

XXIV : CONGRÈS INTERNATIONAL DU NOTARIAT LATIN
RAPPORT DE LA DÉLÉGATION ALLEMANDE

THÈME I

L'IMPARTIALITÉ DU NOTAIRE :
GARANTIE DE L'ORDRE CONTRACTUEL

15 décembre 2003

DR ROLF GAUPP
AVOCAT ET NOTAIRE
UHLANDSTRASSE 21
D-74072 HEILBRONN

SOMMAIRE

INTRODUCTION	3
A. L'impartialité du notaire: le fondement essentiel du statut professionnel	
Définitions, principaux fondements juridiques, principales limites professionnelles corollaires	4
I. Définitions	4
II. Fondement juridique de l'impartialité: prescriptions juridiques et professionnelles	5
III. L'impartialité, la « neutralité » du notaire: le principe structurel du notariat	6
B. Garanties: Les normes à différents échelons juridiques garantissent l'impartialité du notaire	11
I. Normes liées à la personnalité, orientant l'attitude	11
II. Garantie de l'impartialité du notaire dans des situations et des contextes déontologiques particuliers	16
C. Droit des contrats en Allemagne, l'activité notariale est avant tout une application matérielle du droit des contrats ; aspects fondamentaux	23
I. Réglementation légale, points de départ	23
II. Limites de la liberté contractuelle	24
III. Solutions	25
D. Le notaire en tant que garant du droit des contrats – l'application pratique; la « plus-value » du contrat original notarié	28
III. L'impartialité du notaire, une garantie du droit des contrats – tentative d'évaluation, autres aspects	33
IV. Bilan, perspectives	36
RÉSUMÉ	39

INTRODUCTION

Le troisième thème du XVI^e Congrès international du Notariat latin à Lima (Pérou) en 1982 était « La mission sociale de la rédaction impartiale des contrats ». Me FESSLER était chargé de rédiger la communication allemande. Organisé à Mexico, le XXIV^e Congrès se penche à nouveau sur l'impartialité du notaire lors de l'élaboration de contrats. À bon escient, le rapporteur international pour ce thème propose de limiter le propos aux nouveaux développements, tant au sein du notariat qu'en dehors de la profession.

Ces nouveaux développements sont en effet nombreux. L'internationalisation et la mondialisation ne sont pas que des formules à la mode, elles désignent une réalité sur le terrain. Elles ont d'importantes conséquences au niveau de l'exercice de notre métier, posant ainsi des questions actuelles et pressantes.

À l'échelon européen, et en Allemagne, l'on a vu de considérables changements s'opérer dans les professions de conseil juridique. L'impartialité du notaire (Partie A) n'en demeure pas moins un important fondement institutionnel. La libéralisation progressive, initiée au niveau du droit tant européen que constitutionnel, et en particulier au niveau des possibilités d'association de l'avocat-notaire allemand, a entraîné un grand nombre de nouvelles règles légales et professionnelles qui visent à assurer cette impartialité indépendamment de l'évolution conjoncturelle, y compris sous une pression économique croissante (Partie B). En droit des contrats européen, l'on a vu se renforcer considérablement la dimension de l'équité contractuelle, et surtout de la protection des consommateurs ; on constate par ailleurs des changements légaux radicaux destinés à garantir l'équité des contrats, associés à des contrôles juridiques du contenu des contrats (Partie C). En d'autres termes, le concept juridique de tendre au « juste contrat » établi sous forme d'une authentification par l'intermédiaire et grâce aux conseils d'un notaire impartial, conserve dès lors toute son actualité et son avenir (Partie D).

A.
L'impartialité du notaire : le fondement essentiel du statut professionnel

Définitions, principaux fondements juridiques, principales limites professionnelles corollaires

I. Définitions

1. « Le notaire est tenu de remplir ses fonctions avec loyauté. Il n'est pas le représentant d'une partie mais le conseiller indépendant et impartial des personnes représentées. » C'est ce que stipule le § 14, al. 1 de la loi fédérale relative aux notaires (BNotO).¹ Dans cet esprit, le notaire allemand preste, après remise de l'acte de nomination, le serment « ... de remplir les devoirs incombant à tout notaire avec probité et impartialité... » (§ 13 al. 1 de la BNotO).

Ce devoir fondamental définit l'exercice de la profession notariale dans son ensemble et constitue une distinction de base essentielle du notariat.² L'importance pratique et théorique de l'impartialité du notaire domine tout simplement le droit notarial allemand. Le devoir légal d'impartialité sans compromis est un caractère marquant du métier.³

2. « L'impartialité » correspond au concept de « neutralité ».⁴ Neutralité peut se comprendre ici comme la notion « plus moderne », plus courante en termes de compréhension sociale et communicative, qui s'approche mieux aussi de disciplines apparentées, comme la psychologie surtout. Ainsi, l'on utilisera comme critère déterminant « la non-adoption d'une disposition intérieure axée sur le préjudice ou la préférence ».⁵

La confiance des parties impliquées en la neutralité du notaire est la base incontournable de l'activité notariale. De même, le contrôle exercé sur les notaires par les chambres notariales n'a d'autre but que d'assurer cette position de confiance du notaire.⁶

¹ Bundesnotarordnung (BNotO), version du 19.12.1998 ; J.O. allemand I, 3836. NDT : Traduction par Nathalie Belorgey et Sabine Schumann sur [www.bnotk.de/texte_berufsrecht/bnoto/DOC/BnotO-FR\(02.05.2002\).pdf](http://www.bnotk.de/texte_berufsrecht/bnoto/DOC/BnotO-FR(02.05.2002).pdf)

² SEYBOLD/SCHIPPEL, *Kommentar zur Bundesnotarordnung*, 7^e édition, 2000, marg. 35 sur le § 14 ; BERNHARD, dans *Beck'sches Notar-Handbuch*, 3^e édition, 2000, F, marg. 45.

³ BOHRER, *Das Berufsrecht der Notare*, 1991, marg. 95.

⁴ « Neutralité signifie attitude impartiale » ; WALZ, *et al.*, *Verhandlungstechnik für Notare*, 2003, p. 157, note de bas de page 85 et référence à DUDEN, *Fremdwörterbuch*.

⁵ ROSSAK, *Die Unabhängigkeit und Neutralität des Notars*, Diss., Augsburg 1986, pp. 334 *et sqq.* ; cité par WALZ, *op. cit.*, note de bas de page 88, *et passim*.

⁶ WALZ-SORGE, *op. cit.*, p. 38.

II. Fondement juridique de l'impartialité : prescriptions juridiques et professionnelles

1. Le notaire est le titulaire indépendant d'un office public (§ 1 de la BNotO). Le serment qu'il preste et ses devoirs professionnels mettent clairement en exergue le devoir d'impartialité (§ 13 al. 1 et § 14 al. 1 de la BNotO). Par la prise de dispositions appropriées, le notaire est tenu d'assurer son indépendance et son impartialité dans l'exercice de ses fonctions (§ 28 de la BNotO).

L'on trouve en outre une série de prescriptions légales destinées à empêcher toute infraction au devoir de neutralité. Ces dispositions protègent la neutralité « intérieure » du notaire : il doit s'imposer et prendre la responsabilité de sa neutralité. Elles protègent également sa neutralité « extérieure » : celle-ci touche au point de vue des parties et tiers.⁷ Nous expliquerons dans le chapitre suivant ces dispositions légales qui assurent la neutralité, l'impartialité du notaire en général et dans certains cas de figures particuliers.

2. Les dispositions de la déontologie notariale viennent compléter et préciser ces prescriptions légales.

Le Conseil fédéral du Notariat allemand (Bundesnotarkammer) a défini le 29.01.1999, conformément au § 78 al. 1 de la BNotO des recommandations pour les directives professionnelles, que les chambres notariales traduiront en statuts conformément au § 67 al. 2 de la BNotO. Ces recommandations ont été adoptées à l'unanimité par l'assemblée des représentants de la Bundesnotarkammer. Les statuts des chambres notariales correspondent pour l'essentiel entre eux ainsi qu'aux recommandations de la Bundesnotarkammer.⁸

Le point I, 1.1 des recommandations établit en principe la garantie de l'indépendance et de l'impartialité du notaire : « Le notaire est le conseiller juridique et l'assistant impartial de l'ensemble des parties concernées. »⁹

Toutes les chambres notariales des Länder ont repris cette phrase mot pour mot dans leurs directives.¹⁰ Tel un « fil rouge », cette phrase d'introduction fondatrice se retrouve dans l'ensemble des textes des directives.

⁷ Pour la distinction entre neutralité intérieure et extérieure, voir WALZ-SORGE, *op. cit.*, p. 36.

⁸ SEYBOLD/SCHIPPEL, BNotO, 3^e partie, Remarque préliminaire. marg. 1 *et sqq.*

⁹ Les recommandations de directives de la Bundesnotarkammer (RLE/BNotK) ont été publiées dans la Deutschen Notarzeitschrift (DNotZ) 1999, p. 258 *et sqq.* ; également chez SEYBOLD/SCHIPPEL, BNotO, 3^e Partie, avec renvois commentés aux dispositions ; résolution de modification de la Bundesnotarkammer du 04.04.2003, DNotZ, 2003, 393 ; une vue d'ensemble complète, vient de paraître, chez WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, Richtlinienempfehlungen der BNotK – Richtlinien der Notarkammern, 2004, Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer, p. 5 *et sqq.*

¹⁰ WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, *op. cit.*, p. 11 (Bavière), p. 18 (Berlin), p. 24 (Brandebourg), p. 32 (Braubourg), p. 38 (Brème), p. 43 (Celle), p. 49 (Francfort), p. 55 (Hambourg), p. 60 (Hamm), p. 66 (Kassel), p. 73 (Coblence), p. 82 (Mecklenbourg-Poméranie), p. 89 (Oldenburg), p. 95 (Palatinat), p. 101 (Chambre notariale rhénane), p. 107 (Chambre notariale de la Sarre), p. 115 (Saxe), p. 122 (Saxe-Anhalt), p. 129 (Schleswig-Holstein), p. 135 (Stuttgart), p. 141 (Thuringe).

3. Le notariat s'internationalise de plus en plus, surtout au niveau européen.¹¹ L'on peut affirmer sans exagérer que l'avenir du notariat, en Allemagne par exemple, ne se joue pas en Allemagne mais est guidé par les tendances internationales, principalement édictées à Bruxelles.

La Conférence des Notariats de l'Union européenne¹² a établi le 04.02.1995 à Naples le Code européen de déontologie notariale.¹³ L'Assemblée de la Conférence a révisé ce code européen le 09.11.2002 à Munich. Les modifications ont été ratifiées le 04.04.2003 par le notariat allemand. Sur le plan du contenu, il s'agit surtout de dispositions concernant la mise en œuvre des technologies modernes de l'information et de la communication ajoutées par les notaires européens. Il s'agit avant tout d'une précision quant à l'application des règles déontologiques dans ce domaine également.¹⁴

Le point 1.2.2 al. 1 du code stipule, sans modification par rapport à la version précédente, que le devoir du notaire est « de conseiller et d'instrumenter en toute impartialité et indépendance ». Cette obligation est une disposition commune à toutes les déontologies notariales dans l'ensemble des États membres.¹⁵

III. L'impartialité, la « neutralité » du notaire : le principe structurel du notariat

1. Le notaire est titulaire d'un office public attribué par l'État (§ 1 de la BNotO). Son intégrité est garantie par des principes déontologiques légaux. L'impartialité et l'indépendance occupent à cet égard une place prépondérante.¹⁶

En vertu des principes déontologiques d'application, la profession de notaire n'est ni « libérale », ni « étatique » mais se classe, sur le plan sociologique entre le fonctionnariat et la profession libérale.¹⁷ Le notariat ne fait en effet pas partie des

¹¹ Voir avant tout les remarques, imprégnées par l'expérience internationale, de HELLGGE, président du Comité international de la Bundesnotarkammer, lors de la discussion en séance plénière à l'occasion des conférences « Zukunftsperspektiven des Notariats – öffentliches Amt und freiberufliche Strukturen » (rapporteurs : EULE et HECKSCHEN) dans le cadre du 25^e Deutscher Notartag à Münster 1998, cahier hors série DNotZ, 340.

¹² La Conférence des Notariats de l'Union Européenne (C.N.U.E.) a été créée le 17.05.1976 à Paris comme conférence permanente des présidents des chambres notariales de l'Union européenne. Cet organisme rassemble les organisations notariales centrales des États de l'Union européenne qui sont membres de l'Union internationale du notariat latin (U.I.N.L.).

¹³ Le texte du Code européen a été publié, entre autres, dans le Beck'sches Notar-Handbuch, *op. cit.*, annexe 5, pp. 1327 *et sqq.* Autre référence fondamentale : SCHIPPEL, Der Europäische Kodex des notariellen Standesrechts, DNotZ 1995, p. 334, avec tous les renvois importants. NDT Pour le texte français, voir http://www.bnotk.de/Texte_Berufsrecht/Kodex/europaeischer_kodex_franz.htm

¹⁴ Nouvelle version du Code européen de déontologie notariale, traduction du français avec exposé des motifs et précisions terminologiques, DNotZ 2003, pp. 721 *et sqq.*

¹⁵ SEYBOLD/ SCHIPPEL, BNotO, p. 339.

¹⁶ Analyse complète des principes du notariat allemand, BAUMANN, Das deutsche Notariat : Öffentliches Amt und soziale Funktion. Rapports de la délégation allemande lors du XXI^e Congrès international du Notariat latin, Berlin 28.05. – 03.06.1995, p. 3 (pp. 21 *et sqq.*) – GAUPP, Die Bedeutung des notariellen Standesrechts für Klienten, Kollegen und Staat. Rapports de la délégation allemande lors du XXII^e Congrès international du Notariat latin, Buenos Aires 27.09. – 02.10.1998, p. 119.

¹⁷ BAUMANN, *op. cit.*, pp. 19 *et sq.* ; voir à ce sujet, sur le plan juridique également, ZUCK, Der Notar zwischen Amt und Freiem Beruf, plaquette pour Helmut SCHIPPEL, 1996, p. 817. – Sur l'apparementement de plus en plus grand, et inquiétant, des professions libérales aux formes d'activités commerciales, voir la coupure de presse extraite de la Süddeutschen Zeitung dans Deutsches Anwaltsblatt, 2003, p. 558.

professions libérales en dépit de son indépendance légalement institutionnalisée ; il n'existe pas en Allemagne, à part les fonctionnaires, d'autre activité professionnelle aussi réglementée que celle du notaire. Cette situation est motivée par l'attribution à un fonctionnaire, par ailleurs indépendant, de prérogatives de puissance publique.¹⁸

2. L'Allemagne connaît plusieurs formes d'exercice du notariat. Par rapport à la situation à l'étranger, cette diversité constitue une caractéristique particulière à la conception allemande du notariat, résultant de l'évolution historique d'un pays fédéré. C'est surtout l'avocat-notaire allemand qui se singularise en Europe. Sur le plan de l'impartialité, cette forme de notariat offre un intérêt tout particulier, répondant à la question posée par le Coordinateur international dans son exposé.

Il existe trois formes de notariat en Allemagne.¹⁹

- a) Le notariat à titre exclusif existe dans la plus majeure partie du pays, à savoir en Bavière, à Hambourg, en Rhénanie-Palatinat, en Sarre, en Rhénanie du Nord-Westphalie (avec des exceptions de nature historique), dans le Brandebourg, en Thuringe, en Saxe, en Saxe-Anhalt et dans le Mecklenbourg-Poméranie. Il correspond ainsi à la forme normale de l'U.I.N.L. en Europe continentale ainsi qu'en Amérique centrale et du Sud.
- b) La fonction d'avocat-notaire est exercée à Berlin, à Brème, en Hesse, en Basse-Saxe, au Schleswig-Holstein, dans certaines parties de la Rhénanie du Nord-Westphalie et du Bade-Wurtemberg (district du tribunal régional supérieur de Stuttgart). Selon la définition légale de la BNotO, § 3 al. 2, l'avocat-notaire est un avocat qui exerce conjointement la profession de notaire. Il occupe donc une double position. Il est soumis tant à la déontologie des avocats qu'à celle, plus sévère, des notaires.²⁰
- c) Le Bade-Wurtemberg a institué des notaires fonctionnaires, auquel s'ajoutent également des avocats-notaires dans le district du tribunal régional supérieur de Stuttgart.²¹

En 2003, l'on comptait en Allemagne 1 654 notaires à titre exclusif et 8 370 avocats-notaires (pour un total de 121 420 avocats). Le volume d'affaires des avocats-notaires est en moyenne plusieurs fois inférieur à celui des notaires à titre exclusif. Par conséquent, ce dernier est largement prépondérant en Allemagne.

Telles qu'elles sont conçues, il n'existe fondamentalement pas de différences entre les professions d'avocat-notaire et de notaire à titre exclusif.²² En effet, ils partagent les mêmes compétences, règles de procédure, fondements institutionnels et exigences professionnelles. Ils exercent le même métier. Les seules particularités éventuelles proviennent du fait que l'avocat-notaire exerce en même temps le métier d'avocat et éventuellement d'autres professions indépendantes (§ 8 al. 2, 2^e phrase de la BNotO :

¹⁸ BAUMANN, *op. cit.*

¹⁹ Synthèse chez STARKE, Beck'sches Notar-Handbuch, Ch. I, marg. 17.

²⁰ Synthèse chez SANDKÜHLER, Beck'sches Notar-Handbuch, Ch. II, marg. 1 *et sqq.*

²¹ Il est envisagé de réformer le système notarial du Bade-Wurtemberg en vue d'introduire le notariat comme profession libérale ; voir le Journal officiel du Bade-Wurtemberg n° 48 du 08.12.2003, p. 3.

²² Au sujet de l'image de la profession, voir. EYLMANN/VAASEN-SCHMITZ-VALCKENBERG, Komm. z. BNotO u. BeurG, 2000, marg.4 *et sqq.* Au sujet du § 3 BNotO. STARKE, *op. cit.*, marg. 18 ; SANDKÜHLER, *op. cit.*, marg. 3.

agent en brevet, conseiller fiscal, expert-comptable et vérificateur assermenté des livres). La déontologie prend cet aspect en compte dans ses dispositions spéciales. Ces dernières servent surtout à protéger l'indépendance et l'impartialité. La Partie B de ce rapport est consacrée à ce sujet.

3. L'impartialité, en tant que norme essentielle, fondatrice du notariat, a une fonction fondamentale de limite par rapport à d'autres professions dans le domaine du conseil juridique et économique.

a) C'est surtout par rapport à l'avocat qu'elle établit un principe de différenciation et de barrière. Celui-ci exerce en effet une profession libérale qui exclut par définition le contrôle étatique (§ 2 al. 1 de la loi fédérale relative aux avocats (BRAO)). L'avocat est le conseiller et le représentant indépendant par excellence pour toutes les circonstances juridiques (§ 3 al. 1 BRAO). Sa mission de base est de défendre les intérêts de la partie qui le consulte, le § 43 a), al. 4 BRAO prévoyant l'obligation fondamentale de ne pas défendre des intérêts contradictoires.

Par ailleurs, les droits et obligations des avocats en Allemagne sont fixés et institutionnalisés dans un code déontologique, comme c'est le cas dans l'ensemble du droit d'inspiration romaine alors que cet aspect est absent ou très peu présent dans le domaine anglo-américain. Conformément au § 1 de la BRAO, l'avocat est un organe indépendant de la justice avec l'obligation clairement définie de respecter les fondements éthiques de sa profession, en particulier l'indépendance. La mesure dans laquelle ce postulat juridique traduit encore la réalité alors que les bureaux d'affaires internationaux se multiplient fait l'objet de nombreuses discussions dans le métier et, évidemment, parmi les avocats allemands.²³

b) Le conseiller fiscal exerce une profession libérale, clairement axée sur le mandant. Sa mission est d'apporter son aide à son client dans le domaine fiscal, au sens le plus large du terme (§ 3 de la loi relative aux conseillers fiscaux).

c) Le cas de l'expert-comptable est intéressant. Suite aux précédents spectaculaires aux Etats-Unis, entre autres la « splendeur et décadence » de la société internationale d'expertise Arthur Andersen qui a fait les grands titres de la presse internationale, l'indépendance et l'impartialité affichées par la profession ont suscité l'intérêt et la critique.

Au même titre que l'avocat et le conseiller fiscal, l'expert-comptable exerce une profession libérale (§ 1 al. 2, 1^e phrase de la loi allemande sur les

²³ Complet et illustratif, DE LOUSANOFF (Association HENGELER MUELLER WEITZEL WIRTZ, Bureau Francfort/Main), *Der europäische Rechtsanwalt zwischen Rechtspflege und Dienstleistung*, Présentation lors de la Conférence des professeurs de procédure civile (Vereinigung der Zivilprozeßrechtslehrer) à Zurich le 21.03.2002, ZJP 2002, p. 357. Référence (note de bas de page 2) à la Conférence annuelle de l'International Bar Association, en novembre 2001 à Mexico : « The future of the law firm ». – Voir également JAEGER, juge au Tribunal constitutionnel suprême, *Die Entwicklung des notariellen Berufsrechts*, Jahresarbeitstagung des deutschen Notariats du 18. – 20.09.2003 à Würzburg, 20.09.2003, conférence publiée, pp. 10 *et sqq.* : en tant qu'organe indépendant de la justice et en leur qualité de conseiller et de représentant autorisé des parties, les avocats ne sont pas éloignés tant que cela de la profession de notaire, comme les notaires à titre exclusif le remarquent souvent... » (10).

experts-comptables (WPO)). À l'instar du notaire, il est en effet tenu à l'impartialité lors de la rédaction de ses rapports et expertises, comme le prévoit explicitement le § 17 al. 1 de la WPO. Ce principe déontologique fait actuellement l'objet d'un vaste débat, d'autant que l'expert-comptable joue, aux yeux du législateur allemand, un rôle essentiel en termes de *corporate governance* (principes de gestion d'entreprise correcte et éthique). La profession met actuellement en place des critères d'exclusion, renforce son indépendance, dans un souci de préserver sa réputation et de justifier son existence en tant que profession libérale « exclusive ». Les parallèles au « cahier des doléances » du notaire sont indéniables.²⁴

4. Par contre, la différence entre juge et notaire est bien réelle.²⁵ Les similitudes et distinctions ne concernent pas ici la juridiction litigieuse : les dissemblances structurelles sont évidentes, on ne trouvera des points communs que dans le domaine de la conciliation. Il s'agit ici de justice préventive, soucieuse d'éviter les litiges. C'est là le métier du notaire : ce qu'on appelle en Allemagne la « juridiction gracieuse ». Le notaire est en quelque sorte le « juge à l'avant-garde ».

En effet, le notaire allemand adopte à cet égard, outre ses missions d'authentification et d'assistance, une série de fonctions confiées au départ aux juges. Ceci concerne surtout la compétence, largement étendue depuis le 01.01.1999, de pouvoir octroyer un titre exécutoire d'État par le biais d'un acte exécutoire (§ 794 al. 1 n° 5 de la loi relative à la procédure civile (ZPO)). Citons en outre l'inscription de déclarations formelles tenant lieu de serment ainsi que la réception de serments dans certains cas (§ 22 de la BNotO), l'authentification de demandes de certificats d'hérédité (§ 2356 du Code civil allemand [BGB]), la médiation lors du partage de biens d'héritage sur la base des dispositions légales de chaque Land (§ 20 al. 5/4 de la BNotO, art. 86 de la loi sur la juridiction gracieuse - FGG), la déclaration exécutoire de jugements de divorce ainsi que d'accords à l'amiable (§§ 1053 al. 4, 796 c] ZPO).²⁶

Le juge et le notaire ont ici le même devoir d'indépendance et d'impartialité ; ils sont en effet au même titre l'organe impartial de la justice.²⁷ Par ailleurs, les deux professions requièrent le même niveau d'études juridiques ainsi que le même stage pratique sanctionné par une preuve d'examen de « capacité à exercer la profession de juge » (également d'application pour l'avocat allemand).

L'on évoque beaucoup actuellement en Allemagne un éventuel transfert d'autres fonctions juridictionnelles aux notaires allemands, comme par exemple la procédure

²⁴ « Wirtschaftsprüfer auf Vertrauenssuche », Frankfurter Allgemeine Zeitung du 20.10.2003, n° 243, p. 21, article sur le congrès des experts-comptables allemands organisé à Hambourg par le Deutschen Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW). Voir également BAUMBACH/HOPT/MERKT, HGB, 31^e édition, 2003, Introduction marg. 3 à la loi sur les experts-comptables (Annexe. 2 c)), référence aux décisions cruciales prises par le Deutscher Juristentag en 2002, section droit commercial ; managermagazin décembre 2003, p. 28 : « Wirtschaftsprüfer im Dauertief » ; référence à la loi américaine Sarbanes-Oxley sur l'interdiction de combiner expertise et conseil ; BACKHAUS, Selbst- und Fremdbild der Wirtschaftsprüfer – Empirische Befunde zur Positionierung des Wirtschaftsprüfers in der Öffentlichkeit. Die Wirtschaftsprüfung 2003, p. 625.

²⁵ ODERSKY, ancien président de la Cour fédérale de justice, 28 « Gerichte und Notariat », discours prononcé à l'occasion de la création du Deutsches Notarinstitut le 13.10.1993 à Würzburg, DNotZ 1994, p. 7. Voir également STÜRNER, Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissenschaft ; Communications de la Barreau fédéral (Bundesrechtsanwaltskammer), 5/2003 du 15.10.2003, pp. 214 *et sqq.*

²⁶ Voir également la composition chez STARKE, Beck'sches Notar-Handbuch, Ch. I, marg. 7.

²⁷ ODERSKY, *op. cit.*, p. 8.

d'attribution de certificats d'héritier ou encore la consignation judiciaire de testaments. Ce « décongestionnement de la justice par le biais des activités notariales »²⁸ fait l'objet d'intenses discussions. La conférence des ministres allemands de la Justice vient d'ailleurs d'inviter la ministre fédérale à analyser en concertation avec les Länder quelles missions des tribunaux civils pourraient être transférées aux notaires dans le cadre de la justice gracieuse dans le but de rendre la procédure plus efficace et de décongestionner la justice ; le ministère fédéral de la Justice reprendrait la présidence de cette assemblée.²⁹ Ces efforts reçoivent le plein appui des organisations professionnelles du notariat allemand, dirigés par la Bundesnotarkammer. Elles avancent à cet égard le principal « poste actif » du notaire allemand : son impartialité et son indépendance.

²⁸ Discours inaugural du 25^e Deutscher Notartag à Münster, 10.-13.06.1998 ; article de WAGNER, cahier spécial de la Deutschen Notarzeitschrift à l'occasion du 25^e Deutscher Notartag, pp. 34 *et sqq.* ; JERSCHKE, panel de discussion autour de cet article, *op. cit.*, p. 147. Sur le décongestionnement de la justice, voir également les propositions de la Bundesnotarkammer dans son Rapport d'activité 1997, DNotZ, 1998, pp. 514 *et sqq.*, p. 525 *et sq.*, p. 530 *et sq.*

²⁹ Décision, point de l'ordre du jour C. II.4, Herbst-Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister le 6 novembre 2002 à Berlin, parue dans NJW-Dokumentation, cahier 48 du 24.11.2003, XXXV.

B.**Garanties :****Les normes à différents échelons juridiques garantissent l'impartialité du notaire****I. Normes liées à la personnalité, orientant l'attitude**

1. Les prescriptions légales du droit notarial allemand motivent et concrétisent le devoir d'impartialité du notaire. Citons ici quelques exemples significatifs, sans volonté aucune d'exhaustivité.

- a) « Peuvent seuls être nommés aux fonctions de notaire les candidats dont la personnalité et les capacités témoignent de leur aptitude à l'exercice des fonctions de notaire » stipule le § 1/6 al. 1 de la BNotO comme norme fondatrice³⁰, plus d'actualité que jamais : la préservation de son indépendance et de son impartialité pose aujourd'hui d'importantes exigences quant à la personnalité du notaire. Nous y reviendrons plus tard.
- b) Le § 17 al. 1 1^e phrase de la BNotO et le § 140 2^e phrase de la loi sur les honoraires (KostO) applicable aux frais de notaire stipulent que le notaire a le devoir de percevoir pour son ministère les émoluments prévus par la loi.

Ce devoir imposé à tous les notaires de percevoir pour leurs activités professionnelles les frais prévus par la loi de façon uniforme et sans exception est un fondement essentiel pour garantir d'une part, le caractère indépendant, impartial et sans parti pris de l'exercice de ses fonctions et d'autre part, la confiance générale à son égard ; le libre choix du notaire se doit en effet d'être motivé par la confiance de la partie et non par la considération d'un « bon prix ». ³¹ Cette réglementation exclut tous les éléments de concurrence étrangers à la profession. ³² Elle rend ainsi ineffectifs les accords concernant les émoluments de notaire, qu'ils concernent la répartition des coûts en tant que tels, leur taux ou la valeur commerciale, ou encore tout accord d'augmentation ou de réduction des frais. ³³

- c) Le § 16 de la BNotO ainsi que les §§ 3 et suivant de la loi sur l'authentification (BeurkG) garantissent l'indépendance et l'impartialité du notaire dans la procédure d'authentification. La loi soumet le notaire à certaines restrictions d'activité qui se réfèrent aux réglementations d'application pour les juges en vertu de la loi sur la procédure civile et pénale. ³⁴

³⁰ SEYBOLD/SCHIPPEL, *op. cit.*, marg. 4 et sqq. concernant le § 6 BNotO.

³¹ SEYBOLD/SCHIPPEL/VETTER, *op. cit.*, marg. 5 concernant le § 17 BNotO.

³² SEYBOLD/SCHIPPEL/VETTER, *op. cit.*

³³ SEYBOLD/SCHIPPEL/VETTER, *op. cit.*

³⁴ Pour plus de détails :

KEITEL/WINKLER, BeurkG, *op. cit.*, marg. 5 concernant le § 3.

Les §§ 6 et 7 de la BeurkG prévoient des motifs d'exclusion totale. Ainsi, l'authentification de déclarations de volonté est nulle lorsque le notaire, son conjoint ou une personne qui lui est apparentée en ligne directe est concernée directement par cette procédure.

Le § 3 al. 1 de la BeurkG complète cette disposition par des interdictions de collaborer. Un notaire ne peut pas participer à une authentification lorsqu'il traite des affaires personnelles, celles de son conjoint ou d'une personne qui lui est apparentée en ligne directe ; il en va de même dans le cas d'une société dans laquelle le notaire possède une participation de plus de cinq pour cent. Enfin, cette disposition prévoit une prescription non impérative, qui n'a certes pas d'influence sur la validité de l'authentification mais qui entraîne néanmoins un devoir professionnel inconditionnel dans le chef du notaire.³⁵

- d) Le § 16 al. 2 de la BNotO prévoit le droit et le devoir du notaire de s'abstenir d'exercer ses fonctions pour cause de suspicion légitime. Un tel refus de servir peut être motivé par exemple en raison des relations personnelles mais aussi commerciales entretenues avec les parties ou pour toute réserve émise par le notaire à l'égard de son indépendance.³⁶
- e) Le § 14 al. 3 2^e phrase de la BNotO stipule que le notaire doit éviter tout comportement susceptible de créer une violation apparente des devoirs qui lui sont impartis par la loi, en particulier toute apparence de dépendance ou de partialité.
- f) Le § 14 al. 4 et al. 5 de la BNotO interdit au notaire de traiter des « affaires personnelles » sous le couvert de sa fonction notariale. Les dispositions stipulent explicitement, entre autres, l'interdiction d'apparaître comme intermédiaire dans des affaires immobilières ou d'acquérir des participations dans des sociétés contraires à sa fonction. La loi vise ainsi surtout les sociétés du secteur de la promotion-construction (§ 34 c] de la loi allemande sur les professions commerciales et industrielles « Gewerbeordnung »).³⁷
- g) Le § 8 de la BNotO interdit au notaire d'exercer une autre fonction rémunérée, ou exige une autorisation des autorités de tutelle.

Sont ainsi exclues les relations des fonctionnaires publics de quelque nature que ce soit. Par contre, les fonctions honorifiques sont autorisées, comme l'exercice d'un mandat (politique) au Parlement fédéral, du Land, au conseil du Kreis ou de la commune. Ce sujet engendre un vaste débat.³⁸ Ces questions sont en effet d'une actualité brûlante pour le notariat allemand. La Cour fédérale de justice, la plus haute instance juridique allemande en matière civile, et le Tribunal constitutionnel suprême ont dû récemment décider si l'appartenance d'un notaire au conseil de surveillance d'une banque était permise, sachant que l'objet statutaire de celle-ci recouvrait aussi des opérations immobilières. La Cour fédérale a refusé l'autorisation tandis que le Tribunal constitutionnel a renvoyé l'affaire au recours constitutionnel du

³⁵ KEITEL/WINKLER, *op. cit.*, marg. 10 concernant le § 3.

³⁶ KEITEL/WINKLER, *op. cit.*, marg. 9 concernant le § 3.

³⁷ SEYBOLD/SCHIPPEL, *op. cit.*, marg. 68 concernant le § 14.

³⁸ STARKE, dans Beck'sches Notar-Handbuch, Ch. I, marg. Pp. 24 et sqq.

notaire : il convient d'envisager d'autres points de vue, en particulier de savoir si « un moyen terme », par exemple une interdiction d'exercer des fonctions notariales auprès de la banque concernée, serait suffisant. Il s'agit ici en effet tant de la mise en péril de la confiance en l'indépendance et l'impartialité du notaire que du risque de donner de celui-ci une image négative, en d'autres termes d'aspects essentiels de la profession. La décision³⁹ suscite des avis divergents, qui récusent la situation juridique peu sûre ainsi suscitée.⁴⁰

- h) Le § 29 al. 1 de la BNotO interdit au notaire d'effectuer toute publicité contraire à son office public. Cette interdiction suscite des interrogations et des problèmes, parfois fondamentaux.⁴¹ Allant de la remise en question de l'interdiction même⁴² jusqu'à de nombreuses interrogations de détails qui se posent souvent dans le contexte pratique de la concurrence notariale. Ainsi, peut-on permettre d'indiquer des spécialités ou centres d'intérêts, la publicité sans raison particulière.⁴³ Et bien d'autres questions encore. Pour l'avocat-notaire, il existe en outre une contradiction entre le droit publicitaire libéralisé des avocats et l'interdiction de principe chez les notaires. Nous y reviendrons.

2. Les règles déontologiques complètent les dispositions légales.

- a) Recommandations de directives de la Bundesnotarkammer.⁴⁴ Quelques exemples :

Point I 1.2. Le notaire doit garantir son impartialité aussi sur demande unilatérale dans ses activités de conseil, lors de la rédaction de projets ou de rapports d'expertise. Il en va de même pour toute représentation légale d'une partie lors de n'importe quel type de procédure, en particulier les affaires ayant trait au livre foncier et aux registres ou encore les procédures de certificat d'héritier.

Point I 2. Les autres activités professionnelles du notaire ainsi que ses activités auxiliaires ne peuvent compromettre son indépendance et son impartialité.

Point VI 1.2, 2. Traduction pratique ; dispositions destinées à éviter toute infraction aux interdictions de collaboration.

Point VI 3.1, 3.2. Dispositions complémentaires quant au devoir à percevoir les émoluments et à l'interdiction de renoncer aux dits émoluments.

³⁹ Tribunal constitutionnel suprême, 23.09.2002, DNotZ 2003, 65.

⁴⁰ Voir plutôt JAEGER, *op. cit.*, pp. 19 *et sqq.* ; BNotKIntern, numéro 5/2003, p. 5 *et sqq.*

⁴¹ Résumé chez STARKE, dans Beck'sches Notar-Handbuch, Ch. I, marg. 129 *et sqq.*

⁴² KLEINE-COSACK, *Werbefreiheit für Notare – Vom Amtsmythos zum Grundgesetz*, Anwaltsblatt, Nachrichten für die Mitglieder des Deutschen Anwaltvereins e.V., 2003, p. 601. Le notaire exerce « la profession indépendante de conseil juridique la moins libre » d'Allemagne ; la publicité informative doit dès lors être autorisée de manière générale, contrairement aux principes actuels ; ce n'est qu'à cette condition que le notariat allemand peut exister dans un contexte de « concurrence renforcée sur un marché des services sans frontières nationales » (*op. cit.*, pp. 601, 606).

⁴³ STARKE, *op. cit.*, marg. 134, 140.

⁴⁴ Référence plus haut aux notes de bas de page 8 *et sq.*

Point VII, *passim*, en particulier 1.2. Il est interdit au notaire de faire de la publicité dans la mesure où elle suscite le doute quant à l'indépendance ou l'impartialité ou que pour d'autres motifs, elle est inconciliable avec sa position de titulaire d'un office public dans le domaine de la justice préventive.

- b) Les directives des chambres notariales régionales complètent et précisent les dispositions générales. Ici aussi, la garantie de l'indépendance et de l'impartialité du notaire constitue la principale ligne directrice.⁴⁵
- c) Au niveau international, c'est le Code européen de déontologie notariale⁴⁶ qui complète les règles déontologiques nationales.

Le point 1.2.5 interdit la publicité « individuelle » et renvoie à la publicité « collective » par les organisations professionnelles, laquelle offre « aux consommateurs et entreprises une source d'informations facile d'accès ».

Le point 2 du Code contient une règle intéressante, à savoir les conditions et modalités d'intervention du notaire dans un contexte juridique international. Le point 2.1 du Code souligne le droit de la partie concernée de demander l'assistance du « notaire territorialement compétent ». Le notaire du pays d'origine, qui accompagne le client à l'étranger, en avertit son collègue territorialement compétent et convient avec lui des modalités de leur coopération. L'instrumentation ressortit du seul notaire territorialement compétent, une disposition qui demeure inchangée.

Autre exemple marquant de l'influence des réglementations internationales sur le droit notarial allemand, le législateur allemand a repris la disposition suivante au § 11 a) de la BNotO :⁴⁷ « le notaire est autorisé à prêter son assistance à un notaire nommé à l'étranger pour l'aider dans ses affaires notariales à la demande de ce dernier et de se rendre à l'étranger à cet effet. Dans le cadre de son assistance, il est tenu de respecter les devoirs et obligations qui lui sont imposés par le droit allemand. »

C'est là un élément neuf : dans les cas transfrontaliers, le droit allemand autorise dorénavant la collaboration de deux notaires sur une même affaire. En Allemagne, la conception traditionnelle du principe d'impartialité – le notaire est l'intermédiaire neutre et seul responsable de la partie concernée – exclut sinon totalement la collaboration de plusieurs notaires sur la même authentification.⁴⁸

⁴⁵ Vu général complète chez WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, *op. cit.*, 11 *et sqq.*

⁴⁶ Référence ci-dessus à la note de bas de page 13 *et sq.*

⁴⁷ Loi du 31.08.1998, J.O. allemand I, 2585.

⁴⁸ Voir avant tout BAUMANN, *op. cit.*, p. 45 ; intéressant au niveau européen DECKERS, La Profession Notariale, sa Déontologie et ses Structures, publié par l'U.I.N.L., Commission des Affaires Européennes et de la Méditerranée (C.A.E.M.), Académie Notariale, Amsterdam 2000, p. 73, *et passim*, qui cite explicitement le notariat allemand comme représentatif et exemplaire à cet égard (« Jamais plusieurs notaires pour une affaire ! »). Voir également DECKERS/VAN VELTEN, Le Notariat et le Marché juridique : Mono-disciplinarité ou Multi-disciplinarité ?, *Notarius International* 3-4/2003, pp. 105 *et sqq.* pour un avis parfois divergent.

Le législateur reconnaît ici, en prenant position de façon pragmatique, que pour les affaires juridiques « au-delà des frontières », la collaboration entre plusieurs notaires offre des avantages évidents,⁴⁹ à savoir : une plus grande sécurité juridique, la conservation de la relation entre le client et « son » notaire ainsi qu'un meilleur équilibre en termes de connaissances juridiques. C'est pourquoi, elle peut être autorisée dans ce contexte.

3. Le notaire allemand est le conseiller indépendant et impartial des parties concernées. Il est de son devoir d'éviter ne serait-ce que l'apparence de la partialité. Cette obligation déontologique peut être entachée lorsque l'on opte pour des procédures d'instrumentation qui s'écartent des règles et confèrent ainsi à l'une des parties un quelconque avantage. À cet égard, il est intéressant de constater le phénomène juridique où la déontologie notariale influence l'élaboration de contrats authentiques. L'impartialité du notaire devient ainsi une garantie concrète du droit des contrats.

Le notaire doit mener la procédure d'authentification de manière à ce que le but poursuivi par la loi au travers de l'exigence d'authentification soit atteint, en particulier que soit garantie sa fonction de protection et d'information et que soit évitée l'apparence de dépendance ou de partialité. C'est pourquoi, sont interdits en règle générale : l'instrumentation systématique avec des représentants, la division systématique de contrats en offre et acceptation (lorsque cette scission est justifiée pour des motifs objectifs, l'offre doit émaner de la partie au contrat qui a le plus besoin d'informations), l'authentification simultanée de plus de cinq procès-verbaux auprès de plusieurs parties concernées et enfin la mise en place abusive des clauses contractuelles déterminantes dans d'autres actes notariés.⁵⁰

Les dispositions ajoutées les dernières années à la loi sur l'authentification soulignent ce principe. Ainsi, le § 17 al. 2 a) de la BeurkG⁵¹ stipule que l'on ne peut exclure de l'instrumentation les parties concernées désireuses de conseil. Elles exigent en outre explicitement que les parties concernées aient suffisamment l'occasion de se familiariser de manière anticipative avec l'objet de l'authentification. Déjà inscrit dans les directives concernant l'exercice de la profession émanant des chambres notariales, ce devoir a été traduit en 2002 dans la loi sur l'authentification. Le § 17 al. 2 a) point 2 de la nouvelle version de la BeurkG⁵² prévoit qu'en outre, pour les « contrats de consommateurs », un projet de contrat soit mis à disposition deux semaines avant l'authentification. C'est un devoir déontologique du notaire que de respecter ce délai. Parce qu'elle porte surtout sur les contrats d'achat dans le secteur de la promotion-construction, cette prescription a d'importantes conséquences sur la pratique notariale. Ce délai rigide de quinze jours a certes fait parfois l'objet de critiques sévères. Le notariat allemand approuve néanmoins une telle réglementation,

⁴⁹ DECKERS/VAN VELTEN, *op. cit.*

⁵⁰ Voir par exemple la directive de la Chambre notariale de Stuttgart du 18.06.1999 (dont dépend le rapporteur), point II, paru chez WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, *op. cit.*, p. 135 ; ainsi que KEIDEL/WINKLER, *op. cit.*, marg. 17 et sqq. concernant le § 17 de la BeurkG.

⁵¹ Introduit dans la loi dans le cadre de la loi complémentaire sur la déontologie du 31.08.1998, J.O. allemand I, 2585.

⁵² Dans la loi sur la modification de la représentation des avocats devant les tribunaux régionaux supérieurs (Gesetz zur Änderung der Vertretung von Rechtsanwälten vor Oberlandesgerichten) du 23.07.2002, J.O. allemand I, 2585.

en tout cas lorsqu'elle met en exergue dans la loi la position impartiale de « protecteur du consommateur » occupée par le notaire.⁵³

II. Garantie de l'impartialité du notaire dans des situations et des contextes déontologiques particuliers

Cette garantie d'impartialité du notaire entraîne des problèmes particuliers lorsque celui-ci exerce d'autres fonctions professionnelles. Ces possibilités de combinaison trouvent leur origine tant au niveau historique que dans l'évolution des professions de conseil juridique. Sans compter que ces dernières connaissent une concurrence et des pressions commerciales croissantes, que tentent d'exercer des mandants influents.

1. Le notaire allemand peut se retrouver dans les situations d'association de professions suivantes.

a) Avocat-notaire

L'avocat-notaire allemand exerce, en tant qu'avocat, une profession libérale, tout en étant, en tant que notaire, titulaire d'un office public. Cette double position entraîne des risques de conflits déontologiques, de plus en plus visibles et pertinents les dernières années vu les changements radicaux dans ce domaine professionnel.^{54 55}

L'avocat-notaire a une longue histoire en Allemagne. Par le passé, du fait de la limitation géographique précise des compétences notariales, il ne se trouvait pas en concurrence avec le notariat à titre exclusif : le « conseil juridique », au sens le plus large, se dispensait systématiquement au niveau régional. Cette situation a changé. On a vu ainsi se transformer la forme extérieure de la profession notariale. Aux côtés des notariats à titre exclusif sont apparus des avocats-notariats de taille considérable tant dans de grands cabinets régionaux et nationaux que dans d'importantes études de « taille moyenne », confirmant ainsi la tendance dans le milieu du conseil juridique à voir apparaître des unités plus grandes, souvent aussi ouvertes sur l'international.⁵⁶ Dans un contexte de concurrence accrue et d'internationalisation, cette évolution accentue la difficulté de garantir la

⁵³ Discours inaugural de Me GÖTTE, président de la Bundesnotarkammer à l'occasion du 26^e Deutschen Notartag à Dresde 2002, cahier spécial de la Deutschen Notar-Zeitschrift, 2002, p. 8 *et sq.* – « Evaluation » du § 17 Abs. 2 a) de la BeurkG : BNotKIntern 6/2003, le délai de quinze jours a souvent rencontré l'incompréhension des parties concernées par l'authentification ; c'est surtout le « consommateur »(!) qui se sent infantilisé, selon une enquête effectuée par la Bundesnotarkammer dans son rapport au ministère fédéral de la justice.

⁵⁴ Voir DE LOUSANOFF, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁵ Un aperçu complet chez KATJA MIHM, *Berufsrechtliche Kollisionsprobleme beim Anwaltsnotar*, Deutscher AnwaltVerlag, volume 40 des cahiers de l'Institut für Anwaltsrecht de l'Université de Cologne Köln, 2000, Thèse de doctorat à la Faculté de droit ; Directeur de thèse Prof. Dr. Martin Henssler, Référent Prof. Dr. Barbara Grunewald, encadrement par Dr. Tim Starke, ancien directeur général de la Bundesnotarkammer.

⁵⁶ MIHM, *op. cit.*, 261 ; EUE, *Notariat am Scheideweg : Rechtspflege oder Rechtsberatungsmarkt* ; plaquette pour Schippel, Munich 1996, pp. 600 *et sqq.*, p.628 ; GAUPP, *Die Bedeutung des notariellen Standesrechts*, *op. cit.*, 123 ; ZUCK, *Der Notar zwischen Amt und Freiem Beruf*, plaquette pour Schippel, pp. 818 *et sqq.*, en particulier p. 832.

position indépendante et impartiale du notaire, le principe fondamental du droit notarial allemand et européen.⁵⁷

De plus, la jurisprudence constitutionnelle allemande en matière de questions déontologiques relatives à l'avocat-notaire révèle clairement les tendances à la libéralisation, comme nous l'avons illustré ici. Ce qui n'est pas sans renforcer la problématique.

b) Associations professionnelles

L'exercice des fonctions notariales est en réalité l'exercice en personne d'un office conféré par l'État. Les associations professionnelles entre notaires ne peuvent dès lors que porter sur les facteurs personnels et objectifs, les « adjuvants » à la fonction.⁵⁸ Le principe de l'impossibilité du notaire à se constituer en cabinet signifie, pour l'avocat-notaire qu'il ne peut former une telle association que pour ses seules activités d'avocat (§ 59 a) al. 1 de la BRAO).

Par ailleurs, les notaires à titre exclusif ne peuvent s'associer qu'avec des confrères établis au même siège. De plus, en vertu de leurs pouvoirs, les Länder ont, en règle générale, fixé à deux le nombre de notaire à pouvoir s'associer pour l'exercice commun de leurs fonctions.⁵⁹

Par contre, les avocats-notaires peuvent s'associer avec d'autres avocats-notaires, avocats, agents de brevets, conseillers fiscaux, mandataires fiscaux, experts-comptables et vérificateurs assermentés des comptes en vue de l'exercice conjoint de leur profession ou d'un partage de locaux professionnels (§ 9 al. 2 de la BNotO). L'association entre l'avocat-notaire et l'expert-comptable a longtemps été contestée. Ainsi, dans son arrêté « expert-comptable » de 1998⁶⁰, le Tribunal constitutionnel suprême a autorisé l'association entre avocats-notaires et experts-comptables en invoquant les principes constitutionnels d'égalité de traitement (art. 3 de la Constitution [GG]) et de liberté professionnelle (art. 12 de la GG). Suite à cette décision, la loi complémentaire à la BNotO⁶¹ a considérablement élargi les possibilités d'association professionnelle de l'avocat-notaire, incluant l'agent des brevets, l'expert-comptable et le vérificateur assermenté des comptes. Dès lors, l'avocat-notaire peut exercer chacune de ces professions en plus de sa fonction de notaire, sans nécessiter d'autorisation.⁶² Les critiques constatent que l'on ouvre ainsi « grand la porte du cabinet multiprofessionnel » dans le domaine de l'avocat-notariat.⁶³

Dans la pratique, les exigences de la déontologie notariale, avec en tête le devoir d'impartialité, limitent néanmoins largement la participation de l'avocat-notaire à des sociétés d'exercice professionnel

⁵⁷ STARKE, dans Beck'sches Notar-Handbuch, Ch. I, marg. 39.

⁵⁸ STARKE, *op. cit.*, K I, marg. 35.

⁵⁹ Analyse chez STARKE, *op. cit.*, marg. 36 *et sq.*

⁶⁰ DNotZ 1998, p. 754.

⁶¹ Du 31.08.1998, J.O. allemand I, 2585.

⁶² SEYBOLD/SCHIPPEL, marg. 2 et 36 concernant le § 8 de la BNotO.

⁶³ SEYBOLD/SCHIPPEL, *op. cit.*, marg. 12 concernant le § 9 de la BNotO.

(*Berufsausübungsgesellschaft*) et de capitaux. Certes, il peut participer en sa qualité d'avocat à une SARL/SPRL d'avocats mais sans s'engager dans une relation d'employé, même à titre de gérant.⁶⁴ Créée par la loi le 01.07.1995 pour les professions libérales, la société de partenariat (*Partnerschaftsgesellschaft*) est une société d'exercice professionnel avec une capacité juridique, qui est censée combler le vide entre la société de capitaux et la société de droit civil (*BGB-Gesellschaft*). Précisons que les avocats-notaires ne sont autorisés à devenir membres d'un tel partenariat qu'en leur qualité d'avocat.⁶⁵

Par contre, les notaires (à titre exclusif ou avocats-notaires) peuvent s'associer au sein d'un groupement européen d'intérêt économique (GEIE)⁶⁶. Il en va de même pour la coopération, tant qu'elle n'est pas affichée dans le commerce juridique (ce qui, par exemple, est déjà le cas avec les références mutuelles aux partenaires de coopération sur les documents imprimés du cabinet). Nous n'entrerons pas plus dans les détails.⁶⁷

2. Les groupements professionnels susceptibles d'affecter l'impartialité du notaire requièrent des garanties particulières. À cet égard, on constate en Allemagne d'une part, de nouvelles dispositions légales qui soulignent avec force la protection de la neutralité mais d'autre part aussi, une nette tendance à la libéralisation déontologique.

a) Conformément au § 3 de la BeurkG (la prescription a déjà été évoquée), le notaire est tenu de refuser sa collaboration dans les cas cités de suspicion légitime. Cette prescription institue un devoir déontologique général, inconditionnel et non disponible.⁶⁸ Comme corollaire au considérable élargissement des possibilités d'activité et d'association des avocats-notaires, l'on a introduit en 1998 de nombreuses dispositions veillant à garantir davantage encore l'impartialité du notaire.

Ainsi, une personne qui s'est associée avec le notaire pour l'exercice commun de leurs fonctions ou qui partage avec lui des locaux professionnels ne pourra reprendre ses activités notariales (§ 3 al. 1 1^e phrase point 4 de la BeurkG). Les situations précitées impliquent généralement une association pour l'exercice commun de la profession.⁶⁹ La portée de cette interdiction de collaboration est d'autant plus claire lorsque l'on sait que l'associé est mis sur le même pied que le notaire lui-même et ses proches. En d'autres termes, dans le cas où il n'est pas autorisé à collaborer parce qu'il s'agit d'une affaire personnelle, concernant son conjoint, ses enfants, etc., l'interdiction est toujours valable lorsque c'est son associé qui instrumente.

L'élément essentiel est la nouvelle interdiction de collaboration reprise au § 3 al. 1 1^e phrase n° 7 de la BeurkG, en vigueur depuis le 08.09.1998 dans le cas

⁶⁴ Point litigieux ; STARKE conteste dans Beck'sches Notar-Handbuch, Ch. I, marg. 42 ; SANDKÜHLER approuve, *idem*, Ch. II, marg. 33.

⁶⁵ STARKE, *op. cit.*, Ch. I, marg. 45 ; SANDKÜHLER, *op. cit.*, Ch. II, marg. 34.

⁶⁶ CEE 2137/85 (JOCE L 201 du 31.07.1985) et la loi d'exécution allemande du 14.04.1988, J.O. allemand I, 514.

⁶⁷ Analyse exhaustive chez STARKE, *op. cit.*, Ch. I, marg. 46 – 50.

⁶⁸ SANDKÜHLER, dans Beck'sches Notar-Handbuch, Ch. II, marg. 50.

⁶⁹ Pour plus de détails, SANDKÜHLER, *op. cit.*, Ch. II, marg. 54 *et sqq.* ; KEITEL/WINKLER, *op. cit.*, marg. 76 *et sqq.* concernant le § 3 de la BeurkG.

d'une activité extra-notariale du notaire ou de son associé. EYLMANN, l'ancien président du Comité juridique du Parlement allemand, résume élégamment cette disposition cruciale :

« Toute affaire ayant aussi une nature privée à laquelle participe ou a participé l'avocat, son associé ou son partenaire, que ce soit en tant qu'avocat, agent de brevets, conseiller fiscal, expert-comptable, vérificateur assermenté aux comptes ou en toute autre qualité, aura un caractère tabou dans l'exercice de ses fonctions de notaire. »⁷⁰

Cette prescription revêt une importance exceptionnelle pour la pratique notariale.⁷¹ Ainsi, le § 3 al. 1 2^e phrase de la BeurkG impose au notaire d'interroger les parties concernées au sujet d'une « activité antérieure » (non-notariale) au sens de cette disposition et de noter leur réponse dans le document.

Si les infractions aux interdictions de collaboration n'entraînent pas la nullité de l'instrumentation, il s'agit néanmoins de violations du devoir professionnel qui peuvent avoir des conséquences en termes de responsabilité civile.

La stricte neutralité légale du notaire ne prend pas fin avec l'arrêt de ses activités. Elle le dépasse. Ainsi, un avocat-notaire ayant travaillé sur un cas comme notaire ne pourra pas accepter de mandat d'avocat pour cette même affaire. Il violerait en effet ainsi son devoir de neutralité en tant que notaire ainsi que la déontologie de l'avocat (§ 45 al. 1 de la BRAO). En d'autres termes, l'activité notariale et celle de l'avocat en tant que profession libérale s'excluent mutuellement dans une même affaire en vertu des principes du droit.

- b) Le notaire est soumis à l'interdiction de faire de la publicité contraire à son office public (§ 29 al. 1 de la BNotO). Le législateur créé ainsi volontairement une contradiction avec les dispositions concernant d'autres métiers de conseil juridique et économique, en particulier avec les règles relatives aux avocats.

En principe, cette interdiction s'applique également à l'avocat-notaire. La décision « logo » de 1997 du Tribunal constitutionnel suprême⁷² en a cependant montré les limites constitutionnelles en autorisant l'insertion un logo (à des fins publicitaires) dans une en-tête de lettre d'un association d'avocats dont font partie des avocats-notaires. Le tribunal a invoqué la nécessité de prendre en considération en termes constitutionnels l'image professionnelle d'une association autorisée entre avocats-notaires et avocats. Cette décision a d'importantes conséquences. Les avocats-notaires sont en effet désormais soumis à une « interdiction de publicité limitée ». ⁷³ Si elle soulève de vives critiques, elle témoigne de la situation juridique actuelle.⁷⁴

⁷⁰ Citation dans KEITEL/WINKLER, marg. 96 concernant le § 3.

⁷¹ Les faits et les limites sont difficiles à définir en détails ; analyses chez SANDKÜHLER, *op. cit.*, Ch. II, marg. 76 ; KEITEL/WINKLER, marg. 95 *et sqq.* concernant le § 3.

⁷² Arrêt du 24.07.1997, DNotZ 1998, p. 69, commentaires SCHIPPEL.

⁷³ Analyses de cette « interdiction de publicité limitée » chez STARKE, dans Beck'sches Notar-Handbuch, Ch. I, marg. 130 *et sqq.* ; SANDKÜHLER, *idem*, Ch. II, marg. 120 *et sqq.*, avec d'autres références.

⁷⁴ Critique, ne serait-ce que du droit des avocats, STÜRNER, Mitteilungen der Bundesrechts-anwaltskammer, édition 5/2003 du 15.10.2003, pp. 214, 220 : dans le domaine du droit des avocats, le Tribunal

Dans ses nouvelles dispositions, la loi fédérale sur le notariat résout la contradiction entre d'une part, le droit de publicité libéralisé dans le chef des avocats et d'autre part, l'interdiction de publicité en vigueur pour les notaires en vertu du principe selon lequel le droit professionnel le plus sévère l'emporte. Conformément au § 29 al. 2 de la BNotO, la publicité autorisée au notaire (occupant plusieurs fonctions) dans l'exercice de ses fonctions d'avocat, conseiller fiscal, expert-comptable, etc. ne peut porter sur ses activités notariales. Il ne pourra faire appel à d'autres moyens publicitaires, ouverts à l'avocat-notaire en vertu d'un autre droit professionnel, que s'il y renonce à la mention « notaire » et n'y établit pas de lien à caractère publicitaire vers son office notarial.

3. Dans son exposé, le coordinateur international du thème qui nous occupe présente l'impartialité du notaire face « aux grands acteurs économiques » comme un problème de taille.

a) L'importance de cette question ne fait aucun doute. Elle fait partie de la pratique quotidienne du notaire. Les cas de ce type sont en effet fréquents : un promoteur-constructeur, une institution de crédit, une entreprise traitant souvent des affaires immobilières, une collectivité publique, etc. font régulièrement appel à l'instrumentation par un notaire particulier, le « notaire de famille » en quelque sorte. Cette relation particulière se voit encore renforcée lorsque le notaire instrumente, sur demande, dans les locaux des parties concernées.

De même, le notaire entretient souvent une collaboration étroite avec des avocats, des experts-comptables, des conseillers fiscaux, des conseillers d'entreprise, etc. Ils lui « fournissent » des mandants, fréquemment déjà pour les projets des pièces à authentifier. Cependant, les projets d'acte posent des difficultés supplémentaires dans la pratique. Ainsi, l'on sait d'expérience que la fréquence des erreurs est beaucoup plus élevée lors de l'authentification de projets provenant de l'extérieur.⁷⁵ Quant au mandant, il se retrouve souvent face à une double facturation de frais dans la mesure où le notaire allemand n'est pas autorisé, dans ces cas non plus, à diviser ou réduire ses émoluments.

Tous les notaires connaissent des exemples de ce type, et la liste est loin d'être exhaustive. Tous ont la même origine, à savoir la tension entre d'une part, la réussite matérielle, et d'autre part, l'indépendance et l'impartialité du

constitutionnel suprême s'est avancé, dans nombre de ses décisions, comme « le promoteur d'une philosophie du libre marché et des libres services, qui aurait tendance à ne guère tenir compte de la conception traditionnelle de l'avocat en tant qu'organe de la justice ». L'on a « avec l'aide efficace du Tribunal constitutionnel suprême », « ouvert le marché à la concurrence européenne », les « puissantes oligopoles américaines sont arrivées ». STÜRNER a critiqué avec véhémence pendant près de trente ans les déficiences du notariat allemand en matière d'indépendance et d'impartialité : « Der Notar – unabhängiges Organ der Rechtspflege? », JZ 1974, p. 154. La critique excessive a cédé la place à un point de vue conciliant ; voir STÜRNER, « Die notarielle Urkunde im europäischen Rechtsverkehr », version révisée d'un rapport donné par le rédacteur lors d'une réunion entre les notaires français et allemands le 08.10.1994 à Baden-Baden, DNotZ 1995, p. 343.

⁷⁵ À ce sujet, WALZ, *Verhandlungstechnik*, *op. cit.*, p. 165, complet et axé sur la pratique.

notaire.⁷⁶ S'il est vrai qu'une relation de clientèle sur la durée est incontestablement « un signe réjouissant en soi de la confiance témoignée au notaire », cet aspect ne peut néanmoins pas entraver la liberté de ce dernier.⁷⁷

- b) La garantie de l'indépendance et de l'impartialité dans ce type de cas également et le souci d'éviter une apparence de violation du devoir de neutralité échappent souvent à un jugement et une réglementation juridiques précis.

Dans les cas de « notaire de famille », l'on peut ainsi recommander à bon escient, en cas de participation d'un tiers à l'authentification, de soulever le problème et d'informer les autres parties concernées qu'elles peuvent choisir un autre notaire. Une autre recommandation appropriée est certainement de veiller à ce que le nom du notaire n'apparaisse pas dans les documents (sont particulièrement délicats les dépliant de vente pour des placements en capitaux et dans l'immobilier). Les « authentifications extérieures » dans les locaux professionnels d'un mandant (permanent), ce qui est particulièrement fréquent dans les affaires immobilières, doivent être évitées dans la mesure du possible en cas de participation de tiers. Le point IX, 3 des recommandations de directives du Conseil fédéral du notariat allemand interdit d'ailleurs au notaire d'exercer ses fonctions en dehors de son siège d'établissement si cela donne l'impression d'une publicité contraire aux dispositions, entraîne la dépendance ou la partialité ou encore affecte l'objectif de protection qu'impliquent les exigences en matière d'authentification.⁷⁸ Les chambres notariales régionales ont autorisé des conceptions quelque peu différentes dans leurs directives.⁷⁹ De plus, le Tribunal constitutionnel suprême a accepté en 2000⁸⁰ des limitations de droit professionnel à l'égard de l'interdiction d'instrumenter en dehors du siège d'établissement, adoptant ainsi à nouveau une position « libérale ».

- c) Les rapports de conseil permanents dans le cadre d'un cabinet de groupe d'un avocat-notaire, typiques surtout pour les avocats d'affaires, les conseillers fiscaux ou les experts-comptables, posent un autre problème sans solution univoque.

Il n'y a qu'un seul cas où la reprise d'une charge notariale ne présente généralement pas de problème : lorsqu'une partie concernée est conseillée par le cabinet de groupe en sa qualité d'avocat ou de conseiller fiscal. En effet, l'interdiction de collaboration évoquée plus haut ne porte que sur le mandat et non sur le mandant. La limite est certes difficile à tracer. Elle dépendra

⁷⁶ Explication chez SANDKÜHLER, *op. cit.*, Ch. II, marg. 48. Complet, s'érigeant en défenseur de l'impartialité et de l'indépendance du notaire DECKERS, *La Profession Notariale*, pp. 61 *et sqq.* La « relation entre le notariat et l'argent » détermine l'avenir de la profession ; p. 64, point 51 : là et plus loin s'insurge contre toutes les formes de présentation commerciale du métier, en particulier dans la publicité (pp. 65 *et sqq.*). Les travaux de DECKERS peuvent se traduire au droit notarial allemand : dans son rapport, DECKERS cite à plusieurs reprises en exemple quant à l'impartialité et l'indépendance du notaire.

⁷⁷ SEYBOLD/SCHIPPEL, marg. 32 concernant le § 14 BNotO.

⁷⁸ WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, *op. cit.*, p. 9, commentaires extensifs, p. 352 *et sqq.*

⁷⁹ WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, *op. cit.*, p. 363 *et sqq.*

⁸⁰ Arrêt du 09.08.2000, DNotZ 2000, 787 commentaires de EYLMANN. Voir également WEINGÄRTNER/WÖSTMANN, *op. cit.*, p. 357 *et sq.*

probablement en fin de compte de la portée et de la profondeur des relations de conseil.⁸¹

Par ailleurs, des relations de clientèle continues et des liens de collaboration permanente ont quelque peu tendance dans la pratique à influencer les émoluments du notaire. Or, la réponse légale est univoque : le notaire allemand ne peut en aucun cas demander un supplément aux honoraires légaux.

Enfin, chacune de ces associations pose un défi particulier au notaire, qu'il n'est pas possible, pour une bonne partie, de relever à l'aide de règle juridique : l'obligation d'impartialité « exige une importante mesure de fermeté dans la mesure où de certains clients pensent pouvoir attendre du notaire qu'il privilégie leurs intérêts. ».⁸²

⁸¹ SANDKÜHLER, dans Beck'sches Notar-Handbuch, Ch. II, marg. 73 avec références complémentaires

⁸² SEYBOLD/SCHIPPEL, marg.35 a.E., concernant le § 14 de la BNotO.

C.
Droit des contrats

En Allemagne, l'activité notariale est avant tout une application matérielle du droit des contrats ; aspects fondamentaux

I. Réglementation légale, points de départ

1. Le Code civil allemand (BGB)⁸³ contient une « Partie générale » de la doctrine des contrats qui concerne tous les types de conventions : elle ne porte donc pas seulement sur les contrats créateurs d'obligations, mais aussi ceux qui établissent des droits réels, familiaux et successoraux (§§ 145 à 157). Les contrats d'obligation sont traités à part (§§ 305 *et sqq.*).⁸⁴

Les §§ 145 *et sqq.* du BGB stipulent les règles généralement d'établissement d'un contrat et reprennent les catégories juridiques de base (offre, acceptation, consentement, ambiguïté). Les §§ 305 *et sqq.* du BGB reprennent des normes générales quant au contenu des contrats d'obligation. Ces dispositions générales sont complétées, spécifiées et précisées dans les passages correspondants du BGB pour tous les types de contrats de droit civil.

2. Ces réglementations s'appuient sur certaines catégories de base, normatives.

Pour la société libérale de la seconde moitié du XIX^e siècle et selon l'idée qu'elle se faisait du droit, le contrat, aux côtés de la propriété privée, était l'institution de droit privé par excellence. Sa légitimation s'appuyait sur la conception libérale du contrat, c'est-à-dire, « par la foi optimiste en la possibilité d'une harmonie sociale quasi-automatique, 'naturelle' par l'équilibre contractuel : « Qui dit contractionnel, dit juste. »⁸⁵

Cette conception de la liberté contractuelle confère uniquement une compétence (formellement équivalente) à l'organisation privée de la société ; il n'est nulle part question de la rectitude du fond de l'objectif poursuivi par le contrat.⁸⁶ En d'autres termes, la conception libérale du contrat est légitimée avant tout par la procédure, le « rationalisme procédural », et non pas la « rectitude » du contenu.⁸⁷

Ces principes, également désignés sous le terme de « liberté contractuelle » ou « d'autonomie privée » sont les piliers du droit traditionnel allemand des contrats. Ils le sont toujours dans le cadre de l'ordre juridique et économique actuel. L'institution

⁸³ Nouvelle publication du code entré en vigueur en 1900 dans la version d'application depuis le 01.01.2002, J.O. allemand I, 2002, p. 42.

⁸⁴ Münchener Kommentar - KRAMER pour cette « abstraction morcelante » caractéristique du BGB, BGB, pour le § 145, marg. 1 avec note de bas de pages 1, Citation SCHMIDT, The German Abstract Approach to Law

⁸⁵ Münchener Kommentar - KRAMER -KRAMER, marg. 2 pour le § 145, avec citation de FOUILLÉ, La Science sociale contemporaine, 1881 – NDT. En français dans le texte.

⁸⁶ Münchener Kommentar -KRAMER, *op. cit.*

⁸⁷ Münchener Kommentar -KRAMER, marg. 3 § 145

du contrat privé connaît même aujourd'hui une « reprise exceptionnelle à l'échelon mondial » suite à l'effondrement du socialisme et à la mondialisation des marchés.⁸⁸

3. Le principe de liberté contractuelle revêt plusieurs aspects caractéristiques.

Il s'agit de la « liberté de conclure » un contrat. La personne qui reçoit une offre de contrat n'est pas obligée de l'accepter.

S'ajoute à cela « l'autonomie contractuelle », également appelée « liberté contractuelle quant au contenu » du contrat. Ce principe implique que les contractants élaborent librement le contenu du contrat. Selon le droit civil allemand, cette liberté a une conséquence particulière, à savoir la « liberté des types » du droit des obligations. En effet, ce dernier ne contraint pas les partenaires contractuels à choisir les types de contrat que la loi propose, presque à titre de modèles. Ils peuvent conclure des contrats d'obligations autour de n'importe quel contenu, dans les limites légales de la liberté contractuelle, évidemment, et ainsi créer, de manière « autonome » de nouveaux types de contrats.

Concluons enfin par la liberté de choisir la forme des contrats. Le BGB établit comme le principe la liberté des formes des actes juridiques. Une forme particulière, par exemple surtout la forme notariale, est l'exception.

II. Limites de la liberté contractuelle

1. C'est surtout au cours des dernières décennies que l'institution juridique du « contrat » a connu une évolution fonctionnelle en Allemagne comme en Europe. L'on reconnaissait que la liberté contractuelle au sens juridique (formel) du terme devait être distinguée de son sens matériel (appuyé sur la faisabilité factuelle) et qu'en aucun cas, ces deux aspects ne se correspondent toujours parfaitement.

La problématique ainsi soulevée est très bien expliquée par les critiques les plus virulents de la liberté de contrat : elle serait « un château en Espagne, une utopie, pas une réalité » ; la mission contemporaine du droit est « d'établir des critères et des procédures en matière d'équité contractuelle, il est essentiel de la créer parce que justement la liberté contractuelle n'existe pas en vérité ».⁸⁹

2. La littérature juridique allemande consacrée à la liberté et l'équité contractuelles est très abondante.⁹⁰ Force est de constater que les réserves formulées à l'égard d'une liberté contractuelle purement formelle forment entre-temps un consensus

⁸⁸ Münchener Kommentar -KRAMER, marg. 5, a.E., § 145

⁸⁹ Münchener Kommentar -KRAMER, marg. 5 vor § 145, avec références.

⁹⁰ Voir avant tout l'aperçu dans Münchener Kommentar-KRAMER, concernant le § 145. Fondamental LUDWIG RAISER, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, p. 1 ; SCHMIDT-RIMPLER, Zum Vertragsproblem, dans : Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, plaquette pour L. Raiser, Tübingen, 1974 ; M. WOLF, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970 ; HÖNN, Kompensation gestörter Vertragsparität. Ein Beitrag zum inneren System des Vertragsrechts, Munich, 1982.

majoritaire.⁹¹ Elles touchent principalement aux problèmes rassemblés sous le concept de « parité contractuelle entravée ».⁹²

III. Solutions

Tant sur le plan théorique que pratique, il existe aujourd'hui plusieurs voies, des corrections considérées comme nécessaires à la liberté contractuelle formelle.

1. Sous l'effet principalement du droit européen, l'Allemagne a instauré un droit privé de protection du consommateur dont l'application est quotidienne dans la pratique du droit privé allemand.

Le point de départ⁹³ de cette thématique vieille de plus de vingt ans est l'idée d'une « protection des plus faibles » en vue de permettre une répartition des risques plus adaptée. La loi relative aux conditions générales de vente de 1976 l'exprime pour la première fois de manière positive, bien vite encadrée par une série de lois accessoires.⁹⁴ Entre-temps, ces lois ont été résumées dans le BGB au moyen de la « loi sur la modernisation du droit des obligations ».⁹⁵

Depuis le 01.01.1995, date de l'entrée en vigueur de la « directive européenne relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs »,⁹⁶ les « contrats de consommateurs » (§ 310 al. 3 du BGB) sont généralement soumis au contrôle dit « contrôle des AGB » (Allgemeine Geschäftsbedingungen – Conditions générales de vente). Depuis 1996, la prescription du § 24 a) de l'AGB, conforme quant au fond aux §§ 13, 14 et 310 al. 3 du BGB, prévoit explicitement la présence d'un « contrôle de clauses » en vertu des §§ 307 à 309 du BGB pour tous les contrats impliquant un consommateur et un entrepreneur. Ce contrôle a pour conséquence d'imposer, dans le cadre des prescriptions susmentionnées, une série des dispositions impératives, destinées à protéger le consommateur.

De plus, le législateur a introduit de nombreuses obligations d'information écrite ainsi que des droits de rétraction. Ainsi, le § 491 al. 3 n° 1 du BGB⁹⁷ prévoit que les contrats de crédit à la consommation doivent mentionner le taux d'intérêt annuel, les frais de contrats et les conditions de modifications de ces deux éléments. Toute infraction à cette prescription entraîne un droit de rétraction dans le chef du consommateur (§ 491 al. 3 et §§ 495 al.1 et 355 du BGB).

⁹¹ Résumé dans Münchener Kommentar-KRAMER, marg. 5 concernant le § 145 ; résumé consacré en particulier au notariat dans KRAFKA, Der Umgang des Notars mit aktuellen Rechts-entwicklungen, DNotZ 2002, pp. 677 et sqq.

⁹² Résumé et références dans LIMMER, Vertragsgerechtigkeit notarieller Urkunden und europäischer Verbraucherschutz, dans : Notar und Rechtsgestaltung. Tradition und Zukunft. Plaquette à l'occasion du jubilé du notariat rhénan, éditée par le Chambre notariale rhénane, Cologne, 1998, p. 15, p. 28.

⁹³ Voir la composition chez KRAFKA, *op. cit.*, pp. 679 et sqq.

⁹⁴ Loi sur le droit de révocation d'un crédit conclu à domicile (Haustürwiderrufsgesetz) (1986), loi sur le crédit à la consommation (Verbraucherkreditgesetz) (1990), loi sur le droit de rétraction des paiements à tempérament (Teilzahlungswiderrufsgesetz) (1996), loi sur la télévente (Fernabsatzgesetz) (2000), etc.

⁹⁵ Du 26.11.2001, J.O. allemand I, 3138.

⁹⁶ Directive CEE 93/13 du Conseil du 05.04.1993, J.O. du 21.04.1993, L 95, p. 29.

⁹⁷ Dans la version de la « loi visant à la modification de la représentation des avocats devant les tribunaux régionaux supérieurs » du 23.07.2002, J.O. allemand I, 2850.

Cependant, ces normes légales de « protection des plus fragiles » suscitent de vives critiques juridiques. D'une part, l'on critique le manque de clarté dans la définition de l'entrepreneur et du consommateur, pourtant essentielle.⁹⁸ D'autre part, l'on désapprouve que la législation de protection des consommateurs s'éloigne de l'idée directrice d'un citoyen autonome et responsable au profit de la représentation d'un « être assisté » ; sans compter que les conséquences économiques de cette législation sont rarement reflétées, la protection du consommateur n'est « pas gratuite » au niveau économique général.⁹⁹ Le dernier point de critique concerne la mission que s'est fixé le nouvel État social en général. « La prévoyance en tant que principe d'un ordre juridique social en Europe », ainsi était intitulé le discours inaugural de Me RICHTER à l'occasion du 26^e Deutscher Notartag 2002 à Dresde.¹⁰⁰

2. Dans le même sens, certes pas dogmatique mais au niveau des résultats pratiques, le contrôle judiciaire fortement renforcé du contenu vise les contrats « accablants ».¹⁰¹ Le tribunal constitutionnel suprême avance depuis le milieu des années 90 la garantie d'une « norme juridique minimale » en tant que seuil infranchissable d'une convention contractuelle.¹⁰²

Cette position concernait d'abord le traitement juridique des cautionnements, qui avaient poussé les proches immédiats de débiteurs principaux dans des situations très délicates. De nombreux juges de cours supérieures ont d'ailleurs déclaré de tels cautionnements comme nuls.¹⁰³ De même, a été déclaré contraire à l'ordre public un cautionnement qu'un travailleur, par souci pour son emploi, avait pris auprès d'une institution de crédit comme garantie pour un crédit en compte courant accordé par son employeur.¹⁰⁴

Enfin, les plus hautes instances juridiques, jusqu'y compris le Tribunal constitutionnel suprême, ont annulé, dans des circonstances extrêmes, des conventions de mariage sur la base du contrôle judiciaire sur le contenu ; celles-ci s'éloignaient en effet de « l'image normale » de la réglementation légale « à charge de la partie abstraitement plus faible ».¹⁰⁵

⁹⁸ KRAFKA, *op. cit.*, p. 681 avec références.

⁹⁹ MÖSCHEL, *Einflüsse der europäischen auf die deutsche Wirtschaftsordnung*. plaquette pour Wolfgang ZÖLLNER, Tübingen, 1998, Volume I, 403. WAGNER, Ministre de la Justice du Land de Hesse, *Entmündigte Bürger*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* du 24.07.2003, p. 10 : Au lieu que la priorité soit accordée à l'autonomie privée, on voit apparaître « un droit de protection acquis largement ramifié » ; le consommateur « surcuvé » n'est plus un « citoyen majeur dont la fierté portait par le passé une communauté ». Le « tableau désolant d'un consommateur non critique, versatile et motivé par l'extérieur » supplante et obscurcit la décision fondamentale de notre ordre juridique privé. – La transformation du « Code civil en un code petit-bourgeois ? » MÖSCHEL, *op. cit.* – L'évolution de la conception du contrat qui en découle est inacceptable ; ERNST, *Neues Vertragsrecht für die deutsche Wirtschaft?* *FAZ* du 19.05.2001, p. 8 ; PICKER, *Schuldrechtsreform und Privatautonomie*, *JZ* 2003, p. 1035 (« ...une nouvelle assistance sociale aux dépens de la liberté... »).

¹⁰⁰ *Cahier spécial de la Deutschen Notar-Zeitschrift*, 2002, pp. 29 *et sqq.*, en particulier la p. 38 *et sq.* Voir également KRAFKA, *op. cit.*, p. 681.

¹⁰¹ À ce sujet, et plus loin, KRAFKA, *op. cit.*, pp. 681 *et sq.*

¹⁰² Références chez KRAFKA, *op. cit.*, p. 681, note de bas de page 19.

¹⁰³ Références de jurisprudence chez KRAFKA, *op. cit.*, note de bas de page 20.

¹⁰⁴ Cour fédérale de justice du 14.10.2003, XI ZR 121/02, communiqué de presse de la Cour fédérale de justice du 14.10.2003, publié dans *Der Betrieb*, cahier 43 du 24.10.2003, *Nachrichten*, XV.

¹⁰⁵ Analyse de la problématique générale, y compris en termes de principes de droit, chez HOHMANN-DENNHARDT, juge au Tribunal constitutionnel suprême, *Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung von Ehe-verträgen*, conférence publiée, *Jahresarbeitstagung des deutschen Notariats* le 18.09.2003 à Würzburg. Voir également l'analyse chez KRAFKA, *op. cit.*, p. 682.

3. L'équité contractuelle grâce à l'authentification notariale offre une autre solution par l'intervention du notaire en tant « qu'intermédiaire et personne d'intégration du droit ».¹⁰⁶

Comparée aux restrictions légales et au contrôle judiciaire du contenu, cette « troisième voie » offre des avantages évidents. L'impartialité du notaire ainsi que les devoirs de contrôle et d'information imposés par la procédure d'authentification protègent les parties concernées. C'est surtout le devoir d'impartialité qui empêche toute clause préférentielle ou déséquilibrée, ce qui donne lieu à un contrat précis, dans un acte public, établi sur les conseils préalables d'une personne neutre et compétente.

C'est le sujet qu'aborde ce rapport dans la suite.

¹⁰⁶ KRAFKA, *op. cit.*, p. 685.

D.
Le notaire en tant que garant du droit des contrats – l’application pratique ;
la « plus-value » du contrat comme acte notarié

I. Attribution des compétences au notaire

Le droit matériel détermine quels types de contrats nécessitent un acte authentique notarié. Le droit allemand est particulièrement strict en la matière. En effet, le non-respect des exigences légales de forme entraîne la nullité (§ 125 du BGB).

1. La garantie des intentions des formes légales par l’authentification notariale détermine le contenu et la portée des devoirs déontologiques dans le cadre de la procédure d’instrumentation. Les prescriptions légales de forme ont les fonctions suivantes :¹⁰⁷

- a) Garantie de réflexion. Les prescriptions de forme légales visent généralement à protéger le déclarant d’un engagement précipité dans des affaires particulières risquées (« fonction de mise en garde »). Elles sont censées éveiller la conscience, inciter à la réflexion circonspecte et susciter le sérieux qu’exige l’importance de la décision.
- b) Garantie de preuve. Dans les cas qui ont une grande portée ou un contenu important, l’exigence formelle légale vise à signaler clairement la conclusion de l’affaire sur l’ensemble du contenu, de la fixer de manière claire, univoque et définitive. La garantie de la preuve se fait dans l’intérêt des parties concernées mais aussi du public au travers de la gestion des registres publics (livre foncier, registres de commerce).

Le droit allemand prévoit une force probante particulière pour l’acte authentique notarié. En cas de litige civil, cette force implique que le contenu en a été expliqué aux personnes indiquées dans l’acte devant le notaire (§ 415 du Code de procédure civile).

- c) Garantie d’information. La loi impose la forme de l’acte en particulier lorsqu’en plus de la simple fonction de mise en garde et de preuve, le conseil et l’information professionnels par un organe judiciaire indépendant et impartial sont indispensables pour des dossiers importants et juridiquement complexes et ce, pour des motifs juridico-politiques (toute prescription légale résulte d’une pondération juridique/légale et politique entre les avantages, les frais et les inconvénients¹⁰⁸) (fonction de conseil et d’information).
2. Le droit allemand impose le formalisme en particulier pour les contrats immobiliers (disposition légale qui le sous-tend : § 311 b) du BGB ; la prescription institue le « monopole d’authentification » du notaire allemand pour toutes les transactions immobilières au sens le plus large) ; cette exigence d’authentification s’applique

¹⁰⁷ Analyse chez BERNHARD, dans Beck’sches Notar-Handbuch, F, marg. 9 *et sqq.*

¹⁰⁸ KANZLEITER, Die notarielle Beurkundung als ein Weg zum « richtigen Vertrag ». Cahier spécial 2001, 100 Jahre Deutsche Notar-Zeitschrift, p. 69, p. 80.

également aux contrats de mariage, pactes successoraux, actes constitutifs de société (personnes morales), transferts de participations, modifications de statuts de personnes morales et procès-verbaux d'assemblées générales de sociétés anonymes de même que pour les contrats qui contiennent des éléments essentiels nécessitant une forme prescrite, pour ne citer que les principaux exemples pratiques.

Sur le plan pratique, le notaire allemand authentifie surtout des actes immobiliers. En effet, le droit matériel allemand prévoit que les dispositions testamentaires peuvent également être prises au moyen d'un testament olographe. Quant aux actes constitutifs de sociétés de personnes, surtout de sociétés de droit civil, de sociétés de personnes commerciales (société en nom collectif, société en commandite, cette dernière souvent sous la forme juridique de la GmbH & Co. KG¹⁰⁹) de même que les transferts de parts sociales correspondants¹¹⁰, ils n'exigent pas d'acte notarié. Cette dernière possibilité est souvent utilisée en Allemagne pour les ventes d'entreprises en *share deal*.¹¹¹

II. L'authentification de contrats notariale et impartiale, une garantie du droit des contrats

Cette garantie repose sur deux piliers :

- la norme fondamentale d'impartialité, déterminante du statut, du notaire, § 14 al. 1 de la BNotO, telle qu'elle est détaillée dans le présent rapport ;
- la norme fondamentale, déterminante de l'attitude, qui contraint le notaire à l'examen et à l'information approfondis (§ 17 al. 1 de la BeurkG).

Elle concerne d'une part, la procédure, l'efficacité et la garantie de l'authentification et d'autre part, ses limites.

1. Quelques remarques concernant la procédure d'authentification.

- a) La « négociation » (§ 8 de la BeurkG) est l'élément clé de l'authentification.¹¹²

Le législateur allemand a renforcé à deux niveaux le contenu substantiel de la « négociation » notariale par la loi du 23.07.2002¹¹³. Il y a ajouté, comme évoqué précédemment, la phrase que, pour les « contrats conclus avec les consommateurs », il appartient au notaire de veiller à ce que « le consommateur ait suffisamment l'occasion de se familiariser au préalable avec l'objet de l'authentification » et lui transmettant un projet de contrat

¹⁰⁹ Forme mixte entre la société en commandite (KG) et la société à responsabilité limitée (GmbH) = SC dans laquelle une sarl est un associé tenu personnellement responsable ; très courante en Allemagne, surtout parmi les entreprises de taille moyenne.

¹¹⁰ Aussi lorsqu'il s'agit du transfert d'un bien foncier appartenant à la société ; voir MÜNCHENER KOMMENTAR-ULMER, marg. 26 *et sqq.*, § 719 du BGB.

¹¹¹ Tous les notaires allemands plus spécialisés en droit commercial confirmeront la tendance des conseils (non notaires) à éviter l'acte notarié pour les dossiers de droit des entreprises, surtout les transferts de parts, ou d'interpréter l'exigence de forme de manière restrictive.

¹¹² REITHMANN, DNotZ 2003, p. 603.

¹¹³ La loi modifiant la représentation devant les tribunaux régionaux suprêmes (OLG-Vertretungsänderungsgesetz), J.O. allemand 2002 I, p. 2850.

deux semaines avant la passation de l'acte. De plus, les parties concernées en personne ou une « personne de confiance » doivent être présente lors de l'instrumentation.

Cette nouvelle prescription a fait l'objet de nombreuses discussions.¹¹⁴ Il est clair que l'authentification d'un acte se caractérise précisément par la « négociation » devant le notaire, en présence des parties concernées et avec sa participation consultative ;¹¹⁵ c'est la teneur essentielle de ce que l'on entend par authentification notariée, incontestablement renforcée par la nouvelle réglementation.

La négociation comprend toujours la lecture orale par le notaire d'un texte écrit (§ 8 de la BeurkG). Cette disposition sert d'une part, à créer un point de départ aux devoirs d'explication et d'information et d'autre part à garantir tant la connaissance précise dans le chef des personnes concernées de tous les détails de leurs déclarations qu'à l'autocontrôle du notaire. Le texte du contrat sert en quelque sorte de liste de vérification que l'on passe en revue afin d'arriver au consensus pour tous les points ouverts ou qui semblent clairs.

Cette procédure, de même que la signature apposée ensuite par les parties concernées, joue le rôle d'un *settlement event*. Ce formalisme crée une atmosphère de « maintenant ou jamais ».¹¹⁶ Tous les notaires vivent au quotidien l'importance particulière de la passation du contrat ainsi formalisée.

- b) La procédure d'authentification notariale, en présence des parties concernées et du notaire en tant que conseiller juridique neutre, est une « procédure médiatrice », opposée à la « procédure dialectique » de la représentation de chaque partie au contrat par leur propre conseiller juridique. Mais toutes deux sont des voies possibles pour mener au « juste contrat ».¹¹⁷ Aucune de ces deux procédures ne peuvent, à la comparaison, affirmer offrir une plus grande « garantie d'exactitude ».

La procédure médiatrice est surtout utilisée lorsqu'il n'existe pas, entre les parties concernées, d'important conflit d'intérêts, matériel ou juridique, ou lorsque des solutions objectivement appropriées à de tels conflits sont possibles et que les parties concernées ont confiance dans le fait que le conseiller juridique impartial leur proposera des solutions équilibrées. C'est la situation typique des contrats de vente immobiliers, prépondérants dans la pratique notariale.¹¹⁸

Quant à la procédure « dialectique » utilisée pour trouver les « justes » dispositions contractuelles », elle est envisagée, ou nécessaire, lorsque les intérêts, commerciaux ou juridiques, et donc de possibilités de clauses contractuels divergents. Ce cas de figure, assez fréquent dans la pratique s'applique généralement aux contrats de vente concernant une entreprise. Il

¹¹⁴ Voir plus haut B I. 3., dernier paragraphe.

¹¹⁵ REITHMANN, *op. cit.*, p. 604.

¹¹⁶ WALZ, *Verhandlungstechnik für Notare, op. cit.*, pp. 169 et sq.

¹¹⁷ KANZLEITER, *op. cit.*, p. 69, pp. 77 et sqq. ; REITHMANN, *Der „richtige“ Bauträgervertrag*, plaquette pour Johannes Bärmann et Hermann Weitnauer, Munich 1990, p. 513.

¹¹⁸ KANZLEITER, *op. cit.*, pp. 78 et sq.

s'agit en effet d'actes complexes qui règlent des rapports financiers difficiles sur fond d'un conflit d'intérêts généralement puissant entre l'acheteur et le vendeur. Dans ces situations, plutôt atypiques, où la conclusion du contrat est « difficile », la représentation par un conseiller juridique s'impose (ce que les parties concernées reconnaissent d'ailleurs généralement). S'il existe alors un devoir légal d'authentification notariale, le notaire joue le rôle de « modérateur ».¹¹⁹

2. La « disparité » contractuelle est un problème fondamental du droit des contrats moderne, comme nous l'avons expliqué dans la Partie C. L'authentification notariée le résout en grande partie ou en tout cas, le réduit considérablement.

a) La « disparité », « la supériorité motivée par l'extérieur d'une partie au contrat »¹²⁰ peuvent reposer sur plusieurs éléments¹²¹

- la supériorité factuelle à laquelle l'autre partenaire contractuel ne peut échapper malgré le fait que le déséquilibre ait été reconnu ; ou
- l'infériorité « situationnelle » d'une partie au contrat qui ne reconnaît pas le fait que son partenaire contractuel poursuit des intérêts « motivés par d'autres ».

Cette deuxième catégorie est particulièrement importante car elle dénote l'absence d'informations indispensables, l'infériorité intellectuelle, l'infériorité dans une situation de négociation concrète.¹²²

b) Le § 17 al. 1 de la BeurkG contraint le notaire à veiller à ce que le contrat authentifié réponde aux éléments suivants :

- il reflète véritablement la volonté des parties concernées,
- il porte sur l'objet approprié,
- il est rédigé clairement et dans le respect du droit, et
- il ne porte pas préjudice à des parties inexpérimentées et maladroites.¹²³

Tant l'impartialité sans exception du notaire que ses devoirs de vérification et d'information étendus protègent les parties des risques visibles ou non de « disparité » de positions contractuelles.

En d'autres termes, l'authentification notariale « filtre » le contenu sur la voie du « juste contrat ».¹²⁴

Ainsi est garanti un contrat « juste » au sens de la « sécurité juridique ». C'est la mission principale du notaire que d'établir les faits pertinents au contrat et

¹¹⁹ KANZLEITER, *op. cit.*, p. 79.

¹²⁰ HÖNN, *Kompensation gestörter Vertragsparität*, *op. cit.* ; LIMMER, *Vertragsgerechtigkeit notarieller Urkunden und europäischer Verbraucherschutz*, *op. cit.* ; RICHTER, *Rechtsgestaltende Funktion des Notars* ; *passim* pour chaque référence.

¹²¹ Selon l'analyse de synthèse de RICHTER, *op. cit.*, p. 21.

¹²² Pour d'autres différenciations, voir LIMMER, *op. cit.*, p. 28.

¹²³ RICHTER, *op. cit.*, p. 22 ; JERSCHKE, *Die Wirklichkeit als Muster – der richtige Weg zum gerechten Vertrag*, cahier spécial DNotZ 1989, pp. 21 *et sqq.*, p. 23.

¹²⁴ RICHTER, *op. cit.*, p. 23.

d'appliquer les règles juridiques, y compris les dispositions qui couvrent les défauts d'exécution ainsi que l'enregistrement du contrat dans les registres, en particulier le livre foncier et les registres de commerce, un moment essentiel dans la « gestion » du contrat par le notaire.

L'on garantit également ainsi dans la mesure du possible un contrat « juste » dans le sens « d'équité contractuelle ». Le devoir d'impartialité du notaire lui interdit catégoriquement d'authentifier des dispositions contractuelles partisans ou déséquilibrées. Le contrôle judiciaire du contenu, purement répressif,¹²⁵ passe ainsi au second plan devant le contrôle préventif du notaire.

- c) Outre les domaines habituels du droit civil matériel, le droit des contrats porte également sur d'autres domaines spécialisés, principalement le droit fiscal. L'on n'attend toutefois pas des connaissances spéciales du notaire en la matière : il peut transférer les parties concernées à un conseiller fiscal ou aux autorités compétentes, d'ailleurs les contrats notariés allemands contiennent souvent ce genre de renvois.¹²⁶ Une explication et un renvoi généraux engendrent fréquemment, comme le prouve la pratique, une analyse fiscale ciblée (l'adage « danger reconnu, danger évité » s'applique aussi en dehors des études de droit !) et constituent une contribution souvent inestimable à l'exactitude du contrat même sur le plan fiscal.

Cette expérience vaut pour d'autres spécialités juridiques, y compris pour des questions commerciales, qui influencent ou fondent le contrat envisagé.

3. L'acte notarié est le résultat de l'activité juridique du notaire. Par son indépendance et son impartialité, elle fournit ainsi un « produit » que seul le notaire peut « offrir » sur le « marché des services et conseils juridiques ». La « plus-value », dans le sens du thème général de ce congrès, de l'authentification notariée découle des éléments suivants :

- la validité juridique sous tous les aspects spécifiques,
- la force exécutoire immédiate (§ 749 al. 1 n° 5 de la ZPO, laquelle existe en droit allemand du fait du prononcé explicite de l'acte et non en soi),
- la force probante accrue, en particulier aussi à l'égard de la date et du lieu de l'authentification (§§ 415 et 418 de la ZPO).

Il est donc prévisible, et c'est d'ailleurs en préparation concrète en Allemagne, que la conclusion électronique de contrat soit reprise dans le répertoire notarial comme nouveau média. La qualité de la procédure notariale et de l'acte qui la conclut ne peut toutefois en être affectée sans quoi les particularités de l'intervention du notaire seraient perdues. Il s'agit surtout de s'assurer de la volonté de contracter des parties concernées et du contrôle par le notaire quant à la compréhension effective par ces dernières de ses informations et explications.¹²⁷

4. Cependant, les garanties qu'offre l'authentification notariale impartiale en droit des contrats ont des limites.

¹²⁵ Voir plus haut C. III., 2.

¹²⁶ SPIEGELBERGER, dans Beck'sches Notar-Handbuch, E, marg. 12 *et sq.*

¹²⁷ RICHTER, *op. cit.*, 31 avec références.

Ne serait-ce que par la portée non limitée des devoirs de vérification et d'information du notaire. L'on sait ainsi¹²⁸ que le devoir d'information ne concerne pas la dimension financière de l'acte à authentifier. Le notaire n'est pas le « tuteur » des parties concernées, ni leur conseiller économique ou fiscal.¹²⁹

Il en va de même pour la portée fiscale. Nous avons déjà dit combien il était utile que le notaire souligne l'importance de recourir au conseil fiscal spécialisé.

Par ailleurs, en fonction des cas et des situations, il est généralement admis que le principe de médiation pour la procédure d'authentification notariale obligatoire n'est pas toujours approprié ou suffisant. L'on a ainsi indiqué que la procédure « dialectique » mériterait un conseil juridique séparé, surtout pour les contrats complexes où les conflits d'intérêts sont marqués.

Le principe fondamental de l'autonomie privée, garanti par le droit constitutionnel allemand¹³⁰ trace néanmoins des limites ; ainsi, la liberté de contrat est un aspect essentiel de cette autonomie. Si, par exemple une partie au contrat « inexpérimentée » ou « maladroite » reconnaît un état de fait et une situation juridique sur la base de l'information notariale, le contrôle et l'influence du notaire sont exclus même en cas de conditions contractuelles unilatérales imposées par l'autre partie au contrat. Le notaire est alors véritablement « au bout de son latin », une situation rencontrée par tout professionnel. On se trouve alors dans une situation contractuelle « ouverte », excluant la « disparité ».¹³¹ Il va de soi que les clauses limitatives générales à la liberté contractuelle prévue aux § 134 (illégalité) et § 138 BGB (infraction aux bonnes mœurs, à l'ordre public) sont toujours d'application.

III. L'impartialité du notaire, une garantie du droit des contrats – tentative d'évaluation, autres aspects

1. Évaluer signifie peser les avantages et les inconvénients. Si l'intervention du notaire en tant que médiateur neutre et compétent lors de la conclusion du contrat enregistré en Allemagne quelques points au « passif », les avantages à « l'actif » pèsent largement plus dans la balance.
 - a) Au « passif », l'on notera la forme notariale imposée par la loi, une exigence constitutive, selon le droit allemand, de la validité du contrat. Il n'y a pas d'autre option : le passage devant le notaire est inévitable. Nombreux sont ceux, surtout dans les cercles financiers, à le regretter.

Cette obligation entraîne également des frais d'authentification, non disponibles en droit des coûts allemands, comme nous l'avons déjà signalé. Inutile de nier qu'actuellement, vu la « sensibilité aux frais » dans les milieux économiques, l'exigence de forme notariale et les coûts qui en découlent sont l'objet d'une certaine aversion de leur part. Il n'est donc pas rare que l'on

¹²⁸ Lire en priorité BERNHARD, dans Beck'sches Notar-Handbuch, F, marg. 55 ; KEITEL/WINKLER, marg. 89 *et sqq.* concernant le § 17 de la BeurkG.

¹²⁹ KEITEL/WINKLER, *op. cit.*, marg. 90 avec références.

¹³⁰ Voir avant tout MAUNZ-DÜRIG-HERZOG, Kommentar zum Grundgesetz, parution permanente, marg. 101 *et sqq.* concernant l'art. 2 de la Constitution(GG).

¹³¹ RICHTER, *op. cit.*, pp. 22 *et sq.*

recours aux systèmes d'authentification étrangers, plus simples, moins onéreux, souvent par le parafé d'un autre texte.¹³²

Cependant, cet inconvénient est souvent écarté à plus proche examen. Le système des émoluments dans le droit des coûts allemand veille à ce que l'importance de l'acte authentifié et les frais soient proportionnels. Ainsi, lorsque le notaire conseille les deux parties au contrat, les frais sont nettement inférieurs que lorsque chacune fait appel à son propre conseiller.¹³³ Il convient également de souligner que les frais de notaire comprennent, en Allemagne, l'assurance obligatoire professionnelle (§§ 6 a], 19 a] al. 1 de la BNotO). Si cette assurance ne contribue pas directement au « juste contrat », elle garantit néanmoins aux parties concernées la réparation d'un éventuel dommage dans les cas où cet objectif de « justice » n'a pas été atteint en raison d'une faute du notaire.¹³⁴

b) À « l'actif », l'on notera tous les avantages juridiques et pratiques d'un contrat authentifié par notaire et de son « résultat », l'acte notarié, comme nous l'avons expliqué plus haut. L'efficacité de ces atouts se perçoit aujourd'hui surtout par leur confrontation et la comparaison directes avec le droit des consommateurs européen, d'un concept et d'une pratique différents. Ce nouveau droit des consommateurs, indépendant, se caractérise en bref par les éléments suivants :¹³⁵

- le concept de consommateur
- le contenu obligatoire du contrat
- la forme écrite, considérée aussi comme information du consommateur
- l'établissement de délais de réflexion ainsi que de droits de révocation ou de résiliation.

Nous avons constaté, et commenté dans la Partie C de ce document qu'est né ainsi un nouveau droit des contrats, qui s'éloigne considérablement de la conception prévalant à ce jour du droit des contrats déterminé par l'autonomie privée. En résumé¹³⁶, la critique porte surtout sur les aspects suivants : la division du droit des contrats selon qu'un « consommateur » participe ou non à la conclusion du contrat, avec toutes les difficultés que cela implique de trouver une définition juridiquement sûre à ce concept ; le contenu juridique obligatoire qui suppose simplement la compréhension empirique et juridique (un problème au vu, par exemple, de la célèbre réglementation concernant le *time sharing*) ; la forme écrite obligatoire en guise d'information au

¹³² Il existe une jurisprudence constante quant à la validité d'une « authentification étrangère », par ex. BGHZ 80, pp. 78 *et sq.*, l'équivalence de la procédure d'authentification étrangère repose sur les critères fondamentaux suivants : devoir de vérification et d'information, constatation de l'identité des parties concernées, procès-verbal des négociations, lecture à haute voix, accord, signature et sceau.

¹³³ Voir également au sujet des avantages pour les parties du système allemand par rapport à la situation internationale KANZLEITER, *op. cit.*, p. 80 ; SCHWACHTGEN, DNotZ 1999, p. 268, pp. 270 *et sq.* ; EUE, Rechtspflege oder Rechtsbesorgungsmarkt, *op. cit.*, pp. 611 *et sq.* sous référence à une publication dans le magazine économique CAPITAL 9/1993, pp. 199 *et sqq.* ainsi qu'une expertise de la société d'expertise comptable KPMG.

¹³⁴ Référence chez KANZLEITER, *op. cit.*, p. 82, qui déclare d'ailleurs que le notariat est « la profession la mieux assurée » ! Cette estimation pourrait bien être correcte.

¹³⁵ Analyse, avec les principales directives européennes en matière de droit des consommateurs, chez RICHTER, Rechts-gestaltende Funktion des Notars, *op. cit.*, p. 25.

¹³⁶ RICHTER, *op. cit.*, pp. 26 *et sqq.*

consommateur, avec des textes qui rappellent la pratique américaine en la matière ; l'introduction de délais de réflexion généraux (semblable au principe de *cooling off* anglo-américain) avec les droits de rétraction et de résiliation corollaires, le tout au prix d'une grande insécurité juridique, ce qui est probablement le point de critique majeur.

- c) L'authentification par le notaire, médiateur impartial entre les parties au contrat, rend superflues ce genre d'interventions drastiques et juridiquement insatisfaisantes. Il ne fait aucun doute que les contrats notariaux présentent une « plus grande parité » quant à leur « justesse contractuelle intrinsèque » que leurs équivalents non authentifiés, en raison des puissants « mécanismes privés d'autocontrôle ».¹³⁷

De plus, les contrats notariaux s'adaptent rapidement et en souplesse à l'évolution des normes. Depuis toujours, les chambres notariales allemandes prennent promptement des directives appropriées suite aux nouvelles formes de contrats émanant du monde économique, lesquelles engendrent de nouveaux besoins de protection. L'on a pu observer ce phénomène en droit de construction par exemple. Aucune procédure légiférante ne permet une réaction aussi rapide face à de nouveaux modèles de contrats et de placements financiers, y compris aux anomalies, certainement pas la jurisprudence qui n'apparaît que quelques années plus tard.¹³⁸ Le contrat notarial s'avère prépondérant même au vu de l'actualisation rapide du contenu des contrats¹³⁹.

2. Le conseil juridique impartial¹⁴⁰ et la création de droit par le notaire visent à éviter les litiges. Ces deux éléments permettent d'anticiper la fonction judiciaire de prise de décision au niveau du libre consentement. Et d'éviter ainsi la surcharge des tribunaux.¹⁴¹ Ils jouent également un rôle préventif, contrairement au droit des consommateurs européen, qui impose un contenu et renvoie pour le reste à la voie judiciaire.

Cette position et cette fonction particulières de conseiller impartial qu'occupe le notaire engendrent également de nouvelles formes d'activité notariale, certes non réalisées dans le détail mais « prêtes » dans leur conception.

- a) Le § 8 al. 4 de la BNotO autorise explicitement le notaire à faire office d'arbitre. En effet, le Conseil fédéral du notariat allemand a conclu en 2000 une convention d'arbitrage, accompagnée d'une convention de procédure et de frais, qui permet au notaire d'exercer une activité arbitrale selon une réglementation de procédure standardisée. L'arbitrage est particulièrement approprié aux cas où s'imposent des qualifications particulières. Il donne lieu à une convention d'arbitrage, qui exclut explicitement la voie juridique.

¹³⁷ LIMMER, *op. cit.*, pp. 39 *et sq.*, avec références.

¹³⁸ LIMMER, *op. cit.*, pp. 41 *et sq.*, avec références.

¹³⁹ WAGNER, *Beratung und Mediation als Beitrag des Notariats zur Streitverhütung*, XXIIIe Congrès international du Notariat latin à Athènes, 2001, Rapport I, 38, évoque le « controlling » du contrat.

¹⁴⁰ Voir GAUPP, *Rechtsberatung durch den Notar bei Übertragung von Immobilien*, Notarius International, Vol. 4, 1999, p. 73.

¹⁴¹ RICHTER, *Vorsorge als Prinzip einer sozialen Rechtsordnung in Europa*, *op. cit.*, p. 63.

Citons, en guise d'exemples de domaines d'arbitrage,¹⁴² le droit commercial, y compris le droit de construction privé, le droit des sociétés ou encore le droit successoral. Dans ce dernier cas, il existe des clauses arbitrales testamentaires très intéressantes pour la pratique, en particulier concernant les questions d'interprétation et de validité des dispositions testamentaires.¹⁴³

- b) La médiation est un thème souvent abordé mais dont l'importance pratique ne correspond pas encore à l'ampleur du débat. L'objectif général est d'aboutir à un équilibre des intérêts sur une base non (exclusivement) juridique (contrairement à la procédure d'arbitrage) en créant une situation *win-win*, où chacune des parties concernées sent des avantages de manière justifiée.¹⁴⁴

Cette fonction s'applique surtout¹⁴⁵ dans le domaine de la famille, du droit administratif et de l'environnement, y compris pour procédures de grande ampleur¹⁴⁶, en droit commercial, pour la renégociation de contrats de droit civil, lorsque les renégociations autour de contrats complexe et à long terme (par exemple, les contrats de location commerciale) échouent et que l'on menace de procéder pour faire ajuster le contrat.

L'on n'attend généralement pas de solution définitive de ce genre de procédure. Le médiateur n'a en effet pas de compétence décisionnelle, comme un tribunal d'État ou une cour d'arbitrage. Mais la médiation aura souvent pour effet de dégager de nouvelles solutions auxquelles les parties concernées n'auraient pas pensé dans leur situation.

L'indépendance, l'autonomie et l'expérience en tant que médiateur prédestinent le notaire à cette mission. Nous renvoyons également à des présentations générales concernant la médiation.¹⁴⁷

IV. Bilan, Perspectives

Permettons-nous ici quelques constatations finales ainsi qu'un point de vue sur l'avenir.

1. Le notariat d'obédience européenne continentale, représenté par l'U.I.N.L., se voit confronté à plusieurs tendances. L'on assiste d'une part, à une libéralisation et une déréglementation accrues avec des conséquences pour le droit des contrats comme pour le statut professionnel du notaire. D'autre part, il s'agit également de définir les limites indispensables à la liberté contractuelle ainsi que des moyens pour les traduire dans la pratique du droit des contrats.

¹⁴² Voir en particulier WAGNER, *op. cit.*, p. 67, pp. 70 *et sqq.* avec amples références.

¹⁴³ Voir NIEDER, *Handbuch der Testamentsgestaltung*, 2^e édition, 2000, marg. 1019 *et sqq.*

¹⁴⁴ WAGNER, *op. cit.*, marg. 125.

¹⁴⁵ Présentation exhaustive chez WAGNER, *op. cit.*, pp. 41 *et sqq.*, marg. 119 *et sqq.*

¹⁴⁶ Voir également le récent conflit autour du bruit des avions à l'aéroport de Zurich, qui occupe beaucoup les ministres des Transports Stolpe à Berlin et Leuenberger à Bern. Une procédure de médiation a été entamée. « La procédure de médiation décide de la durée des atterrissages sur la piste sud », *Neue Zürcher Zeitung*, n° 259 du 07.11.2003, p. 15 et n° 260 du 08./09.11.2003, p. 57. Le ministre des Transports Leuenberger s'y exprime dans un entretien : la médiation permet de dégager des solutions, « l'art professionnel de faire disparaître ce désaccord ».

¹⁴⁷ Voir, très complet, WAGNER, *op. cit.*, pp. 40 *et sqq.*, marg. 109 *et sqq.*, avec amples références.

La déréglementation est dans l'air du temps et promue avec succès auprès du public. « Nobelpreisträger für Deregulierung » (Prix Nobel de la déréglementation), c'est ainsi qu'était intitulé un article d'un important quotidien allemand, dans son cahier économique, du 7 novembre 2003 : le titulaire du prix Nobel d'économie James Buchanan exigeait dans un discours devant l'un des instituts de recherche économique les plus prestigieux d'Allemagne « une place de plus en plus grande pour la liberté contractuelle dans le commerce ». ¹⁴⁸ Cet appel est un signal typique de notre époque influencé par l'internationalisation et la mondialisation, de par le monde, y compris dans les anciens pays socialistes, et ce, tant sur le plan économique que juridique.

Les professions de conseil juridique participent à ces tendances. Elles étaient un sujet important traité dans le cadre du Forum international lors du XXIII^e Congrès international du Notariat latin, à Athènes en 2001. On y a ¹⁴⁹ mis en exergue plusieurs éléments : l'influence croissante du *common law*, la puissance de l'Organisation mondiale du commerce (qui fait la part belle au *common law*), la présence accrue de grands cabinets multidisciplinaires américains et britanniques y compris dans les pays de tradition notariale latine, en Europe et en Amérique du Sud. ¹⁵⁰

L'Union européenne poursuit, elle aussi, la déréglementation systématique des professions de conseil juridique. Ce sujet est aujourd'hui (fin 2003) d'une actualité brûlante. En effet, le commissaire Monti annonçait en clôture d'une conférence sur le thème « Réglementation des professions libérales » organisée fin octobre 2003 que la Commission allait examiner la compatibilité des règles déontologiques nationales avec le droit de concurrence européen, « à la lumière des conclusions de cette conférence » et des « consultations effectuées ». Mario Monti avance comme points principaux d'enquête les réglementations concernant les honoraires, l'interdiction de publicité ainsi que les interdictions d'associations multidisciplinaires - interdictions qu'il estime « difficiles à justifier ». ¹⁵¹

Les modèles de contrat obligatoires devraient, selon la conception de l'UE, constituer un contrepoids suffisant pour la protection des consommateurs. Rappelons-en les mots clé : forme écrite, information documentée, droit de révocation, contrôle judiciaire du contenu et enfin, décision judiciaire en cas de litige. L'aspect préventif incarné par le notaire qui crée le contrat passe au second plan.

¹⁴⁸ Discours prononcé devant le WALTER-EUCKEN-INSTITUT à Freiburg/Breisgau. Frankfurter Allgemeine Zeitung, n° 259, du 07.11.2003, p. 15. – Comparer par contre HELMUT SCHMIDT, Chancelier fédéral allemand 1974 – 1982, « La loi de la jungle... le capitalisme féroce menace la société ouverte... », Die Zeit, n° 50 du 04.12.2003, pp. 21 *et sqq.*

¹⁴⁹ TALPIS, synthèse écrite de « l'introduction » au thème, *op. cit.*

¹⁵⁰ Complet, tiré de l'expérience pratique d'un avocat d'affaires travaillant dans un grand bureau DE LOUSANOFF, *op. cit.*, *passim*.

¹⁵¹ Voir Europa im Überblick, 33/2003, du 29.10.2003, de la DeutschenAnwaltVerein, Büro Brüssel, ainsi que la dépêche DAV, 40/03, du 23.10.2003 ; LÜHN, EU-Kommission : Berufsrecht hemmt den Wettbewerb?, DeutscherAnwaltVerein, Anwaltsblatt décembre 2003, pp. 688 *et sqq.* ; BNotKIntern 6/2003, pp. 6 *et sqq.*, rapport sur la conférence de la Commission européenne concernant la réglementation des professions libérales qui évoque l'impression générale inquiétante ... « que le notariat est coincé dans les roues d'une évolution qui ne concerne pas seulement quelques professions particulières mais la conception même de la communauté en Europe ».

2. Dans ce contexte, le notariat européen, et allemand, se fait de sérieux soucis quant à l'avenir de la profession.¹⁵² Il avance ses spécificités institutionnelles et fonctionnelles, ainsi que les aspects juridiques particuliers à la profession, qui distinguent positivement et séparent le notaire des autres métiers de conseil en droit ou commercial. L'indépendance et l'impartialité du notaire en sont les éléments d'avant-plan.

Le public s'intéresse trop peu à la profession de notaire. Mais lorsqu'il le fait, il remarque avant tout son indépendance et son impartialité. Et il apprécie largement les avantages et les garanties qu'offre le notariat aux parties concernées !¹⁵³

Les changements apportés récemment au droit notarial allemand garantissent avant tout l'indépendance et l'impartialité du notaire, précisément au vu de l'évolution des professions de conseil de droit. Il reconnaît et souligne la primauté de la liberté contractuelle. Il met à disposition l'authentification notariale, procédure de consultation visant à éviter les litiges, comme instrument efficace pour contrer le rejet du droit des contrats et propose, comme corollaire, l'acte notarié, supérieur dans bien des contextes.

L'impartialité du notaire en tant que garantie du droit des contrats est en Allemagne, et en Europe, une valeur traditionnelle de la culture juridique. Les évolutions législatives des dernières années prouvent sa capacité d'adaptation. Cette valeur vaut d'autant plus la peine d'être conservée.

L'innovation n'est pas toujours synonyme de progrès. L'avertissement de STÜRNER, dans un contexte certes différent mais fondamentalement comparable¹⁵⁴ touche juste ici aussi : « les sciences sociales ont souvent davantage pour fonction de maintenir vivace la sagesse ancienne et d'en tirer les fruits pour les changements extérieurs du présent que d'inventer véritablement des éléments neufs, qui s'avéreraient d'eux-mêmes comme folie à l'aune de la longue tradition de l'homme en quête de justice. »

¹⁵² Contributions datant des dernières années : Zukunftsfragen des Notariats – Aktuelle Reformthesen vor dem Hintergrund der europäischen Entwicklung, 26^e Deutscher Notartag, Dresde, 2002, cahier spécial DNotZ, pp. 219 *et sqq.* ; Die Zukunftsperspektiven des Notariats – öffentliches Amt und freiberufliche Strukturen, Deutscher Notartag, Münster 1998, discours de HECKSCHEN et EULE, cahier spécial DNotZ, pp. 308 *et sqq.* ; HELLGE, ZNotP 2000, p. 306 ; OTT, Das Notariat im Spannungsfeld von überliefertem Rechtsstatus und wirtschaftlicher Entwicklung, cahier spécial 2001 100-Jahre Deutsche Notar-Zeitschrift, pp. 83 *et sqq.*

¹⁵³ WAGNER, *op. cit.*, p. 78, marg. 259 ; constatations de la présence publique trop peu importante du notariat, sur le plan international chez TALPIS, *op. cit.*, congrès d'Athènes.

¹⁵⁴ Unabhängigkeit der Richter aus der Sicht der Wissenschaft, Communications du Barreau fédéral allemand, 5/2003, du 15.10.2003, p. 214.

RÉSUMÉ:

Le conseil juridique n'échappe pas non plus à l'internationalisation et à la mondialisation. Le Common Law et les grands bureaux multidisciplinaires ne cessent de gagner du terrain.

En Europe, et par conséquent en Allemagne aussi, le conseil juridique est de plus en plus touché par la déréglementation et la libéralisation. Par contre, la protection du consommateur revêt une importance croissante, ce qui influence considérablement le contenu des contrats.

Les garanties d'un « bon contrat » qu'offre le notaire de par son impartialité sont d'autant plus importantes.

1. L'impartialité du notaire est le fondement essentiel de la profession.

Garantie par la loi et le droit professionnel, elle s'applique en Allemagne à toutes les formes du notariat, y compris au notaire exerçant simultanément la profession d'avocat (« avocat-notaire »).

Cette impartialité distingue le notaire d'autres professions de conseil juridique ou économique, particulièrement de l'avocat. Le parallélisme entre notaire et expert-comptable présente actuellement un intérêt tout particulier. En effet, l'on est en train de légiférer au niveau international sur l'interdiction pour l'expert-comptable de combiner expertise et conseil afin de garantir son impartialité, une interdiction déjà mise en pratique.

2. Il existe des garanties normatives strictes à l'impartialité du notaire.

Elles s'appliquent tant à l'exercice de la profession qu'aux modalités d'authentification.

La loi garantit l'impartialité du notaire surtout en cas d'exercice simultané de plusieurs fonctions (avocat-notaire) ou d'associations professionnelles (cabinets).

Les nouvelles réglementations introduites ces dernières années dans le droit notarial allemand ont pour objectif principal de garantir l'impartialité du notaire dans de telles conditions.

L'environnement économique dans lequel évolue le notaire est devenu plus difficile, mettant ainsi en péril son impartialité du fait de dépendances économiques. Or, celle-ci doit précisément être garantie dans de telles circonstances. Sans quoi la profession et la fonction du notaire disparaîtraient.

3. **En Allemagne, l'activité notariale s'applique principalement au droit des contrats.**

Le droit des contrats allemand s'appuie sur le principe de la liberté contractuelle, de l'autonomie privée. Il existe toutefois des limites à ce principe, une certaine tension entre la liberté contractuelle formelle et la légitimité contractuelle, un état de fait généralement reconnu. La liberté contractuelle est dès lors rectifiée par l'exactitude du contenu.

Plusieurs solutions sont possibles. Les Commissions de l'Union européenne privilégient des interventions au profit de la protection des consommateurs telles que des dispositions relatives à la forme, à l'information et à la révocation, qui sont aujourd'hui largement traduites dans les systèmes juridiques nationaux, y compris dans le Code civil allemand. La jurisprudence corrige le contenu de contrats « inéquitables » et définit les conséquences juridiques de la nullité du contrat.

L'**authentification notariale** de contrats est une autre voie, **particulière**, pour assurer l'équité des contrats. Elle offre plusieurs avantages par rapport aux restrictions légales et au contrôle du contenu par le juge.

4. **Le notaire est le garant du droit contractuel.**

La loi stipule les compétences du notaire. L'objectif légal de l'authentification notariale est triple : garantir une réflexion suffisante, la preuve et une information suffisante.

L'authentification impartiale de contrats par un notaire constitue donc la **garantie du droit des contrats**. Elle s'appuie sur les piliers que constituent la position **impartiale** du notaire et son devoir de vérification et d'information complètes et **impartiales**. Toute « disparité » est dès lors exclue au maximum lors de la conclusion de contrats.

De la procédure notariale découle un **document authentique** doté de plusieurs avantages cruciaux : validité juridique sous tous les principaux aspects juridiques, force exécutoire et force probante.

Même dans des dossiers critiques, auquel le notariat européen est actuellement de plus en plus confronté, les avantages de l'authentification notariale des contrats sont prépondérants. Fort de son **impartialité** et de son **indépendance**, le notariat allemand est convaincu de ses perspectives d'avenir !