

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

Notre référence: 26.11 - 16.61 FRL/kna Berne, le 11 avril 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 12 juillet
2016)

considère:

1.

1.1 Par courrier du 12 juillet 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 diverses infractions à l'obligation renforcée d'individualiser les avoirs des clients à partir d'un montant de

1000 francs, que la JCE avait imposée au notaire dans la procédure 26.11-14.46 qui avait donné lieu aux décisions des 17 juillet 2014 et 2 octobre 2014. Dans l'un des cas, le notaire a également enfreint l'obligation d'individualiser les avoirs de clients conformément à l'article 28, alinéa 4 de l'ordonnance du 26 avril 2006 sur le notariat (ON; RSB 169.112) puisqu'il n'a pas procédé pendant 48 jours à l'individualisation d'avoirs s'élevant à 50 000 francs.

Dans sa prise de position adressée à la commission de révision, le notaire a expliqué qu'il n'avait pas reçu de ses clients tous les documents et les informations concernant le versement des avoirs et que, par ailleurs, les honoraires ou les émoluments dus n'avaient pas tous été comptabilisés. Maître A. a par ailleurs fait remarquer que l'ordre exigeant l'individualisation de la totalité des avoirs de clients supérieurs à 1000 francs impliquait un surcroît considérable de travail et a conclu au relèvement de ce montant.

1.2 Par décision du 28 septembre 2016, l'Office de gestion et de surveillance (OGS) chargé de l'instruction de l'affaire a remis la dénonciation au notaire et lui a demandé de prendre position à son sujet jusqu'au 29 octobre 2016.

1.3 Maître A. n'ayant pas envoyé de prise de position au sujet de la dénonciation, ni demandé de prolongation du délai, l'OGS a clos l'échange d'écritures dans la procédure disciplinaire n° 26.11-16.61 par ordonnance du 15 décembre 2016. 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.

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).

La demande du notaire visant à assouplir l'obligation renforcée d'individualisation ne fait pas l'objet de la présente procédure, car cette question doit être examinée dans le cadre d'une procédure administrative. Dans sa décision du 9 septembre 2016, la JCE a atténué la portée de l'obligation renforcée d'individualisation puisque le notaire ne doit désormais individualiser les avoirs de clients qu'à partir d'un montant minimal de 5000 francs (et non plus de 1000 fr.). Cet assouplissement est toutefois applicable uniquement pour la période de révision 2016/2017.

3.

3.1 La commission de révision reproche au notaire d'avoir manqué à ses devoirs professionnels à deux égards: selon elle, le notaire a violé l'article 28, alinéa 4 ON en gardant sur un compte collectif, pendant plus de 40 jours, un montant supérieur à 20 000 francs qui lui avait été confié au lieu de le déposer sur un compte fiduciaire séparé. Par ailleurs, le notaire n'a pas tenu compte des instructions de la JCE prévues dans la décision entrée en force du 17 juillet 2014 et dans la décision du 2 octobre 2014, en vertu desquelles il était tenu d'individualiser tous les avoirs de ses clients supérieurs à 1000 francs et de les placer sur des comptes séparés.

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 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.

Par ailleurs, le notaire ne peut pas se soustraire à l'obligation d'individualisation 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 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 le cas se répète, la personne est dénon-

cée à la commission disciplinaire de l'ANB. En cas 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, une infraction à l'obligation d'individualiser les avoirs de clients a été constatée lors de la révision de l'étude de Maître A., effectuée le 11 avril 2016, pour la période comprise entre le 4 avril 2015 et le 1^{er} avril 2016.

La fiche du compte «13245 P. M., A.» révèle qu'entre le 6 novembre 2015 et le 24 décembre 2015, le solde de ce compte a été de 50 000 puis de 56 000 francs. Vu que le client du notaire avait versé le 23 décembre 2015 une avance de frais de 6000 francs, il convient de tenir compte uniquement du solde de 50 000 francs. Le solde du compte a toutefois constamment été supérieur à 20 000 francs pendant 48 jours. Le délai légal pour individualiser le montant excédant 20 000 francs a donc été dépassé de huit jours. Le notaire, dans la présente procédure disciplinaire, n'a pas contesté l'infraction. Dans sa prise de position adressée le 25 mai 2016 à la commission de révision, il se borne à expliquer que ce dépassement du délai a été dû au traitement d'affaires importantes avant Noël. Cet argument ne justifie pas 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 s'il doit faire face à un volume de travail important. On est ainsi en présence d'une nette violation de l'article 28, alinéa 4 ON.

3.3 La commission de révision a par la suite dénoncé diverses infractions du notaire à l'obligation renforcée d'individualisation des avoirs de clients à partir d'un montant de 1000 francs. Il a précédemment été mentionné que la JCE, dans sa décision du 9 septembre 2016, a assoupli l'obligation renforcée (en relevant le montant minimal à 5000 fr.), mais cet assouplissement concerne uniquement la période de révision 2016/2017. Comme la présente procédure porte sur des infractions commises pendant la période de révision 2015/2016, seule l'obligation renforcée initiale était alors applicable.

Selon la fiche du compte «12748 M. L., M.», le solde de ce compte a fluctué entre 2370 francs 80 et 10 284 francs 80, en particulier entre le 9 septembre 2015 et le 11 novembre 2015. Le solde du compte a ainsi été pendant plus de 40 jours supérieur à 1000 francs, ce qui représente une violation de l'obligation renforcée d'individualisation. Dans sa prise de position du 25 mai 2016 envoyée à la commission de révision, le notaire fait valoir que le dépassement de délai est dû au fait que le contrat de partage successoral adressé aux parties le 2 octobre 2015 n'a pu être signé que le 29 octobre 2015 par toutes les parties. Suite à cela, la somme de 1615 francs 20 n'a pu être versée à une héritière qu'en date du 6 novembre 2015. Ce fait ne justifie pas la violation de l'obligation renforcée d'individualisation des avoirs. Un notaire doit organiser l'exécution d'un partage successoral de manière à respecter l'article 28, alinéa 4 ON ou, en l'espèce, une obligation renforcée d'individualisation des avoirs. C'est à lui de tenir compte, dans ses calculs, du risque d'une approbation retardée d'un partage successoral.

Le solde du compte «13098 G. D et K. L, M.» a varié du 18 novembre 2015 au 11 mars 2016 en particulier entre 3151 francs 50 et 7702 francs 90. Le solde a ainsi excédé 1000 francs

pendant plus de 40 jours, ce qui correspond là aussi à une violation de l'obligation renforcée d'individualisation des avoirs des clients. Le notaire a indiqué dans sa prise de position envoyée à la commission de révision le 25 mai 2016 qu'il ne subsistait qu'un solde de 2991 francs 50. Sur ce montant, 551 francs 40 lui revenaient, à titre d'honoraires. Le notaire, dans la présente procédure disciplinaire, a omis de fournir un décompte intermédiaire sur les tâches accomplies. Indépendamment de cela, le solde, même après la déduction des 551 francs 40, aurait de toute façon dépassé 1000 francs. Par ailleurs, selon le dossier, le solde minimal étant dans ce cas de 3151 francs 50, on est en présence d'une nette infraction à l'obligation renforcée d'individualisation des avoirs de clients.

Entre le 26 août 2015 et le 12 octobre 2015, le compte «12274 P. M., M.» a présenté un solde de 1128 francs 55, qui a donc été lui aussi supérieur à 1000 francs pendant plus de 40 jours. Il s'agit là d'une infraction à l'obligation renforcée d'individualiser les avoirs de clients. Dans sa prise de position adressée le 25 mai 2016 à la commission de révision, le notaire a expliqué notamment que ses honoraires, selon la facture du 11 mars 2016, s'élevaient à 8483 francs 40. Le dépassement dont il est ici question porte toutefois sur la période comprise entre le 26 août 2015 et le 12 octobre 2015, pour laquelle le notaire ne fournit aucune explication qui justifierait la violation précitée de l'obligation d'individualisation renforcée.

L'examen de la fiche du compte «13029 F. M., C.» révèle en particulier que le solde, entre le 9 septembre 2015 et le 16 octobre 2015, a fluctué entre 11 541 francs 90 et 25 386 francs 70. Le solde ayant été supérieur à 1000 francs pendant plus de 40 jours, l'infraction à l'obligation renforcée d'individualisation est là aussi manifeste. Maître A. a certes contesté la violation dans la prise de position du 25 mai 2016 à l'intention de la commission de révision, mais a renoncé à la motiver de manière circonstanciée.

Entre le 24 novembre 2015 et le 16 mars 2016, le compte «13221 M. SA, D.» s'est élevé à 2126 francs 40 au minimum et à 4763 francs 20 au maximum. Son solde a par conséquent été supérieur à 1000 francs pendant plus de 40 jours, ce qui représente une infraction à l'obligation renforcée d'individualisation. Le notaire, dans la prise de position envoyée à la commission de révision, explique notamment qu'il peut faire valoir des honoraires s'élevant à 2636 francs 80 envers la cliente. Le dossier ne contient toutefois aucun décompte intermédiaire portant sur des tâches accomplies pour le montant en question. Par conséquent, le montant de 2126 francs 40 au minimum ou de 4763 francs 20 au maximum doit être considéré comme «confié», raison pour laquelle il y a lieu, là encore, de constater la violation de l'obligation renforcée d'individualisation des avoirs.

Le solde du compte «12895 M. C. et F., M.» s'est monté du 16 octobre 2014 au 15 décembre 2015 à 1170 francs 40 ou à 1370 francs 40. Le dépassement de la limite de 1000 francs a duré au-delà des 40 jours prévus et constitue une infraction à l'obligation renforcée d'individualisation. Maître A. a indiqué à ce sujet dans sa prise de position adressée à la commission de révision qu'un avoir de 1370 francs 40 lui était dû. Il a une nouvelle fois négligé, dans le cadre de la présente procédure, de prouver par un décompte intermédiaire qu'il avait bel et bien effectué

des travaux pour un tel montant, qui doit donc être considéré comme confié. On est une nouvelle fois en présence d'une infraction à l'obligation d'individualisation des avoirs de clients.

Quant au solde du compte «13272 S. H., M.», il a varié, du 22 décembre 2015 au 11 janvier 2016, date à laquelle le notaire a ouvert un compte fiduciaire, entre 1663 francs 90 et 250 000 francs. Dans ce cas-là, le dépôt a été d'une durée inférieure à 40 jours, de sorte qu'il n'existe en l'espèce aucune violation de l'obligation renforcée d'individualisation des avoirs de clients.

En résumé, il y a lieu de constater que le notaire a enfreint dans six cas l'obligation renforcée d'individualisation des avoirs de clients.

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 un cas l'obligation d'individualiser les avoirs de clients inscrite à l'article 28, alinéa 4 ON et a transgressé dans six autres cas la même obligation prévue sous une forme renforcée par les décisions rendues par la JCE le 17 juillet 2014 et le 2 octobre 2014. Les instructions concernant le renforcement de l'obligation d'individualisation, imposées par la JCE, déploient dès l'entrée en force de la décision du 17 juillet 2014 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. Le notaire a ainsi commis sept infractions. 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 habilités à dresser des actes authentiques. Il convient par conséquent, en vertu de 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, 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 (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. Depuis 2012, il n'est plus parvenu à garantir le respect de l'obligation d'individualisation conformément à l'article 28, alinéa 4 ON et ne s'est ainsi pas soumis de manière correcte aux règles en matière de comptabilité. C'est pour cette raison que la JCE lui a déjà infligé, dans sa décision 26.11-14.46 du 17 juillet 2014, une amende de 5000 francs. Le 9 septembre 2016, Maître A. a aussi été condamné par la JCE, dans la décision 26.11-15.64, à une amende de 3000 francs pour des manquements du même type. Il s'agit en l'espèce d'un nouveau cas de récidive, mais on ne saurait reprocher au notaire de faire preuve d'indifférence, comme ce fut le cas durant la période de révision de l'étude de notaire 2013/2014. Dans la procédure actuelle (période de révision 2015/2016), le notaire n'a enfreint qu'une seule fois l'article 28, alinéa 4 ON. Le reste des manquements concerne l'obligation d'individualiser les avoirs des clients à partir d'un montant de 1000 francs. En l'espèce, le notaire a sciemment pris le risque de transgresser des instructions rendues par la JCE et entrées en force. Il s'agit également d'évaluer le fait que, depuis plusieurs années, le notaire n'a jamais intégralement respecté les prescriptions de l'article 28, alinéa 4 ON. Les strictes dispositions sur la tenue régulière des comptes ne servent pas qu'à protéger directement les avoirs des clients, mais aussi à garantir et à maintenir la confiance que le public éprouve à l'égard d'une personne habilitée à dresser des actes authentiques pratiquant dans le canton de Berne. Compte tenu de toutes les circonstances, il convient en l'espèce de prononcer une amende de 4000 francs, qui est à nouveau légèrement supérieure à celle qui était prévue dans la décision du 9 septembre 2016.

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. est condamné pour manquement aux obligations professionnelles notariales à une **amende de 4000 francs**.
2. Les **frais de procédure**, fixés à **500 francs**, sont mis à la charge du notaire.
3. La présente décision doit être notifiée
 - à Maître A., (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; la décision attaquée et les moyens de preuve disponibles seront joints à l'envoi.