

Version anonymisée

Traduction

C-400/22 – 1

Affaire C-400/22

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

16 juin 2022

Juridiction de renvoi :

Landgericht Berlin (Allemagne)

Date de la décision de renvoi :

2 juin 2022

Parties défenderesses et appelantes :

VT

UR

Demanderesse et intimée :

Conny GmbH

Landgericht Berlin

[OMISSIS]

Ordonnance

Dans le litige opposant

- 1) **VT**, [OMISSIS] Frankfurt
– Partie défenderesse et appelant –
- 2) **UR**, [OMISSIS] Frankfurt
– Partie défenderesse et appelante –

[OMISSIS]

contre

Conny GmbH, [OMISSIS] Berlin

– Demanderesse et intimée –

[OMISSIS]

Le 2 juin 2022, le Landgericht Berlin – chambre civile 67 – [OMISSIS] a, lors de la procédure écrite [OMISSIS], décidé :

Il est sursis à statuer.

La chambre saisit la Cour de justice de l'Union européenne de la question préjudicielle suivante portant sur l'interprétation de l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen [et du Conseil] :

Est-il conforme à l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE qu'une disposition nationale (en l'occurrence l'article 312j, paragraphe 3, deuxième phrase, et paragraphe 4, BGB [code civil allemand] dans sa version en vigueur du 13 juin 2014 au 27 mai 2022) soit interprétée en ce sens que son champ d'application, tout comme celui de l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE, est également ouvert lorsque, à la date de la conclusion suscitée par la voie électronique du contrat, le consommateur n'a pas, de manière inconditionnelle, une obligation de payer le professionnel mais uniquement sous certaines autres conditions déterminées, par exemple uniquement en cas de succès futur du mandat donné pour faire valoir des droits ou en cas d'envoi futur d'une mise en demeure à un tiers ?

M o t i f s :

I.

La demanderesse, [OMISSIS] , une société à responsabilité limitée qui jouit d'un enregistrement dans le domaine des services de recouvrement de créances en vertu de l'article 10 de la loi sur la prestation de services juridiques (Rechtsdienstleistungsgesetz, ci-après le « RDG »), à laquelle le locataire d'un appartement de la bailleresse défenderesse a cédé ses droits, fait valoir des prétentions tirées d'une prétendue violation du plafonnement du montant des loyers (article 556d du BGB [code civil allemand]).

Depuis le 15 novembre 2018, il existe entre la défenderesse et le locataire un contrat de bail portant sur un logement de 64,18 m² qui, en vertu du décret berlinois de plafonnement des loyers du 28 avril 2015, se situe dans une zone de tension sur le marché du logement. Le loyer net hors charges convenu s'élève à 756,45 euros par mois, alors que, depuis le 15 novembre 2018 et jusqu'à l'intervention de la demanderesse, le loyer de référence local à Berlin s'élevait seulement à 375,84 euros.

Par le biais d'un site Internet qu'elle exploite, la demanderesse propose, entre autres, aux locataires la possibilité de la charger, en cliquant sur un bouton portant la mention « continuer », « demander une baisse de loyer » ou « sauver des économies par le plafond de loyer », de faire valoir contre leur bailleur, par la voie extrajudiciaire, des prétentions, et, le cas échéant, des demandes de constatation, « en lien avec le “freinage des loyers” », notamment aux fins de faire valoir des droits d'information, le droit au remboursement des loyers trop payés, le droit de faire constater la nullité de la clause relative au montant du loyer dans la mesure où celui-ci excède le loyer autorisé, le droit au remboursement ou à la restitution de la garantie locative ainsi que, le cas échéant, d'autres droits en lien avec une baisse future du loyer.

Le point 2 des conditions générales de la demanderesse (au 12 décembre 2019), qui ont été produites par celle-ci et sur lesquelles repose le mandat donné par le locataire, prévoient notamment ceci :

« 2.1 Vous nous mandatez après avoir utilisé sur notre site Internet le programme de calcul du loyer (ci-après désigné aussi par “processus de commande”).

En cliquant sur le bouton “donner mandat ferme” et au plus tard en envoyant (par exemple par courriel ou par courrier postal) les documents fournis le cas échéant (cession de créance ou pouvoir), vous nous faites une proposition ferme de conclusion d'un contrat de gestion d'affaires à titre onéreux aux fins de faire valoir vos droits, y compris prétentions accessoires, et aux fins de cession des droits. Nous acceptons votre offre en le déclarant expressément (par exemple par courriel) ou par l'envoi d'un courrier de réclamation adressé au bailleur afin de faire valoir vos droits contre celui-ci. Sur demande, vous signerez un acte de cession séparé ou de confirmation de cession ou un mandat et nous retournerons l'original [...] ».

Le point 3 des conditions générales prévoit en outre :

« 3.1 Nous recevons (i) une rémunération à hauteur d'un tiers (33,33 %) du loyer annuel économisé, à savoir l'économie sur quatre mois (ci-après désignée par “commission”), ainsi que, dès que nous avons envoyé une mise en demeure au bailleur (ii) une rémunération à hauteur de celle qui serait due à un avocat en vertu des dispositions de la loi relative à la rémunération de l'avocat [OMISSIS].

(...)

3.3 Dans l'hypothèse où notre intervention ne serait pas couronnée de succès, la commission n'est pas due. ... ».

Le locataire du logement en cause en l'espèce a utilisé sur le site Internet exploité par la demanderesse son « espace inscription », a coché la case d'acceptation des conditions générales de la demanderesse et a cliqué sur le « bouton commande » proposé par cette dernière. Par la suite, le locataire a signé le 16 janvier 2020 un formulaire intitulé « confirmation, mandat et cession, autorisation », fourni par la demanderesse, dans lequel figure, entre autres, ceci :

« Nous confirmons, et réitérons à titre purement conservatoire, la cession irrévocable à titre fiduciaire des droits (à l'exception des droits en matière de protection des données qui doivent être respectés exclusivement vis-à-vis de nous), du droit au remboursement des loyers trop payés limité aux quatre loyers mensuels échus après la réclamation... Par les présentes, à titre purement conservatoire, nous autorisons rétroactivement tous les actes juridiques accomplis et toutes les déclarations faites à cet égard... ».

Le formulaire ne contient aucune référence à une obligation de paiement.

Par lettre du 21 janvier 2020, se prévalant d'un mandat et d'un pouvoir donnés par le locataire, la demanderesse a fait valoir auprès des défendeurs une violation des dispositions relatives au plafonnement des loyers (articles 556d et suivants BGB). Par cette lettre, la demanderesse a exigé, en fixant un délai, la communication d'informations relatives au montant du loyer payé par le précédent locataire, à de précédentes augmentations de loyer et à des mesures de rénovation. En outre, elle a demandé le remboursement du trop payé sur les loyers par rapport au montant maximal autorisé, la restitution de la garantie locative ainsi qu'une déclaration des défendeurs selon laquelle les futurs loyers échus seront abaissés au montant maximal autorisé.

Par son action judiciaire, la demanderesse demande la communication d'informations relatives aux loyers dus par le précédent locataire, aux augmentations de loyer convenues avec le précédent locataire, à l'exécution de mesures de rénovation avant le début du bail et au point de savoir si le contrat conclu avec le locataire est une première location à la suite d'une rénovation complète. En outre, elle demande le remboursement d'un trop payé de loyer pour le mois d'avril 2020 de 305,75 euros ainsi que le remboursement de frais précontentieux à hauteur de 813,39 euros.

L'action judiciaire a prospéré devant l'Amtsgericht. Ce dernier est parvenu à la conclusion que la cession invoquée ne serait pas nulle en vertu de l'article 134 BGB en raison d'une violation des exigences du RDG. Selon lui, le décret de plafonnement des loyers serait valide de sorte que les dispositions des articles 556d et suivants BGB seraient aussi applicables. Le loyer exigé excéderait le loyer autorisé par la réglementation des prix dans la proportion invoquée par la

demanderesse. Cette dernière serait en droit d'obtenir les informations en vertu des articles 556g et 398 BGB. La même chose s'appliquerait aux frais précontentieux réclamés qu'elle pourrait également exiger à hauteur de ce qu'elle a demandé. [OMISSIS]

Par leur appel interjeté dans les délais et motivé, les défendeurs demandent de reformer le jugement de première instance et de rejeter intégralement l'action.

Ils critiquent l'application des articles 556d et suivants BGB, au motif que l'Amtsgericht serait parti à tort de la validité formelle du décret berlinois de plafonnement des loyers. Selon eux, le calcul du loyer habituellement pratiqué localement serait entaché d'un vice de procédure. La cession de droits ne serait pas valable étant donné que le modèle économique de la demanderesse violerait les exigences du RDG. En outre, les frais précontentieux réclamés au taux de 1,3 prévu par le cadre des honoraires appliqué seraient excessifs. Enfin, en utilisant un bouton de commande dont l'intitulé est insuffisant, la demanderesse aurait violé les exigences de l'article 312j, paragraphe 3, deuxième phrase, BGB et de l'article 8 de la directive 2011/83/UE, raison pour laquelle la chambre serait tenue en vertu de l'article 267 TFUE de saisir à titre préjudiciel la Cour de justice de l'Union européenne.

En approfondissant son argumentation développée en première instance, la demanderesse demande le rejet de l'appel. Elle estime que, faute de questions de droit de l'Union européenne présentant une pertinence à l'égard de la solution du litige, un renvoi préjudiciel devant la Cour ne serait pas nécessaire.

II.

Le succès de l'appel dépend de l'interprétation de l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen [et du Conseil]. La chambre sursoit à statuer afin de recueillir avant de statuer sur l'appel une décision préjudicielle de la Cour de justice de l'Union européenne en vertu de l'article 267, premier et deuxième alinéas, TFUE.

[OMISSIS] [considérations relatives à l'obligation du renvoi préjudiciel et à son utilité ne présentant pas de pertinence aux fins de la procédure devant la Cour]

1. Cadre juridique national

Les principales dispositions du droit allemand pertinentes aux fins de statuer sur l'appel sont, dans leur rédaction applicable au litige, les suivantes :

a.

Article 139 BGB (dans sa rédaction en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2002)

Si une partie d'un acte juridique est nulle, l'intégralité de cet acte est nul s'il n'y a pas lieu d'admettre qu'il aurait été pris même sans la partie qui est nulle.

b.

Article 242 BGB (dans sa rédaction en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2002)

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

c.

Article 312j BGB (dans sa version en vigueur du 13 juin 2014 au 27 mai 2022)

(1) Sur les sites Internet destinés au commerce électronique avec les consommateurs, outre les indications visées à l'article 312i, paragraphe 1, BGB, le professionnel doit, au plus tard au début du processus de commande, indiquer de manière claire et nette s'il existe des restrictions de livraison et quels sont les moyens de paiement qui sont acceptés.

(2) Dans un contrat conclu avec un consommateur dans le cadre du commerce électronique ayant pour objet une prestation à titre onéreux du professionnel, ce dernier doit fournir au consommateur, immédiatement avant que celui-ci ne passe commande, les informations visées à l'article 246a, paragraphe 1, première phrase, points 1, 4, 5, 11 et 12, de la loi introductive au BGB, de manière claire, intelligible et apparente.

(3) Dans un contrat visé au paragraphe 2, le professionnel doit concevoir la situation de commande de telle manière que, en passant commande, le consommateur confirme expressément qu'il s'oblige à un paiement. Si la commande intervient au travers d'un bouton, l'obligation du professionnel visée dans la première phrase n'est satisfaite que lorsque ce bouton porte une mention facilement lisible et ne comporte pas d'autres termes que « commander avec obligation de paiement » ou une formulation équivalente non ambiguë.

(4) Un contrat visé au paragraphe 2 ne se forme que si le professionnel satisfait à l'obligation qui lui incombe en vertu du paragraphe 3.

(5) (...)

d.

Article 312k BGB (dans sa rédaction en vigueur du 13 juin 2014 au 27 mai 2022)

(1) Sauf disposition contraire, il ne peut être dérogé au détriment du consommateur ou du client aux dispositions du présent sous-titre. Celles-ci

s'appliquent également, sauf disposition contraire, lorsqu'elles sont contournées par d'autres moyens.

(2) (...)

2) Sur la question préjudicielle

Le succès de l'appel dépend de la question préjudicielle étant donné que les autres moyens soulevés par l'appel ne permettent pas à celui-ci de prospérer.

a.

La demanderesse ne pourrait prétendre à ce qui lui a été accordé par l'Amtsgericht que dans la mesure où les dispositions de l'article 312j, paragraphes 3 et 4, BGB ne s'y opposent pas. Les autres moyens soulevés par l'appel sont inopérants :

[OMISSIS] [développements sur des parties du litige qui ne présentent pas de lien avec la question préjudicielle]

b.

Toutefois, dans l'hypothèse où la demanderesse aurait violé les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 312j, paragraphe 3, deuxième phrase, BGB, l'article 312j, paragraphe 4, BGB ferait obstacle à une cession valable de l'ensemble des droits litigieux en l'espèce ou, tout du moins, obstacle à ce que la demanderesse puisse s'en prévaloir avec succès.

En vertu de l'article 312j, paragraphe 3, deuxième phrase, BGB, dans les cas où, dans un contrat conclu avec un consommateur dans le cadre du commerce électronique, la commande intervient au travers d'un bouton, le professionnel doit y faire porter une mention facilement lisible ne comportant pas d'autres termes que « commander avec obligation de paiement » ou une formulation équivalente non ambiguë. Dès lors que le professionnel ne respecte pas ses obligations découlant de l'article § 312j, paragraphe 3, BGB, en vertu de l'article 312j, paragraphe 4, un contrat – tel que visé à l'article 312j, paragraphe 2, BGB – ne se forme pas.

Tout d'abord, ces deux dispositions s'appliquent au modèle économique de la demanderesse. Certes, la 8^e Chambre civile du BGH [Bundesgerichtshof, Cour fédérale de justice] a récemment jugé que l'article 312j, paragraphes 3 et 4, BGB ne viserait pas les modèles économiques qui « ne sont manifestement pas liés à un piège à coûts » (voir arrêt du BGH du 19 janvier 2022 dans l'affaire VIII ZR 123/21, NZM 2022, p. 202, beckonline, point 55). Cette chambre a néanmoins immédiatement à nouveau écarté cette considération dans une affaire dans laquelle la demanderesse entendait obliger un locataire à un paiement sans condition, en ce que, en vertu des articles 313j, paragraphe 4, et 139, BGB, en raison d'une violation imputable à la demanderesse de l'article 312j, paragraphe 3, deuxième phrase, BGB, elle a rejeté la validité « suscitée par voie électronique » d'un

contrat noué dans le cadre du modèle économique de la demanderesse et de la cession de droits fondée sur ce contrat (voir arrêt du BGH du 19 janvier 2022 dans l'affaire VIII ZR 122/21, BeckRS 2022, 3929, beckonline, point 52). La chambre de céans partage sans restriction ce point de vue étant donné que seul celui-ci correspond à une interprétation conforme au droit de l'Union et à la jurisprudence de la Cour en vertu de laquelle il convient que tous les professionnels, et pas seulement les exploitants de « pièges à abonnement ou à coûts », relèvent du champ d'application de l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE (voir en dernier lieu, arrêt du 7 avril 2022, C-249/21, Fuhrmann-2, NJW 2022, p. 1439, beckonline, points 20 et suivants).

Le fait que l'obligation du locataire ne consiste pas en le paiement d'une somme d'argent, mais en l'intéressement de la demanderesse dans le résultat à venir de son activité pour le compte du locataire du logement en cause en l'espèce, ne fait pas non plus obstacle à l'application de l'article 312j, paragraphes 3 et 4, BGB parce que la condition de « paiement » visée à l'article 312j, paragraphe 2, BGB doit être largement interprétée ([OMISSIS] arrêt du BGH du 19 janvier 2022 dans l'affaire VIII ZR 123/21, précité, point 52).

Il est établi que la demanderesse n'a pas satisfait aux exigences de l'article 312j, paragraphe 3, deuxième phrase, BGB – dans l'hypothèse où il serait applicable. En effet, ainsi que cela ressort de l'annexe K3 produite par la demanderesse elle-même, le locataire a mandaté la demanderesse en actionnant le bouton « continuer » et, selon ce qu'expose les défendeurs, en confirmant un bouton portant la mention « demander une baisse de loyer » ou « sauver des économies par le plafond de loyer ». Il n'est pas contesté que le bouton ne portait pas la mention « commande avec obligation de paiement » ou une formule équivalente dénuée d'ambiguïté. Or, ce n'est qu'ainsi que la demanderesse aurait pu satisfaire aux exigences de l'article 312j, paragraphe 3, deuxième phrase, BGB et de l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE auquel il convient d'avoir recours aux fins d'une interprétation conforme au droit de l'Union de cet article du BGB (voir arrêt de la Cour, précité, point 26 ; arrêt du BGH du 19 janvier 2022 dans l'affaire VIII ZR 122/21, précité, point 52).

Pour autant que les dispositions de l'article 312j, paragraphes 3, deuxième phrase, et 4, BGB s'appliqueraient en l'espèce, le caractère incompatible avec les exigences de l'article 312j, paragraphe 3, deuxième phrase, BGB fait obstacle à la naissance dans le chef de la demanderesse des droits revendiqués :

À cet égard peut être laissé ouvert le point de savoir si, en déniant, sur le fondement de l'article 312j, paragraphe 4, BGB, toute validité suscitée « par voie électronique » à la conclusion du contrat dont se prévaut la demanderesse, l'interprétation de la 8^e chambre civile du BGH est encore conforme au droit de l'Union (voir arrêt du BGH du 19 janvier 2022 dans VIII ZR 122/21, précité, point 52), ou si, au contraire, en raison de l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, troisième phrase, de la directive 2011/83/UE, en vertu duquel l'effet juridique d'un vice de forme imputable au professionnel est uniquement que le

consommateur n'est « pas lié » par le contrat ou la commande, dans le cadre d'une interprétation plus conforme au droit de l'Union de l'article 312j, paragraphe 4, BGB, seule une « invalidité en suspens » [« schwebende Unwirksamkeit »] du contrat suscité « par voie électronique » est envisageable [OMISSIS].

En effet, en tout état de cause, dans le présent contexte, en vertu de l'article 242 BGB, un professionnel ne peut se prévaloir ni vis-à-vis du consommateur ni vis-à-vis des tiers d'effets juridiques en sa faveur d'un acte juridique intervenu en violation de l'article 312j, paragraphe 3, deuxième phrase, BGB aussi longtemps qu'il n'a pas respecté à l'égard du consommateur ses obligations – découlant de l'article 312j, paragraphe 3, deuxième phrase, BGB – d'informer celui-ci de son obligation de paiement et que le consommateur n'a pas, a posteriori, en connaissance de son obligation de paiement, autorisé ou confirmé la conclusion du contrat [OMISSIS]. Aucune de ces deux conditions n'est remplie en l'espèce :

D'une part, postérieurement à la conclusion du contrat noué par la voie électronique, la demanderesse n'a, à aucun moment, électroniquement ou par une autre voie, d'une manière répondant aux exigences de l'article 312j, paragraphe 3, deuxième phrase, BGB, informé le locataire des obligations de paiement résultant du contrat noué par la voie électronique. D'autre part, à aucun moment non plus, le locataire n'a autorisé ou confirmé un contrat dont l'invalidité était peut-être seulement en suspens.

Afin de pouvoir retenir l'existence d'une autorisation implicite au sens des articles 108, paragraphe 2, et 184, paragraphe 1, BGB qui seule est envisageable en l'espèce, il est indispensable, tout comme pour une confirmation en vertu de l'article 141, paragraphe 1, BGB, que les cocontractants aient eu au préalable connaissance du motif de l'invalidité, ou tout du moins, qu'ils aient nourri des doutes quant à la validité juridique du contrat (jurisprudence constante, voir, parmi d'autres, arrêts du BGH du 16 novembre 1987 dans l'affaire II ZR 92/87, ZIP 1988, p. 370, juris, point 13 ; du 17 mars 2008 dans l'affaire II ZR 239/06, NJW-RR 2008, p. 1488, beckonline, point 15 ; du 10 février 2012 dans l'affaire ZR 51/11, NJW 2012, p. 1570, beckonline, point 12 ; du 17 novembre 2014 dans l'affaire I ZR 97/13, MDR 2015, p. 169, juris, point 36). Ce n'est que dans un tel cas que le cocontractant de la partie qui autorise ou qui confirme a, au vu des paramètres d'interprétation visés aux articles 133 et 157 BGB, une raison suffisante de percevoir, lors de la suite de l'exécution du contrat, le comportement de l'autre partie comme une expression de la volonté de rendre désormais contraignant un acte que celle-ci considérait jusqu'alors comme non contraignant (voir arrêts du BGH du 16 novembre 1987, précité, et du 10 février 2012, précité ; [OMISSIS]).

Il n'existe pas le moindre élément indiquant une telle volonté d'autorisation ou de confirmation de la part du locataire qui aurait pu faire apparaître aux yeux de la demanderesse son comportement par la suite comme une autorisation ou une confirmation de ses déclarations antérieures. En effet, la demanderesse n'a pas

exposé que, elle-même ou le locataire avait connaissance de l'invalidité intégrale, ou tout du moins en suspens, du contrat initial noué par voie électronique ou que, en tout état de cause, avait des doutes quant à la validité exprimés vis-à-vis de son cocontractant (voir arrêt du BGH du 10 février 2012, précité). Bien au contraire, ainsi que cela ressort de ses conditions générales – qui, en ce qui concerne la mention portée sur le bouton, sont matériellement inexactes –, au point 2.1, paragraphe 2, de celles-ci, la demanderesse elle-même part du postulat de la validité de la conclusion du contrat (« En cliquant sur le bouton “donner mandat ferme” [...] vous nous faites une proposition ferme [...]. Nous acceptons votre offre en le déclarant expressément [...]. Sur demande, vous signerez un acte de cession séparé ou de confirmation de cession ou un mandat et nous retournerons l'original »).

À l'aune de ces principes, il est également exclu qu'une autorisation ou confirmation implicite par le locataire du contrat de gestion d'affaires noué électroniquement ait pu intervenir au travers de la déclaration, intitulée « confirmation, mandat et cession, autorisation », faite par le locataire à la demanderesse le 16 janvier 2020, et ce, indépendamment du point de savoir si cette déclaration a ou non des effets juridiques valides en tant que nouvelle offre de cession de droits. Or, ainsi la formation valable d'un contrat de gestion d'affaires à titre onéreux, qui pourrait avoir pour objet une cession valable, reposant sur ce contrat, des droits à rémunération de la demanderesse vis-à-vis du locataire du logement en cause en l'espèce, fait défaut.

Au demeurant, ce n'est pas seulement l'absence de contrat valable entre la demanderesse et le locataire qui fait obstacle à la validité de la cession des droits à rémunération revendiqués, mais aussi l'invalidité de la « confirmation, mandat et cession, autorisation » du 16 janvier 2020. Cela englobe, outre les droits à rémunération revendiqués par la demanderesse, également les demandes d'information et de remboursement du loyer excessif en violation de la réglementation des prix :

Si l'article 312j, paragraphe 3, deuxième phrase, BGB a vocation à s'appliquer, la demanderesse ne peut déjà pas se prévaloir avec succès de la déclaration de cession du 16 janvier 2020 intervenue immédiatement après la conclusion du contrat noué électroniquement étant donné que cette déclaration a été faite par le locataire uniquement à la demande de la demanderesse afin de respecter ses prétendues obligations de coopération édictées par la voie électronique à l'article 2.1, paragraphe 2, des conditions générales rédigées par la demanderesse en violation de l'article 312j, paragraphe 3, deuxième phrase, BGB. Ne serait-ce que déjà de par l'ancrage dans les conditions générales de la demanderesse, non seulement la cession antérieure par voie électronique, mais aussi celle déclarée par écrit par le locataire en même temps que le mandat, est conçue comme une opération unique (voir arrêt BGH du 19 janvier 2022 dans l'affaire VIII ZR 122/21, précité, (concernant le caractère unitaire du mandat électronique et de la cession électronique)). En vertu de l'article 139 BGB, cela emporte aussi l'invalidité de la cession déclarée par écrit (voir arrêt du BGH précité [concernant

la cession électronique]), et, à tout le moins, en vertu de l'article 242 BGB, la demanderesse ne saurait se prévaloir avec succès de sa validité.

Une appréciation différente n'est pas envisageable. En effet, elle reviendrait au final à légitimer des « pièges à confirmation » en ce que les actes d'exécution ultérieurs du consommateur se verraient attribuer le sens d'une autorisation ou confirmation implicite, voire d'un renouvellement de l'acte juridique précédemment noué électroniquement, en violation de l'article 8, paragraphe 2, seconde phrase, de la directive 2011/83/UE [OMISSIS]. Or, ainsi, l'obligation de paiement du consommateur ne résulterait pour ce dernier non pas expressément de la conclusion du contrat, mais uniquement des « circonstances » de celle-ci (voir arrêt du BGH précité, point 30). Cela transformerait en son contraire, et en violation de la directive, l'objectif poursuivi par l'article 8, paragraphe 2, seconde phrase, de la directive 2011/83/UE de lier les consommateurs européens par contrat uniquement sur le fondement d'une décision informée et transparente quant à leur obligation de paiement résultant de la conclusion d'un contrat noué électroniquement (voir arrêt de la Cour précité).

Au demeurant, indépendamment de cela, en vertu de l'article 312k, paragraphe 1, deuxième phrase, BGB, dans sa version en vigueur entre le 13 juin 2004 et le 27 mai 2022, il serait interdit à la demanderesse de se prévaloir avec succès de la validité de la déclaration de cession du 16 janvier 2020. En effet, en vertu de cette disposition, les dispositions des articles 312 et suivants BGB s'appliquent également lorsque celles-ci sont contournées par d'autres moyens. Ces conditions sont remplies en l'espèce étant donné que le modèle économique de la demanderesse revient à éluder l'article 312j, paragraphe 3, deuxième phrase, BGB. Tel est le cas lorsque, d'un point de vue formel, les conditions prévues aux articles 312 et suivants BGB ne sont pas réunies alors même que, en raison de leur objectif de protection, ces dispositions devraient s'appliquer [OMISSIS]. Toutefois, il n'en irait pas ainsi en l'espèce dans l'hypothèse où l'article 312j, paragraphes 3 et 4, BGB ne serait pas d'emblée applicable de par ses éléments constitutifs :

En effet, dès lors qu'un consommateur qui, à l'instar du locataire du logement en cause en l'espèce, est vraisemblablement déjà valablement engagé par une offre de contrat émise par un moyen de communication à distance, doit ensuite, en raison de l'aménagement contractuel défini par le professionnel, soit recevoir par un moyen non électronique, la déclaration d'acceptation de l'offre du professionnel, voire doit réitérer sa propre offre par un acte d'exécution qui lui est imposé par le professionnel par la voie électronique, s'agissant de ses besoins d'information précontractuelle, il est digne de protection de la même manière que dans le cas d'un « véritable » contrat à distance (voir arrêt de l'OLG Frankfurt a.M. du 15 novembre 2018 dans l'affaire 6 U 103/18, GRUR-RR 2019, p. 287, beckonline point 14, et du 28 janvier 2021 dans l'affaire 6 U 181/19, GRUR-RS 2021, p. 1946, beckonline point 34 ; [OMISSIS]).

En l'absence d'information préalable du consommateur sur ses obligations de paiement, scinder la conclusion du contrat en une partie à distance et une autre partie aboutit à contourner l'article 312j, paragraphes 3 et 4, BGB (voir arrêt de l'OLG Frankfurt a.M. du 28 janvier 2021, précité). Sous réserve d'une information ultérieure sur l'obligation de paiement, qui, en l'espèce, fait défaut, et d'une autorisation ou confirmation valable par le consommateur qui, elle aussi, fait défaut en l'espèce, cette scission emporte l'invalidité de la convention qui est formée par la voie électronique et, en tout état de cause, en vertu de l'article 242 BGB, il est interdit au professionnel de se prévaloir de sa validité vis-à-vis du consommateur ou des tiers [OMISSIS]. Ces principes s'appliquent aussi à la demanderesse. Il lui est donc interdit de se prévaloir avec succès vis-à-vis des défendeurs de la déclaration de cession du locataire du 16 janvier 2020 quand bien même elle aurait « accepté l'offre qui y est contenue... en vertu de l'article 151 BGB » (voir à cet égard arrêt du BGH du 19 janvier 2022 dans l'affaire VIII ZR 122/21, précité, point 53).

Le point de savoir si, avec son aménagement du contrat, la demanderesse a sciemment cherché à contourner, au détriment du consommateur l'ayant mandaté, les dispositions des articles 312 et suivants BGB, peut rester ouvert. Une intention subjective de contournement n'est pas nécessaire pour que l'article 312k, paragraphe 1, deuxième phrase, BGB s'applique puisque la mise en œuvre de la norme de protection en faveur du consommateur fondée sur le droit de l'Union ne dépend pas du bon ou mauvais esprit du professionnel [OMISSIS].

c.

Ainsi, le point de savoir si l'appel doit prospérer dépend exclusivement de l'interprétation conforme au droit de l'Union de l'article 312j, paragraphes 3 et 4, BGB et donc de l'interprétation correcte de l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE. La question se pose de savoir si l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE doit être interprété en ce sens qu'un contrat à distance conclu par voie électronique au sens de l'article 8, paragraphe [2], [premier] alinéa de la directive 2011/83/UE « implique » aussi une « obligation de payer » au sens l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE lorsque qu'une contrepartie à titre onéreux n'est due qu'à certaines conditions supplémentaires – par exemple uniquement en cas de succès ou dans le cas incertain d'une mise en demeure ultérieure d'un tiers. La réponse exacte à cette question suscite des doutes.

aa.

En vertu d'une jurisprudence entre-temps constante, dans le contexte en cause en l'espèce, la 8^e chambre civile du BGH interprète l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE – et l'article 312j, paragraphes 3 et 4, BGB – en ce sens que « l'objectif de protection » ne serait « exceptionnellement pas affecté » et que le professionnel ne serait pas tenu vis-à-vis du consommateur de ce que le bouton de commande porte la mention « commander avec obligation de

paiement » dès lors qu'« une contrepartie à titre onéreux n'est due qu'à certaines conditions, à savoir uniquement en cas de succès » (voir arrêts du BGH du 19 janvier 2022 dans l'affaire VIII ZR 123/21, précité, point 55, et du 30 mars 2022 dans l'affaire VIII ZR 358/20, précité, point 58). En contradiction irrésolue avec cela, la 8^e chambre civile du BGH considère en revanche que le champ d'application de l'article 312j, paragraphes 3 et 4, BGB est ouvert dès lors que l'obligation de paiement du consommateur dépend de la condition, non encore réalisée à la date de la conclusion du contrat et incertaine dans la suite du cours du contrat, de l'envoi d'une lettre de mise en demeure au bailleur du consommateur (voir arrêt du BGH du 19 janvier 2022 dans l'affaire VIII ZR 122/21, précité, point 51).

bb.

À l'opposé, les décisions jusqu'ici publiées des juridictions nationales de rang inférieur ainsi que la doctrine juridique nationale attribuent unanimement à l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE – et à l'article 312j, paragraphes 3 et 4 BGB – un champ d'application considérablement plus large. Elles estiment que, indépendamment des circonstances du cas d'espèce, sont également visés par l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE et par l'article 312j, paragraphes 3 et 4 BGB les actes juridiques dans lesquels le caractère onéreux ne découle qu'indirectement de la conclusion du contrat ou est lié à la réalisation d'autres conditions ou à des actes du consommateur (voir arrêt de l'OLG Köln du 7 octobre 2016 dans l'affaire 6 U 48/16, CR 2017, p. 251, beckonline points 28 et suivants, arrêt du KG du 20 décembre 2019 dans l'affaire 5 U 24/19, GRUR-RR 2020, p. 273, juris points 33 et suivants ; ordonnance du LG München I du 11 juin 2013 dans l'affaire 33 O 12678/13, VuR 2013, p. 393, juris point 9 ; [OMISSIS]).

cc.

La chambre penche dans le sens de la position qui vient d'être évoquée :

Plaide en son sens non seulement le libellé de l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE dont il ressort que l'obligation d'utiliser un bouton existe lorsque la commande « implique » pour le consommateur une « obligation de payer ». Or, la conclusion d'un contrat noué électroniquement « implique » déjà en soi une obligation de payer dès lors que cette dernière n'interviendra pas obligatoirement, mais est seulement possible ou non totalement exclue. Cela correspond au modèle économique de la demanderesse dans lequel, en règle générale, comme en l'espèce, cette dernière n'est mandatée que par des consommateurs chez lesquels, en amont du bouton par lequel le mandat est donné, par le biais du « programme de calcul du prix du loyer » et d'un – prétendu – trop payé de loyer en ressortant, il a été suscité l'impression que faire valoir leurs droits promet d'être couronné de succès. Or, de cette manière, avant même d'avoir été mandatée par le locataire, la demanderesse elle-même part du principe que l'honoraire de résultat convenu dans ses conditions générales sera

vraisemblablement, voire obligatoirement, dû ou, du moins, qu'il est possible qu'il le sera.

Selon la chambre, le sens et la finalité de l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE plaident également pour une interprétation large en ce sens qu'ils visent également les contrats dans lesquels la contrepartie à titre onéreux ne sera due par le locataire qu'à d'autres conditions particulières, en l'occurrence uniquement en cas de succès ou de mise en demeure. En effet, ainsi que cela ressort de son article 1^{er} et de ses considérants 4, 5 et 7, la directive poursuit l'objectif d'assurer un niveau élevé de protection du consommateur en garantissant l'information et la sécurité des consommateurs dans les transactions avec des professionnels. Ce point de vue correspond aussi à la jurisprudence constante de la Cour (voir en dernier lieu arrêt de la Cour précité, points 21 et 30). Il ne serait cependant pas compatible avec un niveau élevé de protection du consommateur de faire bénéficier de la protection de la directive seulement les consommateurs dont l'obligation ultérieure de paiement existe déjà à la date de la conclusion du contrat, tout en privant dans le même temps de cette protection les consommateurs dont l'obligation de paiement n'est pas encore définitive à la date de la conclusion du contrat, mais dépend de la survenance ultérieure, sur laquelle il ne peuvent exercer aucune influence, d'autres conditions. En effet, ces consommateurs aussi sont tenus au paiement en cas de survenance de la condition, sans que leur attention n'ait été préalablement attirée sur leur obligation de paiement.

La position contraire entraînerait à l'avenir une baisse considérable du niveau élevé de protection du consommateur voulu par la directive, voire viderait partiellement ou totalement la directive de sa substance dans le présent contexte. En effet, il ne pourrait en tout état de cause pas être exclu que les professionnels insèrent à l'avenir dans leurs conditions générales des clauses qui feraient dépendre l'obligation de paiement du consommateur – dans des cas rares ou improbables aux yeux du professionnel – de la survenance d'autres conditions afin de s'affranchir de cette manière des obligations pesant sur les professionnels édictées à l'article 8 de la directive 2011/83/UE. Toutefois, de telles possibilités de contournement, manifestes et contraires à l'objectif de protection poursuivi, ne seraient pas passées inaperçues lors de la procédure législative. L'on pourrait donc pour cette raison s'attendre à ce qu'elles aient été évoquées dans les considérants ou dans la directive elle-même, dès lors que, en violation de son orientation devant en principe être largement interprétée, le niveau de protection du consommateur garanti par la directive ne s'étendrait pas à des contrats dans lesquels, à la date de la conclusion du contrat, l'obligation de paiement du consommateur n'est pas encore établie, mais apparaît comme étant seulement possible. Or, cela n'y est nullement évoqué. Cette circonstance également plaide en ce sens que, aux fins d'assurer un niveau de protection uniforme des consommateurs, l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE vise également les contrats dans lesquels l'obligation ultérieure de paiement du consommateur n'est pas encore établie à la date de la conclusion du contrat, mais apparaît seulement possible.

Enfin, selon la chambre, des considérations d'ordre pratique ne s'opposent pas non plus à une interprétation large de l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE. Pour autant que, contrairement à cela, la 8^e chambre civile du BGH a exprimé l'idée qu'un champ d'application large de la « solution du bouton » pourrait « en contradiction... avec l'objectif de la loi et de la directive qu'elle transpose... engendrer [pour les consommateurs] la confusion car la prestation n'est pas censée être payante dans tous les cas, mais que la mention portée sur le bouton ne l'exprimerait pas » (voir arrêt du BGH du 19 janvier 2022 dans l'affaire VIII ZR 123/21, précité, point 55), cela ne justifie toutefois pas une appréciation différente. D'une part, de simples motifs d'ordre pratique ne sont déjà pas de nature à influencer une appréciation du droit de l'Union contraire à son libellé ainsi qu'à son sens et sa finalité. D'autre part, les obstacles d'ordre pratique invoqués n'existent en réalité pas :

À cet égard, le point de savoir si, pour éviter une mention allant au-delà de la portée réelle de l'obligation de paiement, le professionnel serait autorisé à préciser sur le bouton que l'obligation de paiement du consommateur dépend de la survenance d'autres circonstances ou que, comme dans le présent contexte, le mandat est donné « contre honoraires de résultat » [OMISSIS] peut être laissé ouvert. En effet, en tout état de cause, le professionnel reste libre d'attirer, de manière suffisamment claire, en dehors du bouton, l'attention du consommateur sur le fait qu'une obligation de paiement n'existe pas à titre exceptionnel, mais uniquement dans la perspective du cas général visé par sa présentation en ligne. Cela écarte toutes les ambiguïtés qui seraient de nature, par le biais de la mention allant au-delà figurant sur le bouton, d'engendrer une confusion pour le consommateur (voir arrêt du KG, précité, point 49 ; [OMISSIS]).

En réalité toutefois, une « confusion » ne devrait être engendrée que pour les consommateurs qui, en cas de survenance de conditions, sont exposés à des demandes de paiement du professionnel dont, faute d'une mention correspondante répondant aux exigences de l'article 8, paragraphe 2, second alinéa, de la directive 2011/83/UE figurant sur le bouton de commande, à la date où ils ont mandaté le professionnel, ils n'avaient pas connaissance de la naissance ou, tout au moins, pas une connaissance suffisante.

d.

La chambre n'est pas dispensée de saisir la Cour à titre préjudiciel étant donné que la question de droit déferée ne relève ni d'un acte éclairé ni d'un acte clair.

Les conditions d'un acte éclairé ne sont pas réunies [OMISSIS] [constatation de ce que la Cour n'a pas déjà clairement statué]

La question de droit déferée ne porte pas non plus sur un acte clair. [OMISSIS] [constatation de ce que l'application correcte du droit de l'Union n'est pas manifeste]

[OMISSIS] [autres observations relatives aux conditions d'un acte clair qui toutefois, selon la juridiction de renvoi, ne sont pas remplies]

[OMISSIS] [signatures]

DOCUMENT DE TRAVAIL