

Oliver Berg
Docteur en droit (Strasbourg) – Doctor iuris (Freiburg i. Br.)
Chargé de cours à l'Université de Lorraine
Avocat au barreau de Paris

Obligation de conseil et autres obligations des professionnels du droit en Allemagne

Le droit allemand connaît, en dehors de la fonction publique, deux professionnels du droit : l'avocat (*Rechtsanwalt*) et le notaire (*Notar*). Le premier, doté d'une mission générale, est « *le conseil et représentant indépendant dans toutes les affaires de droit* », selon le § 3 alinéa 3 de la loi fédérale régissant la profession d'avocat du 1^{er} août 1959 (*Bundesrechtsanwaltsordnung – BRAO*)¹, tout en étant « *serviteur du droit* » (*Rechtspfleger*)². Le notaire, quant à lui, exerce « *un ministère public* » et a pour mission « *d'authentifier des actes juridiques et de remplir d'autres missions relevant de sa fonction de serviteur du droit* », selon le § 1 de la loi fédérale régissant la profession du 13 février 1937 (*Bundesnotarordnung – BNotO*).

La question de savoir si d'autres professionnels peuvent intervenir en droit est gouvernée par la loi du 12 décembre 2007 relative aux « services juridiques » (*Rechtsdienstleistungsgesetz - RDG*)³. En principe, elle réserve l'activité juridique aux professionnels de la matière. Or, une atténuation existe notamment pour certains métiers du chiffre⁴. La loi précise en son § 5 que les « *auditeurs, experts comptables et conseils en fiscalité peuvent, dans les affaires dont ils ont la charge, également traiter les aspects juridiques, à condition que ces aspects aient un rapport direct avec la mission qui leur a été confiée et que cette dernière ne saurait être accomplie correctement sans le conseil juridique en question* ».

Le texte s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence⁵. Par souci de protéger le profane contre les conseils donnés par des non qualifiés⁶, il exclut toute intervention juridique générale par

¹ Les autres sources régissant la matière sont le code de déontologie des avocats du 1^{er} juillet 2006 (*Berufsordnung - BORA*), le code de la spécialisation de l'avocat (*Fachanwaltsordnung* du 29 novembre 1996 – *FAO*) et le code de déontologie des avocats européens du 28 octobre 1988 (*CCBE*).

² § 1er, alinéa 2 BRAO.

³ *BGBI. I S. 2840*.

⁴ V. R. KART, « *Rechtsberatung durch Steuerberater und Wirtschaftsprüfer aus zivil- und versicherungsrechtlicher Sicht* », *Der Betrieb* 2006, p. 991.

⁵ V. sous le régime de l'ancienne loi (le *Rechtsberatungsgesetz* de 1964), la formule consacrée par la jurisprudence : « *Si le client d'un expert comptable ou d'un conseil en fiscalité lui adresse des questions juridiques générales, il doit s'abstenir d'y répondre et le diriger vers un avocat ou un notaire* » (BGH *JurionRS* 1985, 12923 ; *NJW* 1986, 1050).

⁶ V. en ce sens, sous le régime de l'ancienne loi, W. B. VON SCHWEINITZ, *Rechtsberatung durch Juristen und Nichtjuristen, insbesondere durch Wirtschaftsprüfer*, Duncker & Humblot, 1975 p. 222.

un professionnel du chiffre, telle la rédaction de statuts de société⁷, de contrats de travail, de mandats sociaux, de baux ou encore de testaments ; il lui interdit également la représentation devant des autorités administratives ou des tribunaux, sauf atténuations en matière fiscale. En revanche, l'intervention ponctuelle est autorisée, comme l'analyse, sous l'angle du droit fiscal, de telle clause contractuelle⁸ ou d'une résolution sociale, ou encore la recherche en droit de la sécurité sociale, effectuée à l'occasion de la gestion des fiches de paye.

En tout état de cause, celui qui rend un service juridique doit rester à jour des textes et de la jurisprudence, tout en tenant compte des incertitudes pouvant affecter cette dernière⁹. L'avocat et le notaire sont en outre tenus par leur qualité de « serviteurs du droit », s'apparentant à la notion d'auxiliaire de justice, et doivent par conséquent diriger le client dans le sens de comportements honorables, non abusifs et licites¹⁰. Même dans le cadre d'un procès, l'avocat est d'abord au service du droit : il doit ainsi, par exemple, produire des documents relatifs à l'affaire qu'il a en sa possession, plutôt que de les retenir, bien qu'ils soient défavorables à son client¹¹.

Le professionnel du droit doit encore appliquer le principe de la voie du moindre risque (*Prinzip des sichersten Weges*), dégagé dès les débuts du 20^{ème} siècle¹². Il doit recommander, en cas d'options, celle qui comporte le moindre risque pour le client¹³, par exemple au regard d'une jurisprudence incertaine. Le notaire devra ainsi conseiller, s'il existe un doute sur la forme exigée, l'acte notarié, plutôt que l'acte sous seing privé¹⁴. Aussi, il est propre au professionnel du droit de devoir dévoiler ses propres fautes, afin que le client puisse rechercher sa responsabilité professionnelle¹⁵.

L'obligation centrale, cependant, consiste à fournir au client le conseil et les informations dont ce dernier a besoin. L'étendue de cette obligation s'apprécie, d'une part, au regard du standard du professionnel prudent et diligent¹⁶ et, d'autre part, en tenant compte des compétences¹⁷, de la formation et de l'expérience du client¹⁸. Un juriste a un besoin de conseil moindre qu'un profane¹⁹. De même, la jurisprudence tiendra compte de contraintes dans le temps, par exemple en raison de délais de prescription, de la gravité de l'engagement²⁰, voire de la valeur en litige²¹. Conformément au droit commun, la charge de la preuve d'un

⁷ V. en ce sens, sous l'ancienne loi, BGH NJW 1963, 2027.

⁸ V. OLG Düsseldorf 20 juin 1985, 18 U 29/85.

⁹ V. BGH NJW 1973, 364.

¹⁰ V. R. GREGER, J. HEINMANN, in : M. Vollkommer, *Anwaltshaftungsrecht*, 3^{ème} éd., C.H. Beck, München 2009, p. 130.

¹¹ V. BGH VersR 1983, 562 ; BGH NJW 1991, 2280.

¹² B. TREMMEL, M. KARGER, M. LUBER, *Der Amtshaftungsprozess*, 4^{ème} éd., Verlag Franz Vahlen, München 2013, n° 1475 et 1536.

¹³ BGH NJW 2007, 2485 ; BGH NJW 1996, 2648 ; BGH VersR 1987, 1237.

¹⁴ BGH NJW 2002, 3391

¹⁵ BGH NJW 2006, 288 ; R. GREGER, J. HEINMANN, *op. cit.*, p. 149.

¹⁶ V. R. GREGER, J. HEINMANN, *op. cit.*, p. 176.

¹⁷ V. BGH NJW 1995, 331.

¹⁸ V. R. GREGER, J. HEINMANN, *op. cit.*, p. 130 ; B. TREMMEL, M. KARGER, M. LUBER, *op. cit.*, n° 1488.

¹⁹ OLG München NJW 1988, 3013.

²⁰ V. B. TREMMEL, M. KARGER, M. LUBER, *op. cit.*, n° 1488, citant l'exemple du cautionnement.

²¹ BGH NJW 2007, 2485.

manquement incombe au client²². S'agissant du contenu concret de l'obligation de conseil et d'information, intimement lié à la fonction du professionnel en question, le droit allemand distingue l'avocat (I) du notaire (II).

I) L'avocat

L'avocat est tenu par une obligation générale de conseil et d'information à l'égard de son client. Selon la formule consacrée, « *l'avocat doit à son client, sauf si ce dernier ne sollicite qu'un renseignement ponctuel, une information générale, et, autant que se peut, exhaustive* »²³. Si ce devoir bénéficie au « client », il en va autrement pour les tiers, de sorte que l'avocat-rédacteur d'actes, même s'il est le seul conseil impliqué, n'est pas tenu envers les autres parties²⁴, ce qui découle logiquement de sa fonction d'acteur partial.

En matière procédurale, l'avocat doit plus précisément informer le client « *sur la nécessité, les chances et les risques d'un procès, si le client n'est pas en mesure d'y procéder lui-même. Il doit surtout analyser le litige pour pouvoir dire si le résultat processuel recherché par le client peut être atteint* »²⁵. Plus précisément, il doit mettre le client en mesure d'apprécier l'opportunité d'agir et la voie appropriée²⁶, indiquer les chances de succès²⁷, mais sans devoir préciser un pourcentage²⁸, et modérer, le cas échéant, l'optimisme excessif de son client.

Surtout, il doit éclairer le client sur les risques du procès²⁹, sans pouvoir s'abriter derrière une formule générale³⁰, par exemple mettre en garde contre une jurisprudence défavorable³¹. D'aucuns estiment qu'il doit même tenir compte de « l'imprévisibilité des décisions de justice » et, si l'affaire s'y prête, informer le client sur l'existence de voies extra-judiciaires, telles la médiation ou la conciliation³². En tout état de cause, il doit déconseiller un recours en cas d'impossibilité de faire exécuter la décision³³.

Que ce soit au contentieux, en conseil ou lors de la rédaction d'actes, selon la jurisprudence allemande, l'avocat est « aussi conseiller économique » de son client³⁴, devant l'avertir des risques et implications financières des actes envisagés. Chacun est censé savoir que la partie

²² V. R. GREGER, J. HEINMANN, *op. cit.*, p. 140. Sauf disposition contraire. Elles sont cependant rares – par exemple, une obligation d'information sur les honoraires en cas de calcul sur la base de la valeur en litige (49b BRAO).

²³ BGH *VersR* 1960, 932 ; également, BGH *NJW* 1988, 563 ; BGH *NJW* 1996, 2648.

²⁴ En l'absence de jurisprudence, cela découle de la logique du droit allemand et des décisions relatives aux professionnels exerçant deux métiers juridiques, notamment avocat et notaire, comme c'est permis dans certains *Länder* (V. R. GREGER, J. HEINMANN, *op. cit.*, p. 12). Ainsi, l'avocat-notaire agissant comme conseil impartial de toutes les parties, agit en qualité de notaire (BGH *NJW* 1997, 661), alors que celui qui agit dans l'intérêt d'une partie, exerce sa fonction d'avocat (BGH *NJW* 2000, 734 ; BGH *NJW* 1993, 2747).

²⁵ BGH *VersR* 1963, 387 ; v. également, BGH *NJW* 1988, 2113.

²⁶ BGH *NJW* 1996, 2648 ; R. GREGER, J. HEINMANN, *op. cit.*, p. 127.

²⁷ BGH *NJW* 1997, 2168

²⁸ V. R. GREGER, J. HEINMANN, *op. cit.*, p. 134.

²⁹ *Op. cit.*, p. 132

³⁰ V. BGH *NJW-RR* 2000, 791, du type, « tout procès comporte des risques ».

³¹ BGH *NJW* 1983, 820 ; BGH *NJW* 2002, 1048.

³² En ce sens, R. GREGER, J. HEINMANN, *op. cit.*, p. 133.

³³ V. BGH *VersR* 2004, 738 (insolvabilité du débiteur).

³⁴ RG *JW* 1932, 2855 ; également, BGH *NJW* 1993, 2045 ; BGH *NJW* 1988, 563 ; BGH *NJW* 1996, 2648.

perdante supporte les frais de procédure³⁵. En revanche, selon le principe de bonne foi dans l'exécution des contrats, l'avocat doit spontanément renseigner le client qui se fait manifestement une fausse idée des frais³⁶ ou qui ne voit pas la disproportion manifeste entre ceux-ci et le résultat susceptible d'être atteint³⁷. Il doit aussi l'informer de son droit à l'aide juridictionnelle³⁸. En revanche, malgré quelques voix dissonantes, il n'est pas tenu de l'interroger sur l'existence d'une assurance de protection juridique³⁹. Mais l'avocat n'est pas le seul débiteur d'une obligation d'information et de conseil – il en va de même pour le notaire.

II) Le notaire

Le notaire est impartial, ce qui le distingue de l'avocat. Le § 14 BNotG précise en ce sens que le notaire « *n'est pas le représentant d'une partie, mais un conseil indépendant et impartial des personnes concernées.* »

Ses obligations découlent notamment de la loi relative aux actes authentiques du 28 août 1969 (*Beurkundungsgesetz – BeurkG*)⁴⁰. Elle précise que le notaire est tenu par un devoir de « vérification, de conseil et d'information » à l'égard des participants à l'acte (*Prüfungs- und Belehrungspflicht*), sachant que sa responsabilité s'étend aussi aux tiers ayant un intérêt dans l'acte⁴¹. Ainsi, selon § 17 alinéa 1^{er} de la loi, « *le notaire doit rechercher la volonté des participants, vérifier les faits, informer les participants de la portée juridique de l'acte et reproduire leurs déclarations de façon claire et non équivoque dans l'acte. Il doit veiller à ce que des erreurs et des doutes soient évités et à ce que des participants inexpérimentés ne soient pas désavantagés.* »

Cette obligation s'impose d'abord au notaire qui remplit des missions relevant de son office *stricto sensu*, et qu'il n'est d'ailleurs pas en droit de refuser : constater et certifier l'exactitude de faits et déclarations ou conférer un caractère authentique à un écrit.

Mais elle s'impose également au notaire qui accepte de rédiger un projet d'acte⁴², étant entendu que ce projet sera, le plus souvent, authentifié *in fine* par lui-même. Il devra rechercher la véritable intention des parties en cas de doutes et prendre en compte les intérêts de tous pour atteindre un équilibre, au besoin en les interrogeant sur leurs motifs. Il engage ainsi sa responsabilité si le contrat « n'est pas équilibré et conforme aux intérêts de tous les participants »⁴³. De même, il devra spontanément les renseigner sur des conséquences qu'ils

³⁵ V. BGH NJW 1998, 3486 ; R. GREGER, J. HEINMANN, *op. cit.*, p. 137.

³⁶ BGH NJW 1998, 3486.

³⁷ BGH NJW 2007, 3332.

³⁸ V. R. GREGER, J. HEINMANN, *op. cit.*, p. 139.

³⁹ *Op. cit.*, p. 140.

⁴⁰ BGBl. I S. 1513. A ce sujet, v. B. TREMMEL, M. KARGER, M. LUBER, *op. cit.*, n° no 1457 et ss.

⁴¹ *Op. cit.*, n° 1527.

⁴² BGH VersR 1972, 1049 ; BGH VersR 1984, 946.

⁴³ BGH MW 1988, 337 (pour un contrat ne prévoyant pas de moyen pour y mettre fin dans des conditions équitables).

semblent ignorer⁴⁴, par exemple, sur la responsabilité personnelle résultant d'une acquisition de parts d'une société en commandite⁴⁵ ou les effets de rangs hypothécaires⁴⁶.

* * *

⁴⁴ BGH *NJW* 2007, 3566.

⁴⁵ OLG Karlsruhe *VersR* 1982, 197.

⁴⁶ BGH *NJW* 1993, 2741.