

Texte pseudonymisé

Avertissement: Ce document pseudonymisé a une valeur purement informative. Le document original seul fait foi.

N° 130 / 2022

du 10.11.2022

Numéro CAS-2021-00139 du registre

Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, dix novembre deux mille vingt-deux.

Composition:

MAGISTRAT1.), conseiller à la Cour de cassation, président,
MAGISTRAT2.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT3.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT4.), conseiller à la Cour de cassation,
MAGISTRAT5.), conseiller à la Cour d'appel,
MAGISTRAT6.), premier avocat général,
GREFFIER1.), greffier à la Cour.

Entre:

la société anonyme 9 SOCIETE1.), établie et ayant son siège social à L-ADRESSE1.), représentée par le conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro B134322,

demanderesse en cassation,

comparant par Maître AVOCAT1.), avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

et:

la CAISSE NATIONALE DE SANTÉ, établissement public, établie à L-1471 Luxembourg, 125 route d'Esch, représentée par le président du conseil d'administration, inscrite au registre de commerce et des sociétés sous le numéro J21,

défenderesse en cassation,

comparant par Maître AVOCAT2.), avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu.

Vu l'arrêt attaqué, numéro 112/21 – IV – COM, rendu le 19 octobre 2021 sous le numéro CAL-2019-00028 du rôle par la Cour d'appel du Grand-Duché de Luxembourg, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 23 décembre 2021 par la société anonyme SOCIETE1.) à la CAISSE NATIONALE DE SANTÉ (ci-après la CNS), déposé le 27 décembre 2021 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 17 février 2022 par la CNS à la société SOCIETE 1.), déposé le 22 février 2022 au greffe de la Cour ;

Sur les conclusions du procureur général d'Etat adjoint MAGISTRAT7.).

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué, le tribunal d'arrondissement avait rejeté, sur base de l'exception de transaction, la demande de la CNS dirigée contre la société SOCIETE 1.) en remboursement d'un certain montant exposé au titre de frais d'agence, et avait alloué à la CNS un montant moindre sur lequel les parties avaient transigé. La Cour d'appel, après avoir invité les parties à conclure sur l'incidence de l'article 2045, alinéa 3, du Code civil, a écarté l'exception de transaction et a intégralement fait droit à la demande de la CNS.

Sur la recevabilité du pourvoi

La défenderesse en cassation soulève l'irrecevabilité du pourvoi au motif que la demanderesse en cassation aurait acquiescé à l'arrêt attaqué. Suite à la signification de cet arrêt et à la transmission du décompte des sommes dues en exécution dudit arrêt, la demanderesse en cassation aurait procédé, sans réserves, au paiement intégral du montant dû.

L'acquiescement est un acte juridique comportant renonciation au droit d'exercer un recours contre une décision et acceptation de l'exécution de celle-ci.

Le pourvoi en cassation n'étant pas suspensif en matière civile, l'exécution, même sans réserves, d'une décision ne vaut acquiescement que s'il résulte des circonstances dans lesquelles elle a eu lieu que celui qui s'est exécuté a, sans équivoque, manifesté sa volonté d'acquiescer.

Le fait pour la demanderesse en cassation de s'être, sur demande de l'avocat de la défenderesse en cassation, acquitté du montant auquel elle avait été condamnée, n'établit pas son intention non équivoque de renoncer à se pourvoir en cassation contre l'arrêt en cause.

Il s'ensuit que le moyen d'irrecevabilité du pourvoi n'est pas fondé.

Le pourvoi, introduit dans les formes et délai de la loi, est recevable.

Sur le premier moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation, sinon la mauvaise application, sinon la fausse interprétation de l'article 2045 alinéa 3 du Code civil qui dispose :

Les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Grand-Duc.

en ce que les juges d'appel ont considéré que << les dispositions de l'article 2045 alinéa 3 du Code civil sont applicables en l'espèce >>, la CNS constituant, pour la Cour d'appel, un établissement au sens du prédit article,

alors qu'il ressort de la ratio legis de l'article visé au moyen que cet article 2045 alinéa 3 du Code civil ne s'applique qu'aux établissements publics qui ne disposent pas d'une capacité juridique autonome par rapport à l'Etat. ».

Réponse de la Cour

Le moyen vise à déduire le pouvoir de transiger de la CNS et l'absence d'obligation dans son chef de requérir une autorisation au sens de l'article 2045, alinéa 3, du Code civil, de l'article 396 du Code de la sécurité sociale qui confère la personnalité civile à la CNS.

L'article 2045, alinéa 3 du Code civil encadre le pouvoir des personnes morales de droit public que sont les communes et les établissements publics, dont la CNS, de conclure des transactions. La disposition légale précitée s'applique nonobstant la capacité juridique dans le chef de la CNS, résultant de la reconnaissance de la personnalité civile prévue à l'article 396 du Code de la sécurité sociale, à l'instar d'autres limitations inscrites au même article.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le deuxième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation, sinon de la mauvaise application, sinon de la fausse interprétation de l'article 2045 alinéa 3 du Code civil,

en ce que les juges d'appel ont considéré que l'article 2045, alinéa 3 du Code civil requerrait une autorisation grand-ducale pour que la CNS puisse transiger et conclu qu'« en l'absence d'une autorisation expresse du Grand-Duc, la transaction invoquée par SOCIETE 1.) est caduque >> (Arrêt de la Cour d'appel du 19 octobre 2021, pièce no. 3, p. 7).

alors que, selon son libellé réellement en vigueur, l'article 2045, alinéa 3 du Code civil dispose que << Les communes et les établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Gouvernement >>, et qu'il y a lieu de lire cette disposition comme une expression spécifique du pouvoir de tutelle du Gouvernement sur la CNS. ».

Réponse de la Cour

L'article 2045, alinéa 3, du Code civil, n'ayant pas subi de modification législative depuis sa promulgation, dispose que « *Les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Gouvernement* ».

Le motif déterminant de la décision des juges d'appel réside dans l'absence d'autorisation donnée à la CNS de conclure la transaction litigieuse. Il n'est pas allégué que la transaction ait été autorisée par le Gouvernement. En critiquant les juges d'appel d'avoir retenu l'absence d'autorisation par le « *Grand-Duc* », alors qu'ils auraient dû constater l'absence d'autorisation par le « *Gouvernement* », le moyen est inopérant.

Sur le troisième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation de l'article 108bis de la Constitution,

en ce que les juges d'appel ont retenu que :

<< La transaction, conclue sans autorisation préalable, est considérée comme caduque et ne peut donc produire ses effets. En l'absence d'une autorisation expresse du Grand-Duc, la transaction invoquée par SOCIETE 1.) est caduque. >>.

Ce faisant, la décision entreprise prévoit que l'article 2045, alinéa 3 du Code civil impose une autorisation préalable à la conclusion d'une transaction par un établissement public, et, par conséquent, conclut que l'établissement public ne disposait originellement pas de la capacité de transiger,

alors que, l'article 108bis de la Constitution, qui dispose :

<< La loi peut créer des établissements publics, dotés de la personnalité civile, dont elle détermine l'organisation et l'objet. Dans la limite de leur spécialité le pouvoir de prendre des règlements peut leur être accordé par la loi qui peut en outre soumettre ces règlements à l'approbation de l'autorité de tutelle ou même en prévoir l'annulation ou la suspension en cas d'illégalité, sans préjudice des attributions des tribunaux judiciaires ou administratifs. >>

implique la reconnaissance d'une autonomie de direction de l'établissement public devant conduire à retenir qu'un établissement public est en capacité de transiger, dans le respect du principe de subsidiarité et sous le contrôle subsidiaire

de l'autorité de tutelle ; que dès lors la Cour d'appel a appliqué un texte législatif contraire à la disposition constitutionnelle visée au moyen. ».

Réponse de la Cour

En autorisant le législateur de créer des établissements publics dotés de la personnalité civile, tout en réservant à la loi de déterminer l'organisation et l'objet de ces établissements publics, l'article 108bis de la Constitution n'interdit pas au législateur de prévoir que, nonobstant la personnalité civile de ces établissements publics, certains actes requièrent aux fins de leur validité l'accord *ex post* ou *ex ante* d'une des émanations du pouvoir étatique. La question préjudicielle tirée de la violation de l'article 108bis de la Constitution, en ce que l'article 2045, alinéa 3, du Code civil soumet à autorisation préalable la conclusion d'une transaction par la CNS, est dès lors dénuée de tout fondement.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le quatrième moyen de cassation

Enoncé du moyen

« tiré de la violation du principe général de droit nemo auditur propriam turpitudinem,

en ce que l'interprétation donnée par les juges d'appel de l'article 2045, alinéa 3 du Code civil met l'établissement public dans la possibilité de se prévaloir de son propre défaut d'avoir demandé l'autorisation de conclure la transaction au Grand-Duc,

alors qu'il est de principe que nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude et que la CNS avait l'obligation, au sens de l'article 2045 alinéa 3 du Code civil, de solliciter l'accord du Grand-Duc pour transiger. ».

Réponse de la Cour

Le moyen suppose établi un accord de volontés entre parties sur la transaction alléguée, susceptible d'être soumise à autorisation.

Les juges d'appel, après avoir retenu que les parties avaient originairement conclu un accord sur la prise en charge d'un certain montant au titre des frais d'agence, ont constaté que la demanderesse en cassation *« reste en défaut d'établir que l'accord ainsi trouvé entre parties aurait été modifié d'un commun accord »*, partant l'absence d'une transaction sur un montant moindre.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé.

Sur les demandes en allocation d'une indemnité de procédure

La demanderesse en cassation étant à condamner aux dépens de l'instance en cassation, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure est à rejeter.

Il serait inéquitable de laisser à charge de la défenderesse en cassation l'intégralité des frais exposés non compris dans les dépens. Il convient de lui attribuer une indemnité de procédure de 2.500 euros.

PAR CES MOTIFS,

la Cour de cassation :

rejette le pourvoi ;

rejette la demande de la demanderesse en cassation en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne la demanderesse en cassation à payer à la défenderesse en cassation une indemnité de procédure de 2.500 euros ;

la condamne aux dépens de l'instance de cassation avec distraction au profit de Maître AVOCAT2.), sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par le conseiller MAGISTRAT1.) en présence du premier avocat général MAGISTRAT6.) et du greffier GREFFIER1.).

Conclusions du Parquet Général dans l'affaire de cassation
Société anonyme SOCIETE1.) c/ Établissement public CAISSE
NATIONALE DE SANTÉ

(affaire n° CAS-2021-00139 du registre)

Le pourvoi de la demanderesse en cassation, par dépôt au greffe de la Cour en date du 27 décembre 2021, d'un mémoire en cassation, signifié le 23 décembre 2021 à la défenderesse en cassation, est dirigé contre un arrêt numéro 112/21-IV-COM rendu contradictoirement en date du 19 octobre 2021 par la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, sous le numéro CAL-2019-00028 du rôle.

Sur la recevabilité du pourvoi

Le pourvoi est recevable en ce qui concerne le délai¹ et la forme².

Il attaque un arrêt de la Cour d'appel, donc une décision en dernier ressort. Cet arrêt tranche tout le principal.

La défenderesse en cassation soutient que le pourvoi est irrecevable parce que la demanderesse en cassation aurait acquiescé à l'arrêt attaqué. Elle déduit cet acquiescement du paiement sans réserve par celle-ci du montant réclamé par elle par envoi d'un décompte transmis postérieurement à la signification de l'arrêt³. Suivant ce décompte, du 29 octobre 2021, elle invita la demanderesse en cassation à régler le montant jusqu'au 10 novembre 2021 au plus tard, le paiement ayant été effectué le 13 décembre 2021⁴.

Suivant votre jurisprudence constante, l'acquiescement tacite à une décision de justice ne peut être déduit que d'actes ou de faits précis et concordants qui révèlent l'intention certaine de la partie de donner son adhésion à celle-ci⁵. Ce critère est à apprécier en tenant compte de ce que,

¹ L'arrêt contradictoire attaqué a été signifié à la demanderesse en cassation en date du 27 octobre 2021 (Pièce n° 4 annexée au mémoire en cassation), de sorte que, le pourvoi ayant été formé le 27 décembre 2021, le délai du pourvoi, de deux mois (la demanderesse en cassation résidant à Luxembourg), prévu par l'article 7, alinéa 1, de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation, a été respecté.

² La demanderesse en cassation a déposé un mémoire signé par un avocat à la Cour qui a été signifié à la défenderesse en cassation antérieurement au dépôt du pourvoi, de sorte que les formalités de l'article 10 de la loi précitée de 1885 ont été respectées.

³ Mémoire en réponse, page 2, antépénultième et avant-dernier alinéa.

⁴ Pièces n° 24 et 25 annexées au mémoire en réponse.

⁵ Cour de cassation, 6 juin 2002, n° 33/02, numéro 1852 du registre ; idem, 19 décembre 2002, n° 52/02, numéro 1928 du registre ; idem, 22 mai 2003, n° 33/03, numéro 1983 du registre ; idem, 19 avril 2007, n° 19/07, numéro 2368 du registre ; idem, 5 mars 2009, n° 12/09, numéro 2585 du registre ; idem, 8 décembre 2011, n° 67/11, numéro 2899 du registre ; idem, 1^{er} mars 2012, n° 8/12, numéro 2866 du registre ; idem, 7 novembre 2013, n° 67/13, numéro 3245 du registre ; idem, 8 janvier 2015, n° 4/15, numéro 3442 du registre ; idem, 30 avril 2015, n° 36/15 ; idem, 2 juin 2016, n° 61/16, numéro 3654 du registre ; idem, 2 mars 2017, n° 21/2017, numéro 3758 du registre ; idem, 3 mai 2018, n° 36/2018, numéro 3958 du registre ; idem, 18 mai 2017, n° 51/2017, numéro 3799 du registre ; idem, 28 mars 2019, n° 50/2019, numéro 4087 du registre ; idem, 20 mai 2021, n° 86/2021, numéro CAS-2020-00069 du registre ; idem, 10 juin 2021, n° 96/2021, numéro CAS-2020-00109 du registre ; idem, 8

en matière civile, le pourvoi en cassation n'est pas suspensif⁶. Il en suit que l'exécution par le demandeur en cassation de l'arrêt attaqué ne dénote pas que ce dernier ait renoncé à une voie de recours qui lui était ouverte lorsque cette exécution a eu lieu sur injonction du défendeur en cassation⁷ ou suite à l'envoi d'un décompte⁸ ou d'une demande⁹ par ce dernier. Il importe à cet égard peu que le paiement effectué dans de telles circonstances ait eu lieu sans réserves¹⁰. En revanche, une exécution spontanée de l'arrêt attaqué par le demandeur en cassation, hors de toute demande afférente des parties gagnantes, dans un bref délai après que l'arrêt a été rendu, établit, à l'abri de tout doute que le demandeur en cassation avait intention d'acquiescer¹¹.

En l'espèce, le paiement par le demandeur en cassation a été effectué, certes sans réserves, à la suite de l'envoi d'un décompte par le défendeur en cassation. Ce fait ne révèle, conformément aux principes exposés ci-avant, pas une intention certaine d'acquiescer à l'arrêt attaqué.

L'exception d'irrecevabilité est donc à rejeter.

Il en suit que le pourvoi est recevable.

Sur les faits

Selon l'arrêt attaqué et l'arrêt avant dire droit rendu en cause en date du 26 janvier 2021¹², saisi par la CAISSE NATIONALE DE SANTÉ (ci-après « CNS ») d'une demande, dirigée contre la société anonyme SOCIETE1.), aux fins de condamnation au paiement d'un montant dû au titre d'une convention conclue entre parties, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg ne condamnait la défenderesse qu'au paiement d'un montant inférieur à celui qui était réclamé au motif que ce montant avait été stipulé par les parties dans une transaction. Sur appel de la CNS, la Cour d'appel condamna, par réformation, la défenderesse au paiement du montant initialement réclamé au motif que la transaction invoquée par celle-ci, à supposer qu'elle existe, est caduque et ne saurait produire des effets en application de l'article 2045, alinéa 3, du Code civil, qui dispose que les établissements publics, telle que la CNS, ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Grand-Duc, une telle autorisation ayant en l'espèce fait défaut.

Sur les trois premiers moyens de cassation réunis

Le premier moyen est tiré de la violation de l'article 2045, alinéa 3, du Code civil, en ce que la Cour d'appel, pour conclure que l'article précité était applicable en cause, considéra que la CNS est un établissement public au sens de cet article, alors que ce dernier ne s'applique qu'aux établissements publics qui n'ont pas une capacité juridique autonome par rapport à l'Etat et non à la CNS, qui, sur base de l'article 396 du Code de la sécurité sociale, est pourvue d'une

juillet 2021, n° 113/2021, numéro CAS-2020-00119 du registre ; idem, 16 décembre 2021, n° 158/2021, numéro CAS-2020-00151 du registre.

⁶ Arrêts précités du 19 décembre 2002, du 22 mai 2003, du 5 mars 2009, du 7 novembre 2013, du 8 janvier 2015, du 2 juin 2016, du 2 mars 2017, du 3 mai 2017, du 18 mai 2017, du 28 mars 2019, du 20 mai 2021, du 10 juin 2021 et du 16 novembre 2021.

⁷ Arrêts précités du 19 décembre 2002, du 8 décembre 2011, du 3 mai 2017,

⁸ Arrêt précité du 22 mai 2003.

⁹ Arrêts précités du 18 mai 2017 et du 16 décembre 2021.

¹⁰ Arrêts précités du 19 avril 2007, du 1^{er} mars 2012, du 7 novembre 2013

¹¹ Arrêts précités du 2 mars 2017, du 28 mars 2019 et du 8 juillet 2021.

¹² Arrêt n° 11/21 IV-COM de la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, du 26 janvier 2021, numéro CAL-2019-00028 du rôle (Pièce n° 2 annexée au mémoire en cassation).

personnalité civile, peut librement ester en justice et disposer de ses biens, ce qui implique le droit de transiger.

Le deuxième moyen est tiré de la violation de l'article 2045, alinéa 3, du Code civil, en ce que la Cour d'appel, pour rejeter l'exception de transaction invoquée par la demanderesse en cassation, considéra que cet article impose une autorisation préalable de la transaction par le Grand-Duc et que la transaction n'ayant pas fait l'objet de cette autorisation, était caduque, alors que l'article précité, au regard de son libellé correct, différent de celui actuellement publié, qui est le fruit d'une erreur, impose une autorisation du Gouvernement et non du Grand-Duc, que cette autorisation est à comprendre comme une expression spécifique du pouvoir de tutelle du Gouvernement sur la CNS, qui n'a pas pour objet d'autoriser la CNS à agir, mais à permettre au Gouvernement d'annuler des décisions déjà adoptées de celle-ci en cas de contrariété aux lois, règlements, conventions ou statuts, de sorte que la conclusion de la transaction litigieuse n'était pas subordonnée à une autorisation préalable.

Le troisième moyen est tiré de la violation de l'article 108bis de la Constitution, en ce que la Cour d'appel, pour rejeter l'exception de transaction invoquée par la demanderesse en cassation, considéra que l'article 2045, alinéa 3, du Code civil impose une autorisation préalable de la transaction par le Grand-Duc et que la transaction n'ayant pas fait l'objet de cette autorisation, était caduque, alors que l'article 108bis de la Constitution implique la reconnaissance d'une autonomie de direction des établissements publics comportant une capacité de transiger, sous réserve du contrôle subsidiaire de l'autorité de tutelle, de sorte que l'article 2045, alinéa 3, du Code civil, tel qu'il a été interprété par la Cour d'appel, est contraire à la Constitution

La Cour d'appel constata que, à supposer qu'il y ait eu, en l'espèce, conclusion d'une transaction entre la CNS et la demanderesse en cassation, cette transaction était caduque en l'absence d'une autorisation expresse au titre de l'article 2045, alinéa 3, du Code civil¹³.

Cet alinéa, dans sa version officielle publiée sur le site internet LEGILUX, dispose que :

« Les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Grand-Duc »¹⁴.

La demanderesse en cassation rend attentive, dans le cadre de sa discussion du deuxième moyen¹⁵, sur ce que le libellé exact inchangé de cette disposition exige en réalité, non une autorisation expresse « *du Grand-Duc* », mais « *du Gouvernement* ».

En effet, ainsi que le Conseil d'Etat le développa dans un avis du 16 juillet 2021, le texte original inchangé du Code civil exige une autorisation « *du Gouvernement* », la référence faite dans l'actuelle version officielle publiée à une autorisation « *du Grand-Duc* » étant le résultat d'une décision éditoriale d'un éditeur du début des années 1900, reprise de façon non critique par les éditeurs de l'actuelle version officielle publiée¹⁶. Il y a donc lieu de considérer

¹³ Arrêt attaqué, page 8.

¹⁴ Voir l'article 2045 tel qu'il est publié sur le site internet LEGILUX ([Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg \(public.lu\)](http://www.legilux.lu)) (consulté le 30 juin 2022), page 272.

¹⁵ Mémoire en cassation, page 12, sous a).

¹⁶ Avis du Conseil d'Etat du 16 juillet 2021 sur le projet de loi n° 7514 portant notamment modification de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 et de l'article 2045 du Code civil (Document parlementaire n° 7514-3), page 18.

que l'article 2045, alinéa 3, du Code civil exige une autorisation « *du Gouvernement* » et non « *du Grand-Duc* ». Conformément aux développements du Conseil d'Etat, cette autorisation est dans notre système constitutionnel à comprendre comme étant une autorisation du Ministre du ressort concerné¹⁷, tandis qu'elle doit être en France une autorisation du Premier ministre¹⁸

Il est constant que la transaction alléguée n'a, en l'espèce, pas fait l'objet d'une autorisation expresse au titre de l'article 2045, alinéa 3, du Code civil, qu'il s'agisse d'une autorisation du Grand-Duc, du Gouvernement ou du Ministre du ressort concerné.

La demanderesse en cassation critique l'applicabilité de cette disposition à la CNS, dont le pouvoir de transiger sans autorisation préalable découlerait implicitement

- de l'article 396 du Code de la sécurité sociale, conférant à la CNS la qualité d'un établissement public pourvu d'une personnalité civile et du pouvoir d'ester en justice et de disposer de ses biens (premier moyen),
- de ce que la CNS est subordonnée à une tutelle d'annulation et non à une tutelle d'autorisation (deuxième moyen) et
- du statut d'établissement public au titre de l'article 108bis de la Constitution, impliquant une autonomie de direction s'exerçant sous réserve d'un contrôle seulement subsidiaire de l'autorité de tutelle (troisième moyen).

Une question de pouvoir et non de capacité de transiger

Les auteurs du Code civil ont, dans l'article 2045, alinéa 3, « *instauré un mécanisme d'autorisation sur les transactions conclues par les communes et les établissements publics, ce qui démontre que le législateur n'a jamais entendu interdire aux autorités publiques de transiger pour régler leurs litiges* »¹⁹. Cette disposition confirme ainsi implicitement la capacité des pouvoirs publics de transiger, visée par l'article 2045, alinéa 1, du Code civil, qui dispose que « *[p]our transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction* ». « *En effet, quel sens y aurait-il de soumettre le pouvoir de transaction des autorités locales à une tutelle spéciale si, de façon générale, les pouvoirs publics ne pouvaient transiger ?* »²⁰.

« *L'article 2045 traite, sans les distinguer suffisamment, de questions de capacité et de pouvoir* ». « *Après avoir énoncé que « pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction », l'article 2045 traite des pouvoirs du tuteur, puis des*

¹⁷ Idem, même page, avant-dernier alinéa.

¹⁸ « *Considérant qu'aux termes de l'article 2045 du Code civil : « Les communes et les établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du roi » ; que l'autorisation mentionnée à l'article 2045 du Code civil n'est pas au nombre des décisions dont l'article 13 de la Constitution [française] réserve la signature au Président de la République mais relève de la compétence attribuée au Premier ministre par l'article 21 de la Constitution* » (Conseil d'Etat français, 23 avril 2001, n° 215552, Droit administratif n° 7, juillet 2001, commentaire 172, par Géraldine CHAVRIER).

¹⁹ Pauline ABBA, Le contrat de transaction en droit public, Administration publique (Trimestriel), 2017, pages 345 et suivantes, n° 40, second alinéa.

²⁰ Sébastien RIGER-BROWN, Les personnes morales de droit public peuvent-elles transiger ?, Journal des tribunaux, 2018, pages 21 et suivantes, voir page 224, colonne de gauche, sous 2, second alinéa.

communes et établissements publics »²¹. L'exigence d'autorisation de la transaction, prévue par l'article 2045, alinéa 3, du Code civil, se rapporte donc à la question du pouvoir des établissements publics d'engager l'Etat par une transaction et non à celle de la capacité de transiger de l'Etat et des personnes publiques composant ce dernier.

Or, « [e]n principe, la sanction du défaut de capacité est la nullité de l'acte, celle du défaut de pouvoir est l'inopposabilité de l'acte. Ne peut, en effet, demander la nullité d'un acte que celui qui y a agi comme partie. Lorsqu'il y a défaut de pouvoir, la personne prétendument représentée est, en réalité, un tiers. Elle peut se borner à prétendre que l'acte ne la concerne pas ; elle ne doit pas en demander la « nullité » »²².

Une exigence d'autorisation reposant sur des motifs sérieux, restant d'actualité

« Depuis toujours, avant comme après 1789, la faculté de transiger reconnue aux institutions décentralisées a toujours été le type même du pouvoir dont la mise en œuvre est soumise à autorisation préalable par l'autorité de tutelle : l'Etat a toujours considéré qu'il lui appartenait d'approuver des décisions pouvant avoir de grandes conséquences tant sur le plan financier que sur celui de l'ordre public. D'où, dès 1804, la rédaction de l'article 2045 du Code civil [...] »²³.

L'emploi de la transaction « par les personnes publiques a été dans un premier temps particulièrement encadré, par crainte d'un mauvais usage des deniers publics. Un décret des 27 et 31 août 1791 indiquait ainsi que « s'il s'agit de transiger, l'agent du Trésor public pourra y être autorisé par les commissaires de la trésorerie, mais la transaction n'aura d'effet vis-à-vis de la Nation qu'après approbation du corps législatif ». La transaction fut d'ailleurs omise des premières versions du code civil et n'y dut son intégration qu'aux protestations formées par les tribunaux d'appel et de cassation lors de sa présentation. Rédigé à la hâte, son article 2045 prévoyait ainsi que seuls les communes et les établissements publics pouvaient transiger « avec l'autorisation expresse du roi » »²⁴.

Cette exigence d'autorisation « s'explique par des considérations philosophiques autant que juridiques et financières »²⁵ :

« La première inquiétude que peut susciter l'idée d'une transaction publique est celle de l'inégalité. Amenant la personne publique à renoncer à tout ou partie d'un droit ou d'une créance au bénéfice d'une personne nommément désignée qui recueille le fruit de cet abandon, ce contrat peut s'avérer problématique au regard du principe d'égalité des citoyens devant la loi et devant les charges publiques [...].

Deuxième préoccupation, assez proche de la précédente : le respect dû au principe d'indisponibilité des compétences en droit public, qui interdit à l'autorité publique

²¹ François GLANSDORFF et Eric VAN DEN HAUTE, in : DE PAGE, Traité de droit civil belge, Bruxelles, Bruylant, Tome III – Les contrats, Volume 4, 1^{ère} édition, 2017, page 423, deuxième alinéa, et note de bas de page 1656.

²² Idem, même page, quatrième alinéa.

²³ Jurisclasseur Administratif, Fasc. 136, Etablissements publics – Statut – Structures, par Benoît PLESSIX, juillet 2014, n° 43.

²⁴ Dorothee PRADINES et Thomas JANICOT, Le juge de la transaction, AJDA, 2022, page 740.

²⁵ Philippe GRIMAUD et Olivier VILLEMAGNE, La transaction en droit administratif : encadrement, procédures, effets, AJ contrat, 2018, page 161.

d'aliéner l'exercice de son pouvoir, lequel n'est pas un droit subjectif, a fortiori par la voie contractuelle. Cette limite essentielle à la technique contractuelle en droit public paraît tout particulièrement en cause dans la transaction qui cède, arrange, monnaie.

Enfin, un troisième et dernier soupçon pèse sur l'idée même de la transaction en droit public, celui du risque pour les deniers publics dont on craint qu'ils ne soient détournés par un simple contrat. L'expression juridique de cette crainte est l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités aux tiers, qui rejoint d'ailleurs les deux principes que l'on vient d'évoquer. »²⁶.

Ces motifs restent d'actualité. Ainsi, la Chambre des députés est actuellement en train d'examiner un projet de loi qui entend assouplir la tutelle de l'Etat sur les communes²⁷. Cet assouplissement concernera aussi l'exercice du pouvoir de tutelle de l'Etat sur les transactions conclues par les communes. Vu les enjeux précités, le législateur, s'il entend assouplir les modalités de cette tutelle, confirme l'importance du maintien du principe de celle-ci :

« Certaines décisions du conseil communal qui aujourd'hui sont soumises à l'approbation du ministre deviendront exécutoires de plein droit dans les conditions de l'article 104 [nouveau, de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988]. Il s'agit des actes dont l'expérience a montré que ce sont les plus importants parmi tous ceux soumis à l'actuel article 106 de la loi communale et qui continuent à mériter une surveillance spéciale et obligatoire de la part du ministre. Ce sont notamment les transactions immobilières, les projets de construction, les transactions et les conventions. »²⁸.

Une exigence à laquelle il ne peut être dérogé que par une disposition expresse

L'exigence d'autorisation des transactions, « *compte tenu de sa généralité, concerne l'ensemble des activités de l'établissement, y compris celles qui s'exercent dans un cadre de droit privé* »²⁹.

Du point de vue de la forme il est admis en France « *qu'en vertu de l'article 2045 du code civil, les établissements publics ne peuvent transiger qu'après une décision expresse du Premier ministre les y autorisant* »³⁰. Si, en théorie, cette autorisation devrait être sollicitée au cas par cas »³¹, il est retenu en France que « [c]ette autorisation peut être générale pour un établissement déterminé [...] ou pour une catégorie d'établissements publics ou encore ne concerner qu'une affaire déterminée [...], que le contenu de la transaction ait été précisé au Premier ministre ou non »³². « *L'autorisation, sous forme de décret, peut être soit particulière soit générale, dans le cadre de l'approbation des statuts d'un établissement public lorsque ces statuts prévoient la capacité de transiger de l'établissement* »³³. La circonstance que les statuts

²⁶ Idem et loc.cit.

²⁷ Projet de loi n° 7514, précité.

²⁸ Projet de loi n° 7514, précité, Commentaire de l'article 29 (Document parlementaire n° 7514), page 23, sixième alinéa, sous 2° (c'est nous qui soulignons).

²⁹ Répertoire Dalloz Contentieux administratif, V° Transaction, par Gilles LE CHATELIER, avril 2019, n° 16.

³⁰ Conseil d'Etat français, 14 décembre 1998, n° 14351.

³¹ Jurisclasseur Administratif, Fasc. 136, précité, n° 43.

³² Jurisclasseur Administratif, Fasc. 1127, Contentieux des contrats administratifs – Exécution et fin du contrat, par Dominique POUYAUD, octobre 2021, n° 76.

³³ Jurisclasseur Administratif, Fasc. 1005, Conciliation, transaction et arbitrage, par Sabine BOUSSARD, octobre 2008, n° 62.

de l'établissement public autorisent ce dernier à transiger ne dispense donc pas, en principe, de l'autorisation. « [...] [L] 'autorisation donnée par décret aux établissements publics nationaux, si elle peut être faite de manière particulière pour certains litiges ou types de litiges, peut aussi l'être » de façon générale dans les textes statutaires qui les régissent »³⁴. « C'est une façon habile de contourner la compétence législative générale, ce qui n'a pas été sans susciter certaines critiques »³⁵.

Le droit français n'admet une dispense de l'autorisation que si la loi définissant les statuts de l'établissement public confère à ce dernier un pouvoir de transiger au nom de l'Etat³⁶. « D'ailleurs, de nombreux établissements publics bénéficient statutairement d'un pouvoir général de transaction »³⁷. En effet, « [d]epuis deux siècles, de très nombreuses lois créant des établissements publics ou des familles d'établissements sont venues déroger à une telle règle législative, habilitant l'organe délibérant à transiger »³⁸ et ceci de façon encore plus prononcée « depuis une vingtaine d'années »³⁹.

Cette dispense doit être expresse. En effet, « une mention prévoyant que le président de l'établissement public représente celui-ci dans tous les actes de la vie civile sans évoquer le pouvoir de transiger n'est pas suffisante »⁴⁰.

La dispense de l'autorisation de la transaction par le pouvoir exécutif a également été admise en France dans le cas très particulier d'un établissement public placé par la loi sous la seule surveillance du pouvoir législatif, donc soustrait à toute tutelle du pouvoir exécutif⁴¹. Cette exemption de l'établissement public de la tutelle du pouvoir exécutif équivaut vaut dispense de l'obligation, imposée par l'article 2045, alinéa 3, du Code civil, de solliciter l'autorisation de ce pouvoir.

Elle a enfin été admise en droit luxembourgeois par un arrêt de la Cour d'appel, cité par la demanderesse en cassation⁴², dans lequel l'application de l'article 2045, alinéa 3, du Code civil a été écartée, s'agissant de la Banque centrale du Luxembourg, pour être contraire au droit de l'Union européenne, qui impose que cet établissement public ne saurait recevoir d'instructions du Gouvernement d'un Etat-membre. Dans ce cas également, l'exemption, par le droit l'Union européenne, de l'établissement public de la tutelle du pouvoir exécutif vaut dispense de l'obligation de solliciter l'autorisation de ce pouvoir.

Il en suit que l'article s'applique, sauf dérogation formelle et expresse par une loi attribuant à l'établissement public le pouvoir de transiger ou le libérant de la tutelle du Gouvernement.

³⁴ Jurisclasseur Administratif, Fasc. 136, précité, n° 43.

³⁵ Idem et loc.cit.

³⁶ Jurisclasseur Administratif, Fasc. 1005, précité, n° 62.

³⁷ Jurisclasseur Contrats et marchés publics, Fasc. 195, Règlement non juridictionnel des litiges, par Thierry ABLARD et Maxime CORNILLE, juillet 2015, n° 97.

³⁸ Jurisclasseur Administratif, Fasc. 136, précité, n° 43.

³⁹ Jurisclasseur Administratif, Fasc. 1127, précité, n° 76.

⁴⁰ Répertoire Dalloz Contentieux administratif, V° Transaction, précité, n° 18.

⁴¹ Cour de cassation française, chambre commerciale, 23 juin 2021, n° 19-10.697 et 19-13.939, au sujet de la Caisse de Dépôts et Consignations.

⁴² Cour d'appel, deuxième chambre, 17 juillet 2013, n° 37167 du rôle, cité dans le mémoire en cassation, page 13, troisième alinéa.

Cette solution, admise en droit français, d'une obligation d'autorisation de la transaction s'appliquant, sur base de l'article 2045, alinéa 3, du Code civil, sauf dispense formelle et expresse par la loi, est également reconnue en droit luxembourgeois.

Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux travaux préparatoires du projet de loi n° 7514 portant notamment modification de la loi communale modifiée du 13 décembre 1988 et de l'article 2045 du Code civil.

Il y est proposé d'abroger l'alinéa 3 de ce dernier article aux motifs que « [c]ette disposition est caduque depuis l'introduction à l'article 106-11° de la loi communale de la règle selon laquelle « les transactions et les conventions d'arbitrage portant sur des litiges d'une valeur supérieure à 100.000 euros » doivent être approuvées par le ministre de l'Intérieur »⁴³.

La loi communale modifiée du 13 décembre 1988 dispose, en effet, dans son article 106, actuel, que :

« Art. 106. Sans préjudice d'autres dispositions légales spéciales sont soumises à l'approbation du ministre de l'Intérieur les délibérations des conseils communaux portant sur les objets suivants :

[...]

11° Les transactions et les conventions d'arbitrage portant sur des litiges d'une valeur supérieure à 100.000 euros. Cette somme pourra être relevée par règlement grand-ducal.

[...] ».

La loi confère donc expressément aux communes le pouvoir de transiger et soumet les transactions à l'approbation du Ministre de l'Intérieur. Cette disposition légale spéciale déroge ainsi à l'article 2045, alinéa 3, du Code civil.

Il est à souligner que dans cette lecture de la loi résultant du Commentaire précité du projet de loi n° 7514, l'article 2045, alinéa 3, n'est devenu caduc que par suite de l'introduction de l'article 106-11° de la loi communale, conférant aux communes le pouvoir de transiger sous réserve de l'approbation du Ministre de l'Intérieur. Il n'est donc pas devenu caduc parce que les communes sont en droit contemporain considérées constituer des personnes morales de droit public qui disposent d'un patrimoine qu'elles gèrent et que ce statut et ce pouvoir impliquent un pouvoir de transiger. Dans la logique de cette lecture, l'article 2045, alinéa 3, reste applicable même en présence d'une personne morale de droit public disposant d'un patrimoine propre et de pouvoirs de gestion, tant que cette personne ne se voit pas conférer formellement et expressément par la loi un pouvoir de transiger, la loi réglementant les conditions qui entourent l'exercice de ce pouvoir.

Cette lecture est partagée par le Conseil d'Etat. Ce dernier relève dans son avis relatif à l'article du projet de loi n° 7514 proposant l'abrogation de l'article 2045, alinéa 3, du Code civil que :

⁴³ Projet de loi n° 7514, Commentaire de l'article 41 (Document parlementaire n° 7514), page 27, dernier alinéa

« Aucune raison de principe ne s'oppose à l'abrogation de l'article 2045, alinéa 3, du Code civil qui est proposée par la disposition sous examen. Le Conseil d'Etat donne toutefois à considérer que la motivation mise en avant par les auteurs du texte, à savoir que cet article se trouve supplanté par l'article 106, point 11°, de la loi communale, ne vaut que pour les autorités communales et non pour l'ensemble des établissements publics. »⁴⁴.

Le Conseil d'Etat considère donc que l'abrogation de l'article 2045, alinéa 3, n'est, en l'état, pas justifiée en ce qui concerne les établissements publics autres que les communes. Il ne considère donc pas que cet article est devenu caduc par la seule circonstance que les établissements publics jouissent de la personnalité morale, qu'ils disposent d'un patrimoine, se voient conférer des pouvoirs de gestion sur ce patrimoine, ou que, comme le soutient la demanderesse en cassation dans son troisième moyen, l'article 108bis de la Constitution implique la reconnaissance d'une autonomie de direction des établissements publics comportant une capacité de transiger, sous réserve du contrôle subsidiaire de l'autorité de tutelle.

Dans la logique de ces observations, qui sont sur ce point conformes aux enseignements précités du droit français, le pouvoir de transiger ne saurait être déduit de telles considérations, mais suppose une loi dérogatoire formelle et expresse, en l'absence de laquelle l'article 2045, alinéa 3, continue à s'appliquer.

Sur le premier moyen

Dans son premier moyen, la demanderesse en cassation entend déduire le pouvoir de transiger et la dispense de l'obligation de solliciter l'autorisation requise par l'article 2045, alinéa 3, du Code civil, de la capacité juridique autonome, de la personnalité civile, du pouvoir d'ester en justice et du pouvoir de disposer de ses biens conférés à la CNS par l'article 396 du Code de la sécurité sociale.

Or, cet article, s'il confère à la CNS cette capacité et ces pouvoirs, ne lui attribue pas formellement et expressément le pouvoir de transiger⁴⁵. De même, l'article 397 du Code de la

⁴⁴ Avis précité du Conseil d'Etat du 16 juillet 2021 sur le projet de loi n° 7514, page 18, dernier alinéa.

⁴⁵ Voir les articles 396 et 397 du Code de la sécurité sociale :

« Situation juridique des institutions de sécurité sociale

1 Art. 396. 1) La Caisse nationale de santé, les caisses de maladie visées à l'article 48, la Mutualité des employeurs, l'Association d'assurance accident, la Caisse nationale d'assurance pension, le Fonds de compensation, la Caisse pour l'avenir des enfants 2) et le Centre commun de la sécurité sociale, désignés ci-après comme «institutions de sécurité sociale», sont des établissements publics. Ils jouissent de la personnalité civile.

2 Ils peuvent recevoir des dons et legs conformément à l'article 910 du Code civil.

3 Ils ne peuvent pareillement acquérir ou aliéner 3) des droits immobiliers dépassant la valeur de cinquante mille euros 3) sans l'autorisation du ministre de tutelle, sur avis de l'Inspection générale de la sécurité sociale, et si de ces droits leur adviennent par donation ou legs, l'acte portant autorisation de les accepter disposera en même temps s'il y aura lieu de les garder ou de les aliéner, en fixant dans ce dernier cas, le délai dans lequel l'aliénation devra être faite.

4 Ils estent en justice, représentés par le président de l'organe directeur respectif. Ils peuvent se porter partie civile aux fins des articles 82, 118, 232 et 374 devant les juridictions répressives et être appelés en cause aux mêmes fins et devant les mêmes juridictions par les demandeurs et défendeurs au civil.

1 Art. 397. Le président de l'institution de sécurité sociale représente l'institution de sécurité sociale judiciairement et extrajudiciairement. Cette délégation s'étend aussi aux affaires et actes judiciaires pour lesquels les lois exigent une procuration spéciale.

sécurité sociale, s'il confère au président de l'institution de sécurité sociale de représenter celle-ci judiciairement et extrajudiciairement, y compris dans les affaires et actes judiciaires pour lesquels les lois exigent une procuration spéciale, ne lui confère pas le pouvoir de transiger. Ces articles ne dérogeant pas formellement et expressément à l'article 2045, alinéa 3, du Code civil, ce dernier continue à s'appliquer.

Cette lecture est, ainsi qu'il a été vu ci-avant, conforme à celle des droits français et luxembourgeois. Elle se justifie par le souci de défendre les intérêts majeurs protégés par cette disposition, qui s'opposent à une dérogation implicite déduite de considérations générales.

Il en suit que le premier moyen n'est pas fondé.

Sur le deuxième moyen

Dans son deuxième moyen, la demanderesse en cassation soutient que l'article 2045, alinéa 3, du Code civil est incompatible avec la tutelle à laquelle la CNS est soumise, qui est, conformément à l'article 410 du Code de la sécurité sociale, une tutelle d'annulation et non d'autorisation⁴⁶.

*« Lorsque le contrôle exercé par l'autorité supérieure prend la forme d'une tutelle d'autorisation, l'obtention de l'autorisation s'apparente alors, par ses effets, à une condition suspensive [ce à quoi il y a cependant lieu d'ajouter « que, s'agissant d'une condition de validité du contrat lui-même, cet accord ne peut faire l'objet d'une condition suspensive »]. Une telle d'annulation jouera, quant à elle, plutôt le rôle d'une condition résolutoire. »*⁴⁷.

Ainsi qu'il a été vu ci-avant, la loi n'accorde pas de façon formelle et expresse un pouvoir de transaction à la CNS et, en l'absence d'attribution formelle et expresse d'un tel pouvoir, ce dernier ne saurait, pour les motifs exposés ci-avant, être déduit de la personnalité morale de la CNS ou des (autres) pouvoirs conférés à celle-ci par la loi.

Il en suit que si la CNS est, en principe, soumise à une tutelle d'annulation, lui permettant de poser des actes sans devoir solliciter au préalable une autorisation, ce principe trouve exception lorsqu'elle envisage de transiger. La loi ne lui accordant pas le pouvoir de transiger, elle doit, conformément à l'article 2045, alinéa 3, du Code civil, solliciter l'autorisation d'y procéder prévue par cette disposition de droit commun, applicable en l'absence de disposition formelle et expresse conférant à un établissement public le pouvoir de transiger. Cette exception à la tutelle d'annulation est la conséquence de ce que la loi a omis de lui attribuer ce pouvoir,

Il en suit que le deuxième moyen n'est pas fondé.

2 Les actes posés par le président et le conseil d'administration dans les limites de leurs pouvoirs engagent l'institution de sécurité sociale.

3 Le président peut déléguer l'évacuation des affaires courantes et la représentation devant les juridictions de sécurité sociale et autres instances à un fonctionnaire de l'État ou fonctionnaire dirigeant y assimilé 4) de l'institution de sécurité sociale.

4 (alinéa abrogé). ».

⁴⁶ L'article 410 du Code de la sécurité sociale dispose, dans son paragraphe 1, que « [s]i une décision d'un organe d'une institution de sécurité sociale est contraire aux lois, règlements, conventions ou statuts, l'inspection générale de la sécurité sociale peut en suspendre l'exécution par décision motivée jusqu'à la décision du ministre de tutelle qu'elle saisit aux fins d'annulation ».

⁴⁷ Alexandre RIGOLET, Contrat de transaction, Bruxelles, Larcier, 2021, n° 85, page 68.

Sur le troisième moyen

Dans son troisième moyen, la demanderesse en cassation entend déduire le pouvoir de transiger de la CNS de l'article 108bis de la Constitution qui, selon elle, impliquerait la reconnaissance d'une autonomie de direction des établissements publics comportant une capacité de transiger, sous réserve du contrôle subsidiaire de l'autorité de tutelle. L'argument est similaire à celui invoqué à titre de premier moyen, dans lequel la demanderesse en cassation entendait déduire le pouvoir de transiger de la CNS de son statut d'établissement public, de sa personnalité morale et des pouvoirs en découlant.

Il est traditionnellement enseigné en matière de droit administratif qu'il existe trois catégories de personnes morales de droit public, à savoir l'Etat, les communes et les établissements publics⁴⁸.

La Constitution a formellement prévu cette troisième catégorie dans un article 108bis, qui a été introduit par une Révision constitutionnelle du 19 novembre 2004⁴⁹ et qui dispose que :

« Art. 108bis. La loi peut créer des établissements publics, dotés de la personnalité civile, dont elle détermine l'organisation et l'objet. Dans la limite de leur spécialité le pouvoir de prendre des règlements peut leur être accordé par la loi qui peut en outre soumettre ces règlements à l'approbation de l'autorité de tutelle ou même en prévoir l'annulation ou la suspension en cas d'illégalité, sans préjudice des attributions judiciaires ou administratifs ».

Le but de cette disposition, introduite sur proposition du Conseil d'Etat⁵⁰, a été, dans le contexte d'une Révision constitutionnelle visant, notamment par la modification de l'article 32 de la Constitution, de préciser le domaine du règlement par rapport à la loi, de prévoir et d'encadrer le pouvoir normatif des organismes publics créés par la loi⁵¹. Selon la lecture du Conseil d'Etat, *« notre pays connaît en matière de décentralisation administrative deux formes : la décentralisation territoriale s'opérant par le truchement des communes et la décentralisation par services, s'effectuant par les établissements publics »*⁵². La Haute Corporation rappelle ainsi la thèse traditionnelle d'un triptyque de trois catégories de personnes morales de droit public : l'Etat, les communes et les établissements publics.

Elle décrit ces derniers comme étant caractérisés par ce qu'ils :

« sont créés, cas par cas, par une loi spéciale indispensable pour déterminer :

- la personnalité publique autonome de l'établissement ;*
- la mission spécifique de l'établissement ;*
- le pouvoir tutélaire »*⁵³.

⁴⁸ JurisClasseur Administratif, Fasc. 135, précité, n° 31 et 32.

⁴⁹ Loi du 19 novembre 2004 portant 1. Révision des articles 11, paragraphe (6), 32, 26 et 76 de la Constitution ; 2. création d'un article 108bis nouveau de la Constitution (Mémorial, A, 2004, n° 186, page 2784).

⁵⁰ Avis du Conseil d'Etat sur la proposition de loi n° 4754 ayant donné lieu à la loi précitée du 19 novembre 2004 (Document parlementaire n° 4754-6, page 9).

⁵¹ Idem, page 9, deuxième alinéa.

⁵² Idem, même page, troisième alinéa.

⁵³ Idem, même page, cinquième alinéa.

Elle proposa finalement de retenir dans la Constitution que « *La loi peut créer des établissements publics, dotés de la personnalité civile, dont elle détermine l'organisation et l'objet* »⁵⁴. Cette proposition a été retenue.

Il en résulte que, quelle que soit la description des établissements publics faite par le Conseil d'Etat, qui n'a pas été reprise dans le texte de la Constitution, celle-ci se limite à les soumettre à trois conditions :

- les établissements publics doivent être créés par la loi ;
- la loi doit les doter de la personnalité civile et
- elle doit en déterminer l'organisation et l'objet.

La seconde phrase de l'article 108bis permet en outre à la loi de leur accorder un pouvoir réglementaire, dont l'exercice peut être soumis au contrôle d'une autorité de tutelle. L'octroi de ce pouvoir réglementaire, tout comme la subordination de l'exercice de ce pouvoir au contrôle d'une autorité de tutelle, sont facultatifs.

L'article 108bis ne préjuge donc pas des pouvoirs que le législateur voudra conférer aux établissements publics qu'il crée ou de l'existence et de l'étendue du contrôle par une autorité de tutelle auquel il voudra les soumettre. Il n'implique donc manifestement aucune obligation de doter les établissements publics d'un pouvoir de transiger et de dispenser l'exercice de ce pouvoir de tout contrôle préalable.

Il a par ailleurs été vu ci-avant que suivant l'interprétation commune retenue en droit français et luxembourgeois, y compris par le Conseil d'Etat, un pouvoir de transiger et, à plus forte raison, un pouvoir de transiger dispensé de tout contrôle préalable, ne saurait, en l'absence d'une disposition formelle et expresse conférant un tel pouvoir, être déduit de la personnalité morale d'un établissement public ou des pouvoirs que celle-ci implique. La circonstance qu'un établissement public est pourvu de la personnalité morale et des pouvoirs y correspondant n'implique pas l'existence d'un pouvoir de transiger et d'une dispense d'autorisation préalable de l'exercice de ce pouvoir.

La question de constitutionnalité soulevée, de conformité de l'article 2045, alinéa 3, du Code civil à l'article 128bis de la Constitution étant dénuée de tout fondement au sens de l'article 6, alinéa 2, sous b, de la loi modifiée du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour constitutionnelle, vous êtes dispensés de saisir la Cour constitutionnelle.

Il en suit que le moyen n'est pas fondé.

Sur le quatrième moyen de cassation

Le quatrième moyen est tiré de la violation du principe général de droit *nemo auditur propriam turpitudinem*, en ce que la Cour d'appel, pour rejeter l'exception de transaction invoquée par la demanderesse en cassation, considéra que l'article 2045, alinéa 3, du Code civil impose une

⁵⁴ Idem, même page, avant-dernier alinéa.

autorisation préalable de la transaction et que la transaction invoquée en l'espèce n'ayant pas fait l'objet d'une telle autorisation, elle était caduque, alors que cette interprétation implique que la CNS, pour se soustraire à la transaction conclue par elle, peut se prévaloir de son défaut de solliciter l'autorisation requise pour rendre cette conclusion parfaite.

Dans son quatrième moyen, la demanderesse en cassation critique que la Cour d'appel, en constatant la caducité de la transaction par suite de l'absence de l'autorisation imposée par l'article 2045, alinéa 3, du Code civil, aurait méconnu le principe général *nemo auditur*, donc aurait permis à la CNS de se soustraire à la transaction conclue par elle en s'abstenant de solliciter l'autorisation requise par la loi.

Le moyen est tiré de la violation d'un principe général de droit sans que la demanderesse en cassation n'invoque aucune disposition légale ou jurisprudence d'une juridiction supranationale qui exprimerait ce principe. Or, suivant votre jurisprudence constante la violation d'un principe général du droit ne donne ouverture à cassation que s'il trouve son expression dans un texte de loi ou s'il est consacré par une juridiction supranationale⁵⁵.

Il en suit que le moyen est irrecevable.

Dans un ordre subsidiaire, le moyen, qui avait déjà été invoqué par la demanderesse en cassation en instance d'appel⁵⁶, partant, échappe au reproche de nouveauté, méconnaît que à défaut d'une autorisation au titre de l'article 2045, alinéa 3, du Code civil, la CNS ne pouvait pas recourir à une transaction⁵⁷. Cette dernière « *méconnaissant cette obligation préalable ne cré[...]*ait [...] *aucun droit au profit du cocontractant* »⁵⁸, de sorte qu'elle « *est considérée comme caduque et ne peut donc produire ses effets* »⁵⁹. Cette « *irrégularité tirée du défaut d'autorisation préalable ne [peut] pas être régularisée a posteriori* »⁶⁰. La transaction, à supposer qu'elle ait été conclue, ce qui n'a pas été constaté par la Cour d'appel, est, à défaut d'autorisation préalable, caduque⁶¹. Le défaut d'autorisation a donc empêché la transaction de devenir effective, de sorte qu'il n'est, du point de vue de l'existence de celle-ci, pas pertinent de s'interroger si la CNS a commis une faute en omettant de solliciter l'autorisation requise et qu'il ne se conçoit pas de considérer la transaction comme effective en faisant, en application du principe allégué, abstraction du défaut d'autorisation.

Il en suit, à titre subsidiaire, que le moyen n'est pas fondé.

Conclusion :

⁵⁵ Voir, à titre d'illustration : Cour de cassation, 5 février 2022, n° 14/2022, numéro CAS-2021-00008 du rôle (réponse au premier moyen) ; idem, 19 décembre 2019, n° 175/2019, numéro CAS-2018-00124 du rôle (réponse au troisième et quatrième moyens réunis) (arrêt rendu au sujet du principe *nemo auditur*). Un recours dirigé contre cette jurisprudence devant la Cour de Strasbourg a été déclaré irrecevable par décision du 25 janvier 2022, *Pillar Securisation c/ Luxembourg*, n° 40582/19, § 12.

⁵⁶ Mémoire en réponse, page 13, sous « *Quatrième moyen de cassation* », cinquième alinéa : « *D'autant plus que la partie adverse avait d'ores et déjà invoqué l'adage nemo auditur propriam turpitudinem allegans en instance d'appel pour conclure à l'impossibilité pour la CNS d'invoquer l'absence d'autorisation du Grand-Duc* ».

⁵⁷ Conseil d'Etat français, 21 juillet 2008, n° 162-606, publié au Recueil Lebon.

⁵⁸ Jurisclasseur Contrats et marchés publics, Fasc. 195, précité, n° 98.

⁵⁹ Jurisclasseur Civil, Art. 2044 à 2052, par Frédérique JULIENNE, septembre 2017, n° 44.

⁶⁰ Répertoire Dalloz Contentieux administratif, V° Transaction, précité, n° 16.

⁶¹ Cour de cassation française, première chambre civile, 9 mai 1978, 76-11.066, Bull. civ. I, n° 184, page 147.

Le pourvoi est recevable, mais il est à rejeter.

Pour le Procureur général d'État
Le Procureur général d'État adjoint

MAGISTRAT7.)