CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS

présentées le 20 mars 1997 *

1. La question posée dans la présente affaire qui a été déférée à la Cour par une ordonnance de renvoi du Bundesgerichtshof vise principalement à savoir si une garantie donnée à une institution financière par un particulier qui n'agit pas dans le cadre de son activité professionnelle, en vue de garantir un prêt consenti par cette institution à un tiers agissant dans le cadre de son activité professionnelle, relève du champ d'application de la directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux [1] (ci-après la « directive »).

Les faits

2. Le père du défendeur exploitait une entreprise de construction pour laquelle la demanderesse avait accordé un crédit en compte courant. Un employé de la banque s'était rendu chez les parents du défendeur; au cours de cette visite, le défendeur s'était porté caution solidaire de ses parents pour les obligations de ces derniers envers la banque pour un montant de 100 000 DM. Le défendeur n'avait pas été informé d'un droit de révocation du cautionnement. La banque a, par la suite, résilié tous les crédits qu'elle avait accordés aux parents du défendeur pour un montant de plus de 1,6 million de DM et a exigé du défendeur 50 000 DM en faisant jouer le cautionnement.

3. Le défendeur a tenté de se rétracter de son consentement au cautionnement sur la base des dispositions de la Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften du 16 janvier 1986 (loi du 16 janvier 1986 relative à la révocation de contrats conclus par démarchage à domicile et de transactions similaires; ci-après la « loi de 1986 »). Cette question a fait l'objet d'un recours et elle est parvenue au Bundesgerichtshof qui a déféré la question suivante à la Cour, en vue d'en obtenir une décision à titre préjudiciel:

« Le contrat de cautionnement de droit allemand qui est conclu entre un établissement de crédit et une personne physique n'agissant pas, à cet égard, dans le cadre d'une activité professionnelle non salariée et qui garantit une créance de l'établissement de crédit contre un tiers appartient-il aux 'contrats conclus entre un commerçant fournissant des biens ou des services à un consommateur' (article 1er, paragraphe 1, de la directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection

* Langue originale: l'anglais.

1 — JO L 372, p. 31.

des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux)? »

4. Le problème qui se pose en droit national semble être celui de savoir si un cautionnement constitue ou non un contrat pour la fourniture de biens ou de services, conclu à titre onéreux au sens de la loi de 1986; l'ordonnance de renvoi indique des arguments pour et contre qui semblent s'articuler autour de la notion de contrepartie en droit national. Il apparaît en outre qu'il y a une divergence de points de vue entre la neuvième et la onzième chambre du Bundesgerichtshof en ce qui concerne la question de savoir si une contrepartie est en fait nécessaire pour qu'un contrat relève du champ d'application de la loi de 1986. Il semble en tout état de cause que, si le cautionnement relève de la loi de 1986, le défendeur a le droit de se rétracter.

5. La loi de 1986 semble avoir eu pour objet de mettre en œuvre la directive. Si des cautionnements tels que celui en cause dans l'affaire au principal relèvent de la notion de « contrats conclus entre un commerçant fournissant des biens ou des services à un consommateur » au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive, la loi de 1986 devrait être interprétée de manière à couvrir également le cautionnement [2].

6. Des observations écrites ont été déposées par le défendeur, les gouvernements belge, finlandais, français et allemand ainsi que par la Commission, lesquels étaient tous, à l'exception du gouvernement belge, également représentés à l'audience.

La directive

7. L'objectif de la directive est de garantir que, en ce qui concerne les transactions auxquelles elle s'applique, le consommateur dispose d'une période de « réflexion » d'au moins sept jours au cours de laquelle il peut résilier le contrat et qu'il est informé de ce droit [3].

8. La directive a été adoptée sur la base de l'article 100 du traité. Son préambule se lit comme suit:

« [premier considérant] considérant qu'il est de pratique commerciale courante dans les États membres que la conclusion d'un contrat ou d'un engagement unilatéral entre un commerçant et un consommateur puisse être faite en dehors des établissements commerciaux dudit commerçant et que ces

2 — Arrêt du 10 avril 1984, Von Colson et Kamann (14/83, Rec. p. 1891).

3 — Articles 4 et 5.

contrats et engagements font l'objet de législations différentes suivant les États membres;

...

[troisième considérant] considérant que le programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs prévoit, notamment en ses paragraphes 24 et 25, qu'il y a lieu de protéger les consommateurs par des mesures appropriées contre les pratiques commerciales abusives dans le domaine du démarchage à domicile; que le deuxième programme de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs a confirmé la poursuite des actions et priorités du programme préliminaire;

[quatrième considérant] considérant que les contrats conclus en dehors des établissements commerciaux du commerçant se caractérisent par le fait que l'initiative des négociations émane normalement du commerçant et que le consommateur ne s'est, en aucune façon, préparé à ces négociations et se trouve pris au dépourvu; que, souvent, il n'est pas à même de comparer la qualité et le prix de l'offre avec d'autres offres; que cet élément de surprise entre généralement en ligne de compte, non seulement pour les contrats conclus par démarchage à domicile, mais également pour d'autres formes de contrat dont le commerçant prend l'initiative en dehors de ses établissements commerciaux;

...

[septième considérant] considérant qu'il convient de ne pas affecter la liberté des États membres de maintenir ou d'introduire une interdiction, totale ou partielle, de conclusion de contrats en dehors des établissements commerciaux dans la mesure où ils estiment que ceci est dans l'intérêt des consommateurs... ».

9. L'article 1er dispose comme suit:

« 1. La présente directive s'applique aux contrats conclus entre un commerçant fournissant des biens ou des services et un consommateur:

— pendant une excursion organisée par le commerçant en dehors de ses établissements commerciaux

ou

— pendant une visite du commerçant:

i) chez le consommateur ou chez un autre consommateur;

ii) au lieu de travail du consommateur;

lorsque la visite n'a pas lieu à la demande expresse du consommateur.

2. La présente directive s'applique également aux contrats concernant la fourniture d'un autre bien ou service que le bien ou le service à propos duquel le consommateur a demandé la visite du commerçant, à condition que le consommateur, lorsqu'il a sollicité la visite, n'ait pas su, ou n'ait pas pu raisonnablement savoir, que la fourniture de cet autre bien ou service faisait partie des activités commerciales ou professionnelles du commerçant.

3. La présente directive s'applique également aux contrats pour lesquels une offre a été faite par le consommateur dans des conditions semblables à celles décrites au paragraphe 1 ou au paragraphe 2, bien que le consommateur n'ait pas été lié par cette offre avant l'acceptation de celle-ci par le commerçant.

4. La présente directive s'applique également aux offres contractuellement faites par le consommateur dans des conditions semblables à celles décrites au paragraphe 1 ou au paragraphe 2 lorsque le consommateur est lié par son offre. »

10. « Le consommateur » est défini comme « toute personne physique qui, pour les transactions couvertes par la présente directive, agit pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ». Un « commerçant » est défini comme « toute personne physique ou morale qui, en concluant la transaction en question, agit dans le cadre de son activité commerciale professionnelle, ainsi que toute personne qui agit au nom ou pour le compte d'un commerçant » [4].

11. La notion de « contrat » n'est définie nulle part.

12. Il peut être noté d'abord que, en partant de la prémisse que le cautionnement n'a pas été conclu chez le défendeur et que les parents du défendeur n'étaient pas des « consommateurs » en ce qui concerne la transaction en cause, le cautionnement ne relèverait en toute hypothèse pas de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive, puisqu'il n'a pas été conclu pendant une visite du commerçant chez le consommateur

4 — Article 2.

ou au lieu de travail du consommateur ou pendant une excursion organisée par le commerçant en dehors de ses établissements commerciaux. Le libellé de l'article 1er, paragraphe 1, apparaît extrêmement restrictif au regard du préambule de la directive, qui laisse entendre que l'élément essentiel déterminant l'application de la directive est le fait que le contrat en cause a été conclu en dehors des établissements commerciaux du commerçant [5]. Dans un arrêt antérieur relatif à la même directive, l'arrêt Faccini Dori [6], la Cour n'a pas été amenée à se prononcer sur ce point bien qu'il ne soit pas ressorti clairement de la question préjudicielle posée dans cette affaire que les faits en cause relevaient de l'article 1er, paragraphe 1 [7]; la Cour s'est bornée à souligner que c'est à la juridiction nationale qu'il incombe de vérifier si le contrat a été conclu dans les circonstances décrites par la directive [8]. Dans la présente affaire, la juridiction nationale a formulé sa question de telle manière qu'il est en tout état de cause à la fois possible et opportun que la Cour y réponde.

13. La transaction en cause dans la présente affaire est un cautionnement selon lequel le défendeur, agissant à des fins étrangères à son activité professionnelle s'est engagé vis-à-vis de la banque du demandeur, agissant dans le cadre de son activité commerciale, à se porter caution pour le prêt fourni par ladite banque aux parents du défendeur, qui agissaient également dans le cadre de leur activité commerciale. La juridiction de renvoi cherche à savoir si un cautionnement tel que celui qui a été décrit ci-dessus constitue un contrat relevant du champ d'application de la directive.

14. Les gouvernements belge, finlandais, français et allemand font tous valoir que le cautionnement ne relève pas de la directive. Ils excipent de trois séries d'arguments distincts qui se recoupent cependant. Ils indiquent premièrement, de manière générale, qu'un cautionnement n'est pas un contrat au sens de la directive, au motif que le consommateur ne reçoit pas de contrepartie ou, en d'autres termes, que le cautionnement n'est pas un contrat synallagmatique — c'est-à-dire un engagement bilatéral qui engendre des obligations et des devoirs réciproques — mais un engagement unilatéral du point de vue de la caution. Ils précisent en second lieu, en termes plus spécifiques, que le cautionnement n'est pas un contrat tel que défini par l'article 1er, paragraphe 1, au motif qu'il n'y a pas fourniture de biens ou de services par le commerçant au consommateur. Troisièmement, ils allèguent que la caution ne saurait être décrite correctement comme un consommateur.

15. Le défendeur et la Commission font valoir au contraire que le cautionnement est un contrat, en se fondant sur l'idée générale selon laquelle la directive couvre tous les contrats entre un commerçant et un consommateur (y compris les engagements unilatéraux donnés par un consommateur à un

5 — Voir les premier, quatrième et septième considérants du préambule, tels qu'ils figurent au point 8 ci-dessus. L'article 1er, paragraphe 1, de la proposition initiale de directive du Conseil, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, telle que présentée par la Commission (JO 1977, C 22, p. 6), disposait que la directive s'applique aux contrats « pour lesquels les négociations ont été engagées en dehors d'établissements commerciaux ».

6 — Arrêt du 14 juillet 1994 (C-91/92, Rec. p. I-3325).

7 — Voir point 3 de l'arrêt et point 3 des conclusions de l'avocat général M. Lenz.

8 — Point 14 de l'arrêt; voir également point 26 des conclusions de l'avocat général M. Lenz.

commerçant) et, plus précisément, parce qu'elle couvre les contrats entre un commerçant qui fournit des biens ou des services et un consommateur.

16. Nous alignant sur la démarche de la Cour dans l'interprétation de la législation communautaire, nous allons considérer successivement les termes, la structure et les objectifs de la directive afin de déterminer si une garantie du type en cause dans la présente affaire relève de son champ d'application.

Les termes de la directive

17. La version anglaise de la directive suggère qu'il n'y a pas lieu qu'elle s'applique à une transaction telle que le cautionnement en cause dans la procédure au principal, puisque cette transaction n'est pas un contrat « under which a trader supplies goods or services to a consumer » au sens de l'article 1er, paragraphe 1. La plupart des autres versions linguistiques sont toutefois rédigées en termes plus larges, avec plus ou moins le même effet que la version française: « contrats conclus entre un commerçant fournissant des biens ou des services et un consommateur ». Si toutes ces versions sont entendues littéralement, il n'est pas nécessaire, pour que la directive s'applique, que les biens ou les services en cause soient fournis en vertu du contrat litigieux: il suffit que l'une des parties soit un fournisseur de biens ou de services. Alors que l'on peut penser que la différence linguistique est peu importante et qu'il a bien été prévu que la version la plus répandue ait le même sens et le même effet que l'autre, la distinction peut être essentielle dans la présente affaire: le cautionnement en cause a été conclu entre un commerçant qui fournit des biens ou des services, à savoir la demanderesse, et un consommateur, à savoir le défendeur, et, si la version linguistique majoritaire est entendue littéralement, la question de savoir si des biens ou des services étaient fournis à l'autre partie au contrat en cause en application de ce contrat ou à une autre partie dans le cadre d'une transaction séparée semble dépourvue de pertinence. Par conséquent, nous partirons de l'hypothèse qu'il n'est pas déterminant que le contrat en cause ne soit pas couvert par le libellé de la version anglaise de l'article 1er, paragraphe 1.

18. Selon nous, nonobstant les termes dans lesquels sont rédigées la majorité des versions de l'article 1er, paragraphe 1, la directive ne s'applique qu'aux contrats en application desquels un commerçant fournit des biens ou des services à un consommateur.

19. Comme le fait valoir le gouvernement belge, même si les termes de l'article 1er, paragraphe 1 (dans la version française), sont larges, ils doivent être lus également au regard du libellé des différents paragraphes dudit article. Il est clair à la lecture de l'article 1er, considéré comme un tout — et notamment, selon nous, de l'article 1er, paragraphe 2 — que les contrats couverts sont ceux en application desquels un commerçant fournit des biens ou des services à un consommateur.

20. La Commission suggère que la référence « aux biens ou aux services » faite à l'article 1er, paragraphe 1, vise simplement à faire apparaître clairement que la directive ne se limite pas aux commerçants fournissant des biens. A l'audience, la Commission a invoqué les termes de l'article 1er de la proposition initiale [9] qui faisaient simplement référence aux « contrats conclus entre un consommateur et un commerçant ainsi qu'aux engagements unilatéraux souscrits par un consommateur à l'égard d'un commerçant... ». Elle a fait observer que l'addition de la référence à « des biens ou des services » visait à montrer que tous les types de contrat étaient couverts par la directive. Il serait toutefois anormal que le législateur cherche à élargir la signification d'un terme déjà très général (« contrats ») en le précisant par ailleurs de manière à limiter son objet aux biens et aux services. Loin d'élargir le champ d'application de la notion en cause, le fait d'avoir inclus à l'article 1er, paragraphe 1, une référence aux biens ou aux services dans la dernière version de cet article vise, selon nous, certainement à en délimiter le champ d'application de manière non équivoque.

21. De plus, l'allégation de la Commission selon laquelle la version initiale de la proposition de directive n'était pas limitée aux contrats portant sur la fourniture de biens et de services n'est pas cohérente avec le plan et le contenu de cette proposition. Nous ne souhaitons pas nous attarder sur les détails d'un projet qui a été dépassé depuis longtemps par la version finale, mais, puisque la Commission a invoqué ce document au soutien de son point de vue, nous nous référerons à deux dispositions de la proposition qui, selon nous, démontrent sans équivoque qu'elle ne visait que les contrats synallagmatiques pour la fourniture de biens et de services à un consommateur.

22. L'article 3, paragraphe 2, de ladite proposition dispose que le contrat (« dénommé contrat négocié par démarchage à domicile ») devait notamment comporter:

« — une description du bien ou du service faisant l'objet du contrat,

— le délai de la livraison des marchandises ou de la prestation des services,

— le prix,

— les modalités de paiement ».

9 — Précitée à la note 5.

23. En outre, cette proposition comportait en annexe un modèle du formulaire de révocation. Ce modèle était rédigé comme suit:

« Je déclare par la présente que je révoque le contrat

portant sur .....

(désignation de l'article ou de la prestation)

pour un montant de .....

(prix)

signé le .....

(date)

Nom: .....

Adresse: .....

Date: ..... »

24. Par conséquent, nous ne saurions accepter l'argument de la Commission, selon lequel la proposition visait à couvrir une catégorie de transactions plus large que les contrats synallagmatiques pour la fourniture de biens ou de services.

25. A l'audience, la Commission a avancé un autre argument fondé sur le libellé de la directive: elle a fait référence à l'article 3, paragraphe 2, sous a), qui dispose que la directive ne s'applique pas, entre autres, « aux contrats relatifs à la construction, à la vente et à la location de biens immobiliers ainsi qu'aux contrats portant sur d'autres droits relatifs à des biens immobiliers ». La Commission constate que la dernière phrase fait référence, par exemple, aux cautionnements et en conclut que ces cautionnements doivent, par conséquent, être couverts de manière générale par la directive puisque, dans le cas contraire, il n'y aurait pas besoin de mentionner cette exception spécifique. Toutefois, il ne nous semble pas évident que les « autres droits » incluent nécessairement les cautionnements: les exemples donnés par la Commission dans son exposé des motifs [10] relatif à la proposition initiale concernant de tels droits sont « la constitution ou le transfert d'une hypothèque, l'octroi d'un droit de passage » [11].

10 — COM(76) 544 final, du 12 janvier 1997.

11 — Commentaires sur l'article 2, sous d).

La structure de la directive

26. Comme le souligne le gouvernement français, si un cautionnement devait être couvert par la directive en ce sens que la caution a la possibilité de se rétracter pendant une période donnée, il serait nécessaire de régler le sort du contrat principal durant cette période: le fait qu'il n'y a pas de disposition à cet effet dans la directive plaide en faveur de l'idée qu'il n'était pas prévu qu'elle soit étendue à de telles transactions. Il est intéressant de noter que la proposition initiale de directive faite par la Commission interdisait spécifiquement au vendeur d'exiger du consommateur la fourniture de toute forme de sûreté pour le paiement du prix fixé dans le contrat avant expiration de la période de réflexion [12]: cette disposition « visant à éviter dans toute la mesure du possible qu'un fait accompli ne soit créé avant l'expiration du délai de réflexion » [13]. Cette disposition n'a pas été incorporée à la version finale de la directive selon laquelle il incombe à la législation nationale de réglementer les effets juridiques de la renonciation [14].

27. Le gouvernement belge fait observer qu'un cautionnement ne saurait être considéré comme relevant de la notion de « contrat » au sens de l'article 1er, paragraphe 1, de la directive: il s'agit d'un contrat unilatéral où une seule des parties, la caution, s'engage envers l'autre. Selon nous, cet argument a un certain poids; nous n'acceptons pas, par ailleurs, l'argument de la Commission selon lequel la référence à l'engagement unilatéral dans le préambule de la directive signifie que le cautionnement relève de la directive. La Commission a fait référence, à l'audience, au premier considérant du préambule de la directive qui est rédigé comme suit:

« considérant qu'il est de pratique commerciale courante dans les États membres que la conclusion d'un contrat ou d'un engagement unilatéral entre un commerçant et un consommateur puisse être faite en dehors des établissements commerciaux dudit commerçant... »

La Commission s'est demandée quelles conséquences il y avait lieu de tirer de cette référence au préambule, hormis la conclusion que la directive couvre des engagements unilatéraux tels que le cautionnement en cause ici.

28. La réponse à cette question doit, selon nous, être trouvée dans la genèse de la directive et, notamment, dans le commentaire fait par la Commission sur la proposition initiale. Dans cette proposition, l'article 1er, paragraphe 1, indiquait que la directive s'appliquait « aux contrats conclus entre un consommateur et un commerçant ainsi qu'aux engagements unilatéraux souscrits par un consommateur à l'égard d'un commerçant... ». Le libellé en a été modifié

12 — Article 9.
13 — Exposé des motifs.
14 — Article 7.

entre la proposition modifiée de janvier 1978 [15] et le texte définitif.

29. Comme le souligne le gouvernement allemand, le terme « engagement unilatéral » dans ce contexte visait probablement une offre émanant d'un consommateur dans des cas dans lesquels cette offre devient contraignante, soit lorsqu'elle est faite, soit lorsqu'elle est acceptée par le commerçant. Cette interprétation est conforme à l'exposé des motifs de la proposition initiale [16] dans lequel la Commission a indiqué:

« La directive s'applique de même dans le cas où le consommateur s'engage de manière unilatérale sans que le commerçant soit déjà lié, par exemple, lors de la commande d'une machine électrique ou l'engagement unilatéral d'acquérir tel bien ou d'accepter tel ou tel service. Même si un contrat n'est pas encore conclu dans ces cas-ci, une protection du consommateur s'avère déjà nécessaire, étant donné que l'engagement unilatéral est susceptible d'affecter les intérêts du consommateur. »

30. En l'absence de disposition expresse en ce sens, un consommateur qui a fait une offre en dehors de l'établissement commercial du commerçant ne bénéficierait pas de la directive même s'il s'était en pratique mis dans la situation que la directive vise à empêcher, à savoir, engagé dans une transaction conclue en dehors des établissements commerciaux du commerçant sans « période de réflexion ». A l'origine, la directive était étendue à de tels cas par la référence expresse à des engagements unilatéraux qui figurait à l'article 1er, paragraphe 1. Dans le texte final, l'article 1er, paragraphe 3, et l'article 1er, paragraphe 4, aboutissent aux mêmes résultats et c'est probablement la raison pour laquelle il n'y a plus de référence à des engagements unilatéraux à l'article 1er, paragraphe 1. Cette interprétation est conforme au maintien de la référence à des engagements unilatéraux dans le préambule de la directive.

31. On peut par conséquent en conclure que la directive vise à s'appliquer à des engagements unilatéraux du type susmentionné mais pas nécessairement à tous les engagements unilatéraux.

32. Enfin, les gouvernements belge, finlandais et allemand soutiennent que le défendeur n'était pas un « consommateur » au sens de la directive, en faisant valoir que la notion de « consommateur » inclut la notion de bénéficiaire de biens ou de services fournis dans le cadre de la transaction en cause. Selon nous, cet argument est tout à fait pertinent. Le cautionnement est clairement détachable de la transaction principale (c'est-à-dire, l'augmentation d'un crédit) et, dans le cas d'un cautionnement, c'est la caution qui est le fournisseur de services et la banque qui en est le bénéficiaire. Le gouvernement allemand en conclut par

15 — Modification de la proposition de directive du Conseil concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux (JO 1978, C 127, p. 6).

16 — Précité à la note 10, commentaire de l'article 1er.

conséquent que la directive n'est pas applicable puisque le consommateur est le fournisseur. Nous préférons renverser l'analyse et souligner la difficulté qu'il y a en réalité à considérer la caution comme un consommateur.

Les objectifs de la directive

33. Un certain nombre de parties font référence aux objectifs de la directive pour étayer leur point de vue en ce qui concerne la question de savoir si la directive s'applique au cautionnement du type en cause dans la procédure au principal.

34. Le défendeur fait référence à l'objectif de protection du consommateur visé par la directive: selon lui, la directive vise à établir une protection du consommateur aussi étendue que possible.

35. La Commission fait référence au troisième et au quatrième considérant du préambule tels qu'exposés ci-dessus [17], ainsi qu'à l'exposé des motifs de la proposition initiale de directive [18] dans lequel il est indiqué que la directive devait avoir le champ d'application le plus large possible [19].

36. Le gouvernement allemand fait valoir que l'objectif de la directive n'est pas de fournir une protection générale à des particuliers contre tout type de transaction auquel ils souscrivent sans réfléchir mais plutôt de les protéger en tant que consommateurs contre des types particuliers et bien définis de contrats. Dans le cas d'un cautionnement, il ne s'agit pas de satisfaire aux besoins personnels de la caution tels qu'ils sont envisagés par la directive: une caution sait qu'il ne conclut pas un contrat en tant que consommateur. Cet argument s'applique, a fortiori, lorsque, comme en l'espèce, le crédit pour lequel un cautionnement est donné constitue pour les deux parties une transaction commerciale et que le cautionnement concerne la situation économique de l'un des commerçants. Dans ces circonstances, la caution n'est pas en droit de bénéficier des droits accordés aux consommateurs agissant à titre purement privé.

37. Le gouvernement belge fait valoir que l'objectif de protection de la directive, en accordant au consommateur un droit de rétractation vise les dangers liés à la forme particulière de vente que constitue le marketing direct (atteinte à la liberté de décision du consommateur, absence d'initiative de sa part, absence de possibilité de comparaison des prix ou de la qualité). Par ailleurs, les dangers qui menacent la caution ne viennent pas du commerçant mais plutôt du débiteur principal.

17 — Voir point 8.

18 — Précité à la note 10.

19 — Commentaire de l'article 1er.

38. Selon nous, la genèse et le contexte de la directive corroborent la thèse des gouvernements belge et allemand selon laquelle il n'était pas prévu d'étendre la directive au cautionnement du type en cause dans le présent litige.

39. Il n'est naturellement pas contestable que la directive vise la protection des consommateurs. Il n'en résulte cependant pas que tous les consommateurs sont protégés en toutes circonstances par la directive: comme d'autres directives visant à la protection du consommateur, la directive s'applique uniquement à certaines transactions [20].

40. Le troisième considérant du préambule que nous avons cité ci-dessus et que la Commission a invoqué au soutien de son argumentation relative à une interprétation large renvoie au programme préliminaire et au deuxième programme pour une politique de protection et d'information des consommateurs. Ces deux programmes visaient (selon les termes du programme préliminaire) à protéger les acheteurs de biens ou de services contre les abus de pouvoir du vendeur, en particulier contre les méthodes de vente agressives [21] et (selon les termes du deuxième programme) à protéger les acheteurs de biens ou de services contre certaines pratiques abusives de vente et les méthodes de vente agressives [22].

41. Il est vrai qu'il est indiqué dans l'exposé des motifs de la proposition initiale de directive que « le besoin de protéger le consommateur ne se limite pas à certains types de contrat, par exemple aux contrats concernant la fourniture de biens, il existe pour tous les contrats pour lesquels les négociations ont été entamées par un commerçant en dehors des établissements commerciaux » [23]. Il convient toutefois d'examiner cette indication dans son contexte: l'exposé des motifs débute avec la constatation suivante: « lorsque des contrats de biens ou de services sont conclus en dehors des établissements commerciaux du vendeur, le consommateur a généralement besoin d'une protection spécifique ». Des exemples y sont donnés de « certains types de contrat ... pour lesquels une protection particulière du consommateur peut être nécessaire »: « notamment les assurances, le crédit à la consommation, la vente d'actions, les fonds d'investissement, ou l'enseignement par correspondance » [24]. Tous ces contrats sont des contrats bilatéraux et synallagmatiques pour la fourniture de biens ou de services par un commerçant à un consommateur. Il en va de

20 — Voir, par exemple, la directive 84/450/CEE du Conseil, du 10 septembre 1984, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de publicité trompeuse (JO L 250, p. 17); la directive 87/102/CEE du Conseil, du 22 décembre 1986, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation (JO L 42, p. 48); la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO L 95, p. 29), et très récemment, la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance.

21 — Résolution du Conseil, du 14 avril 1975, concernant un programme préliminaire de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs [JO C 92, p. 1, point 19, sous i) de l'annexe].

22 — Résolution du Conseil, du 19 mai 1981, concernant un deuxième programme de la Communauté économique européenne pour une politique de protection et d'information des consommateurs (JO C 133, p. 1, point 28, paragraphe 1 de l'annexe).

23 — Point I.2

24 — Point I.3.

même pour les autres exemples donnés dans l'exposé des motifs, s'agissant des transactions auxquelles le projet de directive s'applique ou s'appliquerait en l'absence d'exemption spécifique, à savoir la commande d'une machine électrique, un engagement unilatéral d'acquérir des biens ou d'accepter des services, des contrats relatifs à l'installation d'un système de chauffage, à l'entretien d'une citerne à mazout, à la réparation d'un toit ainsi que des petites ventes à domicile telles que la vente de lait et de pain.

42. Par conséquent, nous ne sommes pas convaincu que la directive qui, selon nous, vise à la protection du consommateur dans les contrats de fournitures de biens ou de services négociés en dehors des établissements commerciaux, s'étende à la protection d'une caution dans les circonstances de la procédure au principal.

43. Nous souhaitons toutefois mettre l'accent sur le fait qu'il ne résulte pas de cette constatation que les États membres ne peuvent pas protéger une caution dans de telles circonstances en prenant des dispositions en droit national. L'article 8 de la directive permet aux États membres d'adopter ou de maintenir des dispositions plus favorables de protection des consommateurs dans le domaine qu'elle couvre. Par conséquent, en l'espèce, il ne serait pas contraire à la directive que la juridiction nationale considère que, en droit allemand, le cautionnement relève de la loi de 1986. En outre, s'il est exact — comme cela a été suggéré dans certaines des observations faites à la Cour — que le défendeur n'était absolument pas informé de la nature de l'engagement auquel il souscrivait et qu'il a même fait l'objet de pressions pour signer ledit engagement, il est tout à fait possible que le droit national dispose d'autres voies de recours fondées notamment sur la tromperie ou l'abus d'influence.

Conclusion

44. Il y a lieu, selon nous, de répondre à la question déférée par le Bundesgerichtshof comme suit:

« Un cautionnement donné à une institution financière en vue de garantir un prêt accordé par cette institution à un tiers, par un particulier qui n'agit pas dans le cadre de son activité professionnelle, ne relève pas du champ d'application de la directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ».