

La nature juridique de la responsabilité des professionnels du droit (Droit allemand)

Jonas KNETSCH
Professeur à l'Université de La Réunion

jonas.knetsch@univ-reunion.fr

Une présentation exhaustive des professions juridiques en Allemagne se heurte à leur éclatement. Contrairement au droit français qui a rationalisé progressivement l'organisation des professionnels du droit depuis la fin des années 1990, le système juridique allemand est toujours marqué par un nombre important de professions différentes, résultat d'une volonté politique d'ouvrir le marché des services juridiques à un plus grand nombre d'acteurs¹. Aux côtés des professions juridiques classiques, telles que les notaires (*Notare*)², les avocats (*Rechtsanwälte*)³ et les huissiers de justice (*Gerichtsvollzieher*)⁴, il existe également des professions juridiques que l'on pourrait qualifier de complémentaires : les conseillers fiscaux (*Steuerberater*) habilités à fournir des conseils juridiques en matière fiscale⁵, les prestataires de services juridiques (*Rechtsdienstleister*) au sens de la loi du 12 décembre 2007 exerçant une activité juridique à titre accessoire⁶, ainsi que les auditeurs (*Wirtschaftsprüfer*)⁷.

Dès lors que l'un de ces professionnels manque à ses obligations professionnelles et cause à autrui un dommage, la personne lésée (*Geschädigter*) pourra faire valoir un droit à réparation. La nature juridique de cette responsabilité ainsi que le débiteur de la réparation varient fortement selon les professions et dépendent principalement d'un rattachement ou d'une autonomie de la profession concernée vis-à-vis

¹ Sur cet objectif, cf. not. M. KLEINE-COSACK, « Offener Wettbewerb auf dem Rechtsberatungsmarkt », *DB* 2006, p. 2797.

² L'accès à la profession notariale et son exercice sont régis principalement par la Loi fédérale relative au notariat (*Bundesnotarordnung [BNotO]*).

³ Sur les conditions d'accès et d'exercice de cette profession, cf. la Loi fédérale relative aux avocats (*Bundesrechtsanwaltsordnung [BRAO]*).

⁴ Le corps des huissiers de justice est évoqué par le seul § 154 de la Loi sur l'organisation juridictionnelle (*Gerichtsverfassungsgesetz [GVG]*). Selon ce texte, les huissiers de justice sont « des fonctionnaires chargés des significations, des convocations et des exécutions » (traduction de l'auteur).

⁵ Cf. § 33 de la Loi sur le conseil fiscal (*Steuerberatungsgesetz [StBerG]*).

⁶ Sur cette loi, cf. not. M. HENSSLER/C. DECKENBROCK, « Neue Regeln für den deutschen Rechtsberatungsmarkt », *DB* 2008, p. 41.

⁷ La Loi relative aux auditeurs (*Wirtschaftsprüferordnung [WPO]*) autorise ces professionnels à fournir des conseils juridiques, lorsque ceci est nécessaire pour certifier les comptes de son mandant. Cf. R. KARL, « Rechtsberatung durch Steuerberater und Wirtschaftsprüfer aus zivil- und versicherungsrechtlicher Sicht », *DB* 2006, p. 991.

de l'administration publique. On peut ainsi observer, en droit allemand, une gradation de la nature des responsabilités professionnelles en fonction de la proximité des professions avec le service public de la justice. Les métiers d'avocat, de conseiller fiscal et de prestataires de services juridiques étant des professions libérales et, de ce fait, indépendantes des autorités publiques, leur responsabilité professionnelle a une nature nécessairement civile. Les notaires allemands, en revanche, exercent une activité rattachée au service public de la justice et relèvent, dès lors, des règles sur la responsabilité de l'agent public (*Amtshaftung*) dont certaines reçoivent exception en raison de l'autonomie importante dont la profession est investie par la loi. Enfin, les huissiers de justice, en leur qualité de fonctionnaires des Länder, n'engagent pas en principe leur responsabilité personnelle, la réparation du dommage étant supportée par leur administration de rattachement au titre de la responsabilité de la puissance publique (*Staatshaftung*).

En nous concentrant sur les professions d'avocat, de notaire et d'huissier de justice, nous aborderons successivement ces trois modèles de responsabilité ainsi que les enjeux qui sont liés à leur nature juridique.

I. La responsabilité civile de l'avocat fondée sur le contrat de prestation de service

Le procès en responsabilité contre l'avocat (*Regressklage*) est, dans la très grande majorité des cas, fondé sur l'inexécution de l'une des obligations nées du contrat qui le lie à son client. Cette responsabilité contractuelle ne découle pas d'un texte spécifique, mais de la théorie générale des obligations (*allgemeines Schuldrecht*) et, plus précisément, du § 280 BGB qui oblige la partie ayant manqué à ses obligations contractuelles à réparer le dommage qui en découle⁸. Bien que l'on qualifie, dans le langage courant, de « Mandat » le contrat formé entre l'avocat et son client, cette appellation est trompeuse, car il s'agit en réalité d'un contrat de gestion d'affaires (*Geschäftsbesorgungsvertrag*), variante du contrat de service (*Dienstvertrag*) et du contrat d'entreprise (*Werkvertrag*), auquel le § 675 BGB rend applicables certaines dispositions du contrat de mandat à titre gratuit (*Auftrag*)⁹.

Si le droit commun occupe ainsi une place primordiale, le Loi fédérale relative aux avocats (BRAO) écarte l'application du droit commun des obligations en matière

⁸ Pour un aperçu de la structure de la théorie générale de l'inexécution contractuelle (*Leistungsstörungenrecht*) depuis la réforme du droit des obligations de 2002, cf. en langue française M. FROMONT, « Les effets de l'inexécution du contrat en Allemagne depuis la réforme du droit des obligations », in : *Mélanges Daniel Tricot*, 2011, p. 99.

⁹ Sur la difficile distinction entre *Geschäftsbesorgungsvertrag* et *Dienst-/Werkvertrag*, cf. not. P. HEERMANN, in : *Münchener Kommentar zum BGB*, t. 4 : *Schuldrecht Besonderer Teil II*, 6^e éd. 2012, § 675, n^{os} 2 et s.

de responsabilité précontractuelle. Aux termes du § 44 BRAO, l'avocat qui refuserait tardivement l'offre d'un client potentiel, devra réparer le préjudice lié au retard (*Verzugsschaden*), si ce retard est constitutif d'une négligence de sa part. Dans ce cas, la responsabilité prévue au § 44 BRAO évince le régime général de responsabilité précontractuelle issu des §§ 280 al. 1^{er} et 311 al. 2 BGB¹⁰.

Lorsque les prestations de conseil ou de représentation juridiques n'ont pas été fournies par un avocat individuel (*Einzelanwalt*), mais par un avocat exerçant sa profession dans le cadre d'une société d'avocats (*Anwaltssozietät*), la jurisprudence estime que le contrat a été conclu avec la société d'avocats en tant que telle¹¹. Depuis un revirement de jurisprudence de la Cour de justice fédérale (BGH), les sociétés civiles (*BGB-Gesellschaften*) dont les sociétés d'avocats font généralement partie¹², sont dotées de la capacité juridique et peuvent à ce titre engager leur responsabilité civile, sans être pour autant dotées de la personnalité morale¹³. En plus de la société elle-même, le client pourra également assigner l'ensemble des associés de la société d'avocats au titre de leur responsabilité personnelle accessoire (*akzessorische Sozienthaftung*) sur le fondement d'une application analogue du § 128 du Code de commerce (*Handelsgesetzbuch [HGB]*). Pour éviter le risque d'une responsabilité personnelle, les associés devront alors prévoir une stipulation expresse dans le contrat de société¹⁴ ou fonder une société de partenariat (*Partnerschaftsgesellschaft*)¹⁵ ou une société d'avocats à responsabilité limitée (*Rechtsanwalts-GmbH*)¹⁶.

Signalons enfin que l'action en responsabilité professionnelle de l'avocat devra être portée devant les juridictions civiles en vertu des §§ 23 à 23b et 71 GVG, en respectant les règles du droit commun de la prescription (§§ 195 et 199 BGB)¹⁷.

¹⁰ G. BÖHNLEIN, in : W. Feuerich/D. Weyland (sous la dir.), *Bundesrechtsanwaltsordnung*, 8^e éd. 2012, § 44, n° 12 et s. ainsi que M. KILIAN, in: M. Henssler/H. Prütting (sous la dir.), *BRAO Bundesrechtsanwaltsordnung*, 4^e éd. 2014, § 44, n° 4 et 17.

¹¹ Sauf si l'avocat ou la société d'avocats assignés prouve que le manquement s'inscrit dans le cadre d'un « mandat individuel » (*Einzelmandat*), ce qui est plus facilement admis en matière pénale qu'en matière civile. Sur cette question, cf. W. HARTUNG, « Mandatsvertrag – Das Einzelmandat in der Anwaltssozietät », *MDR* 2002, p. 1224..

¹² Cf. en ce sens BGH, 20 juin 1996, réf. IX ZR 248/95, *NJW* 1996, p. 2859.

¹³ BGH, 29 janvier 2001, réf. II ZR 331/00, *BGHZ* 146, 341 ; *NJW* 2001, p. 993, note K. SCHMIDT. Sur ce revirement majeur, cf. entre autres K.-S. SCHOLZ, « Die BGB-Gesellschaft nach dem Grundsatzurteil des BGH vom 29. 1. 2001 », *NZG* 2002, p. 153.

¹⁴ V. aussi § 51a BRAO.

¹⁵ Sur la loi du 25 juillet 1994 introduisant une société de partenariat (*PartGG*), cf. M. HENSSLER, *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*, 2^e éd. 2008, *passim*.

¹⁶ Cf. §§ 59c et s. BRAO. Sur ces textes, cf. R. BRÜGGEMANN, in : W. Feuerich/D. Weyland (sous la dir.), *Bundesrechtsanwaltsordnung*, 8^e éd. 2012, § 59 c, *Vorbemerkungen*.

¹⁷ Les règles de prescription spécifiques prévues par l'ancien § 51b BRAO ont été supprimées par la loi du 9 décembre 2004, entrée en vigueur le 15 décembre 2004. – Depuis cette date, les règles générales de la prescription sont applicables : Selon § 195 BGB, l'action se prescrit dans les trois ans à compter de la fin de l'année civile au cours de laquelle est née la prétention (*Anspruch*) du demandeur et que celui-

II. La responsabilité professionnelle du notaire rattachée à la responsabilité de l'agent public (*Amtshaftung*)

En raison du rattachement de l'activité notariale à l'action publique (*öffentlich-rechtliche Amtstätigkeit*), la responsabilité professionnelle du notaire ne relève pas de la responsabilité contractuelle de droit commun, mais du régime de responsabilité applicable aux agents publics (*Amtshaftung*). Aussi, le § 19 de la Loi fédérale relative au notariat (BNotO) constitue-t-il le fondement exclusif d'une action en responsabilité contre un notaire, même lorsque celui-ci a fourni des prestations de conseil individualisées ou qu'il a fait office de dépositaire¹⁸. Tout en réservant le jeu de règles particulières pour tenir compte des spécificités du notariat, le § 19 al. 1^{er} phrase 3 BNotO opère un renvoi au § 839 BGB qui est le fondement de la responsabilité générale des agents publics.

Contrairement au droit français, la responsabilité professionnelle des notaires ne ressortit pas, en droit allemand, au droit public. En effet, la responsabilité des agents publics est régie par les textes du BGB et, surtout, relève de la compétence des juridictions civiles et non pas du juge administratif¹⁹. Pour respecter l'indépendance et de l'autonomie du notaire dans l'exercice de ses fonctions, le § 19 al. 1^{er} *in fine* BNotO écarte l'une des caractéristiques essentielles de la responsabilité de droit commun de l'agent public en précisant que le notaire engage sa responsabilité *personnelle*. Cela signifie que l'État ne se substitue pas au notaire défaillant, mais que c'est bien le notaire qui est tenu de réparer personnellement les conséquences dommageables de son manquement²⁰.

Une autre conséquence du rattachement de la responsabilité des notaires au régime de la responsabilité des agents publics est la condition de subsidiarité rappé-

ci a eu ou aurait dû avoir connaissance de ses conditions. En vertu du § 199 al. 3 BGB, la prescription est également acquise 10 ans après la survenance du dommage (1^o) et 30 ans après le fait dommageable (*schädigende Handlung*) (2^o). Sur ces règles, cf. en particulier H.-P. MANSEL/C. BUDZIKIEWICZ, « Neue Verjährungsfristen, insbesondere für die Anwaltshaftung und im Gesellschaftsrecht », *NJW* 2005, p. 321 ainsi que, en langue française, Y. LEVANO, « La prescription extinctive en droit allemand après la réforme du droit des obligations », *RID comp.* 2004, p. 957.

¹⁸ Cf. H.-G. GANTER/C. HERTEL/H. WÖSTMANN, *Handbuch Notarhaftung*, 2^e éd. 2009, n^{os} 289 et s. avec de nombreuses références.

¹⁹ Selon § 19 al. 3 BNotO, la compétence est attribuée aux *Landgerichte* (qui correspondent aux tribunaux de grande instance français), quel que soit l'enjeu du litige. – Sur les raisons qui expliquent l'incompétence des juridictions administratives (*Verwaltungsgerichte*) dans ce domaine, cf. A. JACQUEMET-GAUCHÉ, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne*, th. Grenoble 2, LGDJ, 2013, n^{os} 40 et s.

²⁰ Une exception est toutefois prévue pour les notaires qui officient dans les anciens Länder de Württemberg et de Bade où les notaires sont des fonctionnaires et n'engagent pas leur responsabilité personnelle, mais celle du Land (§ 114 et s. BNotO). Sur cette exception (qui sera supprimée d'ici le 1^{er} janvier 2018) et le rôle des *Notare im Landesdienst* dans ces circonscriptions, cf. S. GÖRK, in : H. Schipfel/U. Bracker (sous la dir.), *Bundesnotarordnung*, 9^e éd. 2011, § 114, n^{os} 1 et s.

lée au § 19 al. 1^{er} phrase 2 BNotO²¹. Selon ce texte, une action en responsabilité ne peut être engagée contre le notaire qu'en l'absence de tout autre débiteur de la réparation du dommage²². La preuve de l'inexistence d'un autre droit à réparation fait ainsi partie des conditions de la responsabilité du notaire. Dès lors que le justiciable peut obtenir la réparation du dommage d'un autre professionnel (avocat, conseiller fiscal, agent immobilier), il sera débouté de son action en responsabilité contre le notaire. Cette subsidiarité est cependant écartée en cas de faute intentionnelle du notaire ainsi que pour les dommages qui ont été causés dans le cadre d'une consignation (*Verwahrung*) ou de l'assistance juridique (*notarielle Rechtsbetreuung*), notamment en cas de préparation d'un acte juridique²³.

Ensuite, par renvoi au § 839 al. 3 BGB régissant la responsabilité de l'agent public, la responsabilité du notaire n'est pas engagée lorsque la victime n'a pas empêché la survenance du dommage en soulevant à temps un « moyen de droit » (*Rechtsmittel*) qui était à sa disposition. La jurisprudence entend par là non seulement les actions en justice, mais tout rappel, contestation ou plainte que le justiciable aurait pu effectuer pour empêcher la réalisation du dommage²⁴. Le notaire n'encourra pas sa responsabilité par exemple, si son client ne l'a pas averti, par négligence, d'une inexactitude dans la rédaction d'un acte. Cette circonstance, prise en compte en droit commun de la responsabilité civile comme une faute contributive de la victime entraînant une exonération totale ou partielle (§ 254 BGB), a ici pour conséquence l'exonération totale du notaire, quelle que soit la gravité de la négligence de la victime²⁵.

Enfin, empruntant son régime à la responsabilité civile, la prescription de l'action en responsabilité contre le notaire se prescrit selon les règles générales des §§ 195 et 199 BGB²⁶.

²¹ Cette condition est également prévue au § 839 al. 1^{er} phrase 2 BGB. Sur cette caractéristique de la *Amtshaftung* en droit allemand, cf. l'étude plus générale W. FUTTER, « Zur Anwendbarkeit der Subsidiaritätsklausel im Staatshaftungsrecht », *NJW* 1977, p. 1225.

²² Dans sa version originale, ce texte dispose que « fällt dem Notar nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag ».

²³ § 19 al. 1 phrase 2 BNotO qui renvoie aux §§ 23 et 24 du même texte. Cf. S. SCHRAMM, in : H. Schippel/U. Bracker (sous la dir.), *Bundesnotarordnung*, 9^e éd. 2011, § 19, n^{os} 120 et s.

²⁴ Cf. S. SCHRAMM, *op. cit.*, § 19, n^{os} 128 et s. ainsi que H.-J. PAPIER, in : *Münchener Kommentar zum BGB*, t. 5 : *Schuldrecht Besonderer Teil III*, 6^e éd. 2012, § 839, n^{os} 331 et s.

²⁵ Sur le rapport entre § 254 et § 839 al. 3 BGB, cf. en particulier H.-J. PAPIER, *op. cit.*, § 839, n^o 329.

²⁶ Pour plus de détails, cf. *supra* note 17.

III. La responsabilité de l'État pour manquement de l'huissier de justice à ses obligations professionnelles

La loi allemande fait des huissiers de justice des fonctionnaires des Länder dans lesquelles ils exercent leur profession. En raison de ce statut, le lien de droit existant entre l'huissier et son mandant (*Auftraggeber*) ne repose pas sur un contrat de droit privé, mais sur un rapport de droit public (*öffentlich-rechtliches Verhältnis*)²⁷. Dès lors, l'huissier de justice, exerçant son activité en tant qu'agent de l'État, relève pleinement des règles sur la responsabilité de l'agent public (*Amtshaftung*). Cela implique en principe que, contrairement au notaire, l'huissier de justice n'engage pas sa responsabilité personnelle, car il bénéficie de la garantie de l'État en vertu du § 839 BGB et de l'article 34 de la Loi fondamentale²⁸.

L'action en responsabilité devra alors être intentée contre le Land dans lequel officie l'huissier devant les juridictions civiles, en respectant les règles de prescription de droit commun²⁹.

²⁷ Cf. L. HAERTLEIN, in : J. Kindl/C. Meller-Hannich/H.-J. Wolf (sous la dir.), *Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung*, 2^e éd. 2013, sous 9., nos 2 et 19 et s. ainsi que l'étude détaillée du même auteur *Exekutionsintervention und Haftung*, 2008.

²⁸ Par exception, une responsabilité personnelle de l'huissier de justice est admise lorsque celui-ci a mal exécuté ses obligations issues d'un contrat de séquestre (*Sequestrationsvertrag*), tel que mentionné par le § 938 al. 2 ZPO. Cf. BGH, 9 novembre 2000, III ZR 314/99, *NJW* 2001, p. 434.

²⁹ Cf. *supra* note 17 ainsi que H.-J. PAPIER, *op. cit.*, § 839, nos 353 et s.