

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

Notre référence: 26.11 - 16.80 FRL/kna Berne, 2. Mai 2017
Votre référence:

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



dans l'affaire disciplinaire contre

Maître A., notaire,

concernant

des manquements supposés aux devoirs professionnels
(dénonciation de la commission de révision de l'Association des notaires bernois du
26 septembre 2016)

considère:

1.

1.1 Par courrier daté du 26 septembre 2016, 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. La dénonciation était motivée par quatre infractions à l'obligation d'individualiser les avoirs des clients, conformément à l'article 28, alinéa 4 de l'ordonnance du 26 avril 2006 sur le notariat (ON; RSB 169.112). Selon le procès-verbal de l'inspection de l'étude du 31 mai 2016, les infractions suivantes à l'obligation

d'individualisation ont été relevées pendant la période comprise entre le 16 avril 2015 et le 15 avril 2016: sur le compte «3771 A P. M», un solde d'un montant moyen de 35 888 francs a été conservé pendant huit mois environ entre le 26 février 2015 et le 29 octobre 2015. Le compte «4049 A I. S.» a présenté un solde moyen de 33 000 francs pendant 59 jours, entre le 29 février 2016 et le 28 avril 2016. En ce qui concerne le compte «4014 A Société coopérative de C. B.», son solde a varié entre le 29 septembre 2015 et le 30 mars 2016, soit pendant six mois, et s'est élevé en moyenne à 22 120 francs. Enfin, pendant 45 jours, du 4 avril 2016 au 19 mai 2016, le solde du compte «4066 N B. O.» a affiché une moyenne de 26 510 francs.

Par ailleurs, en 2015, trois infractions à l'obligation d'individualiser selon l'article 28, alinéa 4 ON avaient été constatées et avaient donné lieu à une dénonciation à la commission disciplinaire et de conciliation de l'ANB. Par contre, aucune violation de cette même disposition n'a été relevée en 2013 et en 2014.

1.2 Par courrier du 31 octobre 2016, le notaire a pris position au sujet de la dénonciation déposée à son encontre et notamment expliqué ce qui suit:

Le dossier «3771 A», et non celui noté par erreur par la commission de révision sous «77AK», est un mandat d'avocat. Maître A. précise qu'il a été mandaté par sa cliente le 5 août 2011 au sujet d'un litige dont la valeur était d'environ 100 000 francs. Il ajoute que le 24 avril 2014, il a reçu de la cliente une première avance de 7000 francs. Le 25 juillet 2014, un montant de 22 000 francs lui a été versé, dont 12 000 francs ont servi à une avance de frais de justice. Le notaire explique que, fin août 2014, sa cliente a été victime d'un accident et qu'elle est décédée de ses suites le 12 décembre 2014. Elle avait comme seul héritier un frère domicilié à Paris. Le 19 février 2015, Maître A. a demandé à l'héritier une avance de frais de 7000 francs, car ses honoraires s'élevaient déjà à 15 777 francs. Il lui a précisé que ce montant suffirait jusqu'au terme de la procédure devant la première instance. L'héritier a versé cette somme le 26 février 2015. Selon la commission de révision, le notaire aurait dû, dès ce moment-là, placer le montant de 22 777 francs sur un compte fiduciaire séparé. Le 15 septembre 2015, la partie adverse a finalement versé 36 000 francs. Selon le notaire, le frère de sa cliente décédée a refusé que le montant soit versé sur un compte dont il aurait fourni les coordonnées mais a voulu se rendre personnellement sur place pour régler la question. Il n'est finalement venu que le 29 octobre 2015 et s'est alors rendu à la banque en compagnie du notaire afin de transférer l'argent. Maître A. explique qu'en définitive, le dépassement n'a été que de quatre jours et qu'il a été dû à la venue tardive du frère de la cliente.

S'agissant du dossier «4014 A», Maître A. précise en particulier qu'il s'agissait là aussi d'un mandat d'avocat, portant sur une valeur litigieuse de 1 000 000 de francs environ, dont il avait été chargé le 20 novembre 2014. Il explique que le litige a été divisé en plusieurs dossiers, car tous n'étaient pas destinés à avoir la même durée. Le dossier principal dont il est question porte le numéro 4014. Les montants versés sur ce compte, à deux exceptions près, sont des avances d'honoraires ou des factures. Les exceptions concernent, pour l'une, un montant de 800 francs restitué par le tribunal et, pour l'autre, un versement de 88 206 francs 65 provenant de l'Office des poursuites. Maître A. dit avoir placé cette dernière somme sur un compte

fiduciaire le 3 juillet 2015, soit dans un délai de 40 jours. S'agissant du montant des honoraires concernant son client, il était de 23 559 francs 30 le 29 septembre 2015 et de 26 182 francs 70 le 31 décembre 2015.

Au sujet du dossier «4049 A», le notaire explique notamment que l'une de ses collaboratrices a commis une erreur de comptabilisation en confondant deux dossiers, un dossier d'avocat et une affaire d'achat d'un bien immobilier, qui concernaient le même client. Un montant de 33 000 francs a ainsi été crédité par erreur sur le compte d'avocat alors qu'il s'agissait du montant retenu pour l'impôt sur le gain immobilier dans le cadre de la vente immobilière. Le notaire ajoute que 59 jours se sont écoulés entre la comptabilisation du montant sur le compte d'avocat et la comptabilisation correcte du montant dans le dossier relatif à la vente immobilière. Il ne conteste pas le fait qu'en l'espèce, il n'a pas procédé à l'individualisation d'une somme ayant dépassé 20 000 francs pendant plus de 40 jours.

Enfin, le notaire indique, au sujet du dossier «4066 N», que la majeure partie du prix de la vente a été versée aux vendeurs conformément au contrat de vente et dit ne pas pouvoir expliquer la raison pour laquelle la retenue de 25 000 francs pour l'impôt sur le gain immobilier (et non de 26 510 fr. comme l'a écrit la commission de révision) n'a pas été transférée simultanément sur un compte fiduciaire au nom des vendeurs et ne l'a été que 45 jours après la réception du montant de la vente. Là encore, le notaire ne conteste pas la violation du devoir d'individualisation des fonds. Il explique toutefois que le dépassement n'a été que de 25 000 francs, les 1510 francs restants appartenant à la partie acquéreuse.

1.3 Par ordonnance du 21 décembre 2016, l'Office de gestion et de surveillance (OGS), chargé de l'instruction de l'affaire, a clos l'échange de mémoire. A cette occasion, il a informé le notaire qu'une décision du directeur de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques serait rendue.

1.4 Dans un courrier adressé lui aussi le 21 décembre 2016 à la commission disciplinaire et de conciliation de l'ANB, l'OGS a demandé à celle-ci de lui faire parvenir la décision rendue suite à la dénonciation de la commission de révision, en date du 27 août 2015, contre le notaire pour diverses infractions à l'article 28, alinéa 4 ON. La commission disciplinaire et de conciliation a envoyé sa décision du 3 novembre 2015 dans laquelle elle a infligé une amende au notaire suite à une double violation par ce dernier de son obligation d'individualiser les fonds de clients.

2.

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, Prof. Dr. Stephan Wolf (éd.), Berne 2009 [ci-après: KNB], avec renvois).

3.

3.1 La commission de révision reproche au notaire d'avoir violé l'article 28, alinéa 4 ON et, partant, d'avoir manqué à ses devoirs professionnels, puisqu'il a laissé pendant plus de 40 jours des montants supérieurs à 20 000 francs sur un compte commun au lieu de les placer sur des comptes fiduciaires distincts.

L'obligation d'individualiser les fonds de clients ne s'applique pas seulement aux fonds qui sont en relation directe avec l'activité principale du notaire, mais, conformément à l'article 28, alinéa 6 ON, à l'ensemble des fonds et des biens qui, pour une raison quelconque liée à l'activité professionnelle du ou de la notaire, se trouvent sous sa garde, dans la mesure où cette raison a un rapport avec l'activité que le notaire exerce à titre principal ou à titre accessoire (voir à ce sujet aussi les art. 43 s. LN et 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 comptabilisé. 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 que les clients savent que les avoirs qu'ils ont 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 précise, envers la clientèle, que l'avance de frais peut être entièrement ou partiellement «utilisée» en rémunération du notaire pour des tâches effectivement accomplies. De l'avis de la JCE, une telle pratique s'applique également aux avances de frais d'avocat, ce qui ressort en substance des articles 43, alinéa 1 et 44 LN, qui prévoient que le notaire tient une comptabilité de toutes ses activités principales et accessoires. Lorsque le notaire exerce simultanément le barreau, il doit tenir les comptes de

ses deux activités lucratives dans une comptabilité commune. Les avances de frais d'avocat doivent donc elles aussi être qualifiées de «confiées» au sens de l'article 28, alinéa 4 ON.

Par ailleurs, le notaire ne peut pas être délié par sa clientèle de son devoir d'individualiser les fonds si les valeurs limites légales de 20 000 francs et de 40 jours sont atteintes. Au contraire, c'est son devoir de notaire d'organiser son étude de sorte à pouvoir respecter à tout moment son obligation d'individualisation des fonds de clients. Selon la pratique constante de la commission de révision, lors de la première constatation d'une infraction simple portant sur un faible nombre de cas, le notaire reçoit un avertissement écrit. Si le cas se répète, la personne est dénoncée à la commission disciplinaire et de conciliation de l'ANB. Lors de nouvelles infractions, la commission de révision s'adresse à la JCE, en application de l'article 21 ON.

3.2 Selon les faits dénoncés par la commission de révision, quatre infractions à l'obligation d'individualiser les avoirs de clients selon l'article 28, alinéa 4 ON ont été constatées lors de la révision de l'étude de Maître A., effectuée le 31 mai 2016, pour la période comprise entre le 16 avril 2015 et le 15 avril 2016.

La feuille du compte «P. M» (compte n° 3771 A) révèle qu'entre le 26 février 2015 et le 29 octobre 2015, le solde a varié entre 22 777 francs et 68 777 francs. Le 26 février 2015, 7000 francs ont été versés sur le compte suite à une facture présentée par le notaire, ce qui a porté le solde du compte à 22 777 francs. Jusqu'au 29 octobre 2015, ce solde n'est plus descendu en-dessous du montant déterminant de 20 000 francs, selon l'article 28, alinéa 4 ON. Le 10 juillet 2015, le Tribunal régional a versé 6000 francs sur le compte et le solde a ainsi augmenté pour atteindre 28 777 francs. Le 31 juillet 2015 et les 3 et 15 septembre 2015, la partie adverse a procédé à des versements pour un total de 40 000 francs et le solde du compte s'est alors élevé à 68 777 francs. Par la suite, le 30 septembre 2015, 22 777 francs 75 ont été prélevés pour payer une facture du notaire, de sorte que le solde du compte s'est abaissé à 45 999 francs 25. Un autre paiement de 3000 francs effectué par la partie adverse, le 5 octobre 2015, a une nouvelle fois fait monter le solde à 48 999 francs 25. Ce solde a finalement été versé au frère de la cliente décédée, le 29 octobre 2015. L'historique de ce compte montre que son solde, indépendamment du fait que le montant de 7000 francs enregistré le 26 février 2015 puisse ou non être considéré comme un montant confié, a constamment été supérieur à 20 000 francs, au plus tard à partir du 10 juillet 2015 et jusqu'au 29 octobre 2015. Ce dépassement de la limite de 20 000 francs qui a duré plusieurs mois doit être qualifié de violation du devoir d'individualisation des fonds de clients prévu par l'article 28, alinéa 4 ON.

Le solde du compte «Société coopérative de C. B.» (compte n° 4014 A) a varié du 29 septembre 2015 au 30 mars 2016 entre 20 767 francs 60 et 23 473 francs 90. Il a ainsi été pendant plusieurs mois supérieur à 20 000 francs, ce qui équivaut à une violation de l'article 28, alinéa 4 ON. Le notaire fait valoir dans sa prise de position que l'avoir était essentiellement constitué d'avances de frais de la cliente. Le dossier ne mentionne aucun décompte intermédiaire formel qui aurait permis de conclure à une compensation des fonds confiés par la cliente. Pour cette raison, le montant qui excède 20 000 francs doit être considéré comme

confié. Selon la fiche de compte, une compensation des prestations fournies par le notaire avec l'avoir sur le compte cité n'a eu lieu que le 30 mars 2016. A partir de cette date, le solde du compte a donc été inférieur à la limite de 20 000 francs.

Selon la fiche de compte «I. S.» (compte n° 4049 A), entre le 29 février 2016 et le 28 avril 2016, le solde s'est situé entre 28 800 francs et 36 000 francs. D'après la prise de position du notaire, une erreur comptable s'est produite puisque deux comptes ont été confondus. Une telle méprise ne délie pas le notaire de son obligation d'individualiser un montant supérieur à 20 000 francs à partir du 40^e jour. Pour cette raison, il y a lieu de constater là encore une violation de l'article 28, alinéa 4 ON, ce que le notaire ne conteste d'ailleurs pas dans sa prise de position.

Enfin, le solde du compte «B. O.» (compte n°4066 N) s'est élevé entre le 4 avril 2016 et le 19 mai 2016 à 26 510 francs et a ainsi dépassé le montant de 20 000 francs pendant 45 jours, ce qui correspond à une violation de l'article 28, alinéa 4 ON. Dans la prise de position que Maître A. a adressée à l'OGS le 31 octobre 2016, il ne réfute pas qu'il y ait eu violation mais fait simplement valoir que le solde en question était de 25 000 et non de 26 510 francs. En l'espèce, il n'y a pas lieu de s'intéresser de près au montant exact du solde du compte puisqu'un montant de 25 000 francs doit lui aussi être individualisé à partir du 40^e jour. Il s'agit là encore d'une violation de l'article 28, alinéa 4 ON.

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 enfreint dans quatre cas l'obligation d'individualiser les fonds de clients prévue par l'article 28, alinéa 4 ON. Selon la décision rendue le 3 novembre 2015 par la commission disciplinaire et de conciliation de l'ANB, le notaire a déjà été condamné en raison de deux infractions à l'obligation d'individualiser les fonds. Les infractions mentionnées dans la présente décision et les antécédents évoqués ne permettent pas de parler 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 sert à protéger les clients et constitue donc, avec les autres dispositions sur la comptabilité, un devoir professionnel essentiel des personnes appelées à authentifier. Il convient donc, vu l'article 45, alinéa 1 LN, d'infliger une sanction disciplinaire au notaire concerné.

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. En décidant de la mesure concrète qui s'impose, il convient toujours de respecter le principe de la proportionnalité (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, 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 (ci-après rapport LN) 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. Bien que l'année précédente, deux infractions à l'obligation d'individualiser les fonds selon l'article 28, alinéa 4 ON aient été constatées par la commission disciplinaire et de conciliation, le notaire, durant la période sur laquelle portait la révision, à savoir du 16 avril 2015 au 15 avril 2016, n'est pas parvenu à garantir le respect de cette disposition et à suivre correctement les règles comptables. Il n'existe certes aucun signe montrant que les avoirs de la clientèle qui n'ont pas fait l'objet d'une individualisation à temps ont été exposés à un risque réel. Toutefois, les règles strictes sur la comptabilité régulière servent non seulement à protéger directement les fonds de clients, mais aussi à garantir et à maintenir la confiance du public à l'égard du notariat bernois. On ne saurait cependant reprocher à Maître A. d'avoir fait preuve d'indifférence. Dans le cas P. M, en particulier, il s'est efforcé de faire parvenir l'avoir supérieur à 20 000 francs au frère de la cliente décédée. Il s'agit enfin de relever à la décharge du notaire le fait qu'il a reconnu dans deux cas le problème de l'individualisation tardive des fonds. Pour le reste, il semble que son activité professionnelle n'ait donné lieu à aucune contestation jusqu'à maintenant. Compte tenu de toutes les circonstances, il convient donc en l'espèce de prononcer une amende de 1000 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 du notaire.

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

1. Maître A., notaire, est condamné à verser une **amende** de **1000 francs** en raison de la violation de ses obligations professionnelles notariales.
2. Les **frais de procédure**, fixés à **500 francs**, sont mis à la charge du notaire.
3. La présente décision est notifiée à
 - Maître A., notaire, (par courrier recommandé)
 - 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; la décision attaquée et les moyens de preuve disponibles seront joints à l'envoi.