Recours en annulation formé par un dirigeant contre une décision de la Commission de Surveillance du Secteur Financier en matière d'agrément[1]

Monsieur X est à considérer non comme un tiers mais comme destinataire direct de la décision de sorte que c'est à tort que les premiers juges se sont emparés de l'article 5 [du règlement grand-ducal du 8 juin 1979] pour annuler la décision étant entendu que les intéressés directs ne doivent pas être mis en mesure de faire valoir leurs moyens. (Cour adm. 30.01.07)

Comme retenu à bon escient par le tribunal administratif moyennant recours à une motivation que la Cour adopte, l'honorabilité de tout nouveau dirigeant est toujours soumise à l'appréciation de la CSSF de sorte que Monsieur X n'a pu tirer un quelconque droit de son agrément antérieur obtenu par rapport à la [Banque B] et, partant, ne saurait se prévaloir de la révocation d'une reconnaissance strictement limitée au cadre d'un établissement de crédit donné (...).

Monsieur X s'étant limité à introduire un recours en annulation, le rôle des juridictions administratives doit se limiter à la vérification de la légalité et de la régularité formelle de l'acte attaqué ainsi qu'au contrôle de l'exactitude matérielle des faits pris en considération par la décision, en tenant compte de la situation de droit et de fait au jour où la décision a été prise. L'appréciation de ces faits échappe à la juridiction du contrôle de la légalité, qui n'a qu'à vérifier, d'après les pièces et éléments du dossier administratif, si les faits sur lesquels l'administration s'est fondée sont matériellement établis à l'exclusion de tout doute.

Face aux contestations et explications circonstanciées lui fournies dès le 15 novembre 2004 par Monsieur X et en l'absence d'autres documents se prononçant plus en détail sur d'éventuels agissements ou implications malveillants ou d'absences de qualités de dirigeant de Monsieur X (…)ou tout autres faits susceptibles de nuire à la bonne réputation de son employeur, respectivement en l'absence d'une instruction plus approfondie sous forme d'une enquête ou d'un rapport contradictoire susceptibles de conforter la thèse émise de la CSSF, l'honorabilité professionnelle de Monsieur X telle que définie à l'article 19 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ne saurait lui être déniée. (Cour admin. 3.11.07)

Jugement du Tribunal administratif du 28 juin 2006 (rôle n° 19694)

(…).

Par courrier daté du 20 octobre 2004, la société Z s.p.a., succursale de Luxembourg, sollicita sur base de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier l'agrément par la Commission de Surveillance du Secteur Financier (ci-après « *CSSF* ») de Monsieur X, appelé à exercer la fonction de « commercial manager » et de membre du comité de direction au sein de l'établissement de crédit en voie de constitution Y (Luxembourg) s.a. [ci-après "[la Banque]"].

Le 5 novembre 2005, [la Banque] informa la CSSF que Monsieur X avait été nommé avec effet au 1er novembre 2004 comme membre du comité de direction et comme directeur commercial.

Au cours d'une entrevue tenue le 9 novembre 2004 entre des représentants de la CSSF et des représentants de [la Banque], ayant fait l'objet d'un procès-verbal daté du 18 novembre 2004, la CSSF informa [la Banque] de ce qu'elle estimait que Monsieur X ne serait pas le *« bon candidat pour faire partie de la direction autorisée [de la Banque]»* et que la CSSF n'accepterait dès lors pas sa candidature.

Par note datée du 15 novembre 2004 adressée à la CSSF, Monsieur X prit position par rapport aux reproches ayant amené la CSSF à refuser sa candidature et, par courrier daté du 25 novembre 2004 adressé à la CSSF, il informa celle-ci de sa démission en tant que directeur commercial [de la Banque] et exigea communication du dossier le concernant ainsi qu'une prise de position formelle de la part de la CSSF, qui lui fut adressée par courrier daté du 26 janvier 2005.

1. Cette affaire a donné lieu à quatre décisions des juridictions administratives, deux de première instance et deux instances d'appel. Les décisions reproduites ci-dessous par extraits peuvent être consultées sur le site des juridictions administratives (http://www.jurad.etat.lu) où elles sont répertoriées suivant leur numéro du rôle.

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif en date du 20 avril 2005, Monsieur X a fait introduire un recours tendant à l'annulation de la décision de la CSSF *« non datée intervenue probablement autour du 15 novembre 2004 »* et *« secrète »* refusant sa nomination à la fonction de dirigeant agréé [de la Banque].

Force est prime abord de constater que si conformément à l'article 7, alinéa 3 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier les décisions de la CSSF ayant trait à l'agrément des personnes devant remplir les conditions légales d'honorabilité ou d'expérience professionnelles peuvent faire l'objet d'un recours en réformation, le demandeur s'est en l'espèce limité à demander l'annulation de la décision déférée, la CSSF s'étant d'ailleurs rapportée à prudence de justice en ce qui concerne la recevabilité du recours sous cet aspect.

Or, si, dans une matière dans laquelle la loi a institué un recours en réformation, le demandeur conclut à la seule annulation de la décision attaquée, le recours est néanmoins recevable dans la mesure où le demandeur se borne à invoquer des moyens de légalité (trib. adm. 3 mars 1997, n° 9693, Pas. adm. 2005, V° Recours en réformation, n° 2, p. 661) et que l'intérêt à agir du demandeur reste vérifié par rapport à cette demande.

Il s'avère que la CSSF conteste à ce sujet tout intérêt à agir dans le chef du demandeur, au motif que celui-ci ne serait pas *« au niveau du droit administratif, à considérer comme intéressé par la décision négative prise par la CSSF à l'égard de la demande en autorisation de modification de dirigeant qui émanait [de la Banque]»*.

Le demandeur entend résister à ce moyen en répliquant qu'il aurait *« incontestablement un intérêt immédiat et direct d'attaquer cette décision dont la motivation ne lui a été communiquée que très tardivement, sans qu'il ait eu, à aucun moment, le droit de présenter ses observations et moyens de défense »* et en soulignant que ce seraient ses qualifications professionnelles et son honorabilité qui ont fait l'objet d'un examen critique et qui ont motivé la décision litigieuse, de sorte que l'intérêt à agir existerait *« au premier plan »* dans son chef.

Le tribunal constate que la décision directement litigieuse est en l'espèce non pas la décision d'agrément de l'établissement de crédit, mais le refus par la CSSF d'avaliser la nomination de Monsieur X aux fonctions de membre du comité de direction et de directeur commercial, la demande relative à l'approbation de cette nomination n'ayant pas été présentée directement par Monsieur X à la CSSF, mais par Z s.p.a., Monsieur X ayant en fait, dans le cadre de ses relations avec [la Banque], d'ores et déjà été nommé à ces fonctions. Il en résulte que si Monsieur X n'est pas à considérer d'un point de vue formel comme destinataire direct de la décision incriminée, à défaut d'en avoir été l'impétrant, il doit en revanche être considéré comme directement intéressé, la décision en question, certes prise dans le contexte plus global de l'agrément de l'établissement de crédit, ayant été prise au vu de son honorabilité professionnelle et affectant directement sa situation personnelle privée et professionnelle.

Il en résulte que Monsieur X dispose d'un intérêt personnel et direct à agir en annulation de la décision déférée, étant encore une fois souligné que celle-ci ne consiste pas en la décision de la CSSF de refuser l'agrément [de la Banque] mais en sa décision de refuser d'avaliser la nomination du demandeur.

Force est d'ailleurs à ce sujet de constater que la CSSF elle-même, dans son courrier du 21 mars 2005 adressé au demandeur informe ce dernier que *« nous considérons que votre personne est l'objet de cette décision et que [la Banque] est la personne qui nous a fait parvenir une demande d'autorisation. Nous ne considérons donc ni vous-même ni [la Banque] comme tiers dans ce cas »*.

La CSSF soulève encore l'irrecevabilité du recours pour avoir été déposé tardivement. Elle fait plaider à ce sujet Monsieur X aurait eu immédiatement connaissance de la décision litigieuse, vraisemblablement le 9 novembre 2004 même, *« ce qui est illustré par ses démarches entreprises immédiatement auprès de la CSSF »*, de sorte qu'il lui aurait appartenu d'introduire son recours devant le tribunal administratif dans le délai d'un mois.

Il échet de prime abord de relever que si le demandeur, comme retenu ci-avant, a valablement pu limiter le recours en réformation tel que lui ouvert par la loi en sollicitant uniquement l'annulation de la décision litigieuse, il n'en demeure pas moins qu'il est tenu d'observer les règles de procédure spéciales pouvant être prévues et les délais dans lesquels le recours doit être introduit (trib. adm. 3 mars 1997, n° 9693, Pas. adm. 2005, V° Recours en réformation, n° 2), délais qui sont limités, conformément à l'article 7, alinéa 3 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, à un mois.

En l'espèce, il se dégage des pièces versées en cause que Monsieur X a été informé oralement de la décision litigieuse orale prise vraisemblablement le 9 novembre 2004 au plus tard le 15 novembre 2004, date à laquelle il a rédigé une note exhaustive adressée à la CSSF, et qu'il s'est vu notifier

formellement les motifs de la décision de la CSSF en date du 26 janvier 2005, de sorte que le recours déposé par lui en date du 20 avril 2005 doit, a priori, être considéré comme tardif.

Le demandeur fait cependant valoir que la CSSF aurait omis de lui indiquer les voies de recours contre la décision litigieuse. Il s'avère en l'espèce qu'en effet ni la décision refusant l'agrément [de la Banque] ni la décision de refuser la nomination du demandeur - décision orale matérialisée par la lettre du 26 janvier 2005 de la CSSF - ne contiennent une quelconque indication quant aux voies de recours.

Aux termes de l'article 14 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes, *« les décisions administratives refusant de faire droit, en tout ou en partie, aux requêtes des parties ou révoquant ou modifiant d´office une décision ayant créé ou reconnu des droits doivent indiquer les voies de recours ouvertes contre elles, le délai dans lequel le recours doit être introduit, l´autorité à laquelle il doit être adressé ainsi que la manière dans laquelle il doit être présenté »*.

La CSSF se prévaut à ce sujet d'une jurisprudence administrative pour dénier au demandeur le droit de se prévaloir de l'article 14 en question, en estimant que la sanction de l'inobservation de l'article 14 dudit règlement *« ne s'applique qu'au profit du destinataire direct d'un acte administratif, et non au profit de « tiers potentiellement intéressés» par cet acte administratif »* tels que le demandeur.

Le tribunal retient cependant qu'en l'espèce, si le demandeur doit être considéré comme tiers par rapport à la décision litigieuse, en ce qu'il n'est ni initiateur, ni destinataire direct de la décision, il ne saurait en revanche être considéré comme *« tiers potentiellement intéressé »* dans le sens de la jurisprudence invoquée, étant donné que la décision litigieuse l'affecte directement et personnellement, ce que, comme relevé ci-avant, la CSSF admet d'ailleurs dans son courrier du 21 mars 2005 adressé au demandeur. Il convient de surcroît de relever que la décision litigieuse doit être considérée comme modifiant d'office des droits reconnus à Monsieur X étant donné qu'en refusant d'avaliser sa nomination, la CSSF a contraint [la Banque] à mettre un terme aux fonctions de ce dernier qui avait été nommé avec effet au 1er novembre 2004 comme membre du comité de direction et comme directeur commercial, respectivement a contraint le demandeur à démissionner.

Il s'ensuit qu'à défaut d'indication des voies et délais de recours dans la décision concernant directement Monsieur X, le délai de recours lui ouvert par la loi doit être considéré comme n'ayant pas pris cours, de sorte que le recours soumis au tribunal est recevable *ratione* temporis.

Le recours en question, non autrement contesté sous cet aspect, est encore recevable pour avoir été introduit dans les formes prévues par la loi.

A l'appui de son recours, le demandeur soulève l'illégalité de la décision déférée en faisant valoir qu'elle violerait les dispositions du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes, et plus particulièrement de ses articles 5, 6, 11 et 12, et conteste les motifs avancés par la CSSF aux fins de justifier le refus de sa nomination.

(…)

Le demandeur fait plaider à ce sujet que la décision déférée, qualifiée de *« secrète »* aurait été prise *« in catimini »* par la CSSF sans qu'il ait eu loisir de présenter ses observations et conclut dès lors à une violation de l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 précité.

La CSSF résiste à cette argumentation en affirmant que cette disposition ne serait pas applicable à la situation de Monsieur X Elle estime à ce sujet qu'il serait *« très douteux si Monsieur X peut être qualifié en principe de «tiers» au sens de ce texte »* Si elle admet que le demandeur n'est ni le demandeur de l'autorisation, ni par conséquent le destinataire de la décision de la CSSF, elle estime qu'il ne saurait en revanche être considéré en tant que tiers intéressé *« comme l'est le voisin d'un établissement classé, ou d'une construction que le bourgmestre entend autoriser »*.

Elle relève encore que le règlement grand-ducal du 8 juin 1979 précité *« n'a nullement organisé le mode de la «publicité adéquate» que l'autorité administrative doit veiller à donner à ses décisions »* et estime que Monsieur X, en sa qualité de dirigeant de l'établissement de crédit, devait avoir été informé de la demande d'agrément déposée par [la Banque], de sorte que *« la CSSF était dispensée d'organiser par ses propres moyens une publicité qui n'aurait fait que faire double emploi avec l'information dont Monsieur X bénéficiait de toute manière en vertu de ses relations préexistantes avec ... »*.

Aux termes de l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, *« lorsqu'une décision administrative est susceptible d'affecter les droits et intérêts de tierces personnes, elle doit lui donner une publicité adéquate, mettant les tiers en mesure de faire valoir leurs moyens. Dans la mesure du possible, l'autorité administrative doit rendre publique l'ouverture de la procédure aboutissant à une telle*

décision. Les personnes intéressées doivent avoir la possibilité de faire connaître leurs observations. La décision définitive doit être portée par tous moyens appropriés à la connaissance des personnes qui ont présenté des observations ».

L'article 5 a un triple objet, à savoir garantir la publicité de l'ouverture d'une procédure aboutissant à une décision *« susceptible d'affecter les droits et intérêts de tierces personnes »*, permettre aux tiers intéressés de participer activement à l'élaboration de la décision en leur permettant de présenter leurs observations ainsi qu'assurer leur information quant à la décision prise.

Le tribunal, comme retenu ci-avant, ne considère certes pas Monsieur X comme destinataire direct de la décision, mais bien comme tiers par rapport à la décision litigieuse et plus particulièrement comme tiers directement et personnellement concerné, en ce que la décision de la CSSF relative à l'agrément de l'établissement de crédit porte directement appréciation de son honorabilité professionnelle, de sorte qu'il aurait non seulement dû être informé de l'ouverture de la procédure d'agrément, mais encore et surtout qu'il aurait dû être mis en mesure de présenter ses observations par rapport à une question le concernant directement.

Encore que le résultat recherché par l'obligation d'informer Monsieur X semble en l'espèce atteint par le fait non sérieusement contesté que l'intéressé avait connaissance de la procédure d'agrément en cours, force est cependant de constater que la CSSF n'a pas mis Monsieur X en mesure de présenter ses observations préalablement à la prise de la décision litigieuse.

En effet si la CSSF a certes informé [la Banque] téléphoniquement en date du 8 novembre 2004 de son intention de ne pas accepter Monsieur X (note relative à l'entrevue du 9.11.2004, p.1) et qu'elle a, sur demande de l'impétrant X, consenti à rencontrer certains dirigeants de l'établissement de crédit en question, elle n'a en revanche jamais informé le principal intéressé qu'elle n'entendait pas accepter sa nomination en tant que dirigeant [de la Banque], de sorte à avoir mis le demandeur dans l'impossibilité de présenter ses observations en temps utile, c'est-à-dire avant la prise de la décision litigieuse. Une telle information s'imposait néanmoins tout particulièrement compte tenu du fait que l'honorabilité professionnelle du demandeur était mise en cause.

Il s'ensuit que la décision déférée encourt l'annulation pour violation de l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, sans qu'il y ait lieu d'examiner plus en avant les autres moyens d'annulation avancés en cause.

Par ces motifs,

[annulation de la décision de la CSSF]

* * *

Arrêt de la Cour administrative du 30 janvier 2007 (rôle n° 21750 C)

(…)

Sur le vu des faits de la cause qui sont les mêmes que ceux soumis aux juges de première instance, la Cour estime que ceux-ci ont recueilli tous les éléments de la cause dans un examen complet et auquel il y a lieu de renvoyer.

La loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier prévoit en son article 19 sous l'intitulé « L'honorabilité et l'expérience professionnelles » ce qui suit :

(1) En vue de l'obtention de l'agrément, les personnes physiques et, dans le cas de personnes morales, les membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance ainsi que les actionnaires ou associés visés à l'article précédent, doivent justifier 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.

(2) Les personnes chargées de la gestion doivent être habilitées à déterminer effectivement l'orientation de l'activité et 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.

(3) Dans le cas d'un agrément accordé à une personne morale, les personnes visées au paragraphe précédent doivent être au moins à deux.

(4) Toute modification dans le chef de personnes devant remplir les conditions légales d'honorabilité et d'expérience professionnelles, doit être autorisée au préalable par la «Commission» (i.e. : la commission de surveillance du secteur financier).

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.

Il découle de la lecture de cet article qu'une décision d'agrément de la CSSF visera nécessairement deux ou plusieurs destinataires qui sont directement concernés en tant que co-demandeurs par celle-ci étant entendu que chaque élément de la réponse est détachable par rapport à cette même décision.

Le dossier tel que soumis à la Cour documente par ailleurs que la CSSF, suite à la demande du 20 octobre 2004 destinée à obtenir l'obtention de l'agrément pour Monsieur X, a fourni

- une réponse négative à [la Banque] qui découle notamment d'un procès-verbal d'une entrevue du 9 novembre 2004 et qui a accepté cette décision pour soumettre par la suite une autre personne à la procédure d'agrément ;

- une réponse négative à Monsieur X qui est visée dans ce même procès-verbal et qui est documentée en dehors de tout doute au plus tard dans une lettre du 26 janvier 2005 qui n'a pas été acceptée par celui-ci tel que cela découle notamment d'une lettre émise par celui-ci en date du 21 février 2005.

Il résulte de ces développements que Monsieur X est à considérer comme destinataire de la décision de refus d'agrément au même titre que [la Banque].

C'est partant à juste titre que les premiers juges ont retenu que Monsieur X a disposé d'un intérêt personnel et direct à agir en annulation contre la décision déférée.

(…)

La partie intimée fait valoir que la CSSF aurait omis de lui indiquer les voies de recours contre la décision litigieuse.

Les premiers juges ont retenu à juste titre qu'il s'avère en l'espèce que ni la décision refusant l'agrément [de la Banque] ni la décision de refuser la nomination de Monsieur X - décision orale matérialisée par la lettre du 26 janvier 2005 de la CSSF - ne contiennent une quelconque indication quant aux voies de recours.

(…)

La partie appelante continue à se prévaloir en instance d'appel à ce sujet d'une jurisprudence administrative pour dénier à Monsieur X le droit de se prévaloir de l'article 14 en question, en estimant que la sanction de l'inobservation de l'article 14 dudit règlement « ne s'applique qu'au profit du destinataire direct *d'un acte administratif, et non au profit de «tiers potentiellement intéressés par cet acte administratif »* tels que le demandeur initial.

Les premiers juges ont décidé à ce sujet qu'à défaut d'indication des voies et délais de recours dans la décision concernant directement Monsieur X, le délai de recours lui ouvert par la loi doit être considéré comme n'ayant pas pris cours, de sorte que le recours initialement soumis au tribunal est recevable ratione temporis.

Si la Cour confirme cette solution dégagée par les premiers juges, elle ne saurait pas suivre le raisonnement du tribunal ayant retenu que Monsieur X est à considérer comme tiers par rapport à la décision litigieuse alors que celui-ci, comme antérieurement retenu, est à considérer comme partie directement concernée qui a droit, à ce titre, d'une indication des voies de recours.

Le recours initial a partant été déclaré recevable pour avoir été introduit, pour le surplus, dans les formes prévues par la loi.

(…)

Le demandeur initial avait fait plaider que la décision déférée, qualifiée de *« secrète »* aurait été prise *« in catimini »* par la CSSF sans qu'il ait eu loisir de présenter ses observations et a conclu dès lors à une violation de l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 précité.

(…)

Le tribunal administratif, après analyse des moyens présentés par les deux parties en cause à ce sujet, a annulé la décision déférée pour violation de l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, en estimant qu'il n'y avait pas lieu d'examiner plus en avant les autres moyens d'annulation avancés en cause.

Aux termes de l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, *« lorsqu'une décision administrative est susceptible d'affecter les droits et intérêts de tierces personnes, elle doit lui donner une publicité adéquate, mettant les tiers en mesure de faire valoir leurs moyens. Dans la mesure du possible, l'autorité administrative doit rendre publique l'ouverture de la procédure aboutissant à une telle décision. Les personnes intéressées doivent avoir la possibilité de faire connaître leurs observations. La décision définitive doit être portée par tous moyens appropriés à la connaissance des personnes qui ont présenté des observations ».*

Comme il a été dégagé antérieurement, Monsieur X est à considérer non comme un tiers mais comme destinataire direct de la décision de sorte que c'est à tort que les premiers juges se sont emparés de l'article 5 pour annuler la décision étant entendu

que les intéressés directs ne doivent pas être mis en mesure de faire valoir leurs moyens.

Le jugement du 28 juin 2006 est à réformer dans ce sens.

Aux fins de préserver le double degré de juridictions aux parties, il y a lieu de renvoyer l'affaire devant les premiers juges aux fins d'examiner les autres moyens d'annulation avancés en cause par le demandeur initial.

Par ces motifs

[réformation du jugement du 28 juin 2006 et renvoi devant le tribunal administratif]

* * *

Jugement du Tribunal administratif du 26 mars 2007 (rôle n° 19694a)

(…)

Par jugement du 28 juin 2006, n° 19694 du rôle, le tribunal administratif a reçu en la forme le recours en annulation introduit par Monsieur X et, quant au fond, l'a déclaré justifié et a annulé la décision déférée pour violation de l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes.

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 31 juillet 2006, la CSSF a relevé appel à l'encontre du prédit jugement, appel vidé par arrêt de la Cour du 30 janvier 2007, n° 19694C du rôle, arrêt, qui, après avoir retenu l'intérêt à agir du demandeur ainsi que la recevabilité ratione temporis du recours devant le tribunal administratif, a, par réformation dit que *« c'est à tort que les premiers juges ont annulé la décision déférée pour violation de l'article 5 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979»* et a renvoyé le dossier en prosécution de cause devant le tribunal administratif, de sorte qu'il appartient au tribunal de statuer sur renvoi sur le fond du recours, dans la mesure des moyens de légalité invoqués par les demandeurs non encore tranchés par la Cour.

A l'appui de son recours, le demandeur a soulevé initialement l'illégalité de la décision déférée en faisant valoir qu'elle violerait les dispositions du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes, et plus particulièrement de ses articles 5 - moyen tranché par la Cour administrative -, 6, 9, 11 et 12, et il a contesté les motifs avancés par la CSSF aux fins de justifier le refus de sa nomination.

En ce qui concerne l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 précité, le demandeur invoque le fait que la décision déférée n'aurait jamais été officialisée, de sorte que les motifs gisant à sa base ne lui auraient jamais été communiqués ; la CSSF, pour sa part, estime que ce moyen manquerait en fait et en droit, Monsieur X s'étant vu communiquer les motifs et l'article 6 en question n'étant pas applicable à son cas, Monsieur X n'étant pas à considérer comme étant l'auteur de la demande rejetée.

L'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 précité impose un *« énoncé au moins sommaire de la cause juridique (…) et des circonstances de fait » à toute décision administrative qui « refuse de faire droit à la demande de l´intéressé, révoque ou modifie une décision antérieure, sauf si elle intervient à la demande de l´intéressé et qu´elle y fait droit, intervient sur recours gracieux, hiérarchique ou de tutelle, intervient après procédure consultative, lorsqu´elle diffère de l´avis émis par l´organisme consultatif ou lorsqu´elle accorde une dérogation à une règle générale ».*

S'il résulte en l'espèce de l'arrêt de la Cour administrative du 30 janvier 2007 que Monsieur X est à considérer comme co-demandeur et comme personne directement concernée par la décision déférée, de sorte à pouvoir se prévaloir de l'obligation d'indication formelle des motifs telle qu'imposée par le prédit article 6, force est également de retenir que la Cour administrative a retenu qu' *« en l'espèce, il se dégage des pièces versées en cause que ... a été informé oralement de la décision litigieuse, prise vraisemblablement le 9 novembre 2004 au plus tard le 15 novembre 2004, date à laquelle il a rédigé une note exhaustive adressée à la CSSF, et qu'il s'est vu notifier formellement les motifs de la décision de la CSSF en date du 26 janvier 2005 ».*

Les contestations du demandeur selon lesquelles la décision n'aurait jamais été officialisée et que les motifs afférents ne lui auraient jamais été communiqués ainsi que son moyen tiré de l'article 6 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 précité sont dès lors à écarter.

Le demandeur estime encore dans le même ordre d'idée qu'aucune des procédures prévues à l'article 9 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 précité n'aurait été respectée.

Il fait plaider à ce sujet avoir bénéficié de l'agrément de la CSSF le 16 janvier 2003 en tant qu'administrateur et membre du comité exécutif de la [Banque B], de sorte que la décision du 9 novembre 2004 déférée devrait être considérée comme révoquant cette confiance.

La CSSF de son côté fait plaider que ledit article 9 ne serait en l'espèce pas applicable, Monsieur X n'ayant jamais été titulaire, en nom personnel, d'un quelconque agrément ou d'une quelconque décision administrative de la CSSF lui ayant reconnu des droits.

L'article 9 dont se prévaut le demandeur impose, *« sauf s´il y a péril en la demeure » à toute autorité « qui se propose de révoquer ou de modifier d´office pour l´avenir une décision ayant créé ou reconnu des droits à une partie, ou qui se propose de prendre une décision en dehors d´une initiative de la partie concernée » d'informer cette partie concernée formellement de son intention « en lui communiquant les éléments de fait et de droit qui l´amènent à agir »* et ce par lettre recommandée, en accordant à la partie concernée un délai d´au moins huit jours pour présenter ses observations ainsi que la possibilité d'être entendue en personne.

Il résulte en l'espèce de la lettre de la CSSF adressée en date du 16 janvier 2003 à la [Banque B] que la CSSF a constaté par ce courrier que Monsieur X remplissait alors les conditions légales prescrites par la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier et qu'elle a, de ce fait, marqué son accord à sa nomination en tant qu'administrateur et membre du comité exécutif de la [Banque B].

Le tribunal constate que cet agrément a pour cadre l'article 7 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, aux termes duquel :

« 1) L'agrément est subordonné à la condition que les membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance ainsi que les actionnaires ou associés visés à l'article précédent, 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.

2) Les personnes chargées de la gestion de l'établissement doivent être au moins à deux et doivent être habilitées à déterminer effectivement l'orientation de l'activité. Elles 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.

3) 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 [la CSSF]. 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. »

Il résulte de cette disposition que la reconnaissance de l'honorabilité d'un dirigeant de banque n'est accordée par la CSSF que dans le cadre déterminé de l'agrément d'un établissement de crédit donné, sans que le dirigeant en question ne puisse se prévaloir de la reconnaissance obtenue en tant que dirigeant de cet établissement dans le cadre de l'agrément d'un autre établissement de crédit. Il résulte d'ailleurs de cette disposition, et en particulier de l'alinéa 3 de l'article 7 précité, que tout changement intervenant au niveau de l'un des dirigeants doit à nouveau être soumis à l'autorisation préalable de la CSSF.

Il s'ensuit que l'honorabilité de tout nouveau dirigeant est toujours soumise à l'appréciation de la CSSF : la CSSF était dès lors tenue de vérifier l'honorabilité et l'expérience professionnelle de Monsieur X, appelé en tant que nouveau dirigeant aux fonctions de *« commercial manager »* et de membre du comité de direction [de la Banque].

Il s'ensuit encore que Monsieur X, étant tenu de se soumettre à une telle appréciation en tant que nouveau dirigeant [de la Banque], ne saurait tirer un quelconque droit de son agrément antérieur obtenu par rapport à la [Banque B] et, partant, ne saurait se prévaloir de la révocation d'une reconnaissance strictement limitée au cadre d'un établissement de crédit donné.

Il en résulte que le moyen afférent est à rejeter.

En ce qui concerne les moyens d'annulation du demandeur basés sur le droit des administrés d'obtenir communication de leur dossier ainsi que des éléments d'information sur lesquels une autorité entend se baser, moyens tirés des articles 11 et 12 du règlement grand-ducal précité, force est de retenir, à l'instar de la Cour administrative, que Monsieur X s'est vu communiquer les motifs de la décision déférée. Il résulte par ailleurs des pièces versées en cause que tous les documents dont le demandeur a exigé la communication dans le dispositif de sa requête introductive d'instance ont été communiqués par la CSSF au cours de la procédure administrative, sinon au cours de la présente procédure contentieuse.

Il s'ensuit que ce moyen est mal-fondé.

(…)

En ce qui concerne la légalité des motifs avancés en cause par la CSSF, les parties sont en désaccord quant à l'interprétation à donner aux pièces versées

au dossier, le demandeur estimant que les différentes pièces confirmeraient sa version des faits, à savoir qu'il n'aurait *« rien d'autre à se reprocher que d'être devenu, à un moment donné, le bouc émissaire de toute une désorganisation qui existait depuis belle lurette, en tous cas avant son entrée en fonctions, désorganisation tolérée tant par la maison mère qui, en réalité, s'en désintéressait que par [ses] chefs hiérarchiques »*.

Il y a de prime abord lieu de rappeler que le demandeur, encore que la loi lui ait ouvert la possibilité d'introduire un recours en réformation, s'est en l'espèce limité à demander l'annulation de la décision déférée.

Les parties sont à ce sujet en désaccord quant au rôle du juge de l'annulation, Monsieur X estimant qu'il appartiendrait au juge de vérifier l'exactitude des faits et des motifs gisant à la base d'une décision, la CSSF, pour sa part, faisant plaider que le contrôle du tribunal serait limité aux moyens de légalité et de régularité formelle de la décision déférée, à l'exclusion de l'appréciation des faits.

Or, s'il incombe au juge de l'annulation de vérifier les faits formant la base de la décision administrative qui lui est soumise et d'examiner si ces faits sont de nature à justifier la décision, examen qui peut amener le juge à vérifier également si les faits à la base de la décision sont établis et si la décision prise est proportionnelle par rapport aux faits établis, cette faculté est cependant limitée aux cas exceptionnels où une flagrante disproportion des moyens laisse entrevoir un usage excessif du pouvoir par l'autorité qui a pris la décision, voire un détournement du même pouvoir par cette autorité. Elle ne saurait avoir pour but de priver l'autorité, qui doit assumer la responsabilité politique ou civile de la décision, de son pouvoir d'appréciation sur la nature et la gravité de la mesure qu'il lui incombe de prendre, si celle-ci est par ailleurs légale et n'est pas sujette à un recours en réformation. Il appartient à l'autorité compétente de peser en définitive la valeur des intérêts publics et privés en discussion et de prendre sa décision en conséquence en assumant à l'égard des intéressés, à l'égard des organes politiques qui ont pour mission de contrôler son activité et à l'égard de l'opinion publique la responsabilité de cette décision, de sa sévérité ou de sa clémence (en ce sens, Cour adm. 21 mars 2002, n° 14261, Pas. adm. 2006, V° Recours en annulation, n° 14, et autres références y citées).

En revanche, il incombe en tout état de cause au juge de l'annulation de vérifier sur base des pièces la réalité des faits ainsi que le cas échéant l'existence d'éléments concordants de nature à établir la version des faits telle que présentée par l'autorité. Dès lors que le dossier tel que soumis au tribunal ne lui permet pas de vérifier utilement si les faits retenus à la base de la décision litigieuse sont établis, le tribunal, en présence de contestations, peut se trouver privé d'éléments permettant de dégager le caractère régulier et légal de l'acte lui déféré, l'obligeant d'annuler la décision litigieuse comme ne reposant pas sur des faits dûment établis en cause (voir en ce sens trib. adm. 16 juillet 2003, n° 16053, Pas. adm. 2006, V° Recours en annulation, n° 11).

En l'espèce, la CSSF reproche à Monsieur X suivant courrier du 26 janvier 2005 d'être responsable de l'inexactitude des comptes annuels 2001, 2002 et 2003 de la [Banque B] et de dysfonctionnements organisationnels dans le département *« clientèle sociétaire »* de la [Banque B], consistant plus précisément en l'enregistrement comptable d'estimations de recettes, la comptabilisation de recettes incontrôlées avec comme contrepartie le compte *« débiteurs divers »*, l'exactitude approximative des réconciliations effectuées, ainsi que des factures non retrouvées, des factures émises pour services non rendus et un nombre considérable de notes de crédit non comptabilisées.

La CSSF pour ce faire se base, d'une part, sur un rapport de la direction audit interne de [Banque B] s.p.a., la maison-mère de la [Banque B], rédigé en juillet 2004 et, d'autre part, sur un rapport émis en date du 8 mars 2004 par la firme YYY.

Il y a lieu de constater que Monsieur X ne conteste pas la réalité des problèmes relevés par la CSSF, mais qu'il affirme que ces problèmes auraient d'ores et déjà existé lors de son entrée en fonction en tant que dirigeant du service sociétaire de la [Banque B] et qu'après avoir dénoncé ces désordres, il aurait *« contribué de manière substantielle à détecter, cerner et régulariser »* les dysfonctionnements en cause, le demandeur ayant produit à ce sujet une longue et circonstanciée prise de position datée du 15 novembre 2004 adressée à la CSSF.

Quant au contexte des faits reprochés à Monsieur X, le tribunal constate qu'il ressort d'un courrier adressé le 9 janvier 2003 par la [Banque B] à la CSSF que Monsieur X avait été nommé, à partir du 1er janvier 2002, administrateur et membre du comité exécutif de la [Banque B] et, à partir du 1er janvier 2003, membre du directoire chargé de la gestion journalière ainsi qu'administrateur directeur général de la [Banque B].

Il n'est par ailleurs pas contesté que le demandeur ait été, antérieurement à ces nominations, responsable du département *« clientèle sociétaire de la XXX »*.

S'il résulte des mémoires déposés en cause par la CSSF que celle-ci justifie sa décision non seulement

par la responsabilité de Monsieur X encourue suite à ces nominations, mais également en tant que *« simple »* responsable du département *« clientèle sociétaire de la [Banque B] »*, à savoir de 2001 à 2003, le tribunal constate cependant que la CSSF, dans son courrier daté du 26 janvier 2005 adressé à Monsieur X exclut expressément cette période de son appréciation : *« (…) pour les comptes 2001 vous ne portez pas la responsabilité en tant que dirigeant autorisé (…) Il ressort de ce qui précède que vous étiez directement responsable des dysfonctionnements mentionnés ci-dessus pendant votre mandat de dirigeant, mais également avant votre nomination en tant que directeur, ce que nous ne considérons cependant pas pour notre appréciation (…) »*.

Il s'ensuit que l'argumentaire développé par la CSSF en cours de procédure contentieuse, consistant à reprocher à Monsieur X les désordres apparus avant 2003, est à écarter, la CSSF ayant affirmé ne pas avoir tenu compte de cette période pour son appréciation dans son prédit courrier, voire explicitement écarté toute responsabilité de Monsieur X de ce chef, de sorte qu'elle ne saurait en cours de procédure contentieuse justifier ex post sa décision par des faits dont elle n'a à l'origine pas entendu tenir compte.

Il s'ensuit encore que le tribunal limitera son analyse aux faits et reproches situés chronologiquement entre le 1er janvier 2003, respectivement le 16 janvier 2003, date d'entrée en fonction de Monsieur X en tant que dirigeant autorisé au sens de l'article 7 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier, et le mois de juillet 2004, époque de la démission de Monsieur X de ses fonctions au sein de la [Banque B].

(…)

[Suit, sur deux pages, une discussion de la base factuelle des motifs invoqués par la CSSF à l'appui de sa décision et des objections soulevées par le requérant sous ce rapport.]

(…)

Le tribunal, dès lors, s'il est amené à constater en accord avec la CSSF les dysfonctionnements épinglés par celle-ci, ne distingue ni dans les pièces versées en cause, ni dans l'argumentaire de la CSSF les raisons permettant d'imputer directement ces dysfonctionnements à Monsieur X en tant que responsable ou co-responsable principal, de sorte à justifier que l'honorabilité professionnelle soit déniée au demandeur l'honorabilité professionnelle au sens de l'article 7 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Le tribunal relève en particulier que s'il appert effectivement que la [Banque B] a souffert à un moment donné de dysfonctionnements, ces dysfonctionnements, qui semblent être davantage de nature structurelle, ne sont pas attribuables en l'état actuel du dossier au seul demandeur, compte tenu des explications évasives fournies en ce sens par la [Banque B] et de l'absence de toute explication fournie par la CSSF justifiant pourquoi, en présence notamment d'autres dirigeants directement impliqués dans la gestion journalière de la [Banque B] conformément au « 4-Augenprinzip », elle considère Monsieur X comme exclusivement, ou du moins principalement, responsable de ces problèmes et pourquoi elle estime que l'implication de Monsieur ... serait d'une gravité telle qu'elle le dépouillerait de son honorabilité professionnelle.

Le tribunal constate encore que la CSSF a omis de prendre position, que ce soit lors de la procédure administrative ou lors de la procédure contentieuse, par rapport aux contestations et explications circonstanciées lui fournies dès le 15 novembre 2004 par Monsieur X, de sorte que le tribunal, confronté à un dossier non autrement instruit sur ces points par la CSSF, doit considérer les faits avancés par la CSSF en appui de la décision litigieuse comme non établis, de sorte à annuler la décision litigieuse comme ne reposant pas sur des faits dûment établis en cause.

Par ces motifs

[annulation de la décision de la CSSF]

* * *

Arrêt de la Cour administrative du 13 novembre 2007 (rôle n° 22917 C)

(…)

Sur le vu des faits de la cause qui sont les mêmes que ceux soumis aux juges de première instance la Cour se réfère à l'examen complet et minutieux des éléments recueillis par les premiers juges.

Il appartient à la Cour d'analyser en premier lieu les moyens de la partie intimée en ce qu'elle continue à soutenir en instance d'appel une illégalité de la décision déférée en faisant valoir qu'elle violerait les dispositions du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes, et plus particulièrement de ses articles 6, 9, 11 et 12, tout en contestant les motifs avancés par la CSSF aux fins de justifier le refus de sa nomination.

(…)

L'article 9 dont se prévaut la partie intimée impose, *« sauf s´il y a péril en la demeure »* à toute autorité *« qui se propose de révoquer ou de modifier d´office pour l´avenir une décision ayant créé ou reconnu des droits à une partie, ou qui se propose de prendre une décision en dehors d´une initiative de la partie concernée »* d'informer cette partie concernée formellement de son intention *« en lui communiquant les éléments de fait et de droit qui l´amènent à agir »* et ce par lettre recommandée, en accordant à la partie concernée un délai d'au moins huit jours pour présenter ses observations ainsi que la possibilité d'être entendue en personne.

Comme retenu à bon escient par le tribunal administratif moyennant recours à une motivation que la Cour adopte, l'honorabilité de tout nouveau dirigeant est toujours soumise à l'appréciation de la CSSF de sorte que Monsieur X n'a pu tirer un quelconque droit de son agrément antérieur obtenu par rapport à la [Banque B] et, partant, ne saurait se prévaloir de la révocation d'une reconnaissance strictement limitée au cadre d'un établissement de crédit donné de sorte que ce moyen a été rejeté à juste titre.

(…)

La loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier prévoit en son article 19 sous l'intitulé *« L'honorabilité et l'expérience professionnelles »* ce qui suit :

(…)

Monsieur X s'étant limité à introduire un recours en annulation, le rôle des juridictions administratives doit se limiter à la vérification de la légalité et de la régularité formelle de l'acte attaqué ainsi qu'au contrôle de l'exactitude matérielle des faits pris en considération par la décision, en tenant compte de la situation de droit et de fait au jour où la décision a été prise.

L'appréciation de ces faits échappe à la juridiction du contrôle de la légalité, qui n'a qu'à vérifier, d'après les pièces et éléments du dossier administratif, si les faits sur lesquels l'administration s'est fondée sont matériellement établis à l'exclusion de tout doute. (Cour administrative, N° 19072C, Dos Ramos)

La Cour constate que le procès-verbal de l'entrevue ayant eu lieu en date du 9 novembre 2004 entre des représentants de la CSSF et [de la Banque] documente que la CSSF a pensé que *« Monsieur X n'est pas le bon candidat pour faire partie de la direction autorisée [de la Banque] au vu de ses agissements auprès de son ancien employeur. »*

Le représentant de la CSSF (…) a notamment relevé dans ce contexte que *« dans le cadre de la responsabilité (ou de sa co-responsabilité) en tant que membre de la direction autorisé dans le système de comptabilisation des factures établies par la banque à sa clientèle sociétaire (sociétés holding), la CSSF sait que quelque chose de grave s'est déroulé dans le passé où la responsabilité de Monsieur X est en jeu »* et *« insiste que ce point constitue la raison principale pour laquelle elle ne désire pas que Monsieur X fasse partie de la direction agréée [de la Banque]. »*

La Cour estime que l'honorabilité professionnelle, qui s'apprécie en vertu de la loi modifiée du 5 avril 1993 précitée sur base des antécédents judiciaires et de tous les éléments susceptibles d'établir qu'une personne jouit d'une bonne réputation et présente toutes les garanties d'une activité irréprochable, n'est susceptible d'être accordée à une personne par rapport à laquelle les craintes prédécrites par le représentant de la CSSF peuvent être émises, ceci sous la condition que les motifs énoncés se trouvent vérifiés au regard des pièces du dossier.

Dans le cadre de l'analyse des reproches finalement communiqués à Monsieur X dans une lettre datée du 26 janvier 2005, la partie appelante reproche aux premiers juges de ne pas s'être penchés sur le premier reproche formulé à l'égard de Monsieur X consistant à lui reprocher n'avoir pas constitué les provisions nécessaires et appropriées découlant de la loi.

La lettre du 26 janvier 2005 émise par la CSSF contient sous l'intitulé « 1. Exactitude des comptes annuels 2003 de la [Banque B] ce qui suit :

Il ressort du rapport ... du 8 mars 2004 que la provision de 950.000 euros doit être utilisée pour amortir des revenus sociétaires constatés en 2001 et non régularisés.

En plus une charge supplémentaire doit être constatée pour ces revenus. D'autre part, une provision substantielle doit être constituée pour des créances ouvertes, toujours pour l'année 2001. Des constatations semblables ont été effectuées pour les années 2002 et 2003 et le rapport conclut qu'une provision supplémentaire de 1.358.724 euros doit être constituée. Or, étant donné que le rapport a été émis le 8 mars 2004, donc avant l'assemblée générale statuant sur les comptes annuels 2003, il est clair que les comptes annuels 2003 auraient dû être ajustés. Nous devons donc conclure que vous avez accepté en connaissance de cause la publication d'états financiers qui ne donnent pas une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que des résultats de la banque.

Les premiers juges ne se sont effectivement pas penchés sur ce moyen de sorte qu'il appartient à la Cour de l'analyser.

(…)

[Suit, sur presque trois pages, l'examen de la question de savoir s'il pouvait être reproché à Monsieur X, au vu des informations ayant été à sa disposition, de ne pas avoir fait constituer les provisions qui s'imposaient et d'avoir ainsi fait approuver des comptes ne reflétant pas fidèlement la situation de la Banque B.]

(…)

La Cour, au vu de toutes ces explications diamétralement opposées, n'arrive pas à déterminer à partir des pièces soumises à partir de quelle date exacte il incombait à Monsieur X de constituer une nouvelle provision telle que suggérée par la version finale du rapport ... S.A. datée du 8 mars 2004, dont l'intimé conteste avoir obtenu communication à l'époque et s'il était encore légalement possible d'effectuer cette opération avant l'assemblée générale statuant sur les comptes annuels 2003 en date du 18 mars 2004.

Toujours est-il qu'un certain nombre d'opérations de régularisations ont été effectuées le 30 avril 2004 et qu'à aucun moment un quelconque organe interne ou externe de la [Banque B] n'a émis des critiques en ce que Monsieur X aurait accepté en connaissance de cause la publication d'états financiers ne donnant pas une image fidèle du patrimoine de la situation financière ainsi que des résultats de la banque.

La partie appelante continue à reprocher à Monsieur X son reproche contenu dans le courrier du 26 janvier 2005 d'être responsable de l'inexactitude des comptes annuels 2001, 2002 et 2003 de la [Banque B] et de dysfonctionnements organisationnels dans le département *« clientèle sociétaire »* de la [Banque B], consistant plus précisément en l'enregistrement comptable d'estimations de recettes, la comptabilisation de recettes incontrôlées avec comme contrepartie le compte *« débiteurs divers »*, l'exactitude approximative des *« réconciliations »* effectuées, ainsi que des factures non retrouvées, des factures émises pour services non rendus et un nombre considérable de notes de crédit non comptabilisées.

(…)

[Suit, sur pratiquement trois pages, une rediscussion de ces griefs et des objections y formulées par Monsieur X, la Cour alignant sous ce rapport très largement son analyse sur celle faite par les premiers juges dans leur jugement du 26 mars 2007.]

(…)

Face aux contestations et explications circonstanciées lui fournies dès le 15 novembre 2004 par Monsieur X et en l'absence d'autres documents se prononçant plus en détail sur d'éventuels agissements ou implications malveillants ou d'absences de qualités de dirigeant de Monsieur X ayant provoqué dans le cadre de ses responsabilités assumées des dysfonctionnements, des malversations ou tout autres faits susceptibles de nuire à la bonne réputation de son employeur, respectivement en l'absence d'une instruction plus approfondie sous forme d'une enquête ou d'un rapport contradictoire susceptibles de conforter la thèse émise de la CSSF, l'honorabilité professionnelle de Monsieur X telle que définie à l'article 19 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier ne saurait lui être déniée.

Le jugement du 26 mars 2007 est à confirmer bien que sur base d'une argumentation partiellement différente que celle développée par les premiers juges.

Par ces motifs

et ceux non contraires des premiers juges

[confirmation du jugement du tribunal administratif; annulation de la décision de la CSSF]

Commentaire

par Marc Elvinger
Avocat
Elvinger, Hoss & Prussen

A notre connaissance, les décisions ci-avant reproduites sont les premières à être intervenues en rapport avec un refus de la CSSF d'adouber l'un des deux membres envisagés pour la direction d'un établissement de crédit en cours d'autorisation[1].

Sans que cela ne surprenne autrement, le recours n'émanait cependant pas de l'établissement de crédit demandeur, mais du dirigeant dont la CSSF avait fait savoir à cet établissement qu'elle considérait qu'il n'était pas «le bon candidat» au regard, plus particulièrement, des exigences prévues à l'article 7 paragraphe (1) de la loi du 5 avril 1993 suivant lequel l'agrément d'un établissement est subordonné à la condition que *«les membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance ainsi que les actionnaires ou associés (…) justifient de leur honorabilité professionnelle»*.

On sait bien, en effet, que les établissements eux-mêmes sont particulièrement réticents à «affronter» la CSSF avec laquelle ils estiment avoir tout intérêt à entretenir les rapports les moins conflictuels possibles. Sans parler du fait que l'établissement lui-même ne peut guère se payer le luxe de retarder son projet en attendant que la justice ait tranché le contentieux relatif à l'honorabilité ou encore, le cas échant, l'expérience professionnelle du dirigeant concerné.

Et en l'occurrence, l'établissement concerné a bel et bien accepté la décision de la CSSF en lui proposant un autre dirigeant. Quant au candidat malheureux qui avait d'ores et déjà été nommé par l'établissement comme membre du comité de direction et comme directeur commercial, il a été amené à démissionner de ces fonctions. Mais ayant ainsi, si l'on ose dire, retrouvé sa liberté de mouvement, il n'a pas voulu laisser les choses en l'état et a dès lors porté l'affaire devant le tribunal administratif.

Mais du moment que le recours n'émanait pas de l'établissement lui-même, la question se posait d'emblée de savoir en quelle qualité le dirigeant pouvait s'en prendre à une décision qui, certes, le concernait au plus haut degré – d'autant plus que c'était son honorabilité qui était, sinon en jeu, du moins en discussion – mais qui ne paraissait point avoir été prise à son égard dans la mesure où, non seulement, l'établissement était apparu comme demandeur vis-à-vis de la CSSF mais où, par ailleurs, l'objet comme tel de la demande de la banque paraissait, juridiquement parlant, avoir trait à son propre agrément et non à celui de son éventuel dirigeant.

Dans ces conditions, les juridictions administratives ont eu, avant toutes choses, à se pencher sur la nature et l'objet en droit de la décision prise par la CSSF. Et en raison de différentes exigences régissant la procédure administrative dite non contentieuse (c'est-à-dire la procédure administrative se déroulant en amont d'un recours devant les juridictions administratives) telles qu'elles résultent d'un règlement grand-ducal du 8 juin 1979[2], cette analyse a dû être faite sous plusieurs angles, celle de la Cour administrative s'écartant au surplus sous certains rapports de celle, quelque peu tortueuse, faite par le tribunal administratif. Les décisions sous analyse fournissent ainsi l'occasion de se pencher sur la nature juridique et l'objet des décisions à prendre par la CSSF dans le cadre de l'article 7 de la loi du 5 avril 1993[3]. La portée de la question, analysée ci-après sub I, est loin d'être négligeable puisqu'autant qu'en rapport avec des membres de la direction elle peut, mutatis mutandis, se poser à propos des membres des organes d'administration et de surveillance, des actionnaires de contrôle ainsi que, le cas échéant, du réviseur d'entreprises d'un professionnel du secteur financier.

Pour des raisons difficiles à comprendre, le requérant n'avait, en l'espèce, saisi les juridictions

1. En l'occurrence, il s'agissait de la transformation de la succursale luxembourgeoise d'un établissement de crédit communautaire en établissement de crédit luxembourgeois.

2. Règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrateurs de l'Etat et des communes.

3. Pour des raisons inexpliquées, la Cour administrative se réfère, quant à elle, toujours à l'article 19 de la loi qui, pourtant, a trait aux professionnels du secteur financier autres que les établissements de crédit. Cela dit, la seule différence entre les articles 7 et 19 réside dans le fait que l'article 19 comporte un paragraphe tenant compte du fait que certains «autres» PSF peuvent être des personnes physiques, ce qui n'est pas le cas des établissements de crédit.

administratives que d'un recours en annulation de la décision de la CSSF, alors même que la loi du 5 avril 1993 prévoit en la matière un recours en réformation[4]. Suivant en cela une jurisprudence désormais constante[5], le recours n'en a pas moins été déclaré recevable, sauf aux juridictions administratives de n'exercer, vis-à-vis de la décision critiquée, que les pouvoirs appartenant au juge de l'annulation[6]. La manière dont le tribunal administratif d'abord, la Cour administrative ensuite ont défini l'étendue de ce pouvoir permet de constater, une fois de plus, que le contrôle de légalité exercé dans ce contexte par les juridictions administratives va bien plus loin que ce que bon nombre de gens, y compris parmi les juristes, ont coutume de penser. Mais les formulations quelque peu différentes dont usent le tribunal et la Cour montrent aussi qu'en la matière la Cour semble vouloir continuer à cultiver plus de retenue que les juges du tribunal. L'étendue du contrôle de légalité sera donc succinctement abordée ci-après sub II.

Ce qui, au-delà de ces questions d'ordre général, frappe en l'occurrence, c'est l'impression qui se dégage des décisions sous examen qu'il risque de ne pas être facile à la CSSF de justifier son refus d'accepter le candidat à la direction d'un établissement de crédit par application de l'article 7 paragraphe (1) de la loi. On en traitera ci-après sub III.

I. Le régime juridique des décisions à prendre par la CSSF pour l'agrément d'un professionnel du secteur financier

1 - L'article 7 de la loi du 5 avril 1993 est libellé comme suit:

"1) L'agrément [d'un établissement de crédit] est subordonné à la condition que les membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance ainsi que les actionnaires ou associés (…) 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.

2) Les personnes chargées de la gestion de l'établissement doivent être au moins à deux et doivent être habilitées à déterminer effectivement l'orientation de l'activité. Elles 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;

3) 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.»

A la lecture de ce texte, il apparaît que, strictement parlant, celui-ci n'envisage d'agrément proprement dit que relativement à l'établissement de crédit lui-même, par opposition aux membres de ses organes d'administration, de gestion et de surveillance ainsi que de ses actionnaires.

En d'autres termes, et s'agissant plus spécifiquement des membres de la direction d'un établissement, leur honorabilité et leur expérience professionnelles sont des conditions d'agrément de l'établissement qu'ils sont appelés à diriger mais ces dirigeants ne font pas, formellement parlant, l'objet d'un agrément à titre personnel.

2 - Dans le litige déféré en l'espèce aux juridictions administratives, la CSSF avait prétendu en tirer la conséquence extrême que le recours du requérant était irrecevable au motif que celui-ci ne serait pas *«au niveau du droit administratif, à considérer comme intéressé par la décision prise par la CSSF à l'égard de la demande (…) qui émanait (de la Banque)».*

Pareille thèse était vouée à l'échec, le requérant étant, en substance, manifestement «concerné» par une décision qui ne mettait pas seulement en

4. L'existence d'un «recours au fond», synonyme d'un recours en réformation, résulte tout d'abord de l'article 7 paragraphe (3) de la loi qui, après avoir disposé que toute modification dans les chef des personnes devant remplir les conditions légales d'honorabilité ou d'expérience professionnelles, doit être autorisée au préalable par la Commission, précise que la décision *«peut être déférée, dans le délai d'un mois (…) au tribunal administratif qui statue comme juge du fond»*. Mais il résulte aussi, plus généralement, de l'article 3 paragraphe (6) de la loi.

5. Les choses n'étaient pas ainsi à l'époque, plus formaliste, du Comité du contentieux, c'est-à-dire avant la réforme fondamentale du contentieux administratif par la loi du 7 novembre 1996.

6. On notera que dans la mesure où, en l'occurrence, les délais de recours n'avaient pas couru contre le requérant, on voit difficilement ce qui aurait pu l'empêcher, une fois son attention attirée sur l'existence d'un recours en réformation, de doubler d'un tel recours le recours en annulation préalablement introduit.

cause son honorabilité professionnelle mais qui conditionnait au surplus son maintien aux fonctions auxquelles il venait tout juste d'être nommé.[7]

Et c'est ce que le tribunal a constaté d'emblée dans les termes suivants: *«si (même) Monsieur X n'est pas à considérer d'un point de vue formel comme destinataire direct de la décision incriminée, à défaut d'en avoir été l'impétrant, il doit en revanche être considéré comme directement intéressé, la décision en question, certes prise dans le contexte plus global de l'agrément de l'établissement de crédit, ayant été prise au vu de son honorabilité professionnelle et affectant directement sa situation personnelle privée et professionnelle»* (jugement du 28 juin 2006, page 3).

Mais le fait que le tribunal ait, à la suite de ce constat au fond limpide, cru devoir *«encore une fois soulign(er) que (la décision litigieuse) ne consiste pas en la décision de la CSSF de refuser l'agrément (de la Banque) mais en sa décision de refuser d'avaliser la nomination du demandeur»* montre bien un certain trouble des juges devant la réalité textuelle de l'article 7 qui, de fait, n'envisage que l'agrément de la Banque de sorte que le refus de la CSSF d'accepter le dirigeant qui lui était proposé emportait bel et bien, dans la même mesure, refus d'agréer la banque tant qu'un candidat acceptable ne lui serait pas proposé.

Et la *«concession»* faite par le tribunal suivant laquelle le requérant *«n'est pas à considérer d'un point de vue formel comme destinataire direct de la décision incriminée, à défaut d'en avoir été l'impétrant»* pèsera fort sur ses raisonnements subséquents dont on verra qu'ils ne seront pas, sur appel, approuvés par la Cour.

3 - Car une fois l'intérêt à agir du requérant admis, la question se posait de savoir s'il n'avait pas agi hors délai, la loi enfermant tout recours en la matière dans un délai d'un mois. Certes, il n'y avait pas eu d'information sur les voies de recours telle que requise par l'article 14 du règlement grand-ducal de 1979, mais la CSSF se prévalait de la jurisprudence suivant laquelle le défaut d'information sur les voies et délais de recours n'empêchait ce délai de courir qu'à l'encontre du «destinataire direct d'un acte administratif», par opposition à un «tiers potentiellement intéressé».

Pour échapper à l'objection, le tribunal a cru pouvoir juger que *" Si le demandeur doit être considéré comme tiers par rapport à la décision litigieuse, en ce qu'il n'est ni initiateur, ni destinataire direct de la décision, il ne saurait en revanche être considéré comme « tiers potentiellement intéressé » dans le sens de la jurisprudence invoquée, étant donné que la décision litigieuse l'affecte directement et personnellement, (…)»* (jugement du 28 juin 2006, page 4).

C'était, par souci d'opportunité, introduire une distinction tripartite entre «destinataire direct», «tiers affecté directement et personnellement» et «tiers potentiellement intéressé», là où traditionnellement le contentieux administratif repose sur la distinction dualiste entre les destinataires directs d'une décision et les tiers intéressés. Et c'était assimiler les «tiers directement et personnellement affectés par une décision» aux destinataires directs de celle-ci pour l'application du régime des délais de recours.

Mais cette créativité des premiers juges allait ensuite se doubler d'une certaine incohérence puisqu'au regard d'une autre exigence du règlement grand-ducal de 1979, le tribunal allait par contre traiter le requérant comme un simple tiers par rapport à la décision critiquée et annuler celle-ci de ce chef. En effet, l'article 5 du règlement grand-ducal de 1979 requiert notamment que *«lorsqu'une décision administrative est susceptible d'affecter les droits et intérêts de tierces personnes, (l'administration) doit mettre les tiers en mesure de faire valoir leurs moyens»*,

Or, traitant le requérant à ce stade de l'analyse à nouveau à l'instar d'un simple tiers et constatant qu'il ne s'était pas vu donner l'occasion de faire valoir ses observations *avant* que la décision litigieuse ne soit prise, le tribunal conclut à une violation de cette disposition et annula par conséquent la décision litigieuse.

4 - Saisie de l'appel de la CSSF, la Cour adoptera une analyse plus aisément lisible, plus cohérente aussi de l'article 7 de la loi mais moins soucieuse, du moins en apparence, de la protection effective des droits procéduraux du dirigeant concerné.

Après avoir cité l'article 19 de la loi du 5 avril 1993 – là où elle aurait au fond dû viser son article 7[8] – la Cour juge en effet ce qui suit:

7. Sans que ce ne soit l'endroit d'approfondir la question, on notera que dans ces conditions, il n'est pas exclu – sans pour autant être certain – que la décision de la CSSF fut à considérer comme donnant lieu à une «contestation sur les droits et obligations de caractère civil» du requérant au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et que, par conséquent, le requérant devait, par application du même article 6, pouvoir attaquer cette décision moyennant un recours répondant à toutes exigences du procès équitable au sens de la Convention. (à ce propos, cf. Marc Elvinger, «Le contentieux de l'annulation des actes administratifs individuels face à l'exigence du contrôle de pleine juridiction au sens de la Convention européenne des Droits de l'homme», *Bulletin des Droits de l'Homme*, 1996, n°5, p.79).

8. Cf. ci-avant note 3

«Il découle de la lecture de cet article qu'une décision d'agrément de la CSSF visera nécessairement deux ou plusieurs destinataires qui sont directement concernés en tant que co-demandeurs par celle-ci étant entendu que chaque élément de la réponse est détachable par rapport à cette même décision.

Le dossier tel que soumis à la Cour documente par ailleurs que la CSSF, suite à la demande du 20 octobre 2004 destinée à obtenir l'obtention de l'agrément pour Monsieur X, a fourni

- *une réponse négative à [la Banque] qui découle notamment d'un procès-verbal d'une entrevue du 9 novembre 2004 et qui a accepté cette décision pour soumettre par la suite une autre personne à la procédure d'agrément ;*

- *une réponse négative à Monsieur X qui est visée dans ce même procès-verbal et qui est documentée en dehors de tout doute au plus tard dans une lettre du 26 janvier 2005 qui n'a pas été acceptée par celui-ci tel que cela découle notamment d'une lettre émise par celui-ci en date du 21 février 2005.*

Il résulte de ces développements que Monsieur X est à considérer comme destinataire de la décision de refus d'agrément au même titre que [la Banque],» (arrêt du 30 janvier 2007, page 4).

5 - L'analyse de la décision prise par la CSSF étant ainsi faite, la réponse aux différentes questions d'ores et déjà tranchées par le tribunal n'allait plus guère donner lieu à tergiversations:

Au titre de «destinataire» proprement dit de la décision de la CSSF en tant que cette décision emportait une réponse négative à son égard, le requérant avait bien sûr qualité pour diriger un recours à son encontre. Et n'ayant pas reçu d'information sur les recours pouvant être exercés contre une décision dont il était un destinataire direct, il pouvait bien sûr se prévaloir de l'article 14 du règlement grand-ducal de 1979 pour faire valoir qu'aucun délai n'avait pu courir à son encontre. La décision du tribunal est donc confirmée sous ce rapport mais pour des motifs différents de ceux mis en avant par les premiers juges et sans qu'il faille introduire une nouvelle distinction entre différentes catégories de «tiers intéressés» en fonction de l'intensité de leur intéressement.

Par contre, en tant que destinataire direct de la décision litigieuse, le requérant n'avait pas droit à la protection spéciale instaurée en faveur des tiers par l'article 5 du règlement grand-ducal, disposition qui avait conduit le tribunal à annuler la décision litigieuse au motif que le requérant n'avait pas été appelé à faire valoir ses observations avant qu'une décision ne soit prise à son égard. La décision des premiers juges est donc réformée par la Cour sous ce rapport et l'affaire renvoyée devant le tribunal pour voir statuer sur les autres griefs formulés par le requérant.

Le résultat est certes à première vue étonnant puisqu'en tant que destinataire direct de la décision, le requérant s'en trouve moins bien protégé que s'il avait été un simple tiers. Mais cet apparent paradoxe pourrait bien s'évanouir devant le constat qu'il appartenait à la banque et à son dirigeant pressenti de ficeler et de défendre ensemble leur dossier de demande devant l'autorité de surveillance.

6 - Une autre conséquence, potentiellement importante, de l'analyse faite par la Cour, et relativement à laquelle celle-ci n'a pas eu à s'exprimer, c'est qu'alors que le dirigeant dédaigné peut bien sûr attaquer la décision de la CSSF, il ne peut sans doute le faire qu'en tant que cette décision constitue une réponse négative à son égard et non pas en tant qu'elle constitue une réponse négative à l'égard de la banque. Et c'est d'ailleurs pour cette raison que l'acceptation de la décision par la banque ne saurait empêcher son candidat dirigeant, quant à lui, de l'attaquer. Ainsi, en effet, que la Cour a eu le souci de le constater, *«chaque élément de la réponse est détachable»* du restant de la décision.

Une conséquence immédiate en est qu'à défaut de recours de la part de la banque, et à fortiori en présence d'une acceptation expresse, par celle-ci, de la décision de la CSSF (acceptation pouvant le cas échéant se matérialiser par la proposition d'un autre candidat), un succès contentieux dans le chef du candidat malheureux ne pourra apporter à celui-ci qu'une satisfaction toute relative, notamment en lui permettant de saisir les juridictions civiles d'une demande de dommages et intérêts. C'est également dire que du point de vue de ce candidat, l'existence d'un recours en réformation n'a qu'une moindre portée puisqu'à défaut de recours parallèle de la part de la banque, le recours du candidat sera impuissant à imposer celui-ci en qualité de membre de la direction de la banque.

7 - Les exigences de la procédure administrative non contentieuse allaient continuer à alimenter le débat entre les parties sur la portée des décisions prises au titre de l'article 7 de la loi de 1993 une fois que, après l'arrêt de réformation de la Cour, l'affaire allait reparaître devant les premiers juges.

Le requérant faisait en effet encore valoir qu'il y avait eu violation de l'article 9 du règlement grand-ducal du 9 juin 1979 qui exige de toute autorité qui se propose de révoquer ou de modifier d'office pour l'avenir une décision ayant créé ou reconnu des droits à une partie, *«d'informer celle-ci de son*

intention en lui accordant un délai pour présenter ses observations avant toute prise de décision.»

Or, dans la mesure où le requérant avait, deux ans avant d'être proposé au poste de dirigeant de la nouvelle banque, été accepté par la CSSF comme dirigeant d'un autre établissement, dont il s'était entretemps séparé, il se considérait porteur d'un agrément dont, selon lui, la décision critiquée de la CSSF prétendait le priver pour l'avenir. Aussi faisait-il valoir que la CSSF aurait dû se conformer aux exigences de l'article 9 ci-avant rappelé du règlement grand-ducal. Sans doute se trouvait-il quelque peu conforté dans sa position par une lecture à sa convenance d'un passage du premier jugement dans lequel il était dit que *«la décision litigieuse doit être considérée comme modifiant d'office des droits reconnus à Monsieur X étant donné qu'en refusant d'avaliser sa nomination, la CSSF a contraint [la Banque] à mettre un terme aux fonctions de ce dernier qui avait été nommé avec effet au 1er novembre 2004 comme membre du comité de direction et comme directeur commercial, respectivement a contraint le demandeur à démissionner.»* (jugement du 29 juin 2006, pages 4-5).

Pourtant, ni les premiers juges, ni la Cour, ne suivront le requérant dans une argumentation qui nous paraît, de fait, foncièrement incompatible avec le système instauré par la loi de 1993 et par son article 7 en particulier. En effet, si l'on peut suivre la Cour dans son analyse suivant laquelle le dirigeant sujet à approbation par la CSSF est à considérer comme l'un des destinataires directs de la décision, positive ou négative, de l'autorité de surveillance sous ce rapport, l'article 7 ne prévoit manifestement pas, au profit des membres des organes d'administration, de direction et de surveillance, ainsi que des actionnaires, d'agrément proprement dit dont ces personnes seraient ensuite porteuses jusqu'à nouvel ordre et indépendamment du professionnel du secteur financier en rapport avec lequel la décision les concernant est intervenue.

C'est ce que le tribunal décide dans les termes suivants, que la Cour fera siens par la suite:

«Il résulte de cette disposition que la reconnaissance de l'honorabilité d'un dirigeant de banque n'est accordée par la CSSF que dans le cadre déterminé de l'agrément d'un établissement de crédit donné, sans que le dirigeant en question ne puisse se prévaloir de la reconnaissance obtenue en tant que dirigeant de cet établissement dans le cadre de l'agrément d'un autre établissement de crédit. Il résulte d'ailleurs de cette disposition, et en particulier de l'alinéa 3 de l'article 7 précité, que tout changement intervenant au niveau de l'un des dirigeants doit à nouveau être soumis à l'autorisation préalable de la CSSF.

Il s'ensuit que l'honorabilité de tout nouveau dirigeant est toujours soumise à l'appréciation de la CSSF : la CSSF était dès lors tenue de vérifier l'honorabilité et l'expérience professionnelle de Monsieur X, appelé en tant que nouveau dirigeant aux fonctions de « commercial manager » et de membre du comité de direction [de la Banque].

Il s'ensuit encore que Monsieur X, étant tenu de se soumettre à une telle appréciation en tant que nouveau dirigeant [de la Banque], ne saurait tirer un quelconque droit de son agrément antérieur obtenu par rapport à la [Banque B] et, partant, ne saurait se prévaloir de la révocation d'une reconnaissance strictement limitée au cadre d'un établissement de crédit donné.» (jugement du 26 mars 2007, page 5).

8 - Les décisions commentées permettent ainsi d'avoir une perception assez claire du régime juridique des décisions à prendre par la CSSF au titre de l'article 7 de la loi de 1993 et des dispositions similaires de cette même loi ou encore d'autres lois apparentées sur le secteur financier, telles que celles régissant les différents types d'organismes de placement collectif. On en retiendra comme suit les éléments les plus saillants:

- Autant que l'établissement de crédit concerné, les personnes dont l'honorabilité et/ou l'expérience professionnelle sont une condition d'agrément de l'établissement sont des destinataires directs de la décision à prendre sous ce rapport pas la CSSF.

- Autant que l'établissement lui-même, les personnes visées ont par conséquent droit à une information sur les voies de recours et à une motivation de la décision en tant qu'elle se rapporte à eux.

- En tant qu'elle concerne un responsable ou un actionnaire en particulier, la décision de la CSSF est détachable de celle concernant l'établissement comme tel (et, le cas échéant, les autres personnes visées) et c'est la décision ainsi détachée qui est susceptible d'un recours en réformation par la personne respectivement concernée et pareil recours n'atteindra en principe la décision qu'en tant qu'elle concerne cette personne en particulier.

- L'approbation d'une personne en qualité de responsable ou actionnaire d'un établissement ne lui confère aucun droit de faire fonction de responsable ou d'actionnaire d'un autre établissement.

II. Etendue du contrôle de légalité exercé dans le cadre d'un recours en annulation

9 - Il peut paraître peu pertinent d'examiner l'étendue du contrôle exercé dans le cadre d'un recours en annulation en rapport avec une matière dans laquelle la loi prévoit précisément un recours en réformation et où c'est par la seule «faute» du requérant que les juridictions administratives se sont retrouvées cantonnées dans le rôle du juge de la seule légalité.

D'un autre côté, c'est un cas de figure dans lequel il est particulièrement intéressant de constater à quel point le contrôle exercé dans le cadre d'un recours en annulation a tendance à s'étendre de plus en plus pour, au bout du compte, se rapprocher singulièrement de celui exercé dans le cadre d'un recours en réformation.

10 - Le tribunal s'est en l'espèce prononcé comme suit quant à l'étendue du pouvoir lui appartenant en tant que juge de l'annulation:

« (…) s'il incombe au juge de l'annulation de vérifier les faits formant la base de la décision administrative qui lui est soumise et d'examiner si ces faits sont de nature à justifier la décision, examen qui peut amener le juge à vérifier également si les faits à la base de la décision sont établis et si la décision prise est proportionnelle par rapport aux faits établis, cette faculté est cependant limitée aux cas exceptionnels où une flagrante disproportion des moyens laisse entrevoir un usage excessif du pouvoir par l'autorité qui a pris la décision, voire un détournement du même pouvoir par cette autorité. Elle ne saurait avoir pour but de priver l'autorité, qui doit assumer la responsabilité politique ou civile de la décision, de son pouvoir d'appréciation sur la nature et la gravité de la mesure qu'il lui incombe de prendre, si celle-ci est par ailleurs légale et n'est pas sujette à un recours en réformation. Il appartient à l'autorité compétente de peser en définitive la valeur des intérêts publics et privés en discussion et de prendre sa décision en conséquence en assumant à l'égard des intéressés, à l'égard des organes politiques qui ont pour mission de contrôler son activité et à l'égard de l'opinion publique la responsabilité de cette décision, de sa sévérité ou de sa clémence (en ce sens, Cour adm. 21 mars 2002, n° 14261, Pas. adm. 2006, V° Recours en annulation, n° 14, et autres références y citées).

En revanche, il incombe en tout état de cause au juge de l'annulation de vérifier sur base des pièces la réalité des faits ainsi que le cas échéant l'existence d'éléments concordants de nature à établir la version des faits telle que présentée par l'autorité. Dès lors que le dossier tel que soumis au tribunal ne lui permet pas de vérifier utilement si les faits retenus à la base de la décision litigieuse sont établis, le tribunal, en présence de contestations, peut se trouver privé d'éléments permettant de dégager le caractère régulier et légal de l'acte lui déféré, l'obligeant d'annuler la décision litigieuse comme ne reposant pas sur des faits dûment établis en cause (voir en ce sens trib. adm. 16 juillet 2003, n° 16053, Pas. adm. 2006, V° Recours en annulation, n° 11),» (jugement du 26 mars 2007, pages 6-7).

11 - Le tribunal rappelle ainsi avec force qu'il a pour mission de vérifier avec soin *«la réalité des faits ainsi que le cas échéant l'existence d'éléments concordants de nature à vérifier les faits tels que présentés par l'autorité»*, étant entendu que celle-ci a, en dernière instance, la charge de la preuve des éléments factuels qu'elle invoque à l'appui de sa décision. C'est sans doute particulièrement vrai lorsqu'il s'agit de dénier à quelqu'un l'honorabilité requise pour occuper tel ou tel poste, l'honorabilité étant, à l'instar de la bonne foi, en principe présumée.

Au-delà, le tribunal rappelle cependant que même dans le cadre d'un «simple» contrôle de légalité, il lui incombe de sanctionner le défaut de proportionnalité dont peut être entachée une décision administrative ainsi que – concept apparenté – l'appréciation manifestement erronée des faits par l'administration: *«il incombe au juge de l'annulation de vérifier (…) si (les) faits sont de nature à justifier la décision, examen qui peut amener le juge à vérifier si (…) la décision prise est proportionnelle par rapport aux faits établis.»*

La portée du contrôle de proportionnalité – qui constitue en dernière instance un contrôle, fut-il marginal, de l'appréciation des faits – se trouve certes ensuite relativisée par le constat qu'il *«est cependant limité aux cas exceptionnels où une flagrante disproportion des moyens laisse entrevoir un usage excessif du pouvoir par l'autorité qui a pris la décision»*. De façon assez significative, cette formule est extraite par le tribunal d'un arrêt de la Cour administrative du 21 mai 2002 moyennant lequel celle-ci a réformé un jugement du tribunal ayant, à son goût, poussé trop loin le contrôle de proportionnalité, et par conséquent celui de l'appréciation des faits, dans le cadre d'un recours en annulation. Car le fait est qu'en la matière, l'analyse de la jurisprudence passée montre que le tribunal a eu tendance à pousser toujours plus loin son contrôle tandis que la Cour s'est appliquée à freiner quelque peu les ardeurs des premiers juges. Affaire de génération, sans doute !

Et encore dans la présente affaire, mais sans que cela n'ait tiré à conséquence pour ce qui est de son issue, la Cour définira l'étendue du contrôle de légalité moyennant une formule témoignant de plus de retenue que celle utilisée par le tribunal. Dans son arrêt confirmatif du 13 novembre 2007, la Cour dira en effet que *«le rôle des juridictions administratives doit* (dans le cadre d'un recours en annulation) *se limiter à la vérification de la légalité et de la régularité formelle de l'acte attaqué ainsi qu'au contrôle de l'exactitude matérielle des faits pris en considération par la décision, en tenant compte de la situation de droit et de fait au jour où la décision a été prise. L'appréciation de ces faits échappe à la juridiction du contrôle de la légalité, qui n'a qu'à vérifier, d'après les pièces et éléments du dossier administratif, si les faits sur lesquels l'administration s'est fondée sont matériellement établis à l'exclusion de tout doute.»*

12 - Cette apparente différence d'approche au niveau des principes n'a pas, en l'espèce, empêché le tribunal et la Cour d'arriver à la même conclusion, à savoir que les faits invoqués par la CSSF à l'appui de sa décision n'étaient pas établis à suffisance de droit. Ceci d'ailleurs après que la Cour, quant à elle, ait pris soin de souligner qu'à supposer ces faits suffisamment établis, ils auraient été de nature à justifier légalement la décision prise: *«La Cour estime que l'honorabilité professionnelle qui s'apprécie en vertu (…) de tous les éléments susceptibles d'établir qu'une personne (…) présente toutes les garanties d'une activité irréprochable, n'est susceptible d'être accordée à une personne par rapport à laquelle les craintes prédécrites par le représentant de la CSSF peuvent être émises, ceci sous condition que les motifs énoncés se trouvent vérifiés au regard des pièces du dossier» (arrêt du 13 novembre 2007, page 6).*

Il n'est pas exclu – sans pour autant du tout être certain – que moyennant ce constat la Cour ait voulu prendre ses distances relativement à certaines considérations énoncées in fine du jugement du tribunal du 26 mars 2007 et moyennant lesquelles le tribunal a semblé donner de l'importance à la question de savoir si le requérant était «seul responsable» ou du moins «principalement responsable» de certains dysfonctionnements ayant affecté l'établissement de crédit dont il avait précédemment été l'un des dirigeants (à ce propos, cf. également les réflexions ci-après sub III.). On peut en effet considérer que de la sorte, le tribunal s'est écarté d'un simple contrôle de l'existence des faits pour passer à un contrôle de leur appréciation en suggérant que pour que la décision critiquée de la CSSF soit légalement justifiée, il aurait fallu que le requérant soit seul ou du moins principalement responsable des dysfonctionnements constatés. Cela permet aussi de se rendre compte que le contrôle de la matérialité des faits et celui de leur appréciation ne sont pas à ce point fondamentalement différents que l'on ne pourrait pas insensiblement glisser de l'un vers l'autre.

13 - La complexité en fait de l'affaire était en l'espèce telle qu'il serait tout à fait téméraire d'exprimer, sans connaissance approfondie du dossier, une appréciation par rapport à la solution finalement adoptée par les juridictions administratives. On se bornera par conséquent à constater que c'est avec une grande acribie que le tribunal et la Cour ont en l'espèce scruté les griefs formulés par la CSSF à l'égard du requérant et procédé à la vérification de leur fondement factuel. Sous ce rapport, le souci des juges a manifestement été de ne tenir pour établis que les faits qui l'étaient de manière incontestable au vu des pièces du dossier soumis par la CSSF. Par endroits on croit d'ailleurs pouvoir percevoir comme de l'agacement devant le fait que celle-ci ne semble pas avoir jugé nécessaire de répondre en détail aux «contestations et explications circonstanciées» qui lui avaient été fournies par le requérant. Manière peut-être de faire comprendre à l'autorité de surveillance que devant les instances juridictionnelles elle n'est pas tant une «autorité» qu'une partie comme une autre, un justiciable en somme.

Il reste que certaines formulations utilisées dans les décisions commentées, et surtout dans celle du tribunal, peuvent revenir à fixer bien haut la barre lorsqu'il s'agit de justifier la non-approbation d'un candidat dirigeant dans le cadre de l'article 7 de la loi de 1993.

III. Défaut d'honorabilité ou déficit de compétence ?

14 - Dans son jugement du 26 mars 2007, le tribunal conclut comme suit son examen détaillé des faits:

«Le tribunal, dès lors, s'il est amené à constater en accord avec la CSSF les dysfonctionnements épinglés par celle-ci, ne distingue ni dans les pièces versées en cause, ni dans l'argumentaire de la CSSF les raisons permettant d'imputer directement ces dysfonctionnements à Monsieur X en tant que responsable ou coresponsable principal, de sorte à justifier que l'honorabilité professionnelle soit déniée au demandeur l'honorabilité professionnelle au sens de l'article 7 de la loi modifiée du 5 avril 1993 relative au secteur financier.

Le tribunal relève en particulier que s'il appert effectivement que la [Banque B] a souffert à un moment donné de dysfonctionnements, ces dysfonctionnements, qui semblent être davantage

de nature structurelle, ne sont pas attribuables en l'état actuel du dossier au seul demandeur, compte tenu des explications évasives fournies en ce sens par la [Banque B] et de l'absence de toute explication fournie par la CSSF justifiant pourquoi, en présence notamment d'autres dirigeants directement impliqués dans la gestion journalière de la [Banque B] conformément au « 4-Augenprinzip », elle considère Monsieur X comme exclusivement, ou du moins principalement, responsable de ces problèmes et pourquoi elle estime que l'implication de Monsieur X. serait d'une gravité telle qu'elle le dépouillerait de son honorabilité professionnelle.» (jugement du 26 mars 2007, page 10)

Ainsi qu'on l'a déjà relevé au paragraphe 12 ci-avant, il ne ressort pas clairement de l'arrêt de la Cour du 13 novembre 2007 dans quelle mesure celle-ci a voulu faire siennes ses considérations du tribunal, notamment en ce qu'elles sont tirées de ce qu'il ne serait pas établi que le requérant aurait été *«exclusivement ou du moins principalement responsable des problèmes»* apparus au sein de la banque dont il avait été l'un des dirigeants, ou encore de ce que la CSSF n'aurait pas suffisamment expliqué *«pourquoi elle estime que l'implication de Monsieur X serait d'une gravité telle qu'elle le dépouillerait de son honorabilité professionnelle»*. La Cour n'a en effet pas expressément repris à son compte ces éléments de motivation du tribunal et n'a confirmé la décision de celui-ci que par adoption «des motifs non contraires des premiers juges», signifiant par là qu'elle ne se ralliait pas à l'ensemble des motifs mis en avant par le tribunal.

15 - On peut en effet considérer que le tribunal a fini par fixer bien haut la barre en exigeant implicitement que pour que la décision de la CSSF soit légalement justifiée, il aurait fallu montrer que les dysfonctionnements, comme tels non contestés, ayant existé au sein de la banque dont le requérant avait précédemment été l'un des dirigeants, pouvaient lui être imputés *«directement … en tant que responsable ou coresponsable principal»*. Tout comme il n'est pas évident que le fait qu'il y avait *«d'autres dirigeants directement impliqués dans la gestion journalière de la (banque) conformément au 4-Augenprinzip»* fut à considérer comme pertinent en l'occurrence où il ne s'agissait pas d'émettre d'appréciation relativement aux qualités des autres dirigeants le cas échéant concernés.

Et quand il s'agit des «4 yeux» dont tout établissement de crédit doit, par application de l'article 7 paragraphe (2) de la loi de 1993, être doté au niveau de sa direction, on s'attendrait instinctivement – naïvement? – à y retrouver des personnes capables de prévenir activement et efficacement des dysfonctionnements et, au besoin, d'y remédier rapidement. De sorte qu'on peut être quelque peu dérouté par une discussion sur la question de savoir si un dirigeant pressenti était seul responsable, principalement responsable, coresponsable ou même seulement accessoirement responsable des problèmes ayant affecté l'établissement dont il était l'un des deux membres de la direction.

16 - Au point qu'on est amené à se poser la question de savoir si le niveau d'exigence du tribunal ne peut pas trouver son explication dans le fait que c'est sur le terrain de l'honorabilité professionnelle, telle que requise par l'article 7 paragraphe (1) de la loi plutôt que sur celui de l'expérience professionnelle requise par l'article 7 paragraphe (2) que le débat s'est déroulé. L'analyse sousjacente pourrait alors grosso modo être la suivante:

- Le défaut d'honorabilité professionnelle sousentend l'existence d'un comportement moralement répréhensible, supposant des fautes intentionnelles et présentant des relents de malhonnêteté. Dès lors, dénier à quelqu'un la qualité d'honorabilité professionnelle constitue un acte intrinsèquement grave, exigeant des preuves irréfutables dont l'autorité de surveillance a logiquement la charge exclusive.

- Il en va différemment de l'exigence d'expérience et de compétence dont le dirigeant envisagé doit justifier moyennant ses antécédents professionnels et dont il lui incombe donc de rapporter activement la preuve sans d'ailleurs qu'une expérience et une compétence professionnelle insuffisantes n'aient de caractère infâmant. Et en la matière des doutes raisonnables quant à la question de savoir si l'on se trouve en présence du «bon candidat» pourraient être de nature à justifier légalement un refus au titre de l'article 7 de la loi.

Pourtant, rien dans les décisions commentées ne donne vraiment à penser que telle aurait été l'analyse des juridictions administratives et pour autant que nous puissions en juger, ni les parties à la procédure, ni les juges n'ont considéré que le concept d'honorabilité au sens de l'article 7 n'allait pas au-delà de celui, élémentaire, de l'honnêteté tout court et n'intégrait pas des considérations de compétence professionnelle. Et c'est un fait que puisque «l'expérience professionnelle» dont fait état l'article 7 paragraphe (2) n'est requise que de la part des membres de la direction, on ne conçoit guère que quand l'article 7 paragraphe (1) requiert l'honorabilité professionnelle dans le chef de tous les membres des organes d'administration et de surveillance, celle-ci pourrait s'apprécier sans égard à des considérations de compétence professionnelle.

Etant aussi rappelé qu'en définissant l'honorabilité professionnelle au sens de l'article 7, la loi requiert expressément que les personnes visées «présentent toutes les garanties d'une activité irréprochable».

Mais force est alors de constater que s'il y avait lieu de s'en tenir aux standards implicitement posés par le tribunal, la CSSF n'aurait pas, à l'avenir, la tâche facile lorsqu'il s'agira de justifier le refus d'agrément d'un dirigeant bancaire. Et qu'il n'est pas certain que moyennant pareils standards les «garanties» d'une activité irréprochable soient effectivement garanties!