

CIRCULAIRE

**de la Direction de la justice, des affaires communales et
des affaires ecclésiastiques (JCE)
adressée aux notaires inscrits au registre des notaires du
canton de Berne
concernant le commerce, le courtage et la gestion de
biens-fonds**

1. Objet de la circulaire



Le 30 mars 1965, la Direction de la justice du canton de Berne a édicté la «Circulaire aux notaires pratiquants du canton de Berne concernant leurs obligations en matière d'achat et de vente d'immeubles et de courtage immobilier». Bien que les principes qui y sont énoncés et les instructions édictées conservent leur validité, ils semblent bien souvent avoir été oubliés. La présente circulaire vise d'une part à rappeler aux notaires les restrictions qui les concernent en matière de commerce, de courtage et de gestion de biens-fonds et à préciser d'autre part le contenu de la circulaire datant de 1965.

2. Bases légales

La présente circulaire se fonde avant tout sur la réglementation légale de l'incompatibilité prévue par l'article 4, alinéa 3 de la loi du 22 novembre 2005 sur le notariat¹. Cette disposition prévoit que le ou la notaire ne peut exercer aucune activité occasionnelle ou permanente qui soit incompatible avec l'exercice indépendant et irréprochable de la profession ou avec la réputation du notariat. Il ou elle ne peut notamment s'engager dans des opérations spéculatives de quelque nature qu'elles soient ni assumer des cautionnements ou garanties en relation avec l'exercice de la profession. Le ou la notaire ne peut faire exercer ce genre d'activités par des tiers.

¹ LN, RSB 169.11.

La présente circulaire se fonde sur la jurisprudence consacrée aux affaires immobilières (décision de la Direction de la justice du canton de Berne du 30 octobre 1964, in: NB² 1965, p. 6 ss; décision de la Chambre des notaires du canton de Berne du 6 mars 1990, in: NB 1990, p. 56 ss; décision de la Direction de la justice du canton de Berne du 3 septembre 1996, résumé, in: NB 1996, p. 290; décision de la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques du canton de Berne du 25 août 2010, in: NB 2012, p. 273 ss), sur l'expertise d'Ueli Friederich, du 17 mars 2008, consacrée aux incompatibilités dans le domaine du notariat³, sur les ouvrages s'y rapportant ainsi que sur la circulaire du 30 mars 1965 de la Direction de la justice du canton de Berne aux notaires pratiquants du canton de Berne concernant leurs obligations en matière d'achat et de vente d'immeubles et de courtage immobilier (in: NB 1965, p. 1 ss).

3. Activités et affaires incompatibles avec le notariat

Les activités et les affaires incompatibles avec l'exercice de la profession de notaire sont en particulier les suivantes:

- a) Le **commerce immobilier à titre professionnel**, à savoir l'achat et la revente d'immeubles, de manière régulière, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui dans l'intention d'obtenir un gain ou un revenu. Si un ou une notaire vend un bien-fonds qui avait été acquis en vue d'une utilisation propre ou à des fins de placement, il ne s'agit pas d'un commerce immobilier, même si cette vente permet au ou à la notaire de réaliser un gain.
- b) Le **courtage en matière de biens-fonds pratiqué à titre professionnel**, à savoir le courtage d'immeubles régulier ou planifié et systématique. Celui qui offre ses services en tant que courtier immobilier ou qui donne l'apparence, vis-à-vis de tiers, d'agir en qualité de courtier immobilier procède en particulier de manière planifiée et systématique.

² Der bernische Notar / Le notaire bernois

³ Les parties les plus importantes de cette expertise ont été publiées en allemand sur le site Internet suivant:

www.jgk.be.ch/jgk/de/index/aufsicht/notariat/downloads_publicationen.html.

- c) Le **courtage en matière de biens-fonds** pratiqué **en échange d'une commission** ou d'une rémunération qui ne correspond pas au temps consacré ou se fonde sur un tarif horaire excessif. Le tarif horaire usuel dans la profession de notaire peut tenir lieu de valeur indicative.
- d) **Les affaires spéculatives** en tous genres. Une affaire doit être considérée comme spéculative en particulier lorsque l'on constate, de manière subjective, une volonté d'obtenir un gain à court terme ou lorsque l'on considère, de manière objective, qu'il s'agit d'une affaire risquée. La participation à un consortium de construction, qui vise la réalisation d'un lotissement, est par exemple interdite.
- e) La **participation active ou passive à des sociétés** dont le but statutaire ou réel consiste en un commerce de biens-fonds à titre professionnel ou en un courtage en matière de biens-fonds à titre professionnel (sociétés immobilières). Est considérée comme **participation active** en particulier la fonction en droit ou en fait d'organe ou de direction ainsi que le fait de pouvoir exercer le droit de signature. Est considérée comme **participation passive** la participation financière ou sociétaire susceptible d'influencer en droit ou en fait la gestion des affaires ou qui aboutit à une position dominante. Sont interdits dans tous les cas :
- la possession de plus d'un tiers du capital social;
 - le fait de disposer de plus d'un tiers des voix au sein de l'assemblée générale ou à l'assemblée des associés.
- f) Le notaire n'a pas le droit d'accorder de **domicile** (adresse c/o) à des sociétés auxquelles il ne peut participer ni de manière passive ni de manière active.
- g) Le fait de demander à **des tiers** tels que des sociétés, un époux ou une épouse, un ou une partenaire, des employés, des personnes apparentées ou mandatées ou d'autres personnes proches, **d'exercer des activités incompatibles** avec le notariat. On est en présence d'une telle situation lorsque le notaire exerce de l'influence sur un tiers et a un intérêt dans l'affaire. Les activités qu'un tiers exerce ouvertement et de manière totalement indépendante du notaire ne doivent pas être imputées à ce dernier. Les indices qui font penser à un exercice pratiqué de

manière indépendante sont l'existence d'activités effectuées jusqu'à maintenant par le tiers, sa formation professionnelle et ses connaissances spécifiques.

- h) L'**authentification** d'un contrat de vente, s'il existe une relation étroite entre le notaire qui joue le rôle d'intermédiaire (de manière admissible) ou qui prend part aux négociations de la vente et le vendeur, par exemple si le notaire travaille régulièrement pour le vendeur ou intervient dans une affaire de grande envergure qui le concerne.

4. Activités et affaires compatibles avec le notariat

Les activités et les affaires compatibles avec l'exercice de la profession de notaire sont les suivantes:

- a) La **gestion de biens-fonds**, que ce soit à titre personnel ou par l'intermédiaire d'une société.
- b) Le **courtage occasionnel en matière de biens-fonds** rémunéré sur la base d'honoraires. Le mandat d'intermédiaire doit être proposé par le mandant (le notaire ne doit pas offrir spontanément ses services en qualité de courtier). En règle générale, il existe une relation entre le mandat et l'activité exercée à titre principal ou à titre accessoire. Les honoraires doivent être fixés en fonction du temps consacré au mandat et correspondre à un tarif horaire approprié. Le tarif horaire usuel dans la profession de notaire peut tenir lieu de valeur indicative.
- c) L'**authentification** par le notaire qui sert d'intermédiaire (de manière admissible) ou qui prend part aux négociations de la vente, pour autant que le notaire fasse part à l'acheteur de son double rôle et de la possibilité de demander à un autre notaire de procéder à l'authentification, que l'acheteur donne expressément son consentement au double rôle du notaire et que le notaire n'ait pas mené les négociations de la vente avec partialité. Le libre choix d'un notaire par l'acheteur doit dans tous les cas être garanti. Le cas échéant, dans le cadre d'une procédure de surveillance, le notaire doit fournir la preuve qu'il a informé la partie concernée de

sa situation mais aussi que l'acheteur lui a donné son consentement.

5. Entrée en vigueur

La présente circulaire entre en vigueur le 1^{er} janvier 2013. Elle remplace la circulaire du 30 mars 1965 de la Direction de la justice du canton de Berne aux notaires pratiquants du canton de Berne concernant leurs obligations en matière d'achat et de vente d'immeubles et de courtage immobilier.

6. Réglementation transitoire

A partir du 1^{er} juillet 2013, les participations passives et actives dans des sociétés immobilières ainsi que la domiciliation de telles sociétés auront des conséquences relevant du droit de la surveillance.

Berne, le 20 décembre 2012

Le directeur de la justice, des
affaires communales et des affaires
ecclésiastiques:

sig. Ch. Neuhaus

Christoph Neuhaus, conseiller d'Etat