

VD_OMNI GE.2018.0222 vom 3. April 2019

VD Tribunal cantonal, 2019-04-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2018.0222

FR: VD_OMNI GE.2018.0222 du 3 avril 2019

IT: VD_OMNI GE.2018.0222 del 3 aprile 2019

Regeste

A. _____/Chambre des notaires Service juridique et législatif | Confirmation de la décision de la Chambre des notaires condamnant le recourant à une amende disciplinaire de 10'000 fr. Question de l'application de l'art. 6 CEDH laissée indécise (c. 2b). Pas de violation du principe ne bis in idem, la responsabilité disciplinaire du notaire est indépendante de la responsabilité pénale (c. 5). La prescription de l'action disciplinaire, interrompue par l'ouverture d'une enquête disciplinaire et suspendue en raison d'une action pénale portant sur les "mêmes faits", n'est pas atteinte. La notion de "mêmes faits" doit être interprétée plutôt largement (c. 6 et 7). Au vu des circonstances, le recourant a commis une faute disciplinaire en ne fournissant pas en temps utile à la Commission compétente tous les renseignements et pièces nécessaires à déterminer si l'acte qu'il avait instrumenté - constituant des cédules hypothécaires - était assujéti à la LFAIE. Il a également fauté en ne mentionnant pas correctement le statut desdites cédules sur des actes de vente ultérieurs, ainsi qu'en affirmant que les acquéreurs n'étaient pas soumis à la LFAIE alors que ceux-ci n'étaient pas encore titulaires d'un permis de séjour (c. 9). Recours au TF rejeté (2C_453/2019 du 6 décembre 2019).

Erwägungen

E. 1

Le recourant conteste une décision de la Chambre des notaires prononçant une amende de 10'000 fr. à son encontre. Hormis les cas spéciaux visés à l'art. 102 de la loi du 29 juin 2004 sur le notariat (LNo; BLV 178.11), la Chambre des notaires prononce les mesures disciplinaires (art. 103 LNo) qui peuvent prendre la forme d'un blâme, d'une amende jusqu'à cent mille francs, d'une suspension pour un an au plus, ou de la destitution (art. 100 LNo). Lorsqu'une peine ou une mesure disciplinaire n'apparaît pas justifiée, un avertissement peut également être adressé (art. 101 LNo). Conformément à l'art. 92 al. 1 de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36), la CDAP est l'autorité compétente pour connaître des recours dirigés contre les décisions rendues par la Chambre des notaires, la LNo ne mentionnant aucune autre autorité à cet égard. Déposé dans les formes et en temps utiles par une personne disposant de la qualité pour recourir, le présent recours est dès lors recevable.

E. 2

Le recourant requiert une série de mesures d'instruction. Il s'agit d'une part de l'édition complète du dossier de l'autorité intimée, y compris toutes notes de circulation et autres notes échangées entre les membres de la Chambre des notaires concernant la présente affaire, du questionnaire établi par l'enquêteur ainsi que du procès-verbal de la séance du 24 janvier 2017 au cours de laquelle la décision aurait été prise. La demande concerne d'autre part l'édition complète du dossier de l'affaire pénale PE08.013421. Enfin, ladite requête

porte sur l'audition du recourant et de témoins, dont les noms n'ont pas été communiqués. a) L'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a acquis la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 140 I 285 consid. 6.3.1; ATF 138 III 374 consid. 4.3.2; TF 2C_605/2018 du 24 octobre 2018 consid. 2.1 et les réf. citées). Vu les pièces du dossier, les griefs soulevés ainsi que le sort de ceux-ci, les mesures d'instruction requises n'apparaissent ni nécessaires ni utiles à l'établissement des faits pertinents pour l'issue du litige; elles ne pourraient amener la Cour de céans à modifier son opinion. Elles doivent par conséquent être refusées, sans qu'il n'en résulte de violation du droit d'être entendu du recourant. b) S'agissant plus particulièrement de la requête du recourant tendant à ce qu'il soit entendu oralement, il faut souligner que la procédure devant le Tribunal cantonal est en principe écrite et que les parties ne peuvent prétendre à être entendues oralement (art. 33 al. 2 LPA-VD). Pour le surplus, si l'art. 6 par. 1 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH; RS 0.101) garantit notamment le droit à la tenue d'une audience publique lorsque sont en jeu des "droits et obligations de caractère civil" ou une "accusation en matière pénale", il n'est pas certain que cette disposition trouve application en l'occurrence, la décision attaquée infligeant une amende de 10'000 fr. sans restreindre le droit du recourant d'exercer sa profession de notaire (sur cette question, ATF 125 I 417 consid. 2a in fine ; ATF 123 I 87 consid. 2a; TF 2C_5/2008 du 2 avril 2008 consid. 5; Michel Mooser, le droit notarial en Suisse, 2^{ème} éd., Berne 2014, n. 355a; Francois Bohnet/Vincent Martenet, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, n. 2227 ss). Quoiqu'il en soit, la question souffre de demeurer indécidée dès lors que l'obligation d'organiser des débats publics fondée sur l'art. 6 par. 1 CEDH, sous réserve de règles procédurales particulières, suppose une demande formulée de manière claire et indiscutable, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (ATF 136 I 279 consid. 1 p. 281; 134 I 331 consid. 2.3 p. 333; 130 II 425 consid. 2.4 p. 431; TF 2C_1056/2017 du 5 juillet 2018 consid. 3.2 et les réf. citées).

E. 3

Le recourant dénonce une violation de son droit d'être entendu découlant des art. 29 al. 2 Cst. et 6 CEDH, plus précisément de son droit de consulter le dossier et de s'exprimer. a) Le droit d'être entendu, garanti à l'art. 29 al. 2 Cst., comprend notamment le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, celui de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision, celui d'avoir accès au dossier, celui de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur propos (ATF 142 II 218 consid. 2.3 p. 222; 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299). S'agissant de l'art. 6 CEDH, il a été exposé ci-dessus (consid. 2b) qu'il n'est pas certain que cette disposition conventionnelle soit applicable à la présente sanction. En tout état de cause, la CDAP a déjà constaté que la Chambre des notaires n'est pas un tribunal, mais une autorité administrative, de sorte qu'on ne saurait lui appliquer, ni directement, ni par analogie, les règles découlant du par. 1 de cette disposition (cf. arrêt GE.2014.0060 du 13 février 2015 consid. 2b/dd auquel il est renvoyé pour le surplus). b) Se référant à son audition menée par l'enquêteur de la Chambre des notaires, le recourant relève qu'il avait requis au vu de l'ancienneté des faits que les questions lui soient soumises à l'avance et par écrit afin qu'il puisse consulter les pièces et se déterminer en toute connaissance de cause. Il reproche à l'enquêteur d'avoir écarté cette requête " pour lancer son propre acte d'accusation ". Pour le surplus, le recourant affirme que la décision attaquée comporte des faits qui

n'avaient pas été évoqués auparavant et qui ne lui avaient pas été soumis pour détermination. c) Il découle du dossier que le recourant a été entendu par l'enquêteur, en présence de son conseil, le 16 décembre 2015. Les questions, inscrites au procès-verbal signé par le recourant, ont porté sur les circonstances dans lesquelles l'acte constitutif des cédules hypothécaires litigieuses et les actes de vente des lots 5 et 6 ont été établis, ainsi que sur la suite donnée à ces instrumentations. A son terme, le procès-verbal indique que le notaire fournira les explications complémentaires sur la base de ses dossiers et que l'audition a été interrompue à la demande du conseil du recourant, invoquant " son souci d'efficacité ". L'enquêteur n'a pas procédé à une autre audition. Rédigé le 27 septembre 2016, son rapport a été communiqué au recourant. Celui-ci s'est exprimé par écrit le 16 novembre 2016, a ensuite été entendu par la Chambre des notaires le 29 novembre 2016 et a déposé des pièces à cette occasion. En d'autres termes, le recourant a pu s'exprimer devant l'autorité intimée sur le rapport de l'enquêteur et sur les faits qui lui étaient reprochés en toute connaissance de cause. Il lui a été loisible d'obtenir, et de déposer, toutes les pièces qu'il jugeait pertinentes, puis de s'exprimer à leur égard. On ne discerne ainsi aucune violation de son droit d'être entendu sur ce point. Par ailleurs, les éléments que le recourant reproche à l'autorité intimée d'avoir retenus, tenant à l'instrumentation et aux suites des actes des 11 janvier et 20 février 2008, ont largement été évoqués pendant la procédure pénale et les auditions menées pendant la procédure disciplinaire. Il n'y a donc pas lieu de reprocher à l'autorité intimée de ne pas les avoir expressément soumis au recourant pour détermination. Pour le surplus, la question de savoir si ces faits ont été retenus de manière inexacte ou incomplète, respectivement s'ils ont été appréciés de manière erronée, relève du fond.

E. 3.3

et les réf. citées; voir aussi Gabriel Boinay, *Le droit disciplinaire dans la fonction publique et dans les professions libérales, particulièrement en Suisse romande*, in RJJ 1/1998, p. 1 ss, spéc. n. 10 ss, 32 et 38; Bohnet/Martenet, *op. cit.*, n. 3639 et 3640). b) Il n'en va pas différemment en matière de responsabilité disciplinaire des notaires. Celle-ci, qui relève exclusivement du droit cantonal, est le corollaire de la surveillance assurée par l'Etat et vise à garantir aux justiciables l'exercice correct d'une activité d'intérêt public et à préserver la confiance que le public doit placer dans cette institution. Selon la conception dominante, la sanction disciplinaire n'a donc pas pour but principal d'amender le notaire, but que seul poursuit le droit pénal, mais contribue également au bon fonctionnement de la profession et permet de rétablir la confiance du public en celle-ci (Etienne Jeandin, *La profession de notaire*, Zurich 2017, chap. X let. B p. 258 ss; Mooser, *op. cit.*, n. 330). Ainsi, la responsabilité disciplinaire du notaire est indépendante de la responsabilité pénale, en raison des buts que chacune de ces responsabilités poursuit. L'autorité disciplinaire est dès lors en droit d'infliger une sanction même si le juge pénal a déjà prononcé une condamnation. Inversement, l'autorité disciplinaire n'est pas liée par un non-lieu prononcé par le juge pénal (Jeandin, *op. cit.*, chap. X let. B ch. 2 p. 259; Mooser, *op. cit.*, n. 333; ATF 135 IV 130 consid. 5.5 p. 138). La libération pénale sur un chef d'accusation déterminé ne signifie pas encore que le notaire n'a pas commis de faute professionnelle justifiant une sanction disciplinaire (Boinay, *op. cit.*, n. 45). Le grief tenant à l'application du principe ne bis in idem doit par conséquent être rejeté.

E. 4

Le requérant se plaint d'une violation du principe de célérité. Il souligne à ce propos que la procédure disciplinaire a abouti plus de dix ans après les faits et que l'autorité intimée a mis plus d'un an et huit mois pour notifier, le 18 septembre 2018, sa décision prise le 24 janvier 2017. L'art. 29 al. 1 Cst. garantit notamment à toute personne, dans une procédure judiciaire ou administrative, le droit à ce que sa cause soit traitée dans un délai raisonnable. A l'instar de l'art. 6 CEDH, cette disposition consacre le principe de la célérité ou, en d'autres termes, prohibent le retard injustifié à statuer. Viole la garantie ainsi accordée l'autorité qui ne rend pas une décision qu'il lui incombe de prendre dans le délai prescrit par la loi ou dans le délai que la nature de l'affaire et les circonstances font apparaître comme raisonnable (ATF 130 I 312 consid. 5.1 p. 331 s. et les réf. citées). En l'espèce, le requérant ne prétend pas avoir relancé l'autorité intimée et n'indique pas davantage en quoi la durée de la procédure disciplinaire lui aurait porté préjudice. Pour le surplus, ce grief ne peut trouver sa place que sous l'angle de la prescription, traitée ci-après (consid. 6 et 7).

E. 5

Le requérant invoque le principe ne bis in idem. a) Le principe ne bis in idem est un corollaire de l'autorité de chose jugée. Il appartient avant tout au droit pénal fédéral matériel et interdit qu'une personne soit poursuivie deux fois pour les mêmes faits (ATF 123 II 464 consid. 2b p. 466). Il découle en outre implicitement de la Constitution fédérale (ATF 137 I 363 consid. 2.1 p. 365). En droit administratif, le Tribunal fédéral s'est penché sur d'éventuelles violations du principe ne bis in idem notamment en matière de retrait de permis de conduire, en concluant que la double procédure pénale et administrative prévue par la loi sur la circulation routière ne viole pas ce principe (ATF 137 I 363 consid. 2.4 p. 369 s.). De même, le Tribunal fédéral a jugé que la décision de révoquer un permis de séjour à la suite d'une infraction pénale qui a valu à l'intéressé une condamnation pénale ne constitue pas une double peine et ne viole pas ledit principe (TF 2C_459/2013 du 21 octobre 2013 consid. 4; TF 2C_432/2011 du 13 octobre 2011 consid. 3.3). La doctrine considère d'une manière générale que ce principe ne s'applique pas aux sanctions disciplinaires - même lorsqu'elles sont pénales au sens de l'art. 6 CEDH - en ce sens que celles-ci peuvent être prononcées quand bien même une sanction pénale au sens strict a été infligée pour les mêmes faits. Cette solution se justifie dans la mesure où la sanction disciplinaire, même si elle vise les mêmes faits, ne repose pas sur le même fondement juridique et ne sanctionne pas la violation des mêmes intérêts (ou l'atteinte aux mêmes biens protégés) que la sanction pénale (Thierry Tanquerel, *Caractéristiques et limites du droit disciplinaire*, in *Le droit disciplinaire*, Tanquerel et al., Genève 2018, p. 9 ss, spéc. let. F p. 28 ss, voir aussi let. B. p. 14). D'après la jurisprudence, les mesures disciplinaires infligées à un membre d'une profession libérale soumise à la surveillance de l'Etat ont principalement pour but de maintenir l'ordre dans la profession, d'en assurer le fonctionnement correct, d'en sauvegarder le bon renom et la confiance des citoyens envers cette profession, ainsi que de protéger le public contre ceux de ses représentants qui pourraient manquer des qualités nécessaires. Les mesures disciplinaires ne visent pas, au premier plan, à punir le destinataire, mais à l'amener à adopter à l'avenir un comportement conforme aux exigences de la profession et à rétablir le fonctionnement correct de celle-ci (ATF 143 I 352 consid. 3.3; TF 2C_500/2012 du 22 novembre 2012 consid.

E. 6

Le requérant soutient que l'action disciplinaire est prescrite. a) La loi sur le notariat règle la prescription de l'action disciplinaire à son art. 99 al. 2 dans les termes suivants: " L'action

disciplinaire se prescrit par cinq ans à compter du jour où l'infraction a été commise. L'ouverture d'une enquête contre le notaire interrompt la prescription. La prescription est également suspendue lorsqu'une action pénale ou civile porte sur les mêmes faits; l'enquête disciplinaire peut alors être elle-même suspendue jusqu'à droit connu sur le plan civil ou pénal. " Ainsi, l'art. 99 al. 2 LNo retient un délai de prescription de cinq ans, susceptible d'être interrompu par l'ouverture d'une enquête disciplinaire. Ladite disposition prévoit encore que " la prescription est également suspendue lorsqu'une action pénale ou civile porte sur les mêmes faits ". b) Selon le recourant, en prévoyant que la prescription est " également suspendue ", le législateur entend assimiler la suspension à l'interruption mentionnée dans la phrase précédente. En tout état de cause, le notaire concerné devrait pouvoir bénéficier d'un délai de prescription maximal, tout particulièrement lorsqu'il a bénéficié d'un classement, d'un acquittement ou d'une libération sur le plan pénal. Aux yeux du recourant, la prescription ne saurait être interrompue, puis suspendue, dès lors qu'une telle solution prolongerait artificiellement la prescription de cinq ans voulue par le législateur et conduirait à son égard à un résultat inadmissible en permettant de le sanctionner onze ans après les faits, alors qu'il a obtenu justice devant le Tribunal fédéral. De l'avis du recourant, le délai de prescription de cinq ans a ainsi commencé à courir le 11 janvier 2008, a été suspendu dès l'ouverture de l'enquête disciplinaire le 13 avril 2011 jusqu'à droit connu sur la procédure pénale déjà ouverte, puis a repris son cours dès le jugement du Tribunal d'arrondissement du 26 novembre 2012, au plus tard dès le jugement du Tribunal fédéral du 6 février 2014. En d'autres termes pour le recourant, le délai de prescription de cinq ans était largement échu lorsque la Chambre des notaires a statué, le 18 septembre 2018. c) Les notions d'interruption et de suspension de la prescription sont distinctes: lorsqu'il est interrompu, le délai de prescription recommence à courir ab ovo; quand il est suspendu, il cesse de courir pour reprendre dès l'instant où la cause de la suspension ne produit plus d'effet. Un délai de prescription suspendu peut lui aussi être interrompu durant la suspension (Pierre Moor/Etienne Poltier, *Droit administratif*, vol. II, 3^{ème} éd., Berne 2011, n. 1.3.1.2; Pascal Pichonnaz, in Thévenoz/Werro (éd.), *Code des obligations I*, 2^{ème} éd., Bâle 2012, n. 1 et 3 ad art. 135). Compte tenu de cette claire différenciation entre les deux notions, l'adverbe " également " figurant à l'art. 99 al. 2 LNo signifie à la lettre que la prescription de l'action disciplinaire peut être non seulement interrompue par l'ouverture de l'action disciplinaire mais, " de plus ", suspendue par l'action pénale ou civile. Pour le surplus, s'il est exact que l'art. 99 al. 2 LNo ne prévoit pas expressément de délai de prescription maximal de dix ans, une telle limite ne relève pas d'un principe général du droit applicable en droit disciplinaire (sur la question de la prescription de l'action disciplinaire, voir Boinay, *op. cit.*, n. 47 ss). Dans le cas d'espèce au demeurant, il n'apparaît pas abusif ni disproportionné de sanctionner des faits survenus quelque onze ans auparavant (sur les délais de prescription prévus par divers cantons, voir Mooser, *op. cit.*, n. 355). Les faits incriminés par la décision attaquée se sont déroulés en 2008. L'ouverture de l'enquête disciplinaire le 13 avril 2011, intervenue avant l'échéance du délai de prescription de cinq ans, a valablement interrompu la prescription, conformément à l'art. 99 al. 2, 2^{ème} phrase, LNo. Or, le 13 avril 2011, l'action pénale était ouverte contre le recourant, de sorte que le délai de prescription était alors déjà suspendu, selon l'art. 99 al. 2, 3^{ème} phrase, LNo. L'action pénale - et la suspension du délai de prescription - s'est achevée le 6 juin 2014, par notification du jugement du 21 mars 2014 du président de la CAPE, rendu à la suite de l'arrêt du Tribunal fédéral du 6 février 2014. On précisera que l'arrêt du Tribunal fédéral n'est pas déterminant à cet égard, dès lors qu'il s'agit d'un arrêt de

renvoi, annulant le jugement contesté et renvoyant la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. Ainsi, le délai de prescription s'achèvera au plus tôt le 6 juin 2019. Autrement dit, sur le principe, l'action disciplinaire n'est pas prescrite. d) Cela étant, il faut rappeler que la suspension de la prescription de l'action disciplinaire en raison de l'ouverture d'une action pénale ne peut intervenir que lorsque les deux actions portent sur les " mêmes faits ". En l'occurrence, il convient ainsi de circonscrire les éléments sur lesquels ont porté respectivement l'action pénale et l'action disciplinaire dirigées contre le recourant (cf. consid. 7 infra).

E. 7

a) Par ordonnance pénale et de classement du 16 mars 2011, le Ministère public a condamné le recourant pour infraction à l'art. 29 al. 2 LFAIE, pour avoir fourni des informations incomplètes au Registre foncier s'agissant du siège de la société G. _____ Cette condamnation a amené la Chambre des notaires à ouvrir, le 13 avril 2011, une enquête disciplinaire, considérant expressément que " l'infraction commise pourrait porter atteinte à la dignité qui sied à l'exercice du notariat ," de sorte qu'il convenait d'ouvrir une enquête disciplinaire afin de déterminer si le notaire s'était rendu coupable d'une infraction à la loi sur le notariat. Le lien entre la procédure pénale et l'action disciplinaire ne fait ainsi pas de doute. Par ailleurs, la procédure pénale avait été déclenchée initialement par le Procureur du Parquet d'Amsterdam, puis par le juge d'instruction cantonal ouvrant une enquête pour établir si la LFAIE avait été violée lors de la constitution des cédules hypothécaires sur des lots de la PPE "I. _____" formée sur la parcelle ***** de Château d'Oex. C'est ainsi que E. _____ a été entendue par la police cantonale le 11 mars 2009 non seulement sur l'instrumentation de l'acte de constitution des cédules hypothécaires du 11 janvier 2008, mais également sur l'ensemble de la "promotion" de la PPE et les processus de vente des sept lots de celle-ci, y compris sur le retrait de la réquisition d'inscription de l'acte précité. H. _____ a également été entendu par la police cantonale le 6 mai 2009 sur le destin du lot 5 de la PPE ainsi que sur le statut de sa société N. _____. De même, le recourant a été entendu par le juge d'instruction cantonal les 15 septembre 2009 et le 22 septembre 2010, en dernier lieu comme " prévenu d'infraction à la [LFAIE] au sujet d'un acte constitutif de cédules hypothécaires instrumenté par [ses] soins en date du 11.01.2008 (B. _____) ", sur les circonstances dans lesquelles avaient été établis l'acte constitutif de cédules hypothécaires du 11 janvier 2008 ainsi que sur les motifs de constitution des sociétés L. _____ et N. _____, acquéreuses des lots 5 et 6 de la PPE. En d'autres termes, s'il est vrai que la condamnation prononcée par le Ministère public et la CAPE - annulée par le Tribunal fédéral - sanctionne exclusivement l'omission du notaire d'avoir informé le Conservateur du Registre foncier, lors du dépôt de l'acte constitutif de cédules hypothécaires du 11 janvier 2008, du siège étranger de la société G. _____, il n'en demeure pas moins que l'enquête pénale a traité de l'ensemble des comportements du recourant relatifs au sort des lots de la PPE concernés par cet acte. Or, la notion de "mêmes faits" de l'art. 99 al. 2 LNo doit être interprétée plutôt largement. Elle ne saurait se limiter aux faits pertinents sous l'angle pénal, encore moins, du reste, aux seules infractions retenues. En effet, comme exposé ci-dessus, les dispositions pénales étant par nature plus restrictives que les règles régissant la profession de notaire, l'absence de chef d'accusation ou la libération pénale sur un chef d'accusation déterminé ne signifie pas encore que le notaire n'aurait pas commis de faute professionnelle justifiant une sanction disciplinaire. Une conception de la notion de "mêmes faits" de l'art. 99 al. 2 LNo limitée aux infractions pénales aurait pour conséquence que l'action disciplinaire ne pourrait pratiquement jamais

être suspendue dans tous ses volets jusqu'à droit connu sur le plan pénal. La Chambre des notaires serait contrainte, afin de ne pas risquer une prescription de l'entier ou d'une partie de ses griefs disciplinaires, de mener parallèlement sa propre enquête sur des faits pourtant déjà en voie d'investigation au pénal, qui plus est selon des moyens plus importants. En définitive, la notion de "mêmes faits" doit se rapporter au "complexe de faits" instruits dans la procédure pénale. En l'occurrence, force est de retenir que l'ensemble des agissements du recourant retenus par la décision attaquée relèvent du même "complexe de faits" que ceux qui ont été instruits au pénal, à savoir les actes et démarches qu'il a accomplis sur les lots de la PPE en 2008, de sorte que l'action disciplinaire a bel et bien été suspendue à l'égard de ces opérations. Le grief de prescription doit par conséquent être rejeté.

E. 8

Selon l'art. 98 LNo, le notaire qui, soit intentionnellement, soit par négligence, a enfreint les dispositions de la présente loi ou de ses dispositions d'application, a violé ses devoirs professionnels ou la promesse qu'il a solennisée, est passible d'une peine disciplinaire sans préjudice des sanctions pénales ou civiles. Les devoirs des notaires sont consignés aux art. 39 ss LNo. Ces derniers sont notamment tenus d'un devoir de véracité, de diligence, de secret professionnel, de comptabilité et de formation continue. Selon l'art. 39 LNo traitant de l'obligation de véracité, lors de l'instrumentation d'un acte, le notaire se fait instruire par les parties de leur véritable intention qu'il doit exprimer dans l'acte avec clarté et précision. En matière de diligence, l'art. 40 LNo précise que le notaire doit notamment s'efforcer de sauvegarder les intérêts de chacune des parties et doit vouer les soins nécessaires à une prompt exécution de la tâche qui lui est confiée. L'art. 41 LNo dispose encore que le notaire doit accomplir tous les procédés, opérations et formalités préalables ou consécutifs à l'instrumentation des actes authentiques et qui sont nécessaires à leur perfection (al. 1); il doit également, sur requête, accepter d'accomplir les opérations usuellement liées à l'instrumentation de l'acte, telles que l'avis d'instrumentation d'un gage ou la répartition des deniers (al. 2). Pour le surplus, l'art. 43 LNo prévoit que le notaire doit renseigner les parties sur leur situation juridique et les conséquences de droit des actes qu'elles envisagent de passer (al. 1). Enfin, l'art. 54 LNo dispose que l'acte notarié est rédigé clairement et exactement (al. 1). D'une manière générale, la violation fautive de toutes les dispositions légales applicables à l'exercice de la profession de notaire est susceptible d'engager la responsabilité disciplinaire. Il s'agit non seulement des dispositions du droit notarial, mais également d'autres textes qui doivent le guider dans l'exercice de sa profession (issus, par exemple, du droit administratif ou fiscal). Font notamment partie de ces dispositions les obligations ministérielles et professionnelles. La disposition violée peut aussi être non écrite; tel est le cas des violations qui ont trait à la dignité de la profession et à l'interdiction de comportement déloyal en affaire, dont les contours ne sont pas toujours définis de façon précise dans les lois cantonales (Jeandin, op. cit., chap. X let. B ch. 3a p. 260; Mooser, op. cit., n. 334 ss).

E. 9

a) La Chambre des notaires a considéré, s'agissant de la constitution des cédules hypothécaires, que le recourant avait commis une faute disciplinaire en ne saisissant pas spontanément la Commission foncière pour obtenir l'autorisation requise au sens de la LFAIE ou la dispense de celle-ci, respectivement en n'accomplissant pas les opérations nécessaires au regard de la LFAIE à l'inscription des cédules au Registre foncier, mettant ainsi en péril les intérêts tant du créancier que des acquéreurs des lots. Selon l'autorité

intimée, le recourant a ainsi failli à ses obligations professionnelles, notamment à son devoir de sauvegarder les intérêts des parties (art. 40 LNo) ainsi qu'à celui relatif à l'accomplissement des formalités consécutives à l'instrumentation (art. 41 LNo) (cf. ch. V let. c de la décision attaquée). On relèvera en passant que la Chambre des notaires a renoncé à reprocher au recourant de ne pas avoir signalé au Registre foncier le siège étranger de la société créancière G._____.

aa) La LFAIE limite l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger dans le but de prévenir l'emprise étrangère sur le sol suisse (art. 1). L'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger est subordonnée à une autorisation de l'autorité cantonale compétente (art. 2). Par acquisition d'immeubles, on entend l'acquisition d'un droit de propriété, de superficie, d'habitation ou d'usufruit sur un immeuble (art. 4 al. 1 let. a LFAIE). La notion d'acquisition d'immeubles comprend également l'acquisition de droits qui confèrent à leur titulaire une position analogue à celle du propriétaire d'un immeuble (art. 4 al. 1 let. g LFAIE). Selon l'art. 1 al. 2 OAIE (ordonnance du 1^{er} octobre 1984 sur l'acquisition d'immeubles par des personnes à l'étranger; RS 211.412.411), il s'agit notamment du "financement de l'achat d'un immeuble ou de sa construction, si les accords intervenus, le montant des crédits octroyés ou la situation financière du débiteur placent l'acquéreur ou le maître d'ouvrage dans un rapport de dépendance particulière à l'égard du créancier" (let. b). En application de ces règles, il y a donc acquisition d'immeubles au sens de la LFAIE, condition objective de l'assujettissement, en cas de constitution d'un droit de gage immobilier (par exemple une cédula hypothécaire) pour couvrir des prêts, si le montant des crédits octroyés placent le débiteur, le propriétaire, l'acquéreur ou le maître de l'ouvrage, vu sa situation financière, dans un rapport de dépendance particulière à l'égard du créancier. Par personnes à l'étranger, l'art. 5 al. 1 LFAIE entend notamment les ressortissants de l'UE/AELE qui n'ont pas leur domicile légalement constitué et effectif en Suisse (let. a); l'OAIE précise que les ressortissants de l'UE/AELE ne sont pas considérés comme des personnes à l'étranger s'ils ont leur domicile en Suisse au sens des art. 23, 24, al. 1, 25 et 26 CC, le domicile légalement constitué présupposant en outre une autorisation de séjour de courte durée, de séjour ou d'établissement UE/AELE valable (art. 5 OAIE). L'art. 5 al. 1 LFAIE considère également comme personnes à l'étranger les personnes morales ou les sociétés sans personnalité juridique, mais ayant la capacité d'acquérir, qui ont leur siège statutaire ou réel à l'étranger (let. b). Il s'agit encore des personnes morales ou les sociétés sans personnalité juridique, mais ayant la capacité d'acquérir, qui ont leur siège statutaire et réel en Suisse, et dans lesquelles des personnes à l'étranger ont une position dominante (let. c); l'art. 6 al. 2 let. d LFAIE présume que la personne, qui a mis à la disposition de la personne morale des fonds remboursables dont la somme excède la moitié de la différence entre l'ensemble des actifs de la personne morale et l'ensemble des dettes contractées par celle-ci auprès de personnes non assujetties au régime de l'autorisation, est dominante d'une société. En ce qui concerne la procédure d'autorisation, l'art. 17 LFAIE prévoit que "sitôt après la conclusion de l'acte juridique ou, à défaut d'un tel acte, sitôt après l'acquisition, toute personne dont l'assujettissement au régime de l'autorisation n'est pas d'emblée exclu doit requérir l'autorisation d'acquérir l'immeuble ou faire constater qu'elle n'est pas assujettie". Ce devoir de signalement, en cas de doute sur l'exclusion de l'assujettissement, peut concerner un notaire (Mooser, op. cit., n. 371), qui doit fournir au Registre foncier, destinataire d'un acte notarié, des indications exactes sur le financement étranger d'un achat d'immeuble (ATF 121 IV 185). Selon l'art. 18 LFAIE, lorsque le conservateur du registre foncier ne peut d'emblée exclure que l'acquisition soit soumise au régime de l'autorisation, il suspend la

procédure d'inscription et impartit à l'acquéreur un délai de trente jours pour demander l'autorisation ou faire constater le non-assujettissement au régime de l'autorisation; il écarte la réquisition si l'acquéreur n'agit pas dans ce délai ou si l'autorisation est refusée. bb) Le cas d'espèce a ceci de spécifique qu'à teneur de l'acte constitutif de cédules hypothécaires du 11 janvier 2008, le prêt garanti par ces gages n'était pas destiné à financer la construction ou l'achat des unités de PPE grevées, lesquelles étaient déjà la propriété de la débitrice telle que mentionnée dans l'acte de constitution des cédules, à savoir B._____. Cette configuration excluait l'application de l'art. 1 al. 2 let. b OAIE exposé ci-dessus. L'énumération de l'art. 1 al. 2 OAIE n'étant pas exhaustive (cf. la mention de l'adverbe "notamment"), l'application de l'art. 4 al. 1 let. g LFAIE n'était toutefois pas encore à écarter d'emblée. A cet égard, les indications figurant dans l'acte constitutif de cédules hypothécaires du 11 janvier 2008 sont pour le moins particulières. D'une part en effet, le montant total des cédules déjà existantes en 1^{er} rang sur les six lots concernés de la PPE constituée sur la parcelle ***** atteignait 4,2 mios fr. Les nouvelles cédules, en 2^{ème} rang, ascendaient à 10 mios fr., ce qui amenait le montant total des gages à 14,2 mios fr. Les lots grevés, soit les nos 1 à 6, à l'exclusion du n° 7, représentaient une surface d'appartement de 963 m². Par conséquent, et à suivre l'attestation du recourant lui-même, qui estimait le m² à 10'000 fr., la valeur vénale des lots grevés n'atteignait pas 10 mios fr. Autrement dit, la valeur des cédules, de 14,2 mios fr., était vraisemblablement largement supérieure à la valeur vénale des immeubles grevés. Finalement, toujours selon l'acte du 11 janvier 2008, le prêt garanti par les cédules constituées le 11 janvier 2008 était consenti par G._____, une société étrangère de siège aux Pays-Bas, ce que le recourant n'ignorait pas, à B._____. Le montant du prêt tel qu'annoncé au notaire (cf. courrier du 7 janvier 2008) étant de 7 mios €, à savoir de 11,3 mios fr. selon le cours de l'époque (18.01.2008: 1 € = 1,61 fr.), il n'était ainsi pas exclu que G._____ puisse acquérir une influence prépondérante sur B._____, propriétaire d'immeubles sis en Suisse. On relèvera encore en passant que le prêt annoncé de 7 mios € (ramené finalement à 6 mios €, à savoir 9,7 mios fr.) dépassait largement la limite jurisprudentielle de 80% de la valeur vénale probable des lots gagés, sans même compter que les cédules qui le garantissaient étaient inscrites en 2^{ème} rang (voir aussi François Bianchi/Sarah Gros, Financement d'un bien immobilier par une personne à l'étranger: quelques réflexions - confusions? - autour d'un arrêt récent du Tribunal fédéral, in Not@lex, n° 2/2017, p. 58 ss, spéc. p. 63 et 65; Urs Mühlebach/Hanspeter Geissmann, Kommentar zum Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland, 1986, n. 82 ad art. 4 LFAIE). Le caractère insolite et risqué de l'opération, aux ramifications internationales manifestes, devait ainsi attirer l'attention du recourant et le conduire à faire preuve d'une vigilance accrue au regard de la LFAIE. En particulier, il lui appartenait de s'adresser à la Commission foncière afin d'obtenir rapidement soit l'autorisation requise soit une dispense de celle-ci. Or, si le recourant s'est finalement adressé le 21 février 2008 à la Commission foncière, sur injonction du Conservateur du Registre foncier, il l'a fait d'une manière si inconsistante que la commission n'a pu que réclamer des explications complémentaires, précisions que le recourant n'a pas été en mesure de donner, ne prenant pas même la peine de répondre aux relances. Le recourant a ainsi retardé l'inscription des cédules hypothécaires et maintenu une situation boiteuse, contraire à la sécurité du droit, pendant des mois (la réquisition d'inscription de cédules n'a été retirée que le 27 novembre 2008), alors qu'il avait déjà délivré à H._____, ayant-droit économique de la créancière G._____, un avis d'instrumentation et que les cédules portaient sur une somme considérable. De même, le

recourant s'est permis de communiquer au Registre foncier une lettre ni datée ni signée, dans l'objectif de convaincre le Conservateur que le créancier mentionné sur l'acte G._____ cédait ses droits et obligations à H._____ de sorte que l'opération devait échapper à la LFAIE (cf. son audition du 22 septembre 2010). Enfin, il importe peu que l'acte constitutif de cédules soit, ou non, assujéti à la LFAIE; ce qui est décisif est que des doutes subsistaient au point d'imposer au recourant de renseigner correctement et à temps la Commission foncière, toutes pièces utiles à l'appui. En d'autres termes, le recourant a fait preuve d'une légèreté, d'un manque de rigueur et d'une insouciance inquiétants au regard des intérêts et des sommes en jeu. Il a ainsi gravement failli à ses obligations professionnelles, notamment à ses devoirs de sauvegarder les intérêts des parties, de vouer les soins nécessaires à une prompte exécution de la tâche confiée et d'accomplir toutes les démarches indispensables à la perfection des actes authentiques (art. 40 et 41 LNo). Les arguments du recourant ne conduisent pas à une autre conclusion. En particulier, il n'est pas déterminant que le recourant ait compris après coup que le créancier serait H._____ personnellement. D'une part, c'est bien la société G._____, non pas H._____, qui a été mentionnée sur l'acte. D'autre part, contrairement à la thèse récurrente - et alarmante - du recourant, les ressortissants de l'UE/AELE sont considérés comme des personnes à l'étranger au sens de la LFAIE tant qu'ils n'ont pas obtenu d'autorisation de séjour valable. Or, aux jours de l'instrumentation de l'acte et de son dépôt au Registre foncier, H._____ avait certes requis une telle autorisation, mais ne l'avait pas encore obtenue. Peu importe à cet égard que l'octroi de l'autorisation de séjour, cas échéant, rétroagisse à la date de sa demande. Au moment de l'instrumentation de l'acte et de son dépôt au Registre foncier, H._____ était une "personne à l'étranger" au sens de la LFAIE. Enfin, il n'est pas décisif que les manquements du notaire n'aient pas entraîné de dommage, le créancier ayant trouvé d'autres garanties et l'acte de réquisition d'inscription de cédules ayant été retiré. La responsabilité disciplinaire est en effet indépendante non seulement de la responsabilité pénale, mais aussi de la responsabilité civile. La procédure disciplinaire n'est pas destinée, en priorité, au dédommagement de la partie lésée, même si celle-ci peut avoir intérêt à sa mise en œuvre en vue d'un dédommagement civil. Ainsi, le notaire peut être puni disciplinairement, même si son comportement n'a provoqué aucun dommage (Jeandin, op. cit., chap. X let. B ch. 1 p. 258; Mooser, op. cit., n. 332). b) La Chambre des notaires a considéré que le recourant avait également fauté en ce sens où, d'une part, les actes de vente du 20 février 2008 instrumentés par ses soins ne mentionnaient pas la mise en suspens des cédules hypothécaires et, d'autre part, l'acte de vente du 1^{er} octobre 2008 également instrumenté par ses soins n'indiquait en aucune manière les cédules hypothécaires grevant les lots vendus. Le tribunal retient avec l'autorité intimée que les omissions précitées sont également constitutives de fautes disciplinaires. En effet, elles laissaient faussement croire, pour les actes de vente du 20 février 2008, que les cédules hypothécaires étaient inscrites et, pour l'acte de vente du 1^{er} octobre 2008, que l'immeuble n'était pas grevé par ces cédules, alors que les réquisitions y relatives n'avaient pas encore été retirées. C'est en vain que le recourant plaide sur ce dernier point que le créancier - G._____ - avait en réalité renoncé à ces cédules hypothécaires et que les réquisitions y relatives avaient été retirées peu après l'instrumentation du 1^{er} octobre 2008. De fait, les actes précités comportaient des indications incomplètes et prêtant à confusion, voire fausses, ce qui n'est pas admissible. A cela s'ajoute que la réquisition d'inscription de l'acte constitutif de cédules hypothécaires n'a en réalité été retirée que près de deux mois plus tard, le 27 novembre 2008. Là aussi, l'attitude peu méticuleuse du recourant l'a conduit à instrumenter des actes ne contenant pas

toutes les informations nécessaires à sauvegarder les intérêts de chacune des parties, contrairement aux exigences de l'art. 40 al. 1 er LNo. Ce faisant, le recourant a mis en péril la sécurité du droit et des transactions. c) L'autorité intimée fait encore grief au recourant d'avoir rédigé le 11 janvier 2008 un courrier attestant de la valeur vénale "probable" de l'immeuble "I._____". Selon l'art. 8 al. 1 LNo, le notaire ne doit pas se porter garant d'un prêt ou d'un engagement contracté par son intermédiaire ou qu'il est chargé de constater par acte authentique ou sous seing privé. De surcroît, l'estimation du 11 janvier 2008 se rapportait à la valeur de l'ensemble de la PPE (représentant une surface habitable de 1'428 m²) alors que les cédules n'étaient constituées que sur une partie des lots (équivalant à une surface habitable de 963 m²). Cela étant, compte tenu des précautions de langage prises et du fait qu'il est également attendu d'un notaire qu'il examine l'adéquation des montants d'un gage avec la valeur de l'immeuble, il n'est pas certain qu'une telle attestation constitue une faute disciplinaire. La question souffre néanmoins de rester indécise, la décision attaquée devant de toute façon être confirmée. d) Pour le surplus, le tribunal ne peut que constater en précision, respectivement en complément des considérants de l'autorité intimée, les deux éléments suivants: aa) D'une part, le recourant a instrumenté l'acte de constitution des cédules hypothécaires sans se préoccuper à suffisance de la réelle intention de la partie à l'acte, ni de celle des tiers impliqués dans l'opération. Le recourant a été informé à la fin 2007 que C._____ entendait constituer des cédules hypothécaires sur des lots de la PPE afin de garantir un prêt de 6 millions €, prêt qui lui serait consenti par H._____ afin de financer un projet hôtelier dans les Antilles néerlandaises (cf. audition du recourant du 15 septembre 2009). Selon un courrier du 7 janvier 2008, la cédule visait à garantir un prêt de 7 millions € (sic) accordé à F._____. ainsi qu'à une autre compagnie néerlandaise par G._____. Dans le préambule de l'acte du 11 janvier 2008, le recourant a finalement expressément mentionné que B._____ exposait que le prêt lui était octroyé par G._____. En réalité, selon la convention signée trois jours plus tard, le 14 janvier 2008, le prêt - de 6 millions € - a été concédé aux deux sociétés étrangères K._____ et J._____ par G._____. Sur ce dernier point, le notaire a ensuite été informé, le 20 février 2008, que les parties impliquées dans l'opération entendaient désormais que les droits de gage soient établis au nom de H._____ personnellement. Enfin, selon H._____ (cf. ses déclarations du 6 mai 2009), il n'était pas prévu de colloquer ces gages en deuxième rang, de sorte que le contrat de prêt avait dû être ajusté. En d'autres termes, tant l'identité du créancier que celle du débiteur, voire le principe même des cédules en second rang, toutes informations figurant expressément sur l'acte, n'étaient pas suffisamment clarifiées. Si l'on peut certes concevoir qu'une partie à un acte ou à une opération change d'avis et qu'il n'appartient pas au notaire de s'enquérir systématiquement des motifs précis de démarches librement consenties, il découle de l'ensemble des éléments ci-dessus, pris globalement, que le notaire s'est insuffisamment inquiété de traduire correctement la véritable intention de B._____, partie à l'acte, contrairement aux exigences de véracité de l'art. 39 LNo, ni celle de H._____, à qui il a remis le même jour l'avis d'instrumentation en sa qualité d'ayant-droit de la société créancière-gagiste. Par ailleurs, peu importe que rien ne l'obligeât à figurer en préambule les motifs déclarés de constitution des cédules: dans la mesure où il a choisi de le faire, il était tenu de s'assurer que ceux-ci étaient exacts (sur la question de la réelle intention des parties, voir Mooser, op. cit., n. 203 ss). Pour le surplus, à l'évidence, une telle incompréhension du sens réel de l'opération ne permettait pas au recourant de renseigner à satisfaction la Commission foncière sur la question de l'assujettissement à la LFAIE, respectivement de permettre l'inscription de l'acte du 11 janvier 2008. Sous cet

angle également, le recourant a manqué de la diligence requise selon les art. 40 et 41 LNo. bb) D'autre part, la Cour de céans rappelle que le 20 février 2008, le recourant a instrumenté deux actes de vente de lots de la PPE, cédant le lot 5 à L._____, dont l'ayant-droit économique était M._____, ressortissant néerlandais, et le lot 6 à N._____, dont l'ayant-droit économique était H._____. Dans les deux actes, déposés au Registre foncier le 21 février 2008, le notaire attestait expressément qu'aucune personne étrangère ne détenait une influence prépondérante sur l'acheteuse au sens de la LFAIE. Or, comme exposé ci-dessus, cette attestation est erronée - indépendamment de sa qualification sous l'angle pénal -, dès lors que tant M._____ que H._____ étaient en réalité, au moment de la signature de l'acte, des "personnes à l'étranger" selon l'art. 5 al. 1 let. a LFAIE. Il s'agit ici d'une violation de la LFAIE, respectivement de l'obligation de véracité imposée par l'art. 39 LNo, voire de l'obligation de renseigner correctement les parties prévue par l'art. 43 LNo.

E. 10

Il reste à apprécier la sanction requise. a) Les mesures disciplinaires (art. 103 LNo) peuvent prendre la forme d'un blâme, d'une amende jusqu'à cent mille francs, d'une suspension pour un an au plus, ou de la destitution (art. 100 LNo). Lorsqu'une peine ou une mesure disciplinaire n'apparaît pas justifiée, un avertissement peut également être adressé (art. 101 LNo). Le droit disciplinaire est soumis au principe de la proportionnalité. Dans la détermination de la nature et de la quotité de la peine, l'autorité doit tenir compte du but poursuivi par la procédure disciplinaire et respecter le principe de proportionnalité. La sanction adéquate dépend dès lors de la gravité de l'infraction, du degré de culpabilité de la personne impliquée, de ses motifs, des intérêts (publics ou privés) menacés ou lésés, de la manière dont le notaire perçoit la gravité de ses actes ou avait auparavant rempli ses fonctions, ainsi que des circonstances du cas (Mooser, op. cit., n. 349; voir aussi Boinay, op. cit., n. 114 s.). b) Les fautes disciplinaires relevées ci-dessus sont graves, en ce sens qu'elles témoignent, encore une fois, de la légèreté confinante à l'insouciance avec lesquelles le recourant a instrumenté les actes litigieux, mettant ainsi en péril les intérêts de ses clients, la sécurité du droit ainsi que la confiance du public dans la bienfaisance des actes authentiques. Dans ces conditions, compte tenu de l'ensemble des négligences retenues, l'amende fixée à 10'000 fr. apparaît adéquate (pour une casuistique, voir Mooser, op. cit., n. 1266).

E. 11

Vu ce qui précède, le recours doit être rejeté et la décision attaquée doit être confirmée, aux frais du recourant qui succombe. Il n'y a pas lieu d'allouer de dépens.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.