

Arrêt civil.

Audience publique du douze décembre deux mille douze.

Numéro 34376 du registre.

Composition:

*Étienne SCHMIT, président de chambre;
Gilbert HOFFMANN, premier conseiller;
Brigitte KONZ, conseillère, et
Jean-Paul TACCHINI, greffier.*

Entre :

A.), directeur commercial, demeurant à L-(...),

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:

Revu l'arrêt de la Cour d'appel du 20 octobre 2010 ayant saisi la Cour constitutionnelle de la question de la constitutionnalité – au regard du principe constitutionnel de l'égalité découlant de l'article 10 bis, 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 de ladite commission, qui dispose ce qui suit : « 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 ».

Vu l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 1^{er} avril 2011 ayant dit que ladite disposition n'est pas contraire à l'article 10 bis, paragraphe 1^{er}, de la Constitution.

La Cour rappelle au titre des rétroactes que par lettre du 20 octobre 2004, la société SOC.1.) SA avait informé la Commission de surveillance du secteur financier (ci-après la Commission) qu'à partir 1^{er} novembre 2004 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 loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier dispose ce qui suit : « 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 déférée, dans le délai d'un mois, sous peine de forclusion, au tribunal administratif qui statue comme juge du fond. »

Aux termes du même article, « les membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance (...) justifient de leur honorabilité professionnelle, 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 irréprochable » ; 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 B.1.) SpA, actuellement B.1.) SpA avec siège à Milan, à la Société SOC.2.) SA (ci-après SOC.2.)) au Luxembourg, soit une société contrôlée par la B.1.). A partir du 1^{er} janvier 2002, A.) avait été administrateur et membre du comité exécutif de la SOC.2.). Le 16 janvier 2003, la Commission avait donné son agrément pour que A.) remplisse au sein de ladite société la fonction d'administrateur directeur général et la fonction de membre du directoire, soit l'organe chargé de la gestion journalière.

En juillet 2004, il avait démissionné de la direction de la SOC.2.) dans le cadre d'une mutation à la maison mère B.1.) à Milan. Deux semaines plus tard, il avait démissionné de B.1.) pour chercher à réintégrer la place financière au Luxembourg où demeure sa famille.

Il faut savoir que, suivant procès-verbal de la Commission relatant une entrevue du 26 juillet 2004 avec les dirigeants de la SOC.2.), la

Commission avait, dans le cadre de la demande d'agrément de nouveaux dirigeants de SOC.2.), été informée de dysfonctionnements remontant à la fusion entre les deux entités luxembourgeoises B.2.) et SOC.2.) 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 Milan ». Par la suite, la Commission avait eu communication d'un rapport daté du 8 mars 2004 que la SOC.2.) avait fait réaliser par la société SOC.4.) sur « les créances sociétaires des années 2001, 2002 et 2003 », et d'un rapport d'audit interne daté de juillet 2004, réalisé par B.1.) SpA sur les dysfonctionnements au sein de la SOC.2.).

Lors d'une entrevue du 9 novembre 2004 entre la direction de SOC.1.) et la Commission, cette dernière avait fait savoir à celle-là qu'elle n'allait pas accepter la candidature de A.) aux postes de directeur commercial et de membre de la direction de SOC.1.) en raison de manquements de celui-ci dans sa fonction de dirigeant de la SOC.2.).

La direction de SOC.1.) prenant acte de cette position avait, lors de la même entrevue, informé la Commission qu'elle n'allait pas prolonger le contrat d'essai conclu avec A.). Sur ce, le 15 novembre 2004, A.) avait formulé par écrit ses observations en demandant à la Commission de revoir sa position défavorable à son égard. Ensuite, A.) avait informé la Commission par lettre du 25 novembre 2004 qu'il avait été obligé de remettre sa démission comme directeur commercial de SOC.1.). Dans la même lettre, A.) demandait de la part de la Commission une position écrite.

Le 17 décembre 2004, SOC.1.) informait la Commission que, par suite de la démission de A.) avec effet au 15 décembre 2004 de sa fonction de directeur commercial, cette fonction serait exercée par intérim par son directeur général en attendant la désignation d'une nouvelle personne.

Le 26 janvier 2005, la Commission fournit par écrit à A.) les motifs de sa décision de refus d'agrément.

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

Par arrêt du 13 novembre 2007, la Cour administrative confirmait le jugement du tribunal administratif du 26 mars 2007 en ce qu'il 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 SOC.1.) ». La Cour disait le recours justifié au fond pour défaut de preuve suffisante de l'imputabilité à A.) des irrégularités constatées dans la SOC.2.) et invoquées par la Commission pour mettre en doute l'honorabilité professionnelle de A.).

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, paragraphe 2 précité, de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création d'une commission de surveillance du secteur financier. 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. Il a repris au fond les demandes de première instance (dommage moral : 150.000 € ; dommage matériel : 250.000 € ; frais et honoraires exposés dans le cadre de la procédure administrative : 50.000 €). Dans le dernier état de ses conclusions, il demande encore une indemnité de procédure de 1.000 € pour l'instance d'appel.

Après l'arrêt susvisé de la Cour constitutionnelle, la partie A.) conclut à voir retenir dans le chef de la Commission une faute lourde pour avoir pris une décision de refus sans vérifications préalables, sans instruction sérieuse du dossier et sans audition contradictoire du candidat à l'agrément.

La partie Commission conclut en ce sens que s'il a pu sembler qu'il y a effectivement eu dysfonctionnement en son chef, il n'en reste pas moins qu'une faute grave à sa charge manque à être établie.

l) Quant au grief de défaut d'investigation contradictoire et quant à la preuve à rapporter

Le non-respect du principe du contradictoire constitue une irrégularité formelle dans la prise de décision, mais ne constitue pas en lui-même une cause de responsabilité civile.

Par ailleurs, la juridiction administrative, dans son arrêt du 28 juin 2006 rendu antérieurement entre parties, avait refusé de sanctionner la décision de refus pour cause d'inobservation du principe du contradictoire consacré en droit administratif par l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979. C'est encore à juste titre que, dans le même contexte, la partie Commission a fait observer que A.) avait pu fournir ses observations avant la prise, par écrit, de la décision définitive, notamment par sa note précitée du 15 novembre 2004 faisant référence à un entretien avec la Commission du même jour et à une autre du 11 novembre 2004. La partie Commission a encore mentionné la participation de A.) à des entrevues du 12 novembre et du 15 novembre 2004.

Quant à la preuve à rapporter, la question à résoudre est de savoir si l'annulation de la décision de refus d'agrément pour défaut de preuve suffisante de l'imputabilité à A.) des dysfonctionnements et irrégularités comptables dans la SOC.2.), suffit pour constituer la Commission en faute de nature à engager sa responsabilité délictuelle, ce au regard du régime de responsabilité dérogatoire au droit commun qui lui est applicable.

La Cour y répond négativement. Dans la présente affaire, il ne s'agit pas simplement de tirer les conséquences, sur le plan de la responsabilité civile, de l'annulation d'une décision administrative, mais de statuer, compte tenu des moyens et des pièces soumis à la juridiction civile, sur la question de savoir si la Commission a commis une faute grave en refusant l'agrément en question.

Cela dit, il incombe à la partie A.) de rapporter la preuve de carences dans l'instruction du dossier procédant d'une faute lourde. Dans l'appréciation des manquements imputés à la Commission, il faut avoir présent à l'esprit que la mission de la Commission est celle d'un contrôle prudentiel visant à assurer le bon fonctionnement du secteur financier dans son ensemble. La Commission est appelée à apprécier des situations complexes à propos desquelles la justesse de ses décisions ne peut souvent être mesurée qu'après coup. C'est pourquoi le législateur a soumis la responsabilité de la Commission à l'exigence d'une faute lourde au cas de défaillance dans l'exercice de sa mission, ce dans le souci d'éviter que la responsabilité de la Commission ne soit systématiquement retenue pour la moindre faute.

En particulier, dans le domaine de l'agrément des dirigeants de banque, la tâche de la Commission d'apprécier les qualités professionnelles des dirigeants de banque est rendue difficile et délicate par le fait qu'elle ne dispose que d'un pouvoir d'investigation restreint, étant réduite à se fier aux renseignements que des tiers peuvent bien lui fournir. Elle n'est pas responsable du moment que le refus d'agrément se fonde sur des éléments suffisamment probants pour dénier au candidat proposé le qualificatif du *fit and proper*.

La Commission, dans sa lettre précitée du 26 janvier 2005, avait fait valoir des motifs tenant à des dysfonctionnements dans le département « clientèle sociétaire » de la SOC.2.) et, en rapport avec ceux-ci, à des défauts de provision dans la comptabilité.

II) Quant aux fautes imputées à A.)

a) Les dysfonctionnements

Dans ladite lettre, la Commission note que le rapport d'audit interne de la B.1.) SPA, daté de juillet 2004, a permis de relever les dysfonctionnements suivants :

- « - enregistrement comptable d'estimations de recette,
- comptabilisation de recettes incontrôlées avec comme contrepartie le compte « débiteurs divers »,
- exactitude approximative des réconciliations effectuées,

- factures non retrouvées, facture émises pour services non rendus et un nombre considérable de notes de crédit non comptabilisées ».

La Commission a relevé que le coût total desdits dysfonctionnements était chiffré par les auditeurs internes du groupe à 5.415.951 €.

Les anomalies les plus graves étaient décrites de façon plus précise dans ledit rapport. Elles consistent :

- en l'usage de comptabiliser comme recettes de simples prévisions de recettes augmentant ainsi le bénéfice comptable avec de pures prévisions sur les gains futurs,
- dans le manque de contrôle de l'encaissement des factures,
- dans l'habitude de réaliser des prestations sans l'accord préalable du client sur les commissions à percevoir,
- dans l'absence de comptabilisation d'extournes pour tenir compte des prédites irrégularités, ce qui a permis au département « clientèle sociétaire » d'atteindre les objectifs de budget et à son responsable de percevoir des primes et gratifications ; c'est ainsi que A.) s'était vu octroyer par le P-DG B.) le 5 mars 2004, soit quelques jours avant la démission de celui-ci, le paiement de primes « pour l'exercice 2003 et pour la période de 2001 à 2003, apparemment sans attendre l'autorisation écrite de Monsieur C.) » ; la Cour note que ce dernier est, suivant les pièces du dossier, le responsable de la « *parent company* » dont l'autorisation était exigée en vertu de la procédure sociétaire interne,
- dans des carences organisationnelles faisant que ledit département apparaissait presque comme « une banque dans une banque »,
- en ce que le contrôleur interne n'était en fonction que vers la mi-2002 et qu'il était rapidement impliqué dans des tâches administratives aux dépens de sa fonction de contrôle,
- dans un système informatique inadéquat.

Suivant ledit rapport, le département de la comptabilité avait tenu « un rôle de pure exécution des dispositions données par le département clientèle sociétaire (sans exercer du reste, dans le cadre de ses propres fonctions, aucune activité de vérification et de contrôle sur la pertinence et l'actualité des parties comptables imputées au compte « débiteurs divers », ainsi que sur le respect des principes de base relatifs à l'enregistrement des recettes) lesquelles ont inclus dans les exercices passés de pures estimations des facturations à venir, dont le montant ne pouvait être déterminé ».

Suivant le rapport, ce fut en juillet 2003 que l'attention de la direction avait été attirée sur certaines anomalies de facturation. A propos de l'information de la direction, le rapport fait les remarques suivantes : « Les organes de la banque ne connaissaient pas officiellement la situation décrite. Les procès-verbaux des conseils d'administration et des comités exécutifs ne reportaient aucune annotation particulière. Le nouveau secrétaire du conseil, Monsieur U., en fonction depuis octobre 2003, a déclaré que l'argument n'avait jamais été discuté au cours des réunions ; le secrétaire précédent, Monsieur T., a affirmé avoir eu connaissance des problèmes de recouvrement des factures, mais qu'il n'imaginait pas que les sommes étaient aussi élevées ». Le rapport continue par affirmer que « les carences généralisées, de nature structurelle, rencontrées à la

SOC.2.), ont contribué à l'absence de repérage et à une communication tardive des points critiqués reportés ci-dessus ».

Suivant ledit rapport, les primes payées étaient supérieures à celles prévues dans les accords signés. La Commission avait, suivant note interne du 3 novembre 2004, suspecté A.) de s'être laissé entraîner par B.) à la collaborer à la dissimulation des irrégularités en bénéficiant de primes indues. Les dysfonctionnements auraient procédé d'une intention malhonnête afin d'atteindre un certain niveau du budget que « la réalité des choses ne permettait pas d'atteindre » ; la comptabilité aurait été faussée notamment par « *overbilling* », défaut de comptabilisation de notes de crédit dans le but de montrer un certain profit. Par sa manière de procéder, la SOC.2.) avait réussi à atteindre ses objectifs budgétaires. Ces suspicions de fraude n'ont cependant pas été étayées.

La Commission, dans sa susdite lettre du 26 janvier 2005, note que A.) « était directement responsable durant son mandat de dirigeant, c'est-à-dire qu'à côté de sa responsabilité générale en tant que dirigeant agréé, il était en 2003 directement responsable du département clientèle sociétaire » ; avant 2003, la Commission relève qu'il était, comme cela résulte de l'organigramme daté de mai 2002, « chef de métier » du même département. « Chef de métier » veut dire « personne responsable de l'activité » (v. rapport d'audit interne, p. 9).

La partie A.), quant aux dysfonctionnements, cite à sa décharge le rapport SOC.4.) susvisé du 8 mars 2004 aux termes duquel « le département sociétaire a bénéficié au cours de l'année 2003 (*c'est-à-dire dans la période pendant laquelle A.) était dirigeant autorisé au sens de la loi du 5 avril 1993*) d'un travail conséquent en termes d'amélioration de la structure organisationnelle et des procédures opérationnelles » de sorte que « le risque de (*sous-*)provisionnement et/ou de non-reconnaissance d'une créance a fortement diminué par rapport aux années précédentes » (v. p. 7 du rapport), le même rapport relevant que les faiblesses du département sociétaire de la SOC.2.) « ont été identifiées et éliminées au cours des années 2003 et 2004 » (p. 8 du rapport). Il est noté au même rapport que « des efforts importants ont été faits (...) et cela se traduit en fait par une situation maîtrisée en 2003 et surtout au cours de l'année 2004 » (p. 10 du rapport).

A.) soutient aussi, pour sa part, dans sa note du 15 novembre 2004, qu'en 2003 et 2004, il aurait contribué à redresser les irrégularités, qui auraient d'ailleurs été connues au niveau de la direction administrative et des auditeurs de la banque et que lui aussi aurait dénoncées à ses supérieurs hiérarchiques et aux auditeurs internes. Il se défend de « devenir le bouc émissaire des fautes de gestion imputables à Monsieur B.) qui, en vrai patriarche, n'aurait jamais accepté de critique et qui, pour ce qui concerne la comptabilité, était, à travers ses adjoints directs, présent à 360° ».

La partie Commission a critiqué le rapport SOC.4.) comme « trop indulgent » sur les dysfonctionnements et elle en a mis en doute l'impartialité comme il est l'œuvre de B.), administrateur délégué de SOC.4.) SA, soit le propre fils du P-DG de la SOC.2.), B.).

b) Les provisions

Dans sa lettre du 26 janvier 2005, la Commission s'est emparée de la constatation du rapport SOC.4.) du 8 mars 2004 suivant lequel, pour l'année 2003, en plus de la provision de 950.000 €, il fallait constituer au titre des « créances ouvertes » une provision de 1.258.724 € (2.208.724 – 950.000, et non pas 1.358.724). Pour les années 2001 et 2002, des provisions de respectivement 1.455.827 € et de 619.559 € auraient dû être constituées.

La Commission a reproché à A.) d'avoir sciemment permis la publication d'états financiers qui donnaient une image inexacte de la situation financière de la banque.

III) Quant à la faute grave imputée à la Commission

Le rôle de la Commission, appelée à se prononcer sur la demande d'agrément à l'endroit de A.), était de savoir si A.) était mêlé aux graves irrégularités. Il est entendu qu'a priori A.) devait, en sa fonction de chef du département clientèle sociétaire, répondre des dysfonctionnements affectant ce département.

Quant à l'origine des désordres, il est vrai que, suivant les conclusions de la partie A.), M. C.), administrateur à la SOC.2.), avait déclaré, suivant procès-verbal de l'entrevue du 18 novembre 2004, ce qui suit : « Leur origine est du genre organisationnel et incombe à la maison mère B.1.) qui n'a pas réalisé assez tôt que les procédures (*rules*) en place n'étaient pas nécessairement clairement définies et n'étaient pas nécessairement respectées. Le problème est lié à la fusion SOC.3.)-SOC.2.) à la fin de 2001 ».

Ces déclarations de M. C.) ne sont pas convaincantes en soi pour la raison que si les règles d'organisation laissaient à désirer, ce qui était effectivement le cas, il appartenait à la SOC.2.) d'en informer la maison mère et, si, par-dessus le marché, les règles n'étaient pas respectées, la faute en incombe en premier lieu évidemment aux responsables de la SOC.2.), et non pas à la maison mère.

M. C.) s'est expliqué d'ailleurs lors de l'entrevue du 18 novembre 2004 sur les « raisons de cette situation » dans les termes suivants : « Lui-même a l'impression que la SOC.2.) a perdu le contrôle d'une certaine situation. La responsabilité de la SOC.2.) réside dans le fait qu'elle n'a pas porté une plus grande attention aux considérations administratives (...) La situation financière présentée par la SOC.2.) était fautive ». Dans le procès-verbal du même entretien, M. C.) fait part d'un certain laxisme (*leniency*) dans les organes de direction de la banque et déclare ce qui suit : « Tout a commencé avec des montants de faible importance et a augmenté jusqu'au moment où cela devenait ingérable. Des moyens pour y remédier ont été cherchés, telle la constitution de la provision de 950.000 € à la fin de 2003. Il est difficile de porter un jugement objectif sur cette situation ».

A ce propos, le procès-verbal de l'entrevue du 26 juillet 2004 entre la direction de la SOC.2.) et la Commission rapporte ce qui suit : « Ces

factures impayées représentent environ 6 à 7 % du montant de l'activité de la banque dans ce domaine dans les derniers 4 ans. En plus, les responsables de la banque luxembourgeoise n'ont tout d'abord pas provisionné ces montants et ils n'ont pas fait d'effort pour entrer en discussion avec les clients afin de faire rentrer l'argent ».

Quant aux actions que A.) dit avoir entreprises pour redresser la barre, la Cour note que le rapport d'audit interne ne mentionne pas que les dysfonctionnements auraient été en voie de redressement dès 2003, mais indique, au contraire, qu'ils auraient été découverts tardivement dans toute leur ampleur. Toujours est-il que la maison mère à Milan n'en avait été informée qu'au début de l'année 2004.

Ce constat se trouve confirmé dans le susdit procès-verbal de l'entrevue du 26 juillet 2004 qui mentionne ce qui suit : « Les responsables et notamment M. D.) (*soit le nouveau CEO de SOC.2.)*) ont découvert récemment (...) des positions ouvertes sur un bon nombre de clients au niveau de la récupération des factures impayées ».

Pis encore, suivant les déclarations de M. C.) relatées dans le procès-verbal du 18 novembre 2004, les responsables de la banque avaient adopté le comportement suivant : « Il a l'impression qu'une fois que le problème de la SOC.2.) fut identifié, il a été essayé de le cacher. La maison mère en Italie n'a pas été informée. Les gens de la maison mère sont du même avis que la CSSF pour ce qui concerne le fait que la réalité d'une situation donnée a été cachée ».

Aussi, suivant ledit procès-verbal, ce fut après le rapport d'audit de la maison mère B.1.) que celle-ci avait pris des mesures pour « rectifier les erreurs comptables et identifier les collègues qui pourraient reprendre les fonctions dans les départements clefs de la SOC.2.) ». B.1.), dans sa lettre du 15 novembre 2004 adressée à la Commission, confirma officiellement cet état des choses en écrivant que : « The outcome of said inspection led us to immediate action in the accounting/administrative rules of SOC.2.) and the accounting problems were duly rectified during 2004 ».

Quant à la mutation de A.) à la maison mère à Milan, il est vrai que, lors de l'entretien téléphonique du 15 novembre 2004, M. C.) – que A.) avait prié d'informer la Commission sur les raisons de son départ de la SOC.2.) – avait déclaré initialement que le départ de A.) s'inscrivait dans le tableau de rotation des cadres supérieurs des filiales et succursales du groupe SOC.3.) à l'étranger, sans avoir rien à voir avec les problèmes évoqués ci-dessus. Dans sa lettre du 15 novembre 2014, la maison mère B.1.) confirmait cette position.

Cette explication n'est cependant pas convaincante, ce pour la raison que A.) était au Luxembourg depuis dix ans et comptait rester au Luxembourg qui était le centre de sa vie professionnelle et familiale. Son séjour à Luxembourg n'était plus en phase avec le programme de rotation prévoyant, d'après M. C.), un séjour de trois à cinq ans dans une entité du groupe. A noter aussi que le contrat de détachement de A.) comportait,

d'après les propres énonciations de celui-ci, une clause de rappel (v. sa prise de position écrite du 15 novembre 2004, p. 14).

En tout cas, A.) devait avoir considéré sa mutation à Milan, en fait, comme une sanction à son égard. A la question de la responsabilité encourue par A.), M. C.) avait d'abord répondu, suivant procès-verbal de l'entretien téléphonique du 15 novembre 2004, de façon plutôt évasive. Ensuite, dans le procès-verbal de l'entrevue du 18 novembre 2004, M. C.) s'était expliqué plus clairement de la façon suivante : « En ce qui concerne M. A.) en particulier, la maison mère n'était pas contente de ce qui s'est produit à la SOC.2.). Des mesures ont été prises envers M. B.) (...). Pour M. A.), il a été estimé qu'il serait approprié que sa carrière prenne une autre direction. Il est évident qu'il y a un lien entre ce qui a été découvert et son rappel à la maison mère dans la division du *corporate*. Ce n'est ni une promotion, ni une rétrogradation (*demotion*) (...) Après examen des faits qui se sont produits, il a été estimé que M. A.) portait certaines responsabilités, Ces responsabilités n'ont pas entraîné à son égard des mesures disciplinaires visant à terminer son contrat d'emploi. On peut résumer les mesures prises à son égard comme une combinaison de politique générale du groupe et un mécontentement sur ce qui a été découvert ». M. C.) avait reconnu lors de la même entrevue que A.) avait fait l'objet d'une « demi-sanction ».

La Commission avait demandé à détenir un rapport écrit de B.1.) sur les sanctions prises à l'égard des personnes responsables. Cependant, dans sa lettre du 15 novembre 2004, B.1.) n'avait pas ouvertement chargé A.). Celui-ci avait simplement été mentionné comme responsable, avec d'autres personnes, du département « clientèle sociétaire » depuis la fusion des deux entités de B.1.) au Luxembourg jusqu'à la fin de 2003.

Quant au sort de M. B.), B.1.) s'était exprimée comme suit : "We did not consider it proper for Mr. B.) to continue to serve as Deputy Chairman of SOC.2.), as we thought that as Chief Executive Officer for many years he was the one who had knowledge and responsibility for the mentioned accounting problems". Dans ladite lettre, il est encore mentionné qu'aucune action disciplinaire ne fut prise envers une autre personne que M. B.) pour lesdites irrégularités administratives et comptables.

Ces déclarations ne sont pas tout à fait correctes. En vérité, M. B.) avait démissionné de ses fonctions. A la question de la Commission de savoir ce qui serait advenu de M. B.) s'il n'avait pas pris sa retraite, M. C.) avait répondu que « le groupe SOC.3.) aurait alors demandé qu'il démissionne » (v. entretien téléphonique précité). Aussi, à la suite des irrégularités qui avaient été constatées dans la SOC.2.), plusieurs personnes subalternes avaient soit dû quitter la banque, soit avaient été licenciées (v. procès-verbal de l'entrevue du 18 novembre 2004, p. 2,3)

La Commission, pour se prononcer de façon négative sur l'honorabilité professionnelle de A.), s'était fondée sur la situation apparente telle qu'elle se présentait à ses yeux au vu des éléments qui lui avaient été communiqués.

Il peut lui être reproché de ne pas avoir examiné plus profondément l'emprise que M. B.) exerçait sur A.), de ne pas avoir considéré le fait que celui-ci avait rapporté à celui-là des irrégularités et de ne pas avoir vérifié les mesures que A.) disait avoir entreprises pour remédier aux dysfonctionnements.

Toujours est-il que, suivant le rapport d'audit interne de B.1.), les dysfonctionnements n'avaient pas été officiellement enregistrés et que la maison mère n'avait pas été informée. De même, suivant le rapport SOC.4.), des provisions avaient failli à être comptabilisées. Quelle que soit la date à laquelle A.) avait reçu communication dudit rapport, il devait veiller, conjointement avec M. B.), à ce que les provisions adéquates soient comptabilisées.

En se fondant dans sa lettre du 26 janvier 2005 sur ces rapports, après avoir, conformément à l'article 7, 3) précité de la loi du 5 avril 1993 relative au secteur financier, pris les renseignements cités ci-dessus auprès de la SOC.2.) qui reconnaissaient à A.) une certaine responsabilité dans les désordres, la Commission n'a pas commis de faute lourde en lui déniait l'honorabilité professionnelle pour l'exercice des fonctions de « commercial manager » et de membre du comité de direction de SOC.1.).

A défaut d'avoir commis, suivant les termes de l'article 20, 2) de la loi précitée du 23 décembre 1998, « une négligence grave dans le choix et l'application des moyens mis en œuvre pour l'accomplissement de sa mission de service public », la Commission n'a pas engagé sa responsabilité délictuelle envers A.).

A.) n'a donc pas droit à indemnisation pour atteinte à son honorabilité professionnelle.

Les frais et honoraires d'avocat exposés pour les instances administratives dont la partie A.) a demandé le remboursement, constituent, suivant ses propres termes, « un élément du dommage qui a été causé au requérant par le manquement de la CSSF ».

Or la Commission n'ayant pas engagé sa responsabilité pour faute grave, cette demande est également à rejeter sans préjudice de sa recevabilité au regard de l'article 33 de la loi modifiée du 21 juin 1999 appliquant aux juridictions administratives la solution de l'article 240 NCPC.

Ayant succombé en ses moyens d'appel, la partie A.) n'a pas droit en équité à une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Par ces motifs,

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

reçoit l'appel,

confirmant, dit l'appel non fondé,

dit non fondée la demande de la partie A.) en paiement d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel,

condamne la partie appelante aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction à Maître Patrick Kinsch, avocat à la Cour, sur son affirmation de droit.

La lecture de cet arrêt a été faite à l'audience publique indiquée ci-dessus par Étienne SCHMIT, président de chambre, en présence du greffier Jean-Paul TACCHINI.