

Arrêt civil.

Audience publique du vingt octobre deux mille dix.

Numéro 34376 du rôle.

Composition:

*Romain LUDOVICY, président de chambre;
Françoise MANGEOT, premier conseiller;
Gilbert HOFFMANN, conseiller, et
Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

E n t r e :

*A, directeur commercial, demeurant à (...),
appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick
Kurdyban de Luxembourg en date du 3 décembre 2008,
comparant par Maître Gaston Vogel, avocat à Luxembourg,*

e t :

COMMISSION DE SURVEILLANCE DU SECTEUR FINANCIER,
*en abrégé CSSF, établissement public ayant son siège à Luxembourg,
110, route d'Arlon,
intimée aux fins du susdit exploit Patrick Kurdyban,
comparant par Maître Patrick Kinsch, avocat à Luxembourg.*

LA COUR D'APPEL:

Les faits du litige et le cadre légal

La banque de droit italien B SpA avec siège à (...) avait transformé sa succursale au Luxembourg dénommée bb en une société de droit luxembourgeois avec dénomination sociale C SA. L'objet de la nouvelle société englobe toutes les opérations permises aux banques.

L'article 2 de la loi modifiée du 5 avril 1993 sur le secteur financier exige pour l'exercice d'une activité de crédit « l'agrément écrit du Ministre ayant dans ses attributions la Commission de surveillance du secteur financier ». Parmi les conditions légales de l'agrément ministériel, l'article 7 de ladite loi exige notamment que « les membres des organes d'administration et de surveillance ... justifient de leur honorabilité professionnelle ... ».

Suivant « demande d'agrément » du 16 août 2004, la gestion de la société serait assurée par les nommés D et E, et un troisième administrateur, en tant que « *commercial manager* » serait en voie de recrutement.

Par lettre du 18 août 2004, la Commission de surveillance du secteur financier (ci-après la Commission) avait donné son avis favorable et le Ministre, par décision du 31 août 2004, avait donné l'autorisation d'établissement à C.

Ensuite, par lettre du 20 octobre 2004, ladite société en voie de constitution informait la Commission qu'elle commencerait son activité le 1^{er} novembre 2004 et qu'à partir de la même date, A exercerait dans la société la fonction de « *commercial manager* » et de membre du comité de direction, soit l'organe chargé de la gestion journalière, sous réserve de l'agrément de la Commission.

L'article 7, paragraphe 3 de la susdite loi, dispose que : « Toute modification dans le chef de personnes devant remplir les conditions légales d'honorabilité ou d'expérience professionnelles, doit être autorisée au préalable par la Commission. A cet effet, la Commission peut demander tous renseignements nécessaires sur les personnes susceptibles de devoir remplir les conditions légales. La décision de la Commission peut être déferée, dans le délai d'un mois, sous peine de forclusion, au tribunal administratif qui statue comme juge du fond. »

Aux termes du même article, « l'honorabilité s'apprécie sur base des antécédents judiciaires et de tous les éléments susceptibles d'établir que les personnes visées jouissent d'une bonne réputation et présentent toutes les garanties d'une activité irréprochables » ; lesdites personnes « doivent posséder une expérience professionnelle adéquate par le fait d'avoir déjà exercé des activités analogues à un niveau élevé de responsabilité et d'autonomie ».

Suivant les pièces du dossier, A avait été détaché depuis juin 1994 par la banque FF SpA, actuellement banque F SpA avec siège à (...), à la banque G SA au Luxembourg, soit une société contrôlée par la banque F. A partir du 1^{er} janvier 2002, A avait été administrateur et membre du

comité exécutif de la G. A partir du 16 janvier 2003, il avait rempli au sein de ladite société, avec l'agrément de la Commission, la fonction de membre du directoire, soit l'organe chargé de la gestion journalière, et d'administrateur directeur général.

En juillet 2004, il avait démissionné de la direction de la G dans le cadre d'une mutation à la maison mère F à (...). Deux semaines plus tard, il avait démissionné de F pour chercher à réintégrer la place financière au Luxembourg où demeure sa famille.

Il faut savoir que, suivant procès-verbal de la Commission du 26 juillet 2004 relatant une entrevue avec les dirigeants de la G, la Commission avait, dans le cadre de la demande d'agrément de nouveaux dirigeants de G, été informée de dysfonctionnements remontant à la fusion entre la banque F (maison mère) et la G en 2001. Il avait été porté à la connaissance de la Commission que, « dès que la maison mère fut informée, elle a pris les mesures qui s'imposent, en transférant notamment M. A à (...) ». Par la suite, la Commission avait eu communication d'un rapport que la G avait fait réaliser par la société H sur « les créances sociétaires des années 2001, 2002 et 2003 », et d'un rapport d'audit interne de la G réalisé par F sur les dysfonctionnements au sein de la G.

Aussi, au cours d'une entrevue avec les dirigeants de C le 9 novembre 2004, la Commission avait confirmé à ceux-ci son intention, déjà exprimée par téléphone le jour précédent, de ne pas accepter A comme dirigeant agréé de C en raison de manquements dans sa fonction de dirigeant de la G.

Par note du 15 novembre 2004, A avait donné des explications à la Commission sur les faits qui lui étaient reprochés. Il s'était toutefois trouvé obligé de démissionner de ses fonctions de dirigeant de C.

Par lettre du 25 novembre 2004, il demandait à la Commission de lui communiquer par écrit « la position » de la Commission avec les pièces justificatives en vue de la défense de ses intérêts.

Le 26 janvier 2005, la Commission fournit à A les motifs et les pièces à l'appui de sa décision de ne pas accepter celui-ci à la fonction de dirigeant agréé de C. Par lettre du 21 février 2005, A demanda à la Commission de lui communiquer la décision prise à son encontre. La Commission y répond par lettre du 21 mars 2005. Une décision formelle de refus d'agrément n'a pas été versée en cause.

Les rétroactes procéduraux

Le 20 avril 2005, A avait fait introduire devant le tribunal administratif un recours en annulation de la décision en question.

Dans un premier arrêt rendu en instance d'appel le 30 janvier 2007, la Cour administrative avait retenu, par réformation, que la Commission avait fourni non seulement une réponse négative à C découlant du procès-verbal de l'entrevue du 9 novembre 2004 et qui avait été acceptée par C en soumettant, par la suite, une autre personne à la procédure d'agrément, mais encore une réponse négative à A lui-même, décision ressortant du même procès-verbal et reprise (implicitement) dans la lettre susvisée de la Commission du 26 janvier 2005. Suivant la Cour administrative, A aurait donc été, en tant que codemandeur de l'agrément, destinataire direct de la décision de refus d'agrément au même titre que C et partie directement concernée par la décision de refus d'agrément.

La Cour administrative avait encore retenu que A avait été informé oralement au plus tard le 15 novembre 2004, soit la date de sa note explicative, de « la décision litigieuse, prise vraisemblablement le 9 novembre 2004 ».

Ensuite, par arrêt du 13 novembre 2007, la Cour administrative confirmait le jugement du tribunal administratif du 26 mars 2007 qui, disant le recours justifié au fond pour défaut de preuve des faits avancés par la Commission pour mettre en doute l'honorabilité professionnelle de A, telle que définie à l'article 7 précité, avait « annulé la décision non datée de la Commission du secteur financier, ayant refusé la nomination de M. A à la fonction de dirigeant agréé de la société anonyme C ».

Sur ce, A avait fait donner assignation à la Commission devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour voir retenir sa responsabilité délictuelle sur base de « la loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité de l'Etat et des collectivités publiques », sinon sur celle des articles 1382 et 1383 C. civ., et pour se voir condamner à lui payer en indemnisation du dommage moral et matériel subi les montants respectivement de 150.000 € et de 250.000 €, sans préjudice de montants supérieurs, avec les intérêts légaux à partir de la date de la décision de la Commission, située au 9 novembre 2004, outre 50.000 € comme complément d'indemnisation au titre des frais et honoraires d'avocat sur base des mêmes fondements juridiques, avec les intérêts légaux du jour de l'assignation devant le tribunal d'arrondissement. Le demandeur avait encore conclu à une indemnité de procédure de 5.000 €.

Par jugement du 11 novembre 2008, le tribunal d'arrondissement avait fait application à la cause de l'article 20 de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, article qui dispose en son paragraphe deux que : « Pour que la responsabilité civile de la Commission pour les dommages individuels subis par des entreprises ou des professionnels surveillés, par leurs clients ou par des tiers puisse être engagée, il doit être prouvé que le dommage a été causé par une négligence grave dans le choix et l'application des moyens mis en œuvre pour l'accomplissement de la mission de service public de la Commission. »

Estimant que la partie demanderesse n'avait pas allégué ni, a fortiori, rapporté une faute grave de la Commission, le tribunal d'arrondissement avait rejeté les demandes en indemnisation.

Par acte d'huissier du 3 décembre 2008, A a relevé appel de cette décision en concluant principalement à un renvoi devant la Cour constitutionnelle de la question préjudicielle de la constitutionnalité du régime de responsabilité dérogatoire au droit commun dont bénéficie la Commission de surveillance, ce au regard du principe constitutionnel de l'égalité, et en concluant, subsidiairement, à se voir adjuger « les conclusions prises dans le dispositif de l'assignation introductive d'instance », outre une indemnité de procédure de 2.500 € pour l'instance d'appel.

Cela exposé :

Le fondement juridique tiré, sans autres précisions, de « la loi du 1^{er} septembre 1988 relative à la responsabilité de l'Etat et des collectivités publiques » est à interpréter en ce sens que la demande est fondée sur l'article 1^{er}, al. 1^{er} de ladite loi soumettant la responsabilité délictuelle des personnes morales de droit public à la condition d'un fonctionnement défectueux des services administratifs, étant donné que la partie A, dans ses conclusions, se restreint, sur le plan du principe générateur de responsabilité, à faire état d'une faute équivalant à la notion de fonctionnement défectueux du service administratif.

Au vu de la décision judiciaire d'annulation du refus d'agrément, une « faute simple » de la Commission est susceptible d'être retenue *de plano*, sous réserve de l'existence d'une cause d'exonération de responsabilité.

La partie A s'est opposée à l'application de l'article 20 de la loi modifiée du 23 décembre 1998 exigeant une faute grave pour que la responsabilité de la Commission soit engagée, en soutenant que « le domaine préalable de l'agrément permettant l'accès à une profession

surveillée » serait hors de son champ d'application, et, en plus, que ledit article serait contraire non seulement au principe constitutionnel d'égalité, mais encore à l'article 6, paragraphe 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La Cour considère que l'article 20 précité, sous réserve de sa constitutionnalité, s'applique en l'espèce où la Commission a posé un acte relevant de sa mission de surveillance du secteur financier en refusant d'autoriser le changement dans l'organe de direction de C.

Par cette décision, A a subi, comme tiers directement concerné, un « dommage individuel » dont le régime de responsabilité relève de l'article 20. Même si A a été, selon décision de la Cour administrative, « codemandeur », la présente Cour d'appel le considère, dans le présent litige, comme tiers par rapport à la demande de C ; suivant les textes légaux, l'autorisation en question, comme c'est le cas de l'agrément d'établissement, est à accorder à la banque seule qui en fait la demande, et non pas au candidat à la direction de la banque, même si c'est celui-ci qui, suivant les textes légaux, doit justifier de son honorabilité.

Ledit article 20, paragraphe 2 n'est pas contraire à l'article 6, 1^{er} paragraphe de la Convention européenne des droits de l'homme, article qui relève du droit procédural, alors que le présent litige porte sur une question de fond de la responsabilité civile.

Par contre, il se pose la question de savoir si le régime dérogatoire au droit commun dont bénéficie la Commission de surveillance du secteur financier n'est pas contraire à la règle constitutionnelle d'égalité découlant de l'article 10 bis, paragraphe 1^{er} de la Constitution.

Pour répondre aux conclusions de la partie Commission estimant que la condition de faute lourde serait légalement justifiée au regard du travail difficile et délicat qu'exige la mission de surveillance, tel est également le cas du travail d'autres services administratifs, comme le service juridictionnel, pour lesquels, toutefois, l'Etat voit sa responsabilité engagée au cas de faute « simple », c'est-à-dire dès que, suivant le droit commun, un manquement de diligence et de prudence est donné, sans parler de la responsabilité des professionnels et des simples particuliers sur lesquels peut peser une lourde responsabilité en cas de faute légère, à condition qu'elle soit suffisamment caractérisée, c'est-à-dire qu'elle ait une certaine consistance.

Si, comme le soutient la partie Commission, la jurisprudence française soumet également la responsabilité de l'organe de contrôle bancaire à la preuve d'une faute lourde, cette considération est

indifférente en droit luxembourgeois qui, contrairement au droit français, ne connaît pas, en principe, une responsabilité autonome de droit administratif.

Il ressort de ces considérations que la question de la constitutionnalité qui se pose en l'espèce n'est pas dénuée de tout fondement ; elle est nécessaire pour la solution du litige, l'existence d'une négligence grave de la Commission ne s'imposant pas d'ores et déjà de manière évidente.

Par ces motifs,

la Cour d'appel, deuxième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, le conseiller de la mise en état entendu en son rapport,

reçoit l'appel,

dit que l'article 20, paragraphe 2 de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier est d'application au cas de l'espèce,

dit que l'article 20, paragraphe 2 de ladite loi n'est pas contraire à l'article 6, 1^{er} paragraphe de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

avant tout autre progrès en cause :

saisit la Cour constitutionnelle de la question de la constitutionnalité, au regard du principe constitutionnel de l'égalité découlant de l'article 10bis, paragraphe 1^{er} de la Constitution, du régime de responsabilité dérogatoire au droit commun dont bénéficie la Commission de surveillance du secteur financier en vertu de l'article 20, paragraphe 2, de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier, qui dispose que : « Pour que la responsabilité civile de la Commission pour les dommages individuels subis par des entreprises ou des professionnels surveillés, par leurs clients ou par des tiers puisse être engagée, il doit être prouvé que le dommage a été causé par une négligence grave dans le choix et l'application des moyens mis en œuvre pour l'accomplissement de la mission de service public de la Commission »),

réserve tous droits et conclusions des parties.