

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

Notre référence: 26.11 - 16.88 FRL/kna Berne, le 21 mars 2018
Votre référence:

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



dans l'affaire disciplinaire contre

Maître X.,

concernant

des manquements supposés aux devoirs professionnels
(dénonciation de Madame M. L. du 21 novembre 2016)

considère:

1.

1.1 Par courrier du 21 novembre 2016, Madame M. L. a dénoncé Maître X., notaire, à l'autorité de surveillance et a demandé à la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques (JCE) d'ouvrir une procédure disciplinaire à son encontre. L'auteur de la dénonciation a pour l'essentiel invoqué les motifs suivants: Elle et son frère ont

vendu à l'entreprise N. AG un immeuble sis dans la commune d'E. en 2012. Maître X., qui avait été mandaté pour instrumenter l'acte de vente, ne lui avait toujours pas remis de l'expédition du contrat en date de la dénonciation. Madame M. L. a également reproché au notaire de ne pas encore lui avoir versé en date de la dénonciation le solde de la provision retenue pour l'impôt sur les gains immobiliers qui, conformément à la décision de l'Intendance des impôts du canton de Berne du 17 janvier 2014 qui en fixait la hauteur, lui revenait de droit. Elle a par ailleurs ajouté que, depuis début 2016, elle n'avait plus réussi à prendre contact avec le notaire, ce dernier ne répondant plus à ses appels téléphoniques, ni à ses lettres, adressées le 4 avril 2016 et le 5 octobre 2016 pour lui demander de lui restituer le solde en sa faveur de la réserve constituée en vue de l'impôt sur les gains immobiliers et de lui remettre une expédition du contrat accompagnée du décompte final.

1.2 Après octroi d'une prolongation du délai, Maître X. a pris position sur la dénonciation le 28 février 2017. Il a notamment indiqué que les propos de Madame M. L. étaient dans l'ensemble exacts, mais que sa collaboratrice lui avait envoyé une copie authentique de l'acte de vente à pas moins de deux reprises. A cela, il a ajouté qu'il adresserait au cours de la même semaine une expédition du contrat ainsi que le décompte final à Madame M. L.. Le notaire a ensuite expliqué que l'auteur de la dénonciation recevrait le solde du montant retenu pour les impôts sur les gains immobiliers dès qu'elle lui transmettrait les coordonnées de paiement nécessaires à cet égard. Enfin, le notaire a indiqué que l'auteur de la dénonciation n'avait pas réagi à ses appels ni à ses courriels relatifs à une affaire impliquant son neveu depuis fin octobre 2016.

1.3 Par courrier du 3 mai 2017, Madame M. L. a fait savoir que Maître X. avait enfin envoyé une expédition du contrat de vente ainsi qu'un décompte final. Elle a aussi indiqué que le solde de la provision avait été transféré sur son compte bancaire le 30 mars 2017. Elle a toutefois nié avoir reçu d'autres courriels, courriers ou appels de la part du notaire depuis le 23 octobre 2015.

1.4 Dans sa prise de position du 14 juin 2017, Maître X. a en substance précisé en l'affaire qu'il avait bel et bien tenté de prendre contact l'auteur de la dénonciation.

1.5 Par courrier du 12 juillet 2017, l'Office de gestion et de surveillance (OGS), chargé de l'instruction dans cette affaire, a demandé au notaire de lui indiquer s'il existait des motifs objectifs expliquant pourquoi il n'avait procédé au décompte final qu'en mars 2017, d'une part, et s'il avait répondu au courrier de l'auteur de la dénonciation du 4 avril 2016, d'autre part.

1.6 Dans sa prise de position du 31 août 2017, Maître X. a en substance précisé en l'affaire qu'il ne pouvait ni affirmer ni infirmer avoir reçu le courrier que lui avait adressé l'auteur de la dénonciation du 4 avril 2016 et qu'il était donc incapable de dire si la lettre en question était restée sans réponse.

1.7 Par courrier du 9 octobre 2017, l'OGS a souligné que, dans sa prise de position du 31 août 2017, le notaire n'avait laissé entrevoir aucune raison objective expliquant le délai de

plus trois ans à compter de janvier 2014 (date de la taxation des gains immobiliers) qui lui a été nécessaire pour liquider l'affaire. Attendu que les faits demeuraient pour l'essentiel incontestés, l'OGS a clos l'échange d'écritures et a indiqué au notaire qu'une décision serait rendue par le directeur de la JCE.

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

3.

3.1 Les faits dénoncés par Madame M. L. portent sur la phase qui suit la procédure d'instrumentation. Si la préparation d'expéditions pour les parties relève du monopole d'un notaire bernois et doit par conséquent être attribuée à ses activités principales, la réception et le versement de fonds par le notaire, conformément au rapport du 16 mars 2005 présenté par le Conseil-exécutif au Grand Conseil concernant la loi sur le notariat, chiffre 3.33, page 13 (ci-après rapport LN), relèvent explicitement des activités accessoires. Par conséquent, le versement de fonds n'est en principe pas réglementé par le droit public, mais par le droit privé. Bien que cette séparation dans le droit notarial bernois soit appliquée de manière relativement stricte (voir notamment les art. 20 et 29 LN, qui forment en particulier la base des réglementations de droit des émoluments des art. 50 ss LN), cela ne change rien au fait qu'un notaire inscrit au registre des notaires bernois puisse aussi, dans le cadre de son activité accessoire, porter atteinte à ses devoirs professionnels, enfreindre le principe de l'exercice indépendant et irréprochable de sa profession ou nuire à la réputation du notariat (voir aussi KNB-Glatthard, n. 14 ad art. 45 LN). Il peut en être ainsi, par exemple lorsque le notaire viole le devoir de diligence et de loyauté fondé sur le droit des mandats. Il convient d'examiner si tel est le cas en l'espèce.

3.2 Si, dans le cadre du traitement d'un contrat de vente, un notaire propose de jouer le rôle de centre de paiement pour recevoir puis verser le produit de la vente, ce sont les règles du mandat, au sens des articles 394 ss du Code des obligations (CO; RS 220) qui sont appli-

cables à son activité (voir aussi à ce sujet l'ATF 135 III 562, c. 3.4 et la décision de la JCE 26.11-14.71 du 12 janvier 2016, c. 4.2). Les articles 394 ss CO régissent aussi les rapports entre le notaire et sa clientèle lorsqu'il se charge de la procédure concernant l'impôt sur les gains immobiliers de la partie venderesse.

Selon l'article 398, alinéa 2 CO, le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat qui lui a été confié. En raison de la nature du mandat, le mandataire doit subordonner son comportement aux intérêts du mandant et faire tout ce qui est nécessaire pour remplir avec succès la mission qui lui a été confiée et, à l'inverse, éviter tout ce qui pourrait causer un dommage au mandant. Aucune atteinte ne doit être portée aux biens juridiques du mandant et les objets qui ont été confiés au mandataire pour qu'il exécute le mandat doivent être utilisés et conservés conformément à ce que prévoit le contrat (voir à ce sujet Weber, n. 8 s. au sujet de l'art. 398, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand (éd.), 6^e édition, Bâle 2015 [ci-après: BSK OR I]; voir aussi l'art. 43, al. 2 LN en relation avec les art. 28 ss de l'ordonnance sur le notariat [ON; RSB 169.112] au sujet des opérations de fonds, de la remise de valeurs et de la capacité de paiement).

3.3 En l'espèce, il n'est pas contesté que le notaire a instrumenté en 2012 un acte de vente concernant un immeuble sis dans la commune d'E. conclu entre l'auteure de la dénonciation et son frère, partie venderesse, et N. AG, partie acquéreuse. De même, il n'est pas non plus réfuté que le notaire a été mandaté par l'auteure de la dénonciation pour mener la procédure relative à l'impôt sur les gains immobiliers. Selon le décompte provisoire établi par le notaire le 21 août 2012, une provision de 328 551 francs avait été constituée pour cet impôt. Le 17 janvier 2014, l'Intendance des impôts du canton de Berne a fixé le montant dont devait s'acquitter l'auteure de la dénonciation à 156 212 francs 35. Le 4 avril 2016, cette dernière a demandé pour la première fois par écrit au notaire de lui remettre le décompte final relatif au contrat de vente dressé en la forme authentique. Le 5 octobre 2016, elle a réitéré sa demande par courrier en priant en outre le notaire de bien vouloir lui transmettre le surplus du montant retenu pour l'impôt sur les gains immobiliers. Elle lui a alors transmis à dessein ses coordonnées de règlement. Il ressort du dossier que le notaire n'a répondu à la demande qu'au printemps 2017, soit après l'ouverture de la présente procédure de surveillance. Selon le courrier que l'auteure de la dénonciation a adressé à l'OGS le 3 mai 2017, le notaire a en effet transféré le solde de la réserve sur son compte bancaire le 30 mars 2017.

Dans le cas présent, le notaire a manifestement violé ses devoirs de diligence et de loyauté vis-à-vis de l'auteure de la dénonciation dans la mesure où celle-ci ne s'est vu restituer le solde du montant retenu pour l'impôt qu'au 30 mars 2017. Selon le droit des mandats, le notaire aurait dû rendre le montant en question à l'auteure de la dénonciation dans un délai raisonnable dès que l'impôt avait fait l'objet d'une décision de taxation définitive, avant d'établir un décompte final et de liquider l'affaire. Au cours de la procédure d'instruction, le notaire a été incapable de fournir une raison objective justifiant le retard de plus de trois ans – à compter de la date de la taxation définitive en janvier 2014 – qu'il a pris pour versé le montant retenu en trop pour l'impôt sur les

gains immobiliers. Par son comportement, le notaire a enfreint le principe de l'exercice irréprochable de la profession.

3.4 Dans la doctrine comme dans la jurisprudence, nul ne conteste qu'il y a violation du principe de l'exercice irréprochable de la profession (que le notaire exerce son activité principale ou accessoire) si la correspondance envoyée par des clients, des confrères ou des autorités ne donne jamais lieu à des réponses (voir à ce sujet Marti, *Bernisches Notariatsrecht*, Berne 1983, n. 10 ad art. 40 aLN; Ruf, *Notariatsrecht*, Berne, 1995, § 24 n. 1132; KNB-Glatthard, n. 28 ad art. 45 LN; décision de la JCE 26.11-14.13 du 15 août 2014, c. 3.1). C'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce: Compte tenu du dossier, il s'avère que le notaire n'a aucunement répondu aux courriers que l'auteur de la dénonciation lui a adressés les 4 avril et 5 octobre 2016 pour le prier de lui remettre le solde du montant qui avait été retenu pour l'impôt sur les gains immobiliers et de lui délivrer une expédition du contrat accompagnée du décompte final. Le notaire a donc sur ce point aussi enfreint le principe de l'exercice irréprochable de la profession.

3.5 Enfin, il convient de se demander si le notaire a manqué à ses devoirs professionnels dans le cadre de son activité principale puisqu'il n'a remis une expédition qu'au printemps 2017 à l'auteur de la dénonciation, à savoir cinq ans après que le contrat de vente a été établi sous forme authentique. Ni la loi sur le notariat, ni son ordonnance d'application ne prévoient expressément de délai contraignant pour l'envoi des expéditions aux parties contractantes. Néanmoins, l'obligation de règlement est considérée comme élément constitutif du principe de sauvegarde des intérêts conformément à l'article 37, alinéa 2 LN. Ce dernier précise en effet que le notaire doit régler en temps utile les affaires qui lui sont confiées. Dans la pratique, l'envoi des expéditions ne devient nécessaire qu'après le traitement définitif de l'affaire par le bureau du registre foncier.

Considérant que le notaire a manifestement porté atteinte à ses obligations dans le cadre de son activité accessoire, l'OGS a renoncé lors de la procédure d'instruction à déterminer la date à laquelle le bureau du registre foncier avait effectivement traité l'affaire. Cependant, il va sans dire que le bureau du registre foncier est intervenu avant que la taxation définitive liée à l'impôt sur les gains immobiliers du 17 janvier 2014 soit disponible. Aussi l'expédition aurait-elle dû être remise à l'auteur de la dénonciation dès janvier 2014 au plus tard. Le notaire, n'ayant envoyé le document qu'au printemps 2017, a enfreint l'obligation de sauvegarde des intérêts selon l'article 37, alinéa 2 LN.

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).

Le notaire n'a pas respecté le principe d'exercice irréprochable de sa profession en transgressant le devoir de diligence et de loyauté prévu par l'article 398, alinéa 2 CO au sujet du versement d'un montant relevant de son activité accessoire au cours de la procédure d'imposition sur les gains immobiliers et en ne répondant pas, à diverses reprises, aux courriers de l'auteur de la dénonciation. En outre, il a enfreint l'obligation de sauvegarde des intérêts de cette dernière puisque l'envoi d'une expédition de l'acte de vente a accusé un retard de plusieurs années.

Le notaire a déjà fait l'objet de deux dénonciations en 2014 pour lesquelles l'OGS a ouvert deux procédures (26.11-14.61 et 26.11-14.62). La procédure 26.11-14.61 portait sur le paiement de l'impôt sur les gains immobiliers, tandis que la procédure 26.11-14.62 concernait l'absence de réponse au courrier de la clientèle. A l'époque, les deux affaires avaient été radiées du rôle et n'ont eu aucune conséquence pour le notaire, à qui il avait été précisé que des mesures disciplinaires seraient prises en cas de récidive.

Au vu de ces antécédents et des infractions au principe d'exercice irréprochable de la profession et à l'obligation de sauvegarde des intérêts constatées en la présente procédure, il ne peut être question en l'espèce d'un cas de peu de gravité au sens de l'article 45, alinéa 2 LN. Il convient par conséquent d'infliger une sanction disciplinaire au notaire concerné en vertu de l'article 45, alinéa 1 LN.

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 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 (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 le comportement du notaire relève de la catégorie des fautes légères à moyennes. En violation manifeste du devoir de diligence et de loyauté prévu par la législation sur les mandats, il n'a pas versé à l'auteur de la dénonciation, malgré des invitations écrites réitérées, le solde du montant retenu pour l'impôt sur les gains immobiliers une fois la décision de taxation du 17 janvier 2014 rendue et n'a pas procédé au décompte final en l'affaire. Sans compter que le notaire a été incapable d'invoquer une raison objective au fait qu'il lui a fallu plus de trois ans pour ce faire. Par son comportement, le notaire a été prêt à risquer que la confiance accordée par le public au notariat bernois ne soit rudement ébranlée. A la décharge du notaire, il appert qu'il n'a jusqu'à présent pas été prononcé de mesure disciplinaire à son encontre. Compte tenu des circonstances, une amende de 1000 francs semble en l'espèce appropriée.

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 X., notaire, est condamné à verser une **amende de 1000 francs** en raison de la violation du principe d'exercice irréprochable de la profession et de l'obligation de sauvegarde des intérêts.
2. Les **frais de procédure**, fixés à **500 francs**, sont mis à la charge du notaire.
3. La présente décision est notifiée à
Maître X., (par courrier recommandé)

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.