

Arrêt N° 112/21 IV-COM

Audience publique du dix-neuf octobre deux mille vingt-et-un

Numéro CAL-2019-00028 du rôle

Composition:

Marie-Laure MEYER, président de chambre;
Carole BESCH, conseiller;
Michèle HORNICK, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

A, établissement public, établie et ayant son siège social à , représenté par le président de son comité directeur, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Alec Meyer de Luxembourg du 14 décembre 2018,

comparant par Maître Danielle Wagner, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t

la société anonyme B, établie et ayant son siège social à , représentée par son conseil d'administration, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro,

intimée aux fins du prédit acte Meyer,

comparant par Maître François Reinard, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Par arrêt n° 11/21 IV-COM du 26 janvier 2021, dans la cause introduite par la A (ci-après A) comme partie appelante contre la partie intimée société anonyme B (ci-après B), la Cour d'appel, quatrième chambre a :

- reçu l'appel de la A en la forme ;

- constaté que la A a renoncé à sa demande de rejet des pièces adverses ;

- ordonné la réouverture des débats pour permettre aux parties de prendre position par des conclusions écrites sur les points suivants :
 - est-ce que la A constitue un établissement public auquel s'applique le cas échéant en l'espèce une dérogation à l'article 2045 alinéa 3 du Code civil,

 - analyser les conséquences juridiques d'une éventuelle violation de l'article 2045 alinéa 3 du Code civil.

L'affaire a été renvoyée devant le magistrat de la mise en état, le fond ainsi que les frais ayant été réservés.

Suite à cet arrêt, les parties ont conclu comme suit :

- l'appelante A

L'appelante conclut, sur base de l'article 2045 du Code civil et en l'absence d'autorisation expresse du Grand-Duc, à la nullité de la transaction invoquée par B.

Elle se réfère pour le surplus à ses conclusions antérieures dans lesquelles elle avait, à titre principal, demandé à la Cour, par réformation du jugement, de dire qu'il y a engagement contractuel de l'intimée, résultant de son offre d'achat du 1^{er} juin 2016 acceptée inconditionnellement par la A le 15 juin 2016, à prendre en charge les frais d'agence à hauteur de 120.000 euros.

Dans ses conclusions antérieures à l'arrêt du 26 janvier 2021, la A conclut principalement à la condamnation de l'intimée au paiement de

la somme de 120.000 euros et conteste l'existence d'une prétendue transaction. Elle soulève la « nullité de la transaction » sur base de l'article 2045 alinéa 3 du Code civil (alors que son comité directeur n'aurait pas accepté la proposition d'arrangement et que de surcroît le Grand-Duc n'aurait pas autorisé la A de transiger) et souligne de même que seul son comité directeur aurait le pouvoir de l'engager. Ni son mandataire Maître Danielle Wagner, ni sa fonctionnaire C n'auraient pu transiger en son nom et pour son compte faute de disposer d'une procuration spéciale du comité directeur.

Finalement, elle fait valoir qu'il ne saurait y avoir transaction alors que les conditions requises, dont notamment celle de l'existence de concessions réciproques, ne seraient pas remplies.

- l'intimée B

L'intimée fait valoir que les dispositions de l'article 2045 alinéa 3 du Code civil ne pourraient pas s'appliquer en leur forme actuelle ; elle explique que conformément à l'article 45 du Code de la Sécurité Sociale, le comité directeur de la A serait l'unique autorité chargée d'exécuter les décisions relatives à la gestion du patrimoine immobilier propre à la caisse ; il constituerait donc l'unique autorité pour transiger à cet égard.

B demande à la Cour de dire que le comité directeur de la A a seul l'autorité pour transiger.

Elle fait de même valoir qu'en application de la théorie de l'abrogation implicite des lois, l'article 45 du Code de la Sécurité Sociale aurait, suite à son entrée en vigueur, rendu inapplicable l'article 2045 alinéa 3 du Code civil à l'égard de la A.

Finalement, elle se base sur l'article 2045 alinéa 3 du Code civil français, rédigé comme suit: « les communes et les établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation du roi » pour faire valoir qu'il serait évident qu'une telle règle n'aurait plus vocation à s'appliquer et qu'il faudrait la remplacer par « l'autorisation de l'autorité compétente ».

Au vu de ces développements, l'intimée explique que l'accord transactionnel conclu entre parties serait valable en la forme et quant au fond ; il ne pourrait être exigé que l'accord soit soumis à l'autorisation expresse du Grand-Duc et la demande adverse en nullité de la transaction serait à rejeter.

A supposer que la transaction soit soumise à l'autorisation expresse du Grand-Duc (quod non), l'intimée donne à considérer que l'absence d'une telle autorisation serait sanctionnée par une nullité relative qui ne pourrait être invoquée que par la personne que la règle violée entendait protéger, soit B. La A ne pourrait invoquer l'absence d'autorisation conformément à l'article 1132 du Code civil français (sic), pour avoir versée dans une erreur inexcusable. La A serait encore déchu de son action en nullité et ne pourrait pas non plus invoquer l'absence d'autorisation du Grand-Duc en application de l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Appréciation

quant au moyen de nullité invoqué par la A sur base de l'article 2045 alinéa 3 du code civil

Il convient dans un premier temps d'examiner si l'article 2045 alinéa 3 du Code civil est applicable en l'espèce, ce qui est contesté par l'intimée.

Celle-ci fait valoir sur base « de la théorie de l'abrogation implicite des lois » que l'article 2045 alinéa 3 aurait été « rendu inapplicable à la A » suite à l'entrée en vigueur du Code de la Sécurité Sociale et plus particulièrement de son article 45.

L'intimée n'a pas autrement expliqué ce moyen.

Au cas où il y aurait lieu d'admettre qu'elle ait ainsi visé une abrogation suite à l'entrée en vigueur du Code de la Sécurité Sociale, la Cour constate qu'en l'absence de toute formule d'abrogation expresse dans le Code de Sécurité Sociale, il ne pourrait avoir lieu en l'espèce qu'une abrogation tacite.

Il est admis que lorsque les dispositions de la loi nouvelle sont inconciliables/contradictoires avec celles de la loi ancienne et incompatibles avec leur maintien, on privilégiera le texte le plus récent.

Tel n'est cependant pas le cas en l'espèce alors que les deux textes ne sont ni contradictoires, ni incompatibles.

Le premier dispose que les communes et établissements publics ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du Grand-Duc ; le second - dans sa version applicable aux faits - se lit comme suit :

« La A est placée sous la responsabilité d'un comité directeur.

Le comité directeur gère la caisse dans toutes les affaires qui n'ont pas été déferées à un autre organe par la loi ou les règlements.

Il lui appartient notamment:

(...)

9) de gérer le patrimoine immobilier propre à la caisse;

(...)

Les décisions prévues aux points 1) à 7) de l'alinéa qui précède sont soumises à l'approbation du ministre ayant dans ses attributions la Sécurité sociale, sur avis de l'Inspection générale de la sécurité sociale.

(...) ».

A défaut d'une incompatibilité entre les deux textes visés, le moyen tiré d'une abrogation tacite de l'article 2045 alinéa 3 du Code civil par l'article 45 du Code de la Sécurité Sociale est à rejeter comme non fondé.

Le moyen de l'intimée sur base d'un raisonnement analogique des dispositions de l'article 2045 alinéa 3 du Code civil luxembourgeois avec celles du Code civil français, n'est pas non plus fondé et ce à double titre. D'une part, même si la France n'a plus de roi, le Luxembourg a toujours un Grand-Duc et d'autre part, le moyen de B procède d'une lecture erronée des dispositions françaises ; l'article 2045 alinéa 3 du Code civil français ne fait plus référence au roi mais dispose que « Les établissements publics de l'Etat ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation expresse du premier ministre ».

Les moyens soulevés par l'intimée sont partant à rejeter.

Au vu de ce qui précède, les dispositions de l'article 2045 alinéa 3 du Code civil sont applicables en l'espèce.

Indépendamment des moyens développés par les parties quant à l'existence et à la régularité formelle de la transaction (i.e. absence d'écrit, vices de consentement, capacité des parties pour transiger, mandat, absence de concessions réciproques, etc), il convient pour des raisons de logique juridique d'examiner d'abord l'incidence de l'absence d'autorisation expresse du Grand-Duc. Au cas où cette absence entraînerait une nullité absolue, il serait en effet superfétatoire d'examiner s'il y a eu ou non transaction entre parties.

La jurisprudence française retient au sujet du pouvoir de transiger des représentants des personnes morales de droit public que les établissements publics doivent être autorisés par le Premier ministre en application de l'article 21 de la Constitution (CE, 23 avr. 2001 : D. 2001, p. 2090). S'agissant des collectivités territoriales, la transaction signée par le maire, le président de région ou de département, doit être autorisée par, respectivement, le conseil municipal, le conseil régional ou le conseil départemental. Enfin, concernant l'État, il sera engagé par le biais d'une transaction à la condition qu'elle soit signée par le ministre compétent (CE, 17 mars 1893 : S. 1894, p. 119, concl. Romieu. – CE, 20 janv. 1899 : DP 1899, 3, p. 49, concl. Romieu).

La transaction, conclue sans autorisation préalable, est considérée comme caduque et ne peut donc produire ses effets (Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1978 : Bull. civ. I, n° 184 ; JurisClasseur, code civil, art. 2044-2052, fasc. 30, n°44).

En l'absence d'une autorisation expresse du Grand-Duc, la transaction invoquée par B est caduque. Il en découle que l'exception de transaction soulevée par B est à rejeter.

Les moyens de B tendant à voir dire que la A serait déchue de son droit d'invoquer la nullité de la transaction ne sont, au vu des développements ci-dessus, pas concluants.

L'offre de preuve formulée à titre subsidiaire par l'intimée afin d'établir sa version des faits quant à la conclusion de la transaction est donc également à rejeter comme n'étant pas pertinente.

L'appel de la A est fondé et le jugement est à réformer en ce qu'il a dit que la transaction a été valablement conclue entre parties.

Il convient dès lors d'analyser la demande principale de la A tendant à la condamnation de B à lui payer au titre de frais d'agence la somme de 120.000 euros.

B conclut au débouté de cette demande au motif que les parties auraient décidé lors d'une réunion du 21 juin 2016 « de faire abstraction de l'implication de [D] dans le dossier, et de procéder à la conclusion d'un compromis, et ensuite à l'acte notarié, sans aucune intervention et sans aucune implication de [D]. Concrètement, cela voulait dire que B n'avait plus aucunement à payer des frais d'agence».

La Cour constate que l'offre de prix pour l'acquisition immobilière, envoyée le 1^{er} juin 2016 par B à D, précisait que B offrait « à titre de prise en charge des honoraires de votre agence immobilière (bien que ces frais d'agence sont normalement à la charge du vendeur) un paiement par nous d'un montant de frais d'agence pour un montant de 120.000,00 EUR ttc, sur présentation d'une facture en bonne et due forme, au jour de l'acte notarié » (cf. pièce n° 1 Turk & Prum).

Le 13 juin le mandataire de la A a demandé au mandataire de B de lui « confirmer que les montants indiqués ci-dessus correspondent à la meilleure offre de votre mandante (...) » et notamment son offre de la prise en charge des frais d'agence à hauteur de 120.000 euros (cf. pièce n° 3 Turk & Prum).

Le 14 juin 2016, le mandataire de B a répondu que « Je fais suite à votre courrier du 13 juin pour vous confirmer que votre calcul est exact, avec la précision que les frais d'agence de 120.000,00 EUR ne sont pas à comprendre dans le prix d'acquisition, mais à payer séparément par ma mandante immédiatement après la signature de l'acte notarié, sur présentation d'une facture en bonne et due forme par l'Agence D » (cf. pièce n° 4 Turk & Prum).

Il est constant en cause que l'agence D a émis sa facture le 4 août 2016 pour la somme de 197.000 euros TTC et que celle-ci fut payée par la A en date du 10 août 2016.

Le 4 août 2016 une copie de cette facture fut transmise à B (cf. pièce n° 8 Turk & Prum) et l'acte notarié de vente a été passé le 9 août 2016 devant le notaire E.

A défaut de paiement des frais d'agence par B, la A a émis deux rappels le premier en date du 20 septembre 2016 au mandataire de B et le second en date du 11 octobre 2016 à B (cf. pièces n° 9 et 10 Turk & Prum).

Le 13 octobre 2016 le mandataire de B a informé la A que sa mandante refuse de payer les frais d'agence (cf. pièce n°33 Me

Reinard) motif pris que « la prise en charge de frais d'agence, bien qu'initialement offerte par ma cliente, n'a pas été retenue dans les termes et conditions définitives de la vente » et que lors d'une réunion du 21 juin 2016 les parties avaient convenu que l'opération « allait être traitée et bouclée directement entre parties sans intervention d'une quelconque agence ».

B fait valoir que les parties auraient encore convenu lors de cette réunion de « faire abstraction de l'implication de l'agence D » et elle affirme que « cela voulait dire que B n'avait plus aucunement à payer des frais d'agence ».

Dans ses conclusions du 15 juillet 2020, l'intimée expose que son administrateur - délégué Michel F avait constaté que la prise en charge des frais d'agence ne figurait pas dans l'offre concurrente d'achat et que devant ce constat, « il a alors été convenu entre parties en cause de faire abstraction de l'implication de l'agence dans le dossier et de procéder à la conclusion du compromis et de l'acte notarié directement entre les parties en cause. Le paiement des frais d'agence par la concluante ne faisait plus partie des conditions de vente ». L'intimée verse une attestation testimoniale de Michel F pour établir sa version des faits. (cf. pièce n° 41 de Me Reinard).

La A a conclu au rejet de cette attestation pour être irrecevable motif pris qu'elle émane de l'administrateur délégué de B. Elle a précisé que Michel F ne pourrait pas non plus être entendu comme témoin.

Dans un arrêt du 30 juin 2005 (F / G et Etat du Grand-Duché), la Cour de Cassation a retenu le principe que la personne physique habilitée à représenter un être moral en justice, est partie en cause et ne peut être entendue comme témoin.

Dans les sociétés anonymes l'organe représentatif de la société est le conseil d'administration et le membre individuel n'a pas pouvoir de représentation, sauf s'il s'agit de l'administrateur délégué qui a pouvoir de représenter seul la société (cf. Cour d'Appel 6 mai 1999 n°21.742 du rôle).

Dans le même sens on peut citer un arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 2013 (rôle 3180 n° 32/13) qui a retenu « que l'administrateur-délégué est la personne incarnant et représentant l'être moral à l'égard de tous et qu'il ne peut dès lors déposer comme témoin dans un litige dans lequel est impliquée la société, étant donné qu'il est impossible de le considérer à la fois comme représentant qualifié d'une société et comme tiers à l'égard de la même société ».

Le moyen d'incapacité de témoigner est donc fondé et l'attestation testimoniale de Michel F est à rejeter.

B a réitéré et précisé « sa première offre de preuve formulée dans ses conclusions notifiées en date du 2 mai 2019 ».

La nouvelle version de l'offre de preuve formulée au dispositif des conclusions du 12 mars 2021 n'a cependant trait qu'à la réunion du 15 juin 2017, aux capacités de transiger de Maître Danielle Wagner et de C et à la transaction. Elle ne concerne pas la réunion du 21 juin 2016 ni l'accord allégué entre parties au sujet d'une dispense donnée à B de payer les frais d'agence à hauteur de 120.000 euros.

Tel qu'indiqué ci-dessus, cette offre de preuve est à rejeter comme non pertinente.

Dans ses conclusions du 2 mai 2019 B avait formulé une deuxième offre de preuve pour établir que lors d'une réunion en date du 21 juin 2016, les parties avaient convenu « de faire abstraction de l'implication de l'agence D dans le dossier » et que cela voulait dire que B n'avait plus aucunement à payer des frais d'agence. »

L'intimée a proposé comme seul témoin à entendre dans le cadre de cette offre de preuve, son administrateur - délégué Michel F. Il ressort des développements ci-dessus que celui-ci est incapable de témoigner.

Malgré le fait que B a conclu au rejet de l'attestation testimoniale de Michel F et a fait valoir que celui-ci ne pourrait être entendu comme témoin, l'intimée n'a pas indiqué une autre personne qui pourrait le cas être entendue comme témoin dans le cadre de cette offre de preuve.

A défaut d'indication d'un autre témoin que Michel F ou de réserve afférente, la Cour ne peut qu'admettre que B ne dispose pas d'autre(s) témoin(s).

Il n'y a dès lors pas lieu de faire droit à cette offre de preuve.

Il ressort des pièces soumises en cause qui ont été mentionnées ci-dessus que B s'est engagée dès son offre du 1^{er} juin 2016 à prendre en charge au titre de frais de l'agence D la somme de 120.000 euros. Cette offre a été acceptée par la A ; le 14 juin 2016 B a encore une fois confirmé - sur demande de la A - qu'elle prendrait en charge les

frais d'agence à hauteur de 120.000 euros et elle a précisé que cette somme n'est pas à comprendre dans le prix d'acquisition mais à payer séparément.

B reste en défaut d'établir que l'accord ainsi trouvé entre parties aurait été modifié d'un commun accord.

Au vu de ce qui précède, la demande en paiement de la A est donc fondée à hauteur du montant en principal de 120.000 euros.

quant au point de départ des intérêts

L'appelante demande à la Cour de fixer le point de départ des intérêts à la date du 4 août 2016, date d'une première demande en paiement.

Il n'y a pas lieu de faire droit à cette demande alors le courriel du 4 août 2016 ne vaut pas mise en demeure ; la première mise en demeure adressée à B remonte au 23 janvier 2017 et il y a dès lors lieu de fixer le point de départ des intérêts à cette date.

Le jugement est à réformer sur ce point.

quant aux demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile

L'appelante conclut à la condamnation de B à lui payer une indemnité de procédure de 5.000 euros pour chacune des deux instances.

Le tribunal n'a pas fait droit à la demande de la A sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile en l'absence de justification de la condition d'iniquité. Le jugement est à confirmer sur ce point par adoption de motifs.

L'appel n'est donc pas fondé sur ce point.

Il convient toutefois de faire droit à la demande de la A pour l'instance d'appel et de lui allouer sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile une indemnité de procédure de 3.000 euros.

L'intimée réclame une indemnité de procédure de 5.000 euros pour l'instance d'appel. Au vu du sort réservé à son appel, cette demande requiert un rejet.

quant aux frais de première instance

L'appelante demande, par réformation du jugement, à voir mettre les frais de première instance à charge de B.

Au vu de l'issue du litige, il y a lieu de faire droit à cette demande et il convient, par réformation du jugement, de condamner B aux frais et dépens de première instance avec distraction au profit de Maître Danielle Wagner sur ses affirmations de droit.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, en application de l'article 2 de la loi modifiée du 19 décembre 2020 portant adaptation temporaire de certaines modalités procédurales en matière civile et commerciale,

en continuation de l'arrêt n° 11/21 IV-COM du 26 janvier 2021,

dit que l'article 2045 alinéa 3 du Code civil est applicable en l'espèce,

constate que Michel F ne peut pas témoigner en l'espèce,

rejette l'attestation testimoniale de Michel F,

rejette les offres de preuve par audition de témoins formulées par l'intimée,

déclare l'appel partiellement fondé,

par réformation du jugement n° 2018TALCH06/00784 du 12 juillet 2018,

dit qu'une éventuelle transaction entre parties est caduque en application des dispositions de l'article 2045 alinéa 3 du Code civil,

rejette l'exception de transaction invoquée par la société anonyme B,

déclare fondée la demande principale de la A,

partant condamne la société anonyme B à payer à la A la somme de 120.000 euros avec les intérêts au taux légal à partir du 23 janvier 2017 jusqu'à solde ;

condamne la société anonyme B aux frais et dépens de première instance avec distraction au profit de Maître Danielle Wagner sur ses affirmations de droit,

confirme pour le surplus le jugement entrepris,

dit non fondée la demande de la société anonyme B sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne la société anonyme B à payer à la A une indemnité de procédure de 3.000 euros pour l'instance d'appel,

condamne la société anonyme B aux frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître Danielle Wagner sur ses affirmations de droit.