

Münstergasse 2
3011 Berne
Téléphone 031 633 76 76
Télécopie 031 634 51 50

Notre référence:

26.11-17.59 FRL/kna

Berne, le 19 février 2019

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



dans l'affaire disciplinaire contre

Maître A., notaire,

représenté par Maître B., avocat et notaire,

concernant

des manquements supposés aux devoirs professionnels
(dénonciation de la commission de révision de l'Association des notaires bernois du 26 septembre 2017)

considère:

1.

1.1 Par courrier du 26 septembre 2017, le réviseur principal, au nom et sur mandat de la commission de révision de l'Association des notaires bernois (ci-après commission de révision),

a déposé auprès de la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques du canton de Berne (JCE) une dénonciation contre Maître A., notaire, pour infraction présumée aux prescriptions sur le notariat. A l'appui de la dénonciation, le réviseur principal a joint le procès-verbal de l'inspection du 28 avril 2017 concernant l'étude de Maître A. Les réviseurs avaient alors constaté deux infractions à l'obligation d'individualiser les avoirs des clients au sens de l'article 28, alinéa 4 de l'ordonnance du 26 avril 2006 sur le notariat (ON; RSB 169.112), ainsi que trois violations de l'obligation renforcée d'individualisation des avoirs égaux ou supérieurs à 5000 francs prévue par les décisions des 17 juillet 2014 et 9 septembre 2016 rendues par la JCE dans le cadre des procédures n^{os} 26.11-14.46 et 25.60-15.104. L'inspection de l'année précédente avait déjà révélé plusieurs transgressions à l'article 28, alinéa 4 ON, qui avaient aussi valu au notaire de faire l'objet d'une dénonciation auprès de la JCE.

1.2 Par décision du 2 octobre 2017, l'Office de gestion et de surveillance (OGS) – l'organe de la JCE chargé de l'affaire – a remis une copie de la dénonciation du 26 septembre 2017 à Maître A. et lui a demandé de prendre position à son sujet jusqu'au 2 novembre 2017.

1.3 Après avoir obtenu deux prolongations de délai, Maître A., représenté par Maître B., avocat et notaire, a envoyé sa prise de position sur la dénonciation du 26 septembre 2017 le 9 février 2018. Dans ce courrier, le notaire a tout d'abord indiqué ne pas contester les deux infractions à l'article 28, alinéa 4 ON ni les trois violations à l'obligation renforcée d'individualiser les avoirs des clients à partir de 5000 francs figurant dans le procès-verbal de l'inspection du 28 avril 2017. Il s'est ensuite exprimé sur chaque compte que la commission de révision avait signalé dans sa dénonciation. Dans la mesure où cela est pertinent, les considérants suivants répondent aux arguments avancés par le notaire.

1.4 Par décision du 23 février 2018, l'OGS a transmis une copie de la prise de position de Maître A., datée du 9 février 2018, à la commission de révision. Par la même occasion, l'OGS a clos l'échange de mémoires et a informé les parties que la JCE rendrait une décision après avoir examiné les faits. L'OGS a toutefois précisé qu'elle ne le ferait pas avant que le Tribunal administratif du canton de Berne ait traité le recours formé par Maître A. contre la décision de la JCE du 11 avril 2017 (procédure n° 26.11-16.61). Celle-ci condamnait Maître A. à une amende de 4000 francs pour manquement aux obligations professionnelles notariales (violation de l'article 28, alinéa 4 ON et infraction à l'obligation renforcée d'individualiser les avoirs des clients).

1.5 Par jugement du 15 mai 2018, le Tribunal administratif du canton de Berne a rejeté le recours formé par Maître A. contre la décision rendue le 11 avril 2017 par la JCE. Ce jugement a acquis force de chose jugée.

2.

2.1 Selon l'article 38, alinéa 2, lettre c en relation avec l'article 1 de la loi du 22 novembre 2005 sur le notariat (LN; RSB 169.11), la JCE est compétente pour diriger les procédures disciplinaires ouvertes contre les notaires inscrits au registre des notaires du canton de Berne. Conformément à l'article 46, alinéa 1 LN, elle ouvre une procédure disciplinaire d'office ou sur dénonciation. A défaut de prescriptions de procédure inscrites dans la législation spéciale, le déroulement de la procédure disciplinaire est régi par les règles de la loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA; RSB 155.21). La JCE est obligée, dans le cadre de la surveillance de police sur les notaires qui lui incombe, de donner suite à une dénonciation, de procéder aux enquêtes nécessaires et, le cas échéant, d'ordonner les mesures qui s'imposent (voir à ce sujet JACOBI, n. 13 ad art. 39 LN, in: Kommentar zum Notariatsrecht des Kantons Bern, Stephan Wolf (éd.), Berne 2009 [ci-après: KNB], avec renvois).

2.2 La demande du notaire visant l'examen par la JCE du bien-fondé de la mesure imposée par les décisions du 17 juillet 2014 et du 9 septembre 2016, rendues dans le cadre des procédures n^{os} 26.11-14.46 et 25.60-15.104 concernant l'individualisation des avoirs des clients à partir d'un montant minimal de 5000 francs, ne fait pas l'objet de la présente procédure.

Il convient ici de souligner que le Tribunal administratif du canton de Berne a notamment reconnu la validité de l'instruction de la JCE concernant le renforcement de l'obligation d'individualiser les avoirs dans son jugement du 15 mai 2018 (procédure n° 100.2017.140). Une infraction à l'instruction de la JCE doit donc être traitée comme une violation de l'article 28, alinéa 4 ON dans le cadre d'une procédure disciplinaire.

Selon le premier point du dispositif de la décision rendue le 9 septembre 2016 par la JCE (procédure n° 25.60-15.104), l'obligation d'individualiser les avoirs dont le montant est égal ou supérieur à 5000 francs s'impose jusqu'à la clôture de la procédure civile opposant Maître A. à J. Immobilien AG. Le notaire doit par conséquent apporter la preuve que la procédure civile a fait l'objet d'une décision entrée en force afin que l'instruction relative à l'obligation d'individualisation renforcée puisse être levée. Jusqu'à présent, le notaire ne l'a pas fait, de sorte que la JCE doit constater que l'action de J. Immobilien AG constitue toujours une potentielle menace pour les avoirs des clients.

3.

Il convient par conséquent d'examiner si le comportement de Maître A., dénoncé par la commission de révision, doit donner lieu à une sanction disciplinaire.

3.1 D'après l'article 45, alinéa 1 LN, le notaire qui, intentionnellement ou par négligence, manque à ses devoirs professionnels ou enfreint le principe d'exercice irréprochable de la profession doit notamment être puni d'une mesure disciplinaire.

Les devoirs professionnels sont notamment cités aux articles 30 et suivants: il s'agit de l'obligation d'instrumenter, de l'obligation de se récuser, de la sincérité des actes, de l'obligation de renseigner les parties, du secret professionnel et de la sauvegarde des intérêts. La doctrine et la jurisprudence étendent les devoirs professionnels au sens de l'article 45 LN à toutes les prescriptions qu'un notaire doit respecter dans l'exercice de sa profession (voir jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 7 octobre 2014, c. 2.1, in: Jurisprudence administrative bernoise [JAB], 2015, p. 55; jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 30 novembre 2012, c. 3.1, in: JAB, 2013, p. 264). Toute violation constitue un manquement aux devoirs professionnels (voir KNB-GLATTHARD, n. 21 s. ad art. 45 LN; MARTI, Bernisches Notariatsrecht, Berne, 1983, n. 8 ad art. 40 aLN).

Dans l'exercice irréprochable de sa profession, le ou la notaire doit non seulement respecter les obligations professionnelles ancrées dans le droit positif, mais aussi pratiquer son métier avec rigueur (voir jugement du Tribunal administratif du canton de Berne du 26 août 1999, c. 7, in: JAB, 2000, p. 154 ss; RUF, Notariatsrecht, Langenthal, 1995, n. 1132).

3.2 La commission de révision reproche au notaire d'avoir manqué à ses devoirs professionnels à deux égards: selon elle, le notaire a d'une part violé l'article 28, alinéa 4 ON dans deux cas et n'a d'autre part pas tenu compte par trois fois des instructions de la JCE prévues dans les décisions entrées en force du 17 juillet 2014 et du 9 septembre 2016.

Selon l'article 28, alinéa 4 ON, si les montants revenant à un client ou à une cliente excèdent la somme de 20 000 francs, ils doivent, dans un délai de 40 jours, être placés dans une banque suisse au nom de la personne intéressée ou au nom du ou de la notaire (individualisation). A cela s'ajoutent les instructions de la JCE (figurant dans les décisions entrées en force des 17 juillet 2014 et 9 septembre 2016 concernant les procédures n^{os} 26.11-14.46 et 25.60-15.104) obligeant Maître A. à individualiser tous les avoirs confiés par ses clients qui dépassent la somme de 5000 francs et à les placer sur des comptes distincts pour la période allant de 2016 à 2017. Le délai de quarante jours prévu par l'article 28, alinéa 4 ON est également déterminant.

La ou le notaire ne peut pas se soustraire à l'obligation d'individualisation si les valeurs limites légales de 20 000 francs – ou de 5000 francs en l'espèce – et de 40 jours sont atteintes. Au contraire, c'est son devoir de notaire d'organiser son étude de manière à pouvoir respecter à tout moment son obligation d'individualisation des avoirs de clients. Selon la pratique constante de la commission de révision, lors de la première constatation d'une infraction simple concernant un faible nombre de cas, un avertissement écrit est adressé au notaire. Si elle récidive, la personne est dénoncée à la commission disciplinaire et de conciliation de l'ANB. En cas de nouvelles infractions, la commission de révision s'adresse à la JCE, en application de l'article 21 ON.

L'obligation d'individualiser les avoirs des clients ne s'applique pas seulement aux fonds et aux biens qui sont directement liés à l'activité exercée par le notaire à titre principal mais, en vertu de l'article 28, alinéa 6 ON, à tous les fonds et les biens qui, pour une raison quelconque, se

trouvent sous sa garde, pour autant que cette raison soit liée à son activité professionnelle principale ou accessoire (voir à ce sujet les art. 43 s. LN ainsi que KNB-BÜRGI, n. 1 ss ad. art. 44 LN et n. 3 s. ad art. 28 ON). La commission de révision et la JCE interprètent l'article 28, alinéa 4 ON de telle manière que les émoluments, honoraires et remboursements des débours ne peuvent être compensés par les avoirs de clients confiés que dans le cas où un décompte intermédiaire au sujet des tâches effectuées jusqu'à ce moment-là a été établi et que l'imputation a un effet sur le compte de résultats. Il s'agit de l'unique moyen pour garantir que la clientèle connaît la situation comptable et que la facturation, comme sa date, n'est pas seulement fictive. Un simple relevé dans la comptabilité des prestations accomplies n'autorise pas, à lui seul, une compensation par les avoirs de clients confiés. Jusqu'à la réception d'un décompte intermédiaire, les clients du notaire peuvent partir du principe que le montant qu'ils ont déposé chez lui leur appartient encore intégralement, d'un point de vue économique. Ce n'est qu'une fois que ce décompte intermédiaire est disponible – et que les chiffres ont un effet sur le compte de résultats – que les clients savent que les avoirs confiés peuvent permettre au notaire de compenser entièrement ou partiellement ses prétentions financières. Les clients peuvent constater ainsi que ce n'est plus la totalité du montant qu'ils ont déposé à l'origine chez le notaire qui peut être qualifié de «confié» au sens de l'article 28, alinéa 4 ON. Il convient de distinguer un décompte intermédiaire pour des tâches déjà accomplies d'une avance de frais pour des tâches qui doivent encore être effectuées. Une avance de frais doit toujours être considérée comme des fonds confiés au sens de l'article 28, alinéa 4 ON jusqu'à ce qu'un décompte intermédiaire formel (et des écritures ayant une incidence sur le résultat) précise, envers la clientèle, que l'avance de frais peut être entièrement ou partiellement «utilisée» en rémunération du notaire pour des tâches effectivement accomplies. La pratique de la JCE a été confirmée par le Tribunal administratif du canton de Berne dans son jugement du 15 mai 2018 (procédure n° 100.2017.140).

3.3 Maître A. ne conteste pas les faits constatés dans le procès-verbal de l'inspection du 28 avril 2017 présenté à l'appui de la dénonciation de la commission de révision. L'inspection portait sur la période comprise entre le 1^{er} avril 2016 et le 31 mars 2017. Pour cette durée, Maître A. devait respecter, en plus de l'article 28, alinéa 4 ON, les instructions de la JCE qui, dans les décisions entrées en force du 17 juillet 2014 et du 9 septembre 2016 (procédures n^{os} 26.11-14.46 et 25.60-15.104), lui enjoignaient d'individualiser les avoirs des clients à partir de 5000 francs.

3.3.1 Selon la fiche du compte «13397 A.M., T.», le solde de ce compte a fluctué entre 39 676 francs 35 et 289 676 francs 35 pour la période allant du 27 septembre 2016 au 29 novembre 2016. Le solde du compte a ainsi été pendant plus de 40 jours supérieur à 20 000 francs, ce qui représente une claire violation de l'article 28, alinéa 4 ON. Maître A. explique à cet égard qu'il a ouvert un compte pour l'individualisation des avoirs, mais après le délai prescrit. Dans sa prise de position du 9 février 2018, le notaire n'avance aucun motif pertinent pour justifier l'ouverture tardive du compte. Au demeurant, ni la loi sur le notariat ni son ordonnance d'application ne prévoit de justifications générales légitimant le fait qu'il ait omis d'individualiser les avoirs.

3.3.2 L'examen de la fiche du compte « 13394 M.T., P. » révèle que le solde, entre le 29 juin 2016 et le 16 août 2016, a fluctué entre 137 970 francs et 540 000 francs. Le solde ayant constamment été supérieur à 20 000 francs pendant plus de 40 jours, l'infraction à l'article 28, alinéa 4 ON est là aussi manifeste. Maître A. a indiqué à ce sujet que le dépassement du délai de 40 jours était survenu en raison de vacances. Cet argument ne justifie pas le fait que Maître A. ait omis d'individualiser ces avoirs avant la fin du délai de 40 jours. Un notaire est en effet tenu d'organiser son étude de manière à pouvoir respecter l'article 28, alinéa 4 ON, même en période de vacances.

3.3.3 Du 1^{er} juin 2016 au 15 juillet 2016, le solde du compte « 13376 P. SA, L. » a fluctué entre 6733 francs 45 et 3 025 424 francs 20. Le solde du compte a ainsi été pendant plus de 40 jours supérieur à 5000 francs, ce qui représente une violation de l'obligation renforcée d'individualisation. Dans la prise de position du 9 février 2018, Maître A. ne fournit aucune raison, ni pour ce compte ni pour les deux suivants (cf. ch. 3.3.4 s.), expliquant pourquoi il n'était pas en mesure de respecter l'obligation renforcée d'individualisation. Il a plutôt choisi de remettre en question le bien-fondé des instructions de la JCE portant sur le renforcement de l'obligation d'individualiser. Comme mentionné au chiffre 2.2, le Tribunal administratif du canton de Berne a confirmé par son jugement 100.2017.140 du 15 mai 2018 que les infractions à l'obligation renforcée d'individualiser avaient des répercussions relevant du droit disciplinaire. Les seules violations de l'article 28, alinéa 4 ON mentionnées aux chiffres 3.3.1 et suivants justifient déjà le prononcé de mesures disciplinaires. Enfin, il convient de noter que le notaire n'a pas fait parvenir de pièces justificatives attestant que le litige de droit civil l'opposant à J. Immobilien AG était liquidé par une décision entrée en force. Les faits n'appellent donc aucune autre observation.

3.3.4 Entre le 1^{er} juin 2016 et le 12 juillet 2016, le compte « 13323 M.J., M. » s'est élevé à 12 778 francs au minimum et à 552 778 francs au maximum. Son solde a par conséquent été supérieur à 5000 francs pendant plus de 40 jours, ce qui représente également une infraction à l'obligation renforcée d'individualisation.

3.3.5 Quant au solde du compte « 13403 R.V. SA, M. », il a varié, du 14 juillet 2016 au 31 décembre 2016, entre 7450 francs et 64 000 francs. Le dépassement de la limite de 5000 francs a duré au-delà des 40 jours prévus et constitue une infraction de plus à l'obligation renforcée d'individualisation.

3.3.6 En substance, il convient de constater que Maître A. a enfreint à deux reprises l'article 28, alinéa 4 ON et à trois reprises l'obligation renforcée d'individualiser les avoirs des clients à partir de 5000 francs correspondant aux instructions que la JCE a décidées les 17 juillet 2014 et 9 septembre 2016 (dans le cadre des procédures n^{os} 26.11-14.46 et 25.60-15.104).

4.

4.1 Le notaire qui, intentionnellement ou par négligence, manque à ses devoirs professionnels ou viole les prescriptions de la loi sur le notariat ou de ses dispositions d'exécution, les principes d'indépendance et d'activité irréprochable dans l'exercice de sa profession ou compromet la réputation du notariat est passible d'une mesure disciplinaire, indépendamment des conséquences de sa responsabilité en matière civile et pénale (art. 45, al. 1 LN). Dans des cas de peu de gravité, l'autorité peut renoncer à infliger une sanction si les circonstances laissent présumer que le notaire exercera ses fonctions de manière irréprochable à l'avenir (art. 45, al. 2 LN).

En l'espèce, le notaire a violé dans deux cas l'obligation d'individualiser les avoirs de clients inscrite à l'article 28, alinéa 4 ON et a transgressé dans trois autres cas la même obligation prévue sous une forme renforcée par les instructions de la JCE dans ses décisions du 17 juillet 2014 (26.11-14.46) et du 9 septembre 2016 (25.60-15.104). Les instructions concernant le renforcement de l'obligation d'individualisation, imposées par la JCE, déploient dès l'entrée en force des décisions en question le même effet que l'obligation d'individualisation de l'article 28, alinéa 4 ON. Par conséquent, une violation de ces instructions équivaut à un manquement aux devoirs professionnels du notaire. Maître A. a ainsi manqué à cinq reprises à ses devoirs professionnels. Il ne peut être question en l'espèce d'un cas de peu de gravité au sens de l'article 45, alinéa 2 LN, d'autant plus que l'obligation d'individualiser les avoirs de clients sert à protéger ces derniers et constitue, avec les autres dispositions sur la tenue de la comptabilité, un devoir professionnel central des personnes habilitées à dresser des actes authentiques. Il convient par conséquent, en vertu de l'article 45, alinéa 1 LN, d'infliger une sanction disciplinaire à Maître A.

4.2 L'article 47, alinéa 1 LN prévoit comme mesures disciplinaires le blâme, une amende pouvant aller jusqu'à 20 000 francs, la suspension de l'inscription au registre des notaires d'une durée d'un mois à deux ans et la radiation de l'inscription au registre des notaires.

Ce catalogue de mesures, qui est exhaustif, énumère les sanctions de la plus légère à la plus grave. Le principe de la proportionnalité doit toujours régir le choix de la mesure concrète (voir à ce sujet aussi KNB-GLATTHARD, n. 1 ss ad art. 47 LN, avec renvois). L'ancienne loi bernoise sur le notariat du 28 août 1980, qui est restée en vigueur jusqu'au 30 juin 2006, prévoyait explicitement que la sanction disciplinaire était déterminée en fonction du degré de culpabilité de la personne impliquée, compte tenu de ses motifs et des intérêts menacés ou lésés, ainsi que de la manière dont le notaire avait auparavant rempli ses fonctions (art. 43 aLN). Il manque certes dans la nouvelle loi une référence explicite à l'évaluation de la faute. Le rapport du 16 mars 2005 présenté par le Conseil-exécutif au Grand Conseil concernant la loi sur le notariat précise cependant expressément: «les réglementations actuelles sur la responsabilité en matière disciplinaire ont pu être reprises sans modifications sur le fond» (voir rapport LN, ch. 3.30, p. 13). L'évaluation de la faute concrète, compte tenu des motivations, des intérêts en jeu ainsi que de la façon dont la profession a été exercée jusqu'alors découle en définitive aussi de l'application du principe de la

proportionnalité et est donc incontestée dans la doctrine également (voir à ce sujet KNB-GLATTHARD, n. 35 ad art. 45 LN, avec renvoi à la jurisprudence rendue sous l'ancien droit; voir aussi, parmi de nombreux autres cas, la décision de la JCE 26.11-13.9 du 9 septembre 2014, c. 5.2). Si la menace d'une sanction suffit pour que le notaire fautif forme la résolution d'exercer ses fonctions de manière à nouveau irréprochable à l'avenir, il n'y a pas lieu de prononcer une mesure allant au-delà d'un blâme ou d'une amende (voir à ce sujet également KNB-GLATTHARD, n. 6 et 36 ad art. 45 LN et n. 4 ad art. 47 LN, avec renvois à la jurisprudence en la matière).

4.3 La JCE estime que la faute du notaire est d'une gravité moyenne. Depuis 2012, il n'a plus réussi à garantir le respect de l'obligation d'individualiser les avoirs des clients en vertu de l'article 28, alinéa 4 ON et ne s'est ainsi pas soumis de manière correcte aux règles en matière de comptabilité. Par décision du 17 juillet 2014, il a déjà été condamné à une amende de 5000 francs pour cette raison (procédure n° 26.11-14.46). Le 9 septembre 2016, la JCE lui a aussi infligé, dans sa décision 26.11-15.64, une amende de 3000 francs pour des manquements du même type. En outre, la JCE a de nouveau condamné le notaire à une amende de 4000 francs dans la décision 26.11-16.61 rendue le 11 avril 2017 pour les mêmes raisons. Le Tribunal administratif du canton de Berne a confirmé cette décision dans son jugement du 15 mai 2018 (procédure n° 100.2017.140). Il s'agirait en principe de prévoir une amende de plus de 4000 francs. Le fait que l'inspection pour 2017 et 2018 n'a révélé aucune nouvelle infraction à l'article 28, alinéa 4 ON ou à l'obligation renforcée d'individualisation laisse toutefois supposer que les mesures disciplinaires décidées jusqu'à présent ont été efficaces. Partant, une amende de moins de 4000 francs semble en l'occurrence proportionnée. Compte tenu de toutes les circonstances, il convient en l'espèce de prononcer une amende de 3000 francs.

5.

Vu l'issue de la procédure, les frais fixés à 500 francs en vertu des principes de l'article 107, alinéa 1 LPJA en relation avec l'article 8 de l'ordonnance du 22 février 1995 fixant les émoluments de l'administration cantonale (ordonnance sur les émoluments [OEmo; RSB 154.21]) sont mis à la charge de Maître A.

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

1. Maître A. est condamné à une **amende de 3000 francs** pour avoir manqué à ses devoirs professionnels.
2. Les **frais de procédure**, fixés à **500 francs**, sont mis à la charge du Maître A.
3. La présente décision est notifiée
 - à Maître B., (par courrier recommandé),
 - à la Commission de révision de l'Association des notaires bernois, (par courrier A).

La directrice de la justice,
des affaires communales
et des affaires ecclésiastiques

Evi Allemann,
conseillère 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; la décision attaquée et les moyens de preuve disponibles seront joints à l'envoi.