignent qu'elle suit ce faisant le modèle du Code civil : « Il s'agit de l'article 1780 du Code qui, par cette disposition, a été la première des nouvelles codifications à tenir compte des considérations de politique sociale et d'économie nationale, selon lesquelles on ne peut s'engager à un contrat de louage que pour un temps déterminé ou pour un service déterminé »²⁸. L'origine de la norme allemande (§ 624 BGB) issue de l'article 1780 du Code civil saute encore aujourd'hui aux yeux lorsqu'on la compare avec la version actuelle. Tandis que l'article 1780 Code civil dispose que « on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. Le louage de service, fait sans détermination de durée, peut toujours cesser par la volonté d'une des parties contractantes. (...) », la loi allemande (§ 624 BGB) prévoit que « si le contrat de service est conclu pour la vie d'une personne ou pour une durée supérieure à cinq ans, il peut être résilié par le prestataire après cinq ans. Le délai de préavis est de six mois ». Il ressort de la comparaison des textes que la réglementation du BGB est un compromis : alors que le Code civil limite l'autonomie des parties d'un contrat de louage de service et donne un droit de résiliation aux deux parties, le BGB protège le prestataire de service d'une obligation perpétuelle nuisible à sa liberté personnelle sans oublier les intérêts du patron qui aura six mois pour trouver un remplaçant. La consécration du principe en droit allemand à l'image du droit français a néanmoins constitué un pas important car la disposition met fin à des contrats de louage perpétuels, destinés à garantir le contrôle du maître sur ses ouvriers et/ou domestiques²⁹.

Tout comme la consécration du principe selon lequel la vente d'un immeuble ne résout pas le contrat de location, l'exemple français a ainsi permis de faire pénétrer « un peu d'huile socialiste » qui – selon le bon-mot du critique contemporain du BGB, Otto von Gierke – devait infiltrer dans l'ébauche du BGB jugé trop « conservateur » et trop « rigide »³⁰. En effet,

²⁸ B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 260 : « Von den neueren Gesetzgebungen hat zuerst der Code 1780 jenen sozialpolitischen und volkswirtschaftlichen Rücksichten durch die Bestimmung Rechnung zu tragen gesucht, daß man seine Dienste nur auf bestimmte Zeit oder für eine bestimmte Unternehmung verdingen könne » ; V. aussi D. STRAUCH, *op. cit.* n° 35.

²⁹ Pour une analyse approfondie de la question, V. Th. KEISER, *Vertragszwang und Vertragsfreiheit im Recht der Arbeit von der Frühen Neuzeit bis in die Moderne*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 2013, pp. 241-276, également p. 404, qui souligne l'inefficacité de la réglementation pour les ouvriers d'usine et les domestiques.

³⁰ O. von GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Vortrag am 5. April 1889 in der juristischen Gesellschaft zu Wien*, Berlin, Heidelberg, Springer, 1889, pp. 18, 20-23, sur le contexte

c'est grâce à l'exemple français que la deuxième commission a jugé bon d'abandonner l'exemple romain jugé trop peu protecteur pour le locataire et de suivre l'article 1743 du Code civil³¹. C'est ainsi que l'actuel § 566 alinéa 1^{er} du BGB fut conçu de la manière suivante : « Lorsque le bailleur vend à un tiers le logement loué après sa remise au preneur, l'acquéreur est subrogé, tant qu'il est propriétaire, en lieu et place du bailleur dans les droits et obligations du bail ». Aujourd'hui, le principe d'opposabilité du bail lors de la vente ne fait plus de doute alors que la première commission avait encore jugé bon de maintenir le principe de l'opposabilité de la vente au bail : « la vente s'oppose au bail » (*Kauf bricht Miete*) en n'acceptant que quelques modifications pour la vente d'immeubles³².

Les derniers exemples d'une influence française sur le BGB ont trait au droit de la responsabilité qui, comme cela est bien connu, est conçu par principe de manière très différente selon les deux pays. En effet, tandis que le Code civil a consacré un principe général de responsabilité, le BGB connaît une réglementation restrictive, limitant les dommages-intérêts à la violation des droits absolus (*Rechtsgüterschutz*)³³. Malgré quelques partisans du modèle français au sein de la deuxième commission, le principe général de responsabilité n'a pas été retenu dans la codification allemande³⁴. Le législateur n'a suivi le Code civil que pour une question de détail en reconnaissant une responsabilité spéciale du possesseur d'un immeuble pour la ruine d'un bâtiment. Ainsi, l'actuel § 836 du BGB est directement issu de

V. T. REPGEN, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Eine Grundfrage in Wissenschaft und Kodifikation am Ende des 19. Jahrhunderts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, pp. 3-5.

³¹ Art. 1743 C. civ. : « Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail ». V. (pour la deuxième commission) : B. MUGDAN II, p. 826 : « Es spreche für ihn auch, daß im geltenden Rechte der Grundsatz ‚Kauf bricht nicht Miethé‘ durchweg nur in Verbindung mit dem Erfordernisse der Schriftlichkeit durchgeführt sei. Dies gelte vom preuß. Rechte, nach welchem der Grundsatz bei mündlichen, gesetzlich der Schriftform bedürftigen Verträgen hinsichtlich der Zeitdauer erheblich abgeschwächt sei, indem solche Verträge nur auf ein Jahr gälten (...); es treffe ebenso für das franz. Recht zu (nach dem nach richtiger Ansicht noch geltenden Art. 1743 Code), ferner für Braunschweig und die altoranischen Landestheile des Herzogthumes Nassau ».

³² Pour la première commission, V. B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 212 et s. : « Die hervorgehobenen, gegen den Grundsatz ‚Kauf bricht nicht Miethé‘ sprechenden Bedenken und Schwierigkeiten, andererseits die mit der strengen Durchführung des entgegengesetzten Grundsatzes unverkennbar verbundenen Unzuträglichkeiten und Uebelstände haben den Entw. bestimmt, in Ansehung der Vermietung von Grundstücken einen Mittelweg einzuschlagen, der dem Interesse des Grundbuchsystems und des Miethers in gleicher Weise gerecht wird ».

³³ K. ZWEIGERT, H. KÖTZ traduit par T. WEIR, *op. cit.* pp. 598-605 pour l'Allemagne et pp. 615-621 pour la France.

³⁴ Le § 826 du BGB constitue une clause générale très incomplète puisqu'il limite la responsabilité au dommage « causé intentionnellement et contrairement aux bonnes mœurs ». Sur l'introduction de cette norme, V. B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 1080 ; D. STRAUCH, *op. cit.* n° 38.

l'article 1386 du Code civil, toujours en vigueur, mais désormais article 1244 du Code civil. La parenté entre les deux normes est tout de suite visible dans la teneur. Alors que l'article 1386 du Code civil dispose que « le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction », son homologue allemand, le § 836 alinéa 1^{er} BGB prévoit que « si un homme est tué ou s'il a subi une lésion corporelle ou une atteinte à sa santé ou si une chose est détériorée par l'écroulement d'un bâtiment ou de tout autre ouvrage dépendant du fonds, ou par le détachement de parties de ce bâtiment ou de cet ouvrage, le possesseur de l'immeuble est tenu d'indemniser la personne lésée du préjudice qui en résulte pour autant que l'écroulement ou le détachement soit la conséquence d'une construction ou d'un entretien défectueux. Cette obligation de réparer n'existe pas lorsque le possesseur a employé la diligence requise par les usages ou pour écarter le danger ». La juxtaposition des deux normes montre les limites de la reprise de la norme française par le législateur allemand : sans abandonner le principe de protection des droits absolus, le droit allemand reprend le fait générateur (vice de construction ; défaut d'entretien) du Code civil pour entériner l'idée d'une responsabilité du possesseur du fonds. Une autre différence reste à souligner : la responsabilité en droit français est de plein droit³⁵, alors que le BGB prévoit une responsabilité pour faute présumée³⁶.

Quelle a été la motivation du législateur allemand pour ces reprises directes du droit français ? Au moment de la création du BGB, le Code civil des Français apparaît comme une codification « moderne », « éclairée » qui permet de répondre à des besoins actuels et de se défaire de quelques concepts « démodés » du droit romain. C'est ainsi que les travaux préparatoires de la deuxième commission éclairent l'introduction du § 836 BGB : « la conscience juridique actuelle exige formellement une responsabilité absolue. Elle dérive du fait qu'en suivant l'exemple du Code, la plupart des lois nouvelles se sont exprimées contre le traitement (du problème) par le droit romain »³⁷.

Cette vision du Code civil permet de comprendre les références non spécifiques et génériques au Code cité parmi d'autres textes législatifs de

³⁵ Sur l'interprétation de l'art. 1386 C. civ. (aujourd'hui art. 1244 C. civ. et fortement influencée par la coexistence de l'art. 1384 al. 1^{er} C. civ., aujourd'hui art. 1242 al. 1^{er} C. civ.) V. Ph. DELEBECQUE, F.-J. PANSIER, *Droit des obligations. Responsabilité civile. Délit et quasi-délit*, 6^e éd., Paris, LexisNexis, 2014, n° 228-233, pp. 173-176.

³⁶ Ce caractère de la responsabilité ressort clairement du § 836 al. 1^{er} phrase 2 du BGB.

³⁷ V. B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 456 et s. (*Motive*) et B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 1150 (*Protokolle*). La deuxième commission semble avoir été plus encline à suivre « les codifications modernes » que la première.

l'époque, lesquels forment la seconde catégorie de l'utilisation du droit français dans la législation du BGB allemand.

B. – *Les références génériques au Code civil des Français*

Dans les motifs comme dans les protocoles il n'y a presque pas de normes qui ne soient discutées sans référence au « Code ». En effet, dans les motifs, chaque rapporteur nommé pour une partie de la nouvelle codification allemande a le devoir de présenter l'état actuel du droit en vigueur. Cela implique – et les contemporains en sont entièrement conscients – de rendre compte également du droit français, en vigueur dans quelques pays allemands en tant que droit rhénan ou droit badois³⁸. Le rapport de la commission pour l'organisation judiciaire (*Bericht des Ausschusses für Justizwesen*) du 9 juin 1874, qui a mis en place la première commission pour la préparation du BGB, définit la tâche comme suit : « La commission reconnaît que sa charge à remplir est triple : 1) Il faut examiner le fond complet des normes du droit privé en vigueur dans l'Empire germanique eu égard à leur utilité, à leur vérité interne et à leur application cohérente. 2) Il faut scruter dans quelle mesure les dispositions des nouvelles grandes codifications civiles, des lois des territoires ou des lois éventuelles de l'Empire, qui divergent du fonds commun du soi-disant droit commun (droit civil commun et droit privé allemand), doivent être maintenues ou, quand et dans quelle mesure il convient de trouver un compromis [entre les deux règles]. 3) Un soin ultime doit être apporté pour donner une forme correcte et un ordre parfait [à la nouvelle réglementation] »³⁹.

³⁸ Sur l'influence du Code civil sur le droit local, V. J. KOHLER (traduit par A. ROUX), « Le Code civil français dans la théorie et la pratique allemande », in Société d'études législatives (dir.), *Le Code civil 1804-1904 : Livre du Centenaire II : Le Code civil à l'étranger – La question de la révision – Documents*, Paris, Rousseau, 1904, pp. 615-624 ainsi que E. MÜLLER (traduit par L. LYON-CAEN), « Le Code civil en Allemagne. Son influence générale sur le droit du pays, son adaptation dans les pays rhénans », *ibid.*, pp. 625-638.

³⁹ V. « Materialien zur Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches: Die Einsetzung der 1. Kommission durch den Bundesrat », in H.-H. JAKOB, W. SCHUBERT (dir.), *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen*, Berlin, New York, de Gruyter, 1978, pp. 186-205, 191 : « Die Kommission erkennt hiernach die zu lösende Aufgabe als eine dreifache: 1) Es ist der Gesamtbestand der innerhalb des Deutschen Reichs geltenden Privatrechtsnormen mit Rücksicht auf deren Zweckmäßigkeit, innere Wahrheit und folgerichtige Durchführung zu untersuchen. 2) Es ist sorgsam zu prüfen, wieweit die von der gemeinen Grundlage des sogenannten gemeinen Rechts (gemeinen Civilrechts und deutschen Privatrechts) abweichenden Bestimmungen der neuen großen Civilgesetzgebungen, der Landesgesetze und der etwaigen Reichsgesetze beizubehalten seien, oder ob und welche Ausgleichung zu versuchen sei. 3) Es ist endlich auf richtige Formgebung und Anordnung die höchstmögliche Sorgfalt zu verwenden ».

La tâche étant ainsi définie, il n'est guère étonnant que le Code civil des Français soit cité en tant que fer de lance des codifications civiles nouvelles, voire en tant qu'expression de la modernité⁴⁰. Même lorsque la commission adopte la solution traditionnelle issue du droit romain et présente ainsi dans le droit commun, elle tient compte de la solution consacrée par le Code qui est perçu comme un élément de rupture avec la tradition et donc comme le représentant d'un droit « novateur » ou « moderne ». Dans ces cas, les commissions se sentent libres de considérer le pour et le contre de chaque réglementation sans évoquer son origine. Alors que les solutions évoquées précédemment sont présentées comme étant des ruptures avec le passé dans la plupart des territoires allemands, pour d'autres règles le Code est considéré comme un exemple parmi d'autres et l'adoption de son régime en l'espèce n'est pas vu comme une révolution, mais comme une conséquence de l'évolution générale du droit.

Pour ne donner que quelques exemples de cette utilisation du modèle français, il convient de citer les trois règles de la partie spéciale du droit des obligations, liées à trois types de contrats différents. La première disposition est l'introduction d'un droit de résiliation pour le commodat en cas de « besoin pressant et imprévu de sa chose »⁴¹, qui est justifié par le caractère équitable du commodat et la tendance dans les codifications en vigueur, parmi lesquelles figure le Code civil⁴². Il s'agit du § 605 n° 1 du BGB qui énonce : « Le prêteur peut résilier le commodat : 1. Lorsque, à la suite d'une circonstance imprévue, il a besoin de la chose prêtée (...) ». Un deuxième exemple a trait au contrat de service. En effet, la définition du contrat de service au § 611 du BGB n'envisage pas la possibilité de prévoir une rémunération autre que monétaire. Le projet du BGB a ainsi refusé une tendance visible dans certaines codifications territoriales et a suivi le courant représenté par le Code civil⁴³ et le Code des obligations suisse : « En phase avec le Code (art. 1710) et le Code des obligations suisse (art. 338), comme pour le contrat de loyer et de bail, une détermination du caractère de la rémunération n'a pas été intégrée [dans le projet]⁴⁴ ». Enfin, le troisième cas

⁴⁰ Sur cet aspect, V. W. SCHUBERT, Code civil (Code Napoléon), *op. cit.* p. 125 et s. ; D. STRAUCH, *op. cit.* n° 27.

⁴¹ V. l'art. 1889 C. civ. : « Néanmoins, si, pendant ce délai, ou avant que le besoin de l'emprunteur ait cessé, il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre ».

⁴² B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 252.

⁴³ V. l'art. 1710 C. civ. : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

⁴⁴ B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 256 : « Im Einklange mit dem Code 1710 und dem schweiz. ObligR. 338 ist, wie bei der Miethe und Pacht (...), so auch hier eine Bestimmung darüber, worin die Vergütung bestehen kann, nicht aufgenommen ».

de figure a trait au contrat de société et notamment à la question de savoir si les associés ont un droit de dénonciation dans le cadre d'une société à durée déterminée. Le projet de BGB a introduit un tel droit de dénonciation, en s'inspirant de diverses codifications modernes, parmi elles le Code civil. En effet, en partant du principe qu'une société qui est constituée pour une durée déterminée ne peut en principe être dénoncée, le projet, tout comme l'actuel § 723 du BGB, permet la dénonciation, « s'il y a un motif sérieux ». « Il y a en particulier un motif sérieux, 1. si un autre associé enfreint intentionnellement ou par négligence grossière une obligation essentielle lui incombant en vertu du contrat de société ou si l'exécution d'une telle obligation apparaît impossible, 2. si l'associé atteint dix-huit ans. » Ce faisant, le projet a innové par rapport au droit commun en vigueur dans plusieurs territoires allemands, en consacrant une solution « moderne »⁴⁵.

Les exemples cités montrent que le Code civil français, lors de la préparation du BGB, n'est pas seulement un modèle étranger au droit allemand, mais surtout une réalité juridique que le législateur cite environ 500 fois dans le Mugdan. Ceci étant, les juristes des deux commissions de la codification allemande abordent assez librement le pour et le contre de la solution française, sans discuter davantage le point de savoir s'il convient d'adopter les règles d'un code étranger. L'idée de rupture avec la tradition du droit romain si forte dans le cadre des vraies innovations déduites de l'exemple français⁴⁶ n'a pas de place ici. Dans ces cas, il est plus approprié de voir le Code civil comme une expression du droit en vigueur et d'une approche presque empirique du législateur allemand. Mais le fait de considérer la solution française dans chaque cas d'espèce n'inclut pas forcément l'adoption de tout ce qu'énonce le Code civil ; en effet, les travaux préparatoires du BGB témoignent également du refus de suivre le Code civil français.

C. – *Le refus de suivre le Code civil*

Alors que le BGB a suivi le Code en introduisant une responsabilité contractuelle pour l'auxiliaire de l'exécution, le débat particulièrement acharné sur l'introduction d'une responsabilité générale (délictuelle) du fait

⁴⁵ B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 346 : « Der Entw. bestimmt im Anschlusse an Code 1871, schweiz. ObligR. 547 und HGB. 125, daß vor Ablauf der vertragsmäßigen Zeit nur dann gekündigt werden kann, wenn ein wichtiger, die Kündigung nach den Umständen des Falles rechtfertigender Grund vorliegt, indem er nur zwei besondere Umstände als wichtige Gründe hervorhebt (§ 648 Abs. 2, vgl. §§ 566, 598, 625, 638) ».

⁴⁶ V. *supra* A.

du commettant a conduit au rejet de l'exemple du Code civil. En effet, la minorité qui tentait d'introduire cette responsabilité avait invoqué l'article 1384, alinéa 5 du Code civil. Or, cet argument est rejeté par la majorité de la deuxième commission. Le refus est de principe : « C'est à tort que la minorité invoque les codifications étrangères et les coutumes pour le bien-fondé de ses motions [visant à l'introduction d'une responsabilité pour les préposés] ; la règle introduite par le Code civil est tout à fait éloignée de la conscience juridique allemande, qui est la seule intéressante en la matière »⁴⁷. D'autres différences notables dues au refus du BGB de suivre l'exemple du Code civil en droit des obligations sont la nullité du contrat portant sur la chose d'autrui, la compensation du dommage moral et les conséquences de l'inexécution du contrat.

1. La nullité du contrat portant sur la chose d'autrui

Un exemple presque banal pour démontrer que le législateur allemand s'est intéressé au Code civil et s'en est inspiré, sans cependant le suivre à tout prix, est constitué par le refus de suivre l'exemple de l'article 1599 du Code civil. L'article consacre le principe du consensualisme et dispose que « la vente de la chose d'autrui est nulle ». La raison qui justifie ce refus est un argument systématique exprimé par la première commission en ces termes : « En suivant le droit commun, l'alinéa 1^{er} exprime le principe selon lequel un contrat peut être valablement conclu sur les choses et les droits d'autrui. Selon l'article 1599 du Code, est nul un contrat par lequel quelqu'un s'oblige à vendre une chose comme si elle était la sienne. Indépendamment du fondement de cette disposition – que celle-ci se fonde sur l'illicéité d'un tel contrat ou sur le principe du droit français selon lequel la propriété s'acquiert par le seul consentement et sur la règle que personne ne peut transférer plus de droit à quelqu'un qu'elle n'en a elle-même –, elle est en contradiction avec les principes du projet [du BGB] »⁴⁸. En dépit du refus de suivre l'exemple du Code, l'argument de la commission révèle que le législateur allemand a

⁴⁷ B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 1192 et s. : « Mit Unrecht berufe sich die Minderheit zur Vertheidigung ihrer Anträge auf die ausländischen Gesetzgebungen und Gewohnheiten; dem deutschen Rechtsbewußtsein, auf das es allein ankomme, liege der Rechtsatz, welchen der Code civil aufgestellt habe, ganz fern ».

⁴⁸ B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 99 : « Im Anschlusse an das gemeine Recht drückt der Abs. 1 den Grundsatz aus, daß ein gültiger Vertrag auch über Sachen und Rechte eines Dritten geschlossen werden kann. Nach Code 1579 ist ein Vertrag, durch den Jemand sich zur Veräußerung einer (nicht beweglichen) fremden Sache, als wäre sie seine eigene, verpflichtet, nichtig. Mag diese Vorschrift auf dem Gesichtspunkte der Unerlaubtheit eines derartigen Vertrages beruhen oder auf dem französischrechtlichen Prinzip, daß schon durch die bloße Uebereinstimmung der Parteien das dingliche Recht auf den Erwerber übergehe, Niemand aber mehr Rechte auf einen anderen übertragen könne, als er selbst hat: sie steht mit den Prinzipien des Entw. im Widerspruche ».

éprouvé le besoin de justifier le rejet de la codification française. En effet, au sein même de la commission, des voix avaient invoqué les avantages de la position française, notamment la simplicité de la solution et la protection du propriétaire.

2. La réparation du dommage moral

Une différence assez importante et en principe toujours d'actualité concerne la réparation du dommage moral. Alors qu'une minorité avait formulé une motion pour introduire une norme permettant la réparation du dommage moral pour la responsabilité contractuelle⁴⁹, la deuxième commission prit une position très stricte en présentant la jurisprudence française en la matière comme mauvais exemple : « La jurisprudence française qui, à l'encontre des termes et de l'intention du Code aux articles 1382, 1383 attribue une compensation pour tout dommage, n'est pas exemplaire et a pour résultat que les tribunaux ont perdu toute mesure sur la compensation du dommage moral en argent. Cette pratique avait déjà été désapprouvée par le Tribunal d'Empire (...) »⁵⁰. La jurisprudence française présenterait, selon la commission, le danger de satisfaire des prétentions exagérées. Ainsi, « la majorité de la commission ne pouvait pas être convaincue qu'une réglementation légale correspondant à ce qui est proposé par les motions serait conforme aux convictions et à la conscience de la moralité allemandes modernes »⁵¹. Si le droit des obligations allemand suit ce principe, il convient néanmoins de souligner que la jurisprudence allemande a créé une exception pour les atteintes au droit de la personnalité (*Persönlichkeitsrecht*)⁵² et qu'une règle particulière a été introduite sous

⁴⁹ La disposition était libellée ainsi, V. B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 516 : « Ist der Schuldner wegen Nichterfüllung einer auf Vertrag beruhenden Verbindlichkeit zum Schadensersatz verpflichtet, so kann der Gläubiger auch für denjenigen Schaden, welcher kein Vermögensschaden ist, eine nach billigem Ermessen festzusetzende Vergütung in Geld verlangen. Diese Vorschrift findet keine Anwendung, wenn für den Fall der Nichterfüllung eine Konventionalstrafe ausbedungen war ».

⁵⁰ B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 517 : « Der Vorgang der franz. Rechtsprechung, welche entgegen dem Wortlaute und der Absicht des Code 1382, 1383 einen Geldersatz für jeden Schaden zubillige, sei nicht nachahmenswerth und habe dahin geführt, daß die Gerichte jeden Maßstab verloren hätten, inwieweit ein sog. moralischer Schaden durch Geld ausgeglichen werden könne. Vom Reichsgerichte sei diese Praxis mißbilligt worden (...). Müsse ferner die Entscheidung über die Höhe des Schadens in das billige Ermessen des erkennenden Richters gestellt werden, ohne daß man ihm einen geeigneten objektiven Anhalt geben könne, so entstehe, wie ebenfalls die Entwicklung der franz. Rechtsprechung zeige, die Gefahr, daß auch maßlos gesteigerte Ansprüche berücksichtigt werden könnten ».

⁵¹ B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 517 : « Die Mehrheit der Kom. vermochte sich nicht davon zu überzeugen, daß es dem modernen deutschen Rechts- und Sittlichkeitsbewußtseine entspreche, eine Bestimmung im Sinne der gestellten Anträge in das Gesetz aufzunehmen ».

⁵² V. BGH, 25 mai 1954 - I ZR 211/53, *Leserbriefurteil*, BGZ 13, 334. Sur le contexte de cette jurisprudence, V. K. KASTL, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht: der Prozess seiner Anerkennung*

l'influence du droit européen en matière de contrat de voyage (*Pauschalreise*) en vue de la compensation de la perte de jouissance de vacances (§ 651f al. 2 du BGB)⁵³.

3. *L'inexécution du contrat*

Une dernière différence de système du droit des obligations entre la conception initiale du BGB et le Code civil doit être soulignée en matière d'inexécution contractuelle. Sous l'angle des influences du droit français sur le droit des obligations allemand, il est important de noter que les positions du législateur allemand au 19^e siècle ont été en partie forgées par rejet des constructions françaises. Ainsi, en premier lieu, le projet allemand rejette la règle posée par l'ancien article 1142 du Code civil selon lequel « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Selon la première commission, cette règle est inadaptée en cas de retard dans l'exécution de l'obligation par le débiteur, car, selon la commission, seule l'impossibilité de la prestation est de nature à transformer l'obligation en nature en dommages-intérêts⁵⁴. Afin de renforcer le principe de l'exécution en nature, le BGB de 1900 prévoit que l'obligation du débiteur se mue en dommages-intérêts seulement après une mise en demeure et la renonciation du créancier après l'expiration d'un nouveau délai supplémentaire fixé pour l'exécution en nature⁵⁵. De même, la première commission refusa d'introduire « le principe français » selon lequel la stipulation d'un terme pour l'échéance ne saurait remplacer la mise en demeure ; le BGB consacra alors le principe du droit commun, selon lequel la fixation d'un terme remplace la mise en demeure par le créancier (*dies*

als "sonstiges Recht" im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB, Ebelsbach, Aktiv Druck & Verlag, 2004 (thèse Munich, 2003).

⁵³ § 651f al. 2 du BGB (« Si le voyage n'a pas eu lieu ou a été contrarié de manière importante, le voyageur peut également exiger une indemnisation pécuniaire équitable au titre d'un congé pris inutilement ») doit être interprété à la lumière de la directive 90/314/CEE du 13 juin 1990 concernant les voyages à forfait, V. CJCE 12 mars 2002, C-168/00, *Simone Leitner*, Rec. 2002 I – 02631 : « L'article 5 de la directive 90/314/CEE du Conseil, du 13 juin 1990, concernant les voyages, vacances et circuits à forfait, doit être interprété en ce sens qu'il confère en principe au consommateur un droit à la réparation du préjudice moral résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des prestations constituant un voyage à forfait ». V. K. TONNER, « § 651f », in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6^e éd., Munich, Beck, 2012, n° 46.

⁵⁴ B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 27.

⁵⁵ B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 27 : « Durch den § 240 in Verbindung mit §§ 242, 243 (vgl. §§ 247, 360, 361, 369) ist weiter der Grundsatz des franz. und schweiz. Rechtes abgelehnt, wonach sich die Verbindlichkeit, etwas zu thun, im Falle des Verzuges sofort in die Verbindlichkeit zum Schadensersatz auflöst » (Code 1142).

interpellat pro homine)⁵⁶. Enfin, le BGB ne connaîtra pas de limitation des droits du créancier comparable à l'ancien article 1153 du Code civil, selon lequel « dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement ». Au contraire, les motifs retiennent que le créancier d'une somme d'argent pourra comme tout créancier faire valoir des dommages-intérêts⁵⁷. Le souci du droit allemand de préserver le contrat est également visible dans le refus de sous-entendre une condition résolutoire dans les contrats synallagmatiques (art. 1184 du Code Napoléon). La commission s'exprime à l'encontre de cette règle qu'elle juge inadaptée et trop hostile au caractère obligatoire du contrat en ces termes : « Le projet n'a pas adopté la conception correspondant au droit français de la nature du contrat synallagmatique ; selon le projet, les cas de figure de la résiliation du contrat autorisés par loi constituent des exceptions [au principe de la force obligatoire du contrat] »⁵⁸. Cette position du projet est justifiée par la « sécurité des transactions » (*Sicherheit des Verkehrs*) qui serait en danger si toute inexécution d'une partie désengagerait automatiquement la partie adverse⁵⁹.

Le refus du législateur du BGB de suivre l'exemple du Code civil en ce qui concerne l'inexécution du droit montre une différence fondamentale dans la conception de l'obligation et son exécution : pour le droit allemand de l'époque, l'exécution de l'obligation en nature est restée l'objectif principal du contrat. Il a fallu attendre la réforme du droit allemand dite de « modernisation du droit des obligations » pour voir une réglementation comparable au sein du droit allemand des obligations⁶⁰. Ce changement de paradigme s'est fait sous l'impulsion du droit uniforme, notamment la

⁵⁶ B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 31 : « Der Satz: dies interpellat ist, vom franz. Rechte abgesehen, überall anerkannt. (...) Im (Code 1139 und bad. LR. 1139, Zachariä II § 308 A. 4) ist dagegen der Festsetzung eines Leistungstermines nur dann die Wirkung der Mahnung beigelegt, wenn der vertragsmäßige Schuldittel zugleich besagt, daß der Schuldner nach Ablauf der bestimmten Zeit ohne Mahnung in Verzug sein soll. (...) Für den Entw. konnte die Annahme des französischen Prinzips nicht in Frage kommen ».

⁵⁷ B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 34 : « Im Hinblick auf diesen Grund der positiven Vorschrift des Abs. 1 kann der Standpunkt des Code 1153 (...), wonach die Vorschrift auch zu Gunsten des Schuldners gilt, dergestalt, daß bei Forderungen auf eine Geldsumme der Schadensersatzanspruch des Gläubigers auf die Verzugszinsen beschränkt ist, nicht befolgt werden ».

⁵⁸ B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 109 : « Der Entw. hat die dem franz. Rechte entsprechende Auffassung vom Wesen des gegenseitigen Vertrages nicht adoptiert (...). Die gesetzlich gestatteten Fälle des Rücktrittes bilden hiernach vom Standpunkte des Entw. aus die Ausnahme (...) ».

⁵⁹ B. MUGDAN II, *op. cit.* p. 156 : « Die Sicherheit des Verkehrs gebietet, die Konsequenzen der Resolutivbedingung (ipso jure-Rückfall, dingliche Bindung) fern zu halten ».

⁶⁰ V. *BT-Drucksache* 14/6040, 180-183.

Convention de Vienne, et européen⁶¹. Ses fondements lointains sont cependant les anciens articles 1184 et 1142 du Code civil jugés inadaptés au droit allemand au 19^e siècle mais « modernes » en 2001⁶². C'est ainsi que l'actuel § 323 alinéa 1^{er} du BGB, dans la version en vigueur depuis 2002, dispose que « lorsque dans un contrat synallagmatique le débiteur ne fournit pas une prestation échue ou ne la fournit pas conformément aux stipulations contractuelles, le créancier peut résoudre le contrat s'il a imparti au débiteur sans succès un délai raisonnable pour exécuter ou procéder à l'exécution corrective ».

Il convient encore de préciser les raisons qui ont motivé le refus de suivre les solutions du Code civil également pour des règles moins emblématiques que celles citées. Elles reposent sur trois arguments. Souvent, la règle du Code est jugée « superflue » ou « inutile », car évidente (*von geringem praktischen Wert*)⁶³. Plus rarement, la commission trouve que la solution française va trop loin et menace la sécurité juridique (*von nicht zu übersehender Tragweite*)⁶⁴. La réfutation de l'utilité publique, voire de l'opportunité politique de la norme est encore plus rare ; dans ces cas, la commission évoque des arguments tirés de la « sécurité des transactions » (*Sicherheit des Verkehrs*)⁶⁵ ou encore de ce que « la justification n'est pas démontrée » (*Bedürfnis ist nicht anzuerkennen*)⁶⁶.

Afin de résumer la situation entre le droit allemand des obligations et le droit français au moment de la codification du BGB, il faut rappeler d'abord que le Code est omniprésent dans les travaux préparatoires et semble être le pendant permanent du BGB pour le législateur allemand. En même temps, et même si le Code a contribué à d'importantes innovations en droit des obligations allemand, le BGB affirme son indépendance vis-à-vis du Code, le législateur allemand ayant bien réfléchi avant de se laisser inspirer par le modèle français.

⁶¹ Sur les fondements de la « modernisation du droit des obligations » en Allemagne, V. C. WITZ, F. RANIERI (dir.), *La réforme du droit allemand des obligations - Colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects*, Paris, Société de législation comparée, 2004.

⁶² Le législateur moderne a mentionné l'article 1184 du Code civil sans clarifier s'il a été considéré comme décisif ou non (*BT-Drucksache 14/6040*, 181 : « Das französische Recht regelt in Artikel 1184 Code Civil den Grundtatbestand der Aufhebung synallagmatischer Verträge durch gerichtliche Entscheidung und bedient sich dazu des dogmatischen Hilfsmittels einer als vereinbart unterstellten auflösenden Bedingung für den Fall der Pflichtverletzung des anderen Teils (inexécution) ; (...) »).

⁶³ V. par ex. B. MUGDAN II, *op. cit.* pp. 370, 710.

⁶⁴ V. par ex. B. MUGDAN II, *op. cit.* pp. 325, 364.

⁶⁵ V. par ex. B. MUGDAN II, *op. cit.* pp. 156 (*supra*), 384 et s.

⁶⁶ V. par ex. B. MUGDAN II, *op. cit.* pp. 325, 930.

III. L'INFLUENCE MÉDIATISÉE DU DROIT FRANÇAIS DANS L'HARMONISATION EUROPÉENNE

Le contexte européen nous conduit à la fin des années 1980⁶⁷. Le Traité dit « de Rome » instituant la Communauté européenne, prévoyait la création d'un marché commun qui deviendra un marché intérieur après l'Acte Unique Européen de 1986 et le Traité de Maastricht de 1993. Les Communautés européennes, puis l'Union européenne avaient la vocation de permettre la libre circulation des biens et des prestations de services. L'établissement de cette libre circulation requiert l'harmonisation de la réglementation des États membres relative à l'économie et à la concurrence. Depuis 1975, le Conseil des ministres de la Communauté a défini un programme préliminaire pour une politique de protection et d'information des consommateurs⁶⁸. Ainsi, déjà en 1979, la Cour de justice des Communautés européennes (Luxembourg) reconnaît que cette liberté de circulation est elle-même limitée par la nécessaire protection du consommateur. Dans le fameux arrêt « Cassis de Dijon », la Cour de justice souligne que « les entraves à la circulation intracommunautaire résultant de disparités entre les législations nationales applicables doivent être acceptées dans la mesure où ces prescriptions peuvent être reconnues comme étant nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives tenant, notamment, (...) à la défense des consommateurs »⁶⁹. Depuis 1993, la protection des consommateurs est érigée en fondement autonome pour la législation européenne. Les mesures prises avant cette date se fondent sur la compétence des Communautés et plus tard sur celle de l'Union de prendre des « mesures d'harmonisation destinées à la mise en place du marché intérieur »⁷⁰.

Dans le contexte européen, c'est le droit de la consommation qui a eu le plus d'impact sur le droit des obligations allemand. Il convient de rappeler la chronologie des directives touchant indirectement au droit des obligations. En 1985, fut négociée la directive 85/577/CEE concernant les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, suivie par la directive

⁶⁷ Cet aspect de l'influence du droit français sur le droit allemand est beaucoup moins traité que l'influence lors de la genèse du Code civil allemand. La plupart des études (allemandes) traite de l'influence européenne sans rendre compte de l'influence exercée par les autres États membres sur le droit de l'Union européenne. Sur quelques aspects de l'influence médiatisée, V. cependant G. LARDEUX, « Droits civils français et allemand : entre convergence matérielle et opposition intellectuelle », *ZEuP*, n° 15, 2007, pp. 448-483, not. 469-477.

⁶⁸ Plus de détails, V. J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2015, n° 41, p. 40 et s.

⁶⁹ CJCE, 20 fév. 1979, C-120/78, *Rewe Zentral AG, Rec.* 1979, 00649.

⁷⁰ Auj. art. 169 du Traité FUE ; sous l'empire de l'ancien art. 129 du Traité de Maastricht, V. J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *op. cit.* n° 42, p. 41 et s.

85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. En 1990, une directive 90/314/CEE relative aux voyages à forfait a vu le jour. En 1993, a été adoptée la directive 93/13/CEE concernant les clauses abusives, suivie en 1994 par la directive 94/47/CE concernant le droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers. Une étape importante a été franchie en 1997 par l'adoption de la directive 97/7/CE concernant les contrats à distance et, en 1999, la directive 99/44/CE sur la vente des biens de consommation affecté pour la première fois le contrat de vente et par la même le cœur du droit des obligations. La dernière directive datée de 2011, intitulée directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs⁷¹, constitue la tentative de systématiser les « îles de droit [harmonisé] dans la mer du droit national » selon le bon mot du professeur Kötz⁷². En effet, cette législation européenne de plus en plus intense a fait naître un véritable droit de la consommation au sein des États membres. L'Europe légifère en cette matière par voie indirecte, c'est à dire au moyen de directives fixant les buts à atteindre ; les États membres sont appelés à transposer ces directives dans leur législation nationale ; la Cour de justice contrôle une transposition utile et fidèle aux intentions européennes. Les directives sont donc européennes, mais les négociations de ces actes – soit au sein de la Commission, puis au Conseil ou au Parlement – sont susceptibles de s'inspirer de la législation nationale d'un ou plusieurs États membres. C'est ainsi que des changements intervenus en droit allemand des obligations ont leur origine en droit français.

Le premier exemple de cette influence « médiatisée » du droit français sur le droit allemand des obligations est visible dans les directives visant de nouvelles formes de distribution entre professionnels et consommateurs.

A. – *Les nouvelles méthodes de distribution*

Les deux réglementations emblématiques en la matière sont la protection des consommateurs contre le démarchage à domicile et celle en matière de contrats à distance.

⁷¹ V. à cet égard : C. CASTETS-RENARD, *La proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la construction d'un droit européen des contrats*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1158 ; H. HEUGAS-DARRASPEN, J. SALVANDY, « La loi du 17 mars 2014 modifiée relative à la consommation et le renforcement de la protection du consommateur immobilier », *RDI*, 2014, p. 608.

⁷² H. KÖTZ, « Gemeineuropäisches Zivilrecht », in H. BERNSTEIN, U. DROBNIG, H. KÖTZ (dir.), *Festschrift Zweigert*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1981, pp. 481-500, 485.

1. Le démarchage ou la conclusion de contrats en dehors des établissements du professionnel

En ce qui concerne le démarchage à domicile, la chronologie indique déjà l'importance du droit français pour la réglementation allemande. En effet, par une loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 « relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile », la France avait défini les pratiques de distribution par voie de « démarchage ». L'article L. 121-21 du Code de la consommation (aujourd'hui article L. 221-18 C. consom.) issu de la loi était libellé ainsi : « Est soumis aux dispositions de la présente section quiconque pratique ou fait pratiquer le démarchage, au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande, afin de lui proposer l'achat, la vente, la location, la location-vente ou la location avec option d'achat de biens ou la fourniture de service »⁷³. La loi de 1972 comme le Code de la consommation plus tard prévoyaient non seulement des règles juridiques propres pour l'information du consommateur, mais aussi des sanctions pénales frappant le professionnel négligeant ses obligations légales⁷⁴. La loi française était la première législation à connaître notamment l'obligation de remettre au consommateur un exemplaire du contrat signé par les parties⁷⁵ et de donner au consommateur un délai de réflexion de sept jours, durant lequel le consommateur pourrait se défaire du contrat sans aucune condition⁷⁶ : « Dans les sept jours, jours fériés compris, à compter de la commande ou de l'engagement d'achat, le client a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée avec accusé de réception. (...) »⁷⁷. C'est précisément cette réglementation qui a été reprise dans la directive 85/577/CEE du 20 décembre 1985 « concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ». Notons qu'un mot correspondant au terme « démarchage » n'était pas accessible dans d'autres langues⁷⁸, notamment en allemand. La

⁷³ À propos de cette loi, V. S. RETTERER, « Vente par démarchage à domicile », in *Répertoire de droit commercial*, mai 2009, actualisation oct. 2015, n° 126.

⁷⁴ Sur la loi n° 89-421 du 23 juin 1989 qui a renforcé la protection, V. J. VASSAUX-VANOVERSCHELDE, *L'amélioration de la protection des consommateurs par la loi n° 89-421 du 23 juin 1989*, Paris, Dalloz, 1990, p. 51.

⁷⁵ L'art. L. 121-23 du Code de la consommation dans la version antérieure à la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 : « Les opérations visées à l'article L. 121-21 doivent faire l'objet d'un contrat dont un exemplaire doit être remis au client au moment de la conclusion de ce contrat et comporter, à peine de nullité, les mentions suivantes (...) ».

⁷⁶ Cette loi a été abrogée par la L. du 17 mars 2014 (= C. consom. art. L. 121-16 et s.). La version actuelle, créée par l'ord. n° 2016-30 du 14 mars 2016 se trouve à l'art. L. 221-1 et s. du Code de la consommation.

⁷⁷ Art. L. 121-25 du Code de la consommation dans la version antérieure à la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014.

⁷⁸ C'est le soupçon de J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *op. cit.* n° 571, p. 580.

directive européenne était transposée en droit allemand par la « loi sur la rétractation des contrats conclus sur le pas de la porte et des contrats similaires » (*Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften*) du 16 janvier 1986 (BGBl. I S. 122). Depuis cette loi, l'Allemagne connaît pour la première fois un droit de rétractation en matière contractuelle liée aux conditions de la conclusion du contrat⁷⁹. L'idée principale de cette loi est celle, chère au législateur français de 1972, selon laquelle le consommateur doit être protégé lorsque le contrat est conclu dans un lieu autre que l'établissement du professionnel. Cela couvre – en droit allemand comme en droit français – le domicile du consommateur, sa résidence, son lieu de travail, le domicile d'un tiers etc., ainsi que les contrats conclus après sollicitation du professionnel, ou encore les contrats conclus pendant une excursion organisée par le professionnel à cette fin⁸⁰.

Sous l'angle du droit français, la réglementation sur le démarchage est propre au droit de la consommation et ne relève pas du droit des obligations. La vision allemande en est autre, du moins depuis la loi « sur la modernisation du droit des obligations » en 2001⁸¹. En effet, lors de la réforme allemande du droit des obligations en 2001, la réglementation de la loi spéciale relative « aux contrats conclus sur le pas de la porte » a été intégrée dans le 3^e livre du BGB traitant du droit des obligations⁸². Cette intégration avait pour but de lutter contre la décodification du droit des contrats⁸³. C'est ainsi que le BGB, dans sa partie sur le droit des obligations, a désormais un chapitre réservé à la conclusion du contrat entre professionnel et consommateur⁸⁴. Le § 312 g BGB prévoit, dans sa formulation issue de la dernière réforme intervenue en 2014, que le consommateur est titulaire d'un droit de rétractation dans le cas d'un contrat à distance ou d'un contrat hors établissement. Le § 312 b définit le contrat hors établissement comme « tout contrat entre le professionnel

⁷⁹ Sur l'évolution du concept en droit allemand, V. P. ROTT, « Le droit de rétractation en droit allemand », in E. TERRY (dir.), *Le droit de rétractation. Une analyse de droit comparé*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 7-33.

⁸⁰ Pour les détails, V. J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *op. cit.* n° 572, p. 581.

⁸¹ Sur cette loi, V. (en langue française) : C. WITZ, F. RANIERI, *op. cit.*

⁸² Pour être précis, il convient de souligner qu'un premier pas avait déjà été fait dans cette direction par la loi transposant la directive relative aux contrats à distance. C'est en effet cette loi « *Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts* » du 27 juin 2000 qui a commencé à prévoir une norme relative au droit de rétractation au sein du BGB. Il s'agit des dispositions des § 361a et § 361b du BGB (ancienne version) qui ont été modifiées par la loi dite de modernisation du droit des obligations.

⁸³ Un auteur est sceptique quant à la réussite de cet objectif : W. ERNST, « Le BGB en tant que codification », in J.-Ph. DUNAND, B. WINIGER (dir.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 141-153, spéc. 150.

⁸⁴ En effet, il s'agit du sous-titre 2 du titre 1^{er} de la section 3 : Les obligations issues de contrats : « Formation, contenu et extinction [des contrats] », intitulé : « Règles générales relatives aux contrats de consommation et méthodes particulières de distribution ».

et le consommateur : 1) conclu en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur, dans un lieu qui n'est pas l'établissement commercial du professionnel ; 2) ayant fait l'objet d'une offre du consommateur dans les mêmes circonstances, comme indiqué au numéro 1) ; 3) conclu dans l'établissement commercial du professionnel ou au moyen d'une technique de communication à distance immédiatement après que le consommateur a été sollicité personnellement et individuellement dans un lieu qui n'est pas l'établissement commercial du professionnel, en la présence physique simultanée du professionnel et du consommateur ; ou 4) conclu pendant une excursion organisée par le professionnel ayant pour but ou pour effet de promouvoir et de vendre des biens ou des services au consommateur »⁸⁵. L'exercice de ce droit ainsi que les conséquences juridiques de la rétractation sont régis par le § 356 du BGB⁸⁶.

Même si la directive européenne relative aux droits du consommateur de 2011 a remplacé l'ancienne directive de 1985 et apporté quelques modifications dans un souci d'uniformiser le droit de la consommation européen⁸⁷, le noyau de la réglementation des contrats « dans un lieu qui n'est pas celui où le professionnel exerce son activité en permanence ou de manière habituelle »⁸⁸ reste le droit de rétractation du consommateur créé à l'origine par le législateur français en 1972. La seule différence notable⁸⁹ entre la loi française de 1972 et la réglementation de la directive de 2011 réside dans la durée du délai. Aujourd'hui, la directive ne prévoit plus sept jours, mais un délai de quatorze jours. C'est ainsi que le législateur allemand tout comme le législateur français ont dû adapter leur réglementation en la matière⁹⁰. Si le contenu de la réglementation des deux pays est aujourd'hui totalement harmonisé⁹¹, il est important de noter le contexte très différent de cette

⁸⁵ La teneur de la norme correspond à celle de l'ancien § 312 du BGB antérieur à la transposition de la directive de 2011.

⁸⁶ La teneur de la norme correspond à celle de l'ancien § 355 du BGB antérieur à la transposition de la directive de 2011.

⁸⁷ La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs a abrogé la directive du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ainsi que la directive du 20 mai 1997 sur les ventes à distance (sur cette directive, V. *infra*).

⁸⁸ Art. L. 221-1 du Code de la consommation.

⁸⁹ Il en existe d'autres, V. à cet égard J. CALAIS-AULOY, H. TEMPLE, *op. cit.* n° 576, p. 585.

⁹⁰ Art. L. 221-18 al. 1^{er} du Code de la consommation dans la version issue de l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 : « Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation d'un contrat conclu (...) hors établissement, sans avoir à motiver sa décision, ni à supporter d'autres coûts que ceux prévus aux articles L. 221-23 à L. 221-25. (...) » ; § 355 al. 2 BGB dans la version de 2014, (« Le délai est de 14 jours. Il commence à courir au moment de la conclusion du contrat, tant que rien d'autre n'est prévu »).

⁹¹ La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs n'est plus une directive de standard minimal. Elle demande une harmonisation totale.

réglementation : en droit français, les règles sur le « démarchage », aujourd'hui appelées « hors établissement »⁹², forment la première partie du Code de la consommation, alors qu'en droit allemand, elles sont intégrées dans le droit des obligations et sont ainsi conçues comme étant des modifications des règles relatives à la formation et au contenu du contrat lorsque le contrat implique un consommateur. Sans nier ces divergences, il convient de souligner le caractère déterminant du modèle français sur le modèle allemand via la législation européenne en la matière.

Un constat analogue vaut pour les contrats à distance (*Fernabsatzverträge*), eux aussi visés par la réforme récente de la directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs. Il faut remonter dans le temps afin d'identifier l'influence du droit français sur le droit allemand des obligations en la matière.

2. Les contrats à distance

La France a été l'un des premiers pays à connaître une forme de commerce électronique qui fonctionnait via le fameux « Minitel ». Les dangers liés à cette méthode de distribution sont apparus relativement tôt. C'est ainsi que le législateur est intervenu par la loi n° 88-21 du 6 janvier 1988 « relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dite de 'télé-achat' »⁹³. Suivant la logique de protection des consommateurs contre le démarchage, cette loi prévoyait également une obligation d'information précontractuelle et un droit de rétractation du consommateur de sept jours. La directive 97/7/CE du 20 mai 1997 « concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance » a repris ces instruments⁹⁴

⁹² Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, art. 9-1, V. aussi L. 221-1 C. consom. 2016. À ce propos V. M. FEFERMAN, E. PETIT, « Du « démarchage » aux contrats conclus « hors établissement » : quels impacts sur les pratiques des agents immobiliers ? », *AJDI*, 2014, p. 606.

⁹³ La version actuelle est issue de l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 : il s'agit de l'art. L. 221-1 à L. 221-29 ainsi que de l'art. L. 222-1 à L. 222-18 et art. L. 223-1 à L. 223-7 du Code de la consommation.

⁹⁴ V. M. TROCHU, *Protection des consommateurs en matière de contrats à distance : directive 97-7-CE du 20 mai 1997*, Paris, Dalloz, 1999, p. 179 ; pour la France, la portée de la directive n'était pas dans son contenu, V. J. RAYNARD, « De l'influence communautaire et internationale sur le droit des contrats : quand une directive régleme les contrats à distance conclus avec les consommateurs, matière déjà amplement pourvue par le Code de la consommation », *RTD civ.*, 1997, p. 1015 : « Au final, la principale innovation introduite par la directive tient davantage au domaine de la réglementation instituée qu'au contenu de celle-ci. En visant l'ensemble des contrats à distance, la directive étend d'autant la faculté de rétractation et la prohibition des fournitures non demandées, que les textes actuels limitaient aux seules ventes à distance. En revanche, sur bien des points (communication d'informations préalables, exigence de confirmation écrite, délais de livraison) les prescriptions générales du Code de la consommation ne devraient guère être affectées par les dispositions à venir ».

et elle a été transposée en droit allemand par une loi spéciale intitulée « loi relative aux contrats à distance » (*Gesetz über Fernabsatzverträge*) du 27 juin 2000, qui a été incorporée dans le Code civil allemand en 2002 dans le souci d'uniformiser les différents droits de rétractation. L'actuel § 312c BGB définit les contrats à distance comme « tous les contrats qui portent sur la livraison de marchandises ou sur la fourniture de prestations de services, et qui sont conclus entre un entrepreneur et un consommateur par l'utilisation exclusive de moyens de communication à distance, à moins que la conclusion du contrat n'ait pas lieu dans le cadre d'un système de distribution ou d'un système de prestation de services organisé pour la vente à distance »⁹⁵. Pour les contrats ainsi définis, la réglementation du § 312g alinéa 1^{er} du BGB, prévoyant un droit de rétractation dans les quatorze jours suivant la vente (§ 355 al. 2 BGB), prévaut⁹⁶. Les différentes normes impliquées dans l'application de la réglementation relative aux contrats à distance montrent le souci du législateur allemand de créer une sorte de système relatif au contrat de consommation. Malgré la reconnaissance des spécificités de ce contrat tant quant à sa formation qu'à son contenu, le législateur et la majorité de la doctrine allemande refusent encore l'idée acceptée largement en France d'un droit de la consommation autonome du droit des obligations. Selon l'acception majoritaire en Allemagne, le droit de la consommation n'est qu'une application particulière du droit des obligations⁹⁷. C'est ainsi que la réglementation française issue du Code de la consommation a eu ses répercussions sur le droit allemand des obligations, notamment le droit des contrats.

Les problèmes liés à la transposition d'un droit initialement prévu comme autonome par rapport au droit des obligations sont particulièrement visibles dans une réglementation spéciale introduite en droit allemand par la loi dite « de modernisation du droit des obligations » de 2011 citée en amont. Il s'agit de la répression des fournitures non demandées ou de l'envoi forcé.

⁹⁵ § 312c BGB : « Fernabsatzverträge sind Verträge, bei denen der Unternehmer oder eine in seinem Namen oder Auftrag handelnde Person und der Verbraucher für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt ».

⁹⁶ § 312g al. 1^{er} BGB : « Dem Verbraucher steht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu ».

⁹⁷ Des exceptions sont cependant notables : V. par ex. M. TAMM, *Verbraucherschutzrecht. Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, not. pp. 67-134.

3. La fourniture non demandée

C'est depuis 1961 que la législation française connaît une incrimination des envois forcés⁹⁸ ; lors de la consolidation de la législation pro-consumériste, cette législation fut élargie au champ du droit civil. En effet, la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 « renforçant la protection des consommateurs » introduisit une règle, codifiée sans modification en 1993 à l'article L. 122-3 du Code de la consommation, selon laquelle « tout professionnel vendeur de bien ou prestataire de services qui aura indûment perçu d'un consommateur un paiement sans engagement exprès et préalable de ce dernier est tenu de restituer les sommes ainsi prélevées qui sont productives d'intérêts au taux légal calculés à compter de la date du paiement indu et d'intérêts au taux légal majoré de moitié à compter de la demande de remboursement faite par le consommateur ». Cette réglementation sera généralisée par le droit européen à l'article 9 de la directive 97/7/CE concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance précitée, qui prévoit que « les États membres prennent les mesures nécessaires pour : - interdire la fourniture des biens ou de services à un consommateur sans commande préalable de celui-ci, lorsque cette fourniture comporte une demande de paiement, - dispenser le consommateur de toute contre-prestation en cas de fourniture non demandée, l'absence de réponse ne valant pas consentement »⁹⁹.

Confronté à l'obligation de transposer cette directive, le législateur allemand ne voyait pas de raison d'introduire une norme dans sa nouvelle loi sur les contrats à distance et encore moins la nécessité d'adapter les règles du BGB. En effet, le législateur allemand déclara au vu de l'article 9 de la directive que la question était déjà réglée par le droit de la concurrence et les règles du droit civil applicables¹⁰⁰. Les travaux préparatoires relèvent notamment que selon le droit allemand relatif à la formation du contrat, le

⁹⁸ Selon l'art. R. 635-2 du Code pénal : « le fait d'adresser à une personne, sans demande préalable de celle-ci, un objet quelconque accompagné d'une correspondance indiquant que cet objet peut être accepté contre versement d'un prix fixé ou renvoyé à son expéditeur, même si ce renvoi peut être fait sans frais pour le destinataire, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe ». Cet article s'applique aussi à des professionnels et ne se limite pas à la protection des consommateurs. Il s'agit d'une réglementation destinée à empêcher les pratiques commerciales agressives. La portée pratique de la norme semble être limitée, V. C. AMBROISE-CASTÉROT, « § 2 Ventes sans commande préalable », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, mai 2009, actualisation mars 2014, n° 191 et s.

⁹⁹ Cette directive a été transposée par l'ordonnance n° 2011-741 du 23 août 2011 en l'art. L.122-3 du Code de la consommation, auj. art. L. 121-12 C. consom., V. à cet égard C. AMBROISE-CASTÉROT, *op. cit.* n° 189 et s.

¹⁰⁰ *BT-Drucksache* 14/2658, p. 22 : « Untersagungsansprüche gegen unbestellte Waren und Dienstleistungen stellt das deutsche Wettbewerbsrecht zur Verfügung, und die Frage einer Gegenleistungspflicht richtet sich nach dem Bürgerlichen Recht ».

destinataire d'une fourniture demandée ne sera pas lié contractuellement par son silence. Il ne sera pas davantage obligé de renvoyer l'envoi forcé à ses frais. Cependant, le législateur reconnut le besoin de clarifier la situation juridique à propos d'éventuels dommages-intérêts ou de la compensation de bénéfices ou utilisations perçues du bien envoyé par le consommateur¹⁰¹. C'est ainsi que fut introduit le § 241a du BGB (version antérieure à 2014) selon lequel « le fait pour un entrepreneur de livrer des choses ou de fournir d'autres prestations à un consommateur qui ne les a pas commandées ne confère aucun droit à l'encontre de ce consommateur ».

Malgré le souhait du législateur de clarifier la situation, l'introduction de la norme a été interprétée de façon très diverse au sein de la doctrine allemande. Alors que certains auteurs insistent sur le caractère déclaratif de la réglementation en arguant que le consommateur peut, dans des situations très particulières, conclure un contrat par son simple silence, d'autres auteurs invoquent le but de protection poursuivi par le législateur européen qui serait contraire à une telle interprétation et primerait sur le caractère déclaratif souhaité par le législateur allemand¹⁰². Le débat couvre une controverse bien plus importante et de principe. Certains commentateurs de la loi ont, en effet, mis en question la nécessité de cette protection et déploré la perte de toute autonomie de volonté dans le droit des obligations ainsi que « la contradiction au système » (*Systemwidrigkeit*)¹⁰³, lorsqu'il s'agit d'un contrat avec un consommateur. Il est évident que cette critique est propre à l'Allemagne, qui a intégré les règles issues du droit de la consommation dans la partie du droit des obligations de son Code civil. La directive relative aux droits des consommateurs de 2011 n'a pas apporté de changements fondamentaux à

¹⁰¹ *BT-Drucksache* 14/2658, p. 23 et s. : « Die Verbraucherschützende Gesamtintention der Richtlinie legt jedoch eher eine weite Auslegung des Gegenleistungsbegriffs nahe. Es soll daher eine Regelung im allgemeinen Schuldrecht geschaffen werden, die klarstellt, dass den Verbraucher im Fall bewusst unbestellt zugesendeter Waren oder Erbringung unbestellter Dienstleistungen keinerlei Verbindlichkeiten, weder Schadenersatz- noch Nutzungsherausgabeansprüche treffen, und es erscheint angebracht, diese Freistellung auch auf die Rückgabeverpflichtung zu erstrecken ».

¹⁰² Pour donner une impression de la rhétorique employée, citons : H. ALTMIPPEN, « Unbestellte Leistungen: Die Kampfansage eines „Verbraucherschutzes“ an die Grundlagen der Privatautonomie », in F. Ch. GENZOW, B. GRUNEWALD, H. SCHULTE-NÖLKE (dir.), *Festschrift Graf v. Westphalen*, Cologne, Schmidt, 2010, pp. 1-12, qui non seulement parle d'une annonce de lutte (*Kampfansage*), mais juge aussi que la norme est superflue ; dans la même veine, V. G. Ch. SCHWARZ, « § 241a BGB als Störfall für die Zivilrechtsdogmatik – zu den systemwidrigen Folgen der Umsetzung der EG-Fernabsatz-Richtlinie », *NJW* 2001, pp. 1449-1454, qui qualifie le texte de « accident grave » (*Störfall*). Un aperçu de la question dans D. WALTER, *Die rechtliche Behandlung der Erbringung unbestellter Leistungen nach 241a BGB*, Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 2011.

¹⁰³ C'est le terme de Th. FINKENAUER, « § 241a », in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7^e éd., Munich, Beck, 2016, n° 5, qui souligne les conséquences imprévues en droit des obligations, droit des biens et en droit pénal.

cette réglementation¹⁰⁴. Le texte de la loi allemande comme celui de la loi française ont été adaptés aux nouvelles prescriptions européennes et sont ainsi totalement harmonisés depuis 2014¹⁰⁵. Cette harmonisation en droit des contrats hors établissement et à distance est certes due à la législation européenne. Cependant, les instruments utilisés pour protéger le consommateur de l'envoi forcé ainsi que la conception même de la protection ont leur origine en droit français, cette fois-ci dans une loi pénale française, alors qu'il relève en Allemagne du droit des contrats.

Une influence plus mitigée, mais néanmoins importante, peut être observée dans le champ de la protection contre les clauses abusives. Comme le sujet de cette étude n'est pas la comparaison du droit français et du droit allemand, elle se limitera à évoquer les influences du droit français sur le droit allemand en ce domaine. Cependant, il convient de souligner que la matière révèle une influence rarement unidirectionnelle et qu'il vaudrait mieux parler d'interaction car, s'il est vrai que la situation juridique allemande actuelle doit beaucoup au modèle français, il est également évident que la réglementation française contre les clauses abusives a été inspirée par le droit allemand¹⁰⁶. Il s'agit encore une fois d'une interaction développée par l'intermédiaire des Communautés européennes, aujourd'hui l'Union européenne, et ses directives.

B. – *La protection contre les clauses abusives en droits allemand et français*

La version actuelle du BGB distingue deux situations quant aux clauses abusives. Ces deux situations sont réglées au § 305 du BGB pour l'une et au

¹⁰⁴ V. sur l'histoire de la norme actuelle : Th. FINKENAUER, *op. cit.* n° 1.

¹⁰⁵ V. l'actuel art. L. 121-12 du Code de la consommation : « (1) Est interdit le fait d'exiger le paiement immédiat ou différé de biens ou de services fournis par un professionnel ou, s'agissant de biens, d'exiger leur renvoi ou leur conservation, sans que ceux-ci aient fait l'objet d'une commande préalable du consommateur. (2) Les dispositions du présent article s'appliquent aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée ainsi que sur la fourniture de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur support matériel » ; § 241a BGB nouvelle version depuis 2014 : « (1) Le fait pour un entrepreneur de livrer des biens mobiliers, qui ne sont pas vendus dans le cadre de mesures d'exécution forcée ou d'autres mesures judiciaires (marchandises), ou de fournir d'autres services à un consommateur ne confère pas de droit à l'encontre de ce consommateur, lorsque celui-ci n'a pas commandé ces marchandises ou services. (3) On ne peut déroger aux règles de cette disposition dans un sens défavorable au consommateur. Elles s'appliquent également, si elles sont contournées par d'autres formes [de distribution] ».

¹⁰⁶ Un résumé complet de la situation dans F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, 3^e éd., Vienne, New York, Springer, 2009, pp. 323-448.

§ 309 du BGB pour l'autre. La première situation qu'on pourrait qualifier d'« ordinaire » vise les contrats non négociés (conditions générales d'affaires), indépendamment de la qualité des cocontractants. L'objectif de cette réglementation est alors de renforcer la confiance légitime dans les affaires et de limiter la portée des conditions générales d'affaires qui ont été formulées ou communiquées contrairement à la bonne foi. La deuxième situation, que la loi allemande considère comme « extraordinaire », est celle des consommateurs. Le § 310 alinéa 3 du BGB détermine en effet quelques règles particulières pour les contrats conclus entre consommateurs et professionnels¹⁰⁷. La loi prévoit notamment que, sauf preuve contraire, le professionnel est censé avoir formulé les conditions générales et que les textes protégeant le consommateur en tant que partie adverse de ces contrats pré-formulés seront applicables même si les conditions générales ont été formulées pour un seul cas d'application¹⁰⁸. Quant à l'évaluation du caractère abusif d'une clause, la loi rappelle que cette évaluation ne se limite pas à la version écrite de la clause, mais doit également tenir compte des circonstances qui ont accompagné la formation du contrat¹⁰⁹.

Cette distinction du régime général des conditions d'affaires et du traitement spécial des contrats entre professionnel et consommateur est le fruit d'une évolution de la protection contre les clauses abusives en Allemagne. En

¹⁰⁷ § 310 al. 3 BGB : « Bei Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher (Verbraucherverträge) finden die Vorschriften dieses Abschnitts mit folgenden Maßgaben Anwendung: (1.) Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden; (2.) § 305c Abs. 2 und die §§ 306 und 307 bis 309 dieses Gesetzes sowie Artikel 46b des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche finden auf vorformulierte Vertragsbedingungen auch dann Anwendung, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind und soweit der Verbraucher auf Grund der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte; (3.) bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 sind auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen ».

¹⁰⁸ Ces deux exigences correspondent à la directive, V. l'art. 3 de la directive de 1993 : « (1) Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. (2) Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, not. dans le cadre d'un contrat d'adhésion. (3) Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion. (4) Si le professionnel prétend qu'une clause standardisée a fait l'objet d'une négociation individuelle, la charge de la preuve lui incombe ».

¹⁰⁹ V. l'art. 4 de la directive de 1993 : « (1) Sans préjudice de l'article 7, le caractère abusif d'une clause contractuelle est apprécié en tenant compte de la nature des biens ou services qui font l'objet du contrat et en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat, ou d'un autre contrat dont il dépend ».

effet, le caractère dualiste de la réglementation dérive de la combinaison de deux traditions différentes inspirant la législation européenne qui est aujourd'hui à la base des §§ 305 à 310 du BGB réunis sous le titre du BGB intitulé « formation de rapports d'obligation issus d'actes juridiques sur la base de conditions générales » (*Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen*). La première influence qui prône toujours dans la législation comme dans la doctrine allemande est celle de la jurisprudence allemande qui, à partir de la deuxième guerre mondiale, avait développé une protection de tout contractant contre des clauses inhabituelles ou contraires au droit dispositif régissant le contrat en question. Le point de départ de cette jurisprudence, qui a même des précédents dans celle du Tribunal d'Empire (*Reichsgericht*)¹¹⁰, fut le principe de bonne foi lequel, selon la Cour fédérale allemande, « interdisait de reconnaître la validité d'une clause pré-formulée, lorsque par celle-ci la position juridique des parties était aménagée en faveur d'une seule partie de manière grossière ou lorsque celle-ci chargeait le client d'un risque insupportable ou encore sollicitait ce dernier de manière injuste »¹¹¹. La limitation ainsi apportée au principe de la liberté contractuelle fut justifiée par le caractère non négocié de la clause, car la négociation et le libre échange des déclarations de volonté formant le contrat sont quant à eux considérés comme des garanties d'une solution juste et équitable entre les parties¹¹², alors que le contrat conclu par l'acceptation d'un contrat pré-formulé par une partie n'offre pas cette garantie. La loi relative aux conditions générales d'affaires de 1976, entrée en vigueur bien avant la directive de 1993 en la matière, définissait ainsi les conditions générales d'affaires comme étant des conditions de contrat, qui avaient été formulées (1) pour une multitude de cas

¹¹⁰ V. not. Reichsgericht 8 janv. 1906, I-320-05, *RGZ* 62, 264, 266, qui est fondé sur § 138 du BGB (outrage aux bonnes mœurs) : « Wo der einzelne ein ihm tatsächlich zustehendes Monopol oder den Ausschluß einer Konkurrenzmöglichkeit dazu mißbraucht, dem allgemeinen Verkehr unbillige, unverhältnismäßige Opfer aufzuerlegen, können dieselben rechtliche Anerkennung nicht finden. Dieser allgemeine Grundsatz, (...) trifft insbesondere auf den vertragsmäßigen Ausschluß einer nach dem Gesetz bestehenden Haftung dann zu, wenn dem Publikum die anderweite Wahrung seiner Interessen nicht möglich, und dasselbe daher gezwungen ist, sich den gestellten Bedingungen zu unterwerfen » ; une appréciation de cette jurisprudence est livrée dans l'ouvrage de référence de L. RAISER, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hambourg, Hanseatische Verlags-Anstalt, 1935, pp. 271-296.

¹¹¹ BGHZ 3, 200 (203) = *NJW* 1951, 957 ; BGHZ 9, 1 (3) = *NJW* 1953, 541 ; BGHZ 17, 1 (2 f.) = *NJW* 1955, 1145 ; BGHZ 33, 216 (219) = *NJW* 1961, 212 ; BGHZ 38, 183 (185) = *NJW* 1963, 99. Pour un commentaire approfondi des décisions, V. J. BASEDOW, « vor § 305 », in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7^e éd., Munich, Beck, 2016, n° 8-10.

¹¹² Sur la théorie de la « *Richtigkeitsgewähr* », V. M. AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, pp. 36-41.

(2), à l'avance (3) et qui étaient imposées par une partie à l'autre, sans avoir fait objet de négociations préalables¹¹³.

Alors que l'idée de permettre au juge un contrôle bien plus approfondi des clauses non négociées n'était pas étrangère à la doctrine française comme le montre le fameux « contrat d'adhésion » de Raymond Saleilles¹¹⁴, la législation française sur les clauses abusives, à la différence de l'exemple allemand, visait au départ essentiellement la protection des consommateurs. Une loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, dite « Scrivener », introduisit une protection contre les clauses abusives qui se limita aux contrats entre professionnels et consommateurs¹¹⁵. Selon l'article 35 du chapitre 4 de cette loi, « dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels, ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'État pris après avis de la commission instituée par l'article 36, (...) les clauses (...), lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif ». Fidèle à sa tradition d'interventionnisme économique, la France avait au départ prévu une interdiction administrative de telles clauses afin de protéger le consommateur. Il a fallu attendre que la Cour de cassation reconnaisse la compétence des juges de contrôler les clauses abusives sans relais préalable d'un décret¹¹⁶, afin de voir naître une protection juridictionnelle, comparable à celle développée par la jurisprudence allemande¹¹⁷. En revanche, contrairement au modèle allemand, la protection créée par le législateur français en 1978 valait indépendamment du caractère négocié ou non du contrat et était aussi applicable pour les contrats négociés, lorsque les clauses « ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les

¹¹³ Sur la définition, V. BASEDOW, *op. cit.* n° 1.

¹¹⁴ Sur le contrat d'adhésion, V. R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand : articles 116 à 144*, Paris, Pichon, 1901, pp. 229-230 ; une présentation de cette doctrine et son contexte dans F. CHÉNEDÉ, R. SALEILLES, « Le contrat d'adhésion 1^{re} partie », *Revue des contrats*, 2012, pp. 241-260 et « 2^e partie », *Revue des contrats*, 2012, p. 2017.

¹¹⁵ C'est l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 « sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de service ».

¹¹⁶ Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1989 et Cass. 1^{re} civ., 17 janv. 1990, *D.*, 1990, jur., p. 289 note J. GHESTIN ; Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1991, *D.*, 1991, jur., p. 449 note J. GHESTIN.

¹¹⁷ Les articles sur cette jurisprudence hardie sont légion, V. not. : C. WITZ, « Der Schutz gegen mißbräuchliche Klauseln im französischen Recht. Eine Annäherung an das deutsche Recht », in K. P. BERGER et al. (dir.), *Festschrift für Otto Sandrock*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 2000, pp. 1045-1056, 1051-1054.

droits et les obligations des parties au contrat ». Le point central de la législation avait été l'abus de la force économique d'une partie sur l'autre¹¹⁸.

La comparaison entre les deux lois, la loi allemande de 1976 et la loi française de 1978, montre que la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 constitue un compromis entre ces deux conceptions. En effet, la directive relève elle-même des disparités dans la réglementation des États membres susceptibles d'avoir pour effet que « des distorsions de concurrence peuvent surgir parmi les vendeurs et les prestataires de services, spécialement lors de la commercialisation dans d'autres États membres » (2^e considérant de la directive). Par conséquent, la définition de la clause abusive reprend des éléments de différentes législations. Selon l'article 3 de la directive, « une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ». En tant que cette définition vise les clauses « non-négociées », elle rend compte de la tradition allemande, alors que le but de protection du consommateur constitue un hommage à la législation française. Il va de soi que les lois de transposition des deux pays ont dû adapter la réglementation existante afin de se conformer à la législation européenne. C'est pour cette raison que l'Allemagne a introduit un régime particulier de protection du consommateur contre les clauses abusives qui, par le biais de la directive européenne, dérive donc indirectement de la réglementation française en la matière.

Notons que l'effort entrepris par l'Union européenne d'harmoniser davantage le droit de la consommation à l'aide de la directive relative aux droits des consommateurs de 2011 n'a finalement pas porté sur la protection contre les clauses abusives. Contrairement aux plans initiaux de la commission¹¹⁹, la directive relative aux droits des consommateurs de 2011 n'a pas harmonisé le droit des clauses abusives¹²⁰. Dès lors, le droit allemand

¹¹⁸ N. SAUPHANOR-BROUILLARD, « Clauses abusives, généralités », in *Répertoire de droit commercial*, juin 2014, actualisation janv. 2016, n° 3.

¹¹⁹ La proposition de la directive présentée en 2008 (Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs {SEC(2008) 2544} {SEC(2008) 2545} {SEC(2008) 2547} COM/2008/0614 final – COD/2008/0196) prévoyait une harmonisation totale pour la protection contre les clauses abusives (art. 30-44 de la proposition).

¹²⁰ La seule adaptation faite de la directive de 1993 est la suivante : Selon l'article 32 de la directive de 2011 est introduit un article 8*bis* dans la directive de 1993 : « 1. Lorsqu'un État membre adopte des dispositions conformément à l'article 8, il informe la Commission de l'adoption desdites dispositions ainsi que de toutes modifications ultérieures, en particulier lorsque ces dispositions : - étendent l'appréciation de leur caractère abusif aux clauses contractuelles négociées individuellement ou aux clauses relatives à l'adéquation du prix ou de la rémunération, ou - contiennent des listes de clauses contractuelles réputées abusives. 2. La Commission s'assure que les informations visées au paragraphe 1 sont aisément accessibles aux consommateurs et aux professionnels, entre autres sur un

des clauses abusives reste jusqu'à aujourd'hui un conglomérat de règles issues de sa propre tradition et de la tradition française.

Pour conclure cette partie relative à l'influence du droit de la consommation français, portons un bref regard sur la responsabilité des fabricants. Sous ce terme global, on comprendra la responsabilité délictuelle pour les produits défectueux¹²¹ et la responsabilité contractuelle, notamment l'action récursoire entre le vendeur et le fabricant en cas de vente d'un bien de consommation (*Verbrauchsgüterkauf*). Le regroupement des deux jeux de règles sous une et même dénomination se justifie par le critère commun constitutif de la responsabilité délictuelle et contractuelle : la conformité du produit et la protection du consommateur contre les défauts de conformité, c'est-à-dire la contravention à une attente légitime.

C. – La responsabilité des fabricants

Contrairement à la France, qui a intégré cette responsabilité dans le Code civil, l'Allemagne a choisi de réglementer la responsabilité pour les produits défectueux dans une loi spéciale, la « loi relative à la responsabilité pour les produits défectueux » (*Produkthaftungsgesetz = Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte* du 15 décembre 1989)¹²². Cette loi est la transposition de la directive du 25 juillet 1985 « relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux ». La directive attache la responsabilité du fabricant à la mise en circulation d'un produit défectueux. Selon l'article 6 de la directive, un produit est défectueux « lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances ». Cette responsabilité ne repose pas sur la faute. Cependant, en vertu de l'article 7 de la directive, le fabricant peut se décharger de cette responsabilité, s'il prouve notamment « a) qu'il n'avait pas mis le produit en circulation ; b) que (...) le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement ; c) que le produit n'a été ni fabriqué pour la vente ou pour toute autre forme de distribution (...) ; d) que le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives émanant des pouvoirs publics ; e) que l'état des connaissances scientifiques et techniques au

site internet spécifique. 3. La Commission transmet les informations visées au paragraphe 1 aux autres États membres et au Parlement européen. La Commission consulte les parties prenantes sur ces informations ».

¹²¹ V. auj. le § 1 du *Produkthaftungsgesetz*.

¹²² BGBl. I, p. 2198.

moment de la mise en circulation du produit par lui n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ; (...) ».

Cette responsabilité du fait des produits défectueux est considérée comme étant la contrepartie de la production industrialisée. Le besoin d'harmoniser les législations des États membres en la matière s'explique par le fait que des règles divergentes sont susceptibles « de fausser la concurrence, d'affecter la libre circulation des marchandises au sein du marché commun et d'entraîner des différences dans le niveau de protection du consommateur contre les dommages causés à sa santé et à ses biens par un produit défectueux »¹²³. Cette crainte, exprimée également par la directive elle-même, n'était pas hypothétique. Cependant, des divergences bien réelles existaient entre les deux droits avant la transposition de la directive respectivement en 1989 en Allemagne et en 1998 en France¹²⁴ : dans les deux pays, la jurisprudence avait pris les choses en main afin d'aider des victimes de produits défectueux. La Cour fédérale allemande avait dès le début de la discussion refusé par principe d'appliquer la responsabilité contractuelle, en l'absence d'un contrat direct entre le fabricant et l'acheteur final. Par cette position de principe, elle avait de fait exclu la responsabilité contractuelle contre les fabricants, puisque dans une économie fondée sur la division nécessaire du travail (*arbeitsteilige Wirtschaft*) la distribution des produits ne relève pas directement du fabricant. Dans la plupart des cas, la victime ayant subi un dommage corporel ou personnel du fait d'un produit défectueux, devait dès lors se fonder sur la responsabilité délictuelle, qui en droit allemand est en principe une responsabilité pour faute. Pour aider les victimes de produits défectueux, la Cour fédérale allemande avait, dans un arrêt très commenté de 1968 dit « cas de la peste aviaire » (*Hühnerpestfall*), appliqué le § 823 alinéa 1^{er} du BGB relatif à la responsabilité délictuelle en allégeant la charge de la preuve pour l'acheteur lésé¹²⁵. L'argument invoqué par la Cour pour justifier cette inversion de la charge de la preuve prenait appui sur l'origine du défaut du produit, qui relevait de la sphère du fabricant, de sorte qu'il était dès lors difficile pour l'acheteur de prouver la faute du fabricant¹²⁶ : « Il est vrai qu'en règle générale, la victime qui se base sur le § 823 alinéa 1^{er}

¹²³ V. 1^{er} considérant de la directive de 1985.

¹²⁴ V. loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux ; sur les problèmes de cette loi, V. G. VINEY, « L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *D.*, 1998, Chron., p. 291 ; Ch. LARROUMET, « La responsabilité du fait des produits défectueux après la loi du 19 mai 1998 », *D.*, 1998, Chron., p. 311. Pour une comparaison du point de vue français, V. J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits, étude de droit comparé*, Paris, LGDJ, 2004.

¹²⁵ Pour un exposé de la doctrine et de la jurisprudence allemande en langue française, V. J.-S. BORGHETTI, *op. cit.* pp. 109-134, n° 117-142.

¹²⁶ BGH, 26 nov. 1968, VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91 = *NJW* 1969, 269.

du BGB, doit non seulement démontrer et, si besoin est, prouver le lien causal entre le dommage et le fait de l'auteur du préjudice, mais également sa faute (...). Cependant, la possibilité d'apporter la preuve de ces conditions subjectives dépend considérablement de la capacité de la victime d'élucider le déroulement objectif des faits dans tous ses détails, ce qui est particulièrement difficile, lorsqu'il s'agit d'événements qui se sont déroulés lors de la fabrication du produit à l'intérieur de l'entreprise »¹²⁷. C'est ainsi qu'il suffisait pour la victime de prouver que le produit était défectueux au moment de sortir de l'usine. Il incombait dès lors au fabricant d'apporter la preuve que ce défaut n'était pas lié à un manquement de sa part ou tenant à l'organisation de l'entreprise. L'inversion de la charge de la preuve ainsi effectuée permet aux acheteurs de demander des dommages-intérêts dans tous les cas où le fabricant n'était pas en mesure de démontrer que la production était organisée sans négligence. La victime restait cependant sans dédommagement lorsque le défaut du produit était imprévisible car se produisant statistiquement très rarement, défaut auquel le fabricant ne pouvait s'attendre et pour lequel il ne pouvait prévoir de remède ou qu'il ne pouvait éviter même après des contrôles minutieux (*Ausreißer*)¹²⁸.

Par rapport à cette protection minimale en Allemagne, les juges français avaient développé un régime de responsabilité plus protecteur. En effet, le droit français permettait d'appliquer les règles de garantie contre les vices cachés prévues par le droit de la vente¹²⁹. Le vendeur professionnel est depuis longtemps tenu à une responsabilité sans faute par rapport aux biens vendus, puisque l'article 1645 du Code civil a été interprété dans le sens d'une obligation de garantie¹³⁰ touchant tout vendeur professionnel qui est de manière

¹²⁷ « Zwar hat in aller Regel der Geschädigte, der sich auf § 823 Abs. 1 BGB stützt, nicht nur die Kausalität zwischen seinem Schaden und dem Verhalten des Schädigers darzutun und notfalls zu beweisen, sondern auch dessen Verschulden (...). Jedoch hängt die Möglichkeit dieses Nachweises der subjektiven Voraussetzungen erheblich davon ab, inwieweit der Geschädigte den objektiven Geschehensablauf in seinen Einzelheiten aufklären kann. Das aber ist vor allem dann mit besonderen Schwierigkeiten verknüpft, wenn es um Vorgänge geht, die sich bei der Herstellung des Produkts im Betriebe abgespielt haben ».

¹²⁸ V. les explications de W. WELLNER, « Anwendungsfälle des § 823 Abs. 1 BGB », in K. HAAG (dir.), *Geigel, Haftpflichtprozess mit Einschluss des materiellen Haftungsrechts*, 27^e éd., Munich, Beck, 2015, n° 270-295. La jurisprudence a développé une casuistique très riche et variable selon les produits et les branches impliquées.

¹²⁹ Sur les différences entre conformité et sécurité, V. cependant C. CAILLÉ, « Définition du défaut », in *Répertoire de droit civil*, juin 2012, actualisation janv. 2016, n° 50.

¹³⁰ L'art. 1645 C. civ. : « Si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur ». La jurisprudence a assimilé tout vendeur professionnel au vendeur de mauvaise foi, V. Ch. JAMIN, « Loi n° 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *RTD civ.*, 1998, p. 763.

irréfragable présumé avoir connu, lors de la vente, les vices cachés¹³¹. Très rapidement, le fabricant a été assimilé au vendeur¹³². De plus, la jurisprudence a déduit une obligation d'information particulière pour les objets dangereux : le vendeur serait obligé de révéler à l'acheteur les dangers pour les personnes et les biens du produit en question¹³³. Il s'ensuit que le contrat de vente implique en droit français une obligation de sécurité¹³⁴. Bien avant la transposition de la directive, cette garantie ne jouait pas seulement en faveur de l'acheteur direct, mais avait pu être transférée des fournisseurs aux acheteurs ou maîtres d'ouvrage finaux via le jeu de l'action directe¹³⁵. Quant à l'application de la responsabilité délictuelle, elle n'avait pas d'inconvénient pour la victime du défaut du produit, vu l'extension de la responsabilité du fait de la chose développée à partir de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil (aujourd'hui art. 1242 al. 1^{er} C. civ.). Notons enfin que la législation protectrice du consommateur avait déjà en 1983 consacré un droit de sécurité du consommateur¹³⁶. L'article L. 221-1 du Code de la consommation, issu de l'article 1^{er} de la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983, prévoyait en effet que « les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes »¹³⁷. La sanction de cette règle n'était cependant pas d'ordre contractuel, mais découlait des mesures administratives interdisant la vente de produits dangereux¹³⁸ et de la création d'une commission

¹³¹ V. O. BARRET, « Garantie contre les vices cachés », in *Répertoire de droit civil*, janv. 2007, actualisation janv. 2016, n° 652.

¹³² Cass. com., 17 oct. 1977, *Gaz. Pal.*, 1978, I, p. 221, note A. PLANCQUEEL ; V. O. BARRET, *op. cit.* n° 653.

¹³³ V. O. BARRET, *op. cit.* n° 576, n° 721 ; D. NGUYEN-THANH-BOURGEAIS, J. REVEL, « La responsabilité du fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue (à propos d'un arrêt de la Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, du 31 janvier 1973) », *JCP*, 1975, I, p. 2679.

¹³⁴ Pour un aperçu de la question, V. J. CALAIS-AULOY, « Existe-t-il en droit français plusieurs régimes de responsabilité du fait des produits ? », in J.-S. BORGHETTI, O. DESHAYES, C. PÉRÈS (dir.), *Liber amicorum Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, pp. 201-212, 203-207, qui examine aussi la relation entre cette jurisprudence et la responsabilité spéciale du fait des produits défectueux.

¹³⁵ Sur l'action directe d'un point de vue allemand, V. J. BAUERREIS, *Das französische Rechtsinstitut der action directe und seine Bedeutung in internationalen Vertragsketten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.

¹³⁶ Loi n° 83-660 du 21 juillet 1983, aujourd'hui art. L. 221-1 du Code de la consommation, V. O. BARRET, *op. cit.* n° 742.

¹³⁷ Cette loi n'est pas mentionnée par W. LORENZ, « Europäische Rechtsangleichung und Produzentenhaftung: Zur Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 25. Juli 1985 », *ZHR*, n° 151, 1987, pp. 1-39. La version actuelle se trouve à l'art. L. 412-3 C. consom.

¹³⁸ Art. 2 à 7 de la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983.

de la sécurité des consommateurs¹³⁹. Ceci étant, le droit français connaissait, même avant la transposition de la directive, un régime de responsabilité relativement strict pour le fabricant qui pouvait voir sa responsabilité engagée tant sur un plan contractuel que délictuel.

Le législateur européen n'a pas copié la solution française, mais s'est inspiré de quelques éléments de la loi comme de la jurisprudence et de la doctrine française. La première inspiration vient de la notion de « garde de structure » développée à partir de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil, qui couvre la responsabilité du fabricant pour les défauts inhérents au produit¹⁴⁰. Le gardien de la structure est celui qui est en mesure d'exercer un contrôle sur la structure interne de la chose ; cette hypothèse était cependant limitée aux choses dotées d'un dynamisme propre et dangereux.

La directive, si elle n'utilise ni le terme ni la conception de « garde » de la chose, reprend l'idée exprimée dans l'obligation de sécurité ainsi que dans le Code de la consommation selon laquelle le fabricant responsable de la production et de la mise en circulation du produit doit garantir qu'il n'est pas défectueux. Cette idée est liée non plus à un contrôle administratif, mais à la responsabilité civile. Le parrainage du droit français pour cette conception européenne se traduit par une définition quasiment identique de la responsabilité. Alors que la jurisprudence française de l'époque avait jugé que le vendeur avait une obligation de sécurité, « laquelle consiste à ne livrer que des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens »¹⁴¹, la directive a généralisé l'idée en affirmant que le fabricant est responsable de tout défaut du produit défini en fonction de la « sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances » (art. 6 de la directive). C'est cette réglementation qui se trouve aujourd'hui au § 1 de la loi allemande sur la responsabilité du fait des produits défectueux (§ 1 *Produkthaftungsgesetz*). En conclusion, l'influence française sur la réglementation allemande dans la matière n'est pas exclusive, mais néanmoins remarquable : c'est l'idée d'une responsabilité sans faute et l'idée de garantie d'une sécurité minimale incombant à tout vendeur qui ont été développées en France et qui se trouvent aujourd'hui consacrées dans la loi allemande.

Un constat analogue vaut pour la responsabilité contractuelle dans l'hypothèse d'une vente d'un bien de consommation (*Verbrauchsgüterkauf*).

¹³⁹ Art. 13 à 18 de la loi n° 83-660 du 21 juillet 1983.

¹⁴⁰ Sur cette « originalité » du droit français (et belge), V. J.-S. BORGHETTI, *op. cit.* pp. 215-217, n° 216-217.

¹⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 1991, *Bull. civ.* I, n° 30, *RTD civ.*, 1991, p. 539, obs. Ph. JOURDAIN ; Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1991, *Bull. civ.* I, n° 201, *CCC*, 1991, comm. 219, note L. LEVENEUR.

L'article 4 de la directive 1999/44/CE du 25 mai 1999 « sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation » impose aux États membres de prévoir une « action récursoire » du vendeur final « contre le ou les responsables appartenant à la chaîne contractuelle »¹⁴². Pour le droit français, cette prescription présentait peu d'innovation. L'ancien article L. 211-14 du Code de la consommation, devenu l'article L. 217-14 par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, qui a transposé la directive en droit français disposa en effet que « l'action récursoire peut être exercée par le vendeur final à l'encontre des vendeurs ou intermédiaires successifs et du producteur du bien meuble corporel, selon les principes du Code civil ». C'est ainsi le droit commun de la vente, développé par la jurisprudence depuis plus d'un siècle, qui s'appliquera. Selon cette jurisprudence, l'action en garantie de vices cachés est considérée comme l'accessoire de la chose vendue et se transfère ainsi d'un acheteur aux acheteurs successifs¹⁴³.

C'est par le jeu de la directive de 1999 que la construction traditionnelle de la jurisprudence française a inspiré le droit des pays membres de l'Union européenne. Si la directive ne reprend pas l'idée chère au droit français de l'action directe, elle prévoit une action récursoire du vendeur contre le fabricant. La transposition de cette directive par l'Allemagne n'a pas été sans résistance¹⁴⁴. L'argument principal du rejet de l'action directe a été le caractère relatif du contrat qui – selon la doctrine allemande – ne lie que les parties ; alors que la jurisprudence allemande n'a pas eu de scrupules à créer une responsabilité contractuelle pour les dommages causés à un tiers au contrat, lorsqu'il s'agissait d'un « contrat avec effet protecteur pour un tiers » (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*)¹⁴⁵, elle a toujours refusé la transmission des droits de garantie de la vente jugés intimement liés à la personne du contractant. Adopter purement et simplement la solution française de l'action directe aurait donc été une rupture totale dans le système juridique allemand. Le législateur allemand a finalement opté pour un

¹⁴² Art. 4 de la directive de 1999 : « Lorsque la responsabilité du vendeur final est engagée vis-à-vis du consommateur en vertu d'un défaut de conformité qui résulte d'un acte ou d'une omission du producteur, d'un vendeur antérieur placé dans la même chaîne contractuelle ou de tout autre intermédiaire, le vendeur final a le droit de se retourner contre le ou les responsable(s) appartenant à la chaîne contractuelle. Le droit national détermine le ou les responsable(s) contre qui le vendeur final peut se retourner, ainsi que les actions et les conditions d'exercice pertinentes ».

¹⁴³ Depuis Cass. civ. 12 nov. 1884, p. 1886, I, 149 = D. P. 1885, I, 357 ; V. O. BARRET, *op. cit.* n° 591.

¹⁴⁴ Dans une perspective plutôt positive, V. P. SCHLECHTRIEM, « Das geplante Gewährleistungsrecht im Lichte der europäischen Richtlinie zum Gebrauchsgüterkauf », in W. ERNST, R. ZIMMERMANN (dir.), *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, pp. 205-224, 207. La compétence de l'Union était discutée, V. M. HASSEMER, *Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 279-281.

¹⁴⁵ La traduction est de J.-S. BORGHETTI, *op. cit.* p. 103, n° 112.

compromis, censé satisfaire les intentions européennes de voir le vendeur (« le professionnel ») garanti par le fabricant (« le fournisseur ») et de préserver l'harmonie du système juridique. La loi de transposition est par ailleurs particulièrement complexe¹⁴⁶. Pour évoquer seulement les caractéristiques essentielles, soulignons que les §§ 478 et 479 du BGB entrés en vigueur le 2 janvier 2002 ont prévu deux sortes de recours du professionnel¹⁴⁷ : la première hypothèse règlementée au § 478 alinéa 1^{er} du BGB est appelée « action récursoire dépendante » (*unselbstständiger Regress*). Elle n'est pas une action propre, mais modifie l'action supposée du vendeur contre son fournisseur afin de faciliter la mise en œuvre de la responsabilité, notamment en renonçant à la fixation d'un délai¹⁴⁸. Une « action récursoire indépendante » (*selbstständiger Regress*) est prévue au § 478 alinéa 2 du BGB¹⁴⁹. Selon cette disposition, le vendeur de biens neufs peut demander au fournisseur la compensation des dépenses que le vendeur a dû exposer face au consommateur qui a acheté le produit non conforme s'il prouve que la non-conformité existait déjà au moment du transfert des risques de la chose du fournisseur au vendeur. En revanche, la loi allemande ne connaît pas d'action directe du consommateur contre le fournisseur ; le dogme de la relativité des contrats a primé, notamment pour permettre des adaptations contractuelles de la garantie, comme elles sont prévues au § 478 alinéa 4 du BGB. De plus, le législateur allemand a limité la portée de l'action récursoire à la vente des biens de consommation. Ainsi, les deux actions ne s'appliquent qu'aux choses neuves¹⁵⁰ et ont pour condition que la vente ultime dans la chaîne des contrats soit une vente au consommateur. Cette dernière distinction a été critiquée étant donné que le fournisseur du matériel ne peut pas toujours anticiper l'issue de la chaîne de commercialisation et doit dès

¹⁴⁶ M. HASSEMER, *op. cit.* p. 129 et s., selon lequel la loi allemande serait la transposition de loin la plus détaillée et la plus compliquée (die « mit Abstand detaillierteste und, (...) die komplizierteste » Regelung).

¹⁴⁷ Pour une comparaison complexe du droit allemand et du droit français en la matière V. J. BAUERREIS, « L'action récursoire dans les chaînes de contrats : aspects de droit interne et de droit international privé », *RIDC* n° 4-2002, pp. 989-1003.

¹⁴⁸ § 478 al. 1^{er} du BGB : « Lorsque le professionnel a dû reprendre la chose vendue neuve à la suite de sa défectuosité ou que le consommateur a réduit le prix de vente, la fixation en principe nécessaire d'un délai n'est pas obligatoire pour les droits du professionnel décrits au § 437 contre le professionnel qui lui a vendu la chose (fournisseur), droits nés de ce que le consommateur a invoqué le défaut de la chose » ; V. à ce propos S. LORENZ, « § 478 », in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6^e éd., Munich, Beck, 2012, n° 4.

¹⁴⁹ § 478 al. 2 du BGB : « Lors de la vente d'une chose neuve, le professionnel peut exiger de son fournisseur le dédommagement des dépenses qu'il a dû supporter selon le § 439 alinéa 2, dans ses relations avec le consommateur lorsque le défaut invoqué par ce dernier existait déjà lors du transfert des risques au professionnel. » ; V. à ce propos S. LORENZ, *op. cit.* n° 5.

¹⁵⁰ F. FAUST, « § 478 », in H. G. BAMBERGER, H. ROTH (dir.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 38^e éd., n° 7 (01/08/2014).

lors faire des prophéties afin de connaître la responsabilité qui le menace¹⁵¹. Il n'en reste pas moins que l'action récursoire du droit allemand qui s'applique seulement entre le vendeur final et le producteur ou au livreur du matériel est le fruit de l'influence française sur la directive de 1999. La réglementation actuelle des §§ 478, 479 du BGB constitue ainsi une preuve supplémentaire de l'influence française médiatisée sur le droit allemand des obligations dans le cadre de l'harmonisation juridique de l'Union européenne.

IV. CONCLUSION

En comparant les deux moments-clé de l'influence française sur le droit allemand des obligations, la codification du BGB ainsi que l'harmonisation européenne du droit de la consommation apparaissent des traits communs ainsi que des différences. De plus, l'exemple de l'influence du droit français sur le droit allemand des obligations permet d'apporter quelques précisions à la théorie de la « circulation des modèles juridiques », voire à celle des « transplantations légales » (*legal transplants*).

A. – *Les traits communs*

Les deux situations de l'histoire du droit des obligations allemand évoquées ont en commun que le droit français a, dans deux moments historiques, joué le rôle de « catalyseur » : comme nous l'avons vu, lors de la codification du BGB, des enseignements du Code civil ont été importants pour modifier quelques préceptes du droit traditionnel dans le sens d'un droit plus libéral et social. Même si le législateur allemand du 19^e siècle n'a pas suivi l'exemple du Code dans tous les cas, il s'est inspiré du modèle français pour codifier son propre droit, qui – il faut le rappeler – était déjà en partie influencé par l'application du Code civil dans les territoires allemands. En ce qui concerne l'harmonisation du droit européen, notamment l'influence française dans la législation pour la protection des consommateurs, un constat analogue s'impose : sans le modèle français qui a transfusé le droit allemand via les directives européennes, le droit des obligations allemand ne connaîtrait toujours pas de droit de rétractation, ni de responsabilité pour les produits défectueux, peut-être même pas l'idée de protection des consommateurs. Si certains ont regretté l'éclatement du droit civil allemand sous l'impact du droit

¹⁵¹ V. W. ERNST, B. GSELL, « Kaufrechtsrichtlinie und BGB », *ZIP*, 2000, pp. 1410-1427, 1422-1425.

européen de la consommation¹⁵², on ne peut nier l'importance que le droit français a joué dans ce changement de paradigme qui a eu lieu en droit allemand et qui s'est manifesté de la manière la plus visible dans la réforme dite « de modernisation du droit des obligations » de 2001. Notons, cependant, que l'exemple français n'a pas été suivi jusqu'au bout puisque l'Allemagne n'a pas opté pour un Code de la consommation qui aurait pu éviter de devoir changer le texte du BGB au rythme des directives et des réformes¹⁵³.

Cette réticence du législateur allemand envers la tendance consumériste, forte en droit européen comme en droit français, constitue peut-être la raison profonde de l'influence décisive des conceptions françaises en la matière. Il apparaît que cette réticence constitue encore un trait commun avec la genèse du BGB qui a été codifié par des juristes méfiants à l'égard d'une codification du droit privé selon les préceptes enseignés par Friedrich Carl von Savigny¹⁵⁴. Le BGB a ainsi pu être qualifié de *restatement* plutôt que de codification, ce qui explique les citations multiples du droit français en vigueur dans certains territoires allemands¹⁵⁵, puisque le *restatement* a pour objet de rendre compte de l'état du droit plutôt que d'innover. Un constat analogue pourrait valoir pour l'influence du droit français via les directives européennes : vue l'hostilité ou l'indifférence des représentants allemands envers le droit de la consommation, les conceptions développées en France s'imposaient faute de mieux. Cette explication est corroborée par l'exception que constitue la protection contre les clauses abusives : comme l'Allemagne avait déjà légiféré en la matière, il était naturel qu'elle donne aussi son empreinte à la directive européenne qui, par conséquent, est un mélange de la conception française et de la réglementation allemande¹⁵⁶. Pour toutes les matières, en revanche, pour lesquelles une législation allemande faisait défaut, le droit français a pu servir de modèle au législateur européen.

B. – *Les différences*

La différence la plus importante entre les deux moments de réception du droit français en droit allemand des obligations tient à la compétence législative : alors que le BGB était entre les mains du législateur de

¹⁵² V. W. ERNST, *op. cit.* pp. 141-153, spéc. 150.

¹⁵³ *Supra* II.1.

¹⁵⁴ *Supra* I ; pour plus de détails, V. W. ERNST, *op. cit.* p. 143.

¹⁵⁵ *Supra* I.2.

¹⁵⁶ *Supra* II.2.

l'Empire¹⁵⁷, la législation via les directives européennes se caractérise par un doublement de législateurs qui, pour la réception du droit français de la consommation en droit allemand, semble avoir été décisif. En effet, le législateur allemand qui a intégré le droit de la consommation dans le BGB, ne s'est pas inspiré directement du droit français, mais s'est senti lié par les prescriptions européennes de la directive, elles-mêmes inspirées par les lois pro-consuméristes françaises. Il ne s'agit donc pas d'une inspiration entièrement libre, mais d'une inspiration prescrite par les Communautés européennes, plus tard par l'Union européenne. À cet égard, il est intéressant de rappeler que l'introduction du Code civil dans les territoires allemands au 19^e siècle était à l'origine un octroi du Code Napoléon après les Traités de Tilsit (1807). Lors de la codification du BGB, en revanche, l'application du Code civil avait déjà fait ses preuves et était même considéré comme un atout par les juristes dans les territoires allemands qui l'avaient préservé volontairement même après la défaite de Napoléon en 1815¹⁵⁸. C'est cette assimilation du droit français qui a permis aux commissions chargées de l'élaboration du BGB de tenir compte tout naturellement de la réglementation du Code civil¹⁵⁹. On peut considérer qu'une assimilation analogue a été entreprise par la réforme dite de « modernisation du droit des obligations » en 2001. Cependant, cette comparaison n'est pas sans soulever des problèmes. En effet, la réforme de 2001 n'a pas donné de répit au législateur comme on aurait pu s'y attendre et comme cela avait pu être observé pour le BGB en 1900. Au contraire, depuis 2001, le texte du BGB a dû être adapté encore plusieurs fois en raison de la jurisprudence de la CJCE et des réformes entreprises dans le cadre des transpositions des directives, notamment celle relative aux droits des consommateurs de 2011¹⁶⁰. Il va de soi que le

¹⁵⁷ *Supra* I.

¹⁵⁸ V. l'enthousiasme à cet égard bien connu et souvent cité de J. KOHLER, « Einführung », in *Rhein. Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht*, n° 1, 1908, pp. 1-8, (traduction par H. COING, « L'influence de la France sur le droit allemand », in D. SIMON (dir.) *Gesammelte Aufsätze zur Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, Francfort-sur-le-Main, Klostermann, 1982, pp. 263-276, 274) : « Ce fut, pour l'Allemagne, un heureux destin d'avoir subi l'influence de la culture juridique française. Cette culture nous a transmis une méthode parfaite pour l'application des lois, méthode que nous n'avions pas connue en Allemagne jusque-là, (...). Une vie juridique nouvelle ne se faisait pas par les décisions souveraines de l'époque de Frédéric ; elle ne pouvait être créée que sur le fondement d'une grande histoire, à l'aide d'une vieille et mûre civilisation, comme celle que la France possédait, enfin sur le fondement d'une abondance d'idées juridiques nouvelles qui avaient produit un mouvement nouveau en France, pendant la deuxième moitié du XVIII^e siècle et qui finalement devait aboutir à la Révolution française. L'expression de tous ces éléments fut la législation napoléonienne, le Code civil surtout, qui, par son contenu civilisateur, dépassa toutes les autres codifications ». Kohler est également cité par E. WADLE, *op. cit.* p. 203 et s. ; W. SCHUBERT, Code civil (Code Napoléon), *op. cit.* p. 148.

¹⁵⁹ *Supra* I.2.

¹⁶⁰ *Supra* II.1.

législateur allemand d'aujourd'hui n'a pas la même marge de manœuvre que le législateur du BGB au 19^e siècle : le droit de la consommation allemand, en dépit de son intégration au Code civil allemand, dépend aussi des décisions prises au niveau européen. Ce contexte de la législation nécessite également d'être pris en compte dans la théorie des « transplantations légales » (*legal transplants*).

C. – Des précisions nécessaires pour la théorie du *legal transplant*

La théorie récente du *legal transplant* distingue quatre motifs inhérents au système juridique qui réceptionne un droit étranger. Selon la classification de Jonathan Miller, il convient de distinguer des reprises de droit étranger pour éviter des coûts (1. *cost-saving transplant*), des transplantations en droit interne imposées pour des raisons externes (2. *externally dictated transplant*), des transplantations pour servir des intérêts de groupe (3. *entrepreneurial transplants*) comme celles qui se servent du prestige d'un droit étranger afin de légitimer sa propre solution (4. *legitimacy-generating transplant*)¹⁶¹. Ces motifs peuvent, selon cette théorie, être combinés ou exister à différents degrés. Lorsqu'on applique les catégories développées par la théorie du *legal transplant* aux deux cas examinés, on arrive certes à catégoriser les motifs du législateur allemand au 19^e siècle comme ceux des législateurs allemand et européen au 20^e et 21^e siècle. Il semble cependant qu'une partie essentielle des motifs n'apparaît pas dans la liste dressée par Miller.

Une reprise pour éviter des coûts (1) est exclue pour les deux situations analysées, car dans les deux cas le législateur ne s'est pas contenté de copier un droit existant afin d'épargner des recherches à l'intérieur du pays même. Au contraire, dans les deux cas, le législateur s'est efforcé de considérer en profondeur le droit étranger proposé en tant que remède. La deuxième classification, c'est-à-dire le recours aux transplantations pour des raisons externes (2), peut être appliquée de manière partielle aux deux situations historiques. Comme cela a été évoqué précédemment¹⁶², au départ le Code civil avait été imposé aux territoires allemands par Napoléon et n'avait obtenu de l'adhésion qu'ultérieurement. Parler de transplantations imposées pour des raisons externes en vue de l'harmonisation du droit des contrats en Europe peut paraître excessif, puisque l'Allemagne comme la France a été l'un des

¹⁶¹ J. M. MILLER, « A Typology of Legal Transplants : Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process », *The American Journal of Comparative Law*, n° 51, 2003, pp. 839-885.

¹⁶² *Supra* III.2.

moteurs de l'unification européenne. Si la volonté politique de participer à l'Europe était forte en Allemagne, cela ne voulait cependant pas dire que le législateur et la majorité des juristes allemands partageaient la conviction prédominante au niveau européen d'une protection des consommateurs. C'est ainsi que les lois de transposition des directives européennes en matière de protection des consommateurs ont souvent été conçues sans conviction et plus par sens du devoir (*Pflichtübung*).

Ce constat va de pair avec la classification de reprises du droit français via les directives européennes en tant qu'*entrepreneurial transplant* (3). Selon Miller, il s'agit des transplantations utilisées par des groupes de la société afin de pousser l'évolution du droit dans une certaine direction, jusqu'à la sous-représenter en droit interne¹⁶³. Il est concevable de qualifier la montée du droit pro-consumériste en Allemagne en tant qu'*entrepreneurial transplant*, puisque la reprise des conceptions françaises a permis d'établir un véritable droit de la protection des consommateurs également en droit allemand. Cette qualification ne s'oppose pas à la catégorisation en tant que transplantation imposée pour des raisons externes, puisque la première explication se réfère à l'adoption du droit étranger en droit interne alors que la deuxième analyse explique les raisons de l'acceptation effective de la nouvelle solution par les acteurs en droit interne.

En ce qui concerne le dernier argument de prestige (4), il n'est pas douteux que le Code civil français a bénéficié d'un grand prestige au 19^e siècle, car il était considéré comme le modèle pour l'unification du droit privé et l'expression du droit « moderne » de l'époque¹⁶⁴. Or, l'analyse des travaux préparatoires du BGB a montré que le prestige du Code civil n'était qu'un argument subsidiaire et complémentaire, lorsque les commissions souhaitaient effectivement reprendre une solution française. En revanche, cette reprise n'était pas justifiée par le prestige, mais par le caractère approprié de la norme ou de la réglementation française. Lorsque la commission jugeait la solution du Code inopportune, le prestige de la codification n'était pas invoqué et ne pouvait pas empêcher le maintien de la solution du droit commun d'origine romaine. Le motif tenant au prestige paraît encore moins adapté pour l'analyse de l'influence du droit français via les directives européennes, puisque les commentateurs allemands des nouvelles réglementations semblent se plaire dans leurs critiques parfois fondamentales de la directive et de ses objectifs de protection¹⁶⁵.

¹⁶³ J. M. MILLER, *op. cit.* pp. 849-854.

¹⁶⁴ B. DÖLEMEYER, *op. cit.* p. 194.

¹⁶⁵ *Supra* II.1.c.

En somme, l'analyse des deux situations historiques sous l'angle de la théorie de Miller semble être incomplète. À notre avis, il manque notamment un instrument analytique afin de décortiquer les arguments de politique juridique utilisés par le législateur lorsqu'il décide de réceptionner un droit étranger. La théorie des *legal transplants* qui a pour fondement un exemple de réception académique, celui du droit romain en Europe ne s'est pas assez préoccupée de ces motivations et de l'analyse des travaux préparatoires¹⁶⁶. Les aspects de technique législative ont attiré l'attention de Kahn-Freund dans son analyse de l'utilisation et de l'abus du droit comparé paru en 1974¹⁶⁷. Cependant, Kahn-Freund s'intéresse davantage aux résultats que le législateur peut atteindre en se servant du droit étranger plutôt qu'à l'analyse de l'argumentation réellement utilisée dans les travaux préparatoires des lois. Cela ressort notamment du conseil final qu'il a adressé au législateur de ne pas se perdre dans les considérations « légalistes » mais de considérer le contexte du droit tel qu'il est appliqué à l'étranger. S'il est vrai que le contexte d'une norme est décisif pour la réussite de son adaptation, il n'en est pas moins important d'analyser les arguments invoqués par le législateur au moment d'opter pour la réception du droit étranger. Si l'on omet cette analyse, on ne peut faire la part des choses entre les interprétations plus politiques qu'analytiques de la relation entre les deux droits, français et allemand, dans le domaine du droit des obligations.

D. – *Observations finales*

Les deux citations mentionnées en guise d'introduction se concentrent toutes les deux sur un seul aspect en soulignant la parenté (Crome) ou le caractère divergent des deux droits (Weller). L'analyse des travaux préparatoires dans leur contexte historique montre cependant que la réalité est plus complexe et qu'elle ne peut être décrite de manière manichéenne. Si l'on voulait faire un résumé des deux situations analysées, on pourrait peut-être modifier la métaphore des « familles de droit » bien connue en droit comparé, en affirmant que s'il ne fait pas de doute que les droits allemand et français des obligations font partie de la même famille¹⁶⁸, ces deux droits se comportent comme des frères et sœurs : ils sont proches et liés par des émotions fortes ; en même temps, leurs relations peuvent parfois être

¹⁶⁶ *Supra* Introduction.

¹⁶⁷ O. KAHN-FREUND, « On Uses and Misuses of Comparative Law », *The Modern Law Review*, n° 37, 1974, pp. 1-27.

¹⁶⁸ Il est vrai que cette classification est discutée, V. par ex. K. ZWEIFERT, H. KÖTZ traduit par T. WEIR, *op. cit.* pp. 63-73.

concurrentielles, voire contradictoires, sans qu'ils ne perdent jamais leurs caractéristiques propres.

Afin de pouvoir vivre cette relation franco-allemande de manière saine et naturelle, il est important de développer la conscience de ce lien chez les juristes dès le début de leur formation à l'université. C'est pour cette raison que le Centre Juridique Franco-Allemand qui fête ses 60 ans doit continuer de former les jeunes juristes franco-allemands ou germano-français. *Ad multos annos !*