



Luxembourg, le 19 novembre 2024

Ministère de la Justice
Madame la Ministre
Elisabeth MARGUE
13, rue Erasme
L-1468 LUXEMBOURG

Concerne : Avis du Conseil d'Etat quant au projet de loi 8053 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

Madame la Ministre,

La Chambre des Notaires fait suite à l'email du 24 octobre dernier qui lui a été adressé par Madame Mathilde CROUAIL concernant l'avis du Conseil d'État quant au projet de loi 8053 transposant la directive fusions, scissions et transformations transfrontalières lequel comporte trois oppositions formelles intéressant le notaire.

A cet effet, la Chambre des Notaires vous précise sa position quant à ces trois oppositions formelles et y ajoute une observation importante.

EXECUTIVE SUMMARY

- 1°) La Chambre des Notaires souhaite maintenir le terme « manifestement » à l'article 1025-12 paragraphe (7)
- 2°) La Chambre des Notaires souhaite ajouter une précision à l'article 1025-12 paragraphe (8)
- 3°) La Chambre des Notaires approuve, sous certaines conditions, la suppression du paragraphe 1025-12 paragraphe (12)
- 4°) La Chambre des Notaires propose de reformuler l'article 1025-14 paragraphe (4) comme suit :
« *Le notaire acte l'approbation de la fusion transfrontalière dès qu'il a déterminé que les conditions applicables ont été remplies.* »

La Chambre des Notaires vous apporte les précisions suivantes :

1°) Article 1025-12 paragraphe (7)

« Le notaire ne délivre pas de certificat préalable à la fusion transfrontalière européenne s'il constate, conformément au droit national et après avoir accompli les diligences normales, qu'une fusion transfrontalière européenne est manifestement 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. »

Le Conseil d'Etat estime que par l'utilisation du terme « manifestement », la loi opérerait une transposition incorrecte de la directive, dans la mesure où la directive « se satisfait d'un simple soupçon d'illégalité ».

Or, l'article 127, paragraphe 8, de la directive (UE) 2017/1132, dispose que « [I]es États membres veillent à ce que l'autorité compétente ne délivre pas de certificat préalable à la fusion s'il **est déterminé**, conformément au droit national, qu'une fusion transfrontalière 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. ».

La Chambre de Notaires retient donc que le texte de la directive, en son article 127, paragraphe 8 ne parle pas de soupçons d'illégalité, qu'ils soient simples ou sérieux, mais des cas où l'illégalité ou la nature abusive de la fusion « est déterminée, conformément au droit national » - donc de cas où cette illégalité est « manifeste ».

La Chambre des Notaires renvoie au commentaire des articles du projet de loi et à son premier avis en ce qui concerne les raisons justifiées qui ont amenées les rédacteurs d'inclure le terme « manifestement » dans le texte de loi.

En effet, si lors de son contrôle normal de la légalité, le notaire, compte tenu des moyens limités à sa disposition, se rend compte sans difficultés des fins abusives, frauduleuses ou criminelles de la fusion -donc de son illégalité « manifeste » - il ne délivre pas le certificat.

Subsidiairement, si le terme « manifestement » devait être supprimé, la Chambre des Notaires relève que, contrairement à l'interprétation du Conseil d'Etat, ni la directive en question, ni le texte de la loi de transposition, ne vise le « soupçon simple » d'illégalité.

Même sans le terme « manifestement », le texte de loi parle d'un **constat** que l'opération **est réalisée** à des fins illégales ou frauduleuses et non pas un « simple soupçon » que cela pourrait être le cas.

C'est l'article 1025-12, (8) du projet de loi qui traite du « soupçon sérieux » d'illégalité de l'opération de fusion, article qui à la relecture paraît incomplet (voir infra 2°). Ce terme, issu de la directive, peut pareillement être considéré, en raison de son imprécision, comme source d'insécurité juridique.

La Chambre des Notaires insiste pour conserver le terme « manifestement ».

2°) Article 1025-12 paragraphe (8)

« (8) Lorsque le notaire, lors du contrôle de légalité visé au paragraphe 1er, 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 tient compte des faits et circonstances pertinents, tels que, le cas échéant et sans les considérer isolément, les facteurs indicatifs dont le notaire a pris connaissance au cours du contrôle visé au paragraphe 1er. L'appréciation aux fins du présent paragraphe est menée au cas par cas, en conformité avec la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat. »

La Chambre des Notaires se doit encore d'ajouter, qu'il y a impérativement lieu d'ajouter une précision à l'article 1025-12, (8).

Aux termes de ce paragraphe, en cas de soupçon sérieux 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, le notaire approfondit son analyse.

Si à l'issue de son analyse, un doute sérieux devait persister, le notaire ne devrait pas délivrer le certificat.

Or, le paragraphe (8) ne précise pas ce que le notaire doit faire après avoir tenu « compte des faits et circonstances pertinents, tels que, le cas échéant et sans les considérer isolément, les facteurs indicatifs dont le notaire a pris connaissance au cours du contrôle visé au paragraphe 1^{er} ».

Le paragraphe (7) ne visant que les cas « manifestes » ou partant d'un « constat » d'illégalité, le cas du doute sérieux persistant n'est pas envisagé.

A des fins de cohérence et de sécurité juridique, la Chambre des Notaires estime qu'il y a dès lors lieu d'ajouter à l'article 1025-12 paragraphe (8) in fine :
« S'il résulte de son appréciation que le soupçon sérieux n'a pas été levé, le notaire pourra s'abstenir de délivrer le certificat. »

3°) Article 1025-12 paragraphe (12)

« 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 se permet de renvoyer à son avis du 1^{er} décembre 2023 formulé en ces termes :

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.

La Chambre des Notaires avait formulé, dans son avis initial, la proposition de libeller l'article 1025-12, (12) en ces termes :

« *« En cas d'absence de réponse des autorités pertinents consultés par le notaire conformément au paragraphe 11 dans le délai imparti pour réaliser le contrôle visé au présent article, le notaire ne délivrera pas le certificat préalable. »*

La Chambre des Notaires peut dès lors aussi approuver la suppression de ce paragraphe, du moins dans la mesure où le rajout demandé par elle sous 2°) ci-dessus à l'article 1025-12 (8) aura été accepté.

4°) Article 1025-14 paragraphe (4)

« (4) *Le notaire constate sans délai que toutes les conditions applicables à la fusion transfrontalière européenne ont été remplies. »*

La Chambre des Notaires se doit de réagir à l'interprétation erronée du Conseil d'Etat dans son avis relatif à cette disposition.

En effet, le notaire n'approuve jamais la transaction / l'opération / l'acte juridique qui fait l'objet de l'acte notarié documenté par le notaire.

Le notaire vérifie que les conditions légales concernant l'acte notarié sont remplies.

L'article 1^{er} de la loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat définit la fonction de notaire comme suit :

« *Les notaires sont les officiers publics établis pour recevoir tous les actes et contrat 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.

En matière civile et commerciale, en vue de la reconnaissance et de l'exécution des actes authentiques reçus par les notaires au Luxembourg en vertu d'un acte de l'Union européenne dans le cadre de la coopération judiciaire civile de l'Union Européenne, le notaire, qui a reçu l'acte authentique, certifie les tirer exécutoires y relatifs en vue de leur reconnaissance et de leur exécution dans un autre Etat membre de l'Union européenne. »

La loi belge du 25 Ventôse An XI (16 mars 1803) contenant organisation du notariat définit la fonction notariale comme suit :

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

Cette définition comprend les éléments suivants, dont on a déjà vu qu'ils sont communs à beaucoup de notariats autres que le notariat belge : une fonction publique, comprenant le pouvoir de conférer l'authenticité aux actes reçus (et donc la force probante que la loi y rattache), en assurer la conservation et en permettre l'exécution forcée. »

PRECIS DU NOTARIAT – Hélène CASMAN, BRUYLANT 2011, page 17

Le Code européen de déontologie notarial adopté par le Conseil des Notariats de l'Union européenne (CNUE) définit le notaire comme suit :

« Le notaire est un officier public ayant reçu délégation de l'autorité de l'Etat pour conférer le caractère d'authenticité aux actes dont il est l'auteur, tout en assurance la conservation, la force probante et la force exécutoire desdits actes. »

La Chambre des Notaires relève que l'article 1025-14, (1) du projet de loi 8053 dispose :

« Le notaire est compétent pour contrôler 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 s de la fusion transfrontalière européenne lorsque la société issue de la fusion transfrontalière européenne relève de la législation luxembourgeoise. Le notaire contrôle en particulier que les sociétés qui fusionnent ont approuvée le projet commun de fusion transfrontalière européenne 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. »

L'accent est mis sur le « contrôle de la légalité » de la fusion transfrontalière par le notaire et non pas sur l'approbation de la fusion par le notaire.

La même terminologie a déjà été reprise lors de la modification de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales modifiée, entre autres, par la loi du 10 juin 2009 transposant, entre autres, la Directive 2005/56/CE du Parlement Européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur la fusion transfrontalière des sociétés de capitaux.

La loi du 10 juin 2009 a rajouté un article 271 (devenu article 1012-12) qui dans son paragraphe (2) dispose que :

« Le notaire doit vérifier et attester la légalité des actes et formalités incombant à la société auprès de laquelle il instrumente et du projet commun de fusion. »

Nulla part, une approbation de la fusion par le notaire n'est prévue ou requise.

Il en est de même lorsque la fusion est constatée par un certificat de fusion, en l'absence de la tenue de l'assemblée générale approuvant la fusion.

L'article 1021-14 (ancien article 273) prévoit que :

« (1) La fusion n'a d'effet à l'égard des tiers qu'après la publication faite conformément (L. 27 mai 2016) «aux dispositions du titre 1^{er}, chapitre Vbis de 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» des procès-verbaux des assemblées générales qui décident la fusion pour chacune des sociétés qui fusionnent ou, en l'absence d'une telle assemblée, de la publication faite conformément (L.27 mai 2016) «aux dispositions du titre 1^{er}, chapitre Vbis de la loi précitée du 19 décembre 2002 » d'un certificat d'un notaire établi à la requête de la société concernée, constatant que les conditions de l'article 1023-2 ou de l'article 1023-4 sont remplies. »

Le commentaire de l'article 1025-14 (page 73 du Projet de Loi) indique que :

« A l'instar du premier contrôle de légalité, le deuxième contrôle de légalité prévu par l'article 128, paragraphe 1^{er} de la Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité et transposé à l'article 1025-14, paragraphe 1^{er} a été confié aux notaires qui, malgré leurs moyens plus limités par rapport à une autorité judiciaire, ont les faveurs de praticiens et des acteurs économique en raison de leur disponibilité, de leur coût réduit et leur flexibilité. Le texte a fait l'objet de quelques modifications pour clarifier qu'il s'applique à l'hypothèse particulière des « fusions transfrontalières européennes » ... »

L'alinéa 3 du même article prévoit que :

« L'article 128, paragraphe 3 de la Directive Sociétés telle que modifiée par la Directive Mobilité prévoit que chaque État membre devra veiller à ce que toute demande aux fins du deuxième contrôle de légalité faite par l'une des sociétés qui fusionnent ... »

Les fusions sont approuvées par les assemblées générales des sociétés qui fusionnent et non pas par le notaire. Voir en ce sens l'ouvrage de Alain STEICHEN, *Précis de DROIT DES SOCIÉTÉS*, 6^e édition, 2018, pages 422 à 424.

La Chambre des Notaires se permet encore d'indiquer la disposition adoptée par le législateur belge lorsqu'il a transposé la directive (UE) 2019/212.

L'article 12:118. du Code des sociétés et associations belge dispose :

« Si la société issue de la fusion transfrontalière est régie par le droit belge, le notaire constate la réalisation de la fusion dans un acte authentique, après s'être assuré] que les sociétés qui fusionnent ont approuvé le projet commun de fusion transfrontalière dans les mêmes termes et, le cas échéant, que les modalités relatives à la participation des travailleurs ont été fixées [formellement conformément à la convention collective de travail n° 94 du 29 avril 2008, telle que modifiée par la convention collective de travail n° 94/1 du 20 décembre 2022].

A cette fin, chaque société qui fusionne remet au notaire visé à l'alinéa 1^{er} [...] une copie du projet commun de fusion transfrontalière, approuvé, conformément à l'article 12:116, selon le cas, par l'assemblée générale ou l'organe d'administration [, ainsi que des documents établissant qu'elle a respecté les prescriptions étrangères applicables concernées] ».

Compte tenu de ces éléments la Chambre des Notaires se doit d'insister pour que les termes de l'article 1025-14, (4) demeurent inchangés en ce qui concerne le constat par le notaire.

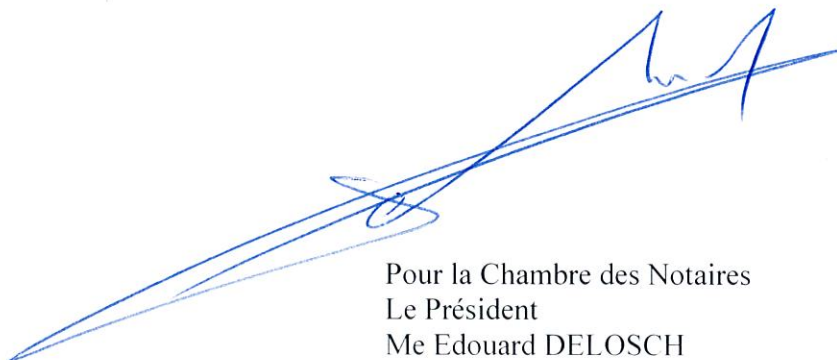
La Chambre des Notaires propose de reformuler l'article 1025-14, (4) ainsi :

« Le notaire acte l'approbation de la fusion transfrontalière dès qu'il a déterminé que les conditions applicables ont été remplies. »

La Chambre des Notaires se permet de souligner que le surplus de ses commentaires formulés dans son avis sont maintenus et que les observations formulées aux termes des présentes s'appliquent également aux procédures de scission et transformation.

Je me tiens à votre disposition pour toute question qui se poserait encore.

Je vous prie de croire, Madame la Ministre, en l'expression de mes sentiments les plus respectueux.

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the left.

Pour la Chambre des Notaires
Le Président
Me Edouard DELOSCH