

**LA LOI ALLEMANDE RELATIVE  
AU RÉGIME JURIDIQUE  
DES CONDITIONS GÉNÉRALES  
DES CONTRATS DU 9 DÉCEMBRE 1976  
BILAN DE ONZE ANNÉES D'APPLICATION**

par

Dr. Hans W. MICKLITZ

Zentrum für Europäische Rechtspolitik de l'Université de Brème

La loi allemande relative au régime juridique des conditions générales des contrats, adoptée le 9 décembre 1976, a engendré des bouleversements que personne n'avait soupçonnés. Le juge en est l'acteur principal. Il est saisi autant par les particuliers que par des groupements. A travers plus de deux mille décisions il est en train de modifier la conception de la loi en élargissant son champ d'application et d'utiliser le contrôle du contenu des conditions générales des contrats pour réformer le droit des obligations. Il semble que les sanctions civiles prévues par la loi aient contribué à son acceptation par les différents acteurs sociaux concernés.

*The Standard Terms Act was adopted on December 9th 1976. No one foresaw the far-reaching effects of the Act on German contract law. The main actor has been and still is the judge. The courts may be invoked either by individual claimants or by professional and consumer's organisations within the frame of group action. In more than two thousand judgements, 50 % deriving from group actions and the other 50 % from individual litigations, the courts have transformed the Act into a general instrument making possible a reform of contract law. No restrictions either in the scope of application or in the scope of exercising control over the contents of unfair terms have hindered that process of transformation. The overall acceptance of the Act has certainly been promoted by its entirely civil-law character. It does not provide for penal sanctions in the case that stipulations do not comply with the provisions of the Act.*

## I. INTRODUCTION

Résumer la loi allemande sur les conditions générales des contrats est un travail de Sisyphe : il faut étudier plus de 2 000 jugements, fouiller quelques centaines d'articles et passer en revue une dizaine de commentaires (1). La littérature scientifique relative à cette loi pourrait remplir une étagère — environ dix mètres de livres sur une loi qui vient de fêter son dixième anniversaire ! Personne n'avait prévu une telle explosion juridique. Personne n'avait pu imaginer que la loi occuperait une telle place dans la doctrine et la jurisprudence. Ses effets ont bouleversé le droit civil, le droit commercial et même le droit du travail. Peu de matières ont pu résister à cet assaut. Aujourd'hui, la question est de savoir si la loi n'est pas en train de se développer parallèlement au droit des obligations et si elle ne devient pas une codification générale influençant le droit civil et le droit commercial (2).

Il va de soi qu'il n'est pas possible de présenter exhaustivement la loi, la doctrine, la jurisprudence ainsi que les réflexions théoriques menées à ce sujet. L'ambition de cet article sera beaucoup plus modeste : il se bornera à décrire et à analyser les tendances et les grandes lignes du développement.

Pour comprendre la conception de la loi, il est nécessaire de rappeler les vicissitudes qui ont jalonné son élaboration. Les avant-projets prévoyaient uniquement une protection des consommateurs garantie par une autorité compétente pour examiner les conditions générales des contrats et pour accorder une autorisation préalable aux professionnels. Ces projets, soutenus par l'aile gauche du parti social-démocrate, n'ont pu résister aux attaques multiples. Les adversaires de ces projets se sont prononcés en faveur de l'intégration des professionnels dans le champ d'application et ont lutté contre toute forme étatique de contrôle. Bref, les adversaires sont arrivés à leurs fins. La loi s'applique aux consommateurs et aux professionnels. Le contrôle des conditions générales des contrats est exercé par les associations professionnelles et les associations de consommateurs au moyen de l'action civile.

Rétrospectivement tout le monde se satisfait de cette solution. Pour le reste, les limitations apportées par la loi aux conditions générales des contrats, les listes grises (clauses interdites sous réserve de l'appréciation des tribunaux) et les listes noires (clauses interdites de manière absolue) de clauses abusives, la fameuse clause générale (qui s'impose aux tribunaux et les autorise à soumettre chaque condition générale des contrats au

---

(1) Les commentaires expliquent la loi et l'interprètent : ULMER, BRANDNER, HENSEN, SCHMIDT, *AGB-Gesetz*, 5<sup>e</sup> éd., Cologne 1987 ; LÖWE, GRAF von WESTPHALEN, TRINKNER, *Grosskommentar zum AGB-Gesetz*, 2<sup>e</sup> éd., Heidelberg, 1985 ; SCHLOSSER, *AGBG*, 12<sup>e</sup> éd., Berlin 1980 ; WOLF, HORN, LINDACHER, *AGB-Gesetz (Kommentar)*, Munich 1984 ; HEINRICHS, in *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar*, 45<sup>e</sup> éd., Munich 1986 ; KÖTZ, GERLACH, in *Münchener Kommentar, BGB Allgemeiner Teil, AGB-Gesetz*, t. 1, Munich 1978 ; BUNTE, *Entscheidungssammlung zum AGB-Gesetz*, t. 1, 1977-1980, t. 2, 1981, t. 3, 1982, t. 4, 1983, t. 5, 1984, t. 6, 1985, Heidelberg : *Verlagsgesellschaft, Recht und Wirtschaft*, 1982/1983.

(2) SCHMIDT, *ZIP* 1987, 1505-1509.

test de savoir s'ils ne « désavantagent pas de manière anormale le co-contractant de l'utilisateur, en méprisant les principes de bonne foi et d'équité », les mécanismes de sanctions (nullité et absence de sanction pénale), l'extension de l'action civile aux conditions générales approuvées par une autorité avec une compétence spéciale (assurances, crédit, surveillance de concurrence), tous ces points n'ont pas déclenché de débat de fond. Après qu'un consensus se soit formé sur les lignes essentielles, quelques discussions ont encore eu lieu, mais le terrain avait suffisamment été préparé pour que le Parlement adopte le projet à l'unanimité.

## II. TENDANCES DANS L'APPLICATION DE LA LOI SUR LES CONDITIONS GÉNÉRALES DES CONTRATS

L'analyse est issue de toute une série d'articles publiés dans différentes revues juridiques à l'occasion du dixième anniversaire de la loi (3), ainsi que des résultats d'un congrès organisé l'année dernière sur le thème « *Zehn Jahre AGB-Gesetz* » (4). Tous ceux qui se sont intéressés à cette loi depuis dix ans, ont publié leurs points de vue sur les effets positifs et négatifs de celle-ci. Le congrès poursuivait un but très ambitieux : regrouper les acteurs principaux, les juges de la Cour suprême, les avocats, les politiciens, les représentants des organisations de professionnels et de consommateurs, et évidemment les chercheurs. Tout le monde était invité à participer à ce congrès. Mais la sélection des rapporteurs et des participants aux tables rondes reflétait l'exclusion subtile de tous ceux qui se battent pour une amélioration de la protection des consommateurs. D'un côté, il y avait une société bien établie de juges, de politiciens et de professeurs, de l'autre côté plus tolérés que respectés, les non-conformistes. Les associations de consommateurs ont laissé passer une chance de fêter à leur tour l'anniversaire de la loi. La conséquence est évidente : il manque un bilan sérieux émanant des associations de consommateurs qui analyserait les progrès et formulerait les déficits.

### 1. *Champ d'application rationae personae*

Le fait que les professionnels aient trouvé, presque à la dernière minute, place dans le dispositif légal, a largement contribué à l'accueil favorable réservé à la loi à tous les niveaux, politiques aussi bien que juridiques. L'expérience prouve que la décision était sage et utile. Presque 30 % (5) de l'ensemble des jugements concernent des litiges entre professionnels. Ceux-ci sont critiques à l'égard d'une jurisprudence sévère à qui il est reproché de chercher à soumettre aux mêmes exigences les conditions générales des contrats entre professionnels et les conditions générales des contrats appliquées aux consommateurs. En effet, la Cour suprême a

(3) SCHLOSSER, *ZIP* 1985, 449-462 ; BUNTE, *NJW* 1987, 921-928 ; SCHLOSSER, *JR* 1988, 1-7 ; BRANDNER, *VuR* 87, 121-126.

(4) HEINRICHS, LÖWE, ULMER (éd.), *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, Cologne 1987.

(5) ULMER, in *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 13.

décidé que les listes grises et noires de clauses abusives, bien que formellement inapplicables aux professionnels, doivent être prises en considération lors du contrôle par le biais de la clause générale (6). Cette jurisprudence n'interdit pas *expressis verbis* toute exclusion ou limitation de responsabilité pour faute grave, mais elle mène à des résultats encore plus stricts. Certains arrêts interdisent toute exclusion de responsabilité, même pour faute légère (7).

Mais, et cela est important, les effets de cette jurisprudence ne sont pas limités aux litiges entre professionnels. Il existe une interdépendance entre les deux domaines de contrôle. De temps en temps, la jurisprudence dans le domaine des professionnels précède le développement du droit légiféré et invite ainsi les associations de consommateurs à ester en justice sur la base de l'action civile. Dans le cas inverse, l'extension du champ d'application aux professionnels permet de trouver dans la chaîne de distribution celui qui est et devrait être le dernier responsable – le producteur. C'est ainsi que la loi avec son champ d'application vaste évite que les coûts d'une protection élevée restent à la charge des distributeurs.

## 2. *Champ d'application rationae materiae.*

La loi allemande ne s'applique — comme son titre l'indique — qu'aux conditions générales des contrats. Il s'agit d'une restriction qui entraîne des doutes sur les effets de la loi exprimés notamment par d'autres pays membres de la Communauté. Les conditions générales des contrats jouent un rôle en RFA qui ne peut guère être comparé à un autre pays européen, peut-être même à aucun autre pays du monde. Il reste peu de matières dans le droit de la consommation qui ne soient pas dominées par des conditions générales des contrats. Il ne faut jamais perdre cela de vue lorsqu'on analyse la loi allemande.

### a) *La définition des conditions générales.*

Quoiqu'il en soit, ceux qui craignent une influence restrictive des Allemands au niveau européen peuvent être rassurés : la jurisprudence interprète la définition de « conditions générales » d'une façon très large (8). Quand le professionnel transmet au consommateur le texte du contrat ou une partie sous une forme préétablie, il ne peut plus échapper à la loi en prétendant que les clauses du contrat « ont été négociées dans le détail entre les deux cocontractants ». La simple disposition du professionnel à négocier le texte préétabli ne joue plus de rôle dans la jurisprudence.

Plus important encore, la Cour suprême semble être prête à soumettre les clauses abusives, qui ne satisfont pas aux critères de la définition de l'article 1, à un contrôle sous le régime de la bonne foi, § 242 du Code civil. Cette jurisprudence pourrait à long terme égaliser les critères de

---

(6) BGHZ 90, 273-280.

(7) SCHLOSSER, JR 1988, 6 avec référence à l'arrêt de la Cour suprême BGH NJW 1985, 3016 ; SCHLOSSER, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 121-135.

(8) SCHLOSSER, JR 1988, 2.

contrôle pour les clauses abusives et les conditions générales de contrats. Elle mérite d'être retracée (9) : la Cour suprême devait décider si l'exclusion de toute garantie dans un contrat de vente immobilière passé devant notaire était conforme à la loi. La Cour suprême a bien mis en évidence que la loi sur les conditions générales ne peut être appliquée, mais elle a ajouté : l'exclusion totale de toute garantie qui est regardée comme nulle sous le régime de la loi relative aux conditions générales des contrats, ne peut pas subsister dans un contrat individuel quand le notaire s'y réfère sans expliquer en détail les conséquences graves d'une telle clause pour le consommateur. L'arrêt entraîne des conséquences pour toutes les professions libérales (avocats, médecins, courtiers) qui croyaient être exclus du champ d'application de la loi. Pour éviter tout malentendu, il faut répéter la quintessence encore une fois : la Cour suprême n'applique pas la loi sur les conditions générales des contrats à un contrat individuel qui contient des clauses abusives, mais elle étend l'esprit de celle-ci à la philosophie du Code civil.

b) *Les restrictions de l'article 8.*

L'article 8 définit les limites du contrôle du contenu des conditions générales des contrats : « Les articles 9 à 11 (clause générale, listes grise et noire) ne concernent que les dispositions des conditions générales ayant stipulé des règles dérogatoires du droit commun ou des règles complémentaires ».

Cet article de rédaction confuse interdit aux tribunaux de contrôler le prix et la prestation objet du contrat. La loi sur les conditions générales des contrats est basée sur l'idée que, même si le professionnel impose aux consommateurs des conditions générales préétablies, les cocontractants doivent se mettre d'accord sur le prix de la chose ou du service et sur la nature de la prestation. Cela ne veut pas dire que le prix et la prestation forment le sujet des négociations, mais dans une société comme celle de la RFA, le prix et la prestation sont regardés comme résultat des forces du marché.

Au cours des premières années, on a pu croire que les tribunaux respecteraient ces limites de l'article 8 (10), mais ils ont modifié leur jurisprudence. Ils ont commencé à soumettre la détermination préétablie de la prestation ainsi que les conditions de la formation préétablie du prix, au contrôle conforme aux règles des articles 9 à 11 (11).

C'est ainsi que les tribunaux contrôlent les conditions générales des contrats des compagnies d'assurances. Ces conditions générales définissent le contenu de la prestation. Chaque arrêt intervient nécessairement dans la détermination de la prestation (12). Un autre exemple pour illustrer cette nouvelle tendance est le contrôle des tolérances de la qualité dans les

---

(9) V. les arrêts de la Cour suprême *BGHZ* 74, 204 ; *BGH NJW* 1982, 2243 ; *BGH ZIP* 1984, 1161, et l'analyse détaillée de WALCHSHÖFER, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 155-175.

(10) V. BOHLÉ, MICKLITZ, *BB III* 3, annexe 11/1983 au *Cahier* 28/1983, thèse 4 et 5.

(11) V. WESTERMANN, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 135-154.

(12) V. WESTERMANN, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 138.

conditions générales d'un magasin d'ameublement (13). Il est fort possible que les tribunaux commencent bientôt à contrôler les normes techniques élaborées par les instituts de la normalisation qui définissent le standard minimum de qualité (14).

Peut-être encore plus spectaculaires et de toute façon beaucoup plus avancés, sont les efforts de la jurisprudence pour limiter les possibilités pour un professionnel, d'augmenter, d'adapter le prix à des circonstances qui ont changé ou de préétablir des conventions annexes qui déterminent le prix dans des conditions générales des contrats. L'histoire commence avec l'article 11, 1 qui interdit toute augmentation de prix dans un délai de quatre mois à compter de la conclusion du contrat. Cette clause n'a jamais attiré beaucoup l'attention. Le contenu est clair et correspond à la législation sur l'indication des prix. La seule question qui n'est pas encore résolue concerne son application éventuelle dans le cas où les conditions générales ne prévoient pas de prix fixes et soumettent la fixation du prix à une réserve. Mais l'attention s'est vite détournée vers les différentes tentatives des professionnels de prévoir une augmentation ou une adaptation du prix en dehors de ce délai.

Il existe toute une série d'arrêts de la Cour suprême qui essaient de tracer une frontière entre des augmentations/adaptations licites et des clauses nulles (15). La Cour suprême n'a pas hésité à contrôler les clauses du prix en dehors de l'article 11, 1 sur la base de l'article 9 – clause générale. Quelques arrêts exigent du professionnel qu'il définisse dans les conditions générales, les critères d'après lesquels une augmentation de prix peut avoir lieu, et pour protéger le consommateur, de prévoir la possibilité de résilier le contrat si l'augmentation dépasse un certain pourcentage. Cette jurisprudence n'est pas unanime. Des arrêts d'une autre chambre de la Cour suprême, permettent au professionnel d'adapter le prix à des circonstances qui ont changé sans contrainte de justification. La situation est loin d'être claire.

Le dernier ensemble concerne ce que j'appellerais les conventions annexes de la détermination du prix (16). Depuis une dizaine d'années, on décèle une tendance dans les contrats de service à diviser la fixation du prix en deux parties, le paiement principal de la prestation de service et le paiement des faux frais ou des frais accessoires qui se sont transformés au cours des années en un deuxième prix. Ce phénomène peut être observé dans les baux, le crédit à la consommation, le contrat de courtier et les contrats de réparation. Les juges se sont émus et ont réagi aux clauses qui se cachent dans les conditions générales des contrats. La solution juridique diffère selon le sujet. Dans le contrôle du crédit à la consommation, la

---

(13) V. OLG Francfort, ZIP 1983, 1213, et l'analyse de WESTERMANN, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 147.

(14) Pour une analyse du rôle principal des termes techniques en ce qui concerne la sécurité, JOERGES et al, *Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft*, 1988.

(15) BRANDNER, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 39-55 et PAULUSCH, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 55-83.

(16) MICKLITZ, BB 1988, 639-646.

Cour suprême intègre les faux frais dans le calcul des taux (17). Elle a été l'objet de nombreuses attaques en raison d'un arrêt qui a déclaré nulle la clause d'un contrat de réparation qui stipulait « que le consommateur doit payer les frais de déplacement et la durée du travail d'un monteur qui vient réparer le produit en question à domicile » (18).

La Cour suprême a été fortement critiquée pour son intervention dans la zone réservée de l'article 8. Il existe un conflit doctrinal sur les limites de cette jurisprudence ainsi que sur le fond. La jurisprudence poursuit une approche très pragmatique et peu doctrinale. Elle s'estime compétente pour corriger les clauses du prix et la prestation du contrat dans les conditions générales des contrats quand les forces du marché ne remplissent pas leurs tâches et ont des conséquences intolérables tant pour les consommateurs que pour les professionnels. Autrement dit : une analyse fonctionnelle démontre que la jurisprudence agit pour compenser une défaillance du marché (19). Entre parenthèses soit dit qu'en ce qui concerne les clauses du prix, la loi relative aux conditions générales du contrat comble l'inefficacité de la loi contre les restrictions à la concurrence !

c) *Les conditions générales collectivement négociées.*

Pour compléter l'examen du champ d'application, il faut intégrer la jurisprudence concernant des conditions générales négociées collectivement, un sujet qui a pris beaucoup d'importance dans d'autres pays de la Communauté. Pour simplifier : la Cour suprême a principalement soumis des conditions générales collectivement négociées au régime strict de la loi de 1976, répondant ainsi à l'une des préoccupations des associations de consommateurs. L'ADAC, le club automobile allemand qui prétend défendre les intérêts des consommateurs, avait négocié des conditions générales avec les associations de négociants et mécaniciens automobiles concernant la réparation de véhicules. Le « *Verbraucherschutzverein* », qui est chargé de l'action civile, a contesté une dizaine de clauses devant les tribunaux. La Cour suprême qui les a presque toutes déclarées nulles, a souligné la nécessité d'avoir un contrôle indépendant des conditions générales collectivement négociées par les tribunaux qui ne sont pas tenus de respecter les résultats de cet accord (20).

Mais une exception concerne les conditions générales dans le domaine de la construction (*Verdingungsordnung für Bauleistungen*). Cet *opus magnum* résulte des négociations menées il y a cinquante ans avec la participation des parties concernées, les constructeurs et surtout les autorités publiques (21). Ces dernières ont joué le rôle de consommateurs et ont réussi à établir des règles plus favorables que le droit commun. La Cour suprême a conféré à ces conditions générales un statut spécial qui ne permet pas de contrôler une clause sans tenir compte de l'*opus* dans son

(17) BGH, NJW 1985, 320-327.

(18) BGHZ 91, 316-318.

(19) WESTERMANN, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 145-148.

(20) BGB, *VuR* 1987, 336-342.

(21) WEICK, *Vereinbarte Standardbedingungen im deutschen und englischen Bauvertragsrecht*, 1977 et WALCHSHÖFER, *Zehn Jahre ABG-Gesetz*, 162-166.

ensemble (22), mais qui interdit en même temps aux professionnels et aux consommateurs d'intégrer en partie seulement les conditions générales (23). C'est ainsi que les conditions générales sur la prestation de service de construction bénéficient d'un statut que les compagnies d'assurances réclament pour leurs conditions générales depuis l'adoption de la loi de 1976. La raison de ce traitement est simple : les autorités publiques allemandes, comme dans d'autres secteurs de la consommation, défendent ici un privilège que l'industrie a perdu depuis longtemps et — la jurisprudence l'admet.

### 3. *Tendances dans le contrôle du contenu des conditions générales des contrats.*

Ce que nous appelons « contrôle du contenu » a déjà été développé par le « *Reichsgericht* » avant la deuxième guerre mondiale (24). La Cour suprême a repris cette tradition et la loi de 1976 accepte et généralise ce développement. Quelques promoteurs de la loi ont voulu créer une codification qui fixe cette législation mais qui n'apporte rien de bien nouveau. Le contrôle du contenu du contrat, surtout par l'interprétation extensive de l'article 8, soumet les conditions générales aux critères d'équité et de bonne foi. La jurisprudence a écarté toutes les barrières qui pourraient l'empêcher d'exercer un contrôle presque complet du contenu des conditions générales : les règles générales de la loi de 1976 (art. 2 à 5), les effets possibles de blocage des listes grises et noires. La jurisprudence s'est précipitée sur la clause générale comme instrument flexible et multifonctionnel permettant le contrôle des conditions générales des contrats. Ce n'est pas un secret : le développement des dernières années n'aurait pas été possible sans l'engagement et la sensibilisation de la jurisprudence.

#### a) *La perte des fonctions des règles générales (25).*

C'est ainsi que nous pouvons constater une perte des fonctions des règles générales de la loi de 1976. Ce sont des règles qui concernent le contrôle individuel des conditions générales. L'article 2, (les dispositions sur l'insertion dans le contrat), conçu comme dernier effort d'instaurer, ou plutôt, de maintenir le caractère consensuel des conditions générales, ne joue pratiquement aucun rôle. Sur plus de 2000 arrêts, à peine dix traitent de cette question. Et si les tribunaux réclament l'insertion des conditions générales dans le contrat, ils utilisent des critères qu'ils empruntent aux listes grises et noires ou à l'article 9, mais ne se basent plus sur les conditions générales comme acte juridique au sens de l'article 2 (26). Autrement dit : la volonté individuelle du consommateur, la possibilité « d'en prendre réellement connaissance » et de reconnaître la validité de ces conditions n'intervient plus. C'est le contenu qui compte et non pas le fait de savoir

---

(22) *BGHZ* 86, 135-143.

(23) *BGHZ* 96, 129-135.

(24) HART, *Allgemeine Geschäftsbedingungen und Justizsystem*, Francfort, 1974.

(25) SCHLOSSER, *ZIP* 1985, 449 (456-458).

(26) SCHLOSSER, *ZIP* 1985, 449 (456).

si les conditions générales ont été ou non légalement insérées dans le contrat.

L'article 3 stipule que les clauses surprenantes ne font pas « partie intégrante du contrat », une disposition conçue pour le contrôle individuel des conditions générales des contrats. Théoriquement, l'article 3 ne peut pas servir de moyen de contrôle dans l'action civile. Mais la jurisprudence a interprété des clauses surprenantes comme infraction à la clause générale et a ainsi transféré le message de l'article 3 à la procédure du contrôle abstrait. C'est ainsi que la Cour suprême a annulé l'obligation préétablie dans les conditions générales prévoyant que le consommateur doit payer le devis pour une réparation d'appareil électroménager (27).

Reste l'article 4 qui édicte « la prééminence des conventions individuelles ». Quand les parties au contrat se mettent d'accord sur des conditions supérieures aux conditions générales préétablies du contrat, ce sont les négociations individuelles qui prévalent sur les conditions générales. Les problèmes pratiques sont évidents. Le vendeur promet au cours de la conversation de nombreuses choses qui servent à convaincre le consommateur de signer le contrat. Mais les conditions générales stipulent d'une façon ou d'une autre que des conventions individuelles ne sont valables que si elles sont confirmées par écrit — c'est la clause dite de forme écrite. Les associations des consommateurs ont lutté pendant les travaux préparatoires de la loi de 1976 pour l'insertion de la dite clause dans le catalogue des clauses interdites de manière absolue. Ils n'ont pas réussi, mais dix ans plus tard les tribunaux ont fait prévaloir l'esprit de l'article 4 dans la clause générale et ont ainsi rendu possible le contrôle abstrait de la clause de forme écrite (28).

b) *Les listes grises et noires.*

Les listes grises et noires, les clauses interdites sous réserve de l'interprétation des tribunaux et les clauses interdites de manière absolue, ont rendu possible l'élimination dans une première étape des pires clauses abusives du marché. Tout au début de la nouvelle ère, la discussion était focalisée sur la liste noire. Les associations de professionnels pouvaient utiliser cette liste qui laisse peu de marge d'interprétation pour examiner si leurs conditions générales étaient conformes à la loi. Les associations ont pris la même liste pour se familiariser avec le sujet et pour s'accoutumer à la nouvelle tâche qui leur incombait.

La situation a changé quand la liste des clauses grises est entrée en scène. Cette liste suppose une interprétation. Beaucoup de termes juridiques doivent être concrétisés : « un délai anormalement long » (n° 1), « motif justifié » (n° 3), « une convention exagérée » (n° 4), « un certain délai » (n° 5 a), « une importance capitale » (n° 6), « une rétribution exagérée » (n° 7 a), « dépenses exagérées » (n° 7 b). Il n'est pas question d'énumérer toutes les interprétations données par la doctrine et par les tribunaux. Il suffit de constater qu'aujourd'hui, il reste encore des problè-

---

(27) BGB, NJW 1982, 765-766.

(28) BULTMANN, *VuR* 1988, 61-64.

mes à résoudre. Prenons l'article 10, 4 (réserve de modification) qui stipule qu'une convention ayant pour objet de confier au professionnel le droit de modifier la prestation promise, est frappée de nullité lorsque la dite convention est déséquilibrée pour le consommateur par rapport à ses intérêts. Les grands magasins d'ameublement se réservent dans leurs conditions générales le droit de modifier la couleur, la structure ou la madrure selon « l'usage dans le commerce ». Chacun de nous a déjà fait l'expérience de divergences de couleurs et de structures. L'objet délivré ressemble peu à celui vu dans le magasin. Est-ce conforme à la loi de 1976 de se référer à « l'usage dans le commerce » ? Dans notre exemple, la Cour suprême a accepté la clause dans les conditions générales et a laissé au consommateur le risque de divergences possibles (29). Mais le rôle et l'importance de l'usage dans le commerce dans l'interprétation des termes indéterminés n'ont pas encore été définis.

Actuellement les tribunaux examinent si, et jusqu'à quel point, les listes grises et noires peuvent servir de règle d'interprétation pour définir le contenu licite des conditions générales entre professionnels. La Cour suprême établit des listes grises et noires, qui n'ont qu'un caractère indicatif, c'est-à-dire que les clauses n'encourent pas automatiquement la nullité (30). Les professionnels et quelques chercheurs réclament une application de l'article 9 qui respecterait les particularités des relations commerciales.

### c) *La clause générale.*

La seconde grande étape pour « assainir le marché » concerne l'application de la clause générale. C'est ici que les plus grands changements ont eu lieu et c'est ici que les tribunaux interviennent et agissent *grosso modo* comme promoteurs des intérêts des consommateurs. La discussion actuelle, dans la doctrine aussi bien que devant les tribunaux et même dans les milieux politiques, tourne autour de l'article 9, ses possibilités et ses limites. Les associations de consommateurs ont vite aperçu les chances inhérentes à la clause générale et ont suscité un grand nombre de procès modèles dans différents secteurs de la consommation.

L'application et l'interprétation de l'article 5 de la loi « la règle *contra preferentum* » a joué un rôle clé dans le déroulement de tous les procès issus de l'action civile. L'article 5 dit : « En cas de doute sur l'interprétation de conditions générales des contrats, il convient de faire prévaloir l'interprétation la plus défavorable à l'utilisateur ».

Cette fois-ci la traduction est plus claire que le texte allemand qui dit seulement que la clause doit être interprétée au détriment du professionnel. Mais la traduction est significative. L'article conçu pour le contrôle du contrat individuel forme le point de départ de tout contrôle abstrait dans la procédure de l'action civile (31). Les associations de consommateurs qui

---

(29) BGB, ZIP 1987, 713-715 ; v. dans ce contexte SCHLOSSER, JR 1988, 4.

(30) BGHZ 90, 273-280 (278) et la critique de SCHLOSSER, ZIP 1985, 449 (458-462) et le même JR 1988, 6.

(31) HEINRICHS, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 36.

ont l'intention de porter plainte contre une clause spécifique lui donne le sens le plus défavorable au professionnel. Ils optent pour cette interprétation quant au contenu de la clause et la confronte avec l'article 9 de la loi de 1976. La proposition de procéder a ainsi été faite par un chercheur, mais la jurisprudence suit cette procédure déjà depuis 1980.

L'interprétation de la loi de 1976 diffère selon le type de contrôle. Dans les procédures de l'action civile, les tribunaux exercent une interprétation abstraite et générale au lieu d'une interprétation concrète et individuelle. Cela veut dire que les circonstances individuelles, des excuses, des justifications ou explications données par le professionnel, ne sont pas pris en considération. C'est le texte de la clause qui compte tel qu'un consommateur moyen doit le comprendre (32) !

L'article 9, 1 prévoit des possibilités différentes de juger si les dispositions des conditions générales « désavantagent de manière anormale le consommateur au mépris des principes de bonne foi et d'équité ». L'article 9, 2 stipule : « .. dans le doute, il convient de présumer qu'un tel préjudice anormal existe, dès lors qu'une disposition : 1. n'est pas compatible avec les principes fondamentaux de la réglementation légale, à laquelle elle déroge, ou : 2. restreint à un tel point les droits ou obligations essentiels relevant de la nature même du contrat, qu'il semble compromis que la finalité du contrat puisse être atteinte ».

La jurisprudence s'est surtout référée à l'article 9, 2 (1) dans lequel se trouvent les principes fondamentaux de la réglementation légale qui sont presque devenus synonymes de « droit dispositif ». Par « droit dispositif », on entend les règles du droit civil qui ne sont pas impératives, les cocontractants pouvant y déroger. La jurisprudence, alors, est revenue à ce droit dispositif et a examiné quelle est la règle du Code civil à laquelle le professionnel déroge dans ses conditions générales des contrats. Une telle dérogation n'entraîne pas nécessairement la nullité de la clause en question mais dans nombre d'arrêts, les tribunaux ont pratiquement transformé le droit dispositif du Code civil en un droit impératif. Lors du congrès de l'année dernière, cette tendance de la Cour suprême a été vivement critiquée. Quelques chercheurs en accord avec les représentants de l'industrie lui ont reproché d'avoir trouvé des règles du droit dispositif là où elles ne sont pas explicitement codifiées (33) — ce qui serait conforme à la loi d'ailleurs, car l'article 9, 2 (1) ne parle pas du droit ou des règles dispositives mais des « principes fondamentaux », ce qui a un sens plus étroit (seuls les principes sont à considérer) mais aussi plus large (parce que les tribunaux sont libres de définir ce qu'ils considèrent comme principes fondamentaux) !

Il reste peu de domaines du droit de la consommation où les limites de l'élaboration des conditions générales ne soient pas définies par la jurisprudence. Partout il y a des « *leading cases* », dans le crédit à la

(32) BGB, NJW 1981, 867-869.

(33) V. l'analyse et la critique de SCHLOSSER, ZIP 1985, 452 et le même *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 121-135 ; le même JR 1988, 5.

consommation sur l'adaptation des taux (34) et le calcul des intérêts moratoires (35), en matière de voyages, sur le paiement anticipé (36) et la responsabilité de l'agence et de l'organisateur de voyages (37), dans le contrat de vente, sur la signification de la « garantie » (38) et l'exclusion de toute responsabilité pour les voitures d'occasion (39), sur le devis dans le contrat de réparation des voitures et de l'équipement électro-ménager, la modification de la prestation et la responsabilité du technicien (40), dans le contrat de nettoyage à sec, sur la limitation des dommages et intérêts (41), dans le contrat de mise en relation en vue du mariage sur la nature du contrat (42) etc, etc. La liste ne peut être exhaustive.

Si on passe en revue les arrêts principaux, on est frappé de voir que les tribunaux aux différents niveaux basent leurs décisions sur un raisonnement qui est absolument dominant : l'exclusion ou la restriction de la liberté du consommateur de pouvoir décider ! La jurisprudence essaie de restaurer cette autonomie en établissant un droit d'information ou un droit de renseignement. C'est un instrument juridique extrêmement flexible qui lui permet d'éviter des solutions radicales et de s'adapter à des circonstances variables. Les consommateurs préfèrent des solutions claires qui disent ce qui est permis et ce qui est interdit. Mais l'expérience d'une décennie de « consumérisme » a démontré que ce sont les règles formelles qui se sont montrées les plus efficaces, et non pas les règles définissant le niveau de la protection. Il semblerait que la jurisprudence considérée de ce point de vue poursuive une approche sage. Il est possible de développer continuellement les droits d'information et de renseignement et d'en renforcer les conditions d'exercice.

#### 4. *Les effets juridiques des conditions générales — les conséquences d'une clause illicite et les sanctions.*

La loi de 1976 ne prévoit pas de sanction pénale. Elle a pour but d'éliminer les clauses abusives dans les conditions générales du contrat avec les instruments et les moyens du droit civil. Comme les règles du droit de la procédure civile s'appliquent surtout à l'action civile, il est possible de poursuivre l'inexécution d'un arrêt avec les moyens du droit processuel. Mais aucune sanction pénale n'est prévue. Il est prévu dans les règles du droit judiciaire privé de sanctionner celui qui n'exécute pas le jugement obtenu contre lui. Il peut être contraint à respecter le jugement par l'effet d'une amende civile fixée par le tribunal. Nous ne connaissons aucun cas d'application de cette règle.

---

(34) BGB, *NJW* 1985, 320.

(35) Il y a des centaines d'arrêts concernant ce sujet ; dans une perspective comparative, v. HÖRMANN (éd.), *Verbrauchercredit und Verbraucherschutz*, Brême, 1986.

(36) BGH, *VuR* 1987, 213-216.

(37) *NJW* 1988, 488-490.

(38) BGH, *NJW* 1981, 867-869.

(39) BGH, *NJW* 1979, 1886-1888.

(40) BGH, *NJW* 1982, 765-766.

(41) BGH, *BB* 1980, 1011-1013.

(42) OLG Hambourg, *NJW* 1986, 325-327.

a) *La nullité et les effets du jugement (43).*

La première et la plus importante conséquence d'une clause qui n'est pas conforme à la loi de 1976 est la nullité (art. 6). C'est un terme juridique qui demande explication. Il faut bien distinguer nullité de la clause dite « non-écrite » et suppression de la clause. Nullité veut dire tout d'abord que la clause ne peut plus être appliquée. Il s'agit d'une conséquence qui est importante aussi bien pour le contrôle individuel que pour le contrôle abstrait des conditions générales, l'action civile. Mais en ce qui concerne « l'action en cessation de trouble et en révocation », la dite action civile, le dispositif du jugement, d'après l'article 17, doit contenir non seulement : « 1. le texte des clauses des conditions générales faisant l'objet de la demande », mais aussi, « 2. la désignation de la nature des actes juridiques dans lesquels ne peuvent être utilisées les clauses des conditions générales faisant l'objet de l'action en cessation de trouble, 3. l'ordre de cesser l'utilisation des clauses analogues dans les conditions générales.. ».

Cela veut dire que la clause ne doit pas seulement être regardée comme non-écrite, l'utilisateur est tenu également de ne plus appliquer la clause dans les contrats individuels. Mais le dispositif ne concerne que l'utilisateur, un autre professionnel qui applique encore la clause n'est pas légalement tenu de respecter le jugement !

Que se passe-t-il alors dans l'hypothèse où la même clause apparaît encore dans le commerce, soit parce que d'autres professionnels continuent de l'insérer dans les contrats soit parce qu'un consommateur retrouve dans un contrat déjà conclu cette clause abusive et considérée comme nulle. Une réponse partielle se trouve dans l'article 21 de la loi de 1976 qui dispose clairement : « Si l'utilisateur condamné ne respecte pas l'ordre qui lui a été intimé de cesser d'utiliser une certaine clause dans des conditions générales, cette clause doit être considérée comme nulle, si le cocontractant concerné se prévaut de la force du jugement intervenu.. ».

L'article 21 suppose qu'il y a identité entre d'une part l'utilisateur dans la procédure de l'action civile et l'utilisateur dans la procédure d'un litige individuel. La clause en question est souvent la même, mais ce qui manque c'est l'identité d'utilisateur. Deux constellations différentes peuvent se présenter : (1) un litige individuel entre un consommateur et un professionnel qui utilise la même clause que son concurrent qui a été déjà condamné dans une procédure sous le régime de l'action civile et ; (2) une action civile dans laquelle l'association de consommateurs porte plainte contre un professionnel qui continue à utiliser la clause qui a été annulée dans une procédure contre son concurrent. Les tribunaux confrontés à une telle situation vont suivre les arrêts de la Cour suprême et considérer une telle clause comme nulle sans entrer encore une fois dans un débat doctrinaire. Cela est parfois différent dans le cas où la décision émane d'un tribunal de grande instance ou d'une des autres cours d'appel. Le tribunal peut essayer de développer son propre point de vue et ainsi contribuer à une clarification de la jurisprudence par la Cour suprême.

---

(43) V. MEDICUS, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 99-121.

Pour les associations de consommateurs la question se pose de savoir comment elles peuvent empêcher les professionnels de continuer à utiliser la clause. Sont-elles obligées de porter plainte contre chaque professionnel ? En principe, la réponse est positive. Mais les associations disposent d'un instrument qui n'apparaît pas dans la loi, mais qui a été développé dans le domaine de la publicité déloyale et mensongère (dite *Abmahnverfahren*). Par ce biais, les associations sont également autorisées à porter plainte contre les professionnels. Mais avant de saisir le tribunal, elles sont tenues de demander au professionnel de cesser la pratique déloyale. Le professionnel peut se soumettre à la demande et signer une déclaration qui l'oblige à ne plus se comporter déloyalement et à payer une amende en cas de violation de son obligation (dite *Unterwerfungserklärung*). Cette procédure obligatoire, préliminaire à la saisine du tribunal, s'applique également aux contrôles des conditions générales. Elle permet aux associations de faire respecter un arrêt de la Cour suprême dans tout un secteur de l'industrie ou du commerce. Prenons l'exemple de l'arrêt qui interdit à l'organisateur d'un voyage à forfait le paiement anticipé de toute la prestation. L'organisation compétente a contacté plus de soixante organisateurs de voyage à forfait qui refusent de respecter l'arrêt de la Cour suprême (44). En principe les professionnels se soumettent, changent leurs conditions générales et payent à peu près 150 DM à l'avocat pour couvrir ses frais. Il paraît que le « *Abmahnverfahren* » est un instrument efficace pour éliminer du marché les clauses qui sont contraires à la jurisprudence.

b) *La réduction de la clause abusive à un contenu licite.*

Quand une clause est considérée comme nulle, le contrat en général demeure valable et les clauses dans les conditions générales, qui sont frappées de nullité, sont remplacées par les dispositions légales. Le contrat dans son entier est nul quand « son maintien constituerait une mesure d'une rigueur excessive pour l'un des cocontractants » (art. 6 (3)). Cet effet juridique est resté lettre morte.

Tout de suite après l'adoption de la loi de 1976, un débat s'est déclenché sur la signification de la nullité (45). Les tribunaux peuvent-ils réduire le contenu de la clause jusqu'à ce qu'elle soit conforme à la loi ou doivent-ils prononcer la nullité sans réfléchir à une interprétation plus restrictive mais licite de la clause en question ? La Cour suprême a clairement constaté que la loi n'autorise pas le juge à « sauver » la clause en lui donnant un sens licite.

Elle a ainsi rompu avec une bonne tradition des tribunaux développée avant la loi de 1976. La nouvelle jurisprudence qui réalise l'article 6 de la loi au sens propre n'est pas un jeu de mots. Première conséquence pour ceux qui élaborent des conditions générales : il n'est plus question d'inclure dans les contrats toutes les malhonnêtetés en privant le consommateur de

---

(44) Il s'agit de l'arrêt BGH, *VuR* 1987, 213-216. L'information résulte d'une note verbale du représentant du *Verbraucherschutzverein*.

(45) V. l'analyse de BOHLE, MICKLITZ, *op. cit.*, annexe 11/1983 au cahier 28/1983, IV thèse 7.

tous ses droits et d'espérer que le juge réduira la clause à un contenu licite. La loi de 1976 a engendré une modification dans l'attitude des « établissements » des conditions générales : ils doivent procéder de manière beaucoup plus prudente s'ils veulent éviter la nullité.

La règle de la Cour suprême fortement réclamée par les associations de consommateurs a malheureusement été mutilée. C'est l'histoire de la clause « prix du jour » dans les conditions générales des grandes entreprises automobiles qui s'est déroulée il y a cinq ans (46). En bref : surtout Mercedes, mais aussi Volkswagen et BMW, travaillent avec de longs délais de livraisons. L'article 11, 1 oblige les entreprises à garantir le prix pendant quatre mois. Elles avaient prévu dans leurs conditions générales que le consommateur paie le prix en vigueur au jour de la livraison même lorsque celle-ci intervient au delà des quatre mois (47). La Cour suprême a annulé la clause et des milliers de consommateurs pouvaient donc espérer le remboursement par les entreprises de la différence entre le prix valable à la date de la conclusion du contrat et le fameux prix du jour.

L'argumentation juridique était basée sur la nullité de la clause et la conséquence prévue dans la loi de 1976 qui dit que ce sont les dispositions légales qui doivent être appliquées — ce qui devait être à leur avis le prix valable à la date de la conclusion du contrat. Mercedes fut effrayé car sa perte était estimée à 600 millions de DM. L'acheteur d'une Mercedes a porté plainte et a demandé le remboursement de quelques milliers de DM. Cette fois-ci, la Cour suprême a détruit les rêves des consommateurs (48). Malgré la nullité, Mercedes n'a pas été obligé de rembourser la différence entre les deux prix. Laissons de côté l'éclairage politique et analysons l'argumentation juridique de la Cour suprême qui n'est pas — il faut le dire — très honnête (49). La Cour suprême — au vu du résultat — a réduit la clause « prix du jour » à un contenu dit licite, confortable pour Mercedes. Elle a pris en considération des règles d'interprétation qui s'appliquent quand un contrat n'est pas complet. La Cour a rempli une lacune en se référant à un accord tacite — plutôt hypothétique — entre les cocontractants selon lequel le prix doit être adapté aux nouvelles circonstances. Il faut avouer que la description de la jurisprudence est rude, mais les grandes lignes de l'argumentation sont plus simples que tous les mots que la Cour a trouvé pour « colorer le résultat ». Le jugement n'est pas resté unique (50) et on peut en déduire que la Cour suprême refuse de protéger rétroactivement le consommateur.

D'autre part, il serait faux de généraliser cette jurisprudence. Tout professionnel qui utilise dans ses conditions générales une clause abusive considérée comme nulle dans un contrat individuel doit craindre que le

---

(46) V. von HIPPEL, *BB*, 1985, 1629-1632.

(47) *BGHZ*, 82, 21-28.

(48) *BGHZ* 90, 69-85.

(49) V. dernièrement SCHMIDT, *ZIP* 1987 : RÜSSMANN, *BB* 1987, 843-848.

(50) Analysé dans RÜSSMANN, *BB* 1987, 843-848.

tribunal applique les dispositions légales qui sont généralement beaucoup plus défavorables pour lui (51).

### III. LES ACTEURS DU CONTRÔLE DU CONTENU DES CONDITIONS GÉNÉRALES DES CONTRATS

La volonté politique d'établir un contrôle abstrait des conditions générales a engendré des acteurs nouveaux, les associations de professionnels et les associations de consommateurs qui ont la capacité d'ester en justice — la fameuse action civile. Mais ce transfert de pouvoir a altéré en même temps la fonction et le rôle des autres acteurs, des autorités chargées du contrôle des conditions générales dans des matières spécifiques et aussi des tribunaux qui sont tenus de pratiquer une double approche : au niveau individuel et au niveau du contrôle abstrait.

#### 1. *Les autorités de contrôle avec une compétence spécifique (52).*

Trois autorités sont à examiner : le *Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen* (BAV), l'Office pour la surveillance des assurances, le *Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen* (BAK), l'Office pour la surveillance du crédit et le *Bundeskartellamt* (BKA), l'Office fédéral de l'enregistrement et du contrôle des cartels. Le BAV est en outre autorisé à contrôler les conditions générales des assurances. La seule source de renseignements dans ce domaine sont les rapports annuels de l'office. Il paraît que l'office a fait un effort, surtout au cours des dernières années, pour faire appliquer la loi de 1976 dans les conditions générales. Mais les assurances se sont défendues contre un contrôle plus strict, l'office a plus ou moins reconnu son échec. Le passage décisif témoigne de la résignation des responsables. Pour leur réhabilitation, il est nécessaire de savoir que le domaine des conditions générales des assurances n'a pas encore été systématiquement traité par la jurisprudence. En ce qui concerne les activités du BKA, notre résumé est aussi simple que déplorable : quelques efforts pour faire respecter les listes noires mis à part, l'office refuse d'appliquer la loi de 1976. Il est extrêmement difficile de parvenir à un progrès dans les conditions générales du crédit. Ce sont les tribunaux qui doivent améliorer la protection des consommateurs dans les conditions générales (53).

L'autorité la plus importante dans le domaine du contrôle des conditions générales est certainement le BKA (54). Depuis 1973, la loi contre les restrictions à la concurrence (art. 38, alinéa 3) prévoit la possibilité pour les associations de professionnels d'élaborer des conditions générales et de les recommander à ses membres, les dites *Konditionenempfehlungen*

---

(51) Cela est le « dispositif » de l'article de SCHLOSSER, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 121-135.

(52) V. sur ce point LÖWE, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 99-121.

(53) V. REIFNER et DÖRHAGE (éd.), *Verarmung durch Arbeitslosigkeit*. Lübeck, Institut für Finanzdienstleistungen, Finanzdienstleistung, soziale Diskriminierung und Verbraucherschutz, 1988.

(54) V. *Münchener Kommentar Gerlach*, éd. révisée § 13.

— les recommandations des conditions générales. Environ 180 recommandations couvrent presque tous les secteurs du droit de la consommation. Le BKA s'est énormément professionnalisé au fil des années. C'est le seul office qui se soit vraiment engagé dans le contrôle des conditions générales. Il s'agit d'un professionnalisme qui concerne aussi bien la procédure que le contenu. Il existe un service qui est compétent et qui a développé des règles de consultation qui font que toutes les personnes concernées ont ainsi la possibilité de faire valoir leur point de vue. Le BKA se base premièrement sur les clauses interdites de manière absolue, mais il utilise aussi les clauses grises et la clause générale. Il se montre très sensible à toutes les questions qui touchent à la formation du prix, une approche qui entraîne des conséquences ambiguës pour les consommateurs. Le BKA tend à éliminer des conditions générales les « clauses du prix », les organisations de consommateurs utilisent ces mêmes « clauses du prix » pour les soumettre à l'action civile. Quand toute une branche a développé une certaine pratique pour déterminer ses prix, il serait plus transparent de transcrire cette pratique dans les clauses générales et de rendre possible le contrôle abstrait dans les limites de la loi de 1976.

## 2. *Les associations de professionnels (55).*

Les actions en cessation de trouble et en révocation peuvent être exercées par « des associations ayant la capacité juridique et tendant à promouvoir les intérêts du commerce ou par des chambres de commerce et d'industrie ou par des chambres de métiers... » (art. 13, 2 (2) (3)). Bien qu'elles soient autorisées à ester en justice, ces associations de professionnels n'utilisent pas l'action civile pour se débarrasser des clauses abusives. Il y a quelques exceptions d'importance localisée : les plaintes de la chambre des architectes contre une grande entreprise de construction pour faire respecter le tarif de ses honoraires ; les plaintes de la chambre des charpentiers contre les conditions générales de la prestation des entreprises de construction (la durée de la prescription). Les représentants de ces associations prétendent toujours qu'ils luttent pour le contrôle des conditions générales plutôt par voie de négociation avec leurs membres qu'en portant plainte devant les tribunaux. On a toutefois l'impression que la conception de la loi de 1976 qui a confié à ces associations de professionnels le pouvoir d'éliminer les clauses abusives, se solde par un échec total. Le contrôle des clauses abusives ne peut pas être comparé au contrôle de la publicité mensongère et déloyale. Les professionnels sont prêts à attaquer un concurrent qui cherche à obtenir un avantage par des pratiques déloyales, mais ils rechignent à se battre pour l'efficacité d'une clause dans des conditions générales.

Les associations de consommateurs rapportent que de plus en plus de professionnels les contactent pour connaître leur avis sur les conditions générales. Cette attitude est sûrement motivée par la crainte d'une action civile, mais elle prouve aussi que les professionnels eux-mêmes ne sont pas convaincus de la compétence de leurs propres associations.

---

(55) SCHLOSSER, *JR* 1988, 3.

### 3. *Les associations de consommateurs (56).*

Actuellement seules deux associations de consommateurs utilisent l'action civile : le *Verbraucherschutzverein* à Berlin (VSV) et la *Verbraucherzentrale Baden-Württemberg* à Stuttgart (VZ). Le VSV a été fondé par la « *Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher* » et les « *Verbraucherzentralen* » des *Länder* pour centraliser la compétence. Le VSV dispose d'un budget d'environ un million de D.M. et a engagé quatre juristes dont deux s'occupent du contrôle des conditions générales. Il lui reste 70 000 D.M. pour mener des procès, ce qui est peu, compte tenu des règles du droit de la procédure selon lesquelles celui qui perd est condamné à régler ses frais, ceux du tribunal et ceux de l'adversaire. Un seul arrêt de la Cour suprême contre le VSV peut épuiser la trésorerie.

La *VZ Baden-Württemberg* est la seule organisation régionale qui utilise systématiquement l'action civile. Il semble que son engagement résulte d'une bonne coopération de la « *Zentrale* » avec un avocat engagé. L'avocat travaille sur la base d'un contrat de consultation, ce qui réduit les dépenses de la *VZ* de façon considérable.

Il n'est pas possible de comparer les activités de deux organisations et ce n'est pas non plus mon objectif. La *VZ* a gagné une bonne réputation régionale, et il a aussi initié quelques procès qui sont d'importance nationale. Le VSV reçoit des plaintes de toutes les associations de consommateurs de la République fédérale. Il a la tâche difficile de rassurer les organisations régionales, cela veut dire de poursuivre leurs plaintes mais il doit aussi développer une approche originale. Les premières années, le VSV s'est occupé d'éliminer du marché les clauses interdites de manière absolue et les clauses interdites sous réserve de l'appréciation des tribunaux lorsqu'elles n'impliquaient pas l'interprétation de termes juridiques difficiles et délicats. Mais au fil des années, le VSV a abandonné une politique qui consistait plus au moins à poursuivre des infractions connues par hasard et s'est mis à analyser systématiquement les conditions générales dans les différentes branches. C'est pour cela qu'il y a aujourd'hui des arrêts de principe relatifs à presque tous les différents contrats-type du Code civil. Les organisations de consommateurs ont initié plus de 1 300 *Abmahnverfahren* et ont obtenu à peu près 400 arrêts (57).

### 4. *Le rôle clef des tribunaux.*

Les tribunaux sont les acteurs les plus importants dans le développement de la protection des consommateurs dans le domaine des conditions générales. Cela ne signifie pas que les associations de consommateurs gagnent tous les procès. Cela ne veut pas dire non plus que le progrès se déroule de façon constante et régulière. La jurisprudence marche à tâtons, elle avance mais elle recule aussi pour modifier le prochain pas. C'est un système de « *trial and error* », d'essai et de correction.

---

(56) BULTMANN, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 215.

(57) V. BRANDNER, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 39-55.

Les différences dans la jurisprudence à tous les niveaux inquiètent les consommateurs. Celles-ci concernent surtout la fixation de la valeur litigieuse. Il faut également noter une différence dans le degré de bienveillance des magistrats envers les intérêts des consommateurs. Un arrêt bien fondé mais défavorable aux consommateurs est difficile à remettre en cause lors d'une prochaine instance.

Les différences entre tribunaux de grande instance et cours d'appel sont théoriquement égalisées au niveau fédéral par un arrêt de la Cour suprême. Mais la Cour suprême est composée de plusieurs chambres compétentes pour différents sujets. C'est ainsi que le résultat d'une procédure dépend de la répartition des affaires devant la Cour suprême (58). Une analyse des arrêts concernant les clauses du prix révèle des philosophies différentes sur les limites du contrôle des conditions générales. Au cours du congrès, quelques chercheurs ont proposé de prévoir dans la loi une procédure qui uniformise la jurisprudence des différentes chambres (59). Mais actuellement personne ne songe à modifier la loi.

#### IV. AU LIEU D'UN RÉSUMÉ, QUELQUES REMARQUES HÉRÉTIQUES

Il n'est pas possible de résumer tout ce qui a été écrit et dit dans cette matière. Une fois de plus la tâche de cet article sera beaucoup plus modeste : il s'agit « de diriger des traits de lumière » sur les points qui nous apparaissent essentiels pour le développement futur de la loi et de son application.

##### 1. *Des tâches aveugles dans le contrôle.*

Malgré l'engagement des associations de consommateurs d'assainir le marché, il reste toujours beaucoup à faire. Il semblerait cependant que les domaines susceptibles de contrôle deviennent de plus en plus sensibles. Il s'agit des conditions générales des assurances, des conditions générales des caisses d'épargne et de construction, des professions libérales — avocats, médecins, notaires — et des conditions générales des maisons de retraite. La liste n'est certainement pas complète, mais elle donne une idée des dimensions du travail que les associations de consommateurs doivent entreprendre.

##### 2. *Y a-t-il une « chasse » aux clauses qui conduisent à une protection excessive du consommateur ?*

Après une certaine euphorie, déclenchée par l'adoption de la loi et les possibilités inhérentes au contrôle, des voix s'élèvent depuis quelques années contre une protection excessive du consommateur (60). Ces voix ne se basent pas seulement sur des arrêts spécifiques ou de simples tendances de la jurisprudence : elles attaquent de façon fondamentale la concep-

---

(58) LÖWE, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 116-118.

(59) SCHLOSSER, *JR* 1988, 1-7.

(60) OLG Cologne, *NJW* 1986, 2581 ; trouvé chez SCHLOSSER, *JR* 1988, 4.

tion même de la loi. Bien que la critique aille beaucoup trop loin, il faut avouer qu'elle touche des points sensibles. La doctrine a élaboré la fonction ambiguë de l'interprétation la plus défavorable pour le professionnel. Il est vrai que la jurisprudence formule de temps en temps des exemples étranges, voire absurdes, pour prouver que la clause ne respecte pas la bonne foi et l'équité (61). Mais on peut s'interroger sur le fait de savoir si la jurisprudence ne poursuit pas en fin de compte un but entièrement légitime.

La mystification du droit commun est un autre thème traité par la critique (62). Elle réclame avec raison que le droit dispositif ne soit pas le dernier recours. Le Code civil date de 1900. Il est en effet difficile de s'imaginer qu'une telle codification puisse refléter la conception de l'équité d'aujourd'hui. L'équité existe en dehors du Code civil, dans d'autres codifications plus récentes, mais aussi en dehors de toute codification par le simple fait du développement social. La jurisprudence est prête à se référer à d'autres codifications, surtout dans le contexte d'un contrôle sous le régime de la clause générale. Elle essaye de s'affranchir des contraintes du Code civil et du droit dispositif en donnant une interprétation large et nouvelle de ce qu'elle entend par « principes fondamentaux ».

Les critiques ont trouvé un critère qui — à leur avis — est apte à limiter la surprotection du consommateur et à compenser l'absence de référence pour définir l'équité en dehors du droit dispositif : il s'agit de l'usage commercial comme critère utilisé pour restreindre la protection des consommateurs et pour limiter aussi le droit dispositif comme « principes fondamentaux » au sens de l'article 9 de la loi (63). Contrairement au Code civil, la règle de la bonne foi de l'article 242, la loi des conditions générales des contrats ne se réfère pas à l'usage commercial pour définir l'équité. Des raisons particulières justifient cette absence dans la loi de 1976. Les professionnels tendent à justifier un usage commercial au détriment du consommateur par le simple fait que l'usage commercial s'est introduit depuis longtemps. L'arrière-pensée est simple — nous avons toujours appliqué telle et telle règle et nous ne voyons pas pourquoi nous changerions notre usage commercial à cause d'une loi sur le contrôle des conditions générales ! Il vaut mieux poser la question de savoir s'il ne s'agit pas d'un usage commercial « abusif » qui exige une correction (64).

### *3. Plus de deux mille arrêts, lettres mortes ou véritables améliorations de la situation contractuelle des consommateurs.*

Là est certainement la question la plus importante pour le mouvement de protection du consommateur. Et pourtant aucune réponse motivée ne peut être fournie. Personne n'a jamais fait l'effort d'analyser les effets de la loi. Le ministère de la Justice a chargé un chercheur de répondre à cette

---

(61) SCHLOSSER, *JR* 1988, 5.

(62) V. l'analyse de SCHMIDT, *ZIP* 1987, 1505-1509.

(63) MICKLITZ, *ZIP* 1986, 285-293.

(64) V. ULMER, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 2.

question. Les résultats n'ont jamais été publiés et il paraît que cela ne vaut pas la peine de s'en occuper.

Le congrès de l'année dernière prouve que chacun exprime ses opinions en fonction de ses positions politiques (65). Cela ne permet pas de juger les effets de la loi. Mais il existe un accord sur deux présomptions fondamentales entre tous ceux qui se sont engagés dans le contrôle des conditions générales : (1) il y a un progrès dans les marchés transparents dominés par peu de professionnels qui utilisent plus au moins les mêmes conditions générales, (2) il n'y a pas ou peu de progrès dans les marchés atomisés opaques, où une multitude de professionnels utilisent une multitude de conditions générales. Une unité est à noter aussi sur l'existence de problèmes permanents : la vente par démarchage à domicile et la mise en relation en vue du mariage. Avec ces trois points le stock des conclusions communes est épuisé. Au-delà commence la spéculation — un résultat un peu maigre à l'égard d'une dizaine de mètres de littérature sur les étagères des bibliothèques.

#### 4. *Les conséquences de la loi de 1976 sur le droit des obligations.*

Depuis l'adoption de la loi de 1976, la doctrine discute de la relation entre la législation spéciale concernant les conditions générales et le droit des obligations. La tendance de la jurisprudence à limiter l'importance de l'article 8 et à élargir le champ d'application de l'article 9 et en dernier lieu les arrêts de la Cour suprême concernant les contrats passés devant notaire, ont contribué à animer le débat relatif à la fonction de la loi de 1976 comme partie générale du droit des obligations (66). Le débat doctrinal s'articule autour de la jurisprudence de la Cour suprême qui applique les règles sur l'accord tacite développées dans le Code civil à la loi sur les conditions générales des contrats (67). La critique d'une telle jurisprudence qui a été analysée ici dans le contexte de la clause sur « le prix du jour » est favorable à la différence entre Code civil basé sur un accord des parties et loi sur les conditions générales dont l'article 1 prévoit que les conditions générales sont « imposées » au consommateur. La loi de 1976 — c'est leur conclusion — ne permet pas la référence aux règles sur l'accord tacite qui suppose l'existence d'une volonté libre des deux contractants, condition préalable qui manque dans toutes les situations où la loi de 1976 s'applique. Les adversaires d'une telle séparation soulignent l'unité du droit civil et essaient de donner à la loi de 1976 le caractère d'un acte juridique. Ils interprètent l'article 2 sur l'insertion des conditions générales comme l'expression de la nécessité des parties au contrat de se mettre d'accord. Compte tenu de la jurisprudence, cette interprétation paraît être assez fictive.

---

(65) V. dernièrement SCHMIDT, *ZIP* 1987, 1505-1509.

(66) V. entre autre MEDICUS, *Zehn Jahre AGB-Gesetz*, 83-99 ; SCHMIDT, *ZIP* 1987, 1505-1509 ; RÜSSMANN, *BB* 1987, 843-848.

(67) V. les trois volumes édités par le ministre de la Justice sur la réforme du Code civil, *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, t. I-III, 1981-1983.

Les deux mille arrêts transforment également la relation entre la loi de 1976 et le droit des obligations spéciales (*besonderes Schuldrecht*). Il y a dix ans, tout le monde pensait qu'il fallait envisager la nécessité de réviser les différents contrats-types du Code civil. L'adoption de la loi sur le voyage à forfait en 1976 de même que la réglementation sur l'enseignement par correspondance prouvent que ces idées ont abouti. Aujourd'hui tout le monde sait que la loi sur l'enseignement par correspondance est un échec total ce qui n'est certainement pas le cas de la loi sur le voyage à forfait. Mais certains auteurs se demandent si on n'aurait pas pu tout simplement résoudre les problèmes de ce contrat-type dans la loi sur les conditions générales des contrats. Quoi qu'il en soit, les deux mille arrêts forment un filet au-dessus des différents contrats-types du droit des obligations qui permet de définir un fond de réserve de règles impératives qui protègent le consommateur.