

**N° 8053<sup>3</sup>**

**CHAMBRE DES DEPUTES**

---

## **PROJET DE LOI**

**modifiant**

- 1) La loi modifiée du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales**
  - 2) La loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises**
- aux fins de transposer la Directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières**

\* \* \*

### **AVIS DE LA CHAMBRE DES NOTAIRES**

La Chambre de Notaires a pris connaissance du projet de loi sous rubrique transposant la directive (UE) 2019/2121 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive (UE) 2017/1132 en ce qui concerne les transformations, fusions et scissions transfrontalières – ci-après Directive Mobilité.

\*

#### **I. REMARQUES GENERALES**

La Directive Mobilité introduit des mesures anti-abus et une protection des parties prenantes aux opérations transfrontalières modifiant profondément les procédures et délais applicables jusqu'ici à l'occasion de ces opérations.

Les nouvelles procédures applicables concerneront les transformations, fusions et scissions transfrontalières réalisées au sein de l'Union européenne par les sociétés anonymes, la société à responsabilité limitée et la société en commandite par actions de droit luxembourgeois et une ou plusieurs sociétés relevant du droit d'un Etat-membre défini par la directive du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relative à certains aspects du droit des sociétés dite « Directive Société ».

La Chambre des Notaires approuve la ligne de transposition retenue par le législateur consistant à limiter les dispositions issues de la Directive Mobilité aux opérations entre Etats-membres et permettant de conserver l'attractivité de notre droit de sociétés.

Le présent avis portera et se limitera sur le rôle à venir des notaires lors d'opérations transfrontalières au sein de l'Union européenne visées par la Directive Mobilité.

\*

#### **II. ANALYSE DES ARTICLES DU PROJET DE LOI**

➤ *Article 1025-10 Protection des associés*

L'alinéa 4 du paragraphe (1) prévoit que « *l'opposition expresse au projet commun de fusion transfrontalière européenne et l'intention des associés d'exercer leur droit de céder leurs actions ou leurs parts sociales, doivent être déclarées au notaire lors de l'assemblée générale* » appelée à approuver la fusion.

La Chambre des Notaires marque son accord avec le texte proposé.

Elle s'oppose par contre résolument à la proposition de l'Ordre des avocats d'insérer les termes « au plus tard » entre les termes « doivent être déclarées » et « au notaire ».

Le texte proposé est la seule solution praticable au regard de la sécurité juridique par sa simplicité d'application : l'associé ou son mandataire déclare son intention lors de l'assemblée qui en prend acte.

Une « déclaration » préalable à l'assemblée résulterait inévitablement dans ce que la Chambre de commerce appelle « complexification procédurale » et des litiges potentiels sur la forme que pourrait alors prendre la « déclaration », la preuve de celle-ci ou celle de son retrait après avoir été déclarée.

➤ *Article 1025-12 Certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne*

(1) La Directive Mobilité introduit un premier contrôle de légalité à réaliser et dont l'accomplissement est attesté par la délivrance d'un certificat préalable à l'opération de fusion transfrontalière européenne.

Le contrôle de la légalité de la fusion transfrontalière européenne sera réalisé par chaque autorité nationale compétente pour la partie de la procédure concernant l'opération de fusion transfrontalière qui sera soumise à son droit national.

Au Grand-Duché de Luxembourg, les notaires se chargeront de ce contrôle de légalité et de la délivrance de ce certificat préalable attestant le respect des procédures et formalités applicables à la fusion transfrontalière pour la partie régie par le droit national luxembourgeois.

Son homologue européen opérera le contrôle de légalité et attestera du respect et de l'accomplissement correct, dans son Etat-membre, des procédures et formalités concernant la (les) société(s) de droit étranger qui fusionne(nt) conformément à ce droit étranger qui lui(leur) est applicable.

Il y aura donc autant de contrôles de légalité opérés et de certificats préalables établis que de sociétés soumises aux dispositions issues de la Directive Mobilité telles que transposées par le droit national qui leur est applicable.

(2) Les documents et informations à transmettre au notaire luxembourgeois par la société qui fusionne sont :

1° Le projet de fusion transfrontalière européenne

2° Les commentaires à présenter sur le projet de fusion

3° Le rapport de l'organe d'administration ou de direction aux associés et aux travailleurs et l'avis éventuellement annexé visé à l'article 1025-6, lorsqu'ils sont disponibles, et, s'ils ne sont pas disponibles, la preuve de la renonciation des associés et la certification que le rapport aux travailleurs n'est pas obligatoire.

Afin de garantir une information étendue des associés et travailleurs, l'organe de direction ou d'administration de chaque société qui fusionne, doit établir un rapport contenant deux sections séparées ou deux rapports séparés informant de l'opération projetée et de ses implications.

La Chambre des Notaires comprend que l'organe de direction ou d'administration de la société devra mettre à disposition du notaire ce(s) rapport(s) et certifier le respect des obligations légales quant au contenu du(des) rapports(s) et quant à la formalité de transmission de ce(s) rapport(s) aux associés et travailleurs dans les délais légaux.

La Chambre des Notaires relève que les associés ont la possibilité de renoncer à ce rapport et qu'il n'est pas obligatoire, si la société ou ses filiales n'ont pas de travailleurs autres que ceux qui appartiennent à la direction ou l'administration.

Elle présuppose qu'en pratique aucun rapport ne sera produit. L'organe de direction ou d'administration de la société devra alors transmettre au notaire, à cette étape de la procédure, la preuve de la renonciation des associés à ce rapport et certifier qu'elle et ses filiales n'ont pas de travailleurs autres que ceux qui appartiennent à la direction ou à l'administration.

4° Le rapport de l'expert indépendant avec le certificat du respect des obligations légales quant au contenu du rapport ou la preuve de la renonciation des associés à ce rapport

La Chambre des Notaires comprend qu'en cas d'établissement d'un tel rapport, l'organe de direction ou d'administration de la société devra certifier le respect des obligations légales quant au contenu du rapport et quant à la mise à disposition de ce rapport aux associés dans les délais légaux.

Ici encore, la possibilité de renoncer au rapport en question laisse penser qu'en pratique peu de rapports seront établis.

Dans ce cas, l'organe de direction ou d'administration de la société devra transmettre au notaire, à cette étape de la procédure, la preuve de la renonciation des associés à ce rapport.

5° Les commentaires éventuellement présentés par les associés, créanciers, représentants des travailleurs respectivement les travailleurs eux-mêmes à la société suite à la publication du projet de fusion ou la certification qu'il n'y a pas eu de commentaires

La Chambre des Notaires relève que le texte de la Directive Mobilité transposé tel quel mentionne la possibilité d'émettre « *des commentaires* » alors que le texte de l'article 1025-5 (1), 2° auquel se réfère l'article 1025-12 (2), 3° fait état « *d'observations* ».

L'organe de direction ou d'administration de la société transmettra au notaire ces commentaires et certifiera les avoir transmis intégralement, respectivement qu'il n'y en a pas.

6° Des informations sur l'approbation par l'assemblée générale par une certification de leur mise à disposition

La Chambre des Notaires considère que ces informations doivent être transmises au notaire par l'organe d'administration ou de direction de la société de droit luxembourgeois qui fusionne et qui certifie les documents transmis et l'accomplissement des formalités légales dans les délais prévus.

L'organe de direction ou d'administration de la société transmettra au notaire, une certification de la mise à disposition dans les délais requis des documents préparatoires en vertu de l'article 1025-8 ainsi que des informations prévues par l'article 1025-9.

La Chambre des Notaires comprend que par ces informations sont visées :

- l'indication sur la forme de tenue de l'assemblée générale
- les quorums et droits de vote nécessaires pour l'approbation
- les documents mis à disposition

en se basant sur l'attestation mise à disposition par l'organe de d'administration ou de direction.

La Chambre des Notaires relève, tout comme l'Ordre des avocats et la Chambre de commerce, que le cas d'absence d'approbation par l'assemblée générale n'est pas envisagé par le projet de loi. Des précisions seraient à apporter au projet de loi.

7° Des attestations indiquant que la société est en règle avec ses obligations

La Chambre des Notaires est d'avis que le notaire devra dans ses diligences normales (systématiquement et non uniquement en cas de difficultés financières de la société ainsi que le commentaire du projet de loi le suggère) solliciter du Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations de sécurité sociale, de l'Administration des contributions directes ou encore de l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA, des attestations indiquant que la société est en règle avec ses obligations, tel que cela est prévu par l'article 1100-1, paragraphe 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales pour la dissolution volontaire par la réunion de toutes les parts en une seule main .

8° Les informations relatives : a) au nombre de travailleurs au moment de la rédaction du projet commun de fusion transfrontalière ; b) à l'existence de filiales et leur situation géographique respective.

Les informations relatives au respect des engagements de la société qui fusionne envers les organismes publics.

Il est à noter la possibilité de demander ces informations à d'autres autorités pertinentes si elles ne leur ont pas été communiquées par la société qui fusionne.

La Chambre regrette que l'option laissée à l'article 127, paragraphe 3 de la Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité n'ait pas été prise alors que les législateurs belge et néerlandais ont opté pour la communication obligatoire de ces informations.

La Chambre des Notaires ne peut pas partager l'avis des auteurs du projet de loi figurant aux pages 68 et 69 du projet de loi n°8053 libellé comme suit :

*« Il est toutefois important de préciser que les notaires devront, le cas échéant, être prêts à faire preuve de souplesse pour éviter des discussions avec un État membre qui exigerait potentiellement que le certificat préalable contienne des mentions au sujet des éléments énumérés à l'article 127, paragraphe 3 précité ».*

Le notaire doit se conformer aux exigences de la loi luxembourgeoise pour délivrer le certificat préalable et non aux exigences de la loi d'un autre Etat-membre.

Dans l'intérêt des sociétés qui fusionnent et afin d'éviter un allongement des délais – induit par le risque de se voir opposer un refus de délivrance de ces informations par les administrations aux motifs notamment du respect de la réglementation en matière de protection des données ou du défaut de base légale –, la Chambre des Notaires invite le législateur à prévoir dans le texte de la loi l'obligation de délivrer ces informations.

En pratique, les notaires se verront transmettre une « *Management representation letter* » aux termes de laquelle l'organe d'administration ou de direction certifie et justifie, sans diminution de sa responsabilité (car seul cet organe a la parfaite et entière connaissance de la finalité de l'opération transfrontalière dont il doit, avant mise en œuvre, s'être assuré de la régularité), le respect des obligations légales et notamment :

- le respect des droits des travailleurs
- le respect des droits des créanciers
- le respect des droits des associés
- l'absence de fins abusives, frauduleuses ou criminelles
- l'absence d'opération fiscale abusive ou agressive
- l'engagement de remettre toute documentation ou certification requise.

La Chambre des Notaires considère qu'en présence d'une lettre de représentation précise, circonstanciée et accompagnée de tous les documents permettant de s'assurer du respect des obligations légales, le contrôle de légalité ne devrait pas nécessiter de délai particulièrement long.

A l'inverse, en cas de transmission d'informations et documents incomplets, le notaire se verra obligé d'effectuer des recherches supplémentaires destinées à s'assurer de la légalité de l'opération transfrontalière.

La preuve de la régularité de l'opération transfrontalière européenne incombe à la société qui fusionne.

(3) /

(4) *Le projet de loi dispose : « En ce qui concerne le respect des règles relatives à la participation des travailleurs prévues par le Code du travail, le notaire vérifie que le projet commun de fusion transfrontalière européenne contient des informations sur les procédures permettant de déterminer les modalités pertinentes et sur les options possibles pour de telles modalités. »*

La Chambre des Notaires comprend que le notaire vérifie l'existence d'informations sur les procédures permettant de déterminer les modalités pertinentes et sur les options possibles et peut se dispenser d'enquête supplémentaire, si le projet commun de fusion ne mentionne rien à ce sujet.

(5) Le notaire doit, dans le cadre du contrôle à opérer, examiner (i) les documents et informations prévus au paragraphe 2 et (ii) l'indication par les sociétés qui fusionnent que la procédure applicable a, s'il y lieu, débuté.

La Chambre des Notaires comprend que la société par son organe d'administration ou de direction déclare au notaire que la procédure applicable selon le droit du travail a débuté. Le notaire constate alors uniquement l'existence de cette indication.

(6) La nouvelle disposition issue de la Directive Mobilité accorde au notaire un délai de 3 mois à compter de la réception de tous les documents et informations pour prendre sa décision quant à la délivrance du certificat préalable.

Si toutes les conditions sont remplies et les formalités et procédures accomplies le notaire pourra délivrer le certificat.

Si les conditions ne sont pas remplies ou les procédures et formalités ne sont pas accomplies, le notaire ne délivre pas le certificat et informe la société des motifs de sa décision. Il pourra accorder à la société un délai maximum de 3 mois pour se conformer aux exigences légales.

La Chambre des Notaires constate qu'il s'agit d'une faculté pour le notaire d'octroyer un délai supplémentaire. Il s'agira d'une appréciation au cas par cas à réaliser par le notaire en fonction des éléments manquants et des délais légaux à respecter.

(7) Si le notaire constate, après avoir accompli les diligences normales, que conformément au droit national luxembourgeois, la fusion transfrontalière européenne est manifestement réalisée à des fins abusives ou manifestement frauduleuses menant ou visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner, ou à des fins criminelles, il ne délivre pas de certificat.

La Chambre des Notaires est d'avis que ce constat ne pourra être réalisé qu'au cas par cas, en fonction des éléments portés à la connaissance du notaire et de son appréciation de l'opération de fusion résultant de l'accomplissement de diligences normales telles qu'induites par la lettre de représentation.

Parmi ces diligences normales, la Chambre des Notaires rappelle ici qu'elle comprend la nécessité de solliciter les certificats prévus par l'article 1100-1, paragraphe 2 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Cet abus manifeste ou manifestement frauduleux n'a pas besoin de faire l'objet d'une motivation justifiant le refus de délivrance du certificat. Il ne lui appartient pas de qualifier et de justifier l'abus manifeste et manifestement frauduleux qu'il a constaté.

La Chambre des Notaires considère que le notaire devra signaler les fins abusives, frauduleuses ou criminelles aux autorités judiciaires compétentes.

(8) Si le notaire soupçonne sérieusement que la fusion transfrontalière européenne est réalisée à des fins abusives ou frauduleuses menant ou visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner, ou à des fins criminelles, il appréciera au cas par cas les faits et circonstances pertinentes et pourra solliciter des informations complémentaires qui permettraient de lever ces soupçons sérieux. Ces éléments ne doivent constituer que des facteurs indicatifs permettant au notaire d'apprécier la globalité de l'opération transfrontalière et ne pas constituer isolément un facteur de refus de délivrance du certificat.

Les commentaires du projet de loi reprennent les facteurs indicatifs indiqués dans le considérant 36) de la Directive Mobilité sur lesquels l'évaluation réalisée par le notaire se base le cas échéant (à savoir, au minimum, les facteurs indicatifs relatifs aux caractéristiques de l'établissement dans l'État membre où la société ou les sociétés doivent être immatriculées après l'opération transfrontalière, y compris l'intention de l'opération, le secteur, l'investissement, le chiffre d'affaires net et le résultat, le nombre de travailleurs, la composition du bilan, la résidence fiscale, les actifs et leur localisation, le matériel, les bénéficiaires effectifs de la société, les lieux de travail habituel des travailleurs et des groupes spécifiques de travailleurs, le lieu d'exigibilité des cotisations sociales, le nombre de travailleurs détachés dans l'année qui a précédé l'opération transfrontalière au sens du règlement (CE) no 883/2004 du Parlement européen et du Conseil et de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil, le nombre de travailleurs travaillant simultanément dans plus d'un État membre au sens du règlement (CE) no 883/2004, ainsi que les risques commerciaux assumés par la société ou les sociétés avant et après l'opération transfrontalière mais également les faits et circonstances pertinents relatifs aux droits de participation des travailleurs, en particulier en ce qui concerne les négociations relatives à ces droits lorsque ces négociations ont été déclenchées par le dépassement des quatre cinquièmes du seuil national applicable).

La Chambre des Notaires comprend que ce contrôle approfondi ne constitue pas la règle en la matière.

Ainsi que les commentaires de l'article 1025-12 du projet de loi le précisent à la page 71, « *ce n'est qu'en cas de soupçons sérieux que la fusion transfrontalière européenne est réalisée à des fins abusives ou frauduleuses visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner, ou à des fins criminelles qu'il devra faire preuve d'une vigilance accrue.* »

Le notaire doit procéder à une évaluation des risques de l'opération pour déterminer s'il y a lieu d'approfondir son contrôle.

Dans le cadre de cette évaluation des risques, le notaire pourra solliciter des renseignements auprès de diverses autorités compétentes corroborant ou permettant de lever les soupçons sérieux. (voir ci-après les commentaires relatifs au paragraphe 11).

Les soupçons peuvent être initiés par des incohérences dans les documents et informations transmises, la réticence ou le refus à transmettre les documents et informations sollicités.

Si le notaire constate, qu'au vu de ses diligences, il n'y a pas suffisamment d'éléments permettant d'écarter ses soupçons sérieux que l'opération est réalisée à des fins abusives ou frauduleuses menant

ou visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner, ou à des fins criminelles, il ne délivre pas le certificat.

(9) En cas de nécessité d'approfondir le contrôle, le délai de 3 mois est prorogé de 3 mois au maximum.

La Chambre des Notaires comprend que ce délai supplémentaire doit permettre aux notaires d'obtenir de la société elle-même ou d'autorités externes les informations et documents nécessaires pour finaliser son évaluation.

(10) Si l'opération s'avère particulièrement complexe il est envisagé que le délai de 3 mois augmenté de 3 mois au maximum puisse ne pas être tenu. Le notaire devra informer la société des raisons de ce retard éventuel avant l'expiration des délais.

La Chambre des Notaires comprend que les raisons du retard communiquées à la société qui fusionne ne pourront être que d'ordre général sans avoir besoin de justifier ou de préjuger de la légalité de l'opération de fusion transfrontalière.

(11) Le notaire pourra consulter les autorités pertinentes, y compris les autorités de l'Etat-membre de la société issue de la fusion, qualifiées dans les différents domaines concernés par la fusion transfrontalière, dans le cadre de son contrôle de légalité.

La Chambre des Notaires comprend que par ces autorités pertinentes, les législateurs européen et luxembourgeois visent des autorités administratives telles que l'Administration de l'enregistrement, des domaines et de la TVA, l'Administration des contributions directes, le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations de sécurité sociale, la CSSF, l'Inspection du travail et des mines, le Commissariat aux assurances, ...

Il va sans dire que le notaire sera dès lors tributaire de la rapidité de la réponse à ses demandes.

Il s'ensuit que le respect par le notaire du délai imparti pour la délivrance du certificat ne pourra être respecté que si les réponses à ses demandes, elles-mêmes non soumises à délais, seront promptes. Il est donc utile de rappeler la nécessité de recevoir au préalable toutes ces informations/réponses afin d'éviter des délais supplémentaires.

La Chambre est d'avis que les notaires pourraient, exiger des analyses et expertises supplémentaires dans certains cas en vue d'évacuer des soupçons.

– *Concernant l'abus fiscal :*

La Chambre des Notaires considère que l'organe d'administration ou de direction doit certifier que l'opération ne constitue pas un abus fiscal.

Afin de lever l'éventuel soupçon quant à un abus fiscal, la Chambre des Notaires estime qu'il serait dans ce contexte souhaitable que le notaire obtienne de la part de l'Administration des contributions directes (destinataire des déclarations) des informations quant à une éventuelle déclaration réceptionnée par elle dans le cadre de la loi du 25 mars 2020 relative aux dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration (DAC 6) sans que le notaire ne se voit opposer un refus au prétexte de la protection des données.

Dans cet ordre d'idées, il est important de prévoir un cadre légal pour le traitement des demandes des notaires par ces autorités dans un délai imparti.

– *Concernant la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme*

Il est évident que le notaire devra respecter la législation applicable et remplir ses obligations en matière de contrôle.

Il devra déclarer toute opération suspecte aux autorités compétentes en s'abstenant de révéler cette déclaration au client.

La Chambre des Notaires s'interroge dès lors sur la possibilité de concilier la communication au client d'un refus de certificat en cas de soupçon sérieux de fins criminelles (blanchiment des capitaux et/ou financement du terrorisme) avec l'interdiction du tipping off.

– *Concernant la protection des travailleurs*

Afin de s'assurer du respect de la protection des droits des travailleurs, de l'absence de dumping social, la Chambre des Notaires estime que le notaire pourra interroger le Centre d'informatique, d'affiliation et de perception des cotisations de sécurité sociale et l'inspection du travail et des mines.

Dans cet ordre d'idées, il est important de prévoir un cadre légal pour le traitement des demandes des notaires par ces autorités dans un délai imparti.

Le notaire pourra avoir recours, s'il l'estime nécessaire, à l'avis d'un expert indépendant de son choix aux frais de la société.

(12) Le projet de loi indique au paragraphe 12 qu' « *en cas d'absence de réponse des autorités pertinentes consultées par le notaire conformément au paragraphe 11 dans le délai imparti pour réaliser le contrôle visé au présent article, le notaire ne devra s'abstenir de délivrer le certificat préalable qu'en présence de circonstances exceptionnelles.* »

La Chambre des Notaires relève que cette possibilité ne figure ni dans la Directive Mobilité ni dans les lois transposant la Directive Mobilité en droit belge et néerlandais.

Les commentaires du projet de loi motivent ce texte par le souci d'éviter de créer un climat de méfiance généralisée à l'encontre des fusions transfrontalières européennes dont la conformité à la liberté d'établissement et aux enseignements de la Cour de justice en la matière serait particulièrement douteux.

La Chambre des Notaires ne peut pas partager cette analyse des auteurs du projet de loi. Le notaire ne pourra pas établir un certificat attestant la légalité de l'opération transfrontalière européenne si son analyse de l'opération a requis que des autorités soient consultées et que les informations permettant au notaire de confirmer cette légalité n'ont pas encore été transmises.

Si le notaire juge qu'il est opportun de consulter des autorités pertinentes pour effectuer le contrôle de la légalité de la fusion, un certificat délivré en l'absence de réponse de ces autorités vide de son sens le contrôle et la possibilité de consulter des autorités pertinentes.

La Chambre des Notaires se pose la question si cela n'ouvre pas la porte à tous les abus car ces autorités pertinentes sont consultées notamment lorsque les pièces fournies sont incohérentes.

Dès lors que la société a transmis au notaire une « *management representation letter* » circonstanciée accompagnée de tous les éléments énumérés ci-avant, les cas de figure devraient être très réduits.

(13) Un recours est ouvert à la société qui se serait vu opposer un refus de délivrance du certificat au motif que la fusion transfrontalière européenne est réalisée à des fins abusives ou frauduleuses menant ou visant à se soustraire au droit de l'Union ou au droit national ou à le contourner, ou à des fins criminelles devant le magistrat présidant la chambre du tribunal d'arrondissement, dans le ressort duquel la société qui fusionne a son siège social, siégeant en matière commerciale dans un délai de huit jours suivant la notification de la décision de refus.

La Chambre des Notaires rappelle que la délivrance du certificat préalable n'est pas un acte de commerce mais une obligation légale d'un officier public.

Elle s'étonne de la compétence de la Chambre du tribunal siégeant en matière commerciale. Le parallèle avec le refus d'immatriculation du gestionnaire du registre de commerce et des sociétés est inadéquat.

La Chambre des Notaires comprend que la finalité de la procédure ne porte que et uniquement sur le refus de délivrance du certificat et non sur la question d'une éventuelle mise en cause de la responsabilité du notaire qui ne peut que relever de la compétence des chambres civiles.

L'aboutissement de cette procédure est l'annulation de la décision de refus du notaire et l'obligation d'émettre le certificat.

Il est évident pour la Chambre des Notaires que le seul fait du refus de délivrance n'est pas constitutif d'une faute.

Dans la même logique, le fait de délivrer un certificat sur injonction du tribunal ne pourra pas constituer une faute du notaire.

(14) Le notaire n'engage sa responsabilité qu'en cas de faute lourde réalisée dans le cadre de ce contrôle.

La Directive Mobilité ne contient aucune disposition sur la responsabilité des autorités compétentes pour contrôler la légalité des fusions transfrontalières. La disposition prévue ne peut dès lors pas présenter de contrariété avec la Directive Mobilité.

Dans la mesure où cette mission nouvelle des notaires va très au-delà de celles leur confiées à ce jour, il faut se référer aux commentaires du projet de loi et aux termes employés par le législateur européen lui-même.

Si la faute lourde ne figure pas expressis verbis dans le texte de la Directive Mobilité elle en découle implicitement.

Le notaire doit effectuer des « diligences normales » à l'occasion de son contrôle et de la lutte anti-abus aboutissant éventuellement à un « soupçon sérieux ».

Le soupçon sérieux est bien plus qu'un simple doute qui serait sanctionné en cas d'imprudence légère.

La Chambre des Notaires tend donc à considérer que les termes de la Directive Mobilité elle-même vont dans le sens de la sanction d'une faute lourde et non de toute faute.

Le moindre doute du notaire impliquerait, afin de respecter la procédure et de ne pas engager sa responsabilité, l'exigence de diligences supplémentaires systématiques allongeant considérablement les délais de la procédure et pouvant aboutir à un refus de délivrance du certificat lorsque le moindre doute n'aura pas été levé.

Là n'est pas la logique de la Directive Mobilité qui ne sanctionne que le soupçon sérieux de fins abusives ou frauduleuses ou à des fins criminelles.

Partant la Chambre des Notaires approuve le remplacement par le législateur de la formulation « *s'il est déterminé* » présente dans le texte européen par la formulation « *s'il constate* ».

La Chambre des Notaires estime que cette disposition ponctuelle se rapportant à quelques opérations de droit des sociétés n'a pas sa place dans la loi générale du 9 décembre 1976 relative à l'Organisation du notariat telle que modifiée, mais doit figurer, dans la loi sur les sociétés commerciales du 10 août 1915 telle que modifiée pour les raisons exposées ci-dessus.

#### ➤ Article 1025-14 Contrôle de la légalité

(1) Le notaire contrôle la légalité de la fusion transfrontalière européenne pour la partie de la procédure relative à la réalisation de la fusion transfrontalière européenne, et le cas échéant, à la constitution d'une nouvelle société issue de la fusion transfrontalière européenne lorsque la société issue de la fusion transfrontalière européenne relève de la législation luxembourgeoise.

Ce contrôle porte notamment sur la vérification de l'approbation par les sociétés qui fusionnent du projet commun de fusion dans les mêmes termes et, le cas échéant, que les modalités relatives à la participation des travailleurs ont été fixées conformément à la législation applicable en droit du travail.

Cette obligation déjà existante dans la « Directive Société » ne devrait pas soulever de questionnement particulier.

(2) Pour mettre le notaire en mesure d'effectuer ce second contrôle de légalité, le projet commun de fusion approuvé par l'assemblée générale ou si l'approbation par l'assemblée n'est pas nécessaire, le projet commun de fusion approuvé par chacune des sociétés qui fusionnent conformément à leur droit national sont transmis par les sociétés au notaire.

(3) /

(4) Le texte du projet de loi indique : « *Le notaire constate sans délai que toutes les conditions applicables à la fusion transfrontalière européenne ont été remplies.* »

Si la Chambre des Notaires ne peut qu'approuver les commentaires faisant état de la rapidité et de la réactivité des notaires, elle doit cependant plaider pour une reformulation comme suit du texte proposé:

« *Dès que toutes les conditions applicables à la fusion transfrontalière ont été remplies, le notaire constate ce fait.* »

Le notaire ne pourrait voir sa responsabilité engagée si la société devait considérer le délai pour procéder au constat comme ne répondant pas au critère de rapidité induit par la formule « sans délai ».

La Chambre des Notaires est d'avis que ce deuxième contrôle de légalité est fait par le biais d'un certificat « post-fusion » (à l'instar du certificat préalable qui est le premier contrôle), certificat qui sera déposé au Registre de Commerce et des Sociétés aux fins de continuation via le système d'interconnexion des registres – BRIS.

La Chambre de Commerce, dans son avis du 10 novembre 2022, a proposé certains amendements au projet de loi et en particulier l'amendement suivant (page 33 de l'avis) : « *Proposition de compléter la rédaction de cet article (article 1025-15), comme suit pour une meilleure compréhension :*

(1) ...

(2) *Entre les parties, la fusion transfrontalière européenne, lorsque la société issue de la fusion transfrontalière européenne relève de la législation luxembourgeoise, est réalisée dès que le notaire a réalisé le contrôle de légalité visé à l'article 1025-14 et émis son certificat de légalité. »*

La Chambre des Notaires approuve cette proposition.

(5) Le certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne est accepté par le notaire en tant que preuve concluante de l'accomplissement correct des procédures et formalités préalables à la fusion transfrontalière européenne applicables dans l'État membre dont le certificat est issu, sans lesquelles la fusion transfrontalière européenne ne peut pas être approuvée. Toutefois, en cas d'erreur manifeste, le notaire pourra refuser le certificat préalable et imposer aux sociétés qui fusionnent de faire rectifier l'erreur ou de fournir une explication satisfaisante.

La Chambre des Notaires ne peut pas approuver la possibilité pour les sociétés de fournir une explication satisfaisante en cas d'erreur manifeste. Si erreur il y a, celle-ci doit être rectifiée. Une explication ne corrige pas une erreur.

➤ *Article 1034-12 Certificat préalable à la scission transfrontalière européenne*

La Chambre des Notaires renvoie à ses commentaires de l'article 1025-12.

➤ *Article 1034-14 Contrôle de la légalité*

(4) « *Le notaire constate sans délai la scission transfrontalière européenne dès qu'il a déterminé que toutes les conditions applicables ont été remplies et que toutes les formalités ont été correctement accomplies. »*

La Chambre des Notaires renvoie à ses commentaires de l'article 1025-14.

➤ *Article 1062-11 Certificat préalable à la transformation transfrontalière européenne*

La Chambre des Notaires renvoie à ses commentaires de l'article 1025-12.

➤ *Article 1062-13 Contrôle de la légalité*

(1) Le texte du projet de loi dispose à l'article 1062-13: « *Le notaire est compétent pour contrôler la légalité de la transformation transfrontalière européenne pour la partie de la procédure relative à la réalisation de la transformation transfrontalière européenne et pour approuver la transformation transfrontalière européenne. Le notaire veille en particulier à ce que la société transformée respecte les dispositions du droit national sur la constitution et l'immatriculation des sociétés et, le cas échéant, à ce que les modalités relatives à la participation des travailleurs aient été fixées conformément à la législation applicable en droit du travail. »*

La Chambre de Notaires ne peut marquer son accord avec le texte proposé.

En effet, suivant les dispositions de la loi du 10 août 1915 telle que modifiée, la décision pour approuver la transformation transfrontalière appartient aux associés ou aux actionnaires de la société, et non au notaire.

Les commentaires du projet de loi concernant l'article 1062-13 – Contrôle de légalité sont par ailleurs très instructifs (Projet de Loi N°8053, pages 137 et 138).

« ... En outre, l'identité de l'autorité en charge du deuxième contrôle a été précisée et le fait que le notaire ne fait que constater que les conditions préalables à la prise d'effet de la transformation

*transfrontalière européenne sans porter le moindre jugement d'opportunité sur l'opération en question a été clarifié... »*

*« ... Au niveau du contenu du contrôle, le notaire devra en particulier vérifier que les statuts de la société transformée sont conformes au droit luxembourgeois, tout en précisant qu'il n'est pas requis que la société en question ait un actif net positif correspondant au montant du capital social. Imposer une telle condition dresserait en effet une entrave excessive du point de vue de la liberté d'établissement... »*

(4) Par ailleurs, cette lecture du texte rejoint la modification du paragraphe 4 de l'article 1062-13 du projet de loi telle que proposée par le Conseil de l'Ordre (Avis du Conseil de l'Ordre du 10 mai 2023, page 51) et libellé comme suit :

*« (4) ~~A la requête de l'organe de direction ou d'administration de la société,~~ Le notaire constate par un acte notarié que toutes les conditions applicables ont été correctement remplies et que toutes les formalités **au Grand-Duché de Luxembourg en qualité dans l'Etat membre de destination ont été correctement accomplies et constatera la réalisation de la transformation transfrontalière européenne celle-ci** par un acte notarié. »*

La Chambre des Notaires plaide pour la reformulation suivante :

*« A la requête de l'organe de direction ou d'administration de la société, le notaire constate par un acte notarié ~~que toutes les l'accomplissement correct des conditions applicables ont été correctement remplies et que de toutes les formalités dans l'Etat membre de destination ont été correctement accomplies~~ et constatera la réalisation de **celle-ci par un acte notarié la transformation transfrontalière.** »*

➤ *Article 1400-6, alinéa 1er, point 7°*

Sont prescrites par cinq ans toutes actions contre les notaires pour des faits liés aux contrôles visés aux articles 1025-12, 1034-12 ou encore 1062-11, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits.

Il est précisé par les commentaires du projet de loi que les actions en prescriptions contre les notaires pour ces faits sont considérées de manière similaire aux actions contre les gérants et administrateurs en vertu de l'article 1400-6, alinéa 1er, point 4° de la Loi de 1915.

La Chambre des Notaires ne peut approuver cette assimilation de la responsabilité des notaires à celle des gérants et administrateurs qui sont personnellement intéressés aux opérations de fusion, scission, transformation et en possession de tous les éléments concernant la société. Le notaire, officier public, n'a aucun intérêt personnel dans ces opérations.

La Chambre des Notaires estime que le point de départ doit être déterminé et non flottant.

Dans un souci de cohérence et de sécurité juridique, la Chambre des Notaires suggère à ce que le point de départ du délai de prescription des actions contre les notaires pour des faits liés aux contrôles visés aux articles 1025-12, 1034-12 ou encore 1062-11 soit fixé au jour de la prise d'effet de la fusion, de la scission respectivement de la transformation.

➤ *Chapitre 3 Entrée en vigueur – Article 40*

*«Les dispositions de la présente loi s'appliquent à toute opération de fusion, de scission et de transformation pour laquelle le projet de fusion, le projet de scission ou le projet de transformation, le cas échéant, est publié le premier jour du mois qui suit l'entrée en vigueur de la présente loi. »*

Les commentaires du projet de loi précisent que les opérations de fusion, scission et de transformation pour lesquelles le projet aura été publié avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, mais qui n'auront pas encore été clôturées au jour de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, resteront soumises aux règles issues de la législation antérieure.

La Chambre des Notaires tient à attirer l'attention du législateur sur les difficultés que peuvent rencontrer les sociétés du fait d'une telle entrée en vigueur.

La plupart des opérations transfrontalières sont réalisées en fin d'année pour commencer une nouvelle année comptable et fiscale sous la législation du pays « destinataire » de l'opération.

Ce délai d'un mois peut s'avérer trop court pour leur permettre de réunir tous les documents et informations nécessaires pour satisfaire aux nouvelles obligations. Une entrée en vigueur trop rapide ralentirait considérablement les activités des sociétés.

La Chambre des Notaires suggère de prévoir un délai d'application plus long et de libeller l'article 40 ainsi :

*Art. 40. Les dispositions de la présente loi s'appliquent à toute opération de fusion, de scission et de transformation pour laquelle le projet de fusion, le projet de scission ou le projet de transformation, le cas échéant, est publié le premier jour du **troisième** mois qui suit l'entrée en vigueur de la présente loi.*

