

LA SÉCURITÉ SOCIALE - 2026

CAHIER JURIDIQUE

Les responsabilités des délégués des conseils d'administration des institutions de sécurité sociale : un cadre juridique protecteur



LE GOUVERNEMENT
DU GRAND-DUCHÉ DE LUXEMBOURG
Ministère de la Santé
et de la Sécurité sociale

Inspection générale de la sécurité sociale

Version du 6 juillet 2026
Auteurs : Service juridique de l'IGSS

Sommaire

INTRODUCTION	4
1 LE DROIT LUXEMBOURGEOIS DE LA SÉCURITÉ SOCIALE ET SES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS	5
2 ORGANISATION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION D'UNE ISS	7
3 LES DIFFÉRENTES RESPONSABILITÉS ENCOURUES	8
3.1 La théorie de l'organe	8
3.1.1 La responsabilité civile de l'ISS	8
3.1.2 La responsabilité pénale de l'ISS	11
3.2 La responsabilité personnelle des délégués	13
3.3 La responsabilité du président, en tant que fonctionnaire d'État	18
3.4 Le cas spécial de la représentation des délégués d'une ISS dans un GIE	19
4 LES MÉCANISMES ÉTATIQUES DE MAÎTRISE DES RISQUES	22
4.1 Le contrôle tutélaire	22
4.2 Le principe de « L'État est son propre assureur »	23
CONCLUSION	25

INTRODUCTION

Les délégués des conseils d'administration (CA) des institutions de sécurité sociale (ISS) sont, dans le cadre de leurs missions réglementées par la loi, amenés à prendre des décisions d'une particulière complexité et importance, adoptées dans une finalité d'intérêt général, à l'exclusion de toute considération personnelle.

Le Code de la sécurité sociale (CSS) fixe le cadre de cette intervention des délégués, fondée sur le principe de la gestion participative et précise, entre autres, qu'ils sont responsables conformément au droit commun de l'exécution de leurs attributions et des fautes commises dans le cadre de leur intervention¹. Le CSS prévoit même une amende d'ordre si le délégué viendra à manquer à ses devoirs.

Il convient dès lors d'examiner si ces délégués disposent d'une protection juridique adéquate en matière de responsabilité civile et pénale, leur permettant d'exercer leurs missions ainsi que de prendre des décisions complexes et importantes dans des conditions garantissant une sécurité juridique suffisante.

Pour répondre à cette question, la présente analyse abordera, dans un premier temps, le fonctionnement du système de la sécurité sociale au Luxembourg ainsi que ses établissements publics. Elle se penchera ensuite sur l'organisation du CA d'une ISS. Il sera dans un troisième temps question d'identifier les différentes responsabilités encourues par un CA et ses délégués. Finalement, le présent cahier juridique analysera les mécanismes étatiques permettant de prévenir, d'identifier et de minimiser autant que possible les fautes commises par les délégués dans l'exercice de leurs missions légales.

¹ CSS. (Article 400)

1 LE DROIT LUXEMBOURGEOIS DE LA SÉCURITÉ SOCIALE ET SES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

À titre préliminaire, il convient de préciser qu'en droit luxembourgeois, la sécurité sociale est une partie de la protection sociale, cette dernière comprenant également l'aide et l'assistance sociales.²

La sécurité sociale vise à la réparation des « risques sociaux », à savoir « *les conséquences financières d'événements susceptibles soit de réduire ou de supprimer les ressources des individus assurés, soit d'augmenter leurs charges financières* »³.

Quant à l'aide et l'assistance sociales, celles-ci visent à apporter un soutien aux personnes qui n'ont pas les ressources suffisantes pour vivre décemment. Dans ces cas-ci, contrairement à la sécurité sociale, aucune cotisation ne doit être versée pour avoir droit aux prestations.⁴

Au Luxembourg, la sécurité sociale est une matière réservée à la loi par la Constitution (article 34), ce qui signifie que la loi doit déterminer les principes et les modalités substantielles de la matière réservée, tandis que le règlement du détail peut être confié au pouvoir exécutif (sous forme de règlements et d'arrêtés).⁵

Concrètement, le CSS est la loi qui fixe les dispositions communes et le cadre légal de chaque branche de la sécurité sociale.⁶ La sécurité sociale y est organisée par branche attribuée à des institutions de sécurité sociale, chargées de gérer les différents risques sociaux. Les institutions de sécurité sociale (ISS), qui sont définies à l'article 396 du CSS, sont actuellement au nombre de dix :

- La Caisse nationale de santé (CNS) gère l'assurance maladie-maternité, sauf les affaires dévolues aux caisses de maladie du secteur public, et de l'assurance dépendance.
- Les caisses de maladie du secteur public ont des compétences résiduelles par rapport à celles de la CNS et sont au nombre de 3 :
 - o la Caisse de maladie des fonctionnaires et employés publics (CMFEP) ;
 - o la Caisse de maladie des fonctionnaires et employés communaux (CMFEC) ;
 - o l'Entraide médicale de la société nationale des chemins de fer luxembourgeois (EMCFL).
- La Mutualité des employeurs (MDE) est chargée d'assurer les employeurs contre les charges salariales et d'assurer le versement d'une indemnité pécuniaire aux travailleurs non-salariés affiliés.
- L'Association d'assurance accident (AAA) gère l'assurance accident.
- La Caisse nationale d'assurance pension (CNAP) gère le régime général de l'assurance pension.
- Le Fonds de compensation (FDC) gère la réserve de compensation du régime général de pension.
- La Caisse pour l'avenir des enfants (CAE) gère les prestations familiales, destinées à compenser les charges familiales.
- Le Centre commun de la sécurité sociale (CCSS) est un centre d'affiliation des assurés commun aux ISS, chargé de calcul, de perception et de recouvrement des cotisations ainsi que de traitement informatique des données.⁷

Toutes les ISS sont sous l'autorité du ministre ayant la Sécurité sociale dans ses attributions, sauf la CAE qui relève de l'autorité du ministre de la Famille.

Selon l'article 396 du CSS, les ISS sont des établissements publics jouissant de la personnalité civile, à savoir des « *personnes morales de droit public, chargées par une disposition législative de gérer des services publics déterminés, en vue de satisfaire à des besoins spéciaux de la population, sous le contrôle*

² IGSS, « Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, SECTION 1, DÉFINITIONS », *Droit de la sécurité sociale*, Luxembourg, édition 2024, p. 13.

³ Ibid.

⁴ Ibid, p. 14.

⁵ Ibid, « Partie 1, Chapitre 1., SECTION 1. LA CONSTITUTION », p. 44.

⁶ Ibid, « Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Le cadre légal national », p. 43.

⁷ Ibid, « Partie 2, Titre 1, Chapitre 1. La répartition des compétences par branche », p. 79.

tutélaire de l'État ou des communes dont elles sont détachées par application du principe de la décentralisation des services. »⁸.

Conformément au principe de la décentralisation des services, les ISS gèrent de manière autonome leur patrimoine qui garantit seul leurs engagements et établissent annuellement leurs budget et décompte séparés de ceux de l'État.⁹

Dans la pratique, les ISS sont gérées par des CA, dont l'organisation sera analysée plus en détail dans la partie suivante de la présente analyse.

⁸ Selon MAJERUS, P., *L'État luxembourgeois*, Esch-sur-Alzette, Editpress, 1990, p. 343 , cité dans l'ouvrage IGSS, « Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, SECTION 1. DISPOSITIONS GÉNÉRALES », *Droit de la sécurité sociale*, Luxembourg, édition 2024, p. 80.

⁹ IGSS, Partie 2, Titre 1, SECTION 1. DISPOSITIONS GÉNÉRALES, *Droit de la sécurité sociale*, Luxembourg, édition 2024, p. 80.

2 ORGANISATION DU CONSEIL D'ADMINISTRATION D'UNE ISS

Une ISS est placée sous la responsabilité d'un CA qui est chargé de la gestion générale des affaires résiduelles, à savoir de toutes les affaires non attribuées à un autre organe par la loi ou les règlements.

Ainsi, le CA d'une ISS est chargé d'établir une planification triennale des objectifs stratégiques à atteindre. L'objectif est d'améliorer la gouvernance au niveau des ISS.

Or, la MDE et le FDC, du fait du petit nombre ou de l'absence de personnel, n'ont pas l'obligation d'établir une planification triennale. Le FDC doit, par contre, élaborer des directives sur la gestion de son patrimoine.

En outre, le CA d'une ISS a comme mission d'élaborer annuellement des plans d'actions contenant les priorités et mesures afin de réaliser ses objectifs et de maîtriser les risques y associés.

De même, le CA doit déterminer les règles de gouvernance à appliquer dans l'exécution de ses missions et envers les parties prenantes. Il s'agit d'améliorer la communication interne et externe, la politique de sécurité ainsi que la politique de lutte contre l'abus et la fraude.¹⁰

Le CA d'une ISS est composé de représentants d'employeurs, d'assurés salariés et non-salariés, ainsi que de l'État. Le représentant de l'État, qui a le statut de fonctionnaire, est le président du CA. Sa voix prévaut en cas d'égalité des voix.

Les délégués, y compris le président, sont désignés pour cinq ans (article 400, alinéa 2, du CSS).¹¹

Le président est nommé par le Grand-Duc sur proposition du Gouvernement, alors que les représentants de la CAE sont désignés par le ministre de la Famille. Tous les autres délégués des CA sont désignés par les chambres professionnelles sur base des résultats des élections des chambres professionnelles.¹²

Le président est responsable pour la gestion journalière des ISS.¹³ Il a comme mission la mise en place de la coordination du travail des ISS.

Le président représente l'ISS en justice et en dehors.¹⁴

Par ailleurs, il doit mettre sur pied un service interne qui a comme tâche d'élaborer annuellement un rapport sur l'évaluation de la mise en œuvre de la planification triennale. Ce rapport doit être remis à l'Inspection générale de la sécurité sociale (IGSS), qui par ce biais peut évaluer la gestion des ISS.¹⁵

En cas d'absence, il est remplacé par un des hauts fonctionnaires qu'il a désignés à cette fin.¹⁶

Il peut s'adjoindre des fonctionnaires de l'État ou des fonctionnaires dirigeants des ISS dans le cadre de l'exécution de ses tâches. Il peut également les charger d'évacuer à sa place des affaires courantes et de le représenter.¹⁷

¹⁰ IGSS, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, SECTION 1. DISPOSITIONS GÉNÉRALES, *Droit de la sécurité sociale*, Luxembourg, édition 2024, p. 81.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid, pp. 80 - 81.

¹³ Ibid, p. 82.

¹⁴ Ibid, p. 81.

¹⁵ Ibid, p. 82.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid, p. 81.

3 LES DIFFÉRENTES RESPONSABILITÉS ENCOURUES

L'article 114 de la Constitution réserve à la loi le soin de régler les conditions, les limites et les modalités de la mise en œuvre de la responsabilité des personnes morales de droit public pour les dommages causés dans l'exercice de leurs fonctions.

« Art. 114.

La loi détermine les conditions et les limites ainsi que les modalités de mise en œuvre de la responsabilité de l'État et des autres personnes morales de droit public pour les dommages qu'ils ont causés ou qu'ont causés leurs mandataires publics et agents dans l'exercice de leurs fonctions. ».

Cet article a été introduit par la loi du 17 janvier 2023 portant révision des chapitres Ier, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI et XII.

Il prévoit une disposition générale visant la question de la responsabilité de l'État. Le texte, proposé par le Conseil d'État, retient le terme d'« agents », lequel regroupe tant les fonctionnaires et employés de l'État, qui constituent juridiquement des préposés de la personne morale État, que les membres du Gouvernement, et est complété par ceux de « mandataires publics » visant principalement les bourgmestres et les membres de l'exécutif local.¹⁸

Dans ce cadre, une ISS, en tant qu'établissement public, est une personne morale de droit public. Or, celui-ci ne peut agir que par la voie de ses organes qui sont constituées de personnes physiques, en l'occurrence à travers le CA qui est responsable pour la gestion de toutes les affaires visées dans le CSS.

Comme le précise l'auteur Georges Ravarani dans son ouvrage *'La responsabilité civile des personnes privées et publiques'*¹⁹, « l'organe qui commet le fait dommageable ne se trouve pas dans un lien de subordination envers la personne morale - publique ou privée - qui l'emploie : il s'identifie à cette personne, de sorte que les actes qu'il accomplit dans les limites de ses fonctions sont réputés accomplis par la personne morale elle-même, et la responsabilité de celle-ci se trouve directement engagée sur base de l'article 1382 du code civil. L'acte du préposé, en revanche, n'entraîne que la responsabilité indirecte de son commettant, sur base de l'article 1384, alinéa 3 du même code. ».

Ainsi, l'agent, en l'occurrence, le délégué du CA, intervient comme organe et non pas comme préposé.

Cela étant dit, une ISS, en tant que personne morale de droit public, peut se voir engager sa responsabilité pour des dommages causés par son CA dans le cadre de l'exercice de ses missions, tel que déterminé par les lois. Cela n'empêche toutefois pas la responsabilité personnelle des délégués des CA dans des cas déterminés ci-après.

3.1 LA THÉORIE DE L'ORGANE

3.1.1 La responsabilité civile de l'ISS

a) Le principe : une responsabilité pour faute envers un tiers

En vertu de la théorie de l'organe, tout dommage causé envers un tiers par une décision ou un acte du CA d'une ISS dans le cadre de sa mission relève, en principe, de la responsabilité collective de l'ISS, en tant que personne morale.

¹⁸ THEWES, M., *La nouvelle Constitution luxembourgeoise annotée 2023*, Luxembourg, Larcier, 2023, pp. 475 - 476.

¹⁹ Pas. lux. 2006, p. 114, no 135. RAVARANI, G., *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*.

En effet, cette théorie, consacrée à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi modifiée du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité civile de l'État et des collectivités publiques (loi de 1988), est applicable aux ISS, dans la mesure où il s'agit d'établissements publics investis par la loi d'une mission de service public²⁰.

Selon la « théorie de l'organe », un pouvoir public peut être tenu civilement responsable des fautes commises par son organe, sur base de l'article 1382 du code civil.

« Art. 1^{er} de la loi de 1988

L'Etat et les autres personnes morales de droit public répondent, chacun dans le cadre de ses missions de service public, de tout dommage causé par le fonctionnement defectueux de leurs services, tant administratifs que judiciaires, sous réserve de l'autorité de la chose jugée. (...) ».

La théorie de l'organe, qui a été reprise de la jurisprudence belge, n'est valable que sous condition que l'organe ait agi dans les limites de ses attributions légales ou bien que, du point de vue d'une personne raisonnable et prudente, l'organe pouvait légitimement croire qu'il agissait dans ses compétences.

« Précisant les conditions dans lesquelles il y a responsabilité des pouvoirs publics du fait d'un organe, la jurisprudence belge est fixée en ce sens que l'organe d'un pouvoir public ne représente celui-ci et n'engage sa responsabilité sur pied de l'article 1382 du code civil que lorsqu'il agit dans les limites de ses attributions légales ou qu'il doit être tenu comme agissant dans les limites de celles-ci par tout homme raisonnable et prudent »²¹.

À noter que la loi de 1988 ne concerne que la responsabilité extracontractuelle, à savoir la responsabilité délictuelle, de l'administration. Elle concerne l'État et les autres personnes de droit public, dont les établissements publics, comme les ISS. Cette loi institue, à côté de la responsabilité de droit commun prévu dans le Code civil, un régime particulier de responsabilité pour les personnes publiques.

En effet, si en droit commun de la responsabilité civile, il faut identifier de manière précise l'auteur d'une faute, ce n'est pas le cas pour la loi de 1988, qui se contente de l'existence d'une faute de service.²² Ce principe, qui est celui du fonctionnement defectueux du service, est consacré par l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi de 1988.

Selon les rédacteurs de la loi, si le projet de loi « n'entend plus imposer la preuve d'une faute précise commise par un organe ou un préposé de l'Administration, il n'abandonne pas pour autant en principe toute notion de comportement anormal de l'Administration. »²³ La notion de « fonctionnement defectueux du service » « fait intervenir le critère de comportement fautif, mais celui-ci ne doit plus être imputable à une personne déterminée. (...) c'est la faute anonyme du service qui est visée »²⁴.

Il convient néanmoins de noter que l'article 1^{er} de la loi de 1988 parle de « service public », et non pas d'« organe ». Il y a donc lieu de se poser la question de savoir si le CA qui est un organe (de gestion), composé de délégués qui ne sont pas des fonctionnaires d'État (hors le président du CA), tombe sous l'application de l'article 1^{er}.

²⁰ GERKATH, J., « V. Le régime juridique des établissements publics », *Les établissements publics en droit luxembourgeois*, Luxembourg, LEGITECH, 2024, pp. 162 - 163.

²¹ Documents parlementaires no 2665, avis du Conseil d'État du 18/05/1982, p. 15, § 1.

²² STEICHEN, A., *Précis de droit public*, Luxembourg, LEGITECH, 2024, p. 122.

²³ Documents parlementaires no 2665, Exposé des motifs, p. 4, § 4.

²⁴ Ibid, p. 4, § 5.

Dans ce cadre, il y a lieu de noter que les rédacteurs de la loi de 1988 utilisent également le terme « organe » en lien avec la loi de 1988, comme vu dans la citation précédente et dans l'exemple ci-après :

Si le texte « n'entend plus imposer la preuve d'une faute précise commise par un organe ou un préposé de l'Administration, il n'abandonne pas pour autant en principe toute notion de comportement anormal de l'Administration. »²⁵

Pour répondre à cette question, il convient de distinguer et de définir ces deux notions.

Le « service public » ne désigne pas une instance ou un groupe, mais « *une activité d'intérêt général assurée ou assumée par une personne publique* »²⁶.

L'« organe CA » est une instance de gouvernance chargée d'agir au nom d'une personne morale, à savoir de l'ISS, pour décider des grandes lignes de gestion du service public dans le cadre de ses attributions. Donc, le CA d'une ISS, par ses décisions, participe aussi au fonctionnement du service public, à côté des agents opérationnels de l'ISS (fonctionnaires et employés, entre autres), qui exécutent la gestion quotidienne du service public.

Donc, il semble que rien ne s'oppose à ce qu'une ISS, en tant qu'établissement public, soit soumis à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi de 1988, dans la mesure où il y a eu un fonctionnement défectueux du service public de l'ISS causé par une décision, acte ou omission du CA, en tant qu'organe collectif décisionnel. En effet, la loi de 1988 semble être applicable aux ISS, en tant que personnes morales, et non à un délégué particulier de son CA.

En l'occurrence, la victime n'a donc pas besoin de prouver la faute provenant d'un délégué déterminé du CA, mais elle n'a besoin que de prouver un fonctionnement défectueux du service de l'ISS causé par une décision, acte ou omission du CA. Par « fonctionnement défectueux », on entend « *un comportement de l'administration qui s'écarte du comportement idéal attendu dans une situation donnée. L'appréciation de la faute se fait objectivement, par comparaison à une personne publique normalement prudente et diligente placée dans les mêmes circonstances* »²⁷.

En accord avec le principe de la théorie de l'organe, les rédacteurs de la loi de 1988 sont d'avis qu'un dommage provoqué par le fonctionnement défectueux d'un service public doit être supporté par l'État et les collectivités publiques, dans la mesure où le service public est presté pour le bien commun.

L'État et les collectivités publiques sont « supposés œuvrer pour le bien commun, de sorte que tout préjudice qui peut en résulter devrait constituer une charge incombant à la généralité des citoyens »²⁸.

Pareillement, l'auteur juriste précité Georges Ravarani affirme ce qui suit :

« Dès lors que le dommage survient en raison d'un fonctionnement défectueux du service, la personne publique doit en assumer la responsabilité, même si le fait dommageable peut être attribué à un agent de celle-ci. »²⁹.

La théorie de l'organe est indispensable pour éviter de décourager la prise de décisions complexes par une personne, par peur d'être responsable pour un dommage causé pour toute petite faute ou négligence commises dans le cadre de mission d'intérêt général dont elle ne retire aucun profit personnel.

²⁵ Documents parlementaires no 2665, Exposé des motifs, p. 4, § 4.

²⁶ BOTTINI, F., « Définition de 'service public' du Professeur René Chapus (1925-2017) », *L'action économique des collectivités publiques – Ses enjeux, son droit, ses acteurs*, p. 62.

²⁷ STEICHEN, A., *Précis de droit public*, Luxembourg, LEGITECH, 2024, p. 122.

²⁸ Documents parlementaires no 2665, op.cit., p. 3, § 5.

²⁹ STEICHEN, A., op.cit., p. 135.

« Sur un plan pratique, il faut bien reconnaître que les agents sont obligés de prendre des décisions multiples qui touchent à des intérêts considérables et complexes. On découragerait leur esprit d'initiative en les rendant responsables de la négligence la plus légère commise dans le cadre d'une activité d'intérêt général dont ils ne retirent aucun profit personnel. »³⁰.

b) L'exception : une responsabilité sans faute envers un tiers

L'alinéa 2 de l'article 1^{er} de la loi de 1988 prévoit une exception au principe de responsabilité pour faute envers un tiers. En effet, en application de cette disposition, la responsabilité d'une ISS du fait d'un dommage causé envers un tiers, par le fonctionnement défectueux du service public de l'ISS, qui a été provoqué par un acte, une décision ou une omission du CA peut être engagée sans que la victime d'un dommage n'ait besoin de prouver une faute. Or, cette responsabilité sans faute n'est applicable que dans des situations particulières dans lesquelles l'application de la responsabilité pour faute ne serait pas équitable, à savoir lorsque le dommage est spécial et exceptionnel et qu'il n'est pas imputable à la victime :

« Art. 1^{er}.

(...)

Toutefois, lorsqu'il serait inéquitable, eu égard à la nature et à la finalité de l'acte générateur du dommage, de laisser le préjudice subi à charge de l'administré, indemnisation est due même en l'absence de preuve d'un fonctionnement défectueux du service, à condition que le dommage soit spécial et exceptionnel et qu'il ne soit pas imputable à une faute de la victime. ».

L'exemple typique constituent *« les blessures subies par des passants au cours d'une poursuite de police »³¹*. Selon les rédacteurs de la loi, dans ce cas, *« la responsabilité est objective et n'est pas subordonnée à la preuve d'un comportement fautif »³²*.

Les conditions d'un dommage spécial, exceptionnel et non imputable à la victime ont été proposées par le Conseil d'État pour éviter des demandes en réparation abusives et pour ne pas faire peser une charge lourde sur les finances publiques.

« En vue d'écarter les demandes abusives et ne pas obérer les finances publiques (...) de manière inconsidérée, le Conseil d'État estime que le texte, ouvrant droit à indemnité, doit préciser expressément les conditions qui doivent être réunies pour justifier une demande en réparation du dommage. »³³

3.1.2 La responsabilité pénale de l'ISS

Depuis la loi du 3 mars 2010 introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et dans le Code d'instruction criminelle, les personnes morales peuvent également encourir la responsabilité pénale, y compris les établissements publics.

L'article 34 du Code pénal exclut néanmoins l'État et les communes du champ d'application. Or, les établissements publics ne font pas partis de ces exclusions.

³⁰ STEICHEN, A., *Précis de droit public*, Luxembourg, LEGITECH, 2024, p.136.

³¹ Documents parlementaires no 2665, Exposé des motifs, p. 4, § 8.

³² Ibid, Commentaire des article, ad Article 1^{er}, al. 2, p. 5, § 5.

³³ Documents parlementaires no 2665¹, avis du Conseil d'État du 20 juin 1985, ad Article 1^{er}, al. 2, p. 6, § 10.

« Art. 34.

Lorsqu'un crime ou un délit est commis au nom et dans l'intérêt d'une personne morale par un de ses organes légaux, par un ou plusieurs de ses dirigeants de droit ou de fait ou par toute personne, agissant soit individuellement soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein, sur la base d'un pouvoir de représentation de la personne morale ou d'un pouvoir de prendre des décisions au nom de la personne morale ou d'un pouvoir d'exercer un contrôle au sein de la personne morale, la personne morale peut être déclarée pénalement responsable et encourir les peines prévues par les articles 35 à 38.

La personne morale peut également être déclarée pénalement responsable et encourir les peines prévues par les articles 35 à 38 lorsqu'un défaut de surveillance ou de contrôle de la part d'une personne visée à l'alinéa 1^{er} du présent article a rendu possible la commission d'un crime ou d'un délit, dans l'intérêt de ladite personne morale, par une personne soumise à son autorité.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes infractions.

Les alinéas précédents ne sont pas applicables à l'État et aux communes. ».

Dans ce cadre, le document parlementaire n°5718 relatif au projet de loi introduisant la responsabilité pénale des personnes morales dans le Code pénal et dans le Code d'instruction criminelle précise ce qui suit :

« Conformément à l'article 34, la responsabilité pénale peut également être encourue par les personnes morales de droit public qui sont investies d'une mission d'intérêt général, tel que c'est notamment le cas des établissements publics ou encore des ordres professionnels.

L'État et les communes sont toutefois exclus du champ d'application de l'article 34 qui ne trouve pas application à leur égard.

L'exclusion de l'État se justifie notamment par la considération que l'auteur de la poursuite et de la répression ne peut pas être en même temps l'objet de la poursuite et de la sanction. En ce qui concerne les communes, instituées par l'article 107 de la Constitution, leur exclusion se justifie notamment par la considération qu'en tant que dépositaires d'une parcelle de la puissance publique, elles ne sauraient être placées sous le contrôle des juridictions répressives. »³⁴.

Une ISS étant un établissement public, celle-ci peut ainsi, en tant que personne morale, être déclarée pénalement responsable, lorsqu'un délégué du CA commet un crime ou un délit au nom et dans l'intérêt de l'ISS.

Les sanctions pénales pour les personnes morales sont prévues à l'article 34 à 38 du Code pénal. Il s'agit de l'amende, de la confiscation spéciale, de l'exclusion de participation à des marchés publics et de contrats de concession, ainsi que de la dissolution.

« Art. 35.

Les peines criminelles ou correctionnelles encourues par les personnes morales sont:

- 1) l'amende, dans les conditions et suivant les modalités prévues par l'article 36;*
- 2) la confiscation spéciale;*
- 3) l'exclusion de la participation à des procédures d'attribution de marchés publics et de contrats de concession;*
- 4) la dissolution, dans les conditions et suivant les modalités prévues par l'article 38. ».*

Aucune sanction pénale à l'égard de l'ISS n'ayant été identifiée dans le CSS, c'est donc uniquement le droit pénal commun qui semble s'appliquer à l'ISS, en tant que personne morale.

Après l'analyse de la responsabilité du CA en tant qu'organe collectif décisionnel de l'ISS, il y a lieu de se tourner vers la responsabilité personnelle des délégués du CA.

³⁴ Documents parlementaires no 5718, Commentaires des articles, ad Article 34 du Code pénal, pp. 12 - 13.

3.2 LA RESPONSABILITÉ PERSONNELLE DES DÉLÉGUÉS

La responsabilité personnelle des délégués est régie à l'article 401 du CSS qui prévoit que « *Les membres des organes des institutions de sécurité sociale sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.* ».

A noter que le terme « mandat » mentionné dans l'article 401 du CSS ne doit pas être compris dans le sens de « contrat de mandat » tel que prévu dans l'article 1984 du Code civil, mais dans le sens de « missions »³⁵, « charge », « fonction » ou de « mandat légal ».

En effet, le terme « mandat » dans le sens de « mission » et de « fonction » est souvent utilisé dans les textes légaux et réglementaires, comme dans les exemples suivants :

- L'arrêté grand-ducal du 4 avril 2025 prévoit de prolonger « le mandat en tant que médiateur en santé de XX d'une durée de 5 ans ».
- L'arrêté grand-ducal du 23 décembre 2022 porte sur « l'organisation des mandats du conseil d'administration de l'établissement public 'Média de service public 100,7' ».
- L'arrêté grand-ducal du 9 avril 2024 porte « renouvellement du mandat du Président de la Commission des plaintes du Conseil de Presse, pour une durée de deux ans ».
- L'article 48, paragraphe 2, de la loi du 7 mars 1980 sur l'organisation judiciaire dispose que « le mandat des conseillers (de la chambre du conseil de la Cour d'appel) est renouvelable ».
- L'article 53 bis de la Loi du 3 août 1998 instituant des régimes de pension spéciaux pour les fonctionnaires de l'État et des communes ainsi que pour les agents de la Société nationale des chemins de fer luxembourgeois prévoit que « l'exercice du mandat de parlementaire et de la fonction de membre du Conseil d'État n'est pas considéré comme activité professionnelle (...) ».

Le contrat de mandat au sens de l'article 1984 du CC est défini comme « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom* ».

Donc, ici, un contrat de mandat est conclu entre deux parties, dans lequel une personne agit au nom d'une autre personne. Les deux parties sont chacune libres d'accepter ou pas la conclusion de ce contrat de mandat.

Le mandat au sens de l'article 401 du CSS, représente, en revanche, une mission d'intérêt générale dont les conditions et modalités d'exercice sont prévues par une loi et non par un contrat. Dans le cas des ISS, les missions sont prévues actuellement dans le CSS.

Par ailleurs, l'article 299 de la loi du 17 décembre 1925 concernant le code des assurances sociales, d'où proviennent les articles 401 et suivants, précisait que le mandat honorifique est conféré en vertu de la loi :

Art. 299. Le mandat honorifique conféré en vertu de la présente loi ne pourra être décliné que pour l'une des causes qui, d'après les art. 433, 434 et 435 du Code civil, dispensent de la tutelle.

L'exercice d'un mandat honorifique conféré par la présente loi équivaudra à la gestion d'une tutelle.

Les statuts pourront admettre d'autres causes de dispense.

Une réélection pourra être déclinée pour la durée d'une période électorale.

³⁵ Le Robert, « Synonymes de mandat au sens de mission = mission, charge », Disponible sur : <https://dictionnaire.lerobert.com/synonymes/mandat> (consulté le 16/07/2025)

Une autre différence par rapport au contrat de mandat du CC est que, pour le mandat légal, la personne appelée à être délégué n'a pas le droit de refuser sans motif légitime sa nomination, sous peine de se voir infliger une amende administrative de la part de l'IGSS (art. 403 du CSS).

Par ailleurs, il y a lieu de relever que ce n'est pas l'ISS qui donne aux délégués « le pouvoir de faire quelque chose », mais qu'en vertu de l'article 46, alinéa 5, du CSS, les délégués sont désignés en application des dispositions du règlement grand-ducal du 9 décembre 2008 ayant pour objet la désignation des délégués des institutions et juridictions de sécurité sociale.

Par ailleurs, il semble que l'article 401 du CSS mentionne le droit commun, non en lien avec le terme « mandat », mais en lien avec le terme de « responsabilité », afin de préciser que le CSS ne prévoit pas de régime de responsabilité aggravée, mais que les délégués sont soumis aux principes de responsabilité du droit commun.

Pour preuve, la première phrase de l'article 264, alinéa 2, du CSS portant sur la responsabilité du CA du FDC a une formulation identique à celle de l'article 401 du CSS :

« Les membres des organes du Fonds de compensation sont responsables conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion. »

En effet, les rédacteurs de cette disposition ont précisé, dans le cadre des travaux parlementaires, que cet article ne prévoit pas une responsabilité aggravée mais simplement une responsabilité de droit commun.

« Il convient de relever que l'article 263-8 (ancienne numérotation de l'article 264 du CSS) ne prévoit qu'un régime de responsabilité de droit commun, non doublé d'un régime de responsabilité aggravée. »³⁶

Par ailleurs, il y a lieu de noter que l'article 401 du CSS a la même formulation que l'actuel article 441-9, alinéa 1^{er}, de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (loi sur les sociétés commerciales) :

« Art. 441-9. (ancien article 59)

Les administrateurs, les membres du comité de direction et le directeur général sont responsables envers la société, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.

Les administrateurs et les membres du comité de direction sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi, ou des statuts.

Les administrateurs et les membres du comité de direction ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions, pour ce qui est des membres du conseil d'administration, à l'assemblée générale la plus prochaine et, pour ce qui concerne les membres du comité de direction, lors de la première séance du conseil d'administration après qu'ils en auront eu connaissance. ».

³⁶ Documents parlementaires no 5145, Commentaires des articles, ad Article 3, p. 25.

L'article original (à l'entrée en vigueur de la loi sur les sociétés commerciales) se présentait comme suit :

« Art. 59.

Les administrateurs sont responsables envers la société, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.

Ils sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages-intérêts résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi ou des statuts sociaux. Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance. ».

Pour information, l'article qui le précédait, à savoir l'article 58, actuel article 441-8 de la loi sur les sociétés commerciales, dont le libellé est resté inchangé, se présente comme suit :

« Art. 58.

Les administrateurs ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société. ».

Selon les rédacteurs de la loi sur les sociétés commerciales, l'article 58 (actuel article 441-8) prévoit que les administrateurs des sociétés anonymes ne sont pas personnellement responsables des engagements qu'ils contractent au nom d'autrui.

En effet l'article « pose le principe que les administrateurs ne sont pas tenus personnellement responsables des engagements qu'ils contractent en leur qualité, au nom et pour compte de la société. Il est l'application aux administrateurs (...), du principe de droit commun que dans le mandat c'est le mandant et non le mandataire qui est légalement partie aux contrats passés par l'intermédiaire de celui-ci. »³⁷.

Ce principe est comparable à la théorie de l'organe.

Selon les rédacteurs de la loi, l'article 59 (actuel art. 441-9), en revanche, prévoit à l'alinéa 1^{er} deux exceptions au principe de non-responsabilité personnelle des administrateurs :

- 1 responsabilité contractuelle envers la société en cas de faute de l'administrateur, à savoir en cas de manquement aux devoirs d'un bon père de famille, à hauteur du préjudice prévu dans le contrat, (alinéa 1 de l'article 59)
- 2 responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle envers la société et les tiers non-actionnaires (en vertu de l'article 1382 du CC) en cas de violations commises de la loi ou des statuts ³⁸, (alinéa 2 de l'article 59).

La loi luxembourgeoise sur les sociétés commerciales s'est beaucoup inspirée de la loi belge du 18 mai 1873 sur les sociétés commerciales, cette dernière étant à l'époque la loi la plus moderne sur les sociétés commerciales.

³⁷ Dossiers parlementaires portant sur l'(avant-) projet de loi sur les sociétés commerciales 1904- 1915, Commentaires des articles du prof. Jean Corbiau de l'UCL, ad Article 50, p. 262 du PDF, p. 78 du dossier parlementaire, Disponible sur : Staatsarchiv, Abt 5, Nr 2456 (Conseil d'État du Grand-duché de Luxembourg).

³⁸ Ibid, p. 79.

Les actuels articles 441-8 et 441-9 ont d'ailleurs été copiés mot pour mot des articles 51 et 52 de la loi belge sur les sociétés commerciales de 1873³⁹ :

Article 49.	
Loi belge de 1873 (Art. 51).	Texte proposé.
Les administrateurs ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la société.	(Comme ci-contre.)

Article 50.	
Loi belge de 1873 (Art. 52).	Texte proposé.
Les administrateurs sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.	Les administrateurs sont responsables <i>envers la société</i> , conformément au droit commun,..... etc. (Comme ci-contre.)
Ils sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages-intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent titre ou des statuts sociaux. Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance.	Ils sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers <i>tous</i> tiers, de tous dommages-intérêts.... etc. (Comme ci-contre.)

Ceci étant dit, d'après les rédacteurs de la loi sur les sociétés commerciales, il existe une troisième responsabilité des administrateurs qui se trouve dans le droit commun. Il s'agit de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle (en vertu des articles 1382 et 1383 du CC) envers toute personne (société, tiers non-actionnaires et tiers actionnaires) dérivant de tout acte dommageable illicite commis par un administrateur, que cet acte constitue ou non une violation de la loi ou des statuts.⁴⁰

Le libellé de l'article 401 du CSS se différencie de celui de l'article 441-9, alinéa 1^{er}, de la loi sur les sociétés commerciales, au niveau de deux points.

En premier lieu, l'article 441-9, alinéa 1^{er}, de la loi sur les sociétés commerciales parle uniquement de responsabilité envers la société, contrairement à l'article 401 du CSS qui semble concerner la responsabilité par rapport à toute personne, puisqu'il n'y est pas précisé envers qui la responsabilité est engagée.

Dans ce cadre, l'article 38 de la loi du 31 juillet 1901 concernant l'assurance obligatoire des ouvriers contre les maladies, d'où proviennent les articles 401 et suivants du CSS relatifs aux délégués de l'ISS, prévoyait aussi uniquement une responsabilité envers la caisse et non envers les tiers. Cela est, sans doute, lié au principe de l'irresponsabilité de certains actes de l'État envers les tiers qui était la règle dans le passé :

« Pendant la première moitié du 19^e siècle, le principe était celui d'une irresponsabilité totale de l'Etat, sauf textes explicites et formels. Le fondement de ce principe se trouvait dans l'idée selon

³⁹ Ibid, Tableau de comparaison, p. 78.

⁴⁰ Dossiers parlementaires portant sur l'(avant-) projet de loi sur les sociétés commerciales 1904- 1915, Commentaires des articles du prof. Jean Corbiau de l'UCL, ad Article 50, p. 265 du PDF, p. 81 du dossier parlementaire, Disponible sur : Staatsarchiv, Abt 5, Nr 2456 (Conseil d'État du Grand-duché de Luxembourg).

laquelle les préjudices provoqués par les services publics constituent des risques à courir par chaque administré bénéficiaire de l'ensemble des services rendus par l'Etat »⁴¹.

En second lieu, les relations et missions des CA des sociétés anonymes sont réglées par un contrat ou des statuts, contrairement à celles des CA des ISS qui sont régies par la loi (CSS).

Vu que le libellé de l'article 401 du CSS coïncide avec la responsabilité délictuelle des administrateurs d'une société anonyme, il y a lieu de conclure que cet article correspond aux responsabilités délictuelle et quasi-délictuelle des délégués en vertu des articles 1382 et 1383 du CC envers toute personne, à savoir aussi bien à l'égard de l'ISS que des tiers (et non pas à un contrat de mandat).

Il est question ici du cas de figure d'un délégué d'un CA d'une ISS qui n'a pas agi dans le cadre de sa mission, en ayant enfreint la loi ou les statuts. Donc, ici la « théorie de l'organe » n'est pas applicable, mais le délégué doit supporter lui-même la responsabilité de ses actes. Il est évident que les délégués doivent supporter, dans ce cas-ci, eux-mêmes les responsabilités, puisqu'il ne serait pas juste de faire payer le contribuable, en l'espèce l'assuré, pour la réparation des fautes réalisées en infraction des lois et statuts.

A noter que cette responsabilité personnelle peut aussi être de nature pénale.

En effet, l'article 411 du CSS prévoit une sanction pénale pour les infractions des délégués à l'obligation du secret professionnel. L'article renvoie à l'article 458 du Code pénal, qui prévoit un emprisonnement de 8 jours à 6 mois et une amende de 500 euros à 5.000 euros.

Obligation de secret

Art. 411 du CSS : *« Les mandataires et le personnel des institutions de sécurité sociale, des juridictions sociales ainsi que des autorités exerçant le contrôle, sont tenus de garder le secret sur les faits et installations qu'ils parviennent à connaître dans l'accomplissement de leur mission et de s'abstenir d'utiliser ou de révéler les secrets de fabrication ou les secrets d'affaires.*

Les personnes chargées spécialement du contrôle prêtent avant d'entrer en fonction, devant le juge de paix de leur résidence, le serment suivant: «Je jure de remplir mes fonctions avec intégrité, exactitude et impartialité. Je jure de garder le secret sur les faits et installations que je parviendrai à connaître dans l'accomplissement de ma mission et de m'abstenir d'utiliser ou de révéler les secrets d'affaires.

En cas de contravention aux dispositions de l'alinéa 1, les personnes y désignées seront passibles des peines édictées par l'article 458 du Code pénal. ».

Article 458 du Code Pénal :

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

Au regard de ce qui précède, il apparaît que pour tout autre infraction pénale, le droit commun est applicable au délégué, en l'occurrence, le Code pénal.

⁴¹ Documents parlementaires no 2665, Exposé des motifs, pp. 2 - 3.

3.3 LA RESPONSABILITÉ DU PRÉSIDENT, EN TANT QUE FONCTIONNAIRE D'ÉTAT

Le président du CA, contrairement aux autres délégués, a le statut de fonctionnaire d'État.

En ce qui concerne la relation de travail entre l'État et son fonctionnaire, le Conseil d'État dans son avis du 18 mai 1982 relatif au projet de loi aboutissant à la loi du 1988, a précisé que l'article 1384, alinéa 3, du CC ne s'applique pas, dans la mesure où leur relation n'est pas réglée par un contrat de travail, mais par la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'État (« loi sur le statut des fonctionnaires »).

En effet, les fonctionnaires sont les organes de l'Etat, à travers lesquelles l'État agit. La responsabilité délictuelle de l'État est ainsi directe, en application des articles 1382 et 1383 du CC :

« Etant des personnes morales, l'Etat et les autres pouvoirs publics ne peuvent agir que par l'intermédiaire de leurs fonctionnaires ou agents. Dans ces conditions, la question se pose si leur responsabilité est directement engagée sur base des articles 1382 et 1383 du code civil ou si elle ne l'est qu'indirectement sur le fondement de l'article 1384, alinéa 3 du même code.

D'après Henri de Page (Traité élémentaire du droit civil belge, tome II, 3^e édition, N° 1065), l'Etat n'est pas responsable, comme commettant, du fait de ses agents employés pour l'exercice de ses attributions politiques. Ces agents sont, en réalité, ses organes. C'est l'Etat lui-même qui agit en leur personne, et la responsabilité est par conséquent directe. »⁴².

Bien que le Conseil d'État s'appuie pour son affirmation relative à la théorie de l'organe sur une jurisprudence belge, celle-ci devrait, selon lui, aussi s'appliquer au cas du Luxembourg, dans la mesure où la jurisprudence luxembourgeoise s'est généralement alignée sur la jurisprudence belge en matière de responsabilités civile des pouvoirs publics :

« Etant données qu'en matière de responsabilité civile des pouvoirs publics, la jurisprudence luxembourgeoise s'est, d'une manière générale, alignée sur la jurisprudence belge, il est permis de penser que si, un jour, une juridiction luxembourgeoise devait prendre position quant au problème en question, elle suivrait la jurisprudence belge. »⁴³

Selon cette théorie de l'organe, l'État (ou un autre pouvoir public) engage sa responsabilité civile pour les fautes commises par un de ses organes (ou agent), sur base de l'article 1382 du CC, seulement si l'organe, a agi dans les limites de ses attributions légales ou bien que, du point de vue d'une personne raisonnable et prudente, l'organe pouvait légitimement croire qu'il agissait dans ses compétences :

« Précisant les conditions dans lesquelles il y a responsabilité des pouvoirs publics du fait d'un organe, la jurisprudence belge est fixée en ce sens que l'organe d'un pouvoir public ne représente celui-ci et n'engage sa responsabilité sur pied de l'article 1382 du code civil que lorsqu'il agit dans les limites de ses attributions légales ou qu'il doit être tenu comme agissant dans les limites de celles-ci par tout homme raisonnable et prudent. »⁴⁴

Le fonctionnaire d'État encourt des sanctions disciplinaires de la part de l'Etat, à côté des éventuelles sanctions pénales, s'il contrevient à ses devoirs fixés dans la loi sur le statut des fonctionnaires.

« Art. 44. Tout manquement à ses devoirs au sens du présent statut expose le fonctionnaire à une sanction disciplinaire, sans préjudice de l'application éventuelle d'une sanction pénale. ».

⁴² Documents parlementaires no 2665, avis du Conseil d'État du 18/05/1982, pp. 14 - 10.

⁴³ Ibid, p. 15, § 3.

⁴⁴ Ibid, p. 15, § 1.

Par ailleurs, comme vu plus haut, une ISS est en principe responsable envers les tiers, en vertu de la théorie de l'organe, des actes commis par un délégué, tant qu'il a agi dans les limites de ses pouvoirs ou qu'il a légitimement pu le croire. S'il agit au-delà de ses pouvoirs, il voit sa responsabilité personnellement engagée sur base du droit commun (article 1382 du CC et autres sanctions pénales possibles). La législation actuellement en vigueur ne comporte pas de disposition excluant expressément le président du champ d'application de cette règle.

Au regard de ce qui précède, il apparaît que non seulement la loi de 1988 (contenant la théorie de l'organe) s'applique au président du CA, mais également les articles 400, 401 et 403 du CSS (qui prévoient une responsabilité personnelle des délégués) ainsi que des sanctions correspondantes.

3.4 LE CAS SPÉCIAL DE LA REPRÉSENTATION DES DÉLÉGUÉS D'UNE ISS DANS UN GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE (GIE)

Certaines ISS, à savoir la CNS et le CCSS, doivent nommer des délégués en tant que gérants au conseil de gérance de l'Agence eSanté, qui est un GIE.

Un GIE est une entité de droit privé, qui est régi par la loi modifiée du 25 mars 1991 sur les groupements d'intérêt économique (loi GIE). L'article 12, paragraphe 3, de cette loi dispose que les gérants d'un GIE sont responsables conformément à l'article 59 (actuel article 441-9) de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

« Art. 441-9. (ancien article 59)

Les administrateurs, les membres du comité de direction et le directeur général sont responsables envers la société, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.

Les administrateurs et les membres du comité de direction sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers, de tous dommages résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi, ou des statuts.

Les administrateurs et les membres du comité de direction ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pas pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions, pour ce qui est des membres du conseil d'administration, à l'assemblée générale la plus prochaine et, pour ce qui concerne les membres du comité de direction, lors de la première séance du conseil d'administration après qu'ils en auront eu connaissance. ».

En application de l'actuel article 441-9, les gérants sont tous solidairement responsables envers le GIE ou les tiers des dommages causés par une infraction à la loi ou aux statuts du GIE.

Néanmoins, la loi modifiée du 25 juillet 1990 concernant le statut des administrateurs représentant l'État ou une personne morale de droit public dans une société anonyme (loi de 1990) prévoit la théorie de l'organe dans ce sens que les administrateurs d'un CA d'une société anonyme qui représentent une personne de droit public n'engagent pas leur responsabilité personnelle, mais c'est la personne de droit public qui assume les responsabilités, sauf en cas de faute personnelle grave.

L'article unique de la loi de 1990 se présente comme suit :

« Article unique.

Dans les sociétés anonymes dans lesquelles l'Etat ou une personne morale de droit public est actionnaire, les personnes qui, sur la proposition de l'Etat ou de cette personne morale, sont appelées aux fonctions d'administrateur ou de membre du directoire ou du conseil de surveillance, selon le cas, représentent respectivement l'Etat ou la personne morale de droit public qui les a fait désigner et exécutent leurs instructions. A cette fin, ils doivent transmettre toutes les informations

utiles dont ils ont pu obtenir connaissance respectivement à l'Etat ou à la personne morale de droit public.

Ils cessent leurs fonctions au moment où la personne morale de droit public qui les a fait désigner aura notifié au conseil d'administration ou au directoire ou au conseil de surveillance, selon le cas, la révocation de leur mandat.

La personne morale de droit public assume les responsabilités qui incombent aux personnes désignées à sa demande en leur qualité d'administrateurs ou de membres du directoire ou du conseil de surveillance, selon le cas, sauf son recours contre elles en cas de faute personnelle grave. Les émoluments leur revenant sous quelque forme que ce soit, sont touchés par l'Etat ou la personne morale de droit public qui les a fait désigner; il appartient au gouvernement en conseil ou à l'organe dirigeant de la personne morale de droit public d'arrêter les indemnités à allouer à ces administrateurs, ou membres du directoire ou du conseil de surveillance, selon le cas, pour l'accomplissement de leur mission. ».

Bien que la loi de 1990 vise explicitement les seules sociétés anonymes, les analyses qui suivent permettent de considérer que les délégués de l'ISS nommés en qualité de gérants au sein des conseils d'administration des GIE relèvent de son champ d'application.

En effet, lors des travaux parlementaires de la loi modifiée du 25 mars 1991 sur les GIE en projet, le Conseil d'Etat s'est prononcé dans son avis du 21 décembre 1990 (PL N°3434) au sujet de la responsabilité des gérants d'un GIE en référence à l'article 59 (actuel article 441-9) de la loi sur les sociétés commerciales.

Selon le Conseil d'Etat, la loi de 1990 aurait implicitement modifié la portée de l'article 59 (actuel article 441-9) de la loi sur les sociétés commerciales au regard des administrateurs proposés par l'Etat et les personnes morales de droit public. D'après le Conseil d'Etat, lorsque les gérants représentent des personnes morales de droit public (y compris l'Etat), cette responsabilité est assumée par celles-ci. Dès lors, il y lieu de conclure que cela vaut aussi pour les délégués du CA des ISS nommés comme gérants au sein d'un CA d'une GIE :

« Article 12 :

Le paragraphe (3) dispose que les gérants du GIE sont responsables conformément à l'article 59 de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

(...)

L'article 59 ayant été implicitement modifié à la suite de la loi du 25 juillet 1990 concernant le statut des administrateurs représentant l'Etat ou des personnes de droit public dans une société anonyme, l'on doit se poser la question sur la responsabilité des gérants d'un GIE, représentant soit l'Etat, soit une personne morale de droit public.

Selon le Conseil d'Etat, le renvoi par l'article 12 paragraphe (3) à l'article 59 de la loi du 10 août 1915 ne saurait ignorer la loi du 25 juillet 1990, qui en modifie la portée au regard des administrateurs proposés par l'Etat et les personnes morales de droit public. En l'occurrence, les gérants des GIE nommés par l'Etat ou les autres personnes morales de droit public n'encourent pas de responsabilité civile ni personnelle envers les GIE du fait de l'exécution de leur mandat, ni solidaire envers les GIE ou les tiers en raison d'infractions aux dispositions de la loi ou des statuts sociaux.

Il est à noter que lorsque les gérants représentent des personnes morales de droit public - dont l'Etat -, cette responsabilité est assumée par celles-ci.

En vertu du paragraphe (2) de l'article 12, chacun des gérants représente le groupement envers les tiers.

Nonobstant les restrictions que le contrat peut apporter aux pouvoirs des gérants, ces restrictions ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées.

Lorsque le gérant émane de l'Etat ou d'une autre personne de droit public (telle que la SNCI par exemple), cette dernière peut être appelée à couvrir seule la responsabilité de son gérant fautif sans pouvoir se retourner contre celui-ci, à moins qu'il n'ait commis de faute grave. »⁴⁵.

Dans son rapport du 30 janvier 1991⁴⁶ portant sur le projet de loi n°3434, la Commission juridique de la Chambre des députés a approuvé l'analyse du Conseil d'État et demande au Gouvernement de la prendre en considération :

« Quant à l'article 12 du projet de loi No 3434, la commission approuve les recommandations du Conseil d'Etat en ce qui concerne la loi du 25 juillet 1990 relative au statut des administrateurs représentant l'Etat ou des personnes de droit public dans une société anonyme. Elle recommande donc au Gouvernement d'en tenir compte et d'y attacher une attention particulière. ».

Au regard des éléments exposés ci-dessus, il peut être conclu que l'article unique, alinéa 3, de la loi de 1990, qui consacre la théorie de l'organe, est aussi applicable aux délégués des ISS nommés en qualité de gérants au sein des CA des GIE.

⁴⁵ Documents parlementaires 3434¹, avis du Conseil d'État du 21/12/1990, Examen des articles, ad Article 12, p. 3.

⁴⁶ Documents parlementaires 3434², Rapport de la Commission juridique de la Chambre des députés du 30/01/1991, Examen des documents et discussion, ad Article 12, p. 3.

4 LES MÉCANISMES ÉTATIQUES DE MAÎTRISE DES RISQUES

Des mécanismes étatiques permettent de maîtriser des risques de fautes effectuées par les organes de l'État, y compris des ISS. Parmi ces mécanismes figurent le contrôle tutélaire et le principe de l'« État est son propre assureur » détaillés ci-après.

4.1 LE CONTRÔLE TUTÉLAIRE⁴⁷

Le contrôle tutélaire de l'État sur ses établissements publics est un mécanisme étatique de maîtrise des risques.

En effet, l'article 128, paragraphe 1^{er}, de la Constitution prévoit une surveillance étatique des établissements publics, cette tutelle étatique étant la contrepartie de l'autonomie accordée aux établissements publics.⁴⁸

Dans ce contexte, l'article 403 du CSS dispose que le ministre ayant la Sécurité sociale dans ses attributions a le pouvoir de nommer et de révoquer les délégués du CA d'une ISS.

Par ailleurs, les articles 409 et 423, point 2), du CSS prévoient que les ISS sont soumises à la surveillance du Gouvernement, qui est exercée par l'IGSS :

- Dans ce cadre, l'IGSS a comme mission de veiller « à l'observation des prescriptions légales, réglementaires, statutaires et conventionnelles ainsi qu'à la régularité des opérations financières » (article 409, alinéa 2, du CSS). Il s'agit donc d'un contrôle de tutelle financière et administrative.⁴⁹
- A cette fin, les ISS doivent communiquer sans délai à l'IGSS les procès-verbaux des CA (article 410, alinéa 4, du CSS) ainsi que les décisions des CA non-conformes aux lois, règlements, conventions ou statuts en vue de la suspension » (article 409, alinéa 6, du CSS).
- Par ailleurs, dans le cadre de sa mission de surveillance, l'IGSS a le droit de faire, à tout moment, un contrôle des ISS, (article 409, alinéa 3, du CSS).
- Dans le contexte du contrôle financier, les ISS doivent transmettre toutes communications demandées par l'IGSS (article 409, alinéa 4, du CSS).
- Également dans le cadre du contrôle tutélaire, les ISS doivent élaborer et communiquer à l'IGSS une planification triennale définissant les objectifs stratégiques à atteindre par l'ISS qui comprend les plans d'actions visant à réaliser les objectifs et à maîtriser les risques (article 408bis du CSS).
- Les ISS doivent aussi définir des règles de gouvernance visant l'amélioration de la communication, de la sécurité et de la lutte contre l'abus et la fraude (article 408bis du CSS).
- Un rapport annuel relatif à la mise en œuvre de la planification doit, en outre, être présenté à l'IGSS. Ce rapport permet à l'IGSS d'évaluer la gestion des ISS par la mise en œuvre d'une réelle mission d'audit 338), correspondant à une mission de tutelle a posteriori.

⁴⁷ IGSS, Partie 2, Titre 1. La tutelle étatique, *Droit de la sécurité sociale*, Luxembourg, édition 2024, pp. 92 - 99.

⁴⁸ Ibid, p. 92.

⁴⁹ Ibid, p. 93.

La tutelle s'exerce par diverses mesures a priori et a posteriori qui peuvent le cas échéant aboutir à l'inexécution des décisions d'ordre administratif et financier des CA des ISS⁵⁰ :

- L'approbation : Suivant l'article 331, alinéa 4, du CSS, certaines décisions des ISS ne sont valables que sous réserve de leur approbation par le ministre ayant la Sécurité sociale dans ses attributions sur avis de l'IGSS. Il s'agit des décisions concernant le budget annuel, le décompte annuel, les statuts ou encore les règlements d'ordre intérieur.
- La suspension : L'IGSS a le pouvoir de suspendre des actes ou décisions des CA des ISS, si ceux-ci risquent d'être contraires aux lois, règlements, conventions ou statuts (article 409 du CSS), ceci jusqu'à décision du ministre ayant la Sécurité sociale dans ses attributions qui est saisi en vue de l'annulation de l'acte ou de la décision.⁵¹
- La substitution : Le ministre de la Sécurité sociale peut charger l'IGSS d'exécuter les mesures pour le compte de l'ISS, si cette dernière refuse de se conformer aux lois, règlements, statuts ou conventions (article 410, alinéa 3, du CSS). Le ministre peut également se substituer lui-même à une ISS défaillante (article 30, alinéa 2, du CSS).⁵²
- L'autorisation : La tutelle étatique sur les décisions des organes des ISS portant sur la gestion du patrimoine est exercée sous forme d'autorisation (article 396 du CSS).⁵³

4.2 LE PRINCIPE DE « L'ÉTAT EST SON PROPRE ASSUREUR »

Le principe selon lequel l'« État est son propre assureur » relève d'un mécanisme étatique de maîtrise des risques a posteriori, l'État assumant directement les conséquences financières des fautes imputables à ses organes, sans souscription à une assurance privée.

En effet, l'État ne fait généralement pas appel à des assurances privées pour couvrir des risques potentiels, parce qu'il a généralement assez de ressources financières disponibles pour assumer toute sorte de responsabilité. Ce principe est aussi souvent appliqué aux établissements publics :

« (...) la règle « L'État est son propre assureur (...) » traite du principe selon lequel l'État, dans ses activités, ne recourt généralement pas à des assurances privées, mais plutôt à ses propres ressources financières pour couvrir les risques et dommages. Cette règle, souvent appliquée aux établissements publics, implique que l'État assume lui-même les conséquences financières des sinistres qu'il subit ou qu'il cause. (...) »

Cela ne signifie pas que l'État est complètement dépourvu de couverture d'assurance, mais plutôt que la gestion des risques est intégrée à sa structure budgétaire et administrative. »⁵⁴.

Cette règle est également appliquée au Luxembourg. Ainsi par exemple, le ministre des Finances avait mentionné ce principe dans le cadre d'une question d'assurances des véhicules de l'État, ceci au sein de la commission des Finances de la Chambre des députés discutant du projet de loi n° 8184 :

« M. Sven Clement imagine le scénario d'une collision entre un avion et un véhicule situé sur la piste de l'aéroport lors de l'atterrissage, ce qui pourrait engendrer des dommages matériels excédant les 250 millions d'euros. À sa question de l'assurance des véhicules de l'État, le ministre des Finances répond que l'État est son propre assureur. Par ailleurs, des assurances spéciales sont souscrites pour tous les véhicules circulant dans l'enceinte de l'aéroport. »⁵⁵.

⁵⁰ IGSS, Partie 2, Titre 1. La tutelle étatique, Droit de la sécurité sociale, Luxembourg, édition 2024, p. 94.

⁵¹ Ibid, p. 97.

⁵² Ibid, p. 98-99.

⁵³ Ibid, p. 99.

⁵⁴ FRANC-VALLUET, F.-P., « De la règle 'L'État est son propre assureur' », Revue générale des assurances terrestres, 1978, p. 519.

⁵⁵ Documents parlementaires no 8184, Commission des Finances, Procès-verbal de la réunion du 12/01/2024, Échange de vues entre M. Sven Clement le ministre des Finances, Disponible sur : <https://wdocs-pub.chd.lu/docs/exped/0145/107/291071.pdf>.

Il est vrai qu'en vertu du principe de l'autonomie des établissements publics, les ISS doivent elles-mêmes gérer leurs activités et finances.

Néanmoins, comme vu plus haut, les ISS sont créées par la loi afin d'assurer un service public et elles sont soumises à un contrôle étatique afin de prévenir aux mieux les risques de fautes.

Donc, afin d'éviter toute menace à la continuité d'un service public, l'État a le droit de supporter les conséquences financières d'une faute d'un établissement public qui est sous sa tutelle.

Cependant, il y a lieu de préciser qu'une prise en charge financière ne signifie pas que les responsabilités des fautes soient transférées à l'État. En effet, l'établissement public, reste responsables de ses actes.

CONCLUSION

L'analyse a montré que les décisions et actes des délégués des CA des ISS accomplis dans les limites de leurs attributions sont soumis à un cadre légal protégeant les délégués de toute responsabilité personnelle en vertu de la théorie de l'organe et en évitant et minimisant au mieux toute faute grâce aux mécanismes étatiques de maîtrise des risques. Ainsi les délégués des CA des ISS bénéficient d'un cadre légal protecteur en termes de responsabilité civile et pénale.

En effet, les délégués, ayant commis une faute en agissant dans les limites de leurs missions ou ayant pu légitimement le croire, ne voient, en vertu de la théorie de l'organe, pas leur responsabilité personnelle vis-à-vis des tiers et de l'ISS engagée.

En revanche, si les délégués ont commis des fautes en ayant dépassé les limites de leurs missions, ils doivent les supporter eux-mêmes en application des principes de responsabilités civiles et pénales détaillés ci-avant. Il ne saurait être admis que la collectivité assume les conséquences d'une faute délibérée, dolosive ou d'une négligence grave commise par un délégué.

La présente analyse a fait, en outre, apparaître que la théorie de l'organe vaut aussi pour le président qui est fonctionnaire d'État ainsi que pour les délégués nommés comme gérants dans des GIE.

Par ailleurs, les observations ont permis de mettre en évidence les mécanismes étatiques de maîtrise des risques, à savoir la tutelle étatique des ISS et le principe « l'État est son propre assureur », qui permettent de prévenir, de détecter et de minimiser au mieux les fautes de gestion du CA.

Finalement, il convient d'ajouter qu'au regard du cadre légal très protecteur, la conclusion par l'ISS d'une assurance privée pour couvrir les responsabilités personnelles des délégués peut être considérée comme superfétatoire, dès lors qu'elle ne paraît pas indispensable. Ceci d'autant plus qu'en application du droit des assurances, à savoir de l'article 14, alinéa 1^{er}, de la loi modifiée du 27 juillet 1997 sur le contrat d'assurance, le préjudice causé d'une manière intentionnelle ou dolosive ne saurait être couvert.