

DROIT COMPARÉ ET EUROPÉEN

Volume 26

LA REPRÉSENTATION EN DROIT PRIVÉ

6^E JOURNÉES FRANCO-ALLEMANDES

.....

Sous la direction de Guillaume Wicker, Reiner Schulze et Denis Mazeaud

.....



SOCIÉTÉ
DE LÉGISLATION
COMPARÉE

IRDAP

Institut de recherche en droit
des affaires et du patrimoine

université
de BORDEAUX



ASSOCIATION
HENRI CAPITANT
DES AMIS DE LA CULTURE
JURIDIQUE FRANÇAISE

Le Code de propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constitue donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de propriété intellectuelle.

© Société de législation comparée, 28 rue Saint Guillaume 75007 Paris
2016 I.S.B.N 978-2-36517-065-9 I.S.S.N. 1761-2632

TABLE DES MATIÈRES

Présentation des auteurs	7
La représentation – propos introductifs Reiner SCHULZE	9
La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit allemand Günter REINER	19
La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français Guillaume WICKER	47
La représentation des personnes protégées en droit allemand Prof. Dr. Gerald MÄSCH	67
La représentation des personnes protégées en droit français Rose-Noëlle SCHÜTZ	75
La représentation juridique en droit de la consommation : l'action de groupe - En Allemagne Beate GSELL	97
La représentation juridique en droit de la consommation : l'action de groupe - En France Yves PICOD	111
La représentation en droit des groupements Bertrand FAGES	125
La représentation dans les contrats de distribution – une perspective allemande Chris THOMALE	137
La représentation en droit de la distribution en droit français Nicolas FERRIER	173

La représentation en droit du travail en Allemagne	
Gerhard GREINER.....	191
La représentation en droit du travail en France	
Gilles AUZERO	205
Rapport de synthèse	
Philippe DIDIER	217

PRÉSENTATION DES AUTEURS

Gilles AUZERO, Professeur, Université de Bordeaux
Philippe DIDIER, Professeur, Université Paris Descartes
Bertrand FAGES, Professeur, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne
Nicolas FERRIER, Professeur, Université de Montpellier I
Gerhard GREINER, Avocat, Barreau de Munich
Beate GSELL, Professeur, Université de Munich
Yves PICOD, Professeur, Université de Perpignan
Gerald MÄSCH, Professeur, Université de Münster
Günter REINER, Professeur, Université de Hambourg
Reiner SCHULZE, Professeur, Université de Münster
Rose-Noëlle SCHÜTZ, Professeur, Université de Poitiers
Chris THOMALE, Akademischer rat, Université de Heidelberg
Guillaume WICKER, Professeur, Université de Bordeaux, IRDAP

LA THÉORIE DE LA REPRÉSENTATION DANS LES ACTES JURIDIQUES EN DROIT ALLEMAND

Günter REINER*

Qu'est-ce que la *théorie* de la représentation ?

En Allemagne, à partir du 19^e siècle, il y eut un grand débat pour savoir quelle *théorie* pourrait expliquer au mieux le fonctionnement et les effets de la représentation par rapport au principe de l'autonomie de la volonté. Depuis au moins 50 ans, voire depuis l'entrée en vigueur du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch* – *BGB*) le 1^{er} janvier 1900, ce débat s'est pourtant calmé. Il n'avait d'ailleurs pas tellement interpellé les juristes français de l'époque. Je vais donc traiter de ce sujet de manière large et, au-delà de la théorie de la représentation proprement dite, présenter les traits marquants du régime allemand de la représentation et la place systématique qu'il occupe dans l'ordre juridique allemand.

I. LA REPRÉSENTATION (*VERTRETUNG*) : DE QUOI S'AGIT-IL ?

A. – Définition de la représentation

Au sens large, la représentation (*Vertretung*) signifie « la mise en œuvre des intérêts d'une partie par une autre partie dans le commerce juridique, notamment la conclusion des contrats qui confèrent des droits et des obligations au représenté »¹.

* Ancien juge à la Cour d'appel de Hambourg, professeur de droit privé, de droit économique et de droit fiscal à la Faculté des sciences économiques et sociales, Université Helmut Schmidt de la Bundeswehr à Hambourg, <http://reiner.hsu-hh.de>.

¹ SCHMOECKEL, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, 2003, t. 1, § 164 note 2 (ma traduction).

L'alinéa 1, première phrase, de l'article 164 du *BGB*, intitulé « Effet de la déclaration du représentant » (*Wirkung der Erklärung des Vertreters*), définit la représentation ainsi :

« § 164 Effet de la déclaration du représentant

(1) Toute déclaration de volonté, qu'émet une personne au nom du représenté dans les limites du pouvoir de représentation qui lui appartient, produit directement ses effets au profit ou à l'encontre du représenté »².

Voilà ce qu'on appelle la « représentation active » (*aktive Vertretung*).

La « représentation passive » (*passive Vertretung*), qui survient lors de la réception d'une déclaration de volonté adressée au représenté, est une deuxième facette souvent négligée de la représentation. Elle est prévue par l'alinéa 3 de l'article 164 du *BGB* :

« (3) Les dispositions de l'alinéa 1 sont applicables par analogie lorsqu'une déclaration de volonté qui doit être émise envers une autre personne a lieu envers son représentant ».

La représentation, active comme passive, opère une *imputation* des effets de la déclaration de volonté, prononcée ou reçue par le représentant, en faveur et au détriment d'une tierce personne, le représenté. C'est une *imputation dérogatoire*, car le représentant lui-même ne subit pas, en principe, les effets de la déclaration.

C'est le mot de *Stellvertretung*, désignant une opération « au lieu » (*an Stelle*) du représenté, qui exprime le mieux ce principe de substitution. D'habitude, la doctrine³ et la jurisprudence⁴ emploient le terme *Stellvertretung* comme un synonyme de la *Vertretung*, mais ce n'est sans doute pas un hasard si le *BGB* ne le connaît pas et lui préfère la *Vertretung* tout court⁵. En effet, le régime de la représentation ne s'applique pas seulement lorsqu'une personne se *substitue* à une autre personne dans la réalisation d'un acte juridique en vertu d'un *pouvoir délégué*, mais aussi lorsqu'une personne ou un groupe de personnes – en qualité d'organe – font

² Toutes les traductions des extraits du *BGB* reproduites dans cet article ont été empruntées à l'ouvrage de LARDEUX, PEDAMON, LEGAIS, WITZ, *Code civil allemand : traduction commentée*, Juriscope/Dalloz, 2010.

³ Par ex. SCHMOECKEL, *op. cit.*, § 164 note. 2. V. pourtant BEUTHIEN, « Gibt es eine organschaftliche Stellvertretung? », *NJW* 1999, 1142 (1146) : Ce que le droit des sociétés appelle la *Vertretung* relatif aux sociétés de capitaux ne serait pas, selon l'auteur, de la *Stellvertretung* au sens du droit commun privé mais de la gestion autonome de l'entité elle-même (« nach außen umgesetzte Eigengeschäftsführung der jeweiligen Vereinigung »). Cette distinction rejoint celle entre les pouvoirs délégués et les pouvoirs originaux proposé *infra* (note 6#).

⁴ *Bundesfinanzhof*, arrêt en date du 26 janvier 2016 - VII R 3/15, juris, no. 15, par rapport aux représentants légaux d'une personne morale.

⁵ V. le Titre 5 « Représentation et procuration » (*Vertretung und Vollmacht*) de la Section 3 « Actes juridiques » (*Rechtsgeschäfte*) du Livre premier « Partie Générale » (*Allgemeiner Teil*) du *BGB*.

partie de l'entité qu'ils représentent et bénéficient d'un *pouvoir* qu'on pourrait qualifier d'*originaire* d'agir au nom et pour le compte de celle-ci⁶.

B. – Représentation d'une personne

La représentation suppose l'action d'une « personne » (*jemand*). *Stricto sensu*, ce libellé s'opposerait à la représentation organique, au moins dans le cas où l'organe serait composé de plusieurs personnes agissant collectivement, mais l'article 26 du *BGB* dit clairement que la direction (*Vorstand*) d'une association a « la position d'un représentant légal ».

De plus, le représentant agit au nom (*in Namen*) d'une autre personne ou, dans le cas d'un organe, pour une personne tout court. Comme cette opération – l'accomplissement d'une déclaration de volonté – s'adresse le plus souvent à un tiers, la représentation crée une relation triangulaire entre trois personnes ou, le cas échéant, entre deux personnes et un organe (composé d'au moins une personne). Contrairement à un messenger, qui pourrait être un pigeon voyageur ou un signe, le représentant doit donc être un sujet de droit. Cela se comprend dans la mesure où le représentant doit être capable d'émettre une déclaration de volonté. Pour être plus précis encore, ce n'est pas la « pleine » personnalité juridique du représentant qui est nécessaire mais la simple subjectivité juridique (« partielle »)⁷.

Il en est en principe de même en ce qui concerne le représenté. La représentation légale d'un enfant à naître en cas de curatelle (art. 1912, 1915, 1793 du *BGB*) ne constitue pas une exception à ce principe, mais s'explique parce que le droit considère le *nasciturus* comme un sujet de droit partiel⁸.

⁶ La distinction entre le pouvoir délégué et le pouvoir originaire ainsi établie s'inspire de la terminologie de STORCK (*Le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*, 1982, no. 276 et s., 284) sans la copier. En fait, selon STORCK, le pouvoir originaire (ou pouvoir propre) semble supposer la possibilité d'agir en son propre nom. Cf. également HABERSACK, in STAUB, *Handelsgesetzbuch Großkommentar*, 5^e éd. 2009, § 125, note 7. Selon l'auteur, le pouvoir organique n'a pas de caractère délégué contrairement au pouvoir qui est fondé sur un acte juridique (la procuration, v. II.3. c#).

⁷ V., pour les détails de cette distinction en droit allemand, REINER, « Les personnes », in Association Henri Capitant, *La petite bibliothèque de droit comparé*, à paraître en 2016, sous A. 1.

⁸ V. REINER, « Les personnes », *op. cit.*, sous A.2. a).

C. – Représentation dans une déclaration de volonté

La représentation du droit allemand se réfère à la « déclaration de volonté » (*Willenserklärung*). Selon la conception du *BGB*, la *Willenserklärung* est l'élément constitutif de tous les actes juridiques (*Rechtsgeschäfte*), y compris les contrats, les décisions de l'assemblée d'une société et les actes unilatéraux (par ex. la résiliation ou la rétractation d'un contrat, l'abandon de la propriété, le testament). En principe donc, toute déclaration de volonté⁹ et tout acte juridique peut être accompli par la représentation. Ceci ne m'apparaît d'ailleurs pas évident en droit français. La raison n'est pas l'absence d'une abstraction comparable à la *Willenserklärung*¹⁰ : il suffit que la représentation renvoie directement à l'acte juridique, car en droit allemand comme en droit français, ce sont seulement les actes juridiques qui produisent des effets par l'entremise de la représentation. Mon incertitude émane plutôt du libellé des articles 1153 et suivants du Code civil français fraîchement réformé, qui semblent être réservés à un seul acte juridique : le contrat¹¹.

La délégation à un tiers de l'accomplissement d'actes matériels et de faits juridiques ne fait pas partie du régime de la représentation proprement dite. Cela concerne par exemple la prise de possession ou les délits. Toutefois, il est reconnu que ce régime peut s'appliquer par analogie à des déclarations « semblables aux actes juridiques » (*geschäftsähnliche Handlungen*), qui entraînent des conséquences juridiques indépendamment du fait qu'elles soient voulues, telles que la mise en demeure (art. 286 du *BGB*), la fixation d'un délai (art. 250, 251, 281 du *BGB*) ou la menace de vente aux enchères (art. 384 al. 1 du *BGB*).

⁹ Des manifestations intentionnelles de volonté prononcées dans le but de réaliser des effets procéduraux dans un procès (actes du procès, *Prozesshandlung*) ne sont pas des *Willenserklärungen*. Ainsi, la procuration d'un avocat en tant que représentant de procédure civile en vue d'accomplir des actes du procès suit un régime spécial (art. 78 à 89 du Code de la procédure civile, *Zivilprozessordnung*).

¹⁰ V. pourtant le reflet sensible de la *Willenserklärung* aux art. 1113 et s. (« L'offre et l'acceptation ») ; cf. REINER, « Le processus de formation du contrat dans le projet d'ordonnance de la Chancellerie - quelques commentaires », in SCHULZE, WICKER, MÄSCH, MAZEAUD (dir.), *La réforme du droit des obligations en France. 5^e Journées franco-allemandes*, coll. « Droit comparé et européen », vol. 20, Paris, Société de législation comparée, 2015, p. 53 (55).

¹¹ V. par ex. l'art. 1154 al. 1 du Code civil français parlant de « l'engagement [...] contracté » ; v. aussi l'art. 1156 qui semble présupposer l'existence d'un « tiers contractant ».

D. – Effet patrimonial

Les actes à caractère purement personnel (*höchstpersönliche Geschäfte*) comme la rédaction d'un testament, la conclusion d'un contrat successoral ou le mariage (art. 2064, 2274 et art. 1311 du *BGB*) sont exclus du régime de la représentation¹².

Ainsi, les principaux actes juridiques soumis au régime de la représentation sont des actes à caractère patrimonial. Ce sont soit des actes juridiques (le plus souvent des contrats) créateurs d'obligations (*Verpflichtungsgeschäfte*), soit des actes juridiques opérant la disposition d'un bien (*Verfügungsgeschäfte*), les uns étant strictement séparés des autres en droit allemand (« principe de séparation » du droit des transactions - *Trennungsprinzip*). Mentionnons également les actes accessoires unilatéraux modifiant les droits et obligations découlant des actes du premier groupe (par ex. la résiliation) ou validant ou annulant des actes du deuxième groupe (par ex. l'autorisation d'une disposition effectuée par une personne non habilitée). On voit donc que les effets de la représentation se ramènent à la composition du patrimoine¹³.

Les piliers de la représentation ayant été posés, je continuerai par un bref aperçu de son régime. Ensuite, j'essayerai d'aborder la représentation suivant un concept supérieur, avant d'en examiner le fondement théorique au regard de l'autonomie de la volonté. Le dernier chapitre sera consacré à la protection de la confiance légitime dans le pouvoir de représentation.

II. LE RÉGIME JURIDIQUE DE LA REPRÉSENTATION : UN BREF APERÇU

A. – L'histoire

Jusqu'au 19^e siècle, quand Savigny, dans son *Traité de droit romain*, développa sa théorie de la représentation, l'institution de la représentation fut controversée en Allemagne en raison de l'influence du droit romain, qui

¹² La procuration anticipée octroyée en vue d'une incapacité future du représenté, destinée à déclarer le consentement aux actes médicaux (*Gesundheitsfürsorgevollmacht*, v. l'art. 1904 al. 5 du *BGB*) ne constitue pas une véritable exception au principe de l'impossibilité de la représentation dans les actes personnels, car le consentement aux actes médicaux n'est pas une déclaration de volonté au sens propre du terme.

¹³ Selon les motifs de la loi, « l'institution de la représentation fait principalement partie du commerce patrimonial » Mot. I, 224 (MUDGAN I, 476), cité selon FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, t. 2, 3^e éd. 1979, p. 762, note 43, ma traduction).

ne connaissait pas, en principe, la représentation¹⁴. Pour Savigny, la volonté du représenté était au cœur de la représentation¹⁵, le seul élément nécessaire pour justifier l'engagement du représenté était la déclaration par laquelle celui-ci habilitait son représentant. La déclaration du représentant n'entrait pas en jeu, ce qui rendait impossible la distinction entre le représentant et le simple messenger¹⁶. Pendant la deuxième moitié du 19^e siècle, la distinction entre le pouvoir et le rapport juridique sous-jacent (par ex. le mandat) fut développée par Jhering et Laband¹⁷, ce qui donnait naissance au « principe de l'autonomie de la représentation » (ci-dessous II.3. a) #). Cette doctrine fut reprise dans le *BGB* et reçut un large écho dans d'autres grandes codifications européennes, sauf en France¹⁸.

B. – Le système des articles 164 à 181 du *BGB*

Les articles 164 à 181 du *BGB*, qui forment le Titre « Représentation et procuration », constituent le cœur du droit allemand de la représentation. Ils règlent les conditions et les conséquences de la représentation valide (art. 164 à 176, 181) ainsi que les conséquences de la représentation sans pouvoir et du dépassement de pouvoir (*falsus procurator*, art. 177 à 180). En d'autres termes, ils s'occupent du rapport externe du tiers destinataire de la déclaration de volonté et du représenté ou, en cas d'acte sans pouvoir, du tiers et du représentant (art. 179). Conformément au principe de l'autonomie de la représentation, le rapport juridique sous-jacent (y compris l'éventuel devoir de loyauté du représentant envers le représenté) ne fait pas partie de ce régime.

D'autres dispositions relatives à la représentation, qui figurent dans le *BGB* et dans d'autres lois¹⁹, traitent le plus souvent de l'étendue du pouvoir de représentation et de la publicité du pouvoir (dans le registre concerné); ainsi, ils suppléent les articles 164 et s. du *BGB*.

¹⁴ FLUME, *op. cit.*, p. 750.

¹⁵ MATHEY, in Rép. civ. Dalloz, « Représentation », avril 2007, no. 37.

¹⁶ SCHMOECKEL, *op. cit.*, § 164 note 3.

¹⁷ Cf. ZWIGERT et KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, t. 2, 1969, p. 116 et s.; DIDIER, *La représentation en droit privé*, 2000, n° 63.

¹⁸ DIDIER, *op. cit.*, n° 62 et 69; BEUTHIEN, « Zur Theorie der Stellvertretung im Bürgerlichen Recht », in BEUTHIEN, FUCHS, ROTH, SCHIEMANN, WACKE, *Festschrift für Dieter Medicus*, 1999, p. 1 (19).

¹⁹ V. les art. 26 et 64 du *BGB* relatifs à l'association et l'art. 714 du *BGB* relatif à la société civile. V. aussi les nombreux articles du Code de commerce allemand (*Handelsgesetzbuch - HGB*, les 48 à 58, 75h, 86a al. 2, 91a, 106 al. 2 n° 4, 107, 126 etc.) et de la loi « sur le contrat d'assurance » (*Gesetz über den Versicherungsvertrag - VVG*; art. 69-73).

L'article 164 alinéa 1 du *BGB* indique trois conditions pour que la représentation soit valide :

- (1) Le représentant doit prononcer une *déclaration de volonté* en personne,
- (2) il doit agir *au nom du représenté* (ci-dessous 3. b) #) et
- (3) il doit bénéficier d'un *pouvoir de représentation*.

Le fait qu'il agisse *pour le compte* du représenté – en plus d'agir au nom de ce dernier –, comme le veut la doctrine française et le nouvel article 1154 al. 1 du Code civil français, ne fait pas partie des conditions exigées.

En principe et sous réserve des règles spéciales, les 18 articles du titre « Représentation et procuration » ont une portée générale. Cela est possible parce que, suivant le principe de l'autonomie de la représentation, ces règles s'appliquent sans égard à la nature du rapport juridique qui existe entre le représenté et le représentant et qui est la source du pouvoir.

Si l'on y regarde de plus près, l'apparente généralité d'application de ces règles s'avère trompeuse :

En effet, dix articles sur 18 (art. 167 à 175)²⁰ sont consacrés à la procuration (v. 3. c) #), et ne concernent donc que la représentation « par procuration » (*gewillkürte Vertretung*), qui correspond à la représentation conventionnelle du système français²¹. L'alinéa 1 de l'article 177, qui traite la ratification des actes conclus sans pouvoir de représentation, pourrait également être rattaché à la représentation par procuration, du moins au sens large²². On pourrait y rajouter encore les quatre dispositions relatives à la représentation sans pouvoir (art. 177 à 180) qui devraient s'appliquer rarement à la représentation *légitime* dans la pratique, vu le caractère global que le pouvoir légal revêt le plus souvent.

Ils ne restent donc que les articles 164 à 166, qui traitent les effets de la représentation (cf. art. 1153, 1154 du Code civil français) ainsi que l'influence de certains éléments subjectifs en la personne du représentant (la capacité d'exercice limitée, les vices de la volonté, l'état des connaissances, cf. art. 1160 du Code civil français), et l'article 181 à avoir vraiment une vocation générale. Pour compléter, mentionnons que ce dernier article prévoit une interdiction de principe des actes accomplis au nom du

²⁰ L'al. 2 de l'art. 166 du *BGB* ne traite également que la procuration, mais la disposition peut être appliquée par analogie à tous les cas de représentation.

²¹ La notion « représentation conventionnelle » serait inadaptée au droit allemand, car elle ignorerait l'unilatéralité de la procuration (v. ci-dessous II.3. c) #). La traduction directe de *gewillkürte Vertretung* serait « représentation voulue » ou mieux encore, faisant allusion au concept de la volonté autonome, « représentation autonome », mais je redoute que cela ne sonne étrange.

²² Cf. SCHILKEN, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2014, Vor § 164, note 18 : Selon l'auteur, la ratification ultérieure n'aurait pas pour effet de créer un pouvoir *ex post*.

représenté avec lui-même, soit en son propre nom, soit comme représentant d'un tiers (cf. l'art. 1161 du Code civil français).

C. – Quelques précisions

1. Le principe de l'autonomie de la représentation

Le principe de l'autonomie de la représentation (*vertretungsrechtliches Trennungs- und Abstraktionsprinzip*)²³ veut qu'en principe le pouvoir de représentation – sa création, son extinction et son contenu – soit considéré séparément du rapport juridique sous-jacent. Il ne suffit pas de constater l'existence du rapport sous-jacent pour justifier l'existence du pouvoir, ce dernier a besoin d'un fondement à part²⁴. Ainsi, le pouvoir du mandataire ou du gestionnaire d'affaires ne résulte pas automatiquement du mandat ou du contrat de gestion d'affaires, mais d'un acte juridique à part appelé « procuration » (ci-dessous c) aa)#. La procuration peut même être octroyée sans contrat sous-jacent ce qui parfois arrive en forme de procuration générale (*Generalvollmacht*)²⁵. Il est également établi que le pouvoir peut être employé comme outil afin de permettre au représentant la réalisation des intérêts égoïstes, par exemple la procuration *post mortem* par laquelle le testateur arrive à obtenir les effets d'une donation *mortis causa*²⁶.

2. L'action du représentant au nom du représenté (le principe de transparence)

a) Le contenu du principe

Le représentant doit agir *au nom du représenté*. Il doit alors dénoncer le fait qu'il n'agit pas en son nom propre (cf. l'art. 1154 al. 2 du Code civil français). On parle du principe de la transparence de la représentation (*Offenkundigkeitsgrundsatz* ou plus court *Offenheitsgrundsatz*).

Selon le texte (art. 164 al. 1 deuxième phrase du *BGB*), il est « indifférent que la déclaration soit faite expressément au nom du représenté

²³ DIDIER (*op. cit.*, n° 63, suivant WITZ, *Droit privé allemand*, 1992, n° 509) parle par conséquent du « principe d'abstraction ».

²⁴ Cf. DIDIER, *op. cit.*, n° 63. L'auteur veut y voir « un rapport distinct dont l'unique objet est de fixer le pouvoir du débiteur [du mandat] ». D'après lui, cette construction serait « typiquement allemande ».

²⁵ Cf. SCHILKEN, *op. cit.*, § 167, note 2.

²⁶ Cf. SEIF, *Die postmortale Vollmacht*, AcP 200 (2000), 196 et s.

ou qu'il résulte des circonstances qu'elle doive être faite en son nom »²⁷. Partant des principes de l'autonomie de la volonté et de l'interprétation objective des déclarations de volonté, cela apparaît comme une évidence, car si le représentant ne dénonce pas son rôle de représentant, sa déclaration se présente, pour le tiers contractant, comme venant de lui, en son propre nom.

De même, il va de soi que la manifestation de la volonté d'agir au nom d'autrui peut être *implicite*, voire involontaire si le représentant se trompe sur la signification objective de son comportement. L'article 164 alinéa 2 du *BGB* déroge aux principes généraux de formation des actes juridiques, car le représentant n'a même pas la possibilité de neutraliser les conséquences juridiques de l'interprétation objective par l'annulation (*Anfechtung*, art. 119 al. 1 du *BGB*) de l'acte, quand c'est par erreur qu'il l'a conclu en son propre nom²⁸.

Comme le principe de la transparence n'est pas une fin en soi, il fait l'objet de deux ajustements dans des cas où il ne conduirait pas au résultat souhaité par les parties, la conclusion du contrat avec la personne concernée (ci-après bb)# et la conclusion implicite du contrat avec le propriétaire de l'entreprise (ci-après cc)#.

b) La conclusion du contrat avec « la personne concernée »

Selon la règle du contrat avec « la personne concernée » (*Geschäft mit dem, den es angeht*), le défaut du représentant de déclarer explicitement ou implicitement le fait de vouloir agir au nom du représenté n'empêche pas que le représenté et non le représentant devienne partie au contrat, dans l'hypothèse où le tiers contractant n'a pas d'intérêt particulier à connaître l'identité de son co-contractant. On suppose alors que sa déclaration de volonté (l'offre ou l'acceptation) est adressée non pas spécialement à la personne (le représentant) qu'il a devant lui, mais à la personne concernée, quelle que soit son identité. Il va de soi qu'une telle interprétation n'est pas possible d'entrée de jeu lorsque le contrat expose le co-contractant à un risque de crédit. C'est pourquoi le cas de figure standard est celui des « contrats au comptant de la vie quotidienne » (*Bargeschäfte des täglichen Lebens*)²⁹. Un deuxième cas de figure serait la déclaration de volonté au nom d'une personne qui souhaite rester anonyme, par exemple l'exercice

²⁷ Cf. art. 3:102 al. 1 deuxième phrase des Principes du droit européen du contrat (PDEC), version révisée de 1998 (et 2002) : « Il importe peu que l'identité du représenté soit révélée lorsque le représentant agit ou qu'elle doive être révélée ultérieurement ».

²⁸ Cf. par ex. FLUME, *op. cit.*, p. 775.

²⁹ Cf. par ex. FLUME, *op. cit.*, pp. 765-775.

par la banque de dépôt du droit de vote de l'actionnaire « pour celui qui est concerné » (« für den, den es angeht ») dans une assemblée générale.

c) *La conclusion implicite du contrat avec le propriétaire de l'entreprise*

La règle de la conclusion implicite du contrat avec le propriétaire de l'entreprise (*unternehmensbezogenes Geschäft*, littéralement « affaire se référant à l'entreprise ») veut (également) assurer que le « principe de la transparence » ne s'oppose pas aux souhaits et besoins économiques des acteurs³⁰. Tandis que la règle du contrat avec la personne concernée veut combler un défaut de transparence le côté du client, celle-ci vise l'entrepreneur. Elle s'applique quand ce n'est pas le propriétaire de l'entreprise lui-même qui traite avec le client, mais un de ses subalternes (par ex. l'achat d'un produit dans un petit magasin). Dans cette hypothèse, le contrat est formé directement avec le propriétaire (l'employeur), même si le subalterne ne révèle pas son statut et si le client, impressionné par l'allure fière du vendeur s' imagine que ce dernier est le propriétaire. Car c'est ce résultat qui correspond à la volonté réelle (ou du moins apparente) de tous les participants.

3. *La procuration*

a) *Le caractère de la procuration*

Le pouvoir de représentation peut émaner directement de la loi, on parle alors d'une représentation légale (*gesetzliche Vertretung*). Par contre, dans le cas de la représentation par procuration (*gewillkürte Vertretung*), il est créé par acte juridique (la procuration – *Vollmacht* ou *Bevollmächtigung*, art. 167 du *BGB*)³¹. En principe, cet acte est unilatéral, c'est-à-dire basé sur la seule déclaration de volonté du représenté. L'acceptation du représentant, c'est-à-dire la conclusion d'un contrat avec le représentant, n'est pas nécessaire (v. ci-dessous cc)# relatif à la procuration irrévocable); c'est la conséquence du principe de l'autonomie de la représentation (celle du

³⁰ Cf. (avec une perspective de droit comparé) MOSER, *Die Offenkundigkeit der Stellvertretung: eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht sowie zu den internationalen Regelungsmodellen*, 2010, pp. 31-33 et 80-87.

³¹ Cf. pourtant l'art. 69 du *VVG* : Le titre de cette disposition « procuration légale » (« *Gesetzliche Vollmacht* ») semble être une contradiction en soi. En fait, la norme crée un état hybride en forme de présomption irréfutable et, le cas échéant, de fiction en faveur de la procuration de l'intermédiaire d'assurance.

pouvoir). Enfin, il convient de noter que l'octroi d'une procuration laisse au représenté toujours l'exercice de ses droits³².

b) *L'octroi de la procuration*

Selon l'alinéa 1 de l'article 167 du *BGB* (« Octroi de la procuration ») la procuration est conférée de deux façons différentes : ou par une déclaration (souvent tacite) adressée « à la personne qui doit en être le titulaire » (procuration interne – *Innenvollmacht*) ou « au tiers à l'égard de qui la représentation doit avoir lieu » (procuration externe – *Außenvollmacht*). Ces deux façons se distinguent fondamentalement au niveau de la protection de la confiance légitime du cocontractant en l'existence et l'étendue du pouvoir qu'elles créent (ci-dessous, V.2.#). À la différence de la parole du représenté, seule celle du représenté crée une confiance légitime selon la théorie de l'apparence. Vu dans cette optique, il n'est pas surprenant que le tiers qui a été informé, individuellement ou publiquement, par le représenté du fait que ce dernier a donné pouvoir au représentant (art. 171 du *BGB*, procuration interne communiquée – *kundgemachte Innenvollmacht*) bénéficie d'une protection de la confiance légitime comparable à celle de la *Außenvollmacht*. Il est d'ailleurs difficile de distinguer la procuration externe de la pure communication d'une procuration interne. Il n'y a point de différence au niveau des conséquences juridiques, et les deux cas se ressemblent également relatif aux conditions d'ouverture. C'est pour cela qu'on considère la communication de la procuration comme un acte semblable aux actes juridiques (*geschäftsähnliche Handlung*)³³.

Conformément au principe de l'autonomie, l'étendue du pouvoir du représentant peut être beaucoup plus large que ce dont le mandataire a besoin pour exécuter la mission que le rapport d'obligation sous-jacent lui impose. En cas de procuration interne, sauf stipulation contraire expresse, on peut régulièrement assumer que le représenté donne le pouvoir nécessaire et suffisant afin que le représentant puisse accomplir sa mission. C'est notamment le cas, quand la procuration n'a pas été octroyée expressément et doit être déduite du fait de l'existence du rapport sous-jacent.

³² Cf. SCHUBERT, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 7^e éd. 2015, § 164, note 180. Selon l'auteur, le *BGB* ne connaîtrait pas l'existence d'une procuration de caractère évinçant. V. aussi art. 1159 al. 2 du Code civil français.

³³ Cf. ELLENBERGER, in *PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch*, 75^e éd. 2016, § 170, note 2.

c) L'extinction de la procuration

L'extinction de la procuration peut être automatique ou par révocation (cf. art. 168 du *BGB*).

L'extinction est *automatique* dans la mesure où cette conséquence émane du contenu de la procuration. Il en est ainsi si la procuration a été octroyée avec une date d'expiration ou sous condition résolutoire et si la date est arrivée ou la condition est remplie.

La volonté du représenté de voir la procuration s'éteindre automatiquement peut également dériver du fait que le but de la procuration, notamment l'accomplissement de la mission en vue de laquelle elle a été octroyée, a été atteint. C'est cela que l'article 168, première phrase, selon laquelle extinction de la procuration « se règle d'après le rapport juridique sur le fondement duquel elle a été conférée », veut dire.

Il est sous-entendu que cette règle d'interprétation ne s'applique qu'au cas de la procuration interne (sans communication du représenté), la procuration externe ainsi que la procuration interne communiquée suivant un régime à part qui est marqué par la protection de la confiance légitime des tiers co-contractants (ci-dessous V.2.#).

La libre révocabilité de la procuration (art. 168 deuxième phrase) est une conséquence directe de son unilatéralité, mais elle a encore un deuxième fondement : la libre révocabilité du contrat mandat sous-jacent (art. 671 du *BGB*). Ce ne serait pas très cohérent de permettre la révocation du mandat et non pas permettre celle de la procuration tant que cette dernière n'a pas d'autre but que celui de rendre le mandant en mesure d'exécuter ses obligations de mandataire³⁴.

Par contre, l'irrévocabilité de la procuration peut résulter d'un accord en ce sens entre le représenté et le représentant³⁵. De plus, il est reconnu que la procuration ne peut pas être révoquée au cas où le représentant a un *intérêt propre* dans l'exercice du pouvoir³⁶, notamment quand l'octroi du pouvoir a pour but de rendre le représentant un mesure d'exécuter une obligation que le représenté a envers lui. Mais souvent, voire régulièrement, il devrait être possible de trouver un accord du moins implicite de non-révocabilité dans de tels cas, c'est pourquoi on pourrait se douter si l'intérêt propre du représenté en tant que tel arrive vraiment à justifier une exception au principe de la révocabilité de la procuration.

³⁴ Cf. l'art. 2004 du Code civil français : « Le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble... ».

³⁵ FLUME, *op. cit.*, p. 882. Selon l'auteur, il devrait même être possible au représenté de renoncer unilatéralement à son droit de révoquer la procuration.

³⁶ FLUME, *op. cit.*, p. 877, 879.

d) La procuration apparente

Le *mandat apparent* est une institution bien établie en droit français où il est considéré comme « une application particulière d'un ensemble plus vaste, la théorie de l'apparence »³⁷. La théorie de l'apparence est, bien sûr, également reconnue en droit allemand (*Rechtsscheintheorie*), et compte tenu du principe de l'autonomie de la représentation cela ne devrait pas surprendre que le mandat apparent trouve son équivalent allemand dans la « procuration apparente » (*Anscheinsvollmacht*). (V. V.2. b)#).

III. LA PLACE DE LA REPRÉSENTATION DANS LE SYSTÈME DU DROIT PRIVÉ

L'exposé de la théorie de la représentation serait incomplet sans essayer de déterminer la place que l'institution juridique de la représentation trouve dans le système du droit privé allemand. Ainsi se pose notamment la question de savoir si la représentation s'intègre dans un concept plus large qui, éventuellement, dépasserait le domaine des actes juridiques (ci-après 2 à 4#). Pour commencer, il convient de rappeler les différents types de la représentation.

A. – Les différents types de la représentation

1. La représentation facultative et la représentation nécessaire

Les cas de figure touchés par la représentation se laissent distinguer selon le but économique de la représentation ou encore selon le fondement juridique du pouvoir, étant entendu que ces deux distinctions se recoupent.

Lorsque le représenté a la capacité juridique requise pour passer lui-même l'acte, la représentation est *facultative*. « Ce sont alors des raisons de *commodité* »³⁸ qui l'incitent à déléguer volontairement l'accomplissement des actes juridiques à quelqu'un d'autre. Cela peut se passer sur la base d'un *mandat gratuit*, d'un contrat de gestion d'affaires rémunérée, d'un contrat de

³⁷ Cf. DIDIER, *op. cit.*, n° 188, p. 135 ; cf. maintenant aussi l'art. 1156 al. 1 du Code civil par rapport à la représentation : « [...] sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant [...] ».

³⁸ Cf. CUMYN, « L'administration du bien d'autrui après 20 ans », in *Mélanges Deleury*, 2015, p. 153 (175).

travail ou un autre contrat quelconque. Typiquement, le contrat tient le représentant comme devant favoriser les *intérêts du représenté*³⁹.

Toutefois, il y a des exceptions reconnues où la représentation, bien que facultative, sert au représentant à réaliser *ses propres intérêts*. Souvent, dans ces cas, la procuration est octroyée de façon irrévocable (v. ci-dessus II.3. c) cc#). Si, par exemple, la personne A veut vendre une propriété immobilière à la personne B et B souhaite revendre l'immeuble à C aussitôt⁴⁰, on peut faire l'économie d'un des deux actes juridiques nécessaires opérant la disposition du bien (*Verfügungsgeschäfte*) grâce à l'institution juridique de la représentation : A confère une procuration (irrévocable) à B qui met B en mesure de faire passer la propriété directement de A à C⁴¹. De même, la procuration « égoïste » *post mortem* peut être utilisée comme un instrument de transmission à cause de mort qui est, au moins *a priori*, à l'abri des restrictions formelles du droit des successions⁴².

Dans d'autres cas, la représentation est *nécessaire*, parce qu'elle intervient pour la gestion des biens de personnes physiques que la loi déclare incapables d'exercer elles-mêmes leurs droits⁴³ (v. art. 1629, 1626 du *BGB* : l'autorité parentale ; art. 1902 du *BGB* : l'assistance juridique aux majeurs ; art. 1712 du *BGB* : l'assistance de l'Office de la jeunesse [*Beistandschaft des Jugendamtes*]), établie sur demande écrite d'un parent.

La représentation *nécessaire* apparaît enfin dans la gestion des biens des personnes morales et d'autres entités pourvues de capacité juridique de jouissance qui, manquant d'existence physique, ne disposent pas de volonté naturelle⁴⁴. Ces sont alors les *organes* de ces entités qui agissent en leur nom (v. ci-dessous b)# concernant la représentation organique). La représentation *nécessaire* est toujours *altruiste* car elle se justifie par le besoin de surveiller les intérêts du représenté⁴⁵.

³⁹ V. l'art. 181 (intitulé « Acte juridique avec soi-même » - « *Insichgeschäft* ») du *BGB* (correspondant à l'art. 1161 du Code civil français). Voulant exclure certains conflits d'intérêts manifestes, cet article évoque la soumission du représentant aux intérêts du représenté.

⁴⁰ Contrairement notamment au droit français (art. 1583 du Code civil français), un contrat de vente n'a pas d'effet translatif, le transfert de la chose ou de la créance nécessitant un acte de disposition séparé (cf. REINER, « Bien et immatériel en droit allemand », in Association Henri Capitant, coll. des Travaux de l'Association : *Journées espagnoles de Barcelone et Madrid : L'immatériel*, t. LXIV, 2014, à paraître en 2016, sous C.II.3. a).

⁴¹ Exemple choisi d'après FLUME, *op. cit.*, p. 878.

⁴² Cf. SEIF, *op. cit.*, p. 238.

⁴³ CUMYN, *op. cit.*, p. 175.

⁴⁴ Pour un aperçu sur les personnes non-physiques en droit allemand, cf. REINER, « Les personnes », *op. cit.*

⁴⁵ Cf. PAWLOWSKI, *Die gewillkürte Stellvertretung*, JZ 1996, 125 (130) : D'après l'auteur, la représentation légale et la représentation organique ne confèreraient que des pouvoirs altruistes.

Contrairement au droit français⁴⁶, la *gestion d'affaires* qu'on pourrait placer peut-être au milieu entre la représentation volontaire et la représentation nécessaire ne constitue pas un cas de représentation légale en droit allemand.

La *source* de la représentation ou, autrement dit, le fondement du pouvoir de représentation peut être autonome ou légale, étant entendu que la qualité de représentant légal peut tenir à la désignation de la personne concernée, à un acte juridique autonome (par ex. les membres d'organe d'une société) ou par décision judiciaire (par ex. l'assistant juridique à un majeur). La représentation par procuration est fondée sur un pouvoir appelé procuration (*Vollmacht*) qui est conféré par acte juridique unilatéral (art. 166 al. 2 du *BGB*), ou, le cas échéant, par convention (v. plus haut II.3. c) cc#). En matière de représentation *légale*, qui est toujours une représentation *nécessaire* au sens établi plus haut, le pouvoir de représentation émane directement de la loi.

2. Le cas spécial du pouvoir organique

La nature juridique du pouvoir organique fait débat. Pour les uns, il est un cas de figure du pouvoir légal. Ils appuient sur l'article 26 du *BGB* qui détermine que la direction (*Vorstand*) d'une association « a la position d'un représentant légal ». Pour les autres, c'est un cas à part du pouvoir de représentation⁴⁷. Mais cela n'est guère convaincant. En fait, il paraît difficilement imaginable qu'il puisse y avoir de place entre la loi et l'acte autonome, la dichotomie est exhaustive. Ce qui éloigne la représentation organique un peu d'autres cas de représentation légale (par ex. l'autorité parentale), c'est le fait qu'il ne s'agit pas d'une représentation dans le sens de *Stellvertretung* parce que l'organe n'ayant pas de personnalité juridique n'est pas une autre personne qui se prononcerait au lieu de l'entité à laquelle il appartient (v. plus haut I.2.#). Ce n'est certainement pas pour autant qu'on est tenté de voir la représentation organique rapprochée de la représentation par procuration qui incarne même l'idée de la *Stellvertretung*, mais plutôt parce que le pouvoir organique s'applique notamment aux sujets de droit privé, soit au cœur de l'autonomie de la volonté. De surcroît, à l'égard de certains types de sujet de droit privé, la loi (sic !) permet aux statuts de réduire l'étendue du pouvoir (légal) de représentation de l'organe de direction (cf. art. 26 al. 1, deuxième phrase du *BGB* relatif à l'association). Ce faisant, le pouvoir de représentation de l'organe embraye sur un acte

⁴⁶ Cf. DIDIER, *op. cit.*, no. 99, p. 66.

⁴⁷ Cf. (par ex.) SCHILKEN, *op. cit.*, *Vor* § 164, note 25.

juridique, la création du sujet de droit privé. Il n'empêche qu'il émane de la loi.

3. L'administration spéciale d'un ensemble de biens

La loi prévoit plusieurs cas où elle confie l'administration d'un ensemble des biens à une personne qui est le plus souvent nommé par un acte judiciaire (le mandat judiciaire). Cette personne est indépendante du titulaire ou des titulaires des biens ou des tiers et elle dispose ainsi d'un pouvoir originaire. Il y a aussi des situations où la loi donne aux titulaires la possibilité d'installer eux-mêmes une telle personne.

Dans tous ces cas, l'administration s'effectue dans l'intérêt d'une multitude d'intéressés (les titulaires et/ou des tiers). L'exécuteur testamentaire (*Testamentsvollstrecker*), l'administrateur de la succession (*Nachlassverwalter*) et l'administrateur de l'insolvabilité (*Insolvenzverwalter*) en constituent des exemples.

La question de savoir si l'administrateur ainsi muni de pouvoirs originaires est un représentant (théorie du représentant, *Vertretertheorie*) ou s'il est titulaire d'une fonction publique ou privé (théorie de la fonction, *Amtstheorie*)⁴⁸ a fait un débat en Allemagne. La jurisprudence s'est décidée en faveur de la théorie de la fonction ce qui a pour conséquence pratique que l'administrateur *ès-qualités* agit en son nom propre et non pas au nom des titulaires ou des tiers protégés par l'administration. La question n'a pas d'autre impact car tout le monde est d'accord que les articles 164 et suivants du *BGB* s'appliquent au moins par analogie aux cas d'administration spéciale d'un ensemble de biens⁴⁹.

B. – La représentation comme activité dans l'intérêt d'autrui

Comme on l'a vu, tous les cas de la représentation légale et la grande partie des cas de la représentation par procuration relèvent d'un caractère altruiste et patrimonial. Ainsi, la question se pose si, en droit allemand, la représentation fait partie d'un concept plus large, d'un régime juridique général et uniforme qui embrasserait toutes les activités (des actes juridiques et autres) dans l'intérêt d'autrui. Pour le dire tout de suite, la réponse est clairement non.

⁴⁸ La distinction entre les « pouvoirs de représentation » et les « pouvoirs propres » qu'on peut trouver dans la doctrine francophone semble se rapprocher de cette distinction. V. STORCK, *op. cit.*, nos 277 et s. ; CUMYN, *op. cit.*, p. 175 et s.

⁴⁹ Cf. SCHUBERT, *op. cit.*, § 164, note 60.

1. Le mandat ?

Certes, le régime du contrat de mandat (art. 662 et s. du *BGB*) a servi comme modèle à des nombreuses occasions. Il est applicable (entièrement ou partiellement) par renvoi direct par exemple à son complément à titre onéreux (art. 675 du *BGB*), i.e. le contrat de gestion d'affaires rémunérée, à la gestion d'affaires en tant que quasi-contrat (art. 677 et s. du *BGB*), à la gestion du directoire d'une association (art. 27 al. 3 du *BGB*), à la liquidation d'une association (art. 48 al. 2 du *BGB*), à la gestion d'une société civile (art. 713 du *BGB*), à la tutelle (art. 1835 du *BGB*) et par analogie, à défaut de règles spéciales, à chaque fois qu'une personne a la charge de s'occuper du patrimoine ou d'une partie du patrimoine de quelqu'un d'autre⁵⁰. Il n'empêche que ces dispositions ne saisissent que des activités conventionnelles et, surtout, elles ne visent que le rapport obligationnel entre les parties sans inclure la représentation.

2. D'autres concepts ?

Dans certains pays, dont le Québec⁵¹, tous les cas (sauf exceptions), quelque soit leurs sources (un acte juridique, un jugement, la loi ou même des pures circonstances de fait) où une personne exerce une charge à l'égard d'un patrimoine ou de biens qui ne sont pas les siens⁵² s'intègrent dans le régime de « l'administration du bien d'autrui » (ABA). Celui-ci comprend par exemple des cas de figure aussi divers que le contrat de gestion autonome de biens, le mandat de protection, la curatelle, la fiducie et la gestion d'affaires (lorsque le gérant accomplit des actes juridiques)⁵³.

Or, en Allemagne (comme en France), l'ABA n'est pourtant pas une catégorie juridique unique. Des régimes spécialisés et – malgré certaines ressemblances – différents de nature légale ou conventionnelle, par exemple du droit des obligations, du droit bancaire, du droit de la faillite, du droit de famille, du droit des successions ou droit des sociétés, figurent à la place d'un régime unique.

Les régimes conventionnels sont appelés « fiducie » (*Treuhand*) quand quelqu'un confie des biens ou des pouvoirs par rapport à ses biens à quelqu'un

⁵⁰ Cf. SPRAU, in PALANDT, *op. cit.*, *Einf.* v. § 662, note 9.

⁵¹ Cf. les art. 1299 et s. du Code civil du Québec.

⁵² Cf. CUMYN, *op. cit.*, p. 159 et s. L'auteur précise (p. 162) que même les administrateurs d'une société par actions, d'une société civile ou d'une association contractuelle auraient été des administrateurs du bien d'autrui, si le législateur n'en avait pas décidé autrement.

⁵³ Cf. CUMYN, *op. cit.*, p. 162.

d'autre pour que ce dernier les administre dans l'intérêt du premier⁵⁴. Le fiduciaire possédant une marge d'appréciation dans l'administration est régulièrement lié par un devoir de loyauté par rapport au fiduciant. Autrement tourné, typiquement les droits et pouvoirs du fiduciaire sur les biens confiés vont plus loin que ce que lui est permis. La pratique utilise des constructions différentes du droit des obligations et du droit des biens, notamment le transfert de plein droit des biens (*fiduziarische Treuhand*), l'autorisation à disposer (*Ermächtigungstreuhand*) ou la procuration (*Vollmachtstreuhand*).

La représentation est donc l'un des *outils* de la fiducie conventionnelle, mais ce serait un peu tordu de dire qu'elle s'insère dans le concept plus large de la fiducie, car c'est plutôt l'obligation fiduciaire et non pas la procuration (pouvoir) qui caractérise la fiducie.

C. – La représentation comme sorte de « responsabilité » pour les faits d'autrui

Si l'on regarde ses effets juridiques dans la personne du représenté, l'on pourrait considérer la représentation comme un des cas de *responsabilité* (au sens large de toute sorte de saisie juridique) résultant du comportement d'un tiers. Cette idée rejoint le concept de *agency in common law*⁵⁵ et pourrait être portée par le concept encore plus général de l'imputation des conséquences du comportement d'une personne à une autre en tant que plus petit diviseur. Elle associerait la représentation à des situations aussi diverses que la responsabilité contractuelle du débiteur pour les faits d'autrui (v. l'art. 278 du *BGB*) ou la responsabilité délictuelle pour les préposés (art. 831 du *BGB*) ou encore la responsabilité (contractuelle ou délictuelle) d'une entité (association, société) pour les fautes des membres de ses organes directeur (art. 31 du *BGB*).

Mais là encore, le droit allemand ne connaît pas de théorie aussi large⁵⁶. Seulement certaines traces de cette idée se trouvent dans la responsabilité du débiteur du fait d'autrui (art. 278 du *BGB*) et dans la responsabilité de l'association pour ses organes (art. 31 du *BGB*)⁵⁷ qui s'appliquent explicitement, entre autres, aux « représentants légaux » (art. 278) et aux

⁵⁴ Cf. SCHUBERT, *op. cit.*, § 164, note 50.

⁵⁵ Cf. ZWIGERT et KÖTZ, *op. cit.* p. 116, par rapport au droit américain.

⁵⁶ Cf. tout de même MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 19^e éd. 2002, note 84, par rapport aux organes d'une personne morale : L'auteur constate que le droit ne se contente pas d'imputer des déclarations de volonté à la personne morale, mais le fait aussi relatif aux violations d'obligations contractuelles et relatif aux délits.

⁵⁷ L'art. 31 du *BGB* est applicable à toutes les personnes morales (cf. ELLENBERGER, in PALANDT, *op. cit.*, § 31, note 3).

« représentants institués conformément aux statuts » (art. 31), sans s'intégrer pour autant dans le droit de la représentation proprement dit (art. 164 et s.) ou même y faire référence.

D. – La représentation comme entremise dans la conclusion d'un acte juridique

Il n'y a enfin pas en droit allemand de régime uniforme englobant l'entremise à la conclusion d'un acte juridique en tant que tel. Au contraire, il convient de *distinguer* la représentation strictement des autres formes d'entremise. Voici quelques exemples⁵⁸ :

- la représentation imparfaite ou indirecte (*mittelbare Vertretung*) où l'entremetteur (par ex. un commissionnaire) agit en son propre nom et relatif à ses propres biens pour le compte du bénéficiaire

- la disposition de l'entremetteur sur les biens d'autrui, également en son nom propre, mais avec effet direct contre l'ayant-droit grâce à une « autorisation à disposer » (*Ermächtigung*, art. 185 du *BGB*) que ce dernier lui a octroyée⁵⁹. L'« autorisation de recevoir » (*Einziehungsermächtigung*) est l'autorisation à disposer de la créance d'une autre personne. Le débiteur d'une obligation est capable de se libérer par une prestation fournie non pas à son créancier, mais au titulaire de cette autorisation qui reçoit la prestation en son nom propre (art. 362 al. 2 en lien avec l'art. 185 du *BGB*)⁶⁰.

- l'entremise avec une influence purement *factuelle* (sur l'acte juridique) telle qu'elle est effectuée par un courtier civil (art. 652 du *BGB*), un courtier commercial (art. 93 du *HGB*) ou un agent commercial indépendant (art. 84 du *HGB*) ou d'autres auxiliaires comme un conseiller, interprète ou un messenger. Notamment, la démarcation entre un représentant et un messenger n'est pas toujours facile⁶¹. En théorie, le représentant (actif) prononce sa propre déclaration de volonté et dispose d'un pouvoir discrétionnaire à cette fin contrairement au messenger, mais ce critère peut

⁵⁸ Pour avoir plus de détails concernant la démarcation de la représentation par rapport à des concepts similaires, cf. SCHILKEN, *op. cit.*, Vor § 164, note 42.

⁵⁹ L'existence de la *Ermächtigung* en droit allemand est une conséquence de la distinction entre les actes juridiques créateurs d'obligations et les actes juridiques opérant la disposition d'un bien (v. V.I.#).

⁶⁰ Par contre, l'autorisation à engager une autre personne en son nom propre (*Verpflichtungsermächtigung*) ou à acquérir pour une autre personne en son nom propre (*Erwerbsermächtigung*) n'est pas reconnue selon l'opinion dominante. Cf. SCHILKEN, *op. cit.*, Vor § 164, notes 65 et 69.

⁶¹ Cf. par ex. SCHILKEN, *op. cit.*, Vor § 164, note 73-75 ; FLUME, *op. cit.*, p. 755.

poser des problèmes quand entremetteur agit avec une mission très précise (par ex. l'achat d'un produit bien déterminé).

IV. LE FONDEMENT THÉORIQUE DE LA REPRÉSENTATION DEVANT L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

En droit allemand comme ailleurs se pose la question de savoir comment l'on pourrait expliquer le fait qu'une personne est liée par une déclaration de volonté qui n'est pas la sienne. Ne serait-il pas en contradiction avec le principe de l'autonomie de la volonté qui devrait être la base de la représentation, au moins de la représentation par procuration ?

A. – Les deux théories principales

Plusieurs théories ont été évoquées à cet égard en Allemagne. Selon la théorie choisie, c'est ou la volonté du représenté ou celle du représentant qui ne se trouve pas assez honorée. L'enjeu de la question est plutôt politique que moins juridique, car ce n'est pas nécessaire de recourir à ces théories afin de pouvoir interpréter la loi.

La « théorie du mandataire » (*Geschäftsherrntheorie*) qui correspondrait peut-être à la doctrine « classique » en France veut que c'est le représenté lui-même qui se déclare par le biais de son représentant, ce dernier se trouvant du coup réduit à un simple *outil* du maître – pas trop loin d'un simple messenger. La « théorie de la représentation » (*Repräsentationstheorie*) désigne la position opposée. C'est le représentant qui est l'auteur de la déclaration, mais les conséquences juridiques de cette déclaration se réalisent en la personne du représenté par acte d'imputation (dérogatoire), pour ne pas dire par fiction.

B. – La conception du BGB par rapport à ces théories

D'habitude, on peut entendre que c'est la deuxième conception, la théorie « de la représentation », que le BGB a retenue. Et en effet, les motifs de la loi eux-mêmes disent qu'il s'agit de l'acte du représentant dont les effets sont référés au représenté. C'est la volonté du représentant et non pas celui du représenté qu'on cherche à comprendre lorsqu'on passe à l'interprétation de la déclaration de volonté du représentant. Car il n'est pas simple messenger, mais l'auteur d'une déclaration de volonté propre à lui.

On ne s'étonne donc pas si le BGB constate expressément que :

« [d]ans la mesure où les conséquences juridiques d'une déclaration de volonté sont affectées par des vices de la volonté⁶² ou par la connaissance que l'on a ou que l'on aurait dû avoir de certaines circonstances, ce n'est pas la personne du représenté, mais celle du représentant qui est prise en considération » (art. 166 al. 1 du *BGB*).

Pourtant, cette disposition paraît compatible également avec la théorie « du mandataire », parce qu'on ne saurait pas expliquer pourquoi il ne devrait pas être possible pour le représenté de déléguer la formation de la volonté et de s'approprier volontairement et *ex ante* du résultat de cette formation y compris les vices inhérents. Ainsi, on pourrait argumenter que l'idée de l'imputation, certes nécessaire en matière de représentation légale, trahit le principe de la primauté de la volonté en matière de représentation par procuration sans qu'il y ait vraiment besoin.

Il est d'ailleurs intéressant de constater que selon alinéa 2 de l'article 166 du *BGB*, le représenté, auteur d'une procuration, « ne peut pas alléguer l'ignorance du représentant relative à des circonstances dont il avait lui-même connaissance », si le représentant a agi conformément aux instructions précises de l'auteur de la procuration. Cela prouve bien, qu'en dernier lieu, le représenté reste le maître de la formation de volonté. Dans la mesure où il influence la formation de volonté de son représentant, la loi le traite comme s'il avait déclaré lui-même.

Et encore un autre aspect qui montre que la volonté du représenté ne s'est peut-être pas complètement effacée par rapport à la volonté du représentant :

Selon l'article 165 du *BGB* « [l]a validité d'une déclaration de volonté émise par ou envers un représentant n'est pas compromise par le fait que celui-ci ne jouit que d'une capacité limitée dans l'exercice de ses droits » (cf. l'art. 1990 du Code civil français).

Quand ils agissent en leur propre nom, les mineurs d'une capacité d'exercice limitée (à savoir ceux qui sont âgés de 7 et 17 ans) ne sont capables de passer des actes juridiques valables sans l'accord de leurs parents que quand ils en tirent un avantage juridique (art. 107 du *BGB*) ou au moins s'ils n'en subissent pas un désavantage juridique. Ils ne sont donc pas capables de s'engager dans leurs propres affaires. Certes, le fait d'engager le représenté ne leur nuit pas personnellement, c'est pourquoi la règle de l'article 165 est en parfaite harmonie avec la théorie « de la

⁶² Ce cas de figure vise l'annulabilité d'une déclaration de volonté selon les art. 116-123 du *BGB*. Si le représentant se trompe par ex. dans la signification du terme employé ou s'il se trompe de numéro de commande qu'il a employé dans sa déclaration, le représentant a la possibilité d'annuler sa déclaration pour erreur sur le contenu.

représentation ». Mais elle l'est aussi bien avec la position opposée : Si c'est le représenté et non pas le représentant mineur qui est considéré être le véritable auteur de la déclaration, il n'y a pas besoin de demander la pleine capacité du représentant.

V. LA PROTECTION DE LA CONFIANCE LÉGITIME DANS LE POUVOIR DE REPRÉSENTATION

La dernière partie de cet exposé est consacrée à la question de savoir comment le droit effectue la protection de la confiance légitime dans le pouvoir de représentation si le représentant excède les limites de sa mission. Pour la réalisation de cette protection, qui est nécessaire afin d'assurer la sécurité du commerce juridique, le droit allemand emploie deux moyens qui se complètent, le principe de l'autonomie de la représentation et la théorie de l'apparence et sa concrétisation légale.

A. – La protection abstraite par le principe de l'autonomie de la représentation

D'après le principe de l'autonomie de la représentation, le pouvoir – d'origine légal ou octroyé par procuration – est indépendant du rapport juridique sous-jacent. De cette façon, le pouvoir est abstrait. L'abstraction des actes juridiques de leur raison économique est d'ailleurs un instrument pour favoriser la sécurité des échanges (*Verkehrsschutz*) bien connu en droit allemand. Il convient notamment de rappeler l'autre « principe d'abstraction » (*Abstraktionsprinzip*) qui régit toutes les opérations destinées à opérer le transfert d'un bien avec un effet *erga omnes* et selon lequel il y a une séparation stricte entre les actes juridiques créateurs d'obligations (*Verpflichtungsgeschäfte*), d'une part, et les actes juridiques opérant la disposition d'un bien (*Verfügungsgeschäfte*).

1. Les effets du principe

Les effets de l'indépendance du pouvoir se font sentir en cas de vices pouvant atteindre le rapport juridique sous-jacent (aa)#) et au cas où l'étendue de la mission du représentant serait limitée (bb)#). Au fait, si le pouvoir est « abstrait », la protection que cette abstraction assure aux co-contractants l'est aussi, mais dans un autre sens : Le co-contractant profite des bénéfices de l'indépendance juridique du pouvoir même s'il aurait pu

savoir que le rapport juridique sous-jacent est affecté d'un vice ou qu'il ne couvre pas l'acte du représentant. La protection est donc absolue (ou bien abstrait) sans tenir compte du critère de vulnérabilité (mais v. ci-dessous 2.#).

a) Les vices du rapport juridique sous-jacent

En principe, la nullité ou l'annulabilité du rapport juridique sous-jacent, d'un mandat par exemple, n'entraîne pas automatiquement celle de la procuration, car ce sont deux actes différents.

Pourtant, fréquemment la séparation juridique pourrait paraître artificielle face à la volonté des parties qui souhaiteraient comprendre les deux actes (mandat, procuration) comme une unité économique et juridique (cf. art. 139 du *BGB* concernant la nullité partielle). Cela est surtout probable si le mandat et la procuration (interne) ont été rédigés dans le même document ou si la procuration n'est qu'implicite. Même en l'absence d'unité, le mandat et la procuration vont souvent être frappés du même vice (par ex. vice du consentement ; incapacité ; illégalité⁶³). Notons, pour oser une comparaison avec l'autre « principe d'abstraction », que l'abstraction de la procuration du rapport sous-jacent semble être moins stricte que celle de la disposition d'un bien du contrat de vente sous-jacent⁶⁴.

En matière de représentation légale, la situation peut être différente dans la mesure où la loi conditionne le pouvoir légal à l'existence du rapport juridique. Si, par exemple, la nomination du gérant d'une société à responsabilité est nulle, cette personne n'a pas de pouvoir légal, nonobstant la protection de la confiance légitime que l'inscription du gérant au registre de commerce pourrait susciter (art. 15 al. 1 du *HGB*)⁶⁵.

b) L'étendue limitée de la mission du représentant

Portant sur l'étendue du pouvoir, les effets de l'indépendance du rapport sous-jacent se jouent principalement dans le domaine de la représentation

⁶³ Il en est autrement relatif aux vices de forme. Selon l'art. 167 al. 2 du *BGB*, la procuration « n'est pas soumise à la forme prescrite pour l'acte juridique » auquel elle renvoie.

⁶⁴ Cf. FLUME, *op. cit.*, p. 841 et s.

⁶⁵ Cf. aussi l'art. 9 de la directive 2009/101/CE du 16 septembre 2009 « tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'art. 48, deuxième al., du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers », JO L 258/11 du 1^{er} octobre 2009 : « L'accomplissement des formalités de publicité relatives aux personnes qui, en qualité d'organe, ont le pouvoir d'engager la société rend toute irrégularité dans leur nomination inopposable aux tiers, à moins que la société ne prouve que ces tiers en avaient connaissance ».

légale, notamment dans celui de la représentation organique. Ils se reflètent dans la célèbre distinction stricte entre le « rapport interne » sous-jacent (*Innenverhältnis*), qui définit le devoir de loyauté du représentant envers le représenté (le *devoir*), et le « rapport externe » (*Außenverhältnis*), qui détermine les conséquences de l'activité du représentant par rapport aux tiers (le *pouvoir*). La dichotomie entre la « gestion » (*Geschäftsführung*) et la représentation (*Vertretung*) est omniprésente en droit des sociétés (par ex. art. 709 et 714 du *BGB*), surtout relatif aux dirigeants des sociétés commerciales. Leur pouvoir est illimité de sorte que leurs actes de gestion, même contraires aux statuts, engagent la société (par ex. art. 116 et 125 du *HGB* ; art. 82 de la loi sur les sociétés anonymes – *Aktiengesetz*). Relatif aux sociétés anonymes et aux sociétés à responsabilité limitée, ce principe a été repris par la directive 2009/101/CE⁶⁶. Voilà donc un exemple du principe de l'autonomie de la représentation en droit européen (et français du coup) !

Dans l'hypothèse de la représentation par procuration *interne*, il est naturellement exclu que le *pouvoir* dépasse le *devoir* quand la procuration est déduite implicitement du contrat sous-jacent (v. II.3. c) bb#). L'autonomie du pouvoir devient notamment intéressante en cas de procuration *externe* ou de procuration interne communiquée.

2. Les limites du principe : le détournement du pouvoir

Comme déjà indiquée plus haut, la protection du commerce juridique tel que réalisée par le principe de l'autonomie est « abstraite », car on ne regarde en principe pas si le tiers qui traite avec le représentant est vraiment en confiance légitime ou s'il ne devrait plutôt pas savoir que le représentant est en train de dépasser sa mission (par ex. son mandat) et de manquer à son devoir de loyauté⁶⁷.

Toujours est-il que la jurisprudence a trouvé un moyen pour remédier à des cas extrêmes d'excès de protection en recourant ou à l'annulation de l'acte conclue selon l'article 138 al.1 du *BGB* (« acte juridique contraire aux bonnes mœurs »), ou à l'institution de l'abus de droit sous forme de détournement du pouvoir (principe de la bonne foi, art. 242 du *BGB*). Le premier cas suppose une collusion entre le représentant et le tiers au

⁶⁶ Cf. l'art. 10 (1) de la directive 2009/101/CE : « La société est engagée vis-à-vis des tiers par les actes accomplis par ses organes, même si ces actes ne relèvent pas de l'objet social de cette société, à moins que lesdits actes n'excèdent les pouvoirs que la loi attribue ou permet d'attribuer à ces organes [...] ».

⁶⁷ Cf. BEUTHIEN, « Gilt im Stellvertretungsrecht ein Abstraktionsprinzip? », in *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe der Wissenschaft*, 2000, p. 81 (87) : L'auteur critique le fait que l'abstraction du pouvoir protège le tiers au cas où, par sa propre négligence, il ne connaît pas les vices du mandat.

détriment du représenté, le deuxième, que le dépassement de mission est au moins *évident* pour le tiers⁶⁸.

B. – La protection concrète par la théorie de l'apparence

Le deuxième moyen que le droit allemand emploie pour protéger la confiance légitime du tiers cocontractant dans le pouvoir de représentation du représentant est la théorie de l'apparence (b)#). Elle trouve sa concrétisation légale dans le *BGB* (a)# – en dépit du fait, d'ailleurs, qu'au moment de l'entrée en vigueur du texte, une théorie générale de l'apparence n'existait pas encore. La protection ainsi réalisée prolonge la protection du principe de l'autonomie, car elle est capable d'outrepasser l'étendue même du pouvoir (abstrait) du moment que le tiers soit de bonne foi. À ce sujet, la protection est donc *concrète* parce qu'elle tient compte de la vulnérabilité individuelle du tiers.

1. La procuration externe et la procuration interne communiquée

Les règles des articles 170 à 176 du *BGB* ont pour effet que le tiers cocontractant peut faire confiance à l'existence et à l'étendue de la procuration dès que c'est le représenté lui-même qui la lui a communiquée. Cette communication peut être réalisée de manière individuelle – peu importe que cela se passe sous forme de véritable déclaration de procuration (*Außenvollmacht*) ou seulement sous forme de notification du fait qu'il a octroyé une procuration interne (*kundgemachte Innenvollmacht*) ; elle peut également se faire par déclaration générale sous forme de titre de procuration ou par annonce publique. En tout cas, le tiers se voit protégé jusqu'au moment où il a ou devrait avoir connaissance de l'extinction du pouvoir de représentation (art. 173 du *BGB*). Ainsi, la protection légale se limite au tiers de bonne foi qui se trouve en confiance sans négligence de sa part.

Rajoutons que le droit commercial connaît une procuration spéciale des fondés de pouvoir appelée *Prokura* (d'ailleurs d'une étendue très large fixée par la loi) dont l'octroi et la révocation doivent être inscrits au registre du commerce (art. 48-53 du *HGB*). La protection de la confiance légitime que l'article 15 alinéa 1 du *HGB* noue à cette obligation de publicité légale est d'un niveau plus abstrait que celle des articles 170 et s. du *BGB* : Tant que la révocation de la *Prokura* n'est pas inscrite au registre et le tiers n'en a pas

⁶⁸ Cf. par ex. *Bundesgerichtshof*, arrêt en date du 10 avril 2006 - II ZR 337/05, juris, notes 2 et 3.

connaissance, cette révocation est inopposable au tiers, même s'il aurait dû la connaître.

2. La procuration apparente

La théorie générale de l'apparence s'ajoute à ces règles spéciales. C'est notamment le jeu de l'institution de la « procuration apparente » (*Anscheinsvollmacht*) qui complète le tableau de la protection de la confiance légitime dans le pouvoir de représentation.

Selon la jurisprudence, il y a procuration apparente quand quelqu'un (le représentant apparent), sans avoir reçu une vraie procuration, agit au nom d'une autre personne (le représenté) qui n'en est pas au courant, mais qui devrait, sans négligence de sa part, en avoir connaissance et l'empêcher par conséquent, pourvu que le co-contractant soit en droit de croire en la réalité du consentement du représenté⁶⁹. En général, le reproche d'ignorance négligente du côté du représenté nécessite que le représentant apparent agisse de manière durable et répétitive⁷⁰.

La jurisprudence allemande utilise encore une autre institution qui semble être à mi-chemin entre la procuration apparente et la (vraie) procuration implicite (tacite) : la *Duldungsvollmacht*, ce qui veut dire littéralement « procuration par tolérance » ou mieux peut-être « procuration par laissez-faire »⁷¹. La difficulté de traduire ce terme n'est d'ailleurs que le reflet d'un malaise plus profond que cette institution suscite.

En fait, le *Bundesgerichtshof* assume l'existence d'une « procuration par laissez-faire » quand une personne qui jusqu'à ce moment-là ne dispose pas de procuration agit au nom du représenté et quand ce dernier – à la différence du cas de la procuration apparente – est *au courant* de l'opération et n'intervient pourtant pas⁷², à condition que le co-contractant interprète ce laissez faire légitimement comme l'indice d'une procuration⁷³.

⁶⁹ Cf. par ex. *Bundesgerichtshof*, arrêt en date du 11 mai 2001 - VIII ZR 289/09, juris, no. 16.

⁷⁰ Cf. *Bundesgerichtshof*, arrêt en date du 11 mai 2001, *op. cit.*, juris, n° 16.

⁷¹ La distinction entre la *Duldungsvollmacht* et la *Anscheinsvollmacht* est également courante en droit suisse. Cf. à ce sujet le rapport de jurisprudence établi par PICHONNAZ, « Le point sur la partie générale du droit des obligations/ Entwicklungen im Obligationenrecht, Allgemeiner Teil », *SJZ* 112 (2016), n° 8, p. 201 (202 et s.) (en langue française). Comme moi, l'auteur traduit *Duldungsvollmacht* par « procuration par tolérance ».

⁷² Dans l'hypothèse où le représenté apprendrait seulement après-coup la transaction du *falsus procurator* et omettrait de protester auprès du co-contractant on ne parlerait pas d'une *Duldungsvollmacht*, mais plutôt, le cas échéant, d'une ratification implicite de la transaction au sens de l'art. 177 al. 1 du BGB (v. plus haut II.2.#).

⁷³ Cf. par ex. *Bundesgerichtshof*, arrêt en date du 11 mai 2001, *op. cit.*, juris, n° 15.

Or, il n'est pas sûr qu'il y ait vraiment de la place pour un troisième chemin entre la procuration implicite et la procuration apparente⁷⁴. Ce n'est sûrement pas le fait de « tolérer » les agissements d'un pseudo-représentant qui fera la différence par rapport à la procuration implicite. C'est tout au plus la *façon* dont le représenté tolère le comportement du représentant : s'il le fait sans vouloir octroyer une procuration, sans volonté de prononcer une déclaration de volonté, autrement dit sans volonté autonome (*Rechtsbindungswillen*), on pourrait être tenté *a priori* d'exclure la présence d'une procuration implicite, car en principe, selon la conception allemande, la volonté autonome est un élément indispensable de la déclaration de volonté. Mais en fait, il est largement admis que la simple *apparence* d'une volonté autonome peut déjà suffire pour suppléer l'existence réelle de cette volonté à condition que l'auteur apparent de cette volonté lui-même ait créé l'apparence de manière reprochable. Une procuration implicite sans volonté autonome paraissant donc imaginable⁷⁵ on ne voit plus tellement ce que l'institution de la *Duldungsvollmacht* pourrait apporter de plus⁷⁶.

CONCLUSION

La théorie de la représentation en droit allemand telle qu'elle se concrétise dans le Code civil allemand (*BGB*) est marquée par le principe de l'autonomie. C'est en matière de représentation « conventionnelle » que la différence par rapport au droit français est la plus visible. En droit allemand, l'octroi du pouvoir de représentation est considéré comme un acte juridique unilatéral séparé du rapport juridique sous-jacent (la procuration - *Vollmacht*). L'abstraction que cette séparation procure est censée assurer la protection de la confiance légitime dans le pouvoir de représentation. En réalité, l'importance du principe de l'autonomie dans cette protection est limitée, soit parce que, malgré son indépendance théorique, la procuration est souvent liée au mandat ou au contrat de gestion d'affaires sous-jacent, soit parce que la protection de la confiance légitime se trouve largement complétée par le jeu de la théorie de l'apparence.

⁷⁴ Cf. l'art. 56 du *HGB* : « Quiconque est employé dans un magasin ou dans un entrepôt ouvert, est considéré comme autorisé à y effectuer les ventes et les réceptions qui se font d'ordinaire dans ces magasins ou entrepôts » (traduction inspirée par FOUCHER et TOLHAUSEN, *Code de commerce allemand*, 1864, p. 16 (art. 50 du Code). Cette norme, qu'on pourrait considérer comme un cas légal de la *Duldungsvollmacht*, produit les mêmes difficultés de qualification. V. par ex. HOPT, *Handelsgesetzbuch*, 36^e éd. 2014, § 56 note 4.

⁷⁵ V. SCHUBERT, *op. cit.*, § 167, note 7.

⁷⁶ Cf. FLUME, p. 828 : Selon l'auteur, la *Duldungsvollmacht* serait un cas spécial de la procuration interne communiquée de l'art. 171 du *BGB*.