

Revue

DE DROIT DES AFFAIRES
INTERNATIONALES

INTERNATIONAL
BUSINESS LAW

Journal

Rédacteur en chef : HENRY LESGUILLONS

FEC

Mai
2005

Forum Européen de la Communication

n° 3

**Retrouvez, en ligne, les huit dernières années de publication
de la Revue et un index actualisé à la parution
de chaque numéro :**

www.iblj.com

RÉDACTEUR EN CHEF

Henry LESGUILLONS

Professeur agrégé des Facultés de droit
Avocat à la Cour
e-mail: fec@iblj.com

ADAPTATION BILINGUE ET REWRITING

Joseph SMALLHOOVER

Avocat aux barreaux des Hauts de Seine, de Californie et de Pennsylvanie

Taimse O' LEARY

Avocate au barreau de Paris

ADMINISTRATION ET RÉDACTION



FORUM EUROPEEN de la COMMUNICATION
47, rue Chardon Lagache - F-75016 Paris
Tél. : (33) (1) 45 25 41 17 - Fax : (33) (1) 42 88 50 37
e-mail: jacquin@iblj.com

**Directeur de la publication
Colette JACQUIN**

THE RECENT GERMAN LAW, IMPLEMENTING A MODERNISATION OF GERMAN CONTRACT LAW

LA NOUVELLE LOI ALLEMANDE DE MODERNISATION DU DROIT DES OBLIGATIONS

Volkhard HENTE *

January 1st 2002 saw the entry into effect of the German Law dated November 26th 2001 – the so called modernisation of contract Law (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*)¹ – adopted after long discussions that began in Summer 2000 and which raised violent criticism.

The original object of the draft law was to transpose three European Directives into German Law before January 1st 2002 (relating to the sale of consumer goods, times of payment and e-commerce)². The legislator therefore had the choice between:

- a simple modification of the BGB³ in order to integrate these directives into German Law,
- or the simultaneous implementation of a wider reform of contract Law.

The second solution was retained, in such a way that the reform has modified entire areas of contract law, obliging lawyers to relearn thoroughly certain parts of the law.

Indeed, the Law has created new concepts in contract law, profoundly modified the legal regime governing sales contracts and limitation periods and has codified various disparate laws within the BGB. The parliamentary debates were directed under pressure, in order that the directives be implemented in time.

Le 1^{er} janvier 2002 est entrée en vigueur la Loi allemande du 26 novembre 2001 dite de modernisation du droit des obligations (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), adoptée après de longs débats ayant commencé lors de l'été 2000 et suscité de vives critiques.

L'objet originel du projet de loi était de transposer en droit allemand, avant le 1^{er} janvier 2002, trois Directives communautaires (en matière de vente de biens de consommation, de délais de paiement et de commerce électronique). Les pouvoirs publics avaient donc le choix entre :

- se contenter de modifier le BGB pour intégrer ces directives en droit allemand,
- ou procéder simultanément à une réforme plus large du droit des obligations.

La seconde solution a été retenue à tel point que la réforme modifie des pans entiers du droit des obligations, obligeant les juristes à véritablement réapprendre une partie de leur droit.

La Loi crée en effet de nouveaux concepts en droit des obligations, modifie en particulier profondément le régime juridique du contrat de vente et des prescriptions et codifie dans le BGB de nombreuses lois disparates. Les travaux parlementaires ont été conduits sous la pression, compte tenu de la date limite de transposition de la directive.

* Rechtsanwalt & Avocat (German and French Lawyer), Bars of Fribourg/Brigau Germany and Strasbourg, AVIRA Avocats & Rechtsanwälte, Strasbourg.

English translation by Ross Winters-Nicholl, Avocat à la Cour (French lawyer), HWH Associated Attorneys, Paris.

Le présent article n'a pas pour vocation de commenter de manière exhaustive l'ensemble des modifications considérables apportées ainsi au droit allemand, mais seulement de décrire les principales novations (I) apportées par cette Loi, concernant :

1. le nouveau régime des prescriptions,
2. les modifications relatives au droit de la vente,
3. les modifications relatives au contrat d'entreprise,
4. les modifications relatives au régime de l'inexécution,
5. la codification dans le BGB de textes préexistants.

Enfin, nous exposons, à l'occasion du troisième anniversaire de cette réforme, la mise en pratique de la nouvelle Loi et nous mettons en avant également quelques aspects concernant la relation entre ladite Loi allemande et une de ses principales sources d'inspiration, à savoir la Convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises du 11 avril 1980 (II).

I. LES PRINCIPALES NOVATIONS APPORTÉES PAR LA LOI DITE DE MODERNISATION DU DROIT DES OBLIGATIONS (GESETZ ZUR MODERNISIERUNG DES SCHULDRECHTS)

A. Le nouveau régime des prescriptions (Verjährungsrecht)

1. Modification des délais de prescription

Le système de prescriptions du Code civil est totalement réformé, dans le sens d'une grande simplification.

Le délai de prescription de droit commun de 30 ans est réduit à 3 ans. De nombreux délais de prescription particuliers sont abrogés, étendant ainsi le champ d'application du délai de droit commun.

Certains délais de prescription particuliers subsistent, comme :

- le délai de dix ans en matière de cession de droits immobiliers ;
- le délai de trente ans pour les droits disposant de l'autorité de la chose jugée, ou résultant de jugements exécutoires ainsi que les jugements exécutoires de constat de procédure de faillite (article 197 I).

Le délai de garantie en matière de vente qui s'élevait à six mois à compter de la livraison (l'un des plus courts des pays de droit continental) est relevé à deux ans et vaut quelque soit le type de vente (à un consommateur ou à un professionnel). Sur ce plan, la Loi allemande étend la solution prévue par la Directive européenne à la totalité du droit allemand de la vente.

This present article does not mean to exhaustively comment the entirety of the considerable changes made in German Law, but only to describe the principal innovations (I) enacted by this Law, concerning:

1. the provisions governing limitation periods,
2. the changes relating to sales law,
3. the changes relating to works contracts,
4. the changes relating to the non-performance of obligations,
5. the codification of pre-existing texts within the BGB.

Finally, three years after the reform, the present article examines the practical application of the new Law and underlines certain aspects concerning the relationship between the said German Law and one of its principal sources of inspiration, i.e. the Vienna Convention on the international sale of goods of 11 april 1980 (II)⁴.

I. THE PRINCIPAL INNOVATIONS INTRODUCED BY THE LAW MODERNISING CONTRACT LAW (GESETZ ZUR MODERNISIERUNG DES SCHULDRECHTS)

A. The New Regime of Limitations (Verjährungsrecht)

1. Changes with Respect to Limitation Periods

The system of limitations in the German Civil Code has been completely reformed and simplified.

The common limitation period of 30 years has been reduced to 3 years. Numerous special limitation periods have been abolished, extending thereby the application of the common regime.

Some special limitation periods subsist, for example:

- the ten year limitation period relating to the sale of interest in real estate;
- the thirty year limitation period for rights relating to res judicata, or rights resulting from enforceable judgements and enforceable judgements stating the opening of insolvency proceedings (Article 197 I).

The period of guarantee in sales law, which was formerly six months from delivery (one of the shortest periods in the continental law system), has been increased to two years, whatever the nature of the sale (to a consumer or a professional). In this respect, the German Law has applied the solution provided by the European Directive to all German sales law.

With respect to real estate, the limitation period was extended from one year to five years.

We can therefore resume the various limitation periods in sales law as follows:

The duration of the limitation period varies according to the nature of the defect:

- (i) when the defect consists of a property right belonging to a third party or when such a right is registered in the land register, the limitation period is 30 years;
- (ii) the limitation period in case of defects related to the construction of real property is 5 years;
- (iii) in all other cases, the limitation period is 2 years;
- (iv) when the vendor has fraudulently dissimulated the defect (*arglistiges Verschweigen*), the general or common limitation period applies – i.e. generally 3 years (Article 195).

En matière immobilière, le délai est porté de un an à cinq années.

On peut résumer les différents délais en matière de vente comme suit :

La durée du délai de prescription varie en fonction de la nature du défaut :

- (i) lorsque le défaut consiste en un droit réel (*din-gliches Recht*) appartenant à un tiers ou lorsqu'il consiste en un droit inscrit au registre foncier, le délai de prescription est de 30 ans ;
- (ii) le délai prévu en cas de défaut lié à la construction d'un immeuble est de 5 ans ;
- (iii) dans tous les autres cas, le délai est de 2 ans ;
- (iv) lorsque le vendeur a dissimulé frauduleusement le défaut (*arglistiges Verschweigen*) les règles de prescription de droit commun – c'est-à-dire généralement 3 ans (article 195) s'appliquent.

2. Changes in the Computation of Limitation Periods

Limitation periods no longer begin at the date when the right first arose (objective circumstance) but now run from the end of the year during which the right of action arose, under condition that the beneficiary of this right of action knew or should have known, save in cases of grave negligence, of the event giving rise to the right of action, in addition to the identity of the person liable therefor (subjective circumstance) (Article 199).

Ignorance of the event giving rise to the right of action or of the person liable therefor does not extend the limitation period for an unlimited period. The Law does in fact provide for maxima limitation periods:

- thirty years from the event in the case of rights of action relating to damage to one's body, one's health or one's human rights,
- for other rights of action, ten years from the event giving rise to the said right and, in case no damage has been suffered, thirty years after the event giving rise to the damage.

2. Modification du point de départ

Le délai de prescription ne court plus à compter de la date de naissance du droit (circonstance objective) mais commence désormais à courir à compter de la fin de l'année pendant laquelle le droit de créance est né à la condition que le créancier ait pris connaissance ou aurait dû prendre connaissance, sauf cas de grave négligence, du fait générateur de la créance et de la personne du débiteur (circonstance subjective) (article 199).

L'ignorance excusable du fait générateur de la créance et de la personne du débiteur n'a pas pour effet de repousser de manière illimitée la prescription. La Loi prévoit en effet des délais maxima :

- trente ans à compter de l'acte pour les droits relatifs aux atteintes au corps, à la santé ou à la liberté,
- pour les autres droits, dix ans à compter de la date de naissance du droit et, dans le cas où aucun préjudice n'est survenu, trente ans après la survenance du fait générateur du dommage.

3. Changes Concerning the Suspension and Interruption of the Limitation Period

Interruption of the limitation period may only occur in two cases:

3. Modifications concernant la suspension et l'interruption de prescription

Les hypothèses d'interruption de la prescription sont restreints à deux cas :

- la reconnaissance de la créance par le débiteur (article 212 I n° 1),
- la réalisation ou une demande de mesure d'exécution forcée (article 212 I n° 2).

Les hypothèses de suspension de la prescription sont en revanche complétées (articles 203 à 208) : elles portent désormais sur de nombreux cas parmi lesquels on peut citer au-delà des hypothèses classiques (assignation en justice en constatation d'un droit ou signification), un nouveau cas comme celui de la négociation entre créancier et débiteur sur un droit.

Dans ce cas, la prescription est suspendue jusqu'à ce que l'une des parties refuse de poursuivre la négociation et la prescription joue au plus tôt trois mois après cette date.

4. Liberté de modifier conventionnellement la prescription légale

L'article 202 reconnaît indirectement la faculté de diminuer par voie conventionnelle un délai légal de prescription, hormis le cas de responsabilité intentionnelle (*Vorsatz*).

Un délai légal de prescription peut en revanche être majoré conventionnellement à condition de ne pas conduire à une prescription supérieure à 30 ans à compter de la date légale de commencement de la prescription.

B. Modifications du droit de la vente

Les modifications en matière de droit de la vente sont importantes et dépassent la question de la prolongation du délai de garantie auquel est tenu le vendeur. Elles renforcent les prérogatives de l'acheteur et se rapprochent des dispositions de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (*cf. infra* – partie II).

Elles concernent la définition de défaut/vice de la chose (1.), les conséquences juridiques en cas de vice (2.) et prévoient certaines dispositions spécifiques tirées de la Directive en cas de vente à un consommateur (3.).

1. La notion de défaut

La réforme a introduit une nouvelle définition de la notion de défaut (vice) de la chose (*Mangel*) au profit d'une interprétation plus subjective au bénéfice de l'acheteur.

Dans le régime antérieur (ancien article 459 BGB) la notion de défaut comprenait tant des éléments subjectifs (conformes à ce qui était convenu entre les parties) que des éléments objectifs (usage que l'on peut habituellement attendre d'un bien du même

- recognition of the claim by the debtor (Article 212 I n° 1),
- the execution of or petition for specific performance measures (Article 212 I n° 2).

Cases where the limitation period may be suspended have been increased (Articles 203 to 208): suspension is now possible in numerous cases among which, in addition to the classical applications thereof (writ of summons, statement of a right or notification thereof), a new case such as negotiations between the parties disputing a right.

In this case, the limitation period is suspended until one of the parties refuses to pursue the negotiations. The limitation period begins to run thereafter, 3 months after this date at the latest.

4. Freedom to Modify the Limitation Period by Contract

Article 202 indirectly recognises the possibility to reduce the legal limitation period by contract, except in the case of intentional responsibility or liability (*Vorsatz*).

Legal limitation periods may also be extended by contract, under the condition that the extended period does not exceed 30 years from the legal date that the limitation period has commenced to run.

B. Changes in Sales Law

The changes in sales law are considerable and do not simply concern the extension of the guarantee period imposed on the vendor. They reinforce the prerogatives of the purchaser and resemble the provisions of the Vienna Convention on the international sale of goods (*cf. infra* – part II).

They also concern the definition of defects/vices affecting things (1.), the legal consequences in case of defects (2.) and enact specific provisions drawn from the Directive in case of sales to consumers (3.).

1. The Notion of Defect

The reform presented a new definition for defect (*Mangel*), adopting a more subjective interpretation that favours the purchaser.

In the former regime (formerly Article 459 BGB) the notion of defect included subjective elements (conformity with what was agreed by the parties) and objective elements (the use that one may normally expect from an object of the same

type). The new Article 434 BGB added other rather subjective criteria, according to which the object is presumed to conform if it corresponds to the description given in public by the vendor (Article 434-I-3) or if it possesses the qualities presented in advertisements.

The vendor is liable for damage suffered by the purchaser due to an incomprehensible or false user's manual (Article 434-II, which legalises the so-called IKEA-clause).

Henceforth, the delivery of an object not identical to the object sold, or of a superior quantity to that agreed upon by the parties, is considered as a defect.

Before the reform, the vendor was obliged to compensate the purchaser in case of specific qualities that he had guaranteed to the purchaser were lacking, (*Haftung für zugesicherte Eigenschaft, cf. former Articles 459 II and 464*). This provision was not continued in the new Law. However, when the vendor has manifested his will to guarantee the existence of a quality or goods free from defects to the purchaser (*Beschaffheitsgarantie*), he will be liable even when the absence of the said quality is not his fault (Article 276 sentence 1 second part). Furthermore, the purchaser may avail of this guarantee even if he knew of the defect (see Article 442 I) or if he is confronted with guarantee exclusion clause (Article 444).

2. Legal Consequences of Defects

a) Unification of the Legal Regime Governing the Acquisition of Rights (Rechtskauf) with the Regime Governing the Sale of Things (Kauf von Sachen) (Article 453)

Formerly, the legal regime governing the sale of intangible goods was governed by common contract law, whereas the legal regime concerning the non-conformity of tangible goods was governed by the special provisions governing sales law (former Articles 459 ff.). The legal regime governing the various defects of tangible goods (*Sachmangel*) intangible goods (*Rechtsmangel*) is therefore unified.

b) New Rights Accruing to the Purchaser in Case of Non-conformity of the Goods Sold (Article 437)

The German legislator chose to adopt the provisions of the Directive with respect to consumer goods and to apply these provisions to all forms of sale, irrespective of whether the purchaser is a consumer or a professional.

type). Le nouvel article 434 BGB a ajouté d'autres critères – plutôt subjectifs – selon lesquels le bien est présumé conforme s'il correspond à la description donnée en public par le vendeur (article 434-I-3) ou bien s'il possède les qualités présentées dans une publicité.

Le vendeur est responsable des dommages subis par l'acheteur qui sont dus à un mode d'emploi incompréhensible ou faux (article 434 II légalisant la clause dite IKEA).

Désormais, la livraison d'un bien non-identique au bien vendu ou d'une quantité supérieure à celle convenue entre les parties sera considérée comme défaut.

Avant la réforme, le vendeur était tenu d'indemniser l'acheteur en cas d'absence de qualités spécifiques dont il avait garanti l'existence à l'acheteur, (*Haftung für zugesicherte Eigenschaft, cf. anciens articles 459 II et 464*). Cette disposition n'a pas été reprise par la nouvelle Loi. Néanmoins, lorsque le vendeur a manifesté sa volonté de garantir l'existence d'une qualité ou l'absence d'un défaut du bien envers le vendeur (*Beschaffheitsgarantie*), sa responsabilité sera engagée même dans la mesure où l'absence de ladite qualité ne dérive pas de sa faute (article 276 al 1 phrase 1 deuxième partie). En outre, l'acquéreur peut même se prévaloir de cette garantie dans la mesure où il a connu le défaut (*cf. 442 I*) ou en présence d'une clause d'exclusion de garantie (article 444).

2. Conséquences juridiques en présence d'un défaut

a) Unification du régime juridique relatif à l'acquisition de droits (Rechtskauf) avec le régime de la vente de bien corporel (Kauf von Sachen) (article 453)

Autrefois, le régime juridique de la vente de biens incorporels était régi par le droit commun des obligations, alors que le régime juridique en cas de non-conformité d'un bien corporel était régi par les dispositions propres au droit de vente (anciens articles 459 et suivants). Le régime juridique des différents vices de la chose (*Sachmangel*) et les vices de droit (*Rechtsmangel*) est donc unifié.

b) Nouveaux droits de l'acheteur en cas de non conformité du bien vendu (article 437)

Le législateur allemand a choisi de reprendre les dispositions de la Directive en matière de biens de consommation et d'en étendre les dispositions à toutes formes de vente, indépendamment de la qualité de consommateur ou de professionnel de l'acheteur.

Auparavant, l'acheteur d'une chose présentant un défaut avait principalement le choix entre :

- la résolution du contrat (*Wandlung*) : remboursement du prix d'acquisition contre restitution du bien,
- l'action estimatoire (*Minderung*) demande en réduction du prix en conservant la chose,
- le remplacement de la chose ou la demande de réparation et l'allocation de dommages intérêts étant enfermés dans des conditions très limitées.

Désormais, lorsque le bien est défectueux, l'acheteur a le droit de demander, sauf convention contraire entre les parties :

- la remise de la chose dans un état conforme (réparation) ou le remplacement de la chose (nouveau droit légal à la réparation ou au remplacement de la chose dénommé *Nacherfüllung*),
- la résolution du contrat (action rédhibitoire) ou une réduction adéquate du prix (action estimatoire) en application des dispositions du droit commun des obligations,
- et le paiement de dommages et intérêts,

dans les conditions suivantes :

i) La demande dite de « *Nacherfüllung* »

Dans un premier temps, l'acheteur doit demander au vendeur d'exécuter le contrat. Pour cela, il a le choix de lui imposer – dans un délai raisonnable – (article 437 I) :

- soit d'essayer de réparer le défaut,
- soit de remplacer le bien vicié par un bien conforme,

Néanmoins, le vendeur peut refuser l'exécution du contrat en fonction de l'alternative choisie par l'acheteur, s'il peut justifier :

- de l'impossibilité d'exécuter le contrat - soit pour des raisons objectives (c'est-à-dire si personne ne peut exécuter le contrat : par exemple si la chose vendue a été détruite par un incendie), soit pour des raisons subjectives (le débiteur, lui-même, ne peut pas exécuter le contrat, mais un tiers le pourrait : par exemple, si la chose a été vendue à un tiers) (article 275 I) ;

ou

- du fait que la bonne exécution du contrat est disproportionnée compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut (par exemple, si la réparation demandée par l'acheteur coûte plus cher que le bien lui-même).

Formerly, the purchaser of defective goods principally had the choice between:

- the cancellation of the contract (*Wandlung*): reimbursement of the purchase price and return of the goods,
- an estimatory action (*Minderung*) (*actio quanti minoris*): claim for a reduction in price whilst keeping the goods,
- the replacement of the goods or request the repair thereof with payment of compensation, restricted to very limited conditions.

Henceforth, when goods are defective, the purchaser has the right to request, unless the parties have agreed otherwise:

- that the goods be delivered in their proper state (repair) or a replacement of the goods (the new legal right to repair or replacement of the goods is called *Nacherfüllung*),
- the cancellation of the contract (redhibitory action) or an adequate reduction of the price (estimatory action), pursuant to the provisions of common contract law,
- and the payment of compensation,

under the following conditions:

i) The so-called claim for “*Nacherfüllung*”

First of all, the purchaser must request that the vendor execute the contract. For this, he has the choice to request, within a reasonable delay – (Article 437 I):

- that the vendor either attempt to repair the defect⁵,
- or replace the defective goods with goods that conform,

However, the vendor may refuse the performance of the contract according to the alternative chosen by the purchaser, if he can justify:

- that it is impossible to execute the contract – either for objective reasons (i.e. if no one can execute the contract: e.g. if the goods sold were destroyed by fire), or for subjective reasons (the vendor cannot perform the contract, but a third party could do so: e.g. if the goods were sold to a third party) (Article 275 I);

or

- the fact that the proper performance of the contract is disproportionate with respect to the value of the goods or the importance of the defect (e.g. if the repairs requested by the purchaser cost more than the goods themselves).

ii) Cancellation of the contract or reduction of price

In principle, the purchaser has the choice between cancelling the contract (Articles 323 to 326) and requesting a reduction of the price, under the condition that he has requested the vendor to, within a reasonable delay, repair or replace the defective thing and that the imparted term has expired without the vendor having acted to remedy the defect.

However, it is possible for the purchaser to immediately pronounce the cancellation of the contract, or request a reduction of the price in the following hypotheses:

- if the vendor has expressly declared or manifested in another manner that he refuses to execute the contract; or
- if the vendor has already vainly attempted to repair the goods / or, accordingly, if he has not been able to replace them (Article 440); or
- if the execution of the contract is impossible (Article 275).

However, (as with the request for *Nacherfüllung*), the cancellation of the contract supposes that the non-conformity is serious (Article 281 I). In case of minor defects, the purchaser is however not deprived of his right to request an adequate reduction of the price (Article 441 I).

iii) Payment of compensation

- Compensation for damage resulting from a breach of contract (Article 280 I)

When the vendor has failed to fulfil one of his obligations (*Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis*) resulting from the contract made with the purchaser, the purchaser may claim compensation for the damage suffered because of this breach.

The notion of breach described is quite large. It includes all breaches concerning the performance of the contract, concerning both principal obligations (delivery of the goods, payment of the price, etc.) and accessory obligations (obligations with respect to information, packaging, delivery, etc.).

However, the vendor must not pay compensation, when he can demonstrate that he is not responsible for the breach.

- Compensation instead of performance of the contract (*Schadenersatz statt der Leistung*) (Articles 280 III and 281)

Instead of requesting the cancellation of the contract or a reduction of the sales price, the purchaser may claim compensation from the vendor.

ii) Résolution du contrat ou réduction du prix

En principe, l'acheteur a le choix entre résilier le contrat (articles 323 à 326) et demander une réduction de prix, à condition d'avoir préalablement exigé du vendeur de procéder dans un délai raisonnable à la réparation/remplacement (*cf. supra*) de la chose défectueuse et que ce délai soit écoulé sans que le vendeur ait remédié au défaut.

Néanmoins, il est possible pour l'acheteur de prononcer immédiatement la résolution du contrat, ou de demander une réduction du prix dans les hypothèses suivantes :

- si le vendeur a déclaré expressément ou a manifesté d'une autre manière qu'il refuse de procéder à l'exécution du contrat ; ou
- si le vendeur a déjà essayé en vain de réparer la chose/ou – le cas échéant – s'il n'a pas pu la remplacer (article 440) ; ou
- si l'exécution du contrat s'avère impossible (article 275).

Cependant, (comme pour la demande de *Nacherfüllung*), la résolution du contrat suppose une certaine importance du défaut de conformité (article 281 I). En cas de défaut mineur, l'acheteur n'est toutefois pas privé de son droit de demander une réduction adéquate du prix (article 441 I).

3) Allocation de dommages et intérêts

- Indemnisation pour préjudices résultant d'un manquement contractuel (article 280 I)

Lorsque le vendeur a manqué à l'une de ses obligations (*Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis*) résultant du contrat conclu avec l'acheteur, ce dernier peut réclamer une indemnisation pour les préjudices subis du fait de ce manquement.

Cette notion de manquement aux obligations est assez large. Elle comprend tous les manquements ayant un rapport avec l'exécution du contrat, concernant tant les obligations principales (mise à disposition du bien, paiement du prix de vente, etc.) que celles ayant un caractère accessoire (obligations de renseignement, emballage, délivrance, etc.).

Néanmoins, le vendeur n'est pas tenu de payer des dommages et intérêts lorsqu'il peut justifier qu'il n'est pas responsable du manquement.

- Indemnisation au lieu d'une exécution du contrat (*Schadenersatz statt der Leistung*) (articles 280 III et 281)

Au lieu de réclamer la résolution du contrat ou une réduction du prix de vente, l'acheteur peut demander au vendeur une indemnisation.

Cependant – tout comme pour la résolution du contrat ou la réduction du prix de vente – l'acheteur ne peut réclamer cette indemnisation qu'après avoir imposé au vendeur un délai, soit pour procéder à la réparation, soit pour procéder au remplacement de la chose défectueuse, resté infructueux.

Tout comme pour la résolution du contrat/réduction du prix, l'indemnisation peut – sous certaines conditions – être réclamée sans délai, notamment lorsque le vendeur a refusé l'exécution du contrat ou lorsque celle-ci s'avère impossible.

De même, la résolution du contrat est exclue en cas de défaut mineur de conformité, mais l'acheteur n'est toutefois pas privé dans ce cas de son droit de demander une réduction adéquate du prix.

- Indemnisation pour frais exposés en vain (*Ersatz vergeblicher Aufwendungen*) (article 284)

A la place d'une demande d'indemnisation au lieu d'exécution du contrat, l'acheteur peut se contenter de réclamer une indemnisation pour frais exposés en vain (par exemple, frais exposés en vain afin de réaliser le contrat). Cette demande suppose que le vendeur soit responsable du manquement.

3. Dispositions spécifiques à la vente de biens de consommation (articles 474 et suivants)

Pour transposer la Directive en droit allemand, un nouveau régime particulier relatif à la vente de biens de consommation a été introduit dans le *BGB* sous la forme d'un nouveau sous-titre 3 (vente de biens de consommation). Ce régime prévoit quelques dispositions particulières ayant pour objectif une amélioration de la protection du consommateur, dont l'application est limitée à la vente entre un consommateur et un professionnel (*Unternehmer*).

En particulier, la nouvelle Loi a introduit les mesures suivantes :

a) Caractère impératif des dispositions du droit de la vente

En application de l'article 475, toute stipulation ayant un caractère défavorable à l'égard du consommateur ne peut être invoquée par le professionnel. Par conséquent, même dans l'hypothèse d'une vente d'occasion, le vendeur doit livrer un bien conforme et il est privé de la possibilité de convenir contractuellement d'une limitation de sa responsabilité.

Néanmoins, quelques stipulations relatives à la limitation de la responsabilité resteront possibles, telles que les conventions portant sur l'allocation

However – as for the cancellation of the contract or the reduction of the sales price – the purchaser cannot claim this compensation unless he has requested the vendor either to pay the goods or replace the defective goods within a given period and that this request has remained unfruitful.

As with the cancellation of the contract/reduction of price, compensation can, under certain conditions, be claimed without delay, in particular when the vendor has refused to perform the contract or when the performance thereof is impossible.

In the same manner, the cancellation of the contract is excluded in case the non-conformity is minor, but the purchaser may still however request an adequate reduction of the price.

- Compensation for costs outlaid in vain (*Ersatz für vergebliche Aufwendungen*) (Article 284)

Instead of a request for compensation en lieu of performance of the contract, the purchaser may simply request compensation for costs outlaid in vain (for example costs vainly outlaid in order to execute the contract). This claim presupposes that the vendor is responsible for the breach.

3. Specific Provisions Relating to the Sale of Consumer Goods (Articles 474 and Following)

In order to implement the Directive into German law, a special new regime concerning the sale of consumer goods was inserted in the *BGB* under the form of a new subheading 3 (sale of consumer goods). This regime contains several special provisions for the improvement of consumer protection, the application thereof being limited to sales between consumers and professionals (*Unternehmer*)⁶.

In particular, the new Law introduced the following measures:

a) The Imperative Nature of the Provisions of Sales Law

Pursuant to Article 475, any stipulation that is unfavourable to consumer cannot be invoked by the professional. Consequently, even when second-hand goods are sold, the vendor must deliver goods that conform and is unable to contractually stipulate a limitation of his liability.

However, some stipulations relating to the limitation of liability remain possible, such as agreements concerning

the payment of compensation (Article 475 III) and agreements concerning the reduction of the purchase price.

The limitation period of two years with respect to moveable property cannot be reduced contractually to exclude the denunciation of a defect:

- in less than two years for new things
- in less than one year for second hand things

This limitation does not apply to the action for compensation for lack of conformity of goods.

b) *Presumption of the Existence of the Defect upon Delivery*

In case the defect appears in the first six months following the transfer of risks, the burden of proof is reversed: it is presumed that the defect existed at the date of transfer of the risks and the vendor must, in case of litigation, prove that the goods were free of vices upon delivery (Article 476).

c) *Transfer of Risks*

In the case of sales where the goods are delivered to a place other than the place of performance of the contract (*Versendungskauf*), the common sales law regime provides, as before, that the vendor no longer assumes the risk for the possible loss of the goods from the moment when he delivers the goods to a transporter (Article 446). For the benefit of the consumer, Article 474 derogates from this principle by providing that the vendor must assume the risk of the possible loss of the goods until the moment of their delivery to the purchaser.

d) *Recursory Action (Händlerregress) (Article 478)*

When the ultimate vendor is liable to the consumer due to a non-conformity resulting from an act or an omission of the manufacturer, of a former vendor in the same contractual chain or any other intermediary, the final vendor has the right to act against the liable persons belonging to the contractual chain.

The vendor has the same rights against his supplier as the purchaser against the vendor (Article 478, with reference to Article 437). Furthermore, he may claim compensation for costs outlaid with respect to the purchaser (Article 478 II).

de dommages et intérêts (article 475 III) et les conventions relatives à la réduction du prix d'achat.

Le délai de prescription de deux années en matière mobilière ne peut être réduit conventionnellement avant dénonciation d'un défaut :

- en deçà de deux années pour les choses neuves ;
- et de une année pour les biens d'occasion.

Cette limitation n'est pas applicable à l'action en indemnisation pour défaut de conformité.

b) *Présomption d'existence du défaut lors de la délivrance*

En cas d'apparition d'un défaut dans les six premiers mois suivant le transfert des risques, la charge de la preuve est renversée : le vice est présumé exister au jour du transfert des risques et il appartient au vendeur, en cas de litige, de prouver l'absence de vice de la marchandise lors de la livraison (article 476).

c) *Transfert des risques*

En cas de vente pour laquelle la marchandise est livrée à un lieu autre que le lieu d'exécution du contrat (*Versendungskauf*), le droit commun de la vente prévoit – comme avant – que le vendeur n'assume plus le risque de l'éventuelle perte de la marchandise à partir du moment où il a livré la marchandise à un transporteur (article 446). Au profit du consommateur, l'article 474 déroge à ce principe en prévoyant que le vendeur doit assumer le risque de l'éventuelle perte de la marchandise jusqu'au moment de sa livraison à l'acheteur.

d) *Action récursoire (Händlerregress) (article 478)*

Lorsque la responsabilité du vendeur final est engagée envers un consommateur en vertu d'un défaut de conformité qui résulte d'un acte ou d'une omission du producteur, d'un vendeur antérieur placé dans la même chaîne contractuelle ou de tout autre intermédiaire, le vendeur final a le droit de se retourner contre le ou les responsable(s) appartenant à la chaîne contractuelle.

Le vendeur dispose de mêmes droits vis-à-vis de son fournisseur que l'acheteur vis-à-vis du vendeur (article 478 sur renvoi de l'article 437). En outre, il peut réclamer une indemnisation pour les frais engagés à l'égard de l'acheteur (article 478 II).

Néanmoins – en application de l'option laissée pour la transposition de la Directive, la nouvelle Loi détermine que le vendeur ne peut se retourner que contre son partenaire dans la chaîne contractuelle et non directement contre le fabricant du bien.

Les règles de prescription pour la vente de droit commun sont applicables à l'exercice de l'action récursoire. Cependant, l'article 479 prévoit que ce droit ne se prescrit pas avant 2 mois après que le vendeur n'ait satisfait lui-même l'acheteur, et au plus tard 5 ans après la délivrance du bien.

C. Modifications du droit applicable au contrat d'entreprise

Le législateur a harmonisé le régime en cas de défaut constaté dans l'exécution d'un contrat d'entreprise avec celui applicable au contrat de vente.

Ceci vaut pour :

– le délai de prescription applicable: deux ans en matière mobilière, cinq ans en matière immobilière à compter de la réception de l'ouvrage, sinon délai de droit commun de trois ans (article 634a) ;

– le droit de demander :

- une réparation ou le remplacement de l'ouvrage (*Nacherfüllung*) (articles 634 n° 1 et 635)
- et, à défaut, de résilier le contrat (articles 634 n° 3, 636, 323 et 326 I 3),
- ou de demander une réduction du prix (articles 634 n° 3 et 638),
- ou des dommages-intérêts (article 634 n° 4).

Il est enfin reconnu au maître de l'ouvrage le droit de procéder lui-même à la réparation de l'ouvrage en cas de demande restée infructueuse auprès de l'entrepreneur, après un délai approprié. La Loi a supprimé l'exigence de retard posée par l'article 633 III ancien.

Dans ce cas, il peut se faire rembourser par l'entrepreneur les frais encourus et même obtenir une avance.

L'article 651 a par ailleurs défini le régime applicable aux contrats dits mixtes (comprenant une part de vente et l'autre d'entreprise) : il prévoit que tout contrat de vente de biens corporels à fabriquer est régi par les dispositions applicables au contrat de

However – applying the option available through the implementation of the Directive, the new Law determines that the vendor can only act against his partner in the contractual chain and cannot act directly against the manufacturer of the goods.

The limitations rules in common sales law are applicable to the recursory action. However, Article 479 provides that this right of action cannot be statute barred until two months after the vendor has satisfied the claims of the purchaser and five years at the latest after the delivery of the goods.

C. Changes of the Law Applicable to Works Contracts

The legislator has harmonised the regime governing the defective performance of works contracts with that applicable to sales contracts.

This applies for:

– the period of limitation applicable: two years with respect to movable property and five years with respect to real property, counting from the reception of works; otherwise the common limitation period of three years applies (Article 634a);

– the right to request:

- repair or replacement of the works (*Nacherfüllung*) (Articles 634 n° 1 and 635)
- or, failing this, to terminate the contract (634 n° 3, 636, 323 and 326 I 3)
- or to request a reduction in the price (Articles 634 n° 3 and 638)
- or compensation (Article 634 n° 4).

Finally, the owner of the works has the right to repair the works himself in case this request to the contractor has remained unfruitful, following an appropriate delay. The Law has abolished the requirement for lateness that existed under the former Article 633 III.

In this case, he can obtain reimbursement from the contractor of outlaid costs and even obtain provisional payment.

Furthermore, Article 651 has defined the regime applicable to so-called mixed contracts (containing one part sale and one part works): it provides that any sale of corporeal goods to be manufactured is governed by the provisions applicable

to sales contracts, it being noted that with respect to non-fungible things (*nicht vertretbare Sachen*), certain provisions relating to works contracts are also applicable.

D. Applications with Respect to Non-performance (*Leistungsstörungen*)

Differently from French law, German law does not contain general provisions relating to the non-performance of contracts, but only isolated provisions that were completed by case law.

1. The New Law Codified these Jurisprudential Solutions, by Simplifying the Applicable Legal Regime, into an Unique Notion of Non-performance

- “*positive Vertragsverletzung pVV*”: new rules allowing to claim compensation in case an obligation resulting from the contract is breached (*Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis*) (Articles 280, 282 and 324, 241 II, codification of the case law theory called *positive Vertragsverletzung (pVV)*);
- “*culpa in contrahendo*”: furthermore, the payment of compensation may be claimed in case the principles of loyalty or good contractual faith are not respected during negotiations or talks. (*cf.* Articles 311 II, 241 II; codification of the case law called *culpa in contrahendo*);
- “*Wegfall der Geschäftsgrundlage (WGG)*”: henceforth, following events that were reasonably unforeseeable upon formation of the contract, one of the parties to the contract may claim the modification of the contract or – the case being – the payment of compensation (Article 313, codification of the jurisprudential theory called *Wegfall der Geschäftsgrundlage (WGG)*);
- Termination of a contract of long duration: inspired by the provisions applicable to the termination of employment contracts (Article 626), the new Article 314 now permits the termination of a contract of long duration (*Dauerschuldverhältnis*) for serious motives (*wichtiger Grund*).

2. Introduction/Creation of the New Notion of Breach of an Obligation (*Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis*)

Henceforth, the creditor may claim payment of compensation from the debtor if he has breached one of his obligations (*Verletzung einer Pflicht aus dem Schuld-*

vente, étant précisé que s’agissant de choses non fongibles (*nicht vertretbare Sachen*), certaines dispositions relatives au contrat d’entreprise sont parallèlement applicables.

D. Modifications du régime de l’inexécution (*Leistungsstörungen*)

A la différence du droit français, le droit allemand ne comportait pas de dispositions générales en matière d’inexécution des contrats mais seulement des dispositions parcelaires que la jurisprudence avait dû combler.

1. La nouvelle Loi a pour mérite de codifier ces solutions jurisprudentielles en simplifiant le régime juridique applicable autour d’une notion unique d’inexécution

- « *positive Vertragsverletzung (pVV)* » : de nouvelles règles permettent de réclamer des dommages et intérêts en cas de manquement à une obligation résultant du contrat (*Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis*) (articles 280, 282 et 324, 241 II, codification de la théorie de la jurisprudence dite *positive Vertragsverletzung (pVV)*);
- « *culpa in contrahendo* » : en outre, le paiement de dommages et intérêts peut être réclamé en cas de non-respect de loyauté ou du principe de bonne foi contractuelle au cours des négociations ou pourparlers (*cf.* articles 311 II, 241 II; codification de la jurisprudence dite : *culpa in contrahendo*);
- « *Wegfall der Geschäftsgrundlage (WGG)* » : désormais, à la suite d’événements raisonnablement imprévisibles lors de la conclusion au contrat, l’une des parties du contrat peut réclamer l’adaptation du contrat ou bien – le cas échéant – l’octroi de dommages et intérêts (article 313; codification de la théorie jurisprudentielle dénommée *Wegfall der Geschäftsgrundlage (WGG)*);
- Résiliation du contrat de longue durée : inspiré par les dispositions applicables en matière de résiliation d’un contrat de travail (article 626), le nouvel article 314 permet désormais la résiliation d’un contrat de longue durée (*Dauerschuldverhältnis*) pour motif grave (*wichtiger Grund*).

2. Introduction/Création de la nouvelle notion de manquement aux obligations (*Verletzung einer Pflicht aus dem Schuldverhältnis*)

Désormais, le créancier peut réclamer au débiteur le versement de dommages et intérêts en cas de manquement de sa part au respect de ses obligations (*Verletzung einer Pflicht aus dem Schuld-*

verhältnis). Cette nouvelle notion introduite par la réforme appréhende toutes sortes de violations des obligations contractuelles, tant principales, qu'accessoires (article 280).

3. Nouveau regroupement des dispositions relatives à l'allocation de dommages et intérêts et à la résiliation du contrat

La réforme a regroupé les dispositions relatives à l'obtention de dommages et intérêts et à la résiliation du contrat.

Désormais, les articles 280 et suivants s'appliquent à tous les cas de réclamation de dommages et intérêts résultant du contrat conclu entre les parties.

En revanche, les articles 323 à 326 régissent le droit de résiliation du contrat conclu entre les parties. Ce droit de résiliation prévu à l'article 323 I peut être exercé dès lors que le débiteur n'a pas exécuté ou a mal exécuté son obligation contractuelle et que la demande du créancier est restée infructueuse après un délai laissé au débiteur pour y remédier (*Nacherfüllung*). Il peut être renoncé à ce délai lorsque le débiteur refuse d'exécuter son obligation de manière sérieuse et définitive (*cf. supra*, partie contrat de vente).

4. Faculté cumulative d'obtention de dommages et intérêts et de résiliation du contrat

Les dommages et intérêts peuvent être réclamés cumulativement avec une résiliation du contrat. Ils ne constituent plus la seule alternative de la résiliation du contrat (article 325).

5. Simplification du régime d'impossibilité d'exécuter le contrat (Unmöglichkeit)

Le régime de l'impossibilité d'exécution du contrat a été complètement réformé. En cas d'impossibilité d'exécuter le contrat, l'obligation du débiteur de fournir la prestation initialement prévue par le contrat peut se transformer - soit en sa totalité, soit en partie - en une obligation de procéder à la résolution du contrat ou bien de payer des dommages et intérêts (article 275).

En outre, quel que soit leur origine ou leur type, l'article 275 règle tous les cas d'impossibilité (autrefois strictement distingués et ayant des effets juridiques différents). Il appréhende notamment :

verhältnis). This new notion introduced by the reform applies to any sort of breach of contractual obligations, principal or accessory (Article 280).

3. A New Regrouping of the Provisions Relating to Payment of Compensation and Termination of Contracts

The reform regrouped the provisions relating to the obtainment of compensation and to the termination of contracts.

Now, Articles 280 and following apply to all cases where compensation is claimed on foot of the contract formed between the parties.

However, Articles 323 to 326 govern the right to terminate the contract formed by the parties. This right to termination provided for in Article 323 I may be exercised if the debtor has not performed or has incompletely performed his contractual obligations and the request by the creditor has remained unfruitful after a period given to the debtor to provide a remedy (*Nacherfüllung*). This delay may be dispensed with when the debtor refuses to perform his obligations in a serious and definitive manner (*cf. supra*, part concerning sales contracts).

4. Possibility to Cumulatively Obtain Compensation and the Termination of the Contract

Compensation can be claimed cumulatively with the termination of the contract, and is no longer the alternative to termination of the contract (Article 325).

5. Simplification of the Regime Concerning the Impossibility to Execute the Contract (Unmöglichkeit)

The regime governing the impossibility to execute the contract has been completely reformed. In case it is impossible to execute the contract, the obligation of the debtor to supply the service initially provided for by the contract may be transformed, partially or totally, into an obligation to cancel the contract or to pay compensation (Article 275).

Furthermore, whatever the origin or type thereof, Article 275 governs all cases of impossibility of performance (formerly strictly distinguished and having different legal effects). This article particularly provides for:

- cases of impossibility of performance due to objective reasons (no one can execute the contract) or subjective reasons (the debtor may not execute the contract, whilst a third party could do so);
- cases where the cause of the impossibility of performance already existed upon formation of the contract (*anfängliche Unmöglichkeit*) or when the impossibility was caused by an incident after the formation but before entire performance of the contract (*nachträgliche Unmöglichkeit*).
- cases where the debtor is responsible or not.

- les cas d'impossibilité d'exécution dus à des raisons objectives (personne ne peut exécuter le contrat) ou à des raisons subjectives (le débiteur ne peut pas exécuter le contrat, mais un tiers le pourrait) ;
- les cas où la cause de l'impossibilité existait déjà au moment de la conclusion du contrat (*anfängliche Unmöglichkeit*) ou lorsque l'impossibilité a été causée par un incident survenu après la conclusion mais avant que le contrat n'ait été entièrement exécuté (*nachträgliche Unmöglichkeit*).
- les cas où le débiteur est responsable ou non.

6. The New Regime of Penalties for Lateness

The Law modifies the regime governing penalties for lateness by inserting provisions of the Directive concerning the terms of payment. Between professionals, the rate is based on the basic rate (basic ECB rate) increased by 8 % (Article 288 II). This rate may be increased on condition that another legal foundation may be demonstrated (Article 288 III) and does not exclude the payment of complementary compensation (Article 288 IV).

In the case where a consumer is party to the contract, the rate is the base rate (ECB basic rate) increased by 5 % (Article 288 I).

6. Le nouveau régime des pénalités de retard

La Loi modifie le régime des pénalités de retard en introduisant les dispositions de la Directive précitée sur les délais de paiement. Entre professionnels, le taux s'établit au taux de base (taux de refinancement de la BCE) majoré de 8 % (article 288 II). Ce taux peut être majoré à condition de justifier d'un autre fondement juridique (article 288 III) et n'exclut pas le versement de dommages intérêts complémentaires (article 288 IV).

Dans le cas où un consommateur est partie au contrat, le taux s'établit au taux de base (taux de refinancement de la BCE) majoré de 5 % (article 288 I).

E. Codification in the BGB of Pre-existing Texts

The Law codifies the following principal texts into the BGB:

- The Law on general business conditions (AGB-G: *Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen*) that defines unfair clauses forbidden in business conditions between professionals and between professionals and consumers (Articles 305 to 310; the procedural dispositions are integrated in the Law UKLAG. *Unterlassungsklagegesetz*).
- The Law concerning consumer loans (*Verbraucherkreditgesetz*) (Articles 491 to 507 and 655 a to 655 e).
- The Law concerning distance sales (*Fernabsatzgesetz*) (Articles 312b to 312d).
- The Law concerning house sales (*Haustürwiderrufsgesetz*) (Articles 312 and 312a).

E. Codification dans le BGB de textes préexistants

La Loi codifie les principaux textes suivants dans le BGB :

- La Loi sur les conditions générales (AGB-G : *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemein Geschäftsbedingungen*) qui définit en particulier les clauses interdites dans les conditions générales entre professionnels, d'une part, et entre un professionnel et un consommateur, d'autre part (articles 305 à 310 ; les dispositions procédurales sont en revanche intégrées dans la Loi UKLAG. *Unterlassungsklagegesetz*).
- La Loi sur le crédit à la consommation (*Verbraucherkreditgesetz*) (articles 491 à 507 et 655 a à 655 e).
- La Loi sur la vente à distance (*Fernabsatzgesetz*) (articles 312 b à 312 d).
- La Loi sur le démarchage à domicile (*Haustürwiderrufsgesetz*) (articles 312 et 312 a).

II. BILAN INTERMÉDIAIRE A L'OCCASION DU TROISIÈME ANNIVERSAIRE DE LA NOUVELLE LOI

A. Application en droit interne

A l'occasion du troisième anniversaire de la réforme, il apparaît que la transposition de la nouvelle Loi qui a profondément modifié plusieurs domaines essentiels du droit civil allemand n'est vraisemblablement toujours pas achevée. L'interprétation des nouvelles dispositions soulève de nombreux problèmes, contrairement à l'ambition du législateur qui désirait enfin simplifier la loi et proposer une solution adéquate aux anciens problèmes.

Toutefois, la réforme n'a pas touché de la même manière tous les domaines du droit civil allemand. Ceux concernant le droit des sociétés, le droit de la famille ou des successions ou encore le droit des assurances ne sont que peu concernés par la réforme.

En revanche, la réforme a parfois indirectement touché certains domaines juridiques, tels que le droit du travail, qui devaient initialement rester épargnés par la réforme. Ainsi, on mentionnera la Loi sur les clauses interdites en matière de conditions générales (*AGB-G : Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*), qui est désormais intégrée dans le Code civil. Cette réglementation est désormais en principe applicable aux contrats (individuels) de travail, ce qui pose de nombreuses nouvelles difficultés relatives à l'interprétation de cette Loi au regard des contrats de travail.

Il paraît évident que la nouvelle Loi touche plus particulièrement le domaine du droit de la vente. Dans ce contexte, il faut rappeler que l'acheteur d'un bien non conforme n'aura plus le droit de demander directement la résolution du contrat ou la réduction du prix. Cet acheteur est maintenant obligé – à part quelques exceptions – de demander d'abord la remise de la chose dans un état conforme (*Nacherfüllung*). Cela paraît contraire à l'esprit initial de la Loi qui voulait mieux protéger les consommateurs.

Il convient également de mettre en avant les nouveaux articles 434 et suivants du *BGB* qui contiennent une nouvelle définition de la notion de défaut (vice) du bien vendu et ajoutent de nouveaux critères pour la garantie donnée par le vendeur. Or, la relation entre ces différentes formes de garantie et l'étendue d'une clause d'exclusion de garantie (article 444) ne sont toujours pas résolues et posent des difficultés énormes notamment dans le domaine des fusions et acquisitions d'entreprises. De même,

II. THIRD ANNIVERSARY OF THE NEW LAW – PROVISIONAL APPRAISAL

A. Application in Internal Law

Upon the third anniversary of the reform, one must note that the implementation of the new Law, that has profoundly modified several fundamental areas of German civil law, is still not fully completed. The interpretation of the new provisions have revealed numerous problems, contrary to the ambition of the legislator who only desired to simplify the law and propose an adequate solution to numerous problems raised in the past.

However, the reform has not addressed all regimes/areas of German civil law in the same manner. Areas such as company law, family law, succession law or insurance law, are little or not concerned by the reform.

However, the reform has sometimes indirectly addressed certain legal areas, such as labour law, that were not initially supposed to be addressed. In this context, it is necessary to mention the law concerning unfair clauses in business conditions (*AGB-B: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*)⁷, that is now inserted in the Civil Code. In principle, the said law is now applicable to (individual) employment contracts⁸, which raises many new difficulties⁹ as to the interpretation of this Law with respect to employment contracts.

It seems evident that the new Law has addressed the sales law more completely. In this context, one must be reminded that the purchaser of non-conforming goods no longer has the right to directly request the cancellation of the contract or a reduction of the price. The purchaser is now obliged to first of all request the return of the goods in a proper and fit state (*Nacherfüllung*). This seems contrary to the initial spirit of the Law that aimed at the protection of consumers.

Again, in this context, one must also underline the new Articles 434 and following of the *BGB*. The said provisions contain a new definition of the notion of defect (vice) of goods sold and add new criteria for the warranty given by the vendor. However, the relationship between these different criteria/warranties and their interaction with a liability limitation clause (Article 444) has not yet been resolved and faces enormous difficulties with respect to mergers and acquisition of companies¹⁰. In the same manner, the rela-

relationship between contract law/sales law and the regime governing non-performance (*Leistungsstörung*) or the regime governing extra-contractual liability does not always appear clear and coherent¹¹.

B. Similarities between the New Law Modernising Contract Law and the Vienna Convention on the International Sale of Goods

As already mentioned above, one must note that the new law is similar to the Vienna Convention on the international sale of goods. In this respect, one notes numerous similarities or considerable harmonisation between the said convention and the new German Law. Like the Vienna Convention, German Law no longer makes the distinction between the acquisition of rights (*Rechtskauf*) and that of corporeal goods (*Sachkauf*). Furthermore, the means available to the purchaser in case the vendor does not respect the contract are very similar (Articles 45 and following of the Convention/Articles 437 and following of the *BGB*). However, according to the Vienna Convention, the possibility available to the purchaser to claim the replacement of goods is more limited and is subject to an essential breach of contract by the vendor (Article 46 II of the Convention). Furthermore, one must note that German Law is more detailed and gives a more extensive definition of vices/defects that may give rise to the liability of the vendor. For example, contrary to the said Convention, German Law explicitly recognises the liability of the vendor for user manuals that are incomprehensible or false. According to the Convention, compensation for a breach of contract is more limited, and can not be greater than the loss suffered or the loss of gains that the defaulting party could have foreseen (Article 74 paragraph 2 of the Convention). Finally, contrary to German Law, the situation where the contract is not executed is not governed by the Vienna Convention on the international sale of goods.

Conclusion

This provisional appraisal raises mixed feelings. One must state that the objective of the legislator, i.e. reinforce the security and transparency of the law, has not been attained.

It seems more difficult than before to interpret German civil law and so, consequently, the application thereof is more than ever an area reserved for professionals and, more par-

la relation entre le droit des obligations/de la vente et le régime de l'inexécution (*Leistungsstörungen*) ou bien avec le régime de la responsabilité délictuelle ne paraît toujours pas claire et cohérente.

B. Interdépendances entre la nouvelle Loi de modernisation du droit des obligations et la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises

Comme déjà mentionné, la nouvelle Loi s'est également rapprochée de la Convention de Vienne relative à la vente internationale de marchandises. A ce titre, on peut constater de nombreux parallèles, voire un rapprochement considérable, entre la Convention et la nouvelle Loi allemande. Tout comme la Convention de Vienne, la Loi allemande ne fait plus la distinction entre l'acquisition de droits (*Rechtskauf*) et celle de biens corporels (*Sachkauf*). En outre, les moyens dont dispose l'acheteur en cas de non-respect du contrat par le vendeur sont très similaires (articles 45 et suivants de la Convention/articles 437 et suivants du *BGB*). Or, selon la Convention de Vienne, la possibilité ouverte à l'acquéreur de réclamer le remplacement de marchandises est plus limitée et dépend d'une contravention (violation) *essentielle* au contrat (article 46 II de la Convention). De plus, le droit allemand est plus détaillé et donne une définition plus étendue d'un vice (défaut) susceptible de déclencher la responsabilité du vendeur. A titre d'exemple, contrairement à la Convention, le droit allemand reconnaît expressément la responsabilité du vendeur à raison d'un mode d'emploi incompréhensible ou faux (article 434 al. 2 du *BGB*). Selon la Convention, les dommages et intérêts pour une violation du contrat sont plus limités et ne peuvent être supérieurs à la perte subie et au gain manqué que la partie en défaut avait prévu (article 74 al. 2 de la Convention). Enfin, contrairement au droit allemand, la situation de l'inexécution du contrat (*Leistungsstörungen*) n'est pas réglée par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises.

Conclusion

Ce bilan intermédiaire suscite des sentiments mitigés. Force est de constater que l'objectif du législateur, c'est-à-dire le renforcement de la sécurité et la transparence du droit, n'a pas été atteint.

Il paraît en effet plus difficile qu'avant d'interpréter le droit civil allemand. Son application est plus que jamais devenue une activité réservée aux profes-

sionnels du droit. Il convient toutefois de rappeler que cette nouvelle législation s'inscrit dans le cadre de la transposition en droit allemand de trois directives communautaires, ce qui a enclenché une révision fondamentale du droit civil allemand, plus que jamais déterminé dans son contenu par le droit communautaire. Cela constitue un grand pas vers un rapprochement des différents régimes juridiques en Europe et, en conséquence, entre les pays de la Communauté européenne.

ticularly, legal practitioners. However, one must note that the objective of the law was to implement three European directives. This implementation triggered a fundamental revision of the German civil Code that is more than ever determined by European Law. This is a great step toward the harmonisation between the different legal systems in Europe and, consequently, between the countries of the European Union.

Endnotes

1. BGBl (Bundesgesetzblatt : *Federal Official Journal*) tome I, p. 3138.
2. Directives CEE n° 1999/44/CE dated 25 January 1999 "on certain aspects of the sale and guarantee of consumer goods", n° 2000/35/CE dated 29 June 2000 on the struggle against late payments in commercial transactions and n° 2000/31/CEE dated 8 June 2000 on e-commerce.
3. Bürgerliches Gesetzbuch : German Civil Code.
4. I particularly wish to thank Mr Benoît Laurin, French lawyer in Paris, for his encouragement and his advice in the drafting of the first part (I). As well, Miss Anja Bohmann, Rechtsreferendarin (pre-qualified German attorney) at Regensburg/Germany, who assisted me in the updating of this article and in particular the drafting of the second part (II).
5. According to academia, the vendor may attempt to repair defective goods twice (*cf.* Westermann, in "Neue juristische Wochenzeitschrift (NJW)", 2002, p. 249).
6. The notion of consumer is defined in article 13 BGB as "any physical person who enters into contract for reasons other than those pertaining to their independent commercial or professional activity".
7. *Cf. supra* IE.
8. *Cf.* article 310 IV.
9. *Cf.* Walker, JuS (Juristische Schriften) year 2002, p. 736.
10. *Cf.* Dauner/Lieb/Thiessen, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (ZIP), *Revue du droit des affaires et de la pratique de la liquidation et de redressement d'entreprise* année 2002, p. 108.
11. Dauner-Lieb, ZGS : Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht/*Contract Law Review*, 2003, pp. 10-13.

REVUE DE DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES

International Business Law Journal

Rédacteur en chef : H. LESGUILLONS, Agrégé des Facultés de droit, Professeur émérite à l'Université de Paris X, Avocat à la Cour.

Comité de rédaction : A. BRUYNEEL, Professeur à l'Université libre de Bruxelles, Avocat, Bruxelles ; B. de CAZALET, Avocat à la Cour, Gide Loyrette Nouel, Paris ; U. DRAETTA, Professeur à l'Université catholique de Milan ; M. ELLAND-GOLDSMITH, Solicitor of the Supreme Court of England and Wales, Avocat à la Cour, Clifford Chance ; M. FONTAINE, Professeur émérite à l'Université de Louvain ; F. FERRARI, Professeur à l'Université de Vérone ; B. HANOTIAU, Chargé de cours aux Facultés de droit de Louvain et de Namur, Avocat aux Barreaux de Bruxelles et de Paris ; C. IMHOOS, Avocat, J.-P. et C. Imhoos & Associés, Genève ; F. de LY, Professeur, Law Faculty of Erasmus University, Rotterdam ; Ph. MARCHANDISE, Juriste d'entreprise, Direction juridique Total, Secrétaire du conseil de PetroFina, Bruxelles ; A. MOURRE, Avocat à la Cour, Castaldi Mourre Sprague, Paris ; W. PETER, Avocat au Barreau de Genève ; C. R. SEPPALA, New York State Bar, Paris Bar, White & Case, Paris ; M. QUERE, Avocat à la Cour, Freshfields, Paris ; J. SMALLHOOVER, Avocat à la Cour, Dechert LLP, Paris ; A. de WAAL, Avocat à la Cour, Willkie Farr & Gallagher, Paris.

Conseil scientifique : F. BORTOLOTTI, Avocat, Studio Legale Bortolotti Mathei, Turin ; R. KREINDLER, Shearman & Sterling, Francfort ; P. LALIVE, Professeur à la Faculté de droit de Genève ; J.-P. LE GALL, Professeur émérite à l'Université de Paris II, Avocat à la Cour, Sullivan & Cromwell, Paris ; A. de MESTRAL, Professeur à l'Université McGill, Montréal ; J. RAJSKI, Professeur à la Faculté de droit de Varsovie ; M. TROCHU, Professeur des Facultés de droit, Université de Tours.

Groupe de politique rédactionnelle sur les grands projets : C. ASSELINEAU, Avocat à la Cour, Simmons & Simmons, Paris ; P. BLANCHARD, Professeur associé à Paris X, Chargé de mission, Electricité de France, Paris ; S. BRABANT, Avocat à la Cour, Herbert Smith, Paris ; O. FILLE-LAMBIE, Avocat à la Cour, Lovells, Paris ; J.-M. LONCLE, Juriste d'entreprise, Direction juridique Vivendi Environnement, Paris ; B. MONTEBAULT-HEVELINE, Avocat à la Cour, Herbert Smith, Paris ; Y. TROCHON, Vice Président et General Counsel, EADS International.

Groupe de politique rédactionnelle sur l'arbitrage international : J.-G. BETTO, Avocat à la Cour, Gide Loyrette Nouel, Paris ; J. FRY, Avocat, Clifford Chance, Paris ; M. HENRY, Avocat à la Cour, Lovells, Paris ; E. KLEIMAN, Avocat à la Cour, Freshfields Bruckhaus Deringer, Paris ; P. PINSOLLE, Avocat à la Cour, Shearman & Sterling, Paris.

Responsable du groupe de travail sur les contrats internationaux : F. de LY, Professeur, Law Faculty of Erasmus University, Rotterdam.

Responsables des chroniques : P.K. AGBOYIBOR, Avocat à la Cour, Orrick Herrington & Sutcliffe, Paris, *Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)* ; J. HERBET, Avocat à la Cour, Winston & Strawn, Paris ; F. FERRARI, Professeur à l'Université de Vérone, *Jurisprudence concernant la vente internationale (CVIM)* ; C. IMHOOS, Avocat, J.-P. et C. Imhoos & Associés, Genève, *Informations "Brèves" sur l'arbitrage commercial international* ; N. JALABERT-DOURY, Avocat à la Cour, Jeantet & Associés, Paris, *Politiques de concurrence* ; A. MOURRE, Avocat à la Cour, Castaldi Mourre Sprague, Paris, *Droit international privé appliqué aux affaires* ; A. de WAAL, Avocat à la Cour, Willkie Farr & Gallagher, Paris, *Fiscalité internationale*.

**Mécénat
permettant la publication
de la revue
en français et en anglais**

**Sponsorship
Allowing the Publication
of the Journal
in French and English**

**ASHURST
BUREAU FRANCIS LEFEBVRE
CASTALDI MOURRE SPRAGUE
CLIFFORD CHANCE
COUDERT FRÈRES
DECHERT LLP
FRESHFIELDS
GIDE LOYRETTE NOUEL
JEANTET & ASSOCIÉS
LOVELLS
ORRICK HERRINGTON & SUTCLIFFE
PAUL, HASTINGS, JANOFSKY & WALKER
PYTHON SCHIFFERLI PETER & ASSOCIÉS (Genève)
SHEARMAN & STERLING (Paris et Francfort)
SLAUGHTER & MAY
WHITE & CASE
WILLKIE FARR & GALLAGHER
WINSTON & STRAWN**