

CONCEPTS, INTÉRÊTS ET VALEURS DANS L'INTERPRÉTATION DU DROIT PRIVÉ EN ALLEMAGNE

Günter REINER*

*Professeur de droit privé à Faculté des sciences économiques et sociales,
Helmut-Schmidt-Universität (université de la Bundeswehr)
à Hambourg/Allemagne*

Le droit privé allemand et son interprétation sont marqués par les concept(s) notions) d'un côté et par les intérêts et les valeurs de l'autre.

I. LES CONCEPTS

A. LE RÔLE ET LES CARACTÉRISTIQUES DES CONCEPTS

Les *concepts* (*Begriffe*) et leurs définitions occupent une fonction de systématisation : il s'agit des « unités de connaissance » juridiques¹ que le législateur a choisies ou que la jurisprudence et la doctrine ont créées autour du texte de loi, pour le structurer, l'interpréter, le concrétiser et le compléter.

Selon l'objet de systématisation, on pourrait distinguer trois sortes de concepts juridiques :

1) les concepts qui discernent et classifient la réalité factuelle et qui servent de condition d'ouverture des normes (par ex. la capacité ou la faute) ;

* Je remercie ma collègue Michelle CUMYN professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université Laval (Québec), pour sa relecture attentive du manuscrit, ainsi que pour ses conseils précieux sur le fond comme sur la forme.

¹ Cf. la définition de concept dans le standard ISO 1087-1:2000(E/F) *Travaux terminologiques – Vocabulaire*, sous 3.2.1 : « concept : notion : unité de connaissance créée par une combinaison unique de caractères [...] ».

2) les concepts qui décrivent ou classifient des sanctions et des conséquences juridiques (par ex. les dommages-intérêts, l'action en cessation, la révocation) ;

3) les concepts qui réunissent les faits et les conséquences juridiques : les catégories juridiques ou régimes juridiques (par ex. la vente ou le droit de propriété).²

Font partie de cette troisième catégorie de concepts juridiques ceux qui évoquent des *principes*. Ils jouent un rôle structurel très important en droit privé allemand, ce qui justifie de s'y attarder particulièrement (II). Il en va de même pour les « théories » en droit privé que nous aborderons ensuite (III).

B. LES CONCEPTS ÉVOQUANT DES PRINCIPES

1. Le rôle des principes

La tendance à nommer et à évoquer des *principes* (*Prinzipien* ou *Grundsätze*) au moyen de concepts est un aspect particulièrement frappant du droit allemand. On en compte plusieurs sortes :

1) les principes obligatoires, directement, prescrits par la loi, voire la constitution :

D'un côté, ce sont des principes stricts prenant la forme d'une règle précise. Le principe de la transparence de la représentation (*Offenkundigkeitsgrundsatz*) selon lequel le représentant doit d'agir *clairement à nom d'autrui* pour ne pas être lié personnellement,³ en est un exemple, mais avant tout, c'est le principe de *l'autonomie de la volonté* qui gouverne le droit privé. Ce principe veut que chaque limitation de cette autonomie, par le législateur comme par le juge, a besoin d'être *justifiée*. Néanmoins, en particulier sous l'influence du droit européen, on constate l'arrivée de règles de droit privé de plus en plus nombreuses qui ont un caractère impératif.⁴ Dans la doctrine allemande, on a même essayé de construire un principe d'égalité en droit privé qui serait au même rang que le principe de l'autonomie.⁵

De l'autre côté, ce sont des principes plus souples au sens de *Ronald Dworkin*, c'est-à-dire des directives d'optimisation et assujettie à une pesée des intérêts en

² Cf. M. CUMYN et F. GOSSELIN, *Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive*, (2016) 62:2 McGill LJ 329, 335 : « La catégorie juridique peut être définie comme un ensemble de situations factuelles soumises à un régime juridique commun. Elle regroupe deux ensembles qui se superposent, et qu'elle met en relation : un ensemble de situations factuelles, d'une part (...), et un ensemble de règles de droit qui forment un régime juridique, d'autre part (...). La catégorie juridique est l'interface entre ces deux ensembles qui la constituent ».

³ Cf. l'article 164 du Code civil allemand – *Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*) ; cf. aussi G. REINER, *La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand*, dans : G. WICKER, R. SCHULZE et D. MAZEAUD, *La représentation en droit privé*, Paris 2015, p. 19, 26 à 28.

⁴ Cf. M. AUER, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Tübingen, 2014, S. 167 : L'auteur résume ces observations concernant le « discours du droit privé du temps moderne » avec la constatation : *Fortbestand des Autonomieprinzips bei gleichzeitigem Fortschreiten seiner Durchbrechung* (« maintien du principe de autonomie et progrès simultané de sa rupture »).

⁵ M. GRÜNBERGER, *Personale Gleichheit. Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht*, Baden-Baden 2013. Voir pourtant l'approche plus restrictive de la Cour constitutionnelle dans sa décision du 11 avr. 2018, 1 BvR 3080/09, juris, n° 40 (relative à obligation adressée à un club de football de justifier sa décision de refuser l'accès au stade à une personne) : « Toutefois, l'article 3, alinéa 1^{er} de la Loi fondamentale ne contient pas de principe constitutionnel objectif selon lequel les relations juridiques entre particuliers devraient, en principe, être structurées de manière conforme au principe d'égalité ».

présence, comme les principes constitutionnels, y compris les droits fondamentaux, de nombreux principes de droit simples comme le principe comptable de *true and fair view*⁶ ou encore le principe de proportionnalité qui a un rôle particulier parce qu'il s'applique à chaque fois qu'une pesée de biens juridiques (*Güterabwägung*) s'impose.

2) des « principes » découverts, par induction, par la jurisprudence ou la doctrine, qui mettent en relief un modèle ou une conception législative plus ou moins présente ou une approche interprétative qui en découle.

Le fameux « principe d'abstraction » (*Abstraktionsgrundsatz*) en est un exemple en matière de transfert de biens. Selon cette conception, le contrat de vente n'a pas d'effet translatif, le transfert du bien vendu nécessitant un acte de disposition séparé (*Trennungsprinzip* – « principe de la séparation ») et juridiquement indépendant (« abstrait »).

Évoquons également le principe de la responsabilité pour faute (*Verschuldensprinzip*), qui veut que celui qui cause un dommage à quelqu'un d'autre n'en soit responsable qu'en cas de faute même si les conditions d'ouverture du texte de loi sur lequel l'action en responsabilité est fondée, n'évoque pas explicitement la « faute ».

Mentionnons aussi le « principe de la précision » (*Bestimmtheitsgrundsatz*) en droit des sociétés de personnes établi par la Cour suprême de l'Empire allemand (*Reichsgericht* – « Tribunal de l'Empire ») en 1917 et repris par la Cour de cassation fédérale (*Bundesgerichtshof* – *BGH*), qui veut que l'étendue du pouvoir majoritaire de l'assemblée des associées soit définie de manière précise dans le contrat social.⁷

Enfin, un quatrième exemple serait l'obligation de loyauté (*Grundsatz der Treuepflicht*), également présente en droit des sociétés et déduite du principe général de bonne foi, qui sert de fondement aux obligations entre les différents acteurs de la société (société et associés, société et dirigeants, associés entre eux).

Regardons maintenant de plus près le rôle particulier qu'assument les principes constitutionnels en droit privé.

2. Les principes constitutionnels

En Allemagne, la hiérarchie des normes est très présente dans la pensée juridique. Ceci concerne notamment la priorité du droit européen (primaire et secondaire) par rapport au droit national et la priorité du droit constitutionnel par rapport au droit non constitutionnel y compris le droit privé. Ainsi, l'impératif de l'interprétation conforme joue un grand rôle dans la jurisprudence des deux Cours suprêmes de droit privé, la Cour fédérale – *Bundesgerichtshof* – et le Tribunal fédéral du travail – *Bundesarbeitsgericht*.

⁶ Cf. l'article 264, alinéa 2 du Code de commerce allemand (*Handelsgesetzbuch* – *HGB*) ; cf. aussi l'article 4, alinéa 3 de la directive européenne 2013/34/UE « relative aux états financiers annuels, aux états financiers consolidés et aux rapports y afférents de certaines formes d'entreprises (...) » (« Les états financiers annuels donnent une image fidèle du patrimoine (...) »).

⁷ *BGH*, arrêt du 15 janv. 2007, II ZR 245/05, *BGHZ* 170, 283, *Otto GmbH & Co. KG*.

Les principes constitutionnels évoqués par la jurisprudence de droit privé sont notamment :

- a) les dispositions définissant les buts de l'État (*Staatszielbestimmungen*) :
- le principe de l'État de droit (*Rechtsstaatsprinzip*), appliqué relativement aux voies de recours en procédure civile et relativement à la rétroactivité des lois ou de la jurisprudence ;
 - le principe de l'État social (*Sozialstaatsprinzip*, la solidarité), appliqué afin de concrétiser les standards juridiques du droit des contrats et parfois aussi en tant que critère d'interprétation en droit du travail, droit de la faillite et droit de l'exécution forcée.
- b) les droits fondamentaux (*Grundrechte*), en particulier :
- le principe de la dignité humaine (par ex. en droit des contrats, droit de la responsabilité extracontractuelle ; droit de la protection des données à caractère personnel ;⁸ droit des nouvelles technologies, de l'informatique et de la communication) ;
 - la liberté générale d'action (en droit des contrats, où, en lien avec le principe de la dignité humaine, elle constitue le fondement de l'autonomie de la volonté ; en droit délictuel) ;
 - le principe d'égalité entre les femmes et les hommes (en droit de la famille) ;
 - la liberté de conscience et de confession religieuse (en droit du travail) ;
 - la liberté d'expression et d'information (en droit de la responsabilité extracontractuelle ; en droit de la concurrence) ;
 - la liberté de la famille (en droit de la famille)⁹ ;
 - la liberté d'association (en droit des sociétés, droit des cartels) et la liberté syndicale (en droit du travail) ;
 - la liberté d'entreprise et la liberté professionnelle (en droit des affaires, droit bancaire, droit de la concurrence, droit des sociétés, droit de la responsabilité extracontractuelle) ;
 - le droit de la propriété et le droit des successions (en droit des sociétés, droit de la propriété intellectuelle, droit des assurances, droit du bail, droit des successions) et le principe du procès équitable (en droit de la procédure civile).

Les droits fondamentaux étant des droits de défense des citoyens contre le pouvoir de l'État en première position, il fallait le concept de « l'effet horizontal indirect » des droits fondamentaux (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*) afin de justifier leur entrée en droit privé. Selon cette approche, développée par la

⁸ Ce droit a été européenisé récemment par le règlement (EU) 2016/679 « relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données [...] » ce qui a pour effet que les droits fondamentaux de l'Allemagne sont remplacés par la Charte européenne en la matière.

⁹ Cf. à titre l'illustration le Tribunal de Munich (*Amtsgericht*) en date du 29 mars 2017, 171 C 14312/16. Selon ce jugement le propriétaire d'une maison isolé n'a pas le droit de demander à son voisin la cessation du bruit (qui s'élevait prétendument jusqu'à 70dB) causé par les enfants du dernier en faisant régulièrement de la musique, notamment de la batterie. Selon le droit fondamental de la famille le « développement sain des jeunes » serait sous la protection spéciale et dans l'intérêt particulier de l'État. La société devait prendre cette décision de préférence comme ligne directrice pour opérer la balance d'intérêts.

Cour constitutionnelle depuis 1958,¹⁰ la Constitution de 1949 (*Grundgesetz*) crée un « ordre objectif de valeurs » (*objektive Wertordnung*) qui imprègne le Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*), notamment ses clauses générales (*Generalklauseln*)¹¹, bien que ce Code soit beaucoup plus ancien que la *Grundgesetz*. Il s'ensuit que le juge du droit privé doit tenir compte des droits fondamentaux dans l'interprétation des normes qui règlent les rapports entre les particuliers.¹²

Par la suite, la Cour constitutionnelle est allée encore plus loin, affirmant que les droits fondamentaux, outre leur fonction de droits de défense, *obligeraient* l'État, y compris le législateur en droit civil, à *protéger* les particuliers contre des empiètements, notamment sur leur intégrité physique et morale et leur droit à la liberté y compris la liberté contractuelle, de la part des autres particuliers.¹³ En effet, les chambres civiles de la *Bundesgerichtshof* tiennent compte des exigences formulées par la Cour constitutionnelle en recourant à une interprétation conforme de l'article 138 du *BGB* relative à la nullité du contrat par laquelle la conjointe (le conjoint) de l'emprunteur se porte caution en faveur de l'établissement prêteur sans y être intéressé(e) personnellement.¹⁴

Se trouvent également cités dans la jurisprudence de droit privé plusieurs articles de la Convention européenne des droits de l'homme. Ceci se produit de plus en plus souvent, dans la mesure où la jurisprudence de la Cour européenne

¹⁰ *BVerfG*, arrêt du 15 janv. 1958, 1 BvR 400/51, *Lüth*.

¹¹ Par exemple l'article 138 (acte juridique contraire aux bonnes mœurs ; usure), l'article 157 (la bonne foi et les usages dans l'interprétation des contrats), l'article 242 (prestation selon la bonne foi), l'article 276 (négligence), les articles 314 et 626 (résiliation pour motif grave), l'article 826 (violation des bonnes mœurs) du *BGB*.

¹² Cf. *BVerfG*, décision du 14 févr. 1973, 1 BvR 112/65, sous C.IV.1. : « La tâche de la jurisprudence peut notamment exiger que les valeurs qui sont immanentes à l'ordre juridique constitutionnel mais qui ne sont pas ou seulement imparfaitement exprimées dans les textes des lois écrites soient mises en lumière et mises en œuvre dans des décisions dans un acte de dépistage évaluant qui ne manque pas d'éléments volitifs ». Confirmée récemment par la décision du 11 avr. 2018, 1 BvR 3080/09, juris, n° 32 : « [...] les droits fondamentaux n'obligent pas directement les particuliers eux-mêmes. Cependant, elles ont également un impact sur les rapports juridiques de droit privé et doivent être appliquées par les tribunaux spécialisés, en particulier par l'intermédiaire des règles générales de droit civil et les standards, dans l'interprétation du droit spécialisé » [sauf indication contraire, toutes les traductions des sources citées dans cette contribution ont été réalisées à l'aide de l'outil www.DeepL.com/Translator].

¹³ *BVerfG*, arrêt du 20 déc. 1979, 1 BvR 385/77, *BVerfGE* 53, 30, 57 (l'obligation de prendre des mesures de protection contre les dangers de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire) ; *BVerfG*, arrêt du 19 oct. 1993, 1 BvR 567/89 et 1 BvR 1044/89, sous B.II.2. (L'obligation d'assurer la liberté contractuelle formelle et, dans un certain degré, aussi la liberté matérielle) : Selon la Cour, le législateur devait éviter que ce soit toujours le droit du plus fort qui s'impose. Déjà pour des raisons de sécurité juridique, un contrat ne pouvait pas être remis en cause ou corrigé à chaque fois où l'équilibre des négociations n'était pas assuré. Toutefois, s'il s'agissait « des cas typiques de telle sorte que l'une des parties au contrat est structurellement inférieure et si les conséquences du contrat sont anormalement lourdes pour l'autre partie au contrat », l'ordre juridique du droit civil devait « réagir et permettre des corrections ». Le droit des contrats allemand applicable répondrait pourtant à ces exigences, notamment grâce à l'art. 138 du *BGB* qui déclare nul les actes juridiques qui portent atteinte aux bonnes mœurs y compris les actes déséquilibrés de manière frappante qui sont le résultat d'une exploitation d'un état de nécessité, de l'inexpérience, d'un défaut de capacité de jugement ou de la grande faiblesse de caractère d'autrui [traduction de l'art. 138 inspirée par LARDEUX/PEDAMON/LEGEAIS/WITZ, *Code civil allemand : traduction commentée*, Juriscope/Dalloz 2010, p. 52].

¹⁴ Par ex. *BGH* du 15 nov. 2016, XI ZR 32/16.

des droits de l'homme s'étend, à l'instar de « l'effet horizontal indirect » des droits fondamentaux allemands, de plus en plus au droit privé.¹⁵

Au-delà la jurisprudence, le discours sur le droit privé dans son entier est devenu très sensible aux arguments constitutionnels et aux droits fondamentaux. Lorsque des auteurs de doctrine traitent d'une règle de droit à propos de laquelle d'autres auteurs ont déjà émis des doutes sérieux quant à leur constitutionnalité, ils ne se privent pas de prendre position. Qui plus est, les arguments constitutionnels sont prisés par les auteurs, comme d'ailleurs les arguments tirés du droit européen et en particulier des libertés fondamentales, parce qu'ils sont puissants et incontournables vue la préséance de la *Grundgesetz* et du droit européen sur le simple droit interne – une préséance qui peut être invoquée directement par la voie d'une interprétation conforme ou indirectement en s'appuyant sur la nullité de la règle supposément contraire à la Constitution.¹⁶ On observe même parfois une certaine légèreté dans l'utilisation qui est faite de l'exception d'inconstitutionnalité.

Dans l'ensemble, le droit privé et notamment l'autonomie de la volonté fait preuve d'une tendance généralisée à sa constitutionnalisation et à sa « matérialisation »¹⁷, et du déclin simultané de la théorie classique du contrat avec son approche principalement *formelle* de la liberté contractuelle ainsi que de la justice contractuelle.¹⁸

C. LES CONCEPTS ÉVOQUANT DES APPROCHES INTERPRÉTATIVES (« LES THÉORIES »)

Comme les principes, les soi-disant « théories » (*Theorien*) sont une sorte de concepts juridiques (ci-dessus A., 3). Ce sont elles qui caractérisent peut-être le plus le discours de droit privé en Allemagne. Elles ne sont pas vraiment des théories au sens scientifique mais, toujours comme les principes, désignent une approche interprétative ou le fondement d'une règle jurisprudentielle. Il arrive que les termes « principe » et « théorie » soient employés de manière interchangeable (par ex. *Rechtsscheinsgrundsatz* ou *Rechtsscheinstheorie*, théorie de l'apparence), mais c'est l'emploi du terme « théorie » qui signale habituellement l'existence de plusieurs approches différentes ou opposées.

¹⁵ Cf. par exemple l'arrêt de la CEDH du 6 avr. 2017, requêtes n^{os} 79885/12, 52471/13 et 52596/13, concernant les conditions du changement d'état civil des personnes transsexuelles ; déjà le jugement du 13 juin 1979 dans l'affaire, requête n^o 6833/74, *Marckx*/Belgique.

¹⁶ Sur le plan procédural, l'objection de la nullité d'une disposition légale (au sens formel) fédérale donne lieu à la suspension du procès et à une demande de décision préjudicielle adressée à la Cour constitutionnelle fédérale. Cf. l'article 100 de la *Grundgesetz*.

¹⁷ Th. KEISER, *Grundrechte als Schranken der Vertragsfreiheit in europäischen Privatrechtssystemen*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (KritV) 2013, 83 ; G.-P. CALLIES, *Die Ko-Evolution von Recht und Gesellschaft*, dans : M. GRÜNBERGER et N. JANSEN (éd.), *Privatrechtstheorie heute*, Tübingen 2017, p. 55, 63 : « [...] l'interprétation matérielle de l'État de droit dans la Loi fondamentale a joué un rôle décisif dans la matérialisation du droit privé [...] ».

¹⁸ Cf. M. AUER, *Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit : Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens*, Tübingen 2005, p. 23 et s. au sujet de la notion de « matérialisation » (*Materialisierung*). L'auteur propose de distinguer entre une compréhension de « matérielle » de la justice de droit privé ou de la justice contractuelle d'un côté et la « matérialisation de la liberté contractuelle » de l'autre.

- Voici quelques exemples des centaines de « théories » en droit privé allemand :
- la théorie de l'équivalence des conditions (*Äquivalenztheorie* ou *Bedingungstheorie*) et la théorie de la causalité adéquate (*Adäquanztheorie*) pour déterminer s'il y a un rapport de causalité entre le comportement non-conforme et le dommage ;
 - la théorie de la différence (*Differenztheorie*), opposée à la théorie de l'échange (*Austauschtheorie*), qui désigne un mode de détermination du dommage en cas de responsabilité contractuelle pour inexécution du contrat ;
 - la théorie de l'apparence (*Rechtscheinstheorie*) déjà évoquée, qui désigne un principe général obtenu par voie d'induction ;
 - la théorie de l'exécution réelle (*Theorie der realen Leistungsbewirkung*) et la théorie de l'exécution finale (*Theorie der finalen Leistungsbewirkung*), qui constituent deux approches opposées permettant de répondre à la question de savoir si l'effet extinctif de l'exécution d'une obligation dépend de la volonté du débiteur ;
 - la théorie du siège réel (*Sitztheorie*) ou la théorie du siège statuaire (*Gründungstheorie*) en droit international privé des sociétés.

D. L'IMPORTANCE DES DÉFINITIONS

Revenons maintenant aux concepts qui discernent, décrivent et classifient (ci-dessus A). Les *définitions* de ces concepts, qui se résument soit en un terme unique (par ex. la faute – *Verschulden*), soit en une expression composée de plusieurs termes (par ex. la bonne foi – *Treu und Glauben*; tromperie dolosive – *arglistige Täuschung*), sont omniprésentes en droit privé allemand. D'abord dans la loi elle-même, bien sûr, surtout et avec une tendance croissante en droit économique national et européen. Mais ensuite dans la jurisprudence et la doctrine, et ce sont ces dernières qui nous semblent les plus intéressantes d'un point de vue méthodologique. Les définitions des concepts établies ou véhiculées par la doctrine occupent un rôle de premier plan dans l'enseignement du droit, ce qui semble caractériser la culture juridique allemande où, notamment grâce à ces définitions, l'argumentation juridique est présentée comme le résultat d'un syllogisme imparable suivant le schéma bien connu « prémisses majeure – définition – subsomption – conclusion » (*Obersatz – Definition – Subsumtion – Ergebnis*).

Il y a des manuels sur le vaste marché de la littérature qui s'adresse aux étudiants en droit (*Ausbildungsliteratur*) qui n'ont pas d'autre contenu que des définitions,¹⁹ et *Juris*, une des plus importantes banques de données juridiques allemandes, a intégré à son interface une fonction de recherche intitulée *Definition* qui permet de trouver des décisions où le terme de recherche a été défini ou du moins éclairci

¹⁹ Par ex. *Taschen-Definitionen : Zivilrecht, Strafrecht, Öffentliches Recht* [« Définitions de poche : droit civil, droit pénal, droit public »] (Nomoslehrbuch), 3^e éd. 2016 ; Ph. LUTZ, *Definitionen für die Zivilrechtsklausur : Formulierungen, Streitgegenstände und Beispiele aus dem gesamten Zivilrecht zum Auswendiglernen* [« Définitions pour l'examen en droit civil : des phrases, des objets du litige et des exemples pour le droit civil entier à apprendre par cœur »], 7^e éd., Altenberge 2014. Cf. aussi la page internet <https://www.iurastudent.de/content/definitionen> (page consultée le 14 novembre 2018).

par le tribunal. Il n'est donc pas étonnant d'entendre les étudiants se dire entre eux : « Étudier le droit, c'est apprendre par cœur des définitions ! »

E. CONCLUSION – L'IMPRESSION DE RIGIDITÉ

Indéniablement, ces observations donnent l'impression d'une certaine rigidité du droit privé allemand. Elle résulte aussi de la façon d'argumenter des Cours suprêmes de droit privé, la *Bundesgerichtshof* et le *Bundesarbeitsgericht*, qui ont l'habitude de formuler des règles d'interprétation plus ou moins générales avant d'en déduire la solution de cas concrets. Encouragées par leur mandat de « développer le droit » (*Fortentwicklung des Rechts*, cf. art. 543, al. 2 du Code de procédure civile), ces deux Cours suprêmes ne se gênent pas pour s'exprimer de manière plus large et abstraite que l'affaire particulière ne l'exige et pour répéter a formulation d'un principe, d'une théorie ou d'une définition ainsi établie (y compris les raisons qui la motivent) ensuite systématiquement dans leurs décisions ultérieures, comme des « éléments de texte » copiés et colés. De cette manière se créent au fil du temps des renvois « à la chaîne » qui tiennent lieu d'argumentation et font perdre de vue les faits à l'origine de la règle jurisprudentielle et les arguments évoqués à l'époque pour la soutenir.

L'effet de « durcissement » des règles jurisprudentielles se trouve encore renforcé par l'habitude des cours suprêmes de droit privé, tout comme des autres cours suprêmes et la Cour fédérale constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*), à faire précéder le texte publié (et anonymisé) de leurs décisions d'un résumé des règles qu'elles ont créées et qui les ont guidées (« principes directeurs », *Leitsätze*). Les « principes directeurs » s'y trouvent alors séparés des faits sous-jacents et élevés au rang d'une proposition abstraite et générale – à l'instar des règles *légal*es.²⁰

Cette manière qu'à la jurisprudence des Cours suprêmes de créer et de propager des règles jurisprudentielles a son mérite, car elle contribue à la différenciation du système juridique, à la transparence de sa présentation et à l'accélération du discours juridique. Mais elle comporte aussi le danger de faire perdre de vue les particularités du cas qui a donné naissance à ces principes directeurs. Souvent les tribunaux inférieurs, la doctrine et surtout les avocats les prennent alors au pied de la lettre, comme la loi elle-même. Au lieu de comparer, dans une réflexion analogique, les faits du cas juridique à traiter avec les faits sous-jacents sur lesquelles la cour a développé ses principes, ils essaient plutôt de les « subsumer » sous le libellé des principes formulés par une cour qui se retrouve alors dans

²⁰ Cf. Ch. SCHÖNBERGER, *Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen*, dans : *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Tome 71 (*Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung*), Berlin et al. 2012, p. 297, 320 et s. : « La jurisprudence allemande a tendance à reprendre les principes directeurs ou les assertions formulées à la façon des principes directeurs de jugements antérieurs et à les répéter inchangés dans d'autres décisions. Depuis l'époque de la Cour suprême de l'Empire allemand, l'auto-citation est l'un des moyens essentiels de justification de la magistrature suprême ».

le rôle inapproprié d'un législateur.²¹ Souvent, les tribunaux ont alors la tendance à présenter le résultat de cette « subsomption » de manière assez apodictique.²²

Cela n'est pas sans rappeler la « jurisprudence de concepts » (*Begriffsjurisprudenz*, aussi appelée : *Konstruktionsjurisprudenz*) des pandectistes du 19^e siècle. Aux pandectistes, notamment à Georg Friedrich Puchta, on a reproché, à tort d'ailleurs (voir ci-dessous sous III), d'avoir essayé de déduire la solution des cas concrets d'une pyramide des concepts. Le fameux « ciel des concepts juridiques » selon la satire de Jhering.²³

Or, et cela pourrait paraître paradoxal, les « valeurs », les « intérêts » et la pesée des intérêts abondent en droit allemand actuel.

II. LES VALEURS ET INTÉRÊTS

Tout d'abord, il convient d'expliquer les notions de valeur et d'intérêt.

A. LES NOTIONS DE VALEUR ET D'INTÉRÊT

Tandis que le droit européen accorde une place prééminente à la notion de valeur (*Wert*),²⁴ celle-ci n'apparaît pas dans la Loi fondamentale allemande.²⁵

Dans la jurisprudence de la *BVerfG* et des tribunaux des différentes instances (*Fachgerichte*), en particulier les tribunaux administratifs, mais aussi les

²¹ Cf. Ch. SCHÖNBERGER *op. cit.*, p. 321 : « Ces références en chaîne autoréférentielles servent à stabiliser les tribunaux et à leur assurer la cohérence et la continuité de leur propre jurisprudence. Bien entendu, les jugements antérieurs ne sont pas considérés comme des décisions de cas. Au contraire, des passages abstraits de leurs raisonnements sont utilisés sous la forme de normes juridiques, pour ainsi dire. Cette procédure encourage à négliger les faits décisifs ». D'ailleurs, ce phénomène peut être observé dans une mesure encore plus large par rapport à la jurisprudence de la Cour de justice européenne (CJEU). La Cour a le monopole de l'interprétation du droit européen et doit donc toujours être consultée par les juridictions nationales lors d'un litige en cas de doute sérieux concernant l'interprétation des normes de droit européen. Non seulement que la responsabilité pour le développement du droit européen a été retirée aux tribunaux nationaux qui pourraient pourtant y apporter une contribution authentique, prouvée par les faits. Le fait que la CJEU ait simultanément été déchargée de la responsabilité pour la décision de l'affaire concrète signifie qu'elle agit dans le cadre de la procédure préjudicielle d'avantage comme un législateur qu'une juridiction réelle.

²² Cf. SCHÖNBERGER *op. cit.* 321 : « Mais il y a également des avantages pour les tribunaux inférieurs : La formulation des règles abstraites facilite considérablement le traitement des précédents et soulage ainsi les tribunaux inférieurs ».

²³ Voir l'extrait de l'ouvrage « *Im juristischen Begriffshimmel* » de R. v. Jhering cité et traduit en français par M. CUMYN et F. GOSSELIN, *Les catégories juridiques et la qualification : une approche cognitive*, (2016) 62:2 McGill LJ 329, 378 et s.

²⁴ Cf. le préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'UE : « Les peuples d'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes. Conscient de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice. (...) » ; cf. également le préambule du Traité dur l'UE : « (...) S'inspirant des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe, à partir desquels se sont développées les valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine, ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'État de droit (...) ».

²⁵ La notion de valeur s'y trouve seulement dans les termes composés de *Vermögenswert* (« actif », art. 135a, al. n° 2) et de *Schwellenwert* (« seuil », art. 115, al. 2).

rang par rapport à d'autres valeurs, sans égard à son degré d'implication dans l'affaire.

Examinons maintenant le rôle des intérêts et des valeurs dans l'interprétation.

B. LE RÔLE DES INTÉRÊTS DANS L'INTERPRÉTATION

1. Les intérêts et la concrétisation des concepts

La loi s'applique à des cas concrets, mais elle est rédigée dans des termes généraux et abstraits. Régulièrement, le texte de la loi donne lieu à une marge d'interprétation, et c'est alors, selon l'approche allemande, la première tâche du juge de reconnaître les finalités de la norme ainsi que les intérêts divergents en jeu et de les trancher par sa décision. En droit privé, tout comme dans les autres domaines du droit allemand et européen, il y a des concepts légaux à caractère flou et indéterminé (des standards, *unbestimmte Rechtsbegriffe*) par lesquelles le législateur, incapable de prévoir toute la diversité des situations dignes d'être visées ou de ne pas l'être par la règle, *fait exprès* de déléguer une partie de son pouvoir d'établir des règles et principes et de sa marge d'appréciation aux magistrats.

Dans ce contexte, les soi-disant « clauses générales » (*Generalklauseln*) sont de la plus haute importance. Il convient de mentionner, par exemple, le principe de bonne foi dans l'exécution des obligations (art. 242 du *BGB*), les principes de la nullité des actes juridiques portant atteinte aux bonnes mœurs (art. 138 du *BGB*), de la nullité des conditions générales contractuelles qui désavantagent le cocontractant de manière inappropriée et contraire aux exigences de la bonne foi (l'art. 307 du *BGB*) ou encore l'interdiction des comportements commerciaux déloyaux (art. 3 al. 1^{er} de la loi contre la concurrence déloyale – *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*).

Voici, au-delà des clauses générales, d'autres exemples des *standards* employés dans des normes du *BGB* dont l'application nécessite une pesée (évaluation) des intérêts en jeu :

- les termes « raisonnable/approprié » (*angemessen*) et « déraisonnable inapproprié » (*unangemessen*)²⁹ ;
- les termes « équitable » (*billig*) ou « inéquitable » (*unbillig*), dont le sens est analogue à celui de *angemessen* (ci-dessus)³⁰ ;

²⁹ Cf. (entre autres) les articles suivants du : l'article 126b (période raisonnable), l'article 239 (patrimoine approprié), les articles 250, 264 alinéa 2, 281 alinéa 1^{er}, 286 alinéa 2, 296, 299, 312f alinéa 2, 314 alinéa 3 (délai raisonnable), l'article 308 no 1, no 1a, no 1b, no 2, no 5 (délai déraisonnable), l'article 305, alinéa 2 (la prise en compte comme il convient du handicap physique du cocontractant), l'article 307 précité, l'article 308 no 7 (indemnité ou réparation déraisonnablement élevée), l'article 310, alinéa 1^{er} (une prise en compte raisonnable des habitudes et usages applicables) et l'article 310, alinéa 4 (une prise en compte raisonnable des particularités propres au droit du travail).

³⁰ Cf. par ex. l'article 253, alinéa 2 (réparation équitable du dommage moral), l'article 271a (délai de paiement abusif), l'article 288, alinéa 2 (limitation inéquitable du droit aux intérêts de retard), l'article 315 (appréciation équitable lors de la détermination de la prestation par une des parties) du *BGB*.

tribunaux de droit civil, elle est pourtant très présente sous la forme du « système de valeurs de la Loi fondamentale » (*Werteordnung* des Grundgesetzes) ou « système de valeurs des droits fondamentaux » (*Werteordnung der Grundrechte*).²⁶ On parle aussi parfois de « l'ordre social des valeurs » (*soziale Werteordnung*).²⁷

L'emploi du terme de *Wert* (tout court), qui a un potentiel rhétorique et idéologique considérable grâce à sa connotation positive naturelle,²⁸ est rare en droit privé allemand. Les juristes lui préfèrent le terme de « bien juridique » (*Rechtsgut*) ou de « bien protégé » (*Schutzgut*) pour désigner les finalités des normes de droit privé, notamment celles qui protègent la personne (par ex. la santé, la propriété, la volonté, la dignité etc.) ou les institutions (par ex. le fonctionnement du marché, la concurrence).

D'ailleurs, l'idée que le législateur et la jurisprudence « protègent » ou « renforcent » les intérêts d'un groupe de personnes typiquement faibles ou vulnérables (les consommateurs, les locataires, les travailleurs, les investisseurs, les enfants, les malades, les handicapés, les personnes âgées et, bien sûr, les femmes) par rapport à ceux d'un groupe typiquement plus fort est très présente dans le discours juridique allemand et même dans les médias de masse allemands. La recherche avec la phrase *BGH stärkt Verbraucherrechte* (« La cour de cassation allemande renforce les droit des consommateurs ») dans Google, par exemple, donne des milliers de résultats !

C'est surtout la notion d'*intérêt* qui domine le discours juridique du droit privé en Allemagne, étant donné que la distinction entre les intérêts abstraits que le législateur essaie de concilier et de ceux, concrets, des parties au litige s'estompe parfois. Il y a un rapport étroit entre les valeurs et les intérêts, et peut-être qu'on pourrait dire que le terme « valeur » implique une reconnaissance particulière, un ennoblissement, de l'intérêt sous-jacent (qui peut être individuel ou collectif y compris l'intérêt public). Ce qui distingue la valeur de l'intérêt (protégé par la loi), c'est le fait que, contrairement à l'intérêt, la valeur (par ex. I vie, la propriété en tant que telles) n'a pas de « poids absolu », qui varierait d'un cas à l'autre comme l'intérêt en jeu, mais seulement un « poids spécifique » qui exprime, à l'instar du taux de change d'une monnaie, son

²⁶ Cf. *BVerfG*, décision du 15 janv. 1958, 1 BvR 400/51, *BVerfGE* 7, 198, *Lüth* ; confirmé par ex. par la décision du 11 avr. 2018, 1 BvR 3080/09, juris, n° 32 : « Les droits fondamentaux déploient leur effet en tant que décisions sur les valeurs constitutionnelles et rayonnent en tant que « lignes directrices » en droit civil (...) ; à cet égard, la jurisprudence a également parlé des droits fondamentaux comme d'un « ordre objectif des valeurs » (...). ».

²⁷ Par ex. Cour d'appel de Zweibrücken, décision du 28 nov. 2016, 3 W 115/16, juris, n° 6, relative à la question de savoir si le sens littéral du terme « mariage » au sens des articles 1303 et s. du *BGB* (ancienne version) incluait « dans la compréhension générale des mots » les liaisons homosexuelles ».

²⁸ Cf. N. LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt-sur-Main 1997, tome 1, p. 342 : « Les valeurs ne sont (...) rien de plus qu'un ensemble très mobile de points de vue. Ils ne sont pas comme autrefois les idées, aux étoiles fixes, mais plutôt à des ballons dont les coquilles sont gardées pour les gonfler à l'occasion, surtout lors des festivités ».

– ou encore les termes « raisonnable/possible/acceptable/accessible » (*zumutbar*) et « intolérable » (*unzumutbar*).³¹

Dans tous les cas, la pesée des intérêts est guidée par le principe de la *proportionnalité* (*Verhältnismäßigkeit*) qui est considéré comme un principe général s'appliquant aussi bien en droit privé qu'en droit public³²

Il y a des dispositions légales qui font appel directement au principe de proportionnalité.³³ Mais l'obligation de rendre une décision d'interprétation pondérée s'applique à tous les standards³⁴ et, au-delà, même à *tous les concepts*, que le législateur les ait créés flous de manière délibérée ou par inadvertance.

2. Les intérêts abstraits et les intérêts concrets

Tout compte fait, chaque règle, chaque principe de droit privé est le condensé d'une pesée des intérêts abstraits des parties potentiellement concernées. De ce chef, il est normal que la jurisprudence comme la doctrine allemandes tiennent comptes des intérêts abstraits, c'est-à-dire *typiques* ou habituels des parties quand elles procèdent à l'interprétation téléologique de la norme.

La prise en considération des intérêts *concrets* et légitimes des parties au litige est moins évidente. Elle nécessite une justification particulière. Ainsi, elle est opérée par exemple en vue de l'interprétation des actes juridiques effectués par les parties, parce que les intérêts concrets constituent un indicateur de leur volonté respective ou plus précisément encore, parce que leurs intérêts concrets et visibles pour la partie adverse sont le signe extérieur de ce qu'elles ont pu vouloir dire au moment où elles ont exprimé leur volonté.

De plus, les intérêts concrets sont pris en considération dans tous les cas, évoqués ci-dessus (1.), où le concept choisi par la loi demande explicitement une

³¹ Cf. par ex. les articles suivants du BGB : l'article 305, alinéa 2 (prendre connaissance de façon raisonnable), l'article 306 alinéa 3 (dureté intolérable que le maintien du contrat représenterait), l'article 312a alinéa 4 (mode de paiement gratuit accessible), l'article 313, alinéa 3 (adaptation du contrat non tolérable), l'article 440 (mode de dédommagement opérable sans inconvénient majeur pour le consommateur). L'article 626, alinéa 1^{er} (continuation du contrat ne pouvant pas être imposée à celui qui résilie sans préavis) demande même explicitement une « pesée des intérêts des deux parties contractantes » (*Abwägung der Interessen beider Vertragsseite*).

³² Cf. R. STÜRNER, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht*, Tübingen 2010, p. 442 ; H. HANAU, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht*, Tübingen 2004.

³³ Par ex. l'article 251, alinéa 2 en droit de dédommagement (un prix de dépenses hors de proportion qui exclue la réparation en nature), l'article 305, alinéa 2 (des difficultés « hors de proportion » pour le stipulant des conditions générales de renvoyer l'autre partie *expressément* à celles-ci lors de la conclusion du contrat), l'article 275, alinéa 2 en droit des obligations (l'impossibilité au cas où la prestation requerrait des dépenses qui sont gravement disproportionnées par rapport à l'intérêt du créancier) ou l'article 320, alinéa 2 du BGB (la modicité relative – *verhältnismäßige Geringfügigkeit* – de la partie inexécutée de la prestation par le cocontractant exclue l'exception inexécution).

³⁴ Voilà l'exemple d'un cas où le BGH s'appuie explicitement sur le critère de la proportionnalité dans l'interprétation d'un standard : Selon la Cour de cassation, une provision dans les statuts d'une société à responsabilité limitée selon laquelle un associé qui se fait exclure de la société pour comportement fautif n'a pas droit à des indemnités de départ est contraire aux bonnes mœurs (*sittenwidrig*) est nulle par le jeu de l'article 138 du BGB si cette privation de la compensation financière est « disproportionnée » (*unverhältnismäßig*). Tel serait le cas à chaque fois que le comportement de l'associé n'a pas mis en péril l'existence de la société et que la valeur de la part sociale de l'associé exclu n'est « pas négligeable » (BGH, arrêt du 29 avr. 2014, II ZR 216/13, BGHZ 201, 65, n° 18).

concrétisation moyennant une pesée des intérêts guidée par le principe de la *proportionnalité*.

Même d'autres concepts qui normalement ne donnent pas au juge une marge d'appréciation peuvent subir des modifications dans certains cas extrêmes, en raison des intérêts concrets des personnes concernées. Ainsi, la jurisprudence se réserve la possibilité de ne pas appliquer une règle de la loi ou de faire exception de ses propres principes en ayant recours au *principe de l'équité* quand l'application de la règle ou du principe aboutirait à un résultat « absolument insupportable » pour une de parties, par exemple quand la violation d'une formalité pourrait mettre en péril l'existence financière de la partie concernée³⁵. Le principe d'équité est d'ailleurs rarement invoqué en tant que tel, conformément aux efforts des juristes allemands d'aligner tous les arguments aussi étroitement que possible sur le texte de la loi, et la jurisprudence préfère s'appuyer sur une acception très large du principe de bonne foi (dans les contrats) selon l'article 242 du *BGB* (voir aussi ci-dessous C.1.).

Ce n'est pas seulement l'existence d'intérêts concrets, mais aussi leur absence qui peut avoir une influence sur l'interprétation d'une norme. Quand l'une des parties au litige, par les circonstances du cas d'espèce, n'a pas les intérêts typiques que la règle légale souhaite protéger et quand ce n'est pas le droit (européen) de la consommation qui est en jeu, la jurisprudence (et la doctrine) ne se gêne pas pour ne pas appliquer cette règle moyennant une réduction téléologique. Selon l'article 181 du *BGB*, pour donner un exemple, un représentant ne peut en principe, dans la mesure où il ne lui est pas permis (par le représenté) d'agir autrement, accomplir, au nom du représenté, un acte juridique avec soi-même. Or, il est reconnu que cette règle, qui sert à éviter les conflits d'intérêts au détriment du représenté, ne s'applique pas quand l'acte juridique est de nature à exclure la violation des intérêts du représenté, par exemple quand les parents, représentants légaux de leur enfant, lui offrent un cadeau.³⁶

Mentionnons enfin que les intérêts concrets ne jouent pas seulement au niveau des conséquences d'ouverture des normes, mais aussi au niveau de leurs conséquences juridiques. Cela concerne notamment la détermination des dommages-intérêts en matière de responsabilité. En allemand, le terme « intérêt » (*Interesse*), outre sa signification de « volonté », peut même être synonyme de « dommage ». Ainsi, on distingue « l'intérêt » du créancier à l'exécution de l'obligation contractuelle (« intérêt positif » *positives Interesse*) de « l'intérêt négatif » (*negatives Interesse*) qui vise l'intérêt d'une partie contractante de ne pas faire confiance inutilement à la conclusion d'un contrat qui ensuite échoue. Les dommages-intérêts en lieu et place de la prestation promise octroyés pour cause d'inexécution (art. 280 al. 3 du *BGB*) constituent un exemple du « dommage positif », les dommages-intérêts octroyés à la partie adverse à l'annulation pour cause d'annulation d'un acte juridique un exemple du « dommage négatif » (art. 122 du *BGB*).

³⁵ Par ex. *BGH*, arrêt du 2 nov. 2005, XII ZR 233/03, relativement à l'exigence d'un écrit pour conclure un bail de logement ayant une durée plus longue qu'un an, art. 550 du *BGB*.

³⁶ Par ex. *BGH*, arrêt du 25 avr. 1985, IX ZR 141/84, *BGHZ* 94, 232.

3. La prise en considération des conséquences pratiques

Le respect des intérêts des parties implique la prise en considération des *conséquences pratiques* et économiques que la décision pourrait susciter pour ces parties.

C'est de l'argument du « formalisme inutile » (*unnötige Förmelerei*) que ceci ressort peut-être le plus clairement. Ce lieu de l'argumentation très courant permet de laisser à l'écart des règles là où elles n'auraient pas d'autre effet que de générer des coûts de transaction pour l'un des acteurs concernés sans que les autres acteurs n'en tirent le moindre avantage.³⁷

De plus, bien que l'analyse économique du droit en tant que telle ne soit pas une méthode de pensée juridique reconnue, les magistrats de la *BGH* veillent à ce que leur interprétation de la loi soit praticable pour les entreprises et qu'elle n'entraîne pas le risque de les accabler, voire de les ruiner. Bien entendu, les considérations économiques et/ou sociales sont les plus fortes en droit économique, où le but de promouvoir l'économie et/ou la richesse sociale est prédominant, par exemple en droit des marchés des capitaux, en droit la concurrence, en droit des sociétés ou en droit du travail.

Les juges ne se cachent pas derrière leur banc ; au contraire, ils cherchent à échanger à la fois avec la doctrine et avec la pratique, soit en tant qu'auteurs d'articles ou des livres juridiques, soit en tant qu'intervenants lors de conférences académiques ou de séminaires spécialisés, soit en tant qu'enseignants et professeurs honoraires à l'Université. Quand il s'avère qu'une lignée jurisprudentielle est allée trop loin, les juges sont capables de la corriger – explicitement ou parfois discrètement – pourvu qu'une occasion pour le faire leur soit présentée.

Ajoutons qu'en matière de droit du travail, ce n'est pas la *BGH* mais bien le *Tribunal fédéral du travail* qui décide. D'un point de vue extérieur au monde spécialisé du droit du travail, ce tribunal semble être beaucoup plus exposé au reproche de ne pas assez tenir compte des conséquences économiques, mais l'enjeu social des litiges qu'il a à trancher est particulièrement prononcé. Ce n'est pas un hasard si le législateur a permis l'émergence d'une jurisprudence autonome en matière de droit du travail, une jurisprudence d'ailleurs où les formations sont composées de trois juges professionnels et de deux juges bénévoles (paritairement issus du milieu du patronat et du milieu des syndicats).

C. LE RÔLE DES VALEURS DANS L'INTERPRÉTATION

Voyons maintenant comment les valeurs influent sur l'interprétation du droit privé allemand.

³⁷ Le principe de la précision (*Bestimmtheitsgrundsatz* par ex. voulant que les compétences de l'assemblée des associées des sociétés de personnes soient définies de manière précise dans le contrat social (ci-dessus I.B) ne va pas jusqu'à exiger que ces compétences soient énumérées de façon minutieuse (l'arrêt de la *BGH* du 15 jan. 2007, II ZR 245-05 : « *Förmelerei* ») ; cf. aussi l'arrêt du 17 déc. 2013, II ZB 6/13, n° 13, par rapport aux doutes sur la question de savoir si un notaire étranger qui a acté la cession de parts sociales d'une société à responsabilité limitée allemande est en droit de déposer une liste des associés actualisée au registre du commerce allemand : D'après la Cour, ce serait « un détour inutile » de ne pas l'admettre.

1. Les valeurs et les standards

La voie principale par laquelle les *valeurs* constitutionnelles ou éthiques influent sur le droit privé allemand est l'interprétation des règles générales (*Generalklauseln*) mentionnées déjà plus haut (sous I.B.).

C'est notamment le concept de « bonnes mœurs » (*gute Sitten*) qui est susceptible de transporter des valeurs, soit dans les articles 138 (nullité d'un contrat), 817 (restitution de l'indu) et 826 (responsabilité civile) du *BGB*, soit dans certaines lois spéciales comme par exemple l'article 241 de la loi sur les sociétés par actions (relativement à la nullité des résolutions de l'assemblée générale) ou bien l'article 2 de la loi sur les brevets (relativement à la brevetabilité des inventions) où il est mentionné. Le contenu de ce qu'on entend par les « bonnes mœurs » change en fonction du développement des valeurs éthiques au fil du temps, et il n'est pas surprenant que, durant le Troisième Reich, l'article 138 du *BGB* était interprété à la lumière de la doctrine nationale-socialiste.³⁸

Les autres standards (*unbestimmte Rechtsbegriffe*, ci-dessus B.) comme par exemple la « négligence » (*Fahrlässigkeit*, art. 276 al. 2 du *BGB*) ou le « défaut » (de la chose vendue, *Mangel*, art. 434 et s. du *BGB*) sont également sensibles à l'influence des valeurs éthiques (ou à d'autres règles déontologiques, notamment des standards techniques³⁹).

Mais c'est probablement le concept de « bonne foi », entendu au sens de loyauté (*Treu und Glauben*) qui constitue la porte d'entrée la plus importante des valeurs en droit privé allemand. Nombreuses sont les dispositions faisant explicitement référence à la bonne foi, notamment l'article 157 (interprétation des contrats), l'article 162 (empêchement de la réalisation d'une condition), l'article 275, alinéa 2 (l'impossibilité), l'article 307 (nullité des conditions générales), l'article 320, alinéa 2 (l'exception d'inexécution), l'article 815 (restitution de l'indu) et surtout la règle dite « royale » de l'article 242 du *BGB*.

L'article 242 se lit comme suit :

« Le débiteur est tenu de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis en affaires. »⁴⁰

Malgré son libellé dépouillé, qui ne concerne que la manière dont le débiteur doit fournir la prestation, cet article est devenu le berceau de toutes sortes d'idée de justice en droit privé et même dans l'ordre juridique en entier. Le principe de *Treu und Glauben* englobe des aspects aussi divers que l'interprétation des contrats et l'étendue des obligations des parties, l'existence des obligations

³⁸ H.-P. HAFERKAMP, dans : M. SCHMOECKEL, J. RÜCKERT et R. ZIMMERMANN (éds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, 2003, § 138, note 23.

³⁹ En droit comptable, la loi renvoie directement aux principes comptables généralement admis (*Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung*). Cf. par. ex. art. 238, 243, 264 al. 2 du Code de commerce allemand – *Handelsgesetzbuch*.

⁴⁰ Traduction selon LARDEUX/PEDAMON/LEGEAIS/WITZ, *Juriscope*, *op. cit.*, p. 83. Voir aussi la traduction de C. BUFNOIR, J. CHALLAMEL, J. DRIJOUX, F. GÉNY, P. HAMEL, H. LÉVY-ULLMANN et R. SALEILLES, *Code civil allemand, traduit et annoté*, 1904-1914, tome 1 (art. 1 à 432), p. 356 : « Art. 242. Le débiteur est obligé d'effectuer la prestation comme l'exigent la loyauté et confiance réciproque en corrélation avec les usages admis en affaires ».

mutuelles dans la phase précontractuelle, le contrôle des clauses abusives, l'abus de droit, le principe du *venire contra factum proprium* et enfin l'équité (*Billigkeit*) au nom de laquelle, bien que rarement, la jurisprudence corrige un résultat de l'application de la loi ressenti comme étant injuste, en l'absence d'un autre moyen (voir plus haut sous B.2.). Ainsi la jurisprudence a développé le concept du « changement de circonstances constituant le fondement du contrat » (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*, l'imprévision), qui donne droit à un ajustement du contrat (consacré par le législateur en 2002 dans l'art. 313 du *BGB*), et de même le concept du droit à la résiliation des contrats à exécution successive pour motif grave (repris par le législateur en 2002 dans l'art. 314 du *BGB*).

2. L'argument de la cohérence du système juridique

Examinons maintenant une seconde voie, comment les valeurs (et les intérêts) influent sur l'interprétation du droit. Comme dans les autres disciplines, l'argumentation juridique se doit d'être cohérente, c'est-à-dire libre de contradictions.⁴¹ Ce n'est donc pas étonnant que l'idée de la cohérence *du système juridique* apparaisse très souvent dans le discours de droit (privé) en Allemagne. Cependant, dans la mesure où des valeurs (et intérêts) font l'objet de l'argumentation, il ne s'agit généralement pas d'éviter des contradictions formelles, mais plutôt des contradictions dialectiques ou d'auto-contradictions.

On peut distinguer deux versions de l'argument de cohérence ainsi comprise, celle de la « congruence » (*Folgerichtigkeit*) et celle de la *Wertungswiderspruch* (« contradiction de décisions d'évaluation ») qui serait à éviter. Le « devoir d'être congruent » (*Gebot der Folgerichtigkeit*) a été développé par la Cour constitutionnelle, notamment en matière de droit fiscal.⁴² Il est l'incarnation du principe de l'égalité et frère jumeau de la condition d'une législation cohérente en matière des restrictions nationales des libertés fondamentales européennes développée par la Cour européenne de Justice.⁴³ C'est au législateur que le « devoir d'être congruent » s'adresse en premier lieu désignant sa mission d'assurer la congruence par rapport à ses distinctions et évaluations. Il en suit un devoir de continuité dans la mesure où un changement radical de distinctions et évaluations nécessite une justification.

La « contradiction de décisions d'évaluation » (*Wertungswiderspruch*) est un résultat à éviter lors de l'interprétation et de l'application d'une règle ; c'est donc la jurisprudence qui est concernée au premier chef. L'argument prétend que l'interprétation proposée par celui qui l'invoque est nécessaire car autrement, si l'on choisissait l'interprétation opposée, cela entrerait en contradiction avec une hiérarchie des valeurs établie de manière implicite par le législateur dans le régime juridique applicable ou, à défaut d'autorité en ce sens, dans d'autres régimes. L'argument repose donc sur l'idée que l'ordre juridique, mis à part sa cohérence

⁴¹ Par ex. St. GOLTZBERG, *L'argumentation juridique*, 2^e éd. 2015, n° 4.

⁴² Cf. par ex. la décision du 29 mars 2017, 2 BvL 6/11, par rapport à l'impôt sur les sociétés.

⁴³ Cf. par ex. l'arrêt du 12 juin 2014, C-156/13, note 26, relativement aux interdictions allemandes concernant les jeux de hasard au moyen d'Internet.

logique, repose aussi sur des « décisions d'évaluation » (*Wertungen*, voir ci-après sous III) cohérentes entre elles par lesquelles le législateur a mis en harmonie valeurs et intérêts protégés. Ainsi, la façon dont une certaine loi ou un certain article de la loi règle un conflit d'intérêts typique entre les personnes concernées fait apparaître une « pesée » sous-jacente qui peut, en cas d'ambiguïté, être indicateur de la bonne interprétation d'une autre loi ou d'une autre norme.

C'est bien dans la détermination de la « valeur » concernée, du résultat de la pesée et de la portée de cette pesée que réside toute la difficulté, de même que le *danger* de l'argumentation ubiquitaire du « conflit des décisions d'évaluation » en droit allemand – qu'on pourrait considérer comme une combinaison de l'interprétation systématique et de l'interprétation téléologique.

En fait, la *Wertung* et le lieu d'argumentation de la *Wertungswiderspruch* sont très courants dans la jurisprudence et dans le discours juridique en général ; même les étudiants de droit s'en servent avec facilité (bien que pas toujours avec la profondeur requise). Ceci semble confirmer ce qu'on peut lire partout : après la *Begriffsjurisprudenz* et la *Interessenjurisprudenz* nous vivons, sous le règne de la Constitution, à l'époque de la *Wertungsjurisprudenz* (« jurisprudence des valeurs »⁴⁴).

Pourtant, ces étiquettes laissent croire à des différences plus grandes qu'elles ne le sont vraiment.

III. BEGRIFJSJURISPRUDENZ, INTERESSENJURISPRUDENZ ET WERTUNGSJURISPRUDENZ

Le droit privé allemand serait-il à la fois formel, voire rigide, et fonctionnel, axé sur les résultats, presque à l'instar de la *Common Law* ? Serait-il tendu entre les deux pôles que *Rodolfo Sacco* a suggérés aux rapporteurs généraux de la conférence comme points de repère, à savoir la *Begriffsjurisprudenz* (« jurisprudence des concepts ») et la *Interessenjurisprudenz* (« jurisprudence des intérêts ») ? Qu'en est-il ?

Comme de nombreuses dichotomies en droit,⁴⁵ celle de la *Begriffsjurisprudenz* et de la *Interessenjurisprudenz* peut induire en erreur. En fait, la *Begriffsjurisprudenz* reprochée aux pandectistes est une caricature. Georg Friedrich Puchta, tout comme ses critiques, souhaitait que le droit soit pratique et effectif. Les concepts n'étaient pas du tout une fin en soi.⁴⁶

Quant à la *Interessenjurisprudenz*, l'image qu'on s'en fait n'est pas non plus tout à fait correcte. Certes, cette école considère la loi comme étant destinée à la protection des intérêts et à la résolution des conflits entre les intérêts. Mais

⁴⁴ Cf. par ex. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Munich, 5^e éd. 1983, p. 122.

⁴⁵ G. REINER, *Les dichotomies en droit*, Actes de la 5^e journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridiques (Octobre 2015, Université Laval, Québec), Montréal 2016, p. 407 et s.

⁴⁶ Cf. H.-P. HAFERKAMP, *Recht als System bei Georg Friedrich Puchta*, 19 nov. 2003, dans : forum historiae iuris, <http://www.forhistiur.de/2003-11-haferkamp/>, n° 1 et ss.

contrairement au mouvement de droit libre (*Freirechtsschule*, « école de droit libre »),⁴⁷ l'application du droit n'était pas détachée de la loi. Selon Philipp Heck, un des plus prestigieux représentant de l'*Interessenjurisprudenz*, cette école s'entendait comme une forme de l'interprétation téléologique. Heck parlait de « l'obéissance raisonnante » (*denkender Gehorsam*).⁴⁸

Depuis, la *Interessenjurisprudenz* a été suivie par la *Wertungsjurisprudenz*.⁴⁹ Selon certains auteurs il ne s'agirait d'ailleurs que d'un changement de nom.⁵⁰ En tout cas, la nouvelle dénomination évite l'ambiguïté inhérente à la notion d'intérêt : ce n'est pas toujours celui dont l'intérêt en jeu est le plus important, d'après l'appréciation souveraine du juge, qui devrait l'emporter, mais plutôt celui dont les intérêts ont été placés au premier rang par le législateur, devant les intérêts de la partie adverse.⁵¹

La *Wertungsjurisprudenz* est parfois traduite par la « jurisprudence des valeurs », mais ceci n'est pas une traduction exacte. L'équivalent allemand de « valeur » est « Wert » ou *Rechtsgut* (« bien juridique »). *Wertung* veut dire évaluation, pesée des valeurs. L'expression *Wertungsjurisprudenz* signifie que les lois, leurs ordres et leurs interdictions, sont le résultat de nombreuses décisions d'évaluation (*Wertungsentscheidungen* ou – en raccourci – *Wertentscheidungen*). Les « valeurs » (*Werte*) et les « décisions d'évaluation » (*Wertungen*) seraient comme l'ADN de la volonté du législateur pouvant être mobilisé de nouveau à l'étape de l'interprétation de la loi. « Jurisprudence des décisions d'évaluation » serait donc la bonne traduction de *Wertungsjurisprudenz*.

Mais notons ceci : le point de départ méthodologique des juristes civilistes allemands est positiviste, même formel. Comme le rappelle fréquemment la Cour

⁴⁷ Cf. J. RÖCKERT et R. SEINECKE, *Zwölf Methodenregeln für den Ernstfall*, dans : J. RÖCKERT et R. SEINECKE (éds.), *Methodik des Zivilrechts : von Savigny bis Teubner*, 3^e éd., Baden-Baden 2017, n° 32, 42 : « Le mouvement de droit libre vers 1910 avait des ambitions social-paternaliste, démocratiques et égalitaires qui étaient accentués de façon très diverse. Pour atteindre ces objectifs, elle n'a cessé de mettre l'accent sur les lacunes des lois et du droit, mais elle a déclaré que le caractère contraignant des normes et des règles était une illusion et a exigé "le roi juge". La lacune était leur credo, mais la règle de la méthode ne l'était pas ». Voir aussi J. RÖCKERT, *op. cit.*, *Einführung*, note 1, 15 : « la soit-disante "école de droit libre" de 1910 environ, qui n'était qu'un mouvement ».

⁴⁸ Ph. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, dans : Ph. HECK, édité par R. DUBISCHAR, *Bad Homburg vor der Höhe 1968*, p. 142, 173 et s. : « Par conséquent, la tâche du juge ne se limite pas à la subsumption logique des concepts de droit, mais il doit aussi explorer les intérêts envisagés par le législateur. Ce qui est exigé de lui n'est pas une obéissance aveugle, une obéissance cadavérique, mais une obéissance cherchante, "raisonnante" ».

⁴⁹ Par ex. E. HILGENDORF, dans : E. HILGENDORF et J.C. JOERDEN, *Handbuch Rechtsphilosophie*, Stuttgart 2017, p. 152, 155 : « L'approche de Jhering a été poursuivie dans la "Wertungsjurisprudenz" de Philipp Heck » ; Ph. MASTRONARDI, *Angewandte Rechtslehre*, Bern et al. 2009, n° 322 : « La pesée des intérêts soulignée par la *Interessenjurisprudenz* a été perfectionnée par Karl LARENZ dans *Wertungsjurisprudenz* et est considérée aujourd'hui comme une méthode juridique généralement valable. Selon elle, le travail juridique consiste à évaluer les intérêts factuels en les assignant à certaines valeurs basiques reconnues (bien juridiques) ».

⁵⁰ B. RÜTHERS, *Hans Brox als Methodenlehrer : Von der Interessen- zur Wertungsjurisprudenz*, *Rechtstheorie* 41 (2010), p. 141, 146, 147.

⁵¹ Cf. B. RÜTHERS, *op. cit.*, p. 141, 146 : La notion d'« intérêts » selon Heck aurait brouillé la différence entre le conflit d'intérêts (de fait) entre les parties du cas concret et le repère d'évaluation (abstrait et normatif) contenu dans la loi ou développé par le juge.

En effet, la notion (nécessairement normative) de *Wertung* évite toute confusion à cet égard.

constitutionnelle, la loi est suprême et elle lie le juge, d'autant que la volonté du législateur est accessible.⁵²

CONCLUSION GÉNÉRALE

La résolution de cas concrets et l'approche choisie en droit privé allemand n'est pas une question d'appartenance à une école méthodologique ou même idéologique quelconque. La jurisprudence suprême, depuis le Tribunal de l'Empire, a toujours oscillé, cas par cas, entre le *formalisme* des concepts, des principes et des théories au nom de la sécurité juridique et le *finalisme* des intérêts, des valeurs, essayant de réaliser au mieux la volonté – objective ou subjective – du législateur de même que la justice, sans vouloir favoriser d'emblée un but au détriment des autres.

⁵² Cf. par ex. *BVerfG*, décision du 23 mai 2016, 1 BvR 2230/15, n° 38 (juris) : « Faire évoluer le droit ne constitue pas un acte arbitraire du juge, à condition que la volonté discernable du législateur ne soit pas écartée et remplacée par une pesée judiciaire des intérêts autosuffisante (...). Le législateur l'a reconnu depuis longtemps et a expressément confié la tâche de faire évoluer le droit à la Cour civile suprême (...). Cela laisse au législateur la possibilité de corriger les développements juridiques indésirables et de s'acquitter ainsi de sa responsabilité démocratique dans l'interaction entre la jurisprudence et la législation (...) ».

Travaux de l'Association Henri Capitant
des amis de la culture juridique française

**CONCEPTS, INTÉRÊTS
ET VALEURS
DANS L'INTERPRÉTATION
DU DROIT POSITIF**

JOURNÉES ITALIENNES

TOME LXVII
2017

Éditeurs
BRUYLANT et LB2V

© Éditions 2018
ELS Belgium s.a. – Éditions Bruylant
Espace Jacquotte
Rue Haute, 139 – Loft 6 – B-1000 Bruxelles
www.larciergroup.com
LB2V, 64, avenue Gambetta – 75020 Paris
ISBN 978-2-8027-6355-0

Tous droits réservés pour tous pays.
Il est interdit, sauf accord préalable et écrit de l'éditeur,
de reproduire (notamment par photocopie)
partiellement ou totalement le présent ouvrage,
de le stocker dans une banque de données ou de le communiquer au public,
sous quelque forme et de quelque manière que ce soit.

AVANT-PROPOS

Lorsque tout le droit se trouvait dans la loi, les juristes focalisaient leur attention sur l'étude des « concepts », reflets de la volonté du législateur. Avec le temps, le droit s'est retrouvé en partie en dehors de la loi et, parallèlement, ont émergé les notions d'« intérêts » et de « valeurs ».

Il importait que l'Association Henri Capitant consacrat des Journées internationales à ce renouvellement des sources du droit sous le triple prisme des concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit positif.

Ce 66^e volume réunit les contributions présentées lors des rencontres de droit comparé qui se tinrent à Turin (Université de Turin) puis à Côme (Université de l'Insubrie) des 22 au 26 mai 2017 : elles y rassemblèrent près de 200 universitaires, avocats et juristes de tous horizons.

C'est dire l'intérêt des analyses délivrées par 51 rapporteurs issus de 17 pays à l'occasion de ces Journées internationales 2017 de l'Association Henri Capitant dont la synthèse fut assurée par Rodolfo SACCO.

Leur étude y a été conduite de la façon la plus transversale, autour de quatre axes :

- Droit privé (rapporteur général : Antonio GAMBARO, Italie) ;
- Droit de la famille (rapporteurs généraux : Elena LAUROBA et Pedro LATORRE, Espagne) ;
- Droit constitutionnel (rapporteur général : Niels PETERSEN, Allemagne) ;
- Droit pénal (rapporteur général : Valérie MALABAT, France).

Que les universités de Turin et de l'Insubrie trouvent ici l'expression de notre plus sincère gratitude.

Des remerciements plus particuliers vont au Groupe italien qui a tant ouvert à la réussite de ces Journées et, tout particulièrement, à Michele GRAZIADEI, président du Groupe italien, et Barbara POZZO qui furent les architectes de cette belle manifestation.

Denis MAZEAUD
Président

Philippe DUPICHOT
Secrétaire général

Cyril GRIMALDI
Secrétaire général adjoint

Christophe VERNIÈRES
Secrétaire général adjoint

TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos	5
Principaux sigles et abréviations	7
Rapport de synthèse par Rodolpho SACCO	9

DROIT PRIVÉ

Rapport général par Antonio GAMBARO.....	21
Questionnaire établi par Antonio GAMBARO.....	31
Rapport allemand par Günter REINER	35
Rapport belge par Nicolas THIRION, Antoine VANDENBULKE, Philippe MOINEAU....	55
Rapport brésilien par Saldanha JÂNIA MARIA LOPES, Vera JACOB DE FRADERA, Francisco AUGUSTO PIGNATTA.....	77
Rapport colombien par José Félix CHAMIE, Diego FRANCO-VICTORIA	105
Rapport espagnol par José Manuel BUSTO LAGO, Fernando PEÑA LÓPEZ	117
Rapport français par Philippe CHAUVIRÉ.....	133
Rapport italien par Cristina AMATO.....	149
Rapport luxembourgeois par Denis PHILIPPE, Pierre HURT.....	161
Rapport néerlandais par Diana DANKERS-HAGENAARS	173
Rapport québécois par Vincent CARON, Denise PRATTE	183
Rapport roumain par Raluca BERCEA.....	197
Rapport suisse par Nicolas ROUILLER, Matthias UFFER.....	209
Rapport turc par Saibe OKTAY-ÖZDEMİR, Zeynep ÜSKUL-ENGIN, Aslı MAKARACI-BAŞAK, Cem ÖZCAN, Ebru AY-CHELLI, Nur BOLAYIR, Bariş DEMIRSATAN	239

DROIT DE LA FAMILLE

Rapport général par Elena LAUROBA, Pedro ROBLES.....	257
Questionnaire établi par Elena LAUROBA et Pedro ROBLES	277
Rapport allemand par Katharina LUGANI.....	281
Rapport belge par Nicole GALLUS	297
Rapport brésilien par Gustavo TEPEDINO, Milena DONATO OLIVA, Pablo RENTERIA.	319
Rapport colombien par Margarita USECHE MENESES, Ingrid DUQUE MARTÍNEZ	333
Rapport coréen par Hyunjin KIM.....	341
Rapport espagnol par Cristina GULLARTE MARTÍN-CALERO.....	351
Rapport français par Anne-Marie LEROYER.....	367
Rapport italien par Leonardo LENTI.....	381
Rapport marocain par Zineb KETTANI, Radia BOUHLAL.....	393
Rapport polonais par Anna WYSOCKA-BAR.....	409
Rapport québécois par Anne-Marie SAVARD, Catherine LA ROSA	419
Rapport roumain par Marius FLOARE.....	441
Rapport turc par Halûk BURCUOĞLU, Ahu AYANOĞLU MORALI, Leyla Müjde KURT, Pınar ALTINOK ORMANCI, Arif Barış ÖZBİLEN, Doruk GÖNEN, Zafer KAHRAMAN	451

DROIT CONSTITUTIONNEL

Rapport général par Niels PETERSEN.....	475
Questionnaire établi par Niels PETERSEN.....	487
Rapport allemand par Felix FOUCHARD.....	489
Rapport belge par Céline ROMAINVILLE, Marc VERDUSSEN.....	501
Rapport brésilien par Clémerson MERLIN CLÈVE	515
Rapport colombien par Bernardo CARVAJAL, Francisco BARBOSA, José FLÓREZ	527
Rapport espagnol par Cecilia ROSADO VILLAVERDE.....	537
Rapport français par Élisabeth ZOLLER	553
Rapport italien par Gustavo ZAGREBELSKY	573
Rapport polonais par Przemysław MIKLASZEWICZ	585
Rapport roumain par Bianca SELEJAN-GUȚAN	593
Rapport suisse par Francesca MAGISTRO.....	605

DROIT PÉNAL

Rapport général par Valérie MALABAT	619
Questionnaire établi par Valérie MALABAT	631
Rapport allemand par Alix GIRAUD	633
Rapport belge par Philip TRAEST.....	647
Rapport colombien par Gerardo BARBOSA CASTILLO	661
Rapport français par Audrey DARSONVILLE.....	671
Rapport italien par Carlo SOTIS.....	687
Rapport luxembourgeois par Jean-Luc PUTZ	703
Rapport néerlandais par Christine CLEIREN	741
Rapport polonais par Maria ROGACKA-RZEWNICKA	757
Rapport roumain par Florin STRETEANU, Andra-Roxana TRANDAFIR	771
Rapport turc par Guclu AKYUREK, Eylem AKSOY RETORNAZ, Ceren MERMUTLUOGLU, Haluk TOROSLU, Sinan ALTUNC, Pinar MEMIS	789
Index	797
Siège de l'Association	813
Composition du Conseil d'administration de l'Association	815
Travaux des journées internationales	817
Travaux des journées nationales	823
Autres ouvrages	825