

**Le Grand Conseil
du canton de Berne**

**Der Grosse Rat
des Kantons Bern**

Mercredi (après-midi) 25 novembre 2015

Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques

**73 2015.RRGR.521 Motion 138-2015 Brönnimann (Mittelhäusern, pvl)
Révision de la loi sur le notariat**

N° de l'intervention: 138-2015
Type d'intervention: Motion
Déposée le: 19.05.2015
Déposée par: Brönnimann (Mittelhäusern, pvl) (porte-parole)
Rudin (Lyss, pvl)
Cosignataires: 0
N° d'ACE: 1077/2015 du 9 septembre 2015
Direction: JCE

Révision de la loi sur le notariat

1. Le Conseil-exécutif est chargé de soumettre un projet de révision de la loi sur le notariat (LN) au Grand Conseil.
2. Le projet devra intégrer les points suivants :
 - a. Moderniser les bases légales pour faciliter la gestion électronique des dossiers.
 - b. Supprimer l'émolument minimal.
 - c. Autoriser les études notariales à se constituer en société anonyme ou en étude en communauté.
 - d. Accroître de manière générale l'autonomie d'organisation des notaires.
 - e. Mieux tenir compte du temps investi dans la détermination des émoluments perçus pour les actes.

Développement :

Le principal objectif de la présente motion consiste à alléger la charge des clients des notaires tout en préservant ou en améliorant la qualité. Il pourra être atteint si le manque à gagner des notaires, induit par la baisse des émoluments, est compensé par des améliorations concernant la gestion des dossiers et l'autonomie d'organisation.

La dernière révision de la loi bernoise sur le notariat remonte au 22 novembre 2005, soit presque dix ans. Depuis lors, les conditions générales de l'exercice de la profession ont radicalement changé. Bien des informations peuvent aujourd'hui être obtenues par échange de données, ce qui permet aux notaires d'être plus efficaces. Les techniques de gestion électronique des dossiers ont fait des progrès, ce qui promet d'autres gains d'efficacité.

La loi sur le notariat définit un cadre rigide et étroit, pour ne pas dire défavorable à la compétitivité. De grands cabinets juridiques se sont établis ces dernières années (SA d'avocats), qui proposent une large palette de services. Dans un souci d'équité, les notaires devraient eux aussi pouvoir se constituer en société anonyme ou en étude en communauté. Les articles 3, 4, 15 et 16 LN, en particulier, sont trop restrictifs.

Il est incontestable que la législation sur le notariat favorise actuellement le subventionnement croisé des affaires non rentables par celles qui le sont. C'est même d'ailleurs en partie voulu. La population accepte moins volontiers le montant des émoluments depuis l'augmentation des prix de l'immobilier de ces dix dernières années. Comment en effet tolérer que certains clients, qui paient des émoluments élevés, subventionnent en quelque sorte les affaires relevant du notariat d'Etat. Tel n'est pas le but des émoluments, qui doivent couvrir les frais.

Personne ne s'oppose à ce que les notaires encaissent des revenus correspondant à leur niveau de formation et à leurs responsabilités (comme dans le cas p. ex. des juges, des avocats ou des médecins). Rien ne s'oppose non plus à ce que les notaires actifs et innovateurs gagnent plus que

la moyenne de leurs collègues. On a par ailleurs vu dans le passé que le Grand Conseil est opposé au notariat d'Etat. Mais ce qui est choquant, c'est que grâce aux émoluments minimaux garantis par le canton, les notaires réalisent de gros chiffres d'affaire et que ce système de tarification empêche une concurrence qui serait pourtant souhaitable dans la branche. C'est la raison pour laquelle l'émolument minimal doit être supprimé. On ne saurait non plus tolérer que les revenus des notaires des régions à faible chiffre d'affaire soient en quelque sorte subventionnés par le tarif des émoluments. S'il devait effectivement y avoir des problèmes de couverture du territoire en études notariales, on pourrait envisager d'autres possibilités pour préserver cette couverture. On n'hésite pas à exiger des patients qu'ils fassent de longs trajets en voiture pour se rendre à l'hôpital; on devrait aussi pouvoir le faire dans le cas de la clientèle des notaires.

Les articles 43 et 44 LN doivent être remaniés de telle sorte que la comptabilité du notaire fasse apparaître quel chiffre d'affaire a été réalisé par quelle personne sur quelle affaire et moyennant combien de temps. La facturation des actes devra dorénavant mieux tenir compte du temps investi et des qualifications nécessaires pour accomplir l'acte en question. On peut douter que les émoluments actuels se situent encore dans la moyenne suisse et un rapport rédigé par le Conseil-exécutif à ce sujet serait bienvenu. La présente motion n'exige pas explicitement la rédaction de ce rapport pour éviter qu'il soit effectivement présenté mais que la révision de la loi et de son ordonnance d'application soit repoussée aux calendes grecques.

Réponse du Conseil-exécutif

1. Point 1

Le motionnaire demande une révision de la loi du 22 novembre 2005 sur le notariat (LN) dans le double but de faire baisser les émoluments des notaires bernois et d'accroître l'autonomie de ces derniers en matière d'organisation. Bien que les notaires exercent une profession indépendante, ils accomplissent une tâche étatique relevant de la puissance publique dans le cadre de ce que l'on nomme leur «activité principale», qui est un monopole. On parle d'«activité accessoire» lorsque les notaires bernois interviennent dans un domaine qui est également accessible à d'autres professions telles que celles d'avocats, de fiduciaires, d'experts fiscaux, etc. C'est précisément parce que les notaires indépendants exercent une activité étatique qu'ils doivent satisfaire à des exigences élevées en matière d'indépendance et d'intégrité. Depuis le 1^{er} janvier 2006, d'ailleurs, l'actuelle loi sur le notariat restreint expressément, dans une certaine mesure, l'autonomie dont les notaires bernois peuvent disposer en matière d'organisation, puisqu'il leur est par exemple interdit d'exercer une activité incompatible avec le notariat (art. 4 LN). Cette incompatibilité concerne en particulier les affaires spéculatives, telles que le courtage immobilier. Un ou une notaire peut uniquement tenir une étude commune avec d'autres notaires ou des avocats inscrits à un registre professionnel (art. 16 LN) et n'a donc pas le droit de s'associer avec des fiduciaires, des experts fiscaux, des architectes, etc. En outre, l'exercice du notariat pour le compte d'une personne morale (SA/Sàrl) est exclu. Une étude de notaire ne peut donc s'organiser que sous la forme d'une entreprise individuelle, d'une société simple ou d'une société en nom collectif. Par rapport à d'autres professions, les notaires bernois sont en outre tenus de respecter des prescriptions plus strictes au sujet des opérations de fonds, de la comptabilité et de la capacité de paiement et sont soumis à une révision obligatoire.

Il existe donc un rapport entre les émoluments et l'autonomie limitée dont les notaires bernois disposent en matière d'organisation. A ce sujet, le Tribunal administratif du canton de Berne a d'ailleurs considéré ce qui suit (cf. jugement du 5 novembre 2014 n° 100.2013.232U, c. 4.1): *«Les exigences qui sont posées aux notaires quant à leur indépendance et à leur intégrité sont certes élevées mais en contrepartie, ils jouissent du privilège dû à leur catégorie professionnelle qui consiste à pouvoir percevoir (...) une taxe causale de droit public pour leur activité notariale, conformément à l'ordonnance du 26 avril 2006 sur les émoluments de notaires (...). Par conséquent, on peut clairement admettre, d'un point de vue économique également, que les notaires, du fait de leur fonction relevant de la puissance publique, ne sauraient exercer certaines activités accessoires (lucratives).»* (traduction)

L'auteur de la motion a la même approche de la question. Il n'est donc pas judicieux de mener un débat politique isolé sur le montant des émoluments des notaires. Une concurrence renforcée dans ce domaine déboucherait sûrement sur une plus grande liberté organisationnelle pour les notaires bernois. Leur offrir davantage de liberté en matière d'organisation ne doit cependant pas entraîner un affaiblissement notable de leur indépendance et de leur intégrité. Si les notaires ne peuvent plus bénéficier dans leurs relations d'affaires (en particulier dans celles qui concernent l'administration, à

savoir les bureaux du registre foncier et l'office du registre du commerce) d'une crédibilité élevée, les particuliers, les PME comme d'ailleurs l'administration pourraient devoir assumer un travail plus important. Avant de se prononcer sur la pertinence des émoluments des notaires, il convient par conséquent de définir, après une analyse soignée, les exigences qui doivent être posées au notariat bernois et les normes de qualité que ce secteur doit respecter. Comme dans d'autres domaines (p. ex. celui de la formation), la qualité et l'indépendance ont un prix. Par ailleurs, les émoluments pratiqués dans le système du notariat indépendant ne peuvent pas être comparés tels quels avec ceux du notariat d'Etat. Dans ce dernier, il n'existe pas d'obligation de renseigner les parties et, en outre, il faut régulièrement recourir avant l'instrumentation proprement dite à un avocat ou à une avocate pour élaborer le contrat.

La dernière révision de la loi sur le notariat remonte tout juste à dix ans. Quant à la dernière évaluation (intercantonale) des émoluments des notaires, elle ne date même que de cinq ans. Le Conseil-exécutif ne voit pas de nécessité impérative d'intervenir pour traiter la seule question des émoluments mais n'exclut pas une nouvelle révision de la loi. En effet, d'importantes évolutions tant juridiques que techniques ont été enregistrées ces dix dernières années et la loi ne répond plus entièrement aux exigences. Mentionnons quelques points à titre d'exemple:

- a. L'article 16 LN prévoit que les notaires bernois ne peuvent s'associer pour tenir une étude commune qu'avec des personnes inscrites au registre des avocats. Une association avec des personnes morales n'est pas admise. A l'époque de la dernière révision de la loi sur le notariat, les avocats qui exercent le métier (au barreau) n'avaient pas le droit de se réunir au sein d'une société anonyme ou d'une société à responsabilité limitée. Ce n'est qu'en 2008 que le Tribunal fédéral a jugé qu'ils pouvaient se prévaloir de la liberté économique. Dans la pratique, de nombreuses SA d'avocats se sont créées. Afin de combler une lacune, la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques, en sa qualité d'autorité de surveillance du notariat, a alors admis que des notaires puissent s'associer à une SA d'avocats au sein d'une étude. Il serait bon de disposer d'une réglementation légale à ce sujet, puisqu'il s'agit en particulier de déterminer dans quelle mesure les SA d'avocats sont assujetties à l'obligation de révision prévue par le droit sur le notariat lorsqu'un ou une notaire traite ses mandats d'avocat par l'intermédiaire de la SA. Compte tenu de leur activité relevant de la puissance publique ainsi que de la jurisprudence, les notaires bernois ne peuvent pas se prévaloir de la liberté économique. La teneur de l'article 3 LN est d'ailleurs très claire: les notaires ne peuvent pas s'organiser sous la forme d'une SA ou d'une Sàrl dans le cadre de leur activité à titre principal. D'autres cantons (Uri et Lucerne) ont toutefois expressément admis les SA de notaires depuis quelque temps. Le législateur bernois devrait donc également clarifier ce point.
- b. Contrairement à la législation sur les avocats, celle qui concerne les notaires bernois ne prévoit pas de procédure permettant de délier ces derniers de l'obligation de garder le secret. Dans les procédures pénales en particulier, il se peut ainsi qu'un ou une notaire doive faire valoir un droit à refuser de témoigner, ce qui peut parfois nuire à la réputation du secteur. A l'inverse, lorsque des clients ne s'acquittent pas du paiement des honoraires des notaires, ceux-ci peuvent rencontrer les plus grandes difficultés à se faire rembourser. S'ils doivent recourir à la voie judiciaire, ils se retrouvent toujours placés à la limite de la responsabilité pénale et disciplinaire du fait de l'impossibilité pour eux de disposer d'une procédure de levée du secret professionnel et du risque, précisément, de violer leur devoir en la matière.
- c. La Constitution fédérale prévoit, à certaines conditions bien précises, un droit à des prestations notariales gratuites. La loi bernoise sur le notariat ne contient pas de dispositions concrétisant ce droit et réglementant la procédure à cet égard.
- d. Il convient d'adapter les bases légales pour éviter que les notaires bernois ne mènent des activités incompatibles entre elles (l'exemple principal étant ici le courtage immobilier) et ne se présentent au public sous une forme illégale (par l'intermédiaire d'Internet ou de papier à lettres, notamment). Dans le domaine du courtage de biens-fonds, on assiste dans la pratique à des manœuvres de contournement de la loi. Il s'agit alors de déterminer par la suite, dans le cadre d'une procédure disciplinaire ou administrative de longue haleine, si l'on est réellement en présence d'une activité de courtage immobilier incompatible avec le notariat. Les notaires bernois ne peuvent s'associer dans le cadre d'études qu'à des conditions très restrictives (cf. point 1a supra). La pratique montre que nombre d'entre eux tentent de contourner cet obstacle en recourant à Internet (exemple: sites communs avec des architectes ou présence de liens vers d'autres sites). Il y aurait lieu d'examiner, dans le cadre d'une révision législative, si ce type d'association dans une étude est admissible.

Compte tenu de ces différentes réalités, le Conseil-exécutif est favorable à l'idée de présenter une révision de la loi sur le notariat au Grand Conseil. Il tient cependant à préciser que les développements auxquels l'on assiste actuellement à l'échelle nationale dans les domaines à la fois politique et juridique pourraient influencer considérablement l'élaboration d'une loi cantonale sur le notariat. Ainsi, une procédure pendante devant le Tribunal fédéral porte sur la possibilité, pour un ou une notaire exerçant à titre indépendant, de se prévaloir de la liberté économique en dépit de sa fonction étatique. Le tribunal doit en outre statuer sur la compatibilité du droit notarial bernois avec le droit européen. Au plan fédéral, il s'agit actuellement de décider de l'introduction d'une nouvelle loi sur l'authentification des actes, mais aucune date n'a encore été arrêtée. Par conséquent, le Conseil-exécutif propose d'adopter le point 1 de la motion sous forme de postulat. Il serait peu judicieux, en effet, de procéder à une révision de la loi sur le notariat dans un délai contraignant alors que l'on peut partir du principe que de nouvelles prescriptions de droit fédéral impliqueront prochainement une nouvelle révision. Le Conseil-exécutif peut en outre rédiger si nécessaire un rapport d'évaluation avant le début des travaux de révision proprement dits.

2. Points 2.a, c et d

En soumettant ces demandes, le motionnaire souhaite pour l'essentiel étendre l'autonomie des études de notaires bernois en matière d'organisation. Le Conseil-exécutif n'est pas opposé à cette volonté, mais désire examiner de manière approfondie la démarche concrète. Il est prêt à vérifier si des bases légales devraient être modifiées pour faciliter la gestion électronique des dossiers (point 2.a.). Actuellement, ce sont plutôt les limites techniques, et non les restrictions juridiques, qui compliquent cette gestion.

La marge de manœuvre en matière de baisse des émoluments risque d'être relativement faible. Actuellement, c'est avant tout l'administration qui voit ses tâches allégées (bureaux du registre foncier et Office du registre du commerce). Il ne faut pas oublier non plus qu'avant de pouvoir accéder aux transactions électroniques, les études de notaire doivent investir des sommes importantes dans le matériel et les logiciels requis (frais de licences).

Le Conseil-exécutif est disposé à examiner l'admissibilité d'une SA de notaires et la possibilité pour ces derniers de s'organiser de manière plus autonome (point 2.d). Les conditions de l'admissibilité d'une telle société anonyme et sa conception concrète doivent toutefois faire l'objet d'une analyse détaillée, tout comme, d'ailleurs, l'assouplissement des restrictions imposées à une étude commune. Le Conseil-exécutif propose par conséquent d'adopter ces points sous forme de postulat.

3. Point 2.e

Conformément à l'article 52, alinéa 1 LN, l'émolument du ou de la notaire se calcule dans les limites du cadre établi en fonction du temps employé, de l'importance de l'affaire, de la responsabilité assumée par le ou la notaire ainsi que de la capacité économique du client ou de la cliente. La décision concernant le montant concret de ces émoluments relève de la compétence exclusive du Conseil-exécutif (art. 52, al. 2 LN). Ce dernier doit cependant édicter un barème-cadre échelonné pour les affaires ayant une valeur commerciale et un barème-cadre pour les affaires sans valeur commerciale (art. 52, al. 4 LN). A l'intérieur du barème, ce sont les principes énoncés à l'alinéa 1 de l'article 52 qui s'appliquent. Le temps de travail requis est aujourd'hui déjà un critère de calcul important, voire le critère principal. Le motionnaire demande qu'il soit encore plus largement pris en compte. Le fait que le calcul de ce temps est bien souvent admis comme critère permettant de déterminer l'indemnisation d'une prestation parle en faveur d'une telle proposition. Le Conseil-exécutif prévient toutefois expressément qu'un calcul des émoluments de notaires uniquement fondé sur le temps investi comporte des risques. En effet, des études de notaires travaillant plutôt lentement seraient avantagées par rapport à des études plus efficaces. Par ailleurs, le subventionnement croisé entre les différentes affaires de notaires, qui est né d'une volonté politique, serait aboli. Un calcul des émoluments des notaires basé sur le temps investi ne signifie pas, à lui seul, que le montant de l'émolument est plus faible. Le critère à prendre en compte en premier lieu est celui du tarif horaire perçu par le notaire. Néanmoins, le Conseil-exécutif est disposé à examiner la demande du motionnaire mais ne décidera qu'après une analyse approfondie s'il convient d'accorder davantage d'importance au critère du temps et, dans l'affirmative, dans quelle mesure il s'agit de le faire. Il propose par conséquent l'adoption du présent point sous forme de postulat.

4. Point 2.b

Le Conseil-exécutif a déjà expliqué de manière détaillée (cf. points 2 et 3 supra) qu'il n'est pas opposé à un examen soigneux des émoluments de notaires. S'il s'avère, au terme de l'analyse, que

certaines barèmes-cadres prévus pour des tâches précises sont trop élevés en comparaison intercantonale, il y aura lieu d'adapter l'ordonnance sur les émoluments. L'idée de supprimer l'émolument minimum des barèmes-cadres pourra alors faire l'objet d'un examen plus approfondi. Le Conseil-exécutif renvoie à ce sujet à la réponse qu'il apporte simultanément à la motion Bhend (Steffisbourg, PS) M 113-2015.

Proposition du Conseil-exécutif :
Adoption sous forme de postulat

Délibération groupée, voir affaire 2015.RRGR.343

Abstimmung