

Les règles de droit commun et activités commerciales en droit allemand

Wolfgang Rosch*

Citer cet article : Wolfgang ROSCH, « Les règles de droit commun et activités commerciales en droit allemand », *Pratique des affaires et règles juridiques : Influences, limites*, 2016. En ligne sur www.revuegeneraledudroit.eu.

* Référendaire CJUE.

Avant que je n'entre dans le vif du sujet que Florence a bien voulu me poser, deux observations préliminaires s'imposent : l'une d'ordre personnel, l'autre afférente à la matière à traiter.

Commençons par le personnel. L'affiche qui annonce la tenue de notre colloque me prête la qualité de « juge référendaire » à la Cour de justice de l'Union européenne. Sur ce point, je dois vous décevoir à deux égards. D'abord, il n'existe pas de « juge référendaire » à la Cour, mais des juges, des avocats généraux et, justement des référendaires. Ceux-ci sont les collaborateurs des membres de la Cour et ils se recrutent, pour une grande partie d'entre eux, parmi les fonctionnaires de l'Union. En ce qui me concerne, je suis l'un de ces humbles fonctionnaires et « détaché dans l'intérêt du service », selon la formule communément admise, pour exercer les fonctions de référendaire au cabinet de Mme l'avocat général Juliane KOKOTT.

Et pour être complet, sachez qu'avant d'intégrer la fonction publique communautaire il y a une douzaine d'années, j'ai exercé pendant un bout de temps la profession d'avocat, portant les deux casquettes d'avocat français et de Rechtsanwalt allemand, avec une prédilection certaine pour le droit des affaires franco-allemand, sa jurisprudence et sa doctrine.

Je continue à garder un très bon souvenir de cette époque de ma vie, et également de celle, si enrichissante, que j'ai passé à l'Université de la Sarre, en tant qu'étudiant d'abord, ensuite comme assistant au Centre juridique franco-allemand, et finalement en tant que chargé d'enseignement (« Lehrbeauftragter »). En regardant à travers la salle, je vous avoue que je suis très ému de retrouver parmi nous tant de personnes dont j'ai fait la connaissance dans l'exercice de mes anciennes fonctions à Sarrebruck et que je ne vois plus si souvent, mais qui me sont toujours très chères.

Bref, merci au Centre juridique franco-allemand de m'avoir invité pour ce colloque !

Cette clarification étant faite, passons aux choses sérieuses et à la seconde observation préliminaire. Celle-ci concerne le sujet même de

mon intervention. En fait, mon sujet peut se concevoir de deux manières différentes, voire diamétralement opposées.

D'une part, mon sujet permet la lecture plutôt banale selon laquelle il convient de traiter des particularités qui caractérisent le droit commercial allemand et de mettre celles-ci en parallèle aux dispositions élémentaires du droit commun. D'autre part, selon une interprétation plus audacieuse du sujet, celui-ci viserait la question, nettement plus intéressante, de savoir quel est l'impact, voire l'interface en droit allemand entre les règles de droit commun et les activités commerciales.

Confronté à cette dualité de lectures possibles, et enfermé dans un délai rigoureux de 20 minutes, je vais faire preuve de témérité – we all know that fearlessness is the first quality of an advocate - et tenter l'impossible de traiter en bloc les deux volets du sujet.

Et d'emblée, je vous avertis : Je ne résisterai pas à la tentation de tenir des propos quelque peu hérétiques, notamment en ce qui concerne la notion de « droit commun » allemand, et je compte sur les universitaires parmi nous, et particulièrement sur Thomas Gergen et sur Francis Limbach, sous la férule desquels j'ai l'honneur de parler, de me brider et de me contredire si l'occasion s'y prête.

Alors, qu'est-ce que le « droit commun » allemand? Si ce colloque avait eu lieu il y a une vingtaine d'années, ma réponse aurait été de dire, sans hésitation aucune, que le droit commun, en ce qui concerne le droit privé allemand, est le corps de règles contenu dans le Code civil, le BGB allemand. Aujourd'hui, je suis navré de vous dire que tel n'est plus le cas. A tout le moins, une précision à cet égard est de mise. En effet, il importe de nuancer. Pourquoi? Eh bien, il faut savoir que le BGB d'aujourd'hui n'est plus le corpus monolithique et centenaire du temps jadis, mais un ensemble hétéroclite de règles dont certaines peuvent bel et bien passer pour des règles de droit commun, alors que d'autres revêtent un caractère un peu plus particulier.

Qui plus est, ces différentes catégories de textes, loin de permettre une délimitation claire et nette des uns par rapport aux autres, ont tendance à

s'entremêler au sein du Code, ce qui ne facilite guère la tâche au praticien avide de se renseigner sur l'état du droit.

A l'appui de cette affirmation iconoclaste – je vous en ai averti – je vous invite à regarder de plus près le sous-titre du BGB traitant de la « vente des biens de consommation ». Or, ce sous-titre ne traite pas seulement de ce type particulier de la vente, mais également, au § 478 BGB, du recours qu'un professionnel peut exercer à l'encontre de son fournisseur pour faire répercuter sur ce dernier les conséquences d'un défaut matériel dont la chose vendue était affectée au moment de sa remise au consommateur final.

Or, nul doute que ce recours entre professionnels est étranger, de par sa nature, au régime de la vente de biens de consommation et qu'il ne relève pas non plus du droit commun ! A bien y réfléchir, il relèverait plutôt, de par sa nature, du droit commercial, et pour être concret, du régime de la vente commerciale (« Handelskauf ») prévue au Code de commerce allemand (« Handelsgesetzbuch », HGB en bref). A signaler de surcroît que cette nature commerciale est mise en exergue par le renvoi au Code de commerce qui figure expressément dans le dernier alinéa du § 478 BGB.

Comment expliquer cet emplacement du texte, de prime abord plutôt maladroit ?

Eh bien, il faut se rendre à l'évidence que le BGB issu de la réforme de l'an 2002 se présente, notamment en ce qui concerne la vente, marqué par la transposition d'une série de directives communautaires, qui ont été calqués, tant bien que mal, sur la structure centenaire d'un Code qui remonte aux travaux des pandectistes du 19^{ième} siècle. (N'ayez crainte, je ne vais pas m'engouffrer dans les ténèbres de l'histoire du droit, ne fût-ce de peur d'empiéter sur la compétence de Thomas et de Francis qui auront certainement leur mot à dire à cet égard !)

Regardons d'abord de plus près le régime contractuel tel qu'il ressort du nouveau BGB et son impact sur les activités commerciales.

I. Le droit commun en matière contractuelle et son impact sur les activités commerciales

A. Domaine du BGB

En schématisant quelque peu, en matière contractuelle, le BGB de nos jours présente essentiellement trois volets, dont le premier est d'application uniforme à la totalité des actes juridiques régis par le droit privé allemand. Cet ensemble de règles est contenu dans la partie générale du BGB (« Allgemeiner Teil ») dont les dispositions traitent en substance de la déclaration de volonté, de la formation du contrat, de la rencontre des volontés et des vices de consentement. Il s'agit là du noyau dur de ce que l'on peut appeler le « droit commun » allemand en matière contractuelle, au sens intrinsèque du terme.

Quant au deuxième volet contractuel du BGB, c'est l'ensemble des règles qui ont vocation à régir les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, ce qui leur confère un caractère spécifique et exorbitant par rapport au droit commun.

Qu'en est-il du troisième volet ? Ce sont les dispositions applicables aux obligations contractuelles en général et à toutes sortes de contrats, à défaut de dispositions plus spécifiques qui peuvent émaner, entre autres, du Code de commerce.

Or, il faut savoir que le Code de commerce allemand prévoit toute une série de règles qui se superposent, en matière contractuelle, au régime prévu par le Code civil, voire à certaines règles figurant dans la partie générale du BGB.

B. Relations entre le BGB et les textes spéciaux

Devant ce constat, il va sans dire que les matières du BGB qui s'esquivent devant un régime dérogatoire du Code de commerce ne sauraient influencer sur les activités commerciales, et sont par là même dépourvues d'intérêt à propos de la présente étude.

Ne citons que quatre exemples typiques du droit commercial allemand, sans entrer dans les détails:

- Si, en matière contractuelle, le BGB ne consacre point l'adage « qui ne dit mot consent », les choses se passent différemment en matière commerciale, où le **§ 362 al. 1^{er} HGB** peut conférer au simple silence du commerçant l'effet d'un acquiescement (théorie dite du « kaufmännischen Bestätigungsschreiben »).
- Si le BGB prévoit un certain formalisme en ce qui concerne le contrat de cautionnement, ces règles ne s'appliquent pas pleinement en matière commerciale, selon le **§ 350 HGB**.
- Si le BGB prévoit certains remèdes qui s'appliquent au cas de défaut matériel de la chose vendue, le **§ 377 HGB** vient compliquer la mise en œuvre de ces remèdes en matière commerciales, dans la mesure où selon ce texte, il incombe à l'acheteur commerçant de procéder à un examen de la chose vendue dès sa remise, sous peine de risquer de se voir déchu des recours prévus dans le BGB.
- Et finalement, selon le **§ 366 HGB**, l'acquisition de biens meubles de bonne foi obéit à des règles nettement plus souples en matière commerciale que ce n'est le cas pour les situations régies par le seul BGB.

Il s'ensuit de ce qui précède que la structure du BGB en matière contractuelle n'a pas d'impact majeur sur les relations commerciales, qui se voient grosso modo régies par des règles qui leur sont propres.

Reste à savoir si les choses se passent différemment en matière extracontractuelle. Regardons de plus près le régime de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle, tel qu'il ressort des §§ 823 et s. BGB.

II. La responsabilité extracontractuelle du BGB et son impact sur le plan des activités commerciales

A. Application au droit commercial du régime commun de la responsabilité

1. Le régime prévu par le BGB

En l'absence de règles spécifiques ayant vocation à régler la matière¹, les activités commerciales restent peu ou prou soumises au régime prévu par le BGB.

En effet, le § 824 BGB, dans la mesure où il prévoit un régime de responsabilité extracontractuelle en cas d'affirmations factuelles erronées de nature à porter « atteinte au crédit » (« Kreditgefährdung »), se prête à merveille à la sauvegarde des intérêts légitimes du commerçant, bien qu'il soit, de par sa nature, un texte d'application générale.

Cependant, la protection conférée par ce texte est d'une portée limitée, dans la mesure où il ne vise que les affirmations factuelles, ce qui laisse de côté et complètement intact le jeu de la liberté d'expression, dont il est certain que l'abus, sous la forme d'un dénigrement, peut s'avérer néfaste pour l'exercice d'une activité commerciale.

Alors, se demandera le juriste de formation française, pourquoi ne pas se rabattre sur un texte de portée générale et raisonner selon la logique de la faute pour protéger les intérêts du commerçant victime de dénigrements ?

2. Les limites systémiques du mécanisme de droit commun

A cet égard, il faut savoir que le jeu de la responsabilité extracontractuelle n'est pas chose aisée en droit allemand, hormis le cas exorbitant, et prévu au § 826 BGB, du dommage causé volontairement et dans des conditions contraires aux bonnes mœurs.

Qu'est-ce qui complique les choses ? Il faut savoir tout d'abord que le droit allemand ne connaît aucun texte qui soit comparable à l'article 1382 du Code civil français. A l'opposé du droit français, il ne suffit pas que la faute de l'auteur du dommage, le dommage et le lien de causalité entre eux soient établis pour que la responsabilité extracontractuelle de l'auteur fautif soit retenue. Bien au contraire, il faut de surcroît, conformément

¹ Nous ne traiterons pas de l'impact des dispositions spécifiques, et notamment pas de celles de la loi allemande sur la concurrence déloyale.

au § 823 BGB, al. 1^{er}, une atteinte à un droit absolu, tel qu'il ressort de l'énumération non exhaustive de ce texte. Pas d'atteinte au droit absolu, pas de dommages et intérêts ! C'est ainsi que l'on peut résumer le grand principe de la responsabilité extracontractuelle selon la loi allemande.

B. La solution extensive trouvée par la jurisprudence

Cependant, la jurisprudence s'est montrée inventive. Dans le silence des textes, elle a reconnu, et assimilé aux droits absolus consacrés au § 823 BGB, le « Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb », le « droit à l'exploitation paisible de l'entreprise », dont la violation peut, sous certaines conditions, donner droit à la réparation du dommage subi.

Nous sommes donc en présence d'un droit spécifique, et d'un dommage inhérent à l'exercice d'une activité professionnelle. Notons au passage que si toutes les activités commerciales sont censées être professionnelles, l'inverse n'est pas vrai, la notion de « professionnel » (« Unternehmer ») telle qu'elle ressort du § 14 BGB étant plus large que celle de commerçant au sens du Code de commerce allemand.

Qu'est-ce que c'est qu'un « eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb »?

D'abord, ce n'est pas un fonds de commerce, car cette notion est inconnue en droit allemand. La preuve, c'est que le « eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb » se distingue des droits réels et absolus énoncés au § 823 BGB par le fait qu'il n'est susceptible de la stipulation d'aucun nantissement. A la vérité, ce n'est pas du tout un droit absolu au sens traditionnel du terme².

Qu'est-ce que c'est alors, et qu'est-ce qu'il vient à faire dans le cadre du § 823 al 1^{er} BGB, texte fondamental de la responsabilité extracontractuelle ?

² Voir à cet égard *Sack, R.*, « Das Recht am Gewerbebetrieb », Tübingen 2007, Mohr Siebeck, p. 139 et s., et notamment *v. Caemmerer, E.* in DJT-FS 1960, tome II, p. 49 et s. (en particulier p. 89 et s.).

J'en viens à ma dernière observation hérétique : La consécration du « droit à l'exploitation paisible de l'entreprise » par la jurisprudence n'est rien d'autre que la reconnaissance d'une section fourre-tout au sein de la responsabilité extracontractuelle allemande, à propos de laquelle il suffit d'établir, abstraction faite de toute atteinte à un véritable droit absolu, le comportement fautif de l'auteur du dommage et la causalité, pour aboutir au constat de la responsabilité extracontractuelle.

En d'autres termes, ce faisant, le droit allemand rejoint en quelque sorte le principe directeur de la responsabilité extracontractuelle telle qu'elle a été consacrée dans le Code civil français.

Inutile de rajouter que cette jurisprudence ne s'est pas conciliée l'estime et l'approbation unanimes de la savante doctrine³ et que la jurisprudence s'avère par endroits flottante et imprévisible sur certains détails. Il n'en demeure pas moins que le principe de la responsabilité en cas d'atteinte au « droit à l'exploitation paisible de l'entreprise » a été reconnue par plusieurs grands arrêts du Bundesgerichtshof allemand⁴, notamment en ce qui concerne

- l'allégation fautive d'un droit d'exclusivité non existant (« ungerechtfertigte Schutzrechtsverwarnung »)⁵,
- le dénigrement fautif de l'activité commerciale d'autrui (« abträgliche Werturteile »)⁶,
- les affirmations factuelles conformes à la réalité, mais nocives à l'exploitation de l'entreprise⁷ et dépourvues d'intérêts légitimes⁸,

³ Voir *Sack, R., loc. cit.* et *Larenz, K., « Lehrbuch des Schuldrechts », tome II, 11^{ème} éd., Munich 1977, C. H. Beck, p. 558 et s.*

⁴ Pour une synthèse agréable à lire cf. *Larenz, K., loc. cit.*

⁵ Voir BGHZ 2, 387; BGHZ 38, 200.

⁶ BGHZ 3, 279; BGHZ 45, 296,306.

⁷ BGHZ 36,18 („[...] Ein Gläubiger, der fahrlässig einen unbegründeten Konkursantrag gegen seinen Schuldner stellt, handelt, wenn er die Tatsache seiner Antragstellung verbreitet, damit nicht der Wahrheit zuwider, so dass er nicht wegen Kreditgefährdung nach § 824 BGB haftet. Die Bekanntgabe einer wahren Tatsache kann jedoch eine Verletzung des durch § 823 Abs 1 BGB geschützten Rechtes am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb darstellen (vgl BGHZ 8, 142). Sollte die Beklagte in der genannten Weise vorgegangen sein, so läge der unmittelbare und rechtswidrige Eingriff zwar

- l'appel au « boycott » ou au blocage des activités commerciales concernées⁹,

étant précisé, en schématisant quelque peu, que l'auteur des actes incriminés ne pourra voir sa responsabilité engagé que si une mise en

nicht in der Stellung des Konkursantrages, möglicherweise aber - selbständig - in der ungerechtfertigten Mitteilung an Dritte. [...]“).

⁸ Cf. BGHZ 8, 142, mettant en exergue l'approche subtile de la Cour suprême („[...] Es bedurfte [...] der Abwägung, wie weit ein Eingriff in die gewerbliche Tätigkeit des Klägers bei Lage des Falles unbedingt geboten war und ob er in der schonendsten Form vorgenommen worden ist [...] Eine solche wird sich nur an Hand der besonderen Umstände des Einzelfalles finden lassen, und zwar an Hand der Frage nach der Notwendigkeit des Eingriffs und nach der Wahrung des Gesichtspunktes der größtmöglichen Schonung des Betroffenen. Im vorliegenden Falle war schon die Frage der Notwendigkeit des Eingriffs in der vorgenommenen Form zu verneinen. Interesse an der Mitteilung des Zahlungsverzuges des Klägers hatten nur solche Firmen, die mit dem Kläger in Geschäftsverbindung standen oder treten wollten. Es hätte vom Gesichtspunkt der Unverletzlichkeit fremder Rechtsgüter kein Bedenken dagegen bestanden, wenn der Beklagte die von ihm gesammelten Mitteilungen über den Zahlungsverkehr des Klägers [...] nur solchen Mitgliedern zur Kenntnis gebracht hätte, die infolge einer bestehenden oder beabsichtigten Geschäftsverbindung beim Beklagten danach angefragt hätten, wie dies auch bei der Inanspruchnahme von Auskunftfeien zu geschehen pflegt. Darauf hat sich der Beklagte indessen nicht beschränkt, sondern er hat den Kläger unter Einordnung in eine allgemeine Wertschätzung als "langsamer Zahler" in Gesellschaft mit anderen notorisch unzuverlässigen Schuldner vor den gesamten Mitgliedern derselben Branche gewissermaßen bloßgestellt. [...]“);

⁹ BGHZ 59,30 („[...] Zwar kann eine Schadensersatzpflicht unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den Gewerbebetrieb nur begründet werden, wenn dies geboten ist, um eine sonst bleibende Lücke im Rechtsschutz zu schließen [...] Es ist aber ebenfalls anerkannt, dass unmittelbare Eingriffe in fremden Gewerbebetrieb eine Ersatzpflicht auch dann auslösen können, wenn sie ohne das Bewusstsein der Schädigung vorgenommen oder nicht als sittenwidrig zu werten sind [...] Die notwendige Begrenzung dieser Haftung ergibt sich dadurch, dass die Frage nach der Rechtswidrigkeit des Handelns hier nicht schon wegen des Eingriffstatbestandes grundsätzlich zu bejahen, sondern in jedem Einzelfall unter Heranziehung aller Umstände zu prüfen ist [...]“).

balance des intérêts légitimes en cause aboutit au constat de l'intérêt prépondérant de la victime du dommage¹⁰.

Est-ce à dire qu'il y a là un impact de la responsabilité extracontractuelle prévu par le droit commun sur les activités commerciales ?

La réponse à cette question me semble être négative. Au contraire, ce sont plutôt les besoins de la vie des affaires qui influent sur l'interprétation du droit commun, en altérant les notions clés mêmes de celui-ci.

Je vous remercie de votre attention.

¹⁰ Cf. BGHZ 45, 296, point 41 de l'arrêt: „Die strengen Sorgfaltspflichten, die die Rechtsprechung mit Recht stellt, wenn die Presse ehrenrührige Tatsachen über einen Bürger verbreitet, sind nicht gleicher Weise am Platz, wenn Wertungen in Fragen allgemeiner Bedeutung, mögen sie auch einem einzelnen abträglich sein, vorgetragen werden. Misst das Grundgesetz der rechtlichen Sicherung der Freiheit der Meinungsäußerung eine überragende Bedeutung bei, so liegt dem die Vorstellung zugrunde, dass der mündige und zum eigenen Urteil im Kampf der Meinungen aufgerufenen Bürger in der freiheitlichen Demokratie selbst fähig ist, zu erkennen, was von einer Kritik zu halten ist, die auf eine Begründung verzichtet und in hämisch-ironischer oder schimpfend-polternder Art die Gegenmeinung angreift. [... Daher] ist es hinzunehmen, dass das Recht dem Betroffenen nicht gegenüber jeder unangemessenen scharfen Meinungsäußerung Schutz gewährt. Dabei sind solche Einschränkungen des Rechtsschutzes besonders dann zu vertreten, wenn es dem Kritiker darum geht, einen Angriff auf die von ihm vertretene Auffassung abzuwehren, den er aus seiner Sicht nach Tendenz und Aufmachung als unangemessen oder anstößig empfinden konnte.“