

**Les préjudices réparables au titre de
la responsabilité des professionnels du droit**
(Droit allemand)

Jonas KNETSCH
Professeur à l'Université de La Réunion

jonas.knetsch@univ-reunion.fr

La question de l'étendue de la réparation des dommages causés par les professionnels du droit relève, en droit allemand, des règles générales relatives à l'inexécution des obligations (§§ 249 et s. BGB), lesquelles s'appliquent à la responsabilité contractuelle ainsi qu'à la responsabilité délictuelle. La responsabilité professionnelle (*Berufshaftung*) ne présente ainsi que très peu de spécificités au regard de la responsabilité civile générale (*allgemeines Haftungsrecht*). Dans les deux cas, le *quantum* de la réparation est déterminé à partir de la *Differenzhypothese*, c'est-à-dire à partir d'une comparaison de la situation du demandeur avant et après le fait générateur de responsabilité¹. Le § 249 al. 1^{er} BGB dispose en effet que « celui qui est tenu de réparer un dommage, doit rétablir l'état des choses qui aurait existé, si le fait qui a donné lieu à cette obligation n'était pas survenu »².

S'il découle de ce texte une relative proximité avec le principe de réparation intégrale connu du droit français, il ne faut pas oublier les spécificités du droit allemand de la responsabilité civile. La conception restrictive des préjudices réparables, propre au système juridique allemand, a pour conséquence que la réparation due au titre de la responsabilité professionnelle est cantonnée aux chefs de préjudice patrimoniaux (I) et que les juridictions refusent de consacrer la notion de perte de chance (II). Plus spécifiquement, les accords portant sur une limitation de la réparation (*Haftungsbegrenzung*) sont fortement encadrées en matière de responsabilité professionnelle (III)³.

¹ Sur cet aspect en langue française, v. F. FERRAND, *Droit privé allemand*, 1997, n^{os} 442 et s. – Plus largement sur cette question dans une perspective comparatiste, v. H. STOLL, « Consequences of Liability: Remedies », in : *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI : *Torts*, chap. 8, n^{os} 35 et s.

² Traduction de l'auteur.

³ Quant à la subsidiarité de la responsabilité du notaire en droit allemand, elle découle de son rattachement à la responsabilité de l'agent public pour faute (*Amtshaftung*), c'est-à-dire de sa nature juridique. Nous avons donc pris le parti d'en traiter dans le rapport consacré à ce thème et d'y renvoyer le lecteur.

I. Une réparation cantonnée au préjudice patrimonial (*Vermögensschaden*)

En cas de manquement du professionnel du droit à ses obligations, le demandeur à l'action en responsabilité peut réclamer la réparation de son préjudice patrimonial (*Vermögensschaden*). Pour fixer le montant des dommages-intérêts, le juge identifiera le dommage qui a été causé par le manquement (*kausaler Schaden*) en procédant à une reconstruction hypothétique des faits. Il cherchera à déterminer la consistance fictive du patrimoine du demandeur, en imaginant que le manquement du professionnel du droit (notaire, avocat, huissier de justice ...) n'ait jamais eu lieu.

Si le manquement du professionnel est lié à une procédure en cours ou une procédure envisagée, le juge saisi de l'action en responsabilité professionnelle (*Regressgericht*) devra reconstruire la procédure qui n'a pu être menée à cause du manquement ou dont l'issue a été influencée par celui-ci⁴. Cela signifie que sa démarche devra se faire en deux temps : Le juge devra tout d'abord statuer sur le bien-fondé de l'action en responsabilité professionnelle. Si les conditions de cette dernière sont réunies, il devra ensuite identifier l'issue probable de la procédure juridictionnelle préalable (*Vorprozess*), telle qu'elle aurait été jugée si le manquement n'avait pas eu lieu. La Cour fédérale de justice (BGH) a rappelé, à de nombreuses reprises, que le déroulement hypothétique du procès (*hypothetischer Prozessverlauf*) doit être reconstruit en application de la réglementation en vigueur au moment de celui-ci, peu importe que les règles juridiques applicables en l'espèce aient été modifiées entre-temps⁵.

Afin d'obtenir réparation de son préjudice patrimonial, le demandeur devra ainsi prouver que, sans la faute du professionnel, le procès litigieux aurait été gagné avec une quasi-certitude (*mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit*). Cette charge probatoire est allégée par le § 287 al. 1^{er} du Code de procédure civile (ZPO) selon lequel le juge devra tenir un fait pour établi lorsque sa probabilité démontrée à partir d'éléments produits par le demandeur s'avère prépondérante⁶. Favorables à une réparation du préjudice patrimonial allégué par le demandeur, de nombreux arrêts ont

⁴ Sur ce point, cf. L. KOCH/M. KILIAN, *Anwaltliches Berufsrecht*, 2007, n° 585 (« hypothetischer Tatsachenverlauf ») ainsi que, de manière plus détaillée, B. BORGMANN, *Anwaltshaftung*, 5^e éd. 2014, § 29, nos 97 et s. – Pour la responsabilité des notaires, cf. S. SCHRAMM, in : H. Schippel/U. Bracker (sous la dir.), *Bundesnotarordnung*, 9^e éd. 2011, § 19, n° 92.

⁵ Cf. en dernier lieu, BGH, 6 octobre 2005, réf. IX ZR 111/02, NJW 2006, p. 288.

⁶ Le § 287 ZPO dispose que « lorsque les parties contestent l'existence d'un dommage et son étendue, le juge statue souverainement sur ces éléments en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce » (traduction de l'auteur). Sur ce texte en général et son interprétation dans le domaine de la responsabilité civile, cf. H. OETKER, in : *Münchener Kommentar BGB*, t. 2 : *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 6^e éd. 2012, § 249, nos 499 et s.

appliqué cette règle probatoire à la responsabilité professionnelle des notaires et des avocats⁷.

Pour l'instant, la jurisprudence allemande a refusé d'accorder, dans le cadre d'une action en responsabilité intentée contre un professionnel du droit⁸, la réparation d'un préjudice extrapatrimonial (*Nichtvermögensschaden*). Ce rejet s'explique tout d'abord par le § 253 al. 1^{er} BGB selon lequel la réparation d'un préjudice extrapatrimonial n'est admise que dans les cas où la loi en dispose ainsi⁹. L'alinéa 2 de ce texte prévoit ainsi l'octroi de dommages-intérêts « pour un préjudice qui n'est pas un préjudice patrimonial »¹⁰ à condition que le devoir de réparation résulte d'une atteinte à l'intégrité physique, à la santé, à la liberté ou à l'autonomie sexuelle du demandeur.

La réparation du préjudice moral se trouve également limitée par la théorie de la relativité aquilienne (*Lehre vom Schutzzweck der Norm*). Selon cette théorie, n'est réparable que le dommage qui est relatif à un intérêt que l'obligation violée avait pour but de protéger¹¹. Or, les obligations professionnelles d'un avocat ou d'un notaire ont, le plus souvent, une visée exclusivement patrimoniale, ce qui fait obstacle à la réparation d'un préjudice moral. Dans l'une des rares décisions rendues sur cette question, la Cour fédérale de justice a rappelé cette limitation dans les termes suivants : « La mauvaise exécution d'un contrat qui lie l'avocat à son client et qui n'a pas pour objet la protection des intérêts extrapatrimoniaux cités par le § 253 al. 2 BGB ne peut en principe donner lieu à une indemnisation du préjudice moral (*Schmerzensgeldanspruch*) »¹². Dans cette même décision et par un *obiter dictum*, la Cour admet cependant la réparation du préjudice moral par l'avocat, dès lors que les obligations professionnelles de celui-ci avaient également pour but la sauvegarde de l'un des

⁷ S'agissant de la responsabilité professionnelle des avocats, cf. les références rapportées par B. BORGMANN, in : H.-U. Büchting/B. Heusen (sous la dir.), *Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch*, 10^e éd. 2011, § 51, n° 34. Pour les notaires, cf. S. SCHRAMM, *op. cit.*, § 19, n° 76 avec des références.

⁸ Il faut cependant réserver l'action en responsabilité fondée sur une atteinte à l'intégrité physique imputable au professionnel du droit. Un auteur cite, à ce propos, l'exemple d'un accident survenu dans une cage d'escalier mal entretenue d'un cabinet d'avocats (G. SCHIEMANN, Note sous BGH, 9 juillet 2009, réf. IX ZR 88/08, JZ 2011, p. 526).

⁹ Sur cette caractéristique du droit allemand, cf. C. WITZ, *Le droit allemand*, 2^e éd. 2013, p. 127 et s. ainsi que, de manière plus détaillée, O. BERG, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages*, th. Paris 1, Bruylant/LGDJ, 2006, n°s 91 et s.

¹⁰ Cette formule assez lourde s'explique par la volonté du législateur de ne pas codifier la notion imprecise de *Schmerzensgeld*, pourtant largement employée dans la doctrine juridique.

¹¹ Sur cette théorie, cf. dans la littérature francophone O. BERG, « L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française », *RTD civ.* 2006, p. 53, n°s 24 et s.

¹² BGH, 9 juillet 2009, réf. IX ZR 88/08, JZ 2011, p. 524, note G. SCHIEMANN ; *VersR* 2010, p. 211 et p. 601, note A. DRUCKENBRODT. Cf. aussi sur cette décision l'analyse en langue française de Ph. GUEZ, consultable sur le site internet <http://m2bde.u-paris10.fr/content/allemande-la-possibilite-d-obtenir-reparation-d-un-prejudice-moral-pour-mauvaise-execution-d>.

intérêts fondamentaux de son client (liberté individuelle, intégrité physique, etc.)¹³. Par exemple, le manquement d'un avocat pénaliste ayant conduit à l'incarcération ou au maintien en détention de son client peut conduire à l'octroi d'une indemnité pour atteinte à un intérêt extrapatrimonial (*Schmerzensgeld*)¹⁴.

II. L'exclusion de la notion de perte de chance

Le droit allemand de la responsabilité civile exclut la réparation de la perte d'une chance. La notion même de perte de chance (*verlorene Chancen*) est relativement méconnue dans la doctrine et la jurisprudence allemandes¹⁵. Ce refus s'explique avant tout par le § 252 BGB qui limite la réparation du gain manqué aux sommes « qu'il était possible d'espérer avec vraisemblance d'après le cours normal des choses ou d'après les circonstances particulières »¹⁶. Si la lettre de ce texte n'indique pas nécessairement un refus de réparer la perte de chance, les juridictions allemandes l'ont toujours interprété dans un sens restrictif, probablement pour éviter un élargissement trop massif de la responsabilité (*Haftungsausuferung*)¹⁷.

S'agissant des actions en responsabilité intentées contre les professionnels du droit, la Cour de justice fédérale ne s'est jamais écartée du système du « tout ou rien » (*Alles-oder-Nichts-Prinzip*) qui découle du rejet de la notion de perte de chance¹⁸. Tout dépend ainsi de la démonstration du déroulement fictif du procès litigieux par le demandeur. Dès lors que le demandeur parvient à prouver que le manquement de l'avocat ou du notaire l'a privé d'une issue favorable, le juge accueillera l'action en responsabilité. Si, à l'inverse, cette preuve n'est pas rapportée, l'action sera rejetée, la jurisprudence n'ayant jamais accordé une indemnisation partielle sous la forme d'une réparation de la perte d'une chance de gagner le procès¹⁹. Assez peu nombreuses, des propositions doctrinales en ce sens²⁰ n'ont pas été accueillies favorable-

¹³ Sur ce cas de figure, cf. aussi B. CHAB, « Neue Regressprobleme im strafrechtlichen Mandat », *AnwBl* 2005, p. 497 ainsi que H. ZUGEHÖR/G. FISCHER *et al.*, *Handbuch der Anwaltshaftung*, 3^e éd. 2011, n^{os} 1153 et s.

¹⁴ Ce que le Kammergericht de Berlin a admis dans un arrêt du 17 janvier 2005 (KG Berlin, 17 janvier 2005, réf. 12 U 302/03, *NJW* 2005, p. 1284).

¹⁵ Cf. cependant les études relativement récentes H. FLEISCHER, « Schadensersatz für verlorene Chancen im Vertrags- und Deliktsrecht », *JZ* 1999, p. 766 ; C. KATZENMEIER, « Beweismaßreduzierung und probabilistische Proportionalhaftung », *ZZP* 2004, p. 187 ainsi que, en dernier lieu, C. EHLGEN, *Probabilistische Proportionalhaftung und Haftung für den Verlust von Chancen*, th. Cologne, Mohr Siebeck, 2013, *passim*.

¹⁶ Traduction de l'auteur.

¹⁷ Sur cet argument, cf. l'analyse critique H. FLEISCHER, art. préc., *JZ* 1999, p. 766, spéc. p. 769 (« unübersehbare Flut von Folgefällen ») avec des références à la doctrine anglaise.

¹⁸ Cf. not. B. BORGMANN, *Anwaltshaftung*, 5^e éd. 2014, § 29, n^{os} 79 et s. et § 46, n^{os} 37 et s.

¹⁹ V. par exemple BGH, 23 septembre 1982, réf. III ZR 196/80, *NJW* 1983, p. 442

²⁰ H. FLEISCHER, art. préc., *JZ* 1999, p. 766, spéc. p. 770 et 774 et s.

ment au motif que le contrat qui lie un avocat à son client n'a pas pour but de sécuriser des chances procédurales (*Sicherung von Prozesschancen*), mais uniquement de faire valoir des droits établis (*gesicherte Rechtspositionen*)²¹.

III. Un encadrement strict des limitations de la responsabilité

Enfin, la responsabilité des professionnels du droit ne peut être limitée par une stipulation des parties que dans le cadre étroit des dispositions législatives, lesquelles sont en principe hostiles à une dérogation au principe de la réparation intégrale des préjudices réparables.

Pour ce qui est de la responsabilité des notaires, les auteurs retiennent à l'unanimité une illicéité de clauses limitatives de responsabilité²². Une telle limitation contreviendrait à la mission de service public (*öffentlich-rechtliche Aufgaben*) que remplit le notaire en droit allemand²³. Si le notaire pouvait subordonner l'exercice de ses fonctions à l'acceptation d'une clause limitative de responsabilité, cela lui permettrait de contourner l'interdiction de refuser l'accomplissement d'un acte entrant dans ses fonctions (*Amtsverweigerung*), prévue au § 15 al. 1^{er} de la Loi fédérale relative au notariat (BNotO)²⁴. S'agissant des activités accessoires du notaire, telles que la consignation (*Verwahrung*) ou l'assistance juridique (*notarielle Betreuung*), l'admission d'une limitation de la responsabilité professionnelle est contestée au sein de la doctrine²⁵.

Tout autre est la situation des avocats. Depuis une loi du 2 septembre 1994, ceux-ci peuvent limiter leur responsabilité pour les dommages causés par négligence (*fahrlässig verursachte Schäden*) dans la limite des dispositions du § 51a al. 1^{er} de la Loi fédérale relative aux avocats (BRAO)²⁶. Ce texte prévoit des plafonds maximum qui varient selon que la clause limitative de responsabilité est issue d'un accord individuel par écrit (*schriftliche Vereinbarung im Einzelfall*) ou d'une clause contenu dans des conditions générales pré-rédigées (*vorformulierte Vertragsbedingungen*). Dans le pre-

²¹ Cf. en particulier K. HEINEMANN, « Baustein anwaltlicher Berufshaftung: Die Beweislast », *NJW* 1990, p. 2345, spéc. p. 2349.

²² S. SCHRAMM, in : H. Schippel/U. Bracker (sous la dir.), *Bundesnotarordnung*, 9^e éd. 2011, § 19, n° 100 avec d'autres références.

²³ Cette position a été admise très tôt par la jurisprudence (RG, *JW* 1913, 1152).

²⁴ Selon ce texte, un notaire « ne peut refuser, sans motif valable, d'exercer ses fonctions liées à l'acte [*Urkundstätigkeit*] » (traduction de l'auteur).

²⁵ En faveur d'une admission des clauses limitatives de responsabilité, cf. not. H. SCHLEE, in : *Beck'sches Notar-Handbuch*, 5^e éd. 2009, n° 45 ; E. ROSSAK, « Darf der Notar seine Haftung ausschließen oder einschränken? », *VersR* 1985, p. 1121. *Contra* S. SCHRAMM, *op. cit.*, § 19, n° 101.

²⁶ Le législateur a admis cette possibilité pour tenir compte du caractère réglementaire de la fixation des honoraires par la Loi sur la tarification des actes d'avocats (*Rechtsanwaltsvergütungsgesetz*). Contrainte de respecter cette tarification, les avocats doivent être en mesure de limiter leur risque de responsabilité lié à des dossiers particulièrement complexes. Sur cet aspect, cf. G. BÖHNLEIN, in : W. Feuerich/D. Weyland (sous la dir.), *Bundesrechtsanwaltsordnung*, 8^e éd. 2012, § 51a, n° 1.

mier cas, le plafond convenu ne saurait être inférieur à 250 000 euros, soit le plafond de garantie minimum prévu pour l'assurance de responsabilité civile professionnelle (§ 51 al. 4 BRAO)²⁷ ; dans le second, la loi impose un plafond minimum de 1 000 000 euros, mais seulement lorsque l'avocat bénéficie d'une couverture d'assurance jusqu'à ce montant et uniquement pour les cas de négligence simple (*einfache Fahrlässigkeit*)²⁸.

À côté de ces clauses limitatives de responsabilité, l'avocat peut également limiter sa responsabilité en choisissant une forme de société à responsabilité limitée pour l'exercice de sa profession. Plusieurs types de groupements sont à la disposition des avocats qui souhaitent exercer collectivement leur profession tout en écartant le risque d'une responsabilité personnelle et illimitée : la société de partenariat à responsabilité limitée (*Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Haftung*)²⁹, la société d'avocats à responsabilité limitée (*Rechtsanwaltsgesellschaft mit beschränkter Haftung*)³⁰ et la société anonyme d'avocats (*Rechtsanwalts-Aktiengesellschaft*)³¹.

²⁷ § 51a al. 1^{er}, 1^o BRAO.

²⁸ § 51a al. 1^{er}, 2^o BRAO.

²⁹ § 8 al. 4 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG). Sur ce nouveau type de société professionnelle, cf. C. ZIMMERMANN, « Verdrängt die PartGG mbH Haftungsvereinbarungen? », *NJW* 2014, p. 1142.

³⁰ 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.

³¹ Sur les sociétés professionnelles par capitaux, cf. not. L. KOCH/M. KILIAN, *Anwaltliches Berufsrecht*, 2007, nos 982 et s.