

Münstergasse 2
3011 Berne
Téléphone 031 633 76 76
Télécopie 031 633 76 25

Notre référence: 25.60 - 15.104 FRL/kna Berne, le 9 septembre 2016
Votre référence:

LA DIRECTION DE LA JUSTICE, DES AFFAIRES COMMUNALES ET DES AFFAIRES ECCLÉSIASTIQUES DU CANTON DE BERNE



■■■■■ dans la procédure administrative contre

M^e A., notaire,
représenté par M^e B.,

concernant

l'obligation d'individualiser les avoirs des clients
(dénonciation de la commission de révision de l'Association des notaires bernois du 16 juillet
2015)

considère:

1.

1.1 Par décision n° 26.11 - 14.46 du 17 juillet 2014, la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques du canton de Berne (JCE) a exigé de M^e A. qu'il individualise tous ses avoirs de clients et qu'il place chacun d'entre eux sur un compte séparé. Elle lui a en outre ordonné de remettre au réviseur principal de l'Association des notaires ber-

nois (ANB) pour chaque mois, jusqu'au 15 du mois suivant, ses bilans de soldes accompagnés de la preuve de la couverture. De plus, M^e A. a été condamné disciplinairement à verser une amende de 5000 francs en raison de la violation de ses obligations professionnelles. Le 3 septembre 2014, le notaire a formé recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif du canton de Berne. Par courrier du 2 octobre 2014, l'Office de gestion et de surveillance (OGS) a appliqué les instructions de la JCE en précisant que seuls les avoirs des clients de 1000 francs ou plus devaient être individualisés. Il a en outre libéré le notaire de l'obligation de remettre chaque mois ses bilans de soldes accompagnés de la preuve de la couverture au réviseur principal. M^e A. a par la suite retiré son recours, par courrier du 6 octobre 2014. Le Tribunal administratif a par conséquent clos la procédure de recours par jugement du 8 octobre 2014. La décision n° 26.11 - 14.46 du 17 juillet 2014 de la JCE est ensuite entrée en force.

1.2 Le 16 juillet 2015, le réviseur principal, au nom et sur mandat de la commission de révision de l'ANB, a déposé auprès de la JCE une nouvelle dénonciation contre M^e A.. Celle-ci était motivée par neuf infractions à l'obligation d'individualiser les avoirs des clients, lesquelles avaient été constatées dans le cadre de la révision du 13 avril 2015. Selon la commission de révision, dans deux cas, le notaire n'avait pas respecté l'obligation d'individualiser les avoirs de ses clients prévue par l'article 28, alinéa 4 de l'ordonnance du 26 avril 2006 sur le notariat (ON; RSB 169.112). Les sept autres cas consistaient en des infractions à l'obligation stricte d'individualiser les avoirs des clients de 1000 francs ou plus, obligation imposée au notaire par la JCE par décision du 17 juillet 2014 dans le cadre de la procédure n° 26.11-14.46.

1.3 Se fondant sur la dénonciation de la commission de révision de l'ANB du 16 juillet 2015, l'OGS a ouvert, par décision du 18 août 2015, une nouvelle procédure disciplinaire contre le notaire pour manquements supposés aux devoirs professionnels sous le n° 26.11 - 15.64.

1.4 Dans sa prise de position du 20 octobre 2015 adressée à la JCE, le notaire conclut, par l'intermédiaire de son représentant, M^e B., à ce qu'il soit renoncé à l'ouverture d'une procédure disciplinaire (1.), subsidiairement, à ce qu'il soit renoncé à toute sanction disciplinaire (2.) ou à ce que le notaire soit condamné à la sanction disciplinaire la plus légère, à savoir un blâme (3.). Il est en outre conclu à ce que la mesure provisionnelle consistant dans l'obligation imposée au notaire d'individualiser les comptes à partir de 1000 francs soit annulée (4.) ou, subsidiairement, à ce que le montant à partir duquel une obligation d'individualiser les comptes est imposée au notaire soit élevé à 5000 francs (5.).

Les points 1 à 3 des conclusions de la prise de position du notaire font l'objet de la procédure disciplinaire n° 26.11 - 15.64 et sont donc examinés de manière séparée.

S'agissant des points 4 et 5, les arguments suivants ont pour l'essentiel été avancés: les instructions de la JCE, selon lesquelles les avoirs des clients à partir de 1000 francs devaient être individualisés constituent une mesure provisionnelle au sens de l'article 38, alinéa 3 de la loi du 22 novembre 2005 sur le notariat (LN; RSB 169.11). Selon M^e A., une telle mesure «n'est pas durable et elle est très limitée dans le temps». Il ajoute que «les conditions au maintien

d'une mesure provisionnelle ne sont manifestement plus données, pour autant qu'elles l'aient une fois été».

1.5 Par décision du 18 novembre 2015, l'OGS, se fondant sur les points 4 et 5 des conclusions de la prise de position du notaire du 20 octobre 2015 (cf. ch. 1.4 ci-dessus), a ouvert la présente procédure administrative, sous le n° 25.60 - 15.104. Celle-ci vise à examiner les instructions de la JCE selon la décision n° 26.11 - 14.46 du 17 juillet 2014, en vertu desquelles le notaire doit individualiser tous les avoirs des clients à partir de 1000 francs.

1.6 Dans son courrier du 25 février 2016, l'OGS expliquait que l'obligation renforcée d'individualiser les avoirs des clients était maintenue puisqu'une procédure civile portant sur un montant litigieux très important était ouverte contre le notaire. Il précisait que, si l'action civile le concernant était admise, ne serait-ce que partiellement, les avoirs de clients non individualisés, le cas échéant, seraient fortement menacés.

1.7 Par courrier du 20 avril 2016, le notaire a fait savoir, par l'intermédiaire de son représentant, qu'aucun accord n'avait pu être trouvé entre J. Immobilien AG et lui-même au terme de l'audience du 17 mars 2016. Selon ce courrier, la partie demanderesse, qui réclamait initialement un montant supérieur à deux millions de francs, avait réduit ses prétentions à 250 000 francs. Elle avait même formulé une offre d'arrangement inférieure à 200 000 francs, que le notaire avait toutefois refusée. Le représentant du notaire avançait que, compte tenu de la réduction du montant réclamé à 250 000 francs, les avoirs des clients de M^e A. n'étaient plus menacés.

1.8 M^e A.S., qui représente le notaire dans la procédure qui l'oppose à J. Immobilien AG, indiquait dans son courrier du 5 juillet 2016 que l'action introduite par J. Immobilien AG était une action partielle dont les conclusions s'élevaient à 250 000 francs. Il ajoutait que le notaire détenait des comptes ICI dont la société J. Immobilien AG est titulaire pour un montant total de 244 753,95 francs.

Dans la mesure où cela est pertinent, les considérants suivants répondent aux autres arguments avancés par le notaire.

2.

En sa qualité d'autorité de surveillance du notariat, la JCE veille en particulier au respect des prescriptions concernant l'exercice de la profession conformément à l'article 38, alinéa 1 LN. A cet égard, elle peut, en vertu de l'article 38, alinéa 3 LN, édicter des instructions et ordonner des mesures provisionnelles pour mettre fin à des situations non conformes à la loi ou risquant de l'être ainsi que pour protéger des intérêts importants, publics ou privés. La compétence de la JCE quant à la matière est ainsi prouvée.

3.

3.1 Dans le cas présent, la JCE doit déterminer si la situation du notaire a changé, pour ce qui est de l'action civile introduite contre lui, depuis le prononcé de la décision n° 26.11 - 14.46 le 17 juillet 2014, de telle sorte que, à l'heure actuelle, plus aucun intérêt important, public ou privé, au sens de l'article 38, alinéa 3 LN n'est menacé et que l'obligation renforcée d'individualiser les avoirs des clients à partir de 1000 francs peut être supprimée.

3.2 L'article 38, alinéa 3 LN prévoit (comme déjà mentionné au ch. 2) que la JCE peut édicter des instructions pour mettre fin à des situations non conformes à la loi ou risquant de l'être ainsi que pour protéger des intérêts importants, publics ou privés. Il s'agit en l'occurrence de dispositions administratives, d'ordre individuel et concret, visant à assurer l'exercice irréprochable de la profession (voir à ce sujet JACOBI, n. 12 ad art. 38 LN, in: Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Prof. Dr. Stephan Wolf (éd.), Berne 2009 [ci-après: KNB]).

Dans la décision n° 26.11 - 14.46 du 17 juillet 2014, la JCE constatait que, du fait du procès civil intenté contre le notaire, dans le cadre duquel 2 500 000,00 francs lui étaient réclamés, les avoirs des clients gérés par le notaire et non individualisés étaient menacés. Selon elle, même si la créancière n'obtenait que partiellement gain de cause, la charge financière pour le notaire pourrait s'avérer très importante du fait de la valeur litigieuse considérable, et le notaire ne serait sans doute pas à même de couvrir une créance d'un tel montant en recourant à ses fonds privés. C'est pourquoi la JCE parvenait à la conclusion que, conformément à l'article 38, alinéa 3 LN, des instructions ayant pour objectif de protéger les fonds des clients étaient requises de toute urgence.

Le procès civil précité, qui oppose la société J. Immobilien AG au notaire, est toujours pendant. Une audience a eu lieu le 17 mars 2016, au terme de laquelle les parties n'ont pas réussi à trouver un accord. Alors qu'en 2014 la créancière réclamait un montant de plus de 2 500 000,00 francs, le tribunal civil compétent doit (dans un premier temps) statuer sur une action partielle pour un montant de 250 000 francs. Bien que la partie demanderesse ne réclame à l'heure actuelle, par le biais de cette action partielle, que 250 000 francs, la charge financière serait déjà considérable pour le notaire si elle obtenait gain de cause. Le fait que le notaire détienne des comptes dont la société J. Immobilien AG est titulaire pour un montant total de 244 753,95 francs ne change rien à la situation. Si l'action était admise, le notaire devrait couvrir la créance en recourant à ses fonds privés; il ne pourrait pas utiliser les avoirs se trouvant sur les comptes dont la partie demanderesse est titulaire. Les avoirs des clients gérés par le notaire qui n'ont pas été individualisés seraient ainsi fortement menacés si l'action était admise et si elle donnait lieu à une exécution (forcée). Il peut ainsi être établi que les conditions de l'article 38, alinéa 3 LN sont, à l'heure actuelle, toujours remplies et que des instructions ayant pour objectif de protéger les fonds des clients restent requises.

3.3 Par analogie avec les mesures provisionnelles prévues à l'article 27 de la loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA; RSB 155.21), les instructions à donner doivent être proportionnées. Peuvent entrer en ligne de compte en principe

toutes les mesures qui servent les objectifs de la protection juridique à titre provisoire et qui sont adaptées à la situation (THOMAS MERKLI/ARTHUR AESCHLIMANN/RUTH HERZOG, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Berne, 1997, n. 12 s. ad art. 27 LPJA). Le principe de la proportionnalité exige que toute mesure étatique soit adaptée, nécessaire et acceptable pour la personne concernée, afin que le but visé soit atteint (voir à ce sujet l'ATF 140 II 194, c. 5.8.2 relatif à l'art. 5 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst.; RS 101]).

L'obligation d'individualiser les avoirs des clients imposée par la décision n° 26.11 - 14.46 du 17 juillet 2014 de la JCE constitue toujours une mesure adéquate et nécessaire en vue de protéger les avoirs des clients confiés au notaire. Une telle mesure protège les avoirs des clients en particulier en cas d'exécution (forcée) ayant pour objet les dettes du notaire; les avoirs des clients qui ont été individualisés constituent des biens d'autrui dont la remise, en cas de saisie selon l'article 95, alinéa 3 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1), peut être exigée par la clientèle. Il convient donc de continuer d'exiger du notaire qu'il individualise les avoirs de ses clients. L'obligation d'individualisation continue d'être supportable pour le notaire puisqu'elle ne l'empêche notamment pas, dans le cadre de sa fonction de fiduciaire, de continuer à prendre des décisions concernant les comptes individualisés et de procéder à tout moment aux transactions qui s'imposent. Sur la base des documents disponibles, il semble toutefois justifié de demander au notaire de n'individualiser et de ne placer sur un compte séparé plus que les avoirs de clients de 5000 francs ou plus.

3.4 Au vu de ce qui précède, la JCE parvient à la conclusion que ses instructions relatives à l'obligation d'individualisation selon la décision n°26.11 - 14.46 du 17 juillet 2014 doivent être maintenues. Celles-ci doivent être adaptées dans la mesure où seuls les avoirs dont le montant est égal ou supérieur à 5000 francs doivent être individualisés et placés sur un compte séparé. Les instructions ainsi modifiées entrent immédiatement en force et sont valables au moins jusqu'à la clôture de la procédure civile qui oppose la société J. Immobilien AG au notaire.

4.

Les recours contre les décisions de l'autorité de surveillance ont en principe un effet suspensif (art. 39 LN en relation avec l'art. 68, al. 1 LPJA). L'autorité qui rend la décision peut cependant, pour de justes motifs, ordonner qu'un recours éventuel n'ait pas d'effet suspensif. Sont notamment réputés justes motifs un intérêt public exigeant l'exécution immédiate d'une décision imposant un devoir, ou un intérêt privé à ce qu'une décision favorable prenne immédiatement effet, pour autant que l'issue de la procédure n'en soit pas influencée ou qu'un examen sommaire révèle que le recours est manifestement mal fondé (art. 68, al. 2 et 5 LPJA).

Des intérêts privés peuvent justifier le retrait de l'effet suspensif uniquement lorsqu'ils sont importants et que relativement peu d'arguments parlent en faveur d'une attente (MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, op. cit., n. 31 ad art. 68 LPJA).

Il convient de se demander si, en l'espèce, l'effet suspensif doit être retiré à un possible recours du notaire contre les instructions données, qui sont mentionnées au chiffre 3.4. Le risque que les avoirs des clients en possession du notaire qui n'ont pas été individualisés soient utilisés pour couvrir la créance en faveur de la partie demanderesse si l'action était admise et donnait lieu à une exécution (forcée) est important et justifie le retrait de l'effet suspensif. Par ailleurs, le retrait de l'effet suspensif sert aussi l'intérêt du notaire, puisque le relèvement à 5000 francs du montant à partir duquel les avoirs des clients doivent être individualisés est ainsi immédiat. Si l'effet suspensif d'un recours éventuel contre la présente décision n'était pas retiré, le notaire devrait continuer de se conformer aux instructions de la JCE selon la décision n° 26.11 - 14.46 du 17 juillet 2014, qui prévoit que tous les montants à partir de 1000 francs devraient être individualisés. Il convient par conséquent de retirer l'effet suspensif à un recours éventuel contre les instructions de la JCE.

5.

Les frais de la procédure sont fixés à 300 francs en vertu des principes de l'article 107, alinéa 1 LPJA et mis à la charge du notaire.

Pour ces motifs, la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques décide:

1. Les instructions relatives à l'obligation d'individualiser les avoirs des clients selon la décision de la JCE n° 26.11 - 14.46 du 17 juillet 2014 sont maintenues et adaptées en ce que le notaire doit dès à présent individualiser et placer sur un compte séparé seulement les avoirs de clients de 5000 francs ou plus. Ces instructions sont valables jusqu'à la clôture définitive de la procédure civile qui oppose le notaire à la société J. Immobilien AG.
2. Il est retiré l'effet suspensif à un recours éventuel contre les instructions selon le chiffre 1.
3. Les frais de procédure, fixés à **300 francs**, sont mis à la charge du notaire.

4. La présente décision est notifiée comme suit:
- à M^e B., (par courrier recommandé),
 - à la commission de révision de l'Association des notaires bernois, Fellenbergstrasse 5, 3053 Münchenbuchsee (par courrier A).

Le directeur de la justice, des affaires
communales et des affaires ecclésiastiques

Christoph Neuhaus,
conseiller d'Etat

Indication des voies de droit

La présente décision peut, dans les 30 jours à compter de sa notification, faire l'objet d'un recours de droit administratif déposé par écrit devant le Tribunal administratif du canton de Berne, Cour des affaires de langue française, Speichergasse 12, 3011 Berne. Le recours doit être produit en deux exemplaires au moins. Il doit contenir les conclusions, l'indication des faits, moyens de preuve et motifs et porter une signature; les moyens de preuve disponibles seront joints à l'envoi.