

N° 7465⁷

CHAMBRE DES DEPUTES

Session ordinaire 2019-2020

PROJET DE LOI**relative aux dispositions transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES NOTAIRES**A) INCOMPATIBILITE DU PROJET DE LOI
AVEC LA MISSION PUBLIQUE NOTARIALE**

Aux yeux de la Chambre des Notaires, le texte du projet de loi no 7465/04 (projet de loi) – dans l'hypothèse où il serait destiné à être appliqué à la fonction de notaire – contrecarrerait et rendrait difficile, voire au moins en partie impossible, l'exécution de la mission publique notariale.

Cette incidence n'étant envisagée ni par le législateur, ni par le droit européen – et surtout pas par la directive (UE) 2018/822 à transposer – et étant donné que le projet de loi ne prévoit pas encore la clarification requise consistant à exempter les notaires de son champ d'application, la Chambre des Notaires propose de compléter l'article 1^{er} (1) point 4 in fine du texte comme suit :

« Ne constituent pas d'intermédiaires au sens de la présente loi les notaires au sens de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat ».

Au vu de ce qui précède, la Chambre des Notaires rappelle un certain nombre des caractéristiques principales de la fonction de notaire :

I) L'obligation du notaire de prêter son ministère

L'article 1^{er} (I) de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat (loi organique) stipule¹ :

« Les notaires sont les officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des grosses et des expéditions. »

Il en découle l'obligation du notaire de prêter son ministère à tout un chacun qui le sollicite.

Cet « Urkundsgewähranspruch » est une conséquence logique de la qualité d'officier public que la loi organique attribue aux notaires².

Comparable aux services essentiels d'intérêt général qu'assurent certaines administrations publiques³, le ministère notarial est indispensable à la bonne administration et gestion des situations de vie les plus importantes et décisives qu'a définies le législateur.

Le notaire, en assumant ce rôle dans l'intérêt général⁴, contribue à la sécurité juridique et, au final, à la paix sociale.

1 Surlignage par la Chambre des Notaires.

2 Voir notamment les articles 2, 16 et ss. de la loi organique : attribution de la qualité d'officier public moyennant la nomination des notaires par le Grand-Duc.

3 « Öffentliche Daseinsvorsorge » en langue allemande.

4 Constat confirmé par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-51/08 (Commission/Luxembourg), point 97, voir infra.

Font, entre autres, partie de ces constellations, la préparation et mise en œuvre notariale des contrats de mariage, des ventes d'immeubles, des partages d'ascendants et des successions. Au niveau des personnes morales, il faut notamment prendre en compte les constitutions de sociétés ainsi que les événements les plus importants qui peuvent se produire tout au long de leur cycle de vie, par exemple les changements de statuts ou bien les scissions et fusions.

La Chambre des Notaires donne à réfléchir que, d'un point de vue logique et compte tenu de l'ampleur qu'a attribuée le législateur à la mission publique notariale, les exceptions à ce principe ne sauraient se justifier que par des intérêts publics équivalents ou bien supérieurs aux intérêts publics poursuivis par le notaire.

C'est en tout cas ainsi qu'est conçue la législation notariale, laquelle prévoit à l'article 3 (3), phrase 2⁵ de la loi organique :

« [Les notaires] ne peuvent refuser leur ministère lorsqu'ils en sont requis, sauf qu'ils doivent le refuser dans les cas prévus par les articles 21 et 24 de la présente loi, l'article 5 (3) de la loi du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme ainsi que dans tous les cas où, en vertu de dispositions légales spéciales, ils ont, avant de prêter leur ministère, une mission de vérification légale de l'existence ou de l'accomplissement de certaines conditions et formalités et qu'ils constatent que ces conditions ou formalités ne sont pas remplies. »

Toujours en phase avec ce principe de base de la législation notariale, les exceptions suivantes à l'obligation notariale de prêter ministère se justifient toutes par des raisons d'intérêt supérieur, à savoir :

- Exception selon l'article 21⁶ de la loi organique respectivement d'après l'article 5 (3) de la loi anti-blanchiment⁷ : justification : connaissance/soupçon d'illicéité ou bien d'un agissement criminel dans le chef des clients du notaire
- Exception selon l'article 24⁸ de la loi organique : justification : interdiction d'actes notariés compromettant l'indépendance et/ou l'impartialité du notaire

5 Surlignage par la Chambre des Notaires.

6 « Il est défendu aux notaires de recevoir des actes dont les dispositions seraient contraires à une loi pénale ».

7 Loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme, article 5 (3) : « Les professionnels sont tenus de s'abstenir d'exécuter toute transaction qu'ils savent, soupçonnent ou ont des motifs raisonnables de soupçonner d'être liée à un blanchiment, à une infraction sous-jacente associée, ou à un financement du terrorisme avant d'en avoir informé la Cellule de renseignement financier conformément aux paragraphes 1^{er} et 1bis et de s'être conformés à toute instruction particulière émanant de la Cellule de renseignement financier (...) ».

8 « (1) Les notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels soit eux-mêmes, soit leur conjoint, soit leurs parents ou alliés ou ceux de leur conjoint, en ligne directe à tous les degrés, et en ligne collatérale jusqu'au degré d'oncle ou de neveu inclusivement, seraient parties ou qui contiendraient quelque disposition en leur faveur. (2) Sont exceptés de la règle précédente: a) les stipulations aux termes desquelles les notaires sont chargés de la recette des derniers; b) les ventes publiques, dans lesquelles les notaires peuvent instrumenter pour leurs parents et alliés en ligne collatérale et pour ceux de leur conjoint; c) les testaments, pour lesquels la prohibition s'étend en ligne collatérale jusqu'au quatrième degré inclusivement. (3) En particulier les notaires ne peuvent recevoir: a) les actes de constitution de sociétés ou d'associations dans lesquels eux-mêmes, leur conjoint, leurs parents ou alliés ou ceux de leur conjoint au degré prohibé seraient parties; b) des actes pour compte d'une société civile ou commerciale ou pour compte d'une association, représentée à l'acte par un administrateur, gérant, commandité, commissaire, liquidateur ou mandataire qui serait parent ou allié du notaire ou de son conjoint au degré prohibé; c) des actes pour compte d'une société civile ou commerciale ou pour compte d'une association, dans laquelle eux-mêmes, leur conjoint, leurs parents ou alliés ou ceux de leur conjoint au degré prohibé seraient administrateurs, gérants, commandités, commissaires ou liquidateurs; toutefois, par dérogation à la règle qui précède, les notaires peuvent recevoir des actes pour compte des sociétés anonymes, dans lesquelles leurs parents ou alliés, en ligne collatérale au degré d'oncle ou de neveu, ou les alliés de leur conjoint en ligne collatérale seraient administrateurs ou commissaires pourvu que ces parents ou alliés ne représentent pas lesdites sociétés dans les actes et qu'ils ne figurent pas dans les procurations annexées aux actes comme mandants de ces sociétés; d) des actes pour compte d'une société civile, d'une société en nom collectif, en commandite simple ou à responsabilité limitée, dans lesquelles eux-mêmes, leur conjoint, leurs parents ou alliés ou ceux de leur conjoint au degré prohibé seraient associés. (4) Toutefois, les notaires qui seraient, ou dont le conjoint ou les parents ou alliés au degré prohibé seraient associés, actionnaires ou obligataires d'une des sociétés ou associations nommées ci-après, peuvent: a) dresser les procès-verbaux d'assemblées générales d'actionnaires ou d'obligataires d'une société anonyme ou d'une société en commandite par actions, à moins qu'eux-mêmes, leur conjoint ou leurs parents ou alliés au degré prohibé ne soient membres du bureau, administrateurs, commandités, commissaires ou liquidateurs de la société ou qu'eux-mêmes ne figurent sur la liste de présence; b) dresser les procès-verbaux d'assemblées générales des associés ou des obligataires d'une société coopérative ou d'une association agricole ou sans but lucratif, à moins qu'eux-mêmes, leur conjoint ou leurs parents ou alliés au degré prohibé ne soient membres du bureau, administrateurs, gérants, commissaires ou liquidateurs de la société ou de l'association ou ne soient tenus solidairement ou indéfiniment. Les actes reçus au mépris des dispositions du présent article sont nuls comme actes authentiques. Toutefois, lorsqu'ils sont revêtus de la signature de toutes les parties, ils vaudront comme actes sous seing privé ».

– Exception selon l’article 1^{er} in fine de la loi organique⁹ : justification : conditions de forme indispensables à l’accomplissement des tâches notariales.

Aux yeux de la Chambre des Notaires, le projet de loi ne saurait satisfaire à ces conditions, en tout cas pas pour ce qui est de la version actuelle du texte sous examen.

A cet égard, il importe peu si le but recherché par la directive et le projet de loi d’obtenir au sein de l’Union européenne une meilleure et plus juste répartition du produit fiscal¹⁰ peut être considéré – malgré son caractère programmatique, indéfini et approximatif – comme étant un intérêt public¹¹ au sens des développements précédents.

Car en effet, c’est en raison des définitions vagues, et donc vastes, inscrites au projet de loi¹², compte tenu des obligations d’analyse fiscale exorbitante et chronophage¹³ et au vu des sanctions en jeux d’un montant maximal de 250.000 €¹⁴ que les notaires feraient bien de se tenir à l’écart de tout dossier potentiellement susceptible de comprendre un dispositif transfrontière au sens de la directive.

Ceci aurait bien évidemment comme conséquence que bon nombre de dossiers tout à fait anodins se verraient également refusés par le notaire.

Au final, l’obligation du notaire de prêter son ministère serait ainsi transposée en lettre morte.

II) Prise en compte du droit européen

Il est évident que cette mise à mal de la fonction de notaire n’est pas exigée par le droit européen, ni par la directive à transposer, ni par d’autres dispositions européennes.

Il y a lieu de rappeler dans ce contexte que c’était la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE) qui a confirmé l’utilité du notariat de type latin¹⁵.

La CJUE précisait par ailleurs que les Etats membre de l’Union européenne disposent d’une marge de manoeuvre importante leur permettant de déterminer la portée, le contenu ainsi que le fonctionnement et l’organisation de la fonction de notaire¹⁶.

Par voie de conséquence, il appartient également aux seuls Etats membres de décider du maintien de la fonction de notaire.

Ainsi, l’atteinte que porterait le projet de loi à la fonction de notaire ne se justifierait pas non plus par le droit de l’Union.

*

9 « (...) une mission de vérification légale de l’existence ou de l’accomplissement de certaines conditions et formalités et qu’ils constatent que ces conditions ou formalités ne sont pas remplies. »

10 Voir notamment considérant 2 de la directive 2018/822.

11 Voir sur cet aspect point B) III) du présent avis.

12 Voir notamment la terminologie floue des marqueurs.

13 Cf. article 10 du projet de loi

14 Voir article 15 (1) du projet de loi.

15 Arrêt de la CJUE dans l’affaire C-51/08 (Commission/Luxembourg), point 97 « (...) le fait que les activités notariales poursuivent des objectifs d’intérêt général, qui visent notamment à garantir la légalité et la sécurité juridique des actes conclus entre particuliers, constitue une raison impérieuse d’intérêt général qui permet de justifier d’éventuelles restrictions à l’article 43 CE découlant des spécificités propres à l’activité notariale, telles que l’encadrement dont les notaires font l’objet au travers des procédures de recrutement qui leur sont appliquées, la limitation de leur nombre et de leurs compétences territoriales ou encore leur régime de rémunération, d’indépendance, d’incompatibilités et d’inamovibilité, pour autant que ces restrictions permettent d’atteindre lesdits objectifs et sont nécessaires à cette fin ».

16 Voir l’arrêt dans l’affaire C-342/15 (Piringer).

B) OBSERVATIONS A TITRE SUBSIDIAIRE

La Chambre des Notaires tient à aborder, à titre subsidiaire, un certain nombre d'aspects supplémentaires.

I) Le secret professionnel du notaire

La Chambre fait remarquer que le secret professionnel, inhérent à la fonction notariale, rend également inutile l'application aux notaires du texte sous examen.

Compte tenu d'évolutions récentes qu'a connues la pratique notariale dans le domaine de la justice répressive et compte tenu d'autres propositions législatives en cours de discussion, la Chambre des Notaires rappelle que les notaires sont, eux aussi, couverts par l'article 458 du Code pénal¹⁷.

Il est évident que l'obligation de dénonciation qu'instaure le projet de loi perturberait les relations de confiance telles qu'elles existent, jusqu'à ce jour en tout cas, entre le notaire et son client.

Plus précisément, la Chambre s'interroge comment un client de notaire sollicitant la mise en œuvre d'une transaction donnée présentant des éléments transfrontaliers pourrait faire confiance à son notaire qui, à son tour, serait obligé – avant de passer à la préparation d'acte sollicité – d'examiner en profondeur toute implication fiscale possible, pour, en fin de compte, arriver à la conclusion de ne pas pouvoir faire l'acte ou bien, de devoir dénoncer le projet en cause.

Dans ce contexte précis, la Chambre des Notaires revient à l'avis qu'a rendu l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg en date du 30 octobre 2019. Quant à cette prise de position, au cas où le législateur accède à la demande d'exception soumise par les avocats, il se poserait la question de savoir si l'exemption de la fonction de notaire du champ d'application du projet de loi serait également requise en raison du principe constitutionnel de traitement égal devant la loi.

A titre indicatif, la Chambre des Notaires indique au législateur l'approche retenue par l'Autriche, laquelle connaît une exemption de principe de l'obligation de dénoncer dans le chef des intermédiaires tenus par un secret professionnel¹⁸.

II) Principe de proportionnalité

En outre, la Chambre des Notaires se rallie au prédit avis de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg concernant la violation du principe de proportionnalité, ancré, notamment, dans le droit de l'Union européenne.

Vu le vaste champ d'application du projet de loi et ses nombreuses questions ouvertes et insécurités juridiques, l'amende s'élevant à 250.000 € paraît disproportionnée.

Ceci notamment si l'on prend en considération les amendes considérablement inférieures que prévoient d'autres Etats membres.

Pour conclure, c'est surtout au niveau des petites et moyennes structures notariales qu'une amende exorbitante pourrait s'avérer néfaste au cas où une disposition fiscale pertinente échappe à l'attention du notaire instrumentant.

III) Nécessité cruciale pour le Luxembourg de distinguer entre l'optimisation fiscale et des agissements fiscaux illégaux

Qui plus est, la Chambre des Notaires invite instamment le législateur à garder à l'esprit la distinction entre, d'une part, la créativité et l'optimisation fiscale et, d'autre part, les agissements fiscaux illégaux, *distinguo* dont la reconnaissance et défense par les décideurs (législatifs) du Luxembourg est, de toute évidence, crucial pour l'ensemble de la place.

17 « Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de 500 euros à 5.000 euros. »

18 Voir paragraphe 11 du « Bundesgesetz über den verpflichtenden automatischen Informationsaustausch über meldepflichtige grenzüberschreitende Gestaltungen im Bereich der Besteuerung ».

Ceci d'autant plus en vue de l'absence d'accord politique européen d'uniformiser le droit fiscal des Etats membres.

IV) Conséquences pratiques à prendre en compte

Finalement, la Chambre des Notaires, tout comme la Chambre des Commerce¹⁹, estime possible que certains intermédiaires, dans le but d'éviter les sanctions sévères, déclarent de façon précipitée et, par conséquent, trop souvent les dispositifs potentiellement agressifs.

Une charge supplémentaire au détriment des administrations compétentes en serait la conséquence.

Inutile de dire que les gaspillages importants des fonds et moyens publics qui iraient de pair avec ces sur-déclarations constitueraient un corollaire peu acceptable, ceci notamment dans des périodes de besoin criant de ressources humaines et financières (tant publiques que privées) dans le domaine de la compliance : la Chambre des Notaires tient à rappeler que la 4e « mutual evaluation » du GAFI est imminente.

¹⁹ Avis du 28 novembre 2019.

