

# **Droit des aînés**

---

**Sous la direction  
de Christine Morin**



**UNIVERSITÉ  
LAVAL**

Chaire de recherche Antoine-Turmel  
sur la protection juridique des aînés

**ÉDITIONS YVON BLAIS**



## TABLE DES MATIÈRES

|  |     |
|--|-----|
| Éléments de réflexion sur un droit des aînés<br><i>Christine Morin</i> . . . . .   | 1   |
| Réflexions autour du premier alinéa de l'article 48 de la Charte<br>québécoise et propositions pour une protection optimale des<br>personnes âgées contre toute forme d'exploitation<br><i>Marie-Hélène Dufour</i> . . . . . | 23  |
| Étude et réflexions sur l'article 48 alinéa 2 de la Charte<br>québécoise : pour une meilleure protection de la personne<br>âgée vulnérable<br><i>Johanne Clouet</i> . . . . .  | 69  |
| Vers une protection juridique plus inclusive des personnes<br>majeures en situation de vulnérabilité<br><i>Christine Morin</i> . . . . .   | 97  |
| Les relations personnelles de l'enfant avec ses grands-parents :<br>un droit qui mérite réflexion<br><i>Katherine Champagne</i> . . . . .  | 141 |
| Le cadre légal et réglementaire en matière de logement en<br>résidences privées pour personnes âgées<br><i>Marie Annik Grégoire</i> . . . . .  | 181 |
| Le retard du Québec dans la protection des aînés locataires<br>et de leur animal de compagnie<br><i>Jean Turgeon</i> . . . . .   | 215 |
| La criminalité économique envers les aînés : un état des lieux<br><i>Josiane Jean, James Proctor et Mario Naccarato</i> . . . . .  | 275 |

## La responsabilité de la banque à l'égard des personnes âgées

*Marc Lacoursière* . . . . . 299

## Le rôle des institutions financières dans la lutte contre la maltraitance financière et matérielle des aînés : examen de la législation et des pratiques au Canada et à l'international

*Anna Kamateros* . . . . . 339

## Sears Canada : les retraités sacrifiés à l'aune de la primauté actionnariale ?

*Ivan Tchotourian et Charles Tremblay-Potvin* . . . . . 373

## Adapter la société au vieillissement : les innovations de la législation française

*Dorothée Guérin et Muriel Rebourg* . . . . . 417

## Le droit privé des personnes âgées en Allemagne

*Günter Reiner* . . . . . 491

## État du droit japonais sur la protection des aînés

*Kazuma Yamashiro* . . . . . 535

## Abus financiers commis envers les seniors de Suisse

*Isabelle Augsburger-Bucheli, Olivier Beaudet-Labrecque,  
Luca Brunoni* . . . . . 549

# LE DROIT PRIVÉ DES PERSONNES ÂGÉES EN ALLEMAGNE

Günter Reiner\*

## Table des matières

|  |     |
|--|-----|
| Introduction : Protection et vulnérabilité . . . . .                 | 493 |
| 1. Les faiblesses de certaines personnes âgées . . . . .             | 494 |
| 2. Le besoin de protection des personnes âgées . . . . .             | 496 |
| 3. La protection de droit privé spéciale . . . . .                   | 497 |
| 3.1 La législation antidiscriminatoire . . . . .                     | 498 |
| 3.1.1 L'interdiction de discrimination fondée<br>sur l'âge . . . . . | 498 |
| 3.1.2 L'inégalité de traitement justifiée . . . . .                  | 501 |
| 3.2 Le concept de l'incapacité d'exercice et l'assistance . .        | 503 |
| 3.2.1 L'incapacité . . . . .   | 503 |
| 3.2.1.1 Le principe . . . . .  | 503 |
| 3.2.1.2 Quelques délimitations . . . . .                             | 505 |
| 3.2.2 L'assistance . . . . .   | 508 |
| 3.2.2.1 Le principe . . . . .  | 508 |
| 3.2.2.2 La réserve d'autorisation . . . . .                          | 511 |

---

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

---

|       |   |     |
|-------|---|-----|
| 3.2.3 | La procuration de prévoyance . . . . .  | 512 |
| 3.2.4 | La systématique en un coup d'œil . . . . .  | 514 |
| 4.    | La protection de droit commun . . . . .   | 516 |
| 4.1   | La nullité des actes juridiques contraires aux bonnes mœurs pour exploitation des personnes âgées . . . . . | 516 |
| 4.2   | Les devoirs de renseignement précontractuels . . . . .  | 519 |
| 4.3   | La protection par les notaires grâce à des exigences formelles . . . . .                                    | 521 |
| 4.4   | Les exigences particulières pour l'inclusion de conditions générales dans le contrat . . . . .              | 522 |
| 4.5   | Obligations contractuelles à la prestation en fonction de l'âge ? . . . . .                                 | 523 |
| 4.5.1 | L'émergence des obligations . . . . .   | 523 |
| 4.5.2 | La terminaison des obligations . . . . .  | 525 |
| 4.6   | La protection en droit de la responsabilité extracontractuelle . . . . .                                    | 526 |
| 4.6.1 | Obligations de protection accrues envers les personnes âgées . . . . .                                      | 526 |
| 4.6.2 | Réduction des obligations de protection des personnes âgées ? . . . . .                                     | 529 |
| 4.7   | Les personnes âgées comme un groupe de consommateurs distinct en droit de la concurrence déloyale. . . . .  | 530 |
|       | Conclusion . . . . .  | 532 |

## INTRODUCTION : PROTECTION ET VULNÉRABILITÉ

Si les personnes âgées se voient attribuer un statut particulier en droit privé allemand, c'est parce que certaines d'entre elles sont plus vulnérables. Ainsi, le thème du traitement juridique des personnes âgées s'inscrit dans le contexte plus large de la « vulnérabilité » et de la protection (*Schutz*) des personnes vulnérables, qui a été le sujet général des Journées internationales de l'Association Henri Capitant de Montréal et Ottawa en 2018. Or, tel qu'interprétée lors des Journées Capitant et que généralement interprétée en Allemagne, la vulnérabilité n'est pas un concept juridique établi qui permettrait d'en tirer des conclusions précises. Elle est un critère de politique de droit destiné à classer et à regrouper certaines règles de droit qui ont pour *but* la protection de personnes « vulnérables » ou l'identification du besoin d'une telle réglementation. La « vulnérabilité » est une notion très large. On pourrait la définir comme étant une menace pour les intérêts d'une personne. En ce sens, c'est le sort des êtres humains ainsi que celui des personnes morales, qui concernent également des intérêts humains, qui est affecté par cette condition « d'êtres vulnérables ». Puisque le droit sert à concilier les intérêts de toutes les personnes, il est aussi consacré à la protection des personnes vulnérables en quelque sorte<sup>1</sup>.

Dans le domaine du droit privé, qui a pour objet les relations entre les particuliers, une telle compréhension de la vulnérabilité irait trop loin, si l'on ne veut pas la transformer en une simple arme rhétorique polyvalente. Ici, la vulnérabilité, et par conséquent le besoin de protection, exprime un *déséquilibre*. En fait, elle désigne des personnes censées être moins fortes (ou plus faibles), soit par leur constitution physique ou mentale (intellectuelle ou psychique), soit par leur situation économique et sociale, par rapport à d'autres personnes avec lesquelles elles transigent. Ainsi on parle par exemple :

---

1. Dans un État de droit libre, où le bien-être des citoyens est au centre de la loi, la protection des objets non humains tels que l'environnement, le climat et même l'animal ne peut pas être une fin en soi. Il s'agit toujours d'intérêts d'humains dans l'environnement, le climat, etc.

- de la protection des données personnelles, de celles du commerce juridique et de la confiance ;
- de la protection des consommateurs, des investisseurs, assurés, locataires, employés, patients, passagers, utilisateurs, créanciers, des minorités ethniques ou des associés minoritaires ;
- de la protection de la jeunesse, des mères et enfin celle des personnes âgées<sup>2</sup>.

Au cours des dernières années, il est devenu de plus en plus fréquent, dans la communication du droit privé à la population, de mettre l'accent sur la fonction protectrice du droit privé, plutôt que sur l'envers de la médaille, l'atteinte à la liberté de l'autre partie résultant des mesures de protection<sup>3</sup>. Toutefois, la « protection » n'est pas toujours une indication de vulnérabilité. À mon avis, la « vulnérabilité » d'une personne devrait suggérer l'existence d'une autre personne qui a une puissance particulière, un pouvoir de lui nuire. Sous cet angle, la protection du « vulnérable » – consommateur, mineur ou personne âgée – est surtout une question de savoir dans quelle mesure la partie puissante a le droit d'utiliser son pouvoir de nuire ; où la frontière de l'abus de puissance (ou de l'abus de faiblesse) est franchie. L'idée de *l'abus* permet de mieux délimiter la protection légitime et de reconnaître parfois l'abus de protection de la part du protégé.

## 1. LES FAIBLESSES DE CERTAINES PERSONNES ÂGÉES

Discutons des potentielles faiblesses – ou inaptitudes – des personnes âgées. L'âge n'entraîne pas en soi un besoin de protection, mais des faiblesses peuvent apparaître en raison de la dégénérescence de l'esprit et du corps, plus ou moins prononcée, qui est due au

- 
2. On parle également de *Schutz* (protection) dans le contexte de la propriété industrielle, lorsque celle-ci est appelée « *gewerbliche Schutzrechte* » (littéralement « droits industriels de protection »), mais il s'agit évidemment d'un sens différent.
  3. Les titres des médias sont régulièrement formulés sur le modèle du « *Bundesgerichtshof* (la Cour de cassation allemande, littéralement la « Cour fédérale de justice ») renforce les droits de ... » ou du « Législateur renforce les droits de ... ». Voir par ex. Die WELT du 15 janvier 2020, p. 13 : « La BGH [*Bundesgerichtshof*] renforce les droits des vacanciers » ; tagesschau.de du 2 janvier 2020 : « La Cour fédérale de justice renforce le droit à une maternité tardive » ; ikz-online.de du 4 octobre 2018 : « La Cour fédérale de justice renforce les droits des résidents des maisons de retraite ».

vieillesse. Celles-ci sont non seulement susceptibles de rendre la vie plus difficile, mais elles peuvent créer une infériorité physique ainsi qu'une infériorité informationnelle et intellectuelle, notamment face à la complexité de la vie et de la technologie qui peut être utilisée par des personnes en situation de pouvoir, dont des cocontractants. Les neurologues rapportent que les principaux problèmes de l'âge avancé sont des problèmes cérébraux, car ce sont surtout les neurones qui se dégradent. Quand la « raison » fonctionne bien, les faiblesses physiques associées au vieillissement peuvent généralement être compensées. Des problèmes de lecture des caractères minuscules imprimés sur des produits peuvent être solutionnés à l'aide d'une loupe ou de lunettes, par exemple.

Les principaux problèmes des personnes âgées en *droit privé* semblent liés à :

- Leurs *choix* en matière de transactions : la sensibilité des personnes âgées aux manipulations à cause de leur crédulité. Certains adultes plus âgés perçoivent les visages qui donnent des signes de méfiance comme étant plus dignes de confiance et plus accessibles que les jeunes adultes<sup>4</sup>.
- Leur *compréhension* du contenu des contrats, que ce soit en raison de la complexité du contenu, de la petite taille des caractères ou de la terminologie incompréhensible. Le langage peut être caractérisé par de nouveaux termes avec lesquels les personnes âgées ne sont pas (encore) habituées, notamment la pénétration progressive de l'anglais comme langue mondiale ou l'usage répandu d'anglicismes.
- L'automatisation croissante dans la conclusion du contrat ou dans son exécution. Par exemple pour l'achat de billets de train dans des distributeurs automatiques ou l'achat de produits sur Internet.

De plus, de la faiblesse physique et intellectuelle peut occasionner une faiblesse sociale. Le danger d'exclusion et de solitude peut devenir à son tour une source de maladies physiques et mentales. Contrairement à autrefois, certaines personnes âgées peuvent avoir

---

4. Voir E. CASTLE *et al.*, *Neural and Behavioral Bases of Age Differences in Perceptions of Trust*, Proceedings of the National Academy of Sciences – PNAS, ISSN : 0027-8424, Band : 109 (2012), 51 : 20848-20852, p. 20851.

de la difficulté à compenser leurs faiblesses sur le plan social par leurs expériences, leurs savoirs et leur sagesse. Parmi d'autres facteurs, il y aurait aussi les conséquences de la mondialisation. Comme le journaliste et auteur allemand Michael Klonovsky l'a bien décrit :

La synchronisation du globe [...] équivaut à une domination totale du présent. [...] La tradition n'apparaît presque que sous forme de ballast [...] Le temps sépare plus que l'espace parce que l'espace n'existe plus. [...] Cela signifie que l'enracinement dans le temps s'affaiblit presque quotidiennement, car ces racines meurent. [...] La nouveauté et l'actualité sont devenues des valeurs en soi ; « d'hier » est un juron [...].<sup>5</sup>

## 2. LE BESOIN DE PROTECTION DES PERSONNES ÂGÉES

Contrairement à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 25) qui reconnaît explicitement les droits des personnes âgées<sup>6</sup> et sans en faire un droit exécutoire comme l'article 48 de la Charte québécoise<sup>7</sup>, la constitution allemande (loi fondamentale *Grundgesetz*) ne contient pas de disposition spécifiquement consacrée à la protection des personnes âgées<sup>8</sup>. La nécessité de protéger les personnes âgées est néanmoins incontestée en Allemagne.

5. M. KLONOVSKY, *Der deutsche Konservatismus muss freiheitlicher werden*, 17 avril 2018, <<https://www.michael-klonovsky.de/artikel/item/841-der-deutsche-konservatismus-muss-freiheitlicher-werden>> ; également publié sous <<https://www.theeuropean.de/michael-klonovsky/14050-keine-clan-politik-in-deutschland>>, 16 mai 2018 (pages consultées le 5 mars 2020). Sauf indication contraire, les traductions des textes allemands dans cet article ont été réalisées à l'aide de l'outil <[www.deepl.com](http://www.deepl.com)>.
6. Voir l'art. 25 (« Droits des personnes âgées »), qui fait partie du « Chapitre III : Égalité » : « L'Union reconnaît et respecte le droit des personnes âgées à mener une vie digne et indépendante et à participer à la vie sociale et culturelle. ». Voir O'Conneide, *Article 25*, dans St. PEERS *et al.* (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights : Commentary*, Oxford *et al.*, 2014, par. 28 : « [...] Article 25 is one of the Most Innovative, Ground-breaking and Potentially "Transformative" Provisions of the Charter ».
7. O'Conneide, *Article 25, op. cit.*, par. 32 : « However, the provisions of Article 25 are not drafted in a manner that appears to create directly enforceable individual rights. Instead of providing that "everyone has the right to" ... Article 25 commits the EU to recognizing and respecting the rights of the elderly as a group. »
8. Il existe plutôt des projets concrets visant à introduire une disposition constitutionnelle spécifiquement consacrée à la protection des *enfants*. Étant donné que les enfants bénéficient déjà d'une protection générale des droits de l'homme et que la protection de la famille ainsi que le droit et le devoir des parents de s'occuper de leurs enfants et de les éduquer bénéficient également d'un statut constitutionnel, les critiques craignent que l'inclusion de droits spéciaux des enfants dans la constitution ouvre la voie à une réduction de l'influence des parents en faveur de l'État.

Le système allemand ne prévoit pas de protection collective ciblant les « personnes âgées » comme groupe, comme il le fait par exemple pour la protection des « consommateurs »<sup>9</sup>. La protection du droit privé est plutôt orientée vers le besoin concret de protection. Les personnes âgées sont protégées uniquement dans la mesure où elles souffrent de faiblesses liées à l'âge, comme celles mentionnées ci-dessus.

La protection des personnes âgées peut prendre deux voies :

- la protection contre soi-même, grâce à une limitation de la responsabilité de la personne âgée pour ses propres actions ;
- la protection contre les autres, par des obligations de considération et d'attention pour autrui.

Ces approches de protection se chevauchent en partie, par exemple dans le cas de la nullité des actes juridiques contraires aux bonnes mœurs (ci-dessous 4.1). La protection juridique peut également être différenciée en fonction du champ d'application de la norme de protection. Les normes spéciales qui servent exclusivement ou principalement à protéger les personnes âgées (ci-dessous 3.) ainsi que les règles du droit commun privé (ci-dessous 4.).

### 3. LA PROTECTION DE DROIT PRIVÉ SPÉCIALE

À l'exception de la lutte contre l'exclusion (ci-après 3.1), de l'incapacité et de l'assistance (ci-dessous 3.2), on retrouve peu de règles de droit privé allemand spécifiques aux personnes âgées ou visant à les protéger contre l'abus de leur faiblesse.

Un seul exemple, discret, doit être brièvement mentionné ici : celui de la loi « sur les établissements pour personnes âgées ou handicapées » (*Heimgesetz*), qui, dans sa première version, date de 1974. Cette loi détermine principalement le cadre juridique administratif de l'exploitation commerciale des foyers ou résidences « qui ont pour objet d'héberger des personnes âgées ou des personnes majeures nécessitant des soins ou des personnes handicapées, de leur fournir

---

9. Voir pourtant ci-dessous 4.7 sur le droit de la concurrence déloyale, où les personnes âgées peuvent être considérées comme un sous-groupe de consommateurs dans des circonstances particulières.

un espace de vie et de mettre à leur disposition ou de leur fournir des soins et de la nourriture [...] » (art. 1, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase de la loi). Cette loi a un impact sur le droit privé. Selon son article 14, il est

interdit à l'établissement de promettre ou de se laisser accorder des avantages pécuniaires ou non pécuniaires par ou pour le compte de résidents ou de demandeurs d'une place dans un foyer d'habitation en sus de la rémunération convenue [...].

Des accords contraires à l'article 14 sont nuls de plein droit conformément à l'article 134 du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), qui déclare nul « tout acte juridique qui contrevient à une interdiction légale » pour autant « que la loi n'en dispose pas autrement »<sup>10</sup>.

### 3.1 La législation antidiscriminatoire

#### 3.1.1 L'interdiction de discrimination fondée sur l'âge

La législation antidiscriminatoire vise à protéger, entre autres, les personnes âgées contre l'exclusion. D'un point de vue systématique, cette protection a une particularité : elle ne vise pas un abus de faiblesse par lequel la personne âgée est exploitée, mais – peut-on dire seulement ? – la prise en considération illicite de cette faiblesse (supposée) dans une décision au détriment de la personne âgée, par exemple sous la forme d'un refus d'embauche. En droit allemand, qui est à cet égard lié par les dispositions de la directive européenne 2000/78/CE<sup>11</sup>, l'âge est l'un des critères de distinction visés par la *Loi générale sur l'égalité de traitement (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, ci-après « AGG »)*.

La protection de la loi contre la discrimination fondée sur l'âge s'applique dans deux directions. Premièrement, elle prévoit une interdiction complète de discrimination fondée sur l'âge pour un emploi quelconque (art. 7 AGG)<sup>12</sup>. Toutes les dispositions des

10. La traduction des extraits du *BGB* dans cette contribution est principalement tirée de l'ouvrage de G. LARDEUX, M. PEDAMON, R. LEGEAIS et C. WITZ, *Code civil allemand : traduction commentée*, Juriscope/Dalloz, Paris 2010. Dans la suite du document, ce point n'est plus indiqué.

11. Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 « portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail », JO du 2 décembre 2000, L 303/16.

12. Voir U. PREIS, « Altersdiskriminierung im Arbeitsrecht », dans U. BECKER et M. ROTH (dir.), *Recht der Älteren*, Handbuch, Berlin *et al.*, 2013, p. 285-320.

« accords », c'est-à-dire des contrats de travail, conventions collectives et accords d'entreprise, qui violent l'interdiction de discrimination sont nulles (art. 7, al. 2). La discrimination est également considérée comme un manquement aux obligations contractuelles qui suscite, en cas de faute, une action en dommages et intérêts, y compris le dommage moral (conformément à l'article 15 de la loi). Selon cet article cependant, une violation de l'interdiction de discrimination par l'employeur ne constitue pas « un droit à l'établissement d'une relation de travail, à la formation professionnelle ou à la promotion » (art. 15, al. 6 AGG). Ainsi, si la discrimination découle du refus d'embauche en raison de l'âge du candidat (ou d'autres motifs de discrimination), des dommages et intérêts pour préjudice moral peuvent être réclamés (art. 15, al. 2, 1<sup>re</sup> phrase). La compensation est limitée à un maximum de trois fois le salaire mensuel « si le ou les employés n'auraient pas été engagés même s'ils avaient été sélectionnés sans discrimination » (art. 15, 2<sup>e</sup> phrase), ce qui implique qu'elle peut et – conformément à l'idée préventive du législateur<sup>13</sup> – devrait être plus élevée<sup>14</sup>. Certes, la jurisprudence révèle que les tribunaux sont modestes dans l'octroi d'une compensation. Souvent, seuls un ou deux mois de salaire brut sont accordés<sup>15</sup>.

Deuxièmement, l'AGG (art. 19, al. 1) interdit généralement la discrimination fondée, entre autres, sur l'âge dans la création, la mise en œuvre et la cessation des rapports d'obligation de droit civil qui :

- 1) sont des transactions de masse ou lorsque la réputation de la personne est d'importance secondaire selon la nature de l'obligation et qui se produisent dans des conditions comparables dans un grand nombre de cas ou
- 2) ont pour objet une assurance de droit privé.

13. Voir l'article 17 de la directive européenne 2000/78/CE : « Les États membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées en application de la présente directive [...] Les sanctions ainsi prévues qui peuvent comprendre le versement d'indemnité à la victime, doivent être effectives, proportionnées et *dissuasives* [...] (mes italiques) ; voir aussi G. THÜSING, § 15 AGG, dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 8<sup>e</sup> éd., 2018, par. 15.

14. Sur l'idée de prévention, voir l'article 15 de la directive 2000/43/CE « relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique », JO du 19 juillet 2000, L 180/22 ; art. 17 de la directive 2000/78/CE précitée ; M. HORCHER, § 15 AGG, dans *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 53<sup>e</sup> éd., mise à jour le 1<sup>er</sup> février 2020, par. 32.1.

15. M. HORCHER, § 15 AGG, *op. cit.*, note 14, par. 32.1.

Suivant l'article 20 de la loi, « l'interdiction de discrimination n'est pas violée s'il existe une raison objective pour un traitement différent fondé sur [...] l'âge [...] » (al. 1<sup>er</sup>). En matière de contrats d'assurance, un traitement différent pour des raisons d'âge n'est autorisé « que s'il se fonde sur des principes reconnus de calcul adéquat des risques, en particulier sur une évaluation des risques déterminée de manière actuarielle au moyen d'enquêtes statistiques ». En cas de discrimination, la victime peut demander l'élimination de l'atteinte et l'omission de futures atteintes. La partie qui discrimine est aussi tenue, en cas de faute, de réparer le préjudice causé, y compris le dommage moral (art. 21, al. 1 et 2 AGG).

Une affaire judiciaire où l'assurance maladie privée d'un homme stérile avait refusé de couvrir les coûts de la fécondation in vitro (FIV) avec injection intracytoplasmique de spermatozoïdes (ICSI) et transfert d'embryons montre qu'il n'est pas toujours nécessaire d'invoquer l'interdiction légale de l'AGG pour lutter contre la discrimination fondée sur l'âge. Dans cette affaire, l'assureur défendeur avait fait valoir que les conditions pour un « traitement médicalement nécessaire » au sens des conditions d'assurance n'avaient pas été remplies parce que la femme du plaignant avait déjà environ 45 ans au moment du traitement, ce qui était associé à un taux d'avortement accru documenté pour ce groupe d'âge. Les tribunaux des trois instances, c'est-à-dire jusqu'en Cour suprême, ont fait droit à la demande du plaignant, en retenant simplement l'interprétation de l'obligation contractuelle de verser des prestations. Le facteur décisif pour déterminer si la plaignante recevait un « traitement médicalement nécessaire » n'était pas la probabilité d'accouchement (« take home baby rate » des Anglo-Saxons), mais la probabilité de grossesse à la suite du transfert d'embryons. Ce taux a été jugé suffisamment élevé à 15 %<sup>16</sup>.

La Cour fédérale de justice (BGH) déclare que « le désir des époux d'avoir des enfants est une conséquence de leur droit à l'autodétermination et n'est donc pas soumis au contrôle judiciaire de sa nécessité ». Une telle décision « inclut également l'acceptation du risque de fausse couche et de la charge psychologique qui y est associée ». Si le désir d'avoir des enfants peut être la raison du recours au traitement curatif de l'insémination artificielle, son effet de remplacement des fonctions corporelles s'achève avec le transfert de l'ovule fécondé dans l'utérus. « Le droit à l'autodétermination des

16. BGH, arrêt du 4 décembre 2019, IV ZR 323/18, juris, par. 10, 15.

conjointes comprend en principe aussi la décision de satisfaire le désir d'avoir des enfants à un âge avancé tout en acceptant des risques spécifiques à l'âge. » Selon la Cour, il ne serait pas compatible avec le droit à l'autodétermination « de mesurer la nécessité médicale d'un traitement de FIV/ICSI non seulement par la probabilité de réussite de la grossesse, mais aussi par la poursuite probable de la grossesse, dans la mesure où ce pronostic se fonde uniquement sur des résultats statistiques généraux »<sup>17</sup>.

### 3.1.2 *L'inégalité de traitement justifiée*

L'interdiction de discrimination fondée sur l'âge ou sur d'autres critères interdits ne viole pas le droit à l'égalité « s'il existe une raison objective » de distinguer (voir l'art. 20, al. 1<sup>er</sup> AGG). Par exemple, l'interdiction de discrimination n'empêche pas la création, par les parties contractantes, par les membres d'une société<sup>18</sup> ou même par le législateur, de *limites d'âge bien fondées*. C'est notamment le cas pour les dirigeants de sociétés, pour les notaires<sup>19</sup> ou pour les pilotes<sup>20</sup>.

17. BGH, arrêt du 4 décembre 2019, *op. cit.*, note 16, par. 16 (mes italiques).

18. Voir par exemple l'art. 8(4) des statuts de la Symrise AG, Holzminden, du 22 mai 2019 : « Le mandat d'un membre du conseil de surveillance prend fin en tout état de cause à la fin de l'assemblée générale annuelle ordinaire suivant l'achèvement de la 70<sup>e</sup> année du membre. » Voir le Code de Bonne Gouvernance des sociétés anonymes cotées (« Deutscher Corporate Governance Kodex » du 16 décembre 2019, recommandation B.5 : « Une limite d'âge devrait être fixée pour les membres du conseil d'administration et être mentionnée dans la déclaration de gouvernance d'entreprise. » De nombreuses sociétés cotées sont opposées à une limite d'âge (voir la déclaration de conformité de Rational Aktiengesellschaft, Landsberg am Lech, <<https://www.rational-online.com>>, pour l'exercice financier 2019 : « Une limite d'âge pour les membres du Directoire n'a pas été spécifiée et, de l'avis du Conseil de surveillance, n'est pas non plus dans l'intérêt de la Société. La nomination est basée uniquement sur la capacité des membres du conseil d'administration à gérer l'entreprise avec succès. Cette capacité ne cesse généralement pas de s'appliquer lorsqu'un certain âge est atteint. En outre, une limite d'âge rigide pourrait avoir un effet discriminatoire. » Voir aussi G. THÜSING et T. STIEBERT, *Altersgrenzen bei Organmitgliedern*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (journal), 2011, 641.

19. Voir l'art. 6, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase du Code fédéral du notariat (*Bundesnotarordnung – BNotO*) : « Les candidats ne peuvent être nommés notaires pour la première fois s'ils ont atteint l'âge de soixante ans à la fin de la période de candidature. » Sur la légalité de cette disposition au regard des normes de l'art. 1 de la directive 78/2000/CE et de l'art. 21(1) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, voir BGH, arrêt du 27 mai 2019 – NotZ (Brfg) 7/18 ; voir aussi l'art. 48a *BNotO* : « Les notaires atteignent la limite d'âge à la fin du mois au cours duquel ils atteignent l'âge de soixante-dix ans. »

20. Voir le règlement de l'Union Européenne No.1178/2011 du 3 novembre 2011 « déterminant les exigences techniques et les procédures administratives applicables au personnel navigant de l'aviation civile [...] », Annexe I, « Partie FCL », le paragraphe FCL.065 : « Restrictions des privilèges des titulaires d'une licence âgés de 60 ans ou plus pour le transport aérien commercial. »

L'interdiction de discriminer n'empêche pas davantage que des personnes âgées puissent être partiellement exclues de l'acquisition de produits proposés sur le marché ou que le prix de ces produits – crédits, locations de voiture, contrats d'assurance – soit augmenté<sup>21</sup>. La *Loi générale sur l'égalité de traitement* qui, en principe, vise uniquement l'inégalité de traitement qui n'est pas suffisamment justifiée par les faits permet expressément aux assureurs de placer les assurés dans une position défavorable en fonction de leur âge plus avancé (mais éventuellement aussi du plus jeune âge) « si cela se fonde sur des principes reconnus de calcul adapté au risque, en particulier sur une évaluation du risque déterminée de manière actuarielle à l'aide d'enquêtes statistiques » (art. 20, al. 2, 2<sup>e</sup> phrase AGG)<sup>22</sup>.

Enfin, il convient de mentionner que le législateur allemand lui-même – partiellement sous l'impulsion du législateur européen et notamment sous le signe de la numérisation (*Digitalisierung*) – a créé des réglementations (de droit privé, entre autres) qui peuvent avoir un effet discriminatoire *de fait* à l'égard des personnes âgées en raison de leur affinité généralement moindre pour les innovations techniques. Un exemple est celui de certaines obligations d'informations précontractuelles envers les consommateurs ou les assurés, dans la mesure où ces dernières ne doivent pas nécessairement être remplies par écrit par les compagnies, mais où elles peuvent être gérées sur un autre support durable (*Textform*, littéralement « forme textuelle ») à leur discrétion<sup>23</sup>. Que peut faire une personne, âgée ou non, qui ne possède pas d'ordinateur avec des conditions générales stockées sur un CD-ROM ? D'autres règles montrent toutefois que le législateur est conscient du problème. Par exemple, lorsqu'il accorde au client la possibilité de choisir entre le format papier ou électronique<sup>24</sup>.

21. Voir G. Igl, § 8 *Altersgrenzen als altersspezifisches Regelungsinstrument*, dans U. BECKER et M. ROTH (dir.), *op. cit.*, note 12, p. 165, 176 et s., par. 35-37.

22. Pour une critique de la pratique des assurances, voir le Sixième rapport sur la situation des personnes âgées en RFA, Vieillesse dans la société et déclaration du gouvernement fédéral (*Altersbilder in der Gesellschaft und Stellungnahme der Bundesregierung*), document du Bundestag 17/3815 du 17 novembre 2010, p. 203 et s.

23. Voir l'exemple de l'art. 482 al. 1 du BGB (et de l'art. 5(1) de la directive 2008/122/CE « relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne certains aspects des contrats d'utilisation de biens à temps partagé [...] » sous-jacente concernant les contrats d'utilisation de biens à temps partagé, des contrats de produits de vacances à long terme et des contrats de revente et d'échange ; voir aussi l'art. 7, al. 1 de la *Loi sur le contrat d'assurance* (*Versicherungsvertragsgesetz – VVG*).

24. La disposition de l'art. 3, al. 1<sup>er</sup> de la même *Loi sur le contrat d'assurance* est exemplaire à cet égard : « L'assureur doit fournir au preneur d'assurance une attestation d'assurance sous forme de texte, *sur demande* sous forme de docu-

### 3.2 Le concept de l'incapacité d'exercice et l'assistance

Le droit privé allemand protège les personnes âgées via le régime d'incapacité d'exercice (*Geschäftsunfähigkeit*) et le régime de l'assistance. Par l'incapacité, le législateur protège le mentalement faible contre lui-même. Le concept est fondé sur l'hypothèse qu'une déclaration de volonté (effective) ne devrait lier la partie déclarante que si la volonté déclarée est fondée sur un minimum de pouvoir cognitif et de volonté autonome. Ainsi, le droit ne protège pas seulement *l'idéal* de l'autonomie privée, mais aussi le patrimoine de la partie déclarante contre les dispositions inconsidérées.

Toutefois, l'incapacité est en tension avec le droit à l'autodétermination individuelle, le droit à la dignité et le principe d'égalité. Pourtant, et ultimement, même pour les personnes capables, tout exercice de la volonté est aussi influencé par des considérations extérieures. Par le régime de l'incapacité, le droit privé trace une ligne de démarcation qualitative entre ceux qui ont l'aptitude nécessaire pour faire valoir leurs volontés et ceux qui ne l'ont pas ou ne l'ont plus. En dernier ressort, ce sont les médecins qui tracent cette ligne. Le législateur allemand tente de répondre au dilemme entre l'autodétermination et la protection par une gradation des incapacités.

#### 3.2.1 L'incapacité

##### 3.2.1.1 Le principe

C'est le régime général de l'incapacité d'exercice du majeur malade ou handicapé qui assure une protection minimale, mais néanmoins efficace, de la personne âgée vulnérable devant des cocontractants qui pourraient tenter de profiter de sa faiblesse. Dans les faits, il semble que ce régime s'applique principalement à des personnes âgées. C'est ce qui nous a incités à l'inclure dans cette section sur la « protection de droit privé spéciale ».

---

ment ». Voir également l'art. 504a, al. 1, 3<sup>e</sup> phrase du BGB sur l'obligation du prêteur commercial de conseiller le consommateur qui a mis son compte courant à découvert pendant plus de six mois d'un montant pertinent « sur les alternatives possibles et rentables à l'utilisation de la facilité de caisse et sur les conséquences possibles d'un nouveau découvert du compte courant ». « L'offre de conseil est soumise à l'emprunteur sous forme de texte *en utilisant le canal de communication normalement utilisé pour le contact avec l'emprunteur* » [mes italiques].

Selon l'article 104 n° 2 du BGB, est incapable d'exercer ses droits « quiconque se trouve dans un état de trouble mental maladif excluant le libre exercice de la volonté, pour autant qu'il ne s'agisse pas d'un état de nature passagère ». À cet égard, la Cour d'appel (*Oberlandesgericht*, littéralement « tribunal régional supérieur ») de Munich<sup>25</sup> a décidé, il y a plusieurs années, que la *démence progressive* pouvait constituer une condition au sens de l'article 104 n° 2 du BGB, mais qu'il ne s'agissait pas d'une obligation. Afin de tenir suffisamment compte de la finalité protectrice de l'article 104 n° 2, il est nécessaire d'exiger des indications factuelles de l'existence de l'incapacité juridique. Si une personne atteinte d'une démence naissante exprime une volonté claire, il serait erroné de l'ignorer. Selon l'article 105, alinéa 1 du BGB, la « déclaration de volonté d'une personne incapable d'exercer ses droits est nulle ».

Dans la mesure où les personnes majeures sont déclarées incapables, c'est-à-dire exclues de la gestion des leurs affaires juridiques (normalement accessible aux personnes ayant une capacité juridique illimitée), l'ordre juridique garantit qu'elles sont *représentées*. Le pouvoir de représentation résulte soit d'une procuration qu'ils ont déjà accordée quand ils étaient juridiquement capables (ci-dessous 3.2.3), soit il est de nature légale et résulte d'un acte judiciaire (ci-dessous 3.2.2). Dans tous les cas, les représentants doivent prendre en considération les souhaits de la personne représentée. Pour les opérations juridiques plus sensibles ou importantes, les représentants ne peuvent pas agir seuls et doivent obtenir l'approbation du tribunal (voir, par exemple, la solution différenciée de l'article 1411 du BGB pour la conclusion de contrats de mariage).

Le régime de l'incapacité de contracter en droit allemand est essentiellement conçu de manière globale et binaire : soit un adulte a la pleine capacité juridique pour toutes ses affaires, soit il est incapable de contracter en fonction de son état mental. Il n'y a pas de gradation automatique selon la capacité de compréhension, comme c'est le cas notamment pour les mineurs (7-17 ans) en ce qui concerne la capacité à commettre des délits (imputabilité délictuelle, voir ci-dessous 3.2.1.2). C'est pourquoi la Cour fédérale de justice (BGH), dans un arrêt de 1960<sup>26</sup>, a constaté qu'il ne suffisait pas qu'une personne ne soit plus en mesure de suivre des procédures juridiques complexes pour être incapable, pourvu qu'elle soit encore capable de

25. *Oberlandesgericht* de Munich, décision du 5 juin 2009, 33 Wx 278/08.

26. BGH, arrêt du 19 octobre 1960, V ZR 103/59, juris.

gérer des affaires simples. Dans la procédure sur laquelle se fondait cette décision, la plaignante de 84 ans faisait valoir qu'elle était ordonnée dans sa réflexion, même si elle était généralement *ralentie*. Ce à quoi la Cour a répondu qu'il n'y avait pas « d'incapacité partielle délimitée de contracter ».

Toutefois, depuis 2002, il existe une disposition complémentaire qui pourrait être interprétée comme introduisant une (in)capacité partielle de contracter, même si le législateur maintient formellement l'incapacité totale. Suivant la première phrase de l'article 105a du BGB (portant l'intitulé « Actes de la vie quotidienne »), un contrat « de la vie quotidienne qui peut être accompli avec des moyens de faible valeur » conclu avec un incapable majeur est « considéré comme valable eu égard à la prestation et, pour autant que convenu, à la contre-prestation, dès lors que cette prestation et cette contre-prestation sont exécutées ». Cette disposition ne s'applique pas « en cas de danger important pour la personne ou le patrimoine de l'incapable » (art. 105a, 2<sup>e</sup> phrase du BGB). Une autre gradation de l'incapacité juridique des adultes est provoquée par le régime de l'assistance avec l'instrument optionnel de la « réserve d'autorisation » par décision du tribunal d'assistance (voir ci-dessous 3.2.2.2.).

Enfin, il convient de noter que, conformément à l'article 105, alinéa 2 du BGB, est « également nulle toute déclaration de volonté émise en état d'inconscience ou de trouble mental passager ». Le problème ici cependant est que ceux qui invoquent la nullité de la transaction, par exemple la personne âgée en perte d'aptitude, son représentant/assistant ou ses héritiers, supportent la charge de la preuve de l'état troublé au moment de la conclusion du contrat.

### 3.2.1.2 Quelques délimitations

La capacité de donner un consentement médical (*Einwilligungsfähigkeit*, cf l'art. 1906a al. 1<sup>er</sup>, n° 2 BGB) doit être distinguée de la capacité d'exercice des droits. L'autodétermination médicale est fondée sur le concept de consentement du patient à l'acte médical. Cet acte est considéré – un peu étrangement – comme une lésion corporelle au sens de la responsabilité délictuelle (et du droit pénal) nécessitant une justification, comme le consentement. Or, la doctrine majoritaire en Allemagne ne considère pas le consentement comme une déclaration d'intention, mais comme une déclaration *sui generis*

pour laquelle ses propres principes s'appliquent<sup>27</sup>. L'absence de capacité d'exercice n'est pas synonyme de l'absence de capacité à donner son consentement. S'il est exigé que la personne concernée, pour donner un consentement médical valide, ait l'aptitude nécessaire pour comprendre et évaluer les avantages et les risques d'une intervention les uns par rapport aux autres<sup>28</sup>, il y a alors peu de différences par rapport aux critères d'appréciation de la capacité juridique. Si le patient n'est pas capable de donner son consentement, le médecin a besoin du consentement de son représentant/assistant. Mais même dans ce cas, la volonté du patient n'est pas totalement ignorée : si l'acte médical est contraire à la « volonté naturelle » du patient, le représentant/assistant ne peut y déroger que si la mesure (« mesure médicale coercitive », *ärztliche Zwangsmaßnahme*) est « nécessaire pour éviter un dommage imminent et substantiel à la santé du patient », si le tribunal d'assistance approuve le consentement et si les autres exigences de l'article 1906a BGB sont remplies. La « volonté naturelle » dans ce sens est toute volonté « spontanée », même entièrement non réfléchie<sup>29</sup>.

Depuis 2013, le « contrat de soins médicaux » (*Behandlungsvertrag*) a été intégré dans le Code civil allemand en tant que contrat distinct (art. 630a-630h BGB), tout comme le consentement (art. 630d BGB). Le consentement anticipé sous forme de testament biologique (*Patientenverfügung*, littéralement « Disposition prise par un malade », art. 1901a BGB) est prévu dans la loi depuis 2009<sup>30</sup>. Il est désormais expressément prévu que le consentement effectif, au-delà de la capacité mentale de donner son consentement, exige que le patient ou son représentant ait été *informé* par une personne compétente de « toutes les circonstances essentielles pour le consentement » avant qu'il consente (art. 630d, al. 2, art. 630e BGB).

Les interventions médicales faites sans un consentement effectif permettent une action en dommages-intérêts délictuelle et, s'il

27. Voir G. WAGNER, § 630d, dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 8<sup>e</sup> éd., 2020, par. 9.

28. *Ibid.*, par. 9.

29. J. NEUNER, *Natürlicher und freier Wille – eine Studie zum Bürgerlichen Recht*, Archiv für die civilistische Praxis, 2008, p. 1, 15 et s.

30. Selon la définition légale de l'art. 1901a, al. 1 du BGB, la *Patientenverfügung* est l'écrit par lequel « un majeur capable d'exprimer sa volonté » établit « pour le cas où il ne serait pas capable de l'exprimer, qu'il autorise ou qu'il refuse un examen de son état de santé, un traitement ou une opération médicale qui, au moment où il manifeste sa volonté, n'est pas encore immédiatement prévue ».

existe un contrat direct entre la partie traitante et le patient, une action en dommages-intérêts contractuelle. Dans ce contexte, un arrêt de la Cour fédérale de justice (BGH) du 2 avril 2019 est intéressant. L'affaire concernait une demande en dommages et intérêts pour préjudice moral du fils et héritier d'un patient décédé alors qu'il était âgé de 82 ans et souffrait de démence avancée. Le plaignant accusait le médecin défendeur d'avoir nourri artificiellement son père pendant une période plus longue que celle indiquée médicalement et d'avoir ainsi prolongé sa vie et les souffrances liées à sa maladie de manière insensée. La BGH a évité de se prononcer quant à savoir si le traitement était médicalement justifié ou non et si une consultation avec la personne chargée de l'assistance du patient (qui n'était pas le fils apparemment) aurait été nécessaire<sup>31</sup>. L'action a été rejetée pour absence de dommages. Le raisonnement de la Cour est remarquable et justifie une traduction littérale :

La vie humaine est un bien juridique de grande valeur et mérite absolument d'être préservée. Aucun tiers n'est habilité à juger de sa valeur. Il est donc interdit de considérer la vie – même une vie de souffrance – comme un dommage [...].<sup>32</sup>

Enfin, il faut distinguer entre la capacité de faire des déclarations (déclaration de volonté, consentement médical) et la « capacité » à entreprendre des actions de fait qui entraînent la responsabilité (non contractuelle) de la personne qui agit (*Deliktsfähigkeit*, littéralement « capacité à commettre un délit »). Le terme « capacité » est ici

31. L'assistant du patient décédé dans cette affaire aurait eu le droit d'exiger que l'alimentation artificielle soit arrêtée, même si le processus de mort n'avait pas encore commencé, à la condition que cela soit conforme à la volonté présumée du patient (il n'y avait pas de testament de vie). Ce type d'« aide à mourir passive au sens large » est autorisé en Allemagne (voir l'art. 1901a, al. 3 BGB). L'interruption d'une mesure de maintien de la vie est en principe admissible, car la volonté correspondante du patient est « une expression du droit à l'autodétermination garanti par la Constitution », à savoir la « liberté d'action générale et le droit à l'intégrité physique » (exposé des motifs du projet de loi du 6 mars 2008 portant (entre autres) sur l'introduction de l'art. 1901a BGB, *Bundestags-Drucksache* 16/8442, p. 16). Voir BGH, arrêt du 2 avril 2019, VI ZR 13/18, BGHZ 221, 352, juris, par. 19 : « Si la volonté est de s'abstenir de mesures de maintien de la vie et donc de rendre la mort possible, il en résulte un droit de demander la cessation des mesures de prolongation de la vie » ; voir aussi l'arrêt de la Cour Constitutionnelle (*Bundesverfassungsgericht*) du 26 février 2020, 2 BvR 2347/15 *et al.*, juris, par. 209 : « Le droit général de la personnalité dans sa manifestation en tant que droit à une mort autodéterminée ne comprend donc pas seulement le droit de refuser de son plein gré des mesures de maintien de la vie et de laisser ainsi une maladie menant à la mort suivre son cours [...] [il] s'étend également à la décision de l'individu de mettre fin à sa vie de sa propre main. »

32. BGH, arrêt du 2 avril 2019, *op. cit.*, note 31, juris, par. 14.

quelque peu trompeur, car il suggère l'existence d'une caractéristique qui – comme la capacité à contracter – ouvre des possibilités d'action. Il est préférable de traiter d'imputabilité de la faute. Selon l'article 827, première phrase, du BGB, celui « qui se trouvant en état d'inconscience ou dans un état de trouble mental maladif, excluant le libre exercice de la volonté cause un dommage à autrui n'est pas responsable de ce dommage ». Cette disposition protège non seulement les personnes atteintes de maladies mentales, mais aussi les personnes dont la capacité cognitive est altérée par l'âge, par exemple en cas de démence. À cet égard, ce sont les mêmes critères que pour la capacité d'exercice qui sont appliqués (art. 104 n° 2 BGB)<sup>33</sup>. La question de l'imputabilité d'un comportement fautif se pose non seulement dans le domaine de la responsabilité délictuelle, mais aussi dans le contexte contractuel. Par exemple, si une personne âgée devient démente après la conclusion d'un contrat et qu'elle n'exécute plus le contrat correctement. La disposition pertinente sur la faute contractuelle, l'article 276 du BGB, renvoie à l'article 827 du BGB.

### 3.2.2 L'assistance

#### 3.2.2.1 Le principe

Le régime de protection propre au droit allemand de « l'assistance juridique » (*rechtliche Betreuung*) d'une personne adulte (art. 1896-1908i BGB) vise, outre les personnes malades et handicapées, surtout les personnes âgées<sup>34</sup>. Il s'applique aux personnes incapables, mais aussi aux personnes inaptes qui *n'ont pas encore* franchi le seuil de l'incapacité.

L'assistance est l'équivalent fonctionnel (plus « doux ») de la tutelle ou de la curatelle dans d'autres pays<sup>35</sup>. L'assistant est nommé

33. Voir R. WILHELMI, § 827, dans ERMAN, BGB, 15<sup>e</sup> éd., 2017, par. 1 ; H. SPRAU, § 827, dans Palandt, 79<sup>e</sup> éd., 2020, par. 2.

34. K. BRUNOZZI, § 3 *Herausbildung einzelner Rechtsgebiete*, dans U. BECKER et M. ROTH (dir.), *op. cit.*, note 12, p. 50, 63, par. 21.

35. Le plus souvent, la *Betreuung* est traduite par « assistance », ce qui, dans la connotation française, évoque une condition subalterne qui ne convient peut-être pas ici (R. LEGEAIS, *Notice d'introduction à la Section 3 du Livre 4 : Tutelle, Assistance, Curatelle*, dans Code civil allemand : traduction commentée, Juriscope, 2010, p. 539, 540, NBP 3). Le terme « tutelle » (*Vormundschaft*) est réservé à un régime de protection applicable exclusivement aux mineurs, le terme « curatelle » (*Pflegschaft*) est réservé à un instrument juridique de protection particulier qui est prévu pour des situations occasionnelles et passagères (par ex. la tutelle procédurale – *Verfahrenspflegschaft* –, qui assure l'assistance pendant la durée d'un

par le tribunal d'assistance (*Betreuungsgericht*) à la demande d'une personne majeure (même incapable) ou d'office si cette personne, « en raison d'une maladie mentale ou physique ou d'un handicap physique, psychologique ou psychique, ne peut s'occuper de ses affaires totalement ou partiellement » (art. 1896, al. 1<sup>er</sup>, première phrase, BGB).

Le régime de l'assistance complète la protection des adultes inaptes de deux manières. Lorsque l'adulte est juridiquement incapable, l'assistance lui assure une participation aux « affaires juridiques » patrimoniales (par ex. des achats, la conclusion de contrats de traitement et de soins), médicales (des consentements médicaux) ou autres, grâce à l'accompagnement de la personne chargée de l'assistance (l'assistant). Le droit allemand ne reconnaît pas la représentation légale par les membres de la famille. Par son assistant, le régime de l'assistance fournit à la personne âgée encore capable, mais devenue vulnérable devant des cocontractants malveillants, un conseiller ou une aide. En dernier ressort dans le cas d'une « réserve d'autorisation » (ci-dessous 3.2.2.2), il lui octroie un superviseur bien intentionné.

Les principes directeurs de l'assistance, qui respectent la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées<sup>36</sup> à mon avis, sont :

- le respect maximal de l'autonomie personnelle avec le minimum de contraintes institutionnelles ;
- la préséance de la libre volonté et le respect de la volonté limitée (« naturelle ») avec notamment :
  - la priorité d'une procuration de prévoyance (ci-dessous 3.2.3) par rapport à l'assistance
  - l'interdiction de nommer un assistant contre la libre volonté de la personne

---

procès ou la curatelle pour un patrimoine collecté pour un but d'intérêt général quand il n'y a plus personne à s'en occuper, art. 1914 du BGB).

36. *Convention relative aux droits des personnes handicapées / Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 13 décembre 2006, (2008) 2515 R.T.N.U. 3 (n° 44910).

- une approche plutôt subjective de l'intérêt du majeur tenant compte des *souhais* exprimés par l'assisté – même incapable – dans la sélection de l'assistant (art. 1897, al. 4 BGB)<sup>37</sup> et dans la gestion des affaires (art. 1901, al. 3 BGB) ;
- la proportionnalité des restrictions à l'autodétermination associées à l'assistance avec, selon son acception allemande, ses trois facettes : de la nécessité, de l'*ultima ratio* et de la pesée d'intérêts.

Ainsi, un assistant est nommé lorsque l'assistance est nécessaire. « Si l'assistance est mise en place elle ne peut jamais être considérée comme définitive »<sup>38</sup>, dès qu'il existe des circonstances qui rendent sa mainlevée possible (voir art. 1901, al. 5 BGB). Similairement, en vertu de la loi, la mission d'assistance « comprend toutes les diligences qui sont *nécessaires* pour que les affaires de la personne assistée puissent être réglées juridiquement » (art. 1901, al. 1 BGB).

Sans le dire explicitement, la loi souhaite même, dans son acception conforme à la Convention de l'ONU relative aux droits des personnes handicapées qui consacre le paradigme de la préservation maximale du droit de la personne concernée à l'autodétermination (*supported decision-making*), que l'assistant soutienne « avant tout [...] la personne assistée dans sa propre prise de décision et dans la mise en œuvre de ces décisions » et n'utilise « les moyens de représentation que si cela est indispensable pour permettre à la personne concernée de participer à des opérations juridiques conformément à ses souhaits et préférences »<sup>39</sup>. Selon cette compréhension, l'assistant doit consacrer son temps et ses efforts à la communication avec l'assisté et à la consultation de celui-ci, plutôt que de décider à sa place.

37. Voir M. SCHWAB, § 1897, dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 7<sup>e</sup> éd., 2017, par. 23 : aucune capacité juridique de la personne concernée ni aucun degré de connaissance naturelle n'est requis pour que la proposition de désigner une personne spécifique comme assistant soit retenue (si elle ne contrevient pas à l'intérêt du majeur). L'auteur constate que certains tribunaux exigent que pour être contraignante, la proposition soit « sérieuse, indépendante et permanente ». Selon lui, il devrait « suffire que la personne concernée exprime sa volonté ou son souhait qu'une certaine personne devienne son assistant ». L'enjeu pratique de cette controverse est probablement minime, car personne ne supposera qu'un souhait de plaisanterie ou un souhait manifestement exprimé sur un coup de tête puisse être décisif.

38. R. LEGEAIS, *Notice d'introduction*, Juriscope, *op. cit.*, note 35, p. 539 et s., 540.

39. A. SCHNELLENBACH, *25 Jahre nach der Reform – Rechtliche Betreuung erneut auf dem Prüfstand*, *Betreuungsrechtliche Praxis* (journal) 2017, p. 3, 4. L'auteur est fonctionnaire au sein du ministère fédéral de justice.

L'assistant doit chercher constamment – même si souvent en vain – à faire en sorte que l'assisté soit en mesure de prendre des décisions réfléchies, quelle que soit l'importance de l'affaire et malgré son handicap. Soyons cependant réalistes : pareille façon de faire ne nous apparaît pas toujours praticable.

### 3.2.2.2 *La réserve d'autorisation*

Selon l'article 1903, alinéa 1<sup>er</sup>, BGB, le tribunal d'assistance (*Betreuungsgericht*) a la possibilité, « dans la mesure où cela est nécessaire pour prévenir un danger important concernant la personne ou le patrimoine de la personne sujet de l'assistance, d'ordonner que, pour une déclaration de volonté qui se rapporte au domaine de compétence de l'assistant, la personne protégée a besoin de l'autorisation de celui-ci » (« réserve d'autorisation », *Einwilligungsvorbehalt*, art. 1903, al. 1<sup>er</sup> BGB). Les contrats conclus par la personne assistée sans l'autorisation préalable nécessaire prennent effet rétroactivement dès leur approbation ultérieure. Si l'assistant refuse de donner son consentement, ils restent invalides (art. 1903, al. 1<sup>er</sup> et art. 108 BGB).

Le consentement (préalable) peut également être donné sous la forme du versement d'une somme forfaitaire. L'assistant donne à la personne assistée certaines sommes d'argent pour un but précis ou – sous forme d'« argent de poche » – pour qu'il en dispose librement (art. 1903, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> phrase, et art. 110 BGB). La loi s'inspire ici du droit des mineurs âgés de plus de six ans à capacité juridique limitée. La portée d'une telle réserve d'autorisation, qui peut être limitée à certains actes (par exemple la gestion d'une maison) ou à une certaine valeur (par exemple des obligations dépassant 200 euros)<sup>40</sup>, est laissée à la discrétion du tribunal d'assistance conformément au principe de proportionnalité. L'assistance avec réserve d'autorisation est indiquée pour les personnes ayant régulièrement des « absences » au sens de l'article 105, alinéa 2 BGB (ci-dessus 3.2.2.1). Toutefois, l'établissement d'une réserve d'autorisation est également possible<sup>41</sup> pour les personnes qui sont incapables d'agir en justice, tant que l'incapacité légale n'est pas certaine, comme dans le cas de la démence progressive.

40. M. SCHWAB, § 1903, dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 7<sup>e</sup> éd., 2017, par. 16.

41. *Ibid.*, par. 18.

Trois types d'actes juridiques sont exclus de l'effet d'une clause de consentement. D'abord, les déclarations de volonté qui concernent « une affaire minime de la vie quotidienne » (art. 1903, al. 3, 2<sup>e</sup> phrase, BGB). Cette exception est similaire à celle de l'article 105a du BGB (« transactions de la vie quotidienne » qui sont « accomplies par des moyens de faible valeur », voir ci-dessus 3.2.2.1), mais elle est plus large dans la mesure où elle ne couvre pas seulement les contrats réciproques. Surtout, et contrairement à l'article 105a BGB, la disposition s'applique également aux adultes ayant la capacité juridique. La deuxième exception au besoin d'une autorisation couvre toutes les déclarations de volonté qui « n'apportent qu'un avantage juridique » à la personne assistée (art. 1903, al. 3, première phrase, BGB)<sup>42</sup>. Sur ce point, les mineurs ayant une capacité juridique limitée sont traités sur un pied d'égalité (voir. art. 107 BGB). Une troisième exception, pour laquelle la réserve d'autorisation ne s'applique pas, est constituée par certaines déclarations de volonté personnelles (par exemple les testaments, les contrats d'héritage, de mariage, art. 1903, al. 2 BGB). Toutefois, et contrairement aux deux autres exceptions, une volonté éclairée au moment de la déclaration est requise dans ce cas (art. 2229, al. 4 BGB ; voir aussi art. 105, al. 2 BGB).

Dans l'ensemble, on peut affirmer que la réserve d'autorisation restreint et étend l'autonomie de la volonté. Elle est limitée si la personne assistée est toujours capable et si, lors de la déclaration de volonté concrète, elle est également saine d'esprit ou si ses troubles mentaux temporaires ne sont pas reconnus.

### 3.2.3 *La procuration de prévoyance*

La « procuration de prévoyance » (*Vorsorgevollmacht*, aussi traduit par « mandat de prévoyance », « mandat en prévision de l'inaptitude » ou « mandat de protection future »)<sup>43</sup>, est une alternative au régime juridique de l'assistance développé par la pratique. Elle est désormais aussi consacrée par le BGB où la notion apparaît succinctement à trois reprises<sup>44</sup>, sans faire l'objet d'un régime particulier.

42. Ce qui est décisif, c'est le point de vue juridique et non économique. Les contrats synallagmatiques tels que les contrats de vente sont toujours désavantageux en ce sens, car ils créent une obligation, quel que soit le montant de la contrepartie.

43. R. LEGEAIS, M. PEDAMON ET C. WITZ (*op. cit.*, note 10, p. 571) ont choisi le terme « pouvoir de prévoyance » pour traduire le terme *Vorsorgevollmacht* contenu dans l'intitulé de l'art. 1901c BGB.

44. Dans l'intitulé de l'art. 1901c, dans l'art. 1908f, al. 1 n° 2a, et dans l'art. 1908f, al. 4 BGB.

La construction autonome d'une « procuration de prévoyance » est possible, car les procurations ne perdent pas automatiquement leur validité lorsque la partie qui accorde la procuration devient juridiquement incapable d'agir en Allemagne, contrairement à d'autres pays<sup>45</sup>.

La *Vorsorgevollmacht* est une procuration anticipée plus ou moins complète – selon la volonté du représenté – accordée à une autre personne pour le cas où le mandant ne serait plus en mesure de gérer ses affaires. En droit allemand, la procuration est un acte unilatéral et distinct du mandat bilatéral sous-jacent<sup>46</sup>. C'est pourquoi la traduction « procuration de prévoyance » est plus précise que la traduction « mandat de prévoyance », mais la *Vorsorgevollmacht* est tout de même régulièrement associée au mandat tacite conditionné par la survenance de l'incapacité selon l'article 1896, alinéa 1<sup>er</sup> BGB. Conformément à la valeur primordiale de l'autodétermination, la procuration de prévoyance a priorité sur l'assistance puisque l'assistance

n'est pas nécessaire [au sens de l'art. 1896, al. 1<sup>er</sup>, première phrase, du *BGB*] dans la mesure où les affaires du majeur peuvent, par un représentant mandaté [...] ou par une autre forme d'aide pour laquelle il n'y a pas de nomination de représentant légal, être traitées aussi bien que par un assistant (art. 1896, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> phrase du *BGB*).

Il est déconseillé de prévoir une procuration en plus d'un mandat en prévision de l'incapacité, afin d'assurer la sécurité du commerce juridique. En fait, d'éventuels doutes concernant la réalisation de la condition, à savoir l'incapacité de la personne âgée, pourraient remettre en question l'entrée en vigueur du pouvoir. C'est pourquoi la pratique préfère l'octroi de procurations inconditionnelles. Le modèle de pouvoir de prévoyance (appelé simplement « pouvoir » – *Vollmacht*) que le ministère fédéral de la justice allemand met à la disposition de la population sur sa page Internet sous la forme d'un formulaire de quatre pages est suffisant<sup>47</sup>.

45. A. D. WARD, *Erwachsenenschutzrecht im internationalen Vergleich*, *Betreuungsrechtliche Praxis* (journal), 2017, p. 12, 16.

46. G. REINER, « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand », dans *La représentation en droit privé*, G. WICKER, R. SCHULZE et D. MAZEAUD (dir.), *Société de Législation Comparée*, Paris 2016, p. 19, 26 (section « 1. Le principe de l'autonomie de la représentation »).

47. <<https://www.bmjv.de>>. Le lien de téléchargement est appelé « *Formular : Vorsorgevollmacht* », mais le formulaire lui-même (mis à jour le 1<sup>er</sup> septembre 2019) n'a que le titre « *Vollmacht* ».

### **3.2.4 La systématique en un coup d'œil**

En ce qui concerne la capacité des personnes âgées à déterminer leur propre vie, le droit privé allemand distingue les étapes suivantes qui sont représentées par les concepts de l'incapacité d'exercice et de l'assistance juridique. Rapidement, on peut les résumer ainsi :

- (1) Les personnes âgées ayant une volonté libre et autonome sans restriction :

Ces personnes ont une capacité juridique complète. Leurs déclarations de volonté sont valides, elles peuvent même accorder une procuration anticipée en cas de besoin futur d'assistance.

- (2) Les personnes âgées ayant une volonté fondamentalement libre et autonome, mais occasionnellement entravée :

Ces personnes ont également la capacité juridique. Leurs déclarations faites dans un état de troubles mentaux temporaires sont cependant nulles et non avenues. Si un régime d'assistance juridique a été mis en place ou si une réserve d'autorisation a été ordonnée, les déclarations de volonté soumises à la réserve sont invalides jusqu'à ce que l'assistant donne son consentement. Les déclarations exclusivement avantageuses sur le plan juridique, les déclarations portant sur les transactions de faible valeur et les déclarations hautement personnelles sont valides sans autorisation.

- (3) Les personnes âgées incapables ayant une simple volonté « naturelle » :

(3.1) Les déclarations de volonté de ces personnes sont généralement nulles. À titre exceptionnel, les actes juridiques autonomes suivants sont valides :

- les contrats « de la vie quotidienne », contractés par des moyens modestes ;
- dans les cas où une assistance avec réserve d'autorisation existe :
  - les déclarations de volonté qui ne font qu'apporter un avantage juridique,

- les déclarations qui concernent « une affaire minime de la vie quotidienne »,
- les déclarations nécessitant un consentement, à condition que celui-ci ait été donné.

(3.2) Les déclarations médicales

Celles-ci prennent plein effet.

(3.3) Les simples « souhaits » dans le cadre du régime d'assistance

Dans la mesure où les souhaits concernent le choix de l'assistant juridique ou la gestion de l'assistance, ils sont normalement impératifs pour le tribunal d'assistance ou, le cas échéant, pour l'assistant, s'ils ne sont pas contraires au bien-être personnel de l'adulte (ou s'ils sont déraisonnables pour l'assistant).

La figure 1 illustre le système de la capacité juridique allemand, y compris le droit des mineurs sous forme d'une arborescence.

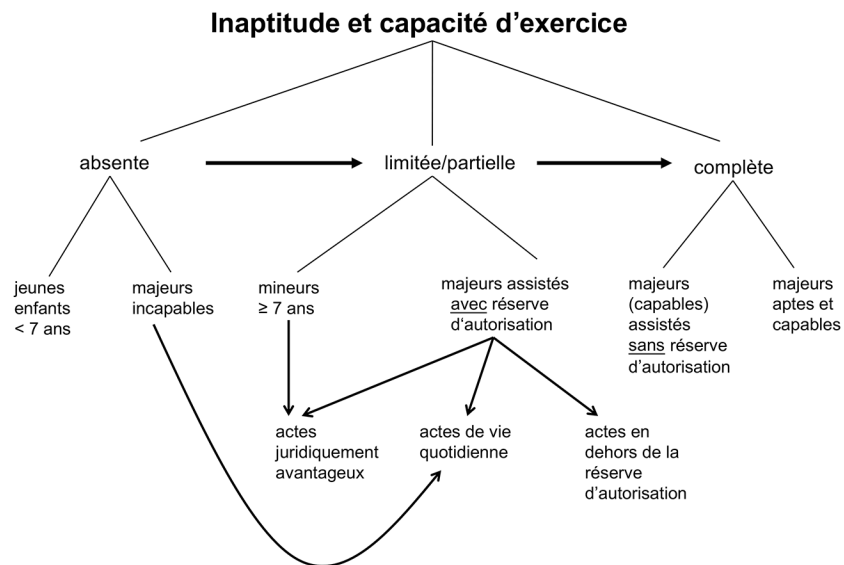


Figure 1

#### 4. LA PROTECTION DE DROIT COMMUN

Les règles du droit commun privé contribuent également à la protection des personnes âgées. Généralement, les normes qui exigent explicitement la prise en compte de l'intérêt individuel des personnes sont sensibles à leurs faiblesses, que ces personnes soient âgées ou non. C'est le cas en droit privé commun consacré à la protection spéciale des personnes en situation d'infériorité. Plusieurs des recours qui y sont prévus sont efficaces à certaines conditions. La principale difficulté avec ces recours de droit commun réside dans le fait que les personnes âgées doivent les connaître et qu'elles doivent avoir l'énergie nécessaire pour faire valoir leurs droits, parfois même devant les tribunaux. Soulignons qu'en pratique, ce sont souvent les héritiers des personnes concernées qui vont faire valoir leurs droits, après leur décès.

L'effet préventif des règles de droit commun est relativement faible. Les instruments présentés ci-après représentent des illustrations ; la liste n'est pas exhaustive. Dans chaque cas, j'ai tenté de dégager si la vulnérabilité de certaines personnes âgées est prise en compte dans l'application des règles de droit commun pertinentes et si, au sein d'un groupe spécifique de personnes envisagé par une norme (par exemple « la circulation »), les personnes âgées constituent un sous-groupe pertinent.

##### 4.1 La nullité des actes juridiques contraires aux bonnes mœurs pour exploitation des personnes âgées

La *nullité* des actes juridiques contraires aux bonnes mœurs est un concept qui, entre autres, remplace la fonction de la « lésion » qui est inconnue en droit allemand. Est nul « tout acte juridique portant atteinte aux bonnes mœurs » (art. 138, al. 1<sup>er</sup> BGB), « notamment » « tout acte juridique par lequel une personne se fait promettre ou accorder [...] en contrepartie d'une prestation, des avantages patrimoniaux en disproportion flagrante avec cette prestation, et cela par exploitation de l'état de nécessité, de l'inexpérience, du défaut de capacité de jugement ou de la grande faiblesse de caractère d'autrui » (art. 138, al. 2 BGB) – l'« usure » (*Wucher*) suivant l'intitulé de l'article 138. L'inexpérience peut également être présente chez les personnes qui ont peu ou pas de contacts avec la vie professionnelle,

comme chez certains retraités<sup>48</sup>, bien qu'il soit souvent difficile de faire la distinction entre « inexpérience » et « défaut de capacité de jugement »<sup>49</sup>.

L'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 138 BGB est plus important en pratique que la règle spéciale de l'alinéa 2 qui exige de faire la preuve difficile de l'exploitation de l'autre partie,<sup>50</sup> entre autres, en cas de transaction « usuraire » immorale. Selon une jurisprudence constante, une transaction est immorale et nulle « s'il existe un déséquilibre objectivement particulièrement flagrant ou du moins évident entre la prestation et la contrepartie et si, en outre, une autre circonstance se présente qui, lorsque les caractéristiques subjectives et objectives sont combinées, fait apparaître le contrat comme immoral ». « Une disproportion particulièrement flagrante peut généralement être supposée si la valeur du service est juste en dessous ou presque deux fois plus élevée que celle de la contrepartie. »<sup>51</sup> En conséquence, la Cour de cassation a considéré comme immoral un contrat de courtage en mariage dans lequel une personne de 77 ans (décédée depuis) s'engageait à payer une somme de près de 3 000 euros pour un total de trois propositions de partenaires, les propositions de partenaires ne contenant que « neuf à dix lignes chacune avec des noms, des coordonnées et des adjectifs similaires, plus ou moins significatifs » et n'ayant pas été retenues<sup>52</sup>. La Cour a discuté de l'âge du client, mais pas de son éventuelle faiblesse liée à l'âge. Elle a mentionné qu'un service aussi rudimentaire avait de faibles chances de succès compte tenu de l'âge de monsieur : le client « compte tenu de la seule description vague de la prestation due » qui « ne contenait aucune spécification temporelle ou qualitative, surtout compte tenu de son âge avancé et

48. R. SACK et PH. S. FIRSCHINGER, § 138, dans Staudinger, BGB, 2011, par. 242, avec des références.

49. *Ibid.*, par. 245, Voir aussi Ch. ARMBRÜSTER, § 138, dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 8<sup>e</sup> éd., 2018, par. 151. L'auteur mentionne le fait d'être « trop vieux » comme cas d'absence de jugement. Selon l'art. 291 du Code pénal allemand (*Strafgesetzbuch*), l'« usure » (intentionnelle) est même une infraction pénale punie d'une amende ou d'un emprisonnement de trois ans au maximum. Dans les cas particulièrement graves, notamment lorsque la victime se trouve en détresse économique à cause du délit ou que l'auteur de l'infraction agit à titre professionnel, la peine est même un emprisonnement de six mois à dix ans.

50. Voir Cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Potsdam, arrêt du 27 avril 1995, 5 U 108/94, juris. Là, une dame âgée a tenté de se soustraire à un contrat d'achat de propriété. Peu après la vente, elle avait trouvé une partie intéressée qui était prête à payer plus du double du prix. La Cour a pourtant déclaré : « La vieillesse de la demanderesse ne permet pas à elle seule de conclure que le défendeur a exploité l'inexpérience de son entreprise à son propre profit » (juris, par. 25).

51. Ainsi par ex. BGH, décision du 14 juin 2017, III ZR 487/16, juris, par. 10.

52. *Ibid.*, par. 15.

de l'envoi de seulement trois suggestions de partenaires, a pris un risque « relativement élevé » d' « avoir finalement payé la somme d'argent pour rien »<sup>53</sup>.

L'article 138, al. 1<sup>er</sup> BGB peut couvrir des situations où l'abus de faiblesse ne consiste pas en une « disproportion flagrante » des obligations contractuelles mutuelles (art. 138, al. 2), mais où les circonstances de la conclusion du contrat font en sorte que des personnes faibles, parfois des personnes âgées, sont incitées à acheter des produits dont elles n'ont pas besoin et qu'elles n'auraient jamais acquis sans manipulation intrusive. Un tel comportement de distribution est également susceptible d'être qualifié de concurrence déloyale (voir ci-dessous 4.7). Dans une affaire de 2005<sup>54</sup>, une société avait délibérément incité des consommateurs plus âgés, comme la plaignante de 77 ans, à acheter des biens ménagers, en exploitant délibérément leur inexpérience juridique et commerciale. À cette fin, la société avait envoyé un grand nombre de promesses de profits considérables dont l'exécution était subordonnée à la commande d'articles ménagers. Même si la gamme des produits proposés incluait des produits pouvant être utilisés dans presque tous les foyers, la Cour de cassation a estimé qu'

il ne faut pas s'attendre à ce qu'une personne ayant une expérience juridique et commerciale, quel que soit son âge, soit tentée par des promesses de profit telles que celles faites par les cédantes pour acheter ces produits ou (en raison des promesses de profit) précisément auprès de la société poursuivie.

Les contrats d'achat conclus par la plaignante étaient « en détail des transactions simples et gérables de la vie quotidienne, dont l'accomplissement ne requiert pas régulièrement une expérience significative de la vie juridique et commerciale ». Toutefois, « sa liberté de décision et sa capacité à évaluer de manière impartiale le caractère raisonnable et la viabilité économique des contrats proposés » avait été « systématiquement affaiblies » par la société « par le fait qu'elles ont envoyé au plaignant, dans de brefs délais, un grand nombre de promesses de bénéfices d'un montant considérable, dont elles ont rendu l'exécution dépendante des commandes »<sup>55</sup>. Les contrats d'achat conclus sur la base des commandes ont été déclarés nuls en vertu de l'article 138, alinéa 1<sup>er</sup> BGB.

53. *Ibid.*, par. 16.

54. *BGH*, arrêt du 29 juin 2005, VIII ZR 299/04, juris.

55. *Ibid.*, par. 20.

Un autre arrêt de la Cour d'appel (*Kammergericht*) de Berlin du 5 septembre 2017 illustre l'effet puissant de l'article 138, alinéa 1<sup>er</sup> BGB<sup>56</sup>. Dans cette affaire, les deux défendeurs avaient gagné la confiance d'une célibataire de près de 81 ans, solitaire, nécessiteuse, inexpérimentée en affaires, « considérablement dépassée » et « extrêmement facilement influencée », et ils l'avaient persuadée de leur vendre la maison mitoyenne qu'elle habitait, d'une valeur de 325 000 euros, pour 90 000 euros. De l'avis de la Cour, l'immoralité du contrat d'achat n'était pas seulement due à l'exagération du prix d'achat convenu, mais découlait d'une considération générale des circonstances. Même dans ce cas d'exploitation évident, la Cour n'a apparemment pas osé recourir au caractère usuraire de l'article 138, alinéa 2 BGB.

#### 4.2 Les devoirs de renseignement précontractuels

Les devoirs de renseignement précontractuels, écrits ou implicites, sont également un instrument puissant pour protéger les parties contractantes de leurs faiblesses liées à l'âge, à la condition que les personnes concernées soient en mesure de s'en servir si elles constatent que le contrat ne répond pas à leurs attentes.

Dans les cas extrêmes, il y a tout d'abord l'interdiction de tromperie dolosive et – peut-être moins pertinent dans le contexte actuel – de menace illicite lors de la conclusion du contrat, qui est sanctionnée par le droit d'annuler le contrat (art. 123 BGB). L'annulation est effectuée dans un délai d'un an « à courir à partir du moment où la personne qui a le droit d'annuler découvre la tromperie [...] » (art. 124, al. 2 BGB), par une déclaration (de volonté) adressée à la partie adverse à l'annulation (art. 143 BGB). Dans la pratique, l'existence d'une action en dommages et intérêts pour violation des obligations d'information contractuelles et précontractuelles (art. 280, al. 1<sup>er</sup> BGB) rend cependant obsolète l'annulation du contrat<sup>57</sup> et revient quasiment à une annulation pour tromperie, avec la différence importante qu'un manquement à une obligation d'information par négligence est suffisant.

Le droit allemand connaît une multitude d'obligations écrites et spéciales d'information (c'est-à-dire de renseignement ou de conseil),

56. *Kammergericht* de Berlin, arrêt du 5 septembre 2017, 7 U 136/16, juris.

57. M. ROTH, *Die Rechtsgeschäftslehre im demographischen Wandel : Stärkung der Autonomie sowie Schutzkonzepte bei Älteren und Minderjährigen*, Archiv für die zivilistische Praxis, 2008, p. 452, 476.

parfois très verbeuses, à l'égard des clients pour différents types de contrats de consommation ainsi que pour des contrats d'investissement et des contrats d'assurance. Dans une mesure considérable et croissante, ces obligations sont fondées sur le droit de l'Union européenne. Dans certains cas, ces obligations d'information (écrites) exigent l'enquête et la prise en compte du besoin d'information du client<sup>58</sup>.

En outre, le droit privé allemand reconnaît un réseau dense d'obligations contractuelles et précontractuelles de considération et d'obligations accessoires de protection, y compris les obligations d'information qui découlent de la jurisprudence sur le principe général de la bonne foi (art. 242 BGB). Elles ont été intégrées dans la loi depuis 2002 à l'article 241, alinéa 2<sup>59</sup>. Le principe selon lequel l'étendue des devoirs de renseignement de la partie professionnelle (par exemple, un vendeur ou un banquier) se détermine en fonction du besoin concret d'information de l'autre partie semble garantir une prise en compte suffisante du besoin de protection informationnel des personnes âgées<sup>60</sup>. Plus particulièrement dans la distribution de produits financiers, la jurisprudence considère, depuis près de 30 ans, qu'un contrat de conseil tacite sur les conseils d'investissements – en plus du contrat d'investissement lui-même – est conclu entre l'investisseur potentiel et l'institution financière dès l'entretien de consultation entre les parties. L'institution financière a alors une double responsabilité informationnelle dans le cadre de ce contrat de conseil. Elle est obligée de

tenir compte du niveau de connaissance du client, qui éventuellement doit être explorée, sur les opérations d'investissement du type envisagé et de sa volonté de prendre des risques (« consultation orientée vers l'investisseur », *anlegergerechte Beratung*).

58. Voir par ex. l'art. 63, al. 10 de la *Loi sur le commerce des valeurs mobilières (Wertpapierhandelsgesetz)* ; art. 6 de la *Loi sur le contrat d'assurance (Versicherungsvertragsgesetz)*.

59. Art. 241 al. 2 BGB est rédigé ainsi : « Le rapport d'obligation peut, selon son contenu, obliger chaque partie à prendre en considération les droits, les biens et les intérêts de l'autre partie. »

60. Voir M. ROTH, *op. cit.*, note 57, p. 451, 476. Selon l'auteur, lorsque des obligations d'information existent, une information délivrée individuellement devrait prendre en compte les restrictions dues à d'âge par le langage utilisé, le choix des mots et la taille de caractère. La clarification orale devait être fournie à un rythme assez lent.

Elle doit aussi veiller à ce que l'objet d'investissement qu'elle recommande tienne compte de ces critères (« consultation orientée vers l'objet », *objektgerechte Beratung*)<sup>61</sup>.

Une décision de la Cour de cassation de 2006 offre une illustration intéressante. Dans cette affaire, une retraitée avait intenté, sous l'aspect de *culpa in contrahendo* pour violation d'une obligation informationnelle, une action en justice pour obtenir la restitution de titres qu'elle avait mis en gage pour garantir des dettes d'emprunt de la société de son mari et de son fils. Elle a affirmé qu'elle avait mal évalué le risque du gage. Avant de signer le contrat, elle avait informé la banque défenderesse qu'elle avait oublié ses lunettes. Elle a également demandé s'il était bon qu'elle signe maintenant. Elle ne voulait en aucun cas perdre son compte de titres. L'employé de la banque aurait répondu qu'« elle ne devrait pas s'inquiéter du tout », qu'elle devrait signer. Le gage était « nécessaire parce que la société avait besoin d'un nouveau crédit »<sup>62</sup>. La BGH a estimé que cette objection était juridiquement pertinente. Certes, une banque n'est pas tenue d'informer un tiers qui fournit une garantie en faveur d'un débiteur des risques encourus. Toutefois, une banque manquerait à son obligation « si son comportement entraînait clairement une erreur de la part du fournisseur de la garantie concernant le risque ou réduisait délibérément ce risque »<sup>63</sup>.

#### 4.3 La protection par les notaires grâce à des exigences formelles

Les exigences formelles peuvent également contribuer à la protection des partenaires contractuels physiquement ou mentalement faibles. C'est particulièrement le cas lorsqu'un acte notarié est exigé, par exemple pour certaines transactions (les transactions immobilières, les contrats de vente de tout ou partie de l'actif actuel, les promesses de dons, les contrats de constitution d'une société). Les notaires ont un devoir légal de diligence et d'information (art. 17 de la loi allemande sur l'authentification des actes, *Beurkundungsgesetz*) qui profite aux contractants plus âgés. En outre, le notaire a une responsabilité particulière envers les malentendants et les personnes

61. BGH, arrêt du 6 juillet 1993, XI ZR 12/93, BGHZ 123, 126, affaire *Bond Finance Ltd.*

62. BGH, arrêt du 10 janvier 2006, XI ZR 169/05, BGHZ 165, 363, juris, par. 22.

63. *Ibid.*, par. 21.

souffrant de troubles de la parole ou de la vue (art. 22-25 *Beurkundungsgesetz*) afin qu'ils comprennent la transaction. Le notaire doit aussi mentionner « les doutes quant à la capacité d'exercice nécessaire d'une partie » dans son procès-verbal (art. 11, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> phrase *Beurkundungsgesetz*)<sup>64</sup>.

#### 4.4 Les exigences particulières pour l'inclusion de conditions générales dans le contrat

Le droit des conditions générales protège les parties contre le risque d'être abusées ou exploitées par des clauses préétablies de l'autre partie, qu'elles ne peuvent rejeter qu'au prix d'une renonciation à la conclusion du contrat. Le contrôle judiciaire des clauses abusives joue à deux niveaux : si la clause a valablement été insérée dans le contrat et si elle est valide. En conformité avec la directive européenne 93/13/CEE « concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », la référence à l'application des conditions générales de l'entreprise dans un contrat de consommation n'est valable que si le consommateur a la possibilité réelle de prendre connaissance de toutes les clauses du contrat (art. 305, al. 2 n° 2 en lien avec l'art. 310, al. 1<sup>er</sup> BGB). Dans ce contexte, la loi allemande prévoit que la possibilité de prendre connaissance des clauses par le consommateur s'évalue « en tenant compte comme il convient de son handicap physique tel qu'il est perceptible par le stipulant ».

Même si la volonté du législateur était surtout de protéger les personnes souffrant de déficiences visuelles<sup>65</sup>, cette disposition permet de prendre en considération d'autres faiblesses liées à l'âge. Par exemple, dans la littérature, on mentionne que les personnes âgées d'au moins 75 ans ne sont généralement plus en mesure de lire des caractères de taille 8<sup>66</sup>. Une partie commerciale devrait « prêter attention et prendre en compte les problèmes d'admission d'une personne très âgée ». Par exemple, l'entreprise pourrait offrir à la personne de lui lire les conditions générales avant la conclusion du contrat « sans aucune contrainte de temps »<sup>67</sup>.

64. Sur cela Th. Raff, « Haus » oder « Grundstück » ? – Schwächerenschutz im Notariat, dans L. KUNZ, V. FERREIRA MESE (dir.), *Rechtssprache und Schwächerenschutz*, Baden-Baden 2018, p. 127, 133 et s.

65. J. BASEDOW, § 305, dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 8<sup>e</sup> éd., 2019, par. 79.

66. M. ROTH, *op. cit.*, note 57, p. 452, 476.

67. *Ibid.*, p. 452, 476 et s.

En principe, un traitement spécial de la partie la plus faible dans l'inclusion des conditions générales dans le contrat est probablement inutile, car en tout état de cause, peu de consommateurs, même expérimentés, lisent les conditions générales. Ils comptent sur le second niveau de contrôle : le contrôle du contenu des conditions générales par la juridiction allemande. Ce contrôle est strict à un point tel qu'il est devenu un désavantage concurrentiel du système juridique allemand à l'international.

#### 4.5 Obligations contractuelles à la prestation en fonction de l'âge ?

##### 4.5.1 L'émergence des obligations

Non seulement les obligations contractuelles accessoires et protectrices, mais aussi les obligations (principales) de prestation peuvent nécessiter une attention particulière à la faiblesse des parties contractuelles plus âgées. Dans la mesure où l'obligation de prestation est déterminée de manière ouverte, à savoir par un simple effort (voir *obligations de moyens*<sup>68</sup>), son contenu concret dépend des intérêts individuels des parties et de l'effort auquel on peut attendre de chacune d'elles concrètement. Il est donc concevable que la condition physique ou mentale (liée à l'âge) du *créancier* détermine conjointement l'étendue des obligations du débiteur. C'est particulièrement le cas si la considération pour le créancier fait partie de l'objet principal du contrat, comme dans la relation entre un médecin et son patient ou un préparateur physique et son client (âgé). Un autre exemple est celui du contrat de transport avec l'entrepreneur de taxi. On peut s'attendre à ce que le chauffeur de taxi aide le client à sortir de la voiture s'il a des difficultés en raison de sa fragilité.

Si la fragilité (liée à l'âge) existe du côté du *débiteur*, même dans le cas des obligations de moyens, elle ne devrait influencer la portée des obligations que dans des cas exceptionnels, à savoir si elle est connue de l'autre partie (créancier) et que le débiteur peut s'attendre

68. La distinction terminologique entre les obligations de moyens et les obligations de résultat n'est pas reconnue en tant que telle en droit allemand. Néanmoins, on peut affirmer que la différence (réelle) entre les obligations a également un effet dans le droit allemand des obligations. Voir G. REINER, « Inexécution et justification : quelques observations au sujet du rôle de l'impossibilité et de la faute en droit allemand des contrats », dans A.-R. TRANDAFIR et M. D. BOB (dir.), *Inexécution et justifications : le pouvoir actuel d'expression du droit continental*, Bucarest 2019, p. 59, 64 et s.

à ce que son partenaire contractuel accepte des restrictions sur la portée des services, par exemple, en raison de la relation personnelle entre les parties.

Exemple 1 : Si quelqu'un charge un retraité très âgé qu'il connaît de s'occuper de son jardin en son absence, il ne peut pas s'attendre au même effort physique et à la même volonté de prendre des risques (par exemple, monter sur les arbres) que pour un étudiant.

Exemple 2 : Si une personne fonde une société civile, qui repose sur l'engagement personnel des associés, avec une personne très âgée, il doit s'attendre à ce que la contribution du coassocié puisse être réduite en raison de son âge.

Exemple 3 : Celui qui fait une offre de contrat à une personne retraitée très âgée doit parfois s'attendre à un délai de réponse plus long qu'avec un jeune destinataire.

Dans le domaine professionnel des commerçants, une réduction de l'étendue des services dus en fonction de l'âge du débiteur par contre ne devrait pas être autorisée. Ce type de questionnement n'a cependant pas encore de réponse en droit allemand.

Même si les obligations de performance sont définies uniquement par rapport à un succès concret (voir *obligations de résultat*), le droit privé allemand laisse une marge de manœuvre dans des cas exceptionnels pour déterminer l'étendue de la prestation en fonction de la capacité du débiteur de remplir son obligation. En ce qui concerne les obligations *primaires*, cela s'applique à certains cas de dispense d'exécution en raison du caractère déraisonnable de l'exécution pour le débiteur. Conformément à l'article 275, alinéa 2 BGB<sup>69</sup>, le débiteur peut exceptionnellement refuser l'exécution « dans la mesure où celle-ci requiert des dépenses qui, eu égard au contenu du rapport d'obligation et au principe de bonne foi, sont gravement disproportionnées par rapport à l'intérêt que présente cette prestation pour le créancier ». La situation est différente si le débiteur (âgé) n'a pas à rendre de services personnellement et si l'on peut s'attendre à ce qu'il commande un remplaçant en meilleure condition physique<sup>70</sup>.

69. Voir G. REINER, dans *Inexécution et justifications*, *op. cit.*, note 68, p. 59, 63 et s., relatif à l'art. 275, al. 2 BGB.

70. Ainsi W. ERNST, § 275, dans *Münchener Kommentar zum BGB*, 7<sup>e</sup> éd., 2016, par. 54, relatif à un locataire âgé auquel on a transmis le devoir de salage.

La question de savoir si la personne fragile est soumise à une responsabilité (*secondaire*) pour les dommages en cas d'inexécution d'une obligation de résultat dépend si la personne est en faute (art. 280, al. 1<sup>er</sup> BGB)<sup>71</sup>. La norme de référence pour juger la faute est essentiellement objective. Néanmoins, il semble concevable, en droit allemand, de créer des normes relatives aux différents groupes de personnes, notamment le groupe des personnes âgées, à la condition que le créancier ait eu connaissance de l'appartenance du débiteur à ce groupe au moment de la conclusion du contrat et qu'il ait accepté un amoindrissement de la norme de responsabilité.

#### 4.5.2 *La terminaison des obligations*

Un domaine du droit privé général est particulièrement attaché à la protection de la partie la plus faible : le droit de la location résidentielle. Une préoccupation centrale du législateur est de protéger le locataire contre la résiliation du contrat et la terminaison des obligations contractuelles. L'article 574, alinéa 1<sup>er</sup>, première phrase, BGB (« Opposition du preneur à la résiliation ») dispose que le preneur « peut s'opposer à la résiliation par le bailleur [effectuée par ex. pour besoin propre] et exiger de ce dernier la poursuite du bail lorsque la cessation du bail constituerait pour lui, sa famille ou tout autre parent de son foyer une mesure d'une dureté injustifiable même en tenant compte des intérêts légitimes du bailleur ».

Selon la Cour de cassation, « l'âge avancé d'un locataire et/ou une longue période de location avec un enracinement de longue date dans l'environnement précédent » ne constitue pas en soi une « dureté justifiable » (au sens de l'art. 574, al. 1<sup>er</sup>, première phrase, BGB), car ils « peuvent avoir des effets différents selon la personnalité et l'état physique et psychologique du locataire »<sup>72</sup>. Ce n'est que si des maladies telles que la démence s'ajoutent à ces circonstances « en conséquence de quoi le locataire risque de subir une détérioration de son état de santé [...] s'il est détaché de son environnement immédiat », que cela peut entraîner des difficultés<sup>73</sup>.

Le tribunal de grande instance (*Landgericht*) de Berlin semble un peu plus généreux avec les locataires âgés. Dans un jugement du 12 mars 2019, il a déclaré que le principe de la dignité humaine et le

71. Voir G. REINER, dans *Inexécution et justifications*, *op. cit.*, note 68, p. 59, 65 et s.

72. BGH, arrêt de 22 mai 2019, VIII ZR 180/18, juris, par. 30.

73. *Ibid.*, par. 28.

principe constitutionnel de l'État providence exigent que l'abandon d'un appartement loué en raison de la résiliation soit normalement pris en compte comme une « dureté injustifiable » lorsque les locataires étaient « d'un âge avancé »<sup>74</sup>. Un âge de plus de 80 ans serait « élevé selon tous les critères d'évaluation pertinents, en particulier selon l'opinion générale sur la circulation »<sup>75</sup>.

L'âge, ou plus précisément les intérêts liés à l'âge, peuvent également être pris en considération du côté du propriétaire. Pour résilier le contrat, le propriétaire doit avoir un « intérêt légitime » (art. 573 BGB) qui doit être mis en équilibre avec les difficultés rencontrées par le locataire. Comme l'a déclaré la Cour de cassation dans un arrêt du 22 mai 2019, peut constituer un tel motif légitime le fait qu'un propriétaire ait besoin d'un appartement pour déménager à proximité de sa grand-mère âgée, pour la soutenir et s'occuper d'elle<sup>76</sup>.

#### **4.6 La protection en droit de la responsabilité extracontractuelle**

La question de la protection des personnes âgées dans le droit de la responsabilité extracontractuelle (générale) peut être envisagée sous deux angles : les obligations accrues des tiers envers les personnes âgées (ci-après 4.6.1) et l'éventuelle réduction des obligations extracontractuelles des personnes âgées par rapport aux tiers (ci-après 4.6.2).

##### **4.6.1 Obligations de protection accrues envers les personnes âgées**

Les obligations extracontractuelles générales et non écrites visant à protéger en particulier la vie, la santé et la liberté d'autrui (art. 823, al. 1<sup>er</sup> BGB) sont fondées sur l'idée de la « protection de la sécurité de la vie sociale » (*Verkehrssicherung*) en droit allemand. La personne qui crée une situation dangereuse, de quelque nature que ce soit, est « généralement obligée de prendre les précautions nécessaires et raisonnables pour éviter autant que possible de causer des dommages à autrui ». La protection de la sécurité de la vie sociale exigée par la loi « comprend les mesures qu'une personne cir-

74. *Landgericht* de Berlin, jugement du 12 mars 2019, 67 S 345/18, juris, par. 31.

75. *Ibid.*, par. 35.

76. BGH, arrêt du 22 mai 2019, VIII ZR 167/17, juris par. 20.

conspecte et compréhensive, qui est prudente dans des limites raisonnables, considère comme nécessaires et suffisantes pour protéger les autres contre les dommages »<sup>77</sup>. Plus la présence de personnes âgées est prévisible dans un milieu social, plus il faut tenir compte des fragilités typiques de l'âge dans la prévention des risques. La Cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Schleswig a statué en 2013 que l'exploitant d'une clinique médicale avait une obligation accrue d'assurer la sécurité de l'entrée de la clinique en ce qui concerne son nettoyage, car il était prévisible que plusieurs personnes handicapées l'utilisent<sup>78</sup>.

La Cour de cassation a aussi jugé, en 2012, que l'État défendeur de Berlin violait ses obligations en matière de sécurité dans une zone résidentielle à prédominance de personnes âgées. La plaignante, âgée de 70 ans, était tombée sur un trottoir dans un état de « désolation ». La Cour a déclaré que « si le groupe habituel des usagers comprenait principalement des personnes âgées et donc souvent moins aptes à circuler sur la route, le défendeur devait en tenir compte », même s'il voulait prendre le piéton moyen comme référence<sup>79</sup>. Toutefois, une personne âgée pourrait se voir accorder des dommages-intérêts moins élevés pour un préjudice moral étant donné qu'elle « n'a pas à subir une épreuve aussi longue qu'une personne plus jeune »<sup>80</sup>.

Les personnes âgées ne semblent pas bénéficier d'une protection particulière dans les transports en commun. Dans un arrêt de 1992, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence établie « selon laquelle le passager d'une voiture moderne de grande capacité d'un tramway est généralement laissé à lui-même et ne peut pas s'attendre à ce que le conducteur, qui doit faire attention aux signaux extérieurs de circulation en considération des autres usagers de la route, s'occupe de lui ». Il en irait de même pour les chauffeurs d'autobus<sup>81</sup>. Ce ne serait que dans des cas exceptionnels qu'il pourrait y avoir une obligation de faire preuve d'une prudence particulière lors

77. BGH, arrêt du 3 juin 2008, VI ZR 223/07, juris, sous II.A.1.

78. *Oberlandesgericht* de Schleswig, arrêt du 8 octobre 2013, 11 U 16/13, juris.

79. BGH, arrêt du 5 juillet 2012, III ZR 240/11, juris, par. 13.

80. BGH, arrêt du 15 janvier 1991, VI ZR 163/90, juris, par. 14 : indemnisation des souffrances et douleurs d'un homme de 73 ans pour avoir subi un grave accident de la circulation (avec décès de sa femme et de sa fille).

81. BGH, arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 1992, VI ZR 27/92, juris, par. 10. L'affaire concerne l'action (non contractuelle) intentée contre le chauffeur d'autobus par une dame de 65 ans qui était tombée lors de la mise en marche du véhicule.

du démarrage « si le conducteur a connaissance d'un handicap grave du passager, qui l'oblige à considérer que ce dernier est mis en danger sans considération particulière »<sup>82</sup>. Ce serait le cas, par exemple, si un chauffeur d'autobus redémarrait avant qu'une personne à mobilité réduite ait trouvé un siège. La Cour a également précisé que l'âge, suivant la compréhension actuelle, n'est pas considéré comme un handicap de mobilité<sup>83</sup>.

La règle de l'article 3, alinéa 2a de l'Ordonnance sur la circulation routière (*Straßenverkehrsordnung*)<sup>84</sup> exige « la plus grande attention » envers les enfants, les personnes nécessiteuses et les personnes âgées<sup>85</sup>. Selon un arrêt de 1994 de la Cour de cassation, la « personne âgée » n'a pas besoin d'être reconnue comme une « personne nécessiteuse » pour bénéficier de la protection spéciale. Chacun des groupes mentionnés dans la disposition (les enfants, les personnes nécessiteuses, les personnes âgées) étant distinct les uns des autres<sup>86</sup>. La protection spéciale s'appliquerait « toujours lorsque la personne âgée se trouve dans une situation de circulation dans laquelle l'expérience a montré qu'elle doit s'attendre à ce que, en raison de son âge, elle ne soit plus en mesure de voir et de maîtriser pleinement la situation [...] ». Il ne serait « pas nécessaire d'avoir des preuves concrètes de l'insécurité routière »<sup>87</sup>. Il faut donc s'attendre à des faiblesses liées à l'âge dans la circulation routière.

L'arrêt susmentionné de 1994 montre également que le devoir de considération envers les personnes âgées dans la circulation routière peut non seulement donner lieu à une responsabilité des tiers lorsque ces personnes sont lésées, ce devoir est également important quand les personnes âgées elles-mêmes nuisent à autrui par leur comportement dans la circulation. Cette affaire concernait une action en dommages et intérêts pour préjudice moral d'un motocycliste. Parce qu'il avait dû éviter une dame de 73 ans qui avait traversé sa

82. *Ibid.*, par. 12.

83. *Ibid.*, par. 12. La plaignante avait même souligné au cours du procès sa vivacité avant l'accident.

84. L'al. 2a de l'art. 3 (« Vitesse ») de la *Straßenverkehrsordnung* est libellé comme suit : « Quiconque conduit un véhicule doit se comporter envers les enfants, les personnes nécessiteuses et les personnes âgées de manière à ne pas mettre en danger ces usagers de la route, notamment en réduisant la vitesse du véhicule et en étant prêt à freiner. »

85. BGH, arrêt du 19 avril 1994, VI ZR 219/93, juris, par. 11, en renvoyant aux motifs de l'ordonnance.

86. *Ibid.*

87. *Ibid.*, par. 12.

voie, en violation du code, il était sorti de sa voie et avait abouti sur un pont en béton. Il est devenu paraplégique. En vertu de la disposition de l'article 3, alinéa 2a de la *Straßenverkehrsordnung*, le tribunal a considéré que la part de la cause et de la faute du motocycliste l'emporte « clairement » sur celle de la dame<sup>88</sup>, de sorte qu'il doit supporter une part considérable de sa réclamation (négligence contributive)<sup>89</sup>.

#### 4.6.2 Réduction des obligations de protection des personnes âgées ?

L'affaire de la motocyclette mentionnée ci-dessus montre qu'en ce qui concerne les obligations (délictuelles) – jusqu'au seuil de l'incapacité de commettre un délit –, il ne semble pas y avoir d'exonération spéciale de la responsabilité des personnes âgées, contrairement à ce que laisse entendre une certaine littérature<sup>90</sup>. La norme de conduite et de négligence (faute) en droit privé est objective et typifiée. Le manque de capacités et de compétences ne soulage généralement pas la charge. Comme le prévoit le BGH, le fait que la dame ait été irritée par la moto qui approchait à une vitesse inattendue et qu'elle ait ensuite « perdu la tête » ne pouvait pas la soulager, ne serait-ce que parce qu'elle a provoqué la situation dangereuse par sa propre inattention<sup>91</sup>.

Il est donc attendu que les personnes handicapées se comportent avec un soin particulier en fonction de leur état dans la circulation routière. Cela correspond au mécanisme général de concrétisation des obligations de diligence raisonnable, selon lequel l'obligation dépend des risques. Par conséquent, les personnes âgées et les personnes souffrant de difficultés à se déplacer sont également

88. *Ibid.*, par. 15.

89. BGH, par. 15.

90. E. DEUTSCH, « Der Begriff der Fahrlässigkeit im Zivilrecht », dans W. HOMMERS (dir.), *Perspektiven der Rechtspsychologie*, Göttingen et al., 1991, p. 217, 224. Il ne faut pas oublier que l'âge humain était également pris en compte selon la théorie objective de la négligence. Les enfants et les personnes âgées étant considérés en fonction de leur groupe d'âge.

91. BGH, arrêt du 19 avril 1994, *op. cit.*, note 86, par. 5. Voir aussi BGH, arrêt du 21 décembre 1976, VI ZR 21/75, juris, par. 23, sur la demande de dommages et intérêts d'un homme âgé de 82 ans au moment de l'accident qui a été heurté par un véhicule à moteur alors qu'il traversait la route à 15 m d'un passage pour piétons dans l'obscurité et sous la pluie : « En conséquence, cependant, l'attention des conducteurs dans d'autres parties de la chaussée n'est pas principalement axée sur les piétons. Les piétons doivent en tenir compte – surtout si, comme le plaignant, ils sont très âgés et donc moins mobiles et réactifs que les jeunes usagers de la route. »

à blâmer pour leur négligence contributive si, par exemple, elles quittent la maison sans déambulateur lorsqu'il y a du verglas<sup>92</sup>. La règle est cohérente, car une norme de responsabilité limitée relativiserait le concept juridique de l'imputabilité délictuelle (art. 827 BGB). Selon cette disposition, la responsabilité délictuelle des adultes, contrairement à celle des enfants (art. 828, al. 3 BGB), n'est pas graduée en fonction de leur capacité de voir. Elle existe ou elle n'existe pas.

#### **4.7 Les personnes âgées comme un groupe de consommateurs distinct en droit de la concurrence déloyale**

L'interdiction de la concurrence déloyale est un dernier exemple de la prise en compte du besoin particulier de protection des personnes âgées en dehors des régimes de protection spéciaux. En Allemagne, contrairement au Québec, le droit de la concurrence est l'objet d'une loi particulière. Il ne fait pas partie du droit général de la responsabilité non contractuelle (délictuelle) au sens propre, mais est un domaine juridique indépendant.

Contrairement au droit général de la responsabilité civile et au droit des contrats, en droit de la concurrence déloyale, la norme de conduite n'est pas individuelle, mais typographique et généralisante. La question de savoir si un comportement est anticoncurrentiel ne se mesure pas par le besoin individuel de protection du consommateur (ou d'un autre acteur du marché) concerné, mais plutôt par le fait que les « actes commerciaux » dénoncés sont généralement « susceptibles d'influencer de manière significative le comportement économique du consommateur » (art. 3, al. 2 de la *Loi contre la concurrence déloyale – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*). Nous n'aborderons pas ici en détail la question du modèle de consommateur pertinent dans le droit allemand de la concurrence ni ses fondements. Mentionnons simplement que d'après la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, il s'agit du « consommateur moyen, c'est-à-dire un consommateur raisonnablement bien informé et raisonnablement attentif et avisé »<sup>93</sup>. Le terme est normatif et non sta-

92. St. LORENZ, § 254, dans *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 53<sup>e</sup> éd., 1<sup>er</sup> février 2020, par. 23, avec des références à la jurisprudence.

93. Cour de justice de l'Union européenne (CJCE), arrêt du 11 septembre 2019, affaire C-143/18 – Romano/DSL Bank, par. 54, concernant la directive 2002/65/CE sur « la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs [...] ». À cet égard, la CJCE part d'un modèle uniforme en

tistique, de sorte que le vieillissement progressif de la société ne doit pas entraîner un changement du modèle de consommateur, comme le confirme le préambule de la directive 2005/29/CE<sup>94</sup>.

Selon le paragraphe 2 de l'article 5 (« Interdiction des pratiques commerciales déloyales ») de cette directive, est déloyale une pratique commerciale si elle est « contraire aux exigences de la diligence professionnelle » et si

elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, *ou du membre moyen du groupe* lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs. [mes italiques]

Le paragraphe 3 précise que l'on considère comme un groupe de consommateurs un groupe qui est

*clairement identifiable [...] parce que ceux-ci sont particulièrement vulnérables à la pratique utilisée ou au produit qu'elle concerne en raison d'une infirmité mentale ou physique, de leur âge ou de leur crédulité, et il ajoute que les pratiques commerciales « sont évaluées du point de vue du membre moyen de ce groupe ».* [mes italiques]

Ainsi, le droit européen harmonisé sur la loyauté des transactions commerciales, transposée presque littéralement dans l'article 3, alinéa 4 de la loi allemande sur la concurrence déloyale, permet de prendre en compte les faiblesses particulières des consommateurs âgés, à la condition que la pratique commerciale dénoncée vise spécifiquement à exploiter cette pratique, et ce, même si le législateur (européen) semble avoir eu à l'esprit le groupe particulier des enfants<sup>95</sup>. Cette impression est confirmée par la jurisprudence alle-

---

matière de droit de la consommation. Voir par ex. F. WEBER, *Das Verbrauchereleitbild des Verbrauchervertragsrechts – im Wandel ?*, *Verbraucher und Recht* (journal), 2020, p. 9.

94. Voir le considérant n° 18 de la directive 2005/29/CE « relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur » du 11 mai 2005 : « [...] La notion de consommateur moyen n'est pas une notion statistique. Les juridictions et les autorités nationales devront s'en remettre à leur propre faculté de jugement, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour de justice, pour déterminer la réaction typique du consommateur moyen dans un cas donné ».

95. Voir notamment le considérant 18 de la directive 2005/29/CE : « [...] Lorsqu'une pratique commerciale adresse spécifiquement à un groupe particulier de consom-

mande relative à l'article 3, alinéa 4 de la *Loi sur la concurrence déloyale*, où les affaires concernant la protection des enfants et des adolescents semblent dominer. Toutefois, la littérature allemande donne aussi comme exemple de concurrence déloyale pour les personnes âgées les cas où cette clientèle est incitée à conclure des contrats avec des maisons de repos en « répondant spécifiquement à leur crainte que quelque chose puisse se produire à tout moment dans une maison privée, alors que seule une aide rapide est immédiatement disponible dans une maison de repos »<sup>96</sup>. Dans ce scénario, seul l'âge est déterminant, sans aucune exploitation d'un handicap particulier.

## CONCLUSION

Le droit privé allemand contient un certain nombre d'instruments qui protègent les personnes âgées, si elles sont fragiles, contre l'exploitation de leur fragilité par des partenaires commerciaux et qui garantissent leur capacité d'action. En outre, il contient un certain nombre d'obligations contractuelles et non contractuelles de faire preuve de considération à l'égard des personnes plus fragiles.

Les règles répressives sur l'incapacité juridique et le régime préventif d'assistance juridique constituent le noyau du régime de protection allemand dans le domaine des transactions juridiques, que la pratique juridique a complété avec la procuration anticipée pour inaptitude future (« procuration de prévoyance ») fondée sur le droit général de la représentation et des contrats. Ce faisant, le droit privé allemand a réussi à trouver un équilibre entre la protection de la dignité humaine et la protection du patrimoine des personnes concernées, ce qui répond aux exigences de la Convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées.

Les instruments généraux du droit privé allemand prévoient un certain nombre de possibilités, au moins théoriques, pour contrer de manière répressive l'abus de la fragilité des personnes âgées dans des transactions commerciales. Elle le fait notamment en rendant invalides des contrats entiers et des clauses contractuelles ou en offrant des

---

mateurs, *comme les enfants*, il est souhaitable que son incidence soit évaluée du point de vue du *membre moyen de ce groupe* ». [mes italiques]

96. O. SOSNITZA, § 4a, dans A. OHLY ET O. SOSNITZA, UWG : *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 7<sup>e</sup> éd., 2016, par. 162, avec une autre référence.

possibilités de résiliation de contrats, notamment par des demandes de dommages et intérêts. La responsabilité des parties contractuelles professionnelles de fournir des informations adéquates à l'autre partie et d'éliminer les erreurs évidentes est un principe directeur dans ce contexte.

Souvent cependant, la protection répressive est insuffisante. On entend parler de pratiques commerciales qui exploitent la solitude et la crédulité des personnes âgées. En Allemagne – contrairement, par exemple, aux États-Unis avec la Federal Trade Commission – il n'existe pas d'autorité centrale chargée de contrôler la loyauté des affaires générales, ce qui est probablement attribuable à la structure fédérale du pays. On peut le regretter. La protection de l'« hygiène » de la conduite des affaires, en particulier à l'égard des parties les plus faibles, est laissée aux parties concernées et aux associations privées de protection des consommateurs qui jouissent d'un droit d'action dans ces domaines<sup>97</sup>. Il est possible que ces associations n'aient pas encore suffisamment mis l'accent sur la protection des personnes âgées.

---

97. Voir la *Loi relative aux actions en cessation en matière de droits des consommateurs et autres infractions* (*Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen*).

