

COUR ADMINISTRATIVE

Numéros 37084C et 37602C du rôle
Inscrits respectivement
les 23 octobre 2015 et 3 mars 2016

Audience publique du 21 juin 2016

Tierces oppositions formées respectivement par
1. la société anonyme ... S.A., ..., et
2. Monsieur, ..., et consorts
contre un arrêt de la Cour administrative
du 16 décembre 2014 (n° 34766C du rôle) ayant statué sur l'appel formé par
Maître, ...,
et Monsieur, ...,
contre un jugement du tribunal administratif du 5 juin 2014 (n° 32648 du rôle)
dans un litige les ayant opposés à la Commission de surveillance du secteur
financier (CSSF), en présence de l'Ordre des avocats à Luxembourg,
en matière de communication de pièces

I.

Vu la requête de tierce opposition inscrite sous le numéro 37084C du rôle et déposée au greffe de la Cour administrative le 23 octobre 2015 par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de la société anonyme ... S.A., établie et ayant son siège social à L –, représentée par son conseil d'administration en fonction, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro ..., dirigée contre l'arrêt de la Cour administrative du 16 décembre 2014 (n° 34766C du rôle) ayant déclaré partiellement fondé l'appel introduit le 26 juin 2014 par Maître Jean-Paul NOESEN, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Maître, avocat à la Cour, établi professionnellement à L -, ..., et de Monsieur, ..., demeurant à B –, ..., dirigé contre le jugement rendu par le tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg le 5 juin 2014 (n° 32648 du rôle), de sorte à réformer ce jugement et à condamner la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF) à verser, dans le cadre de la procédure principale pendante devant le tribunal administratif sous les numéros 26629 et 26763 du rôle, l'intégralité des enquêtes ou instructions menées par ladite CSSF dans le cadre de l'affaire ..., volet ..., et des pièces par elle reçues à cette occasion, tout en déboutant les appelants de leur appel pour le surplus et en condamnant la CSSF aux dépens des deux instances ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Josiane GLODEN, demeurant à Esch-sur-Alzette, immatriculée auprès du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, du 28 octobre 2015 portant signification de cette requête de tierce opposition à la CSSF, à Maître,

préqualifié, ainsi qu'à l'Ordre des avocats du barreau de Luxembourg, représenté par Monsieur le Bâtonnier, établi à L – 2520 Luxembourg, 45, allée Scheffer ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice suppléant Melina BERGEN, en remplacement de l'huissier de justice Philippe BOURDEAUD'HUI, les deux résidant à ..., du 20 novembre 2015 portant signification de cette requête de tierce opposition à Monsieur, préqualifié ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe de la Cour administrative le 27 novembre 2015 par Maître Jean-Paul NOESEN au nom de Maître et de Monsieur, préqualifiés ;

Vu les pièces versées en cause et notamment l'arrêt précité du 16 décembre 2014 ;

Le rapporteur entendu en son rapport ainsi que Maîtres Marc ELVINGER et Jean-Paul NOESEN en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 2 février 2016 ;

Vu la communication du greffier en chef de la Cour du 19 février 2016 à Maîtres Marc ELVINGER et Jean-Paul NOESEN portant sur le libellé d'une question préjudicielle à soumettre à la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'hypothèse où la Cour viendrait à déclarer la tierce opposition de la société anonyme ... S.A. recevable ;

Vu la prise de position avec demande d'un délai supplémentaire de Maître Marc ELVINGER du 2 mars 2016 ;

Vu la prise de position de Maître Jean-Paul NOESEN du 4 mars 2016 ;

Vu la communication du greffier en chef de la Cour à Maîtres Marc ELVINGER et Jean-Paul NOESEN du 7 mars 2016 ;

Vu la prise de position de Maître Marc ELVINGER du 14 mars 2016 ;

Vu la communication de Maître Jean-Paul NOESEN du 15 mars 2016 ;

Vu la rupture du délibéré du 16 mars 2016 dans l'attente de l'instruction plus en avant de la tierce opposition introduite sous le numéro 37602C en date du 3 mars 2016 contre le même arrêt précité du 16 décembre 2014.

II.

Vu la requête de tierce opposition inscrite sous le numéro 37602C du rôle et déposée au greffe de la Cour administrative le 3 mars 2016 par la société à responsabilité limitée LOYENS & LOEFF, LUXEMBOURG SARL, établie et ayant son siège social à L-2540 Luxembourg, 18-20, rue Edward Steichen, représentée par son conseil de gérance, actuellement en fonction, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, représentée aux fins de la procédure introduite par Maître Véronique HOFFELD, avocat à la Cour, assistée de Maître Pol URBANY, avocat à la Cour, les deux inscrits au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, aux noms de :

1. Monsieur, demeurant à L-... ;
2. Monsieur, demeurant à CH-... ;

3. Monsieur, demeurant à L-... ;
4. Monsieur, demeurant à D-... ;
5. Monsieur, domicilié à ..., Cameroun, ... ;
6. Monsieur, demeurant à CH-... ,

tous pris en leur qualité d'anciens membres du conseil d'administration de la société ...
..., dirigée contre l'arrêt précité de la Cour administrative du 16 décembre 2014 (n° 34766C)
du rôle ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice suppléant Véronique REYTER, en remplacement
de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN, les deux demeurant à Esch-sur-Alzette,
immatriculés auprès du tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, du 4 mars 2016
portant signification de cette requête de tierce opposition à Maître, Monsieur, la
Commission de surveillance du secteur financier (CSSF), ainsi qu'à l'Ordre des avocats du
barreau de Luxembourg, préqualifiés ;

Vu l'acte de remise établi par l'huissier de justice Marc SACRE, dont les bureaux sont
établis à ... (...), du 14 mars 2016 portant signification de ladite requête de tierce opposition à
Monsieur, préqualifié ;

I. + II.

Vu les pièces versées en cause et notamment l'arrêt précité du 16 décembre 2014 ;

Le rapporteur entendu en son rapport complémentaire ainsi que Maîtres Christelle
BEFANA, en remplacement de Maître Marc ELVINGER, Véronique HOFFELD et Jean-Paul
NOESEN en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 9 juin 2016.

Par décision du 4 janvier 2010, la Commission de surveillance du secteur financier, en
abrégeant la « CSSF », estimant que Maître n'était plus digne de confiance et qu'il n'était
partant plus apte à exercer auprès d'une entité surveillée par la CSSF une fonction
d'administrateur ou une autre fonction sujette à agrément, lui ordonna de démissionner de
toutes ses fonctions afférentes dans les meilleurs délais. La CSSF motiva sa décision entre
autres par le rôle joué par Maître ... dans la constitution et le fonctionnement de la société
d'investissement à capital variable, désignée ci-après par « ... ».

Par deux requêtes déposées respectivement les 26 février et 31 mars 2010 au greffe du
tribunal administratif et inscrites sous les numéros de rôle 26629 et 26763, Maître ... fit
introduire un recours tendant à la réformation, sinon à l'annulation de cette décision. Le 11
novembre 2010, le conseil de l'époque de Maître ... sollicita, dans le cadre des litiges précités,
actuellement pendants devant le tribunal administratif, de la part de la CSSF la
communication d'un courrier du 27 janvier 2009 apparemment adressé par la société
anonyme ... S.A., ci-après « la société ... », à la CSSF, à la suite d'une demande de
renseignements de cette dernière du 31 décembre 2008. Par courrier du 13 décembre 2010, la
CSSF refusa de faire droit à cette demande de communication du courrier du 27 janvier 2009.
Le 10 janvier 2011, Maître ... introduisit un recours en annulation, sinon en réformation à
l'encontre de ladite décision de refus de communication par la CSSF. Par jugement rendu le
15 décembre 2011, inscrit sous le numéro 27633 du rôle, le tribunal administratif se déclara
incompétent pour connaître du recours subsidiaire en réformation et déclara recevable en la

forme le recours principal en annulation. Au fond, et avant tout autre progrès en cause, il ordonna à la CSSF de lui communiquer la lettre émanant de la ... du 27 janvier 2009, lui adressée dans le cadre de « *l'affaire ...* », moyennant dépôt au greffe, ainsi que les annexes éventuelles. L'appel interjeté par Maître ... à l'encontre de ce jugement fut déclaré irrecevable par la Cour administrative par arrêt rendu le 15 mai 2012, inscrit sous le numéro 29662C du rôle. Par jugement du 18 juillet 2012, inscrit sous le numéro 27633a du rôle, le tribunal, vidant le jugement du 15 décembre 2011, déclara le recours en annulation partiellement fondé, partant annula la décision de la CSSF du 13 décembre 2010 ayant pour objet de refuser la communication d'une lettre lui adressée en date du 27 janvier 2009 par ..., à l'exception des informations figurant à la page 2 du courrier précité du 27 janvier 2009, sous le point I.1, troisième alinéa, première ligne, sous le point I.2, premier alinéa, troisième ligne et sous le point I.3., premier alinéa, avant-dernière ligne, concernant une personne privée et de l'annexe 3, à l'exception toutefois de l'information y figurant au sujet de Monsieur ... sous le point 32.

Par courrier du 26 février 2013, le mandataire de Monsieur ... sollicite, toujours dans le cadre des litiges principaux, actuellement pendants devant le tribunal administratif sous les numéros 26629 et 26763 du rôle, de la part de la CSSF la communication des documents suivants :

« (...) »
- *lettre de la CSSF du 31 décembre 2008 à ... SA et son questionnaire,*
- *l'intégralité des enquêtes et/ou instructions menées par la CSSF dans le cadre de l'affaire ..., volet ... et des pièces par elle reçues à cette occasion ;*
- *les courriers cités dans l'annexe 5 de mon mémoire complémentaire présenté au tribunal administratif du 12 novembre 2012, c'est-à-dire les documents mentionnés comme « exhibit » dans la lettre de l'avocat américain Robert W. Gottlieb (exhibit 4, 5, et 6).»* La première de ces pièces sera ci-après désignée également par « *la pièce A* », celles désignées en deuxième lieu par « *les pièces B* » et celles désignées en troisième lieu par « *les pièces C* ».

La demande de communication était basée sur ce que ... avait produit dans le cadre de la procédure américaine ... des documents qui mettaient en lumière le rôle de ... dans l'établissement et la mise en place de ... qui ne correspondait pas à celui affirmé par ... dans sa lettre du 27 janvier 2009 et que les documents ainsi demandés étaient indispensables pour comprendre la vraie portée de la susdite lettre du 27 janvier 2009 et pour fixer les rôles des diverses personnes intervenues à l'occasion de la constitution de ..., notamment dans le contexte de l'affaire Par courrier du 9 avril 2013, la CSSF refusa la communication de ces documents en s'estimant « *malheureusement obligée de (...) rappeler certains principes fondamentaux qui s'appliquent à l'exécution de ses missions.* » Elle insista, dans ce contexte, sur ce que tout document que la CSSF aurait pu recueillir dans le cadre de ses investigations relatives à l'affaire ... ne figurait pas *ipso facto* dans le dossier administratif concernant Maître ... et que le secret professionnel auquel est soumis la CSSF ne l'autorisait pas à communiquer les documents réclamés qui se rapportent à des échanges d'informations entre la CSSF, en sa qualité d'autorité de contrôle du secteur financier, et des acteurs de ce secteur. Elle insista sur ce qu'à aucun moment de la procédure administrative à son égard, elle n'avait invoqué les pièces réclamées. Elle ajouta que la demande à voir communiquer « *l'intégralité des enquêtes et/ou instructions menées par la CSSF dans le cadre de l'affaire ..., volet ..., et des pièces par elle reçues à cette occasion* » n'était pas suffisamment précise.

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 5 juin 2013, Maître ... fit introduire un recours tendant principalement à l'annulation et subsidiairement à la réformation de la décision de la CSSF du 9 avril 2013. A titre subsidiaire, il sollicita la communication des pièces suivantes: « 1) lettre du 6 février 2009 de la CSSF à ..., 2) réponse du 20 février 2009 de ... à la CSSF (étant entendu que la lettre du 27 janvier 2009 est communiquée), 3) procès-verbal du contrôle du 23 février 2009 de la CSSF sur place à ..., 4) décision administrative du 25 février 2009 à l'encontre d'..., 5) recours administratif gracieux du 15 mai 2009 d'... à l'encontre de la décision du 25 février 2009, 6) décision de la CSSF du 14 juillet 2009 rejetant le recours gracieux », ces pièces étant encore désignées ci-après par « les pièces D ».

Par requête déposée au greffe du tribunal administratif le 7 juin 2013, Monsieur déclara vouloir intervenir volontairement dans l'instance au motif qu'il aurait fait, tout comme Maître, l'objet d'une procédure administrative le sanctionnant entre autres pour son rôle dans la constitution et le fonctionnement de ... et avoir introduit un recours contentieux contre la décision de la CSSF constatant la perte de son honorabilité professionnelle et nécessiter dans le cadre de ladite affaire contentieuse divers documents dont la CSSF lui refuserait la communication.

Dans son jugement du 5 juin 2014, le tribunal administratif retint que les pièces « D », sollicitées à titre subsidiaire n'avaient pas été sollicitées par Maître ... dans le cadre du courrier de son mandataire du 26 février 2013 et que, par conséquent, la décision déferée de refus de la CSSF du 9 avril 2013 n'avait pas pu porter sur la communication desdites pièces, de sorte qu'à défaut d'existence d'une décision administrative susceptible de recours contentieux concernant les pièces sollicitées à titre subsidiaire, la demande était irrecevable.

Le tribunal rejeta encore les moyens d'irrecevabilité tirés du libellé obscur du recours et du défaut d'intérêt du demandeur et déclara dès lors tant le recours principal que l'intervention recevables.

Au fond, il constata d'abord que l'objet du recours sous examen était circonscrit à la question du caractère communicable des pièces « A » à « C », sollicitées par Maître ... dans le cadre de litiges l'opposant à la CSSF à la suite de la décision précitée du 4 janvier 2010 lui retirant son honorabilité professionnelle en tant qu'administrateur de sociétés soumises à la surveillance prudentielle de la CSSF, et ceci dans le cadre de la liquidation de

Le tribunal se déclara encore incompétent pour connaître du recours subsidiaire en réformation tout en déclarant irrecevable la demande tendant à la communication des documents suivants :

« 1) lettre du 6 février 2009 de la CSSF à ..., 2) réponse du 20 février 2009 de ... à la CSSF (étant entendu que la lettre du 27 janvier 2009 est communiquée), 3) procès-verbal du contrôle du 23 février 2009 de la CSSF sur place à ..., 4) décision administrative du 25 février 2009 à l'encontre d'..., 5) recours administratif gracieux du 15 mai 2009 d'... à l'encontre de la décision du 25 février 2009, 6) décision de la CSSF du 14 juillet 2009 rejetant le recours gracieux » et en rejetant la demande formée par Maître ... et tendant à la suppression de certains passages du mémoire en duplique déposé par la CSSF en application de l'article 31 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ci-après « la loi du 21 juin 1999 ». Sur ce, il reçut dans la forme le recours principal en annulation pour le surplus ainsi que la requête en intervention volontaire de Monsieur

Au fond et avant tout autre progrès en cause, tous droits et moyens des parties étant réservés, le tribunal ordonna à la CSSF de communiquer à la deuxième chambre du tribunal administratif, moyennant le dépôt au greffe, la lettre, ainsi que les annexes éventuelles, adressées le 31 décembre 2008 à la société ... dans le cadre de « *l'affaire ...* » et dit que cette production devait intervenir dans un délai de deux semaines à compter de la notification dudit jugement et que les pièces en question ne seraient ni communiquées au demandeur ni à la partie tierce intéressée. Le tribunal rejeta le recours en annulation pour le surplus, réserva les frais et refixa l'affaire à l'audience publique du 26 juin 2014 pour reprise en délibéré.

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 26 juin 2014, Maître ... et Monsieur ... déclarèrent relever appel du jugement précité du 5 juin 2014. Dans son arrêt du 16 décembre 2014, après avoir écarté le moyen d'irrecevabilité de l'appel soulevé par la CSSF consistant à conclure à l'absence de grief dans le chef des appelants, tout en soulignant que la justification dudit moyen se trouverait examinée dans le cadre du mérite de l'appel au fond, la Cour procéda d'abord au cadrage du litige dont elle était saisie en instance d'appel et retint qu'*« il s'agit d'un incident de procédure se rattachant à la procédure principale, toujours pendante devant le tribunal administratif, se rapportant à une sanction administrative consistant à interdire à Maître ... à exercer auprès d'une entité surveillée par la CSSF une fonction d'administrateur ou une autre fonction sujette à agrément, avec ordre de démissionner de toutes ses fonctions afférentes dans les meilleurs délais. Il s'agit d'une procédure contentieuse dans laquelle les droits de la défense méritent le plus scrupuleux respect, surtout quand la sanction est de la nature prédécrite et s'apparente, au vu des exigences de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (la CEDH), à une procédure à caractère pénal.*

Dans une telle procédure, aucun secret n'est en principe opposable à la personne qui se défend de l'accusation ou qui exerce un recours contre une sanction prononcée à son ...encontre. En particulier, dans le cadre d'une procédure administrative contentieuse, les dispositions de l'article 13 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979, applicable à la seule procédure précontentieuse, ne sont pas applicables. C'est partant à tort que le tribunal a estimé devoir examiner l'opposabilité du secret tel qu'il se dégage de ladite disposition à Maître ... dans la procédure contentieuse. Il y a lieu d'ajouter que c'est à tort que la CSSF se prévaut du secret institué par l'article 16 de la loi modifiée du 23 décembre 1998 portant création de la CSSF, étant donné que l'alinéa 3 dudit article prévoit expressément que l'obligation au secret ne joue pas à l'occasion d'un recours contre une décision prise dans l'accomplissement de la mission de la Commission.

Il s'y ajoute qu'en matière de contentieux administratif, en vertu de l'article 8, paragraphe 5, de la loi précitée du 21 juin 1999, l'autorité qui a posé l'acte visé par le recours dépose le dossier au greffe sans autre demande, dans le délai de trois mois à partir du recours. L'obligation qui pèse sur l'auteur de l'acte lui interdit d'opérer un choix, parmi les pièces du dossier, qu'il estime utiles ou favorables à sa thèse, mais il doit déposer l'intégralité des pièces du dossier, même celles sur lesquelles il n'entend pas se baser de manière plus spécifique.

Il reste qu'il peut se poser une question sur l'étendue des pièces qui devraient figurer au dossier et qui se trouvent, le cas échéant, dans un autre dossier dans lequel l'administration, de manière volontaire ou involontaire, puise ses renseignements pour former sa décision. Dans une telle hypothèse, il appartient à l'administré qui forme un recours

contentieux, d'énoncer les pièces sur lesquelles il estime que l'administration s'est basée pour former sa décision et qui ne figurent pas au dossier versé, et il revient le cas échéant au juge de décider, au vu des arguments produits de part et d'autre, d'ordonner la production de telles pièces individuellement identifiées ou de refuser cette communication.

Dans le cadre de cette démarche, si l'administration s'est basée sur une pièce qui concerne également une partie tierce, elle ne saurait opposer à l'administré le secret professionnel, même pénalement sanctionné, sous peine de violer ses droits de la défense, que dans des limites très strictes. Il est vrai, à cet égard, que pour fondamental que soit le respect des droits de la défense – protégé tant par l'article 12 de la Constitution que par l'article 6 de la CEDH – dans un Etat de droit, il n'est pas absolu et peut être aménagé, en cas d'existence de motifs légitimes et dans la mesure du strict nécessaire pour ne pas anéantir ou réduire dans une proportion déraisonnable l'exercice d'autres droits équivalents. Une telle entorse aux droits de la défense ne se conçoit que moyennant un contrôle juridictionnel adéquat de la proportionnalité de l'obligation au secret face aux droits de la défense (v. Cour const. 25 octobre 2013, n° 104/13).

En l'espèce, la CSSF s'est bornée à invoquer le secret auquel elle serait tenue sans expliquer, de manière circonstanciée, les raisons qui lui interdiraient de mettre à la disposition de Maître ... et de Monsieur ... l'ensemble des documents utiles à la défense contre les sanctions prises à leur encontre.

Son refus de principe est partant à considérer comme non justifié.

Il reste à savoir si la demande de communication des appelants est à considérer comme exagérée en ce qu'elle viserait des pièces non pertinentes, manifestement inutiles à la défense, étant rappelé, à cet effet, qu'en principe, l'administration doit verser, spontanément, le dossier administratif intégral contenant toutes les pièces relatives à l'acte attaqué, même celles qui ne le fondent pas directement, étant précisé qu'il appartient à l'administration d'établir pourquoi une pièce réclamée par la défense n'est pas pertinente.

En l'espèce, il se dégage des pièces actuellement à la disposition de la Cour que la CSSF a reproché à ... l'intervention et le rôle de ... dans la structure ..., état de choses occulté à dessein à la CSSF et aux futurs investisseurs via les prospectus, et l'insertion d'une clause d'exclusion de responsabilité d'..., en tant que banque dépositaire, dans le prospectus. Il se dégage, par ailleurs, de l'annexe d'un courrier de la CSSF à Maître ... du 14 juillet 2009 que celle-ci déclare qu'il "ressort du dossier (et notamment d'échanges de courriels entre les représentants du «groupe ...», ... et Me ...) que c'est bien Me ... qui a proposé et développé cette limitation spécifique de la responsabilité de ..., dont l'existence a été dissimulée à [la] Commission lors de l'instruction du dossier d'agrément. En effet, tous les éléments substantiels relatifs à un investissement dans un OPC doivent être repris dans le prospectus relatif à cet OPC et ainsi portés à la connaissance de la Commission (par la soumission du prospectus) et ensuite des investisseurs (par la publication du prospectus). Me ... a sciemment omis de mentionner cette problématique, longtemps discutée entre les intervenants, auprès de la Commission." Il se dégage de manière suffisamment claire de ce courrier que la CSSF reproche à Maître ... son rôle joué dans la création de ... par ..., de sorte qu'il semble a priori utile pour celui-ci, de disposer des pièces de la procédure ayant conduit à sanctionner cette banque, son rôle tel que le voyait la CSSF y étant décrit. La CSSF n'ayant pas expliqué, de manière circonstanciée, quelles raisons impérieuses militeraient contre la mise à la disposition de cette procédure à Maître ... dans la procédure relative à la sanction prononcée

par la CSSF à son encontre pour le rôle par lui joué dans cette opération, il n'existe aucun empêchement légal à la communication des pièces afférentes.

C'est partant à bon droit que les appelants réclament que soient versées les pièces « B », à savoir l'intégralité des enquêtes ou instructions menées par la CSSF dans le cadre de l'affaire ..., volet ..., et des pièces par elle reçues à cette occasion. Il est vrai que la demande afférente apparaît vague, comme l'ont souligné à la fois le tribunal et la CSSF, mais l'on ne saurait exiger des appelants, qui ne connaissent pas ces enquêtes ou instructions, qu'ils identifient avec précision les différentes pièces utiles à leur défense et la CSSF n'a pas livré de précisions sur les pièces établies à l'occasion de ces enquêtes et instructions et sur celles qu'il serait impérieux de ne pas les communiquer.

Au cas où, dans le cadre de la communication de ces pièces qui sera ordonnée, il s'élèvera des contestations au motif que des pièces n'auront pas été versées, il s'agira encore d'un incident de procédure sur lequel le juge saisi du fond du litige aura à statuer.

Les appelants ont encore réclamé la production des documents mentionnés comme « exhibi » dans une lettre de l'avocat américain Robert. W. GOTTLIEB.

C'est à bon droit que les premiers juges n'ont pas accédé à cette demande, pour la raison que cette lettre n'est pas versée et qu'il est partant impossible d'identifier les courriers visés.

Eu égard au succès partiel de la demande principale, la production des pièces « B » étant à ordonner, la demande subsidiaire en communication des documents « D », qui doivent nécessairement se trouver parmi les pièces « B », est à déclarer sans objet. »

En conclusion, la Cour reçut l'appel de Maître ... et de Monsieur ... en la forme et le déclara partiellement justifié au fond pour, par réformation du jugement dont appel, condamner la CSSF à verser, dans le cadre de la procédure principale pendante devant le tribunal administratif sous les numéros 26629 et 26763 du rôle, l'intégralité des enquêtes ou instructions menées par la CSSF dans le cadre de l'affaire ..., volet ..., et des pièces par elle reçues à cette occasion tout en les en déboutant pour le surplus et en condamnant la CSSF aux dépens des deux instances.

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 23 octobre 2015, la société ... forma tierce opposition contre l'arrêt précité du 16 décembre 2014, dont elle demande la rétractation dans le sens de voir dire que la décision de refus de communication de pièces prise par la CSSF était légale et justifiée.

Cette requête de tierce opposition a été signifiée par exploit d'huissier à toutes les parties ayant figuré dans l'instance d'appel ayant abouti à l'arrêt du 16 décembre 2014 visé par la requête de tierce opposition.

Seuls Maître ... et Monsieur ... ont fait déposer un mémoire en réponse à la tierce opposition de l'....

En application des dispositions de l'article 47 de la loi du 21 juin 1999, le présent arrêt est à considérer comme étant contradictoire à l'égard de toutes les parties ayant figuré à l'instance d'appel ayant abouti à l'arrêt du 16 décembre 2014, ensemble la tierce opposante

Par requête déposée au greffe de la Cour administrative le 3 mars 2016, Messieurs ... , ... , ... , ... , ... , ... , ... et ... , ci-après « *Monsieur ... et consorts* », agissant tous en leur qualité d'anciens membres du conseil d'administration de la société ... , firent à leur tour introduire une tierce opposition contre l'arrêt précité du 16 décembre 2014.

Cette requête de tierce opposition a également été régulièrement signifiée à toutes les autres parties ayant figuré à l'instance ayant abouti à l'arrêt du 16 décembre 2014 précité.

Dans la mesure où les deux requêtes de tierce opposition sont dirigées contre le même arrêt, il y a lieu, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, de les joindre et d'y statuer par un seul et même arrêt, l'opportunité d'une jonction ayant été librement discutée à l'audience des plaidoiries du 9 juin 2016 par les mandataires des parties ayant déposé respectivement une requête ou un mémoire dans une des instances de tierce opposition.

Il est à noter d'emblée qu'aucune des parties défenderesses à la tierce opposition de Monsieur ... et consorts n'a fait déposer un mémoire. Toujours en application des dispositions de l'article 47 de la loi du 21 juin 1999, le présent arrêt est à considérer comme étant contradictoire à l'égard de toutes les parties ayant figuré à l'instance d'appel et ayant abouti à l'arrêt du 16 décembre 2014, ensemble les tiers opposants.

La tierce opposante ... estime remplir les conditions en vue de l'introduction utile d'une tierce opposition, étant donné qu'elle n'a pas été partie à l'instance ayant abouti à l'arrêt du 16 décembre 2014 et que la tierce opposition est portée devant la juridiction ayant rendu cet arrêt. Par ailleurs, cet arrêt lui causerait préjudice en ce que les documents dont la communication a été ordonnée la concernant directement. Dans la mesure où seule la production de la lettre du 27 janvier 2009 aurait été antérieurement sollicitée, l'... déclare ne pas avoir jugé utile d'intervenir plus tôt dans la procédure. De toute manière, ce ne serait qu'en date du 5 février 2015 qu'elle aurait été informée, par lettre de la CSSF, de l'existence de l'arrêt du 16 décembre 2014 et de son contenu.

Au fond, les documents dont la communication a été ordonnée par la Cour dans son dit arrêt du 16 décembre 2014 relèveraient essentiellement du dossier administratif de l'... et ne concerneraient pas directement les consorts ... et ... , lesquels pourraient tout au plus être entendus en ce sens que ces pièces les concerneraient également, étant entendu qu'elles viseraient en premier lieu la tierce opposante. Dès lors, il ne saurait être question pour ces pièces d'une implication majeure par rapport aux droits de la défense desdites parties et la communication des pièces en question ne s'imposerait de la sorte nullement.

Concrètement, la tierce opposante ... reproche à la Cour de ne pas avoir tenu compte d'un arrêt, récent à l'époque, rendu par la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) le 12 novembre 2014 (affaire C-140/13) dans le contexte du contrôle de l'activité des entreprises d'investissement et de l'échange d'informations entre les autorités compétentes de plusieurs Etats membres y afférent. Dans ce cadre, la question du traitement des informations confidentielles fournies par les entreprises surveillées aux autorités compétentes a été abordée dans le sens qu'en principe leur caractère doit rester confidentiel.

La tierce opposante ... met l'accent sur le considérant 33 dudit arrêt, selon lequel, afin de protéger non seulement les entreprises directement concernées, mais aussi le fonctionnement normal des marchés d'instruments financiers de l'Union, l'article 54,

paragraphe 1^{er}, de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, ci-après « *la directive 2004/39/CE* », impose en tant que règle générale l'obligation de garder le secret professionnel.

En s'appuyant sur les considérants 34 à 40 du même arrêt, la tierce opposante ... est d'avis, plus particulièrement en citant le considérant 35, que l'interdiction générale de divulgation d'informations confidentielles ne saurait trouver des exceptions en dehors des situations spécifiquement prévues audit article 54 de la directive 2004/39/CE.

En conséquence, d'après la tierce opposante ..., la Cour aurait dû et, sur tierce opposition, devrait opérer une démarche beaucoup plus différenciée que celle adoptée dans son arrêt du 16 décembre 2014, qualifiée par la tierce opposante de « *forfaitaire* », en vue de dégager utilement, pour les informations pour lesquelles le secret professionnel s'impose *a priori*, quelles auraient pu être celles qui, en application de l'article 54 de la directive 2004/39/CE, auraient permis de voir écarter l'obligation de confidentialité valant en principe par ailleurs.

En ordre subsidiaire, pour le cas où la Cour ne serait pas d'avis que l'arrêt de la CJUE du 12 novembre 2014 s'applique tel quel à la situation de fait et de droit actuellement sous analyse, la tierce opposante ... suggère qu'une question préjudicielle soit posée à la CJUE.

Quant à la procédure, Maître ... et Monsieur ... estiment d'abord que la Cour, dans son arrêt du 16 décembre 2014, aurait appliqué l'article 596 du Nouveau code de procédure civile en renvoyant, pour ce qu'est de l'exécution de son arrêt, à la composition du tribunal administratif saisie du fond du litige. Dès lors, la Cour serait dessaisie du dossier pour tout contentieux lié à la communication des pièces visées dans son prédit arrêt.

En deuxième lieu, les mêmes défendeurs font valoir que l'..., sans en parler dans le cadre de sa requête en tierce opposition, aurait néanmoins, en date du 11 juin 2015, fait signifier une requête en intervention volontaire devant le tribunal administratif, en arguant qu'il serait de son intérêt d'être informée de la suite des affaires enrôlées sous les numéros 26629 et 26763 du rôle et de contrôler le contenu des pièces ainsi versées et débattues dans le cadre dudit litige et l'usage qui en serait fait par la suite. En choisissant la voie de l'intervention volontaire en juin 2015, dans le cadre des affaires au fond pendantes devant le tribunal, l'... serait dorénavant forclosé à agir par la suite, fin octobre 2015, en tierce opposition par rapport à l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2014 clôturant un incident par rapport à la procédure au fond dans laquelle la même ... serait précédemment intervenue volontairement.

En plus, au niveau de l'intervention volontaire, à aucun moment, l'... n'aurait mis en cause le dispositif de l'arrêt ordonnant la transmission intégrale du dossier administratif, de sorte qu'elle serait à considérer comme l'ayant acceptée. Même une déclaration d'irrecevabilité de l'intervention volontaire ne saurait faire revivre la possibilité d'agir en tierce opposition par cette acceptation-renonciation, l'... ayant acquis le statut de partie au litige à travers sa démarche.

Pour le surplus, les parties défenderesses à la tierce opposition contestent l'intérêt à agir en tierce opposition dans le chef de l'....

Cet intérêt à agir ne serait pas vérifié en l'espèce sous différents aspects, premièrement en raison d'un lien insuffisant voire d'une prétention propre non vérifiée dans le chef d'..., deuxièmement, en raison de l'absence de préjudice vérifié au niveau d'une disposition de l'arrêt du 16 décembre 2014, troisièmement, en raison de l'absence de description d'un intérêt à agir au niveau de la requête en tierce opposition et quatrièmement, dans un ordre d'idées subsidiaire, à défaut de vérification d'intérêt protégé, le fait de la démarche de l'... de former tierce opposition s'analyserait en un jeu de prolongations pour empêcher l'exécution d'un arrêt définitif intervenu il y a plus d'un an déjà.

Enfin, les parties défenderesses à la tierce opposition invoquent les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH) pour obtenir que les garanties y prévues d'un procès équitable leur soient appliquées par rapport à une procédure d'instruction qu'ils jugent totalement viciée, arguant de ce que la CSSF aurait été, en l'occurrence, à la fois juge et partie dans le même dossier.

En conclusion, les parties défenderesses à la tierce opposition concluent au caractère nul sinon irrecevable de la tierce opposition pour, en ordre subsidiaire, voir dire qu'elle serait non fondée et suggérer dans ce dernier contexte, au besoin, une question à poser à la CJUE, si tant était que l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2014 ne devrait pas être maintenu tel quel, au-delà des enseignements de l'arrêt précité de la CJUE du 12 novembre 2014 et même compte tenu de ceux-ci.

La tierce opposante ... n'a pas pris position à travers un mémoire en réplique par rapport aux moyens de nullité et d'irrecevabilité de la tierce opposition invoqués par les deux parties défenderesses à tierce opposition en question.

A l'appui de leur requête de tierce opposition, Monsieur ... et consorts énoncent qu'ils n'ont été ni appelés ni représentés à l'instance ayant donné lieu à l'arrêt précité de la Cour du 16 décembre 2014 et qu'ils seraient dès lors recevables à introduire une tierce opposition contre cet arrêt. Ils expliquent encore n'avoir eu connaissance de l'arrêt en question qu'à travers un courrier de l'avocat de la CSSF adressé au tribunal administratif le 19 juin 2015 et reçu en copie, ce courrier faisant état d'une transmission par la CSSF à son mandataire des documents relatifs aux instructions menées dans le contexte des activités des tiers intervenants en tant que membres du conseil d'administration de la société, ledit mandataire déclarant se demander si le libellé très général de l'arrêt du 16 décembre 2014 lui imposait effectivement la communication de ces instructions, lesquelles seraient susceptibles de porter atteinte aux personnes y visées.

Rien que ce constat sous-tendrait à suffisance l'intérêt à agir des tiers opposants.

La Cour tient à rappeler d'abord que le rapport fondamental à la base de son arrêt du 16 décembre 2014 est celui de sa saisine, en instance d'appel, dans le contexte de la communication de certains documents détenus par la CSSF, affaire qui, tout en se plaçant dans un recours à part par rapport à une décision propre et distincte de la CSSF, s'analyse en même temps et en quelque sorte en tant qu'incident de procédure se rattachant précisément à une procédure principale, toujours pendante devant le tribunal administratif sous les rôles 26629 et 26763, affaires précitées introduites à la demande de Maître ..., par rapport auxquelles Monsieur ... est intervenu volontairement, ces affaires principales ayant été déclenchées par le recours de Maître ... contre la décision de la CSSF précitée du 4 janvier

2010 lui ayant ordonné de démissionner dans les meilleurs délais de toutes ses fonctions d'administrateur ou autres, sujettes à agrément de la CSSF, laquelle décision est susceptible d'être qualifiée de sanction administrative et de relever, dans l'optique de la CEDH, de la sphère pénale.

Il résulte des pièces versées devant la Cour qu'effectivement, tel que le mentionnent les deux parties défenderesses à la tierce opposition de l'..., précitées, l'... a procédé de manière successive, après le prononcé de l'arrêt du 16 décembre 2014, en intervenant d'abord volontairement dans les deux litiges au fond précités inscrits sous les numéros 26629 et 26763 du rôle par une intervention volontaire déposée au greffe du tribunal administratif le 8 juin 2015 et signifiée aux autres parties le 11 juin 2015.

Il découle des mêmes pièces que Monsieur ... et consorts ont procédé parallèlement d'une manière analogue en ce qu'ils sont intervenus d'abord volontairement dans les deux litiges au fond précités devant le tribunal administratif suivant requêtes respectives datant des 10 juillet, 27 août et 5 octobre 2015.

Par cette démarche, tant l'... que Monsieur ... et consorts ont effectivement acquis la qualité de partie au niveau des deux instances au fond en question, abstraction même faite d'une éventuelle irrecevabilité à prononcer, le cas échéant, par rapport à ces interventions volontaires. En effet, si appel devait être interjeté au fond contre les jugements à intervenir dans les deux rôles en question, l'article 39 de la loi du 21 juin 1999 obligerait l'appelant d'un tel jugement à signifier sa requête d'appel à toutes les parties ayant figuré en première instance ou y ayant été appelées, les intervenants volontaires devant être considérés comme parties ayant figuré en première instance même si leurs interventions volontaires avaient été déclarées irrecevables.

Il est encore constant en cause que ce n'est qu'en date du 23 octobre 2015 que l'... a déposé sa requête de tierce opposition au greffe de la Cour, tandis que celle de Monsieur ... et consorts y a été déposée le 3 mars 2016, à un moment où l'instruction de la première tierce opposition, y compris la soumission d'un projet de question préjudicielle pour le cas où l'intervention volontaire de l'... serait déclarée recevable, était sur le point de s'achever.

Or, de manière fondamentale, la tierce opposition est une voie de recours exceptionnelle opérant en l'occurrence par rapport à une décision juridictionnelle *a priori* définitive.

Si la Cour suivait la thèse des défendeurs à la tierce opposition de l'... et déclarerait cette dernière irrecevable en raison du fait qu'auparavant, au mois de juin 2015, la tierce opposante était intervenue volontairement dans les affaires pendantes au fond devant le tribunal administratif, la conséquence inévitable en serait, la tierce opposition étant irrecevable, qu'il ne serait précisément pas permis à la tierce opposante de remettre en question l'incident bouclé *a priori* définitivement à travers l'arrêt du 16 décembre 2014. Le même raisonnement est vrai dans le chef de Monsieur ... et consorts qui sont également intervenus volontairement aux deux instances pertinentes pendantes devant le tribunal administratif après que l'arrêt du 16 décembre 2014 eût été rendu.

De toute évidence, c'est le principe même décidé à travers cet arrêt qui se trouve actuellement attaqué par les tiers opposants, à savoir celui d'avoir ordonné à la CSSF de verser au dossier l'intégralité des pièces y versées tandis que les tiers opposants opposent à

cette solution plus particulièrement celle dégagée à partir de l'arrêt de la CJUE précité du 12 novembre 2014 consistant à voir dire sur base de la directive 2004/39/CE que les pièces en question, à la disposition de l'institut de régulation, sont en principe sujettes à confidentialité.

La même conclusion de recevabilité de la tierce opposition, malgré l'intervention volontaire d'un requérant en tierce opposition dans les affaires au fond, doit encore être dégagée sous l'aspect du principe général de la cohérence.

En effet, dans la mesure où, tel que la tierce opposante ... l'a fait plaider à l'audience, celle-ci s'est fait signifier, dans deux rôles antérieurs impliquant la lettre précitée de la CSSF à l'... du 27 janvier 2009 (n^{os} 27633 et 27646 du rôle), les éléments de procédure afférents pour pouvoir devenir partie à l'instance en tant que tierce intéressée, les exigences minimales de cohérence auraient requis qu'également dans l'affaire subséquente, ayant abouti en appel à l'arrêt précité du 16 décembre 2014, le tribunal, déjà en première instance, veillât à la mise en intervention du moins de la société Sa tierce opposition actuellement introduite ne sert en définitive qu'à boucler la boucle et à permettre à une partie tierce qui aurait pu, voire dû, figurer à l'instance de faire néanmoins valoir ses droits sur le tard, précisément à travers le mécanisme de la tierce opposition.

En termes d'intérêt à agir, il est patent que dès le début de l'affaire principale, la première pièce dont la communication fit difficulté, fut précisément une lettre adressée par la CSSF à la société ..., à savoir celle précitée du 27 janvier 2009, tandis qu'à l'origine de la décision de la CSSF à la base du recours porté devant le tribunal ayant abouti à l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2014 se trouve une demande à la CSSF en communication notamment d'une lettre de la CSSF du 31 décembre 2008 à la société ..., ainsi que l'intégralité des enquêtes et/ou instructions menées par la CSSF dans le cadre de l'affaire ..., volet ..., ensemble tous les autres courriers y mentionnés, de sorte que la société ... et les parties défenderesses à la tierce opposition ayant déposé un mémoire, se rejoignent pour dire, chacune à partir de son point de vue, que, pour le moins, une partie des pièces en question constituent en quelque sorte un dossier commun à la société ... et à la CSSF.

L'intérêt à agir de la société ... est partant patent.

L'intérêt à agir de Monsieur ... et consorts est de son côté également vérifié, ne fût-ce qu'à partir du courrier du mandataire de la CSSF, précité, qui, après s'être vu transmettre par sa mandante les documents relatifs aux instructions menées dans le contexte des activités de ces tiers opposants, se pose clairement la question de savoir si le libellé très général de l'arrêt du 16 décembre 2014 lui impose la communication de ces documents qui, selon lui, sont susceptibles de porter préjudice à toutes ces personnes.

Rien que cette affirmation du mandataire de la CSSF suffit pour sous-tendre valablement, dans le contexte donné, l'intérêt à agir des personnes en question déclarant précisément agir à la base de la requête en tierce opposition en tant qu'anciens membres du conseil d'administration de la société Dès lors, l'intérêt à agir de Monsieur ... et consorts se trouve également vérifié à suffisance de droit.

La loi omet de prévoir un quelconque délai dans le chef d'une partie tierce opposante en vue d'agir en tierce opposition contre une décision juridictionnelle, par hypothèse devenue définitive *a priori*. Aucun élément de conclusion en termes de délai raisonnable n'a été

invoqué en cause, de sorte qu'également sous le volet du temps couru, aucune irrecevabilité n'est dès lors encourue par les tierces oppositions sous analyse.

Aucune conclusion négative valable ne saurait non plus être tirée par la Cour de l'affirmation des défendeurs à la tierce opposition de l'... suivant laquelle cette tierce opposante a omis de parler dans sa requête en tierce opposition de son intervention volontaire du mois de juin 2015, précitée, étant constant en cause que le dossier de première instance se trouve à la disposition de la Cour, y compris l'intervention volontaire en question et qu'il ne saurait être imputé à ladite tierce opposante d'avoir été assez naïve voire malveillante pour taire cette démarche préalable en vue d'induire une conclusion différente de la part de la Cour quant à la recevabilité de sa tierce opposition.

Par ailleurs, abstraction faite du dispositif de la requête en intervention volontaire, non pertinent en l'occurrence, la requête en tierce opposition de l'... conclut bien à la rétractation de l'arrêt du 16 décembre 2014, pareille rétractation étant précisément une des caractéristiques de la finalité de la voie extraordinaire de ladite tierce opposition. Le grief afférent avancé par les défendeurs à la tierce opposition s'avère dès lors également non pertinent.

Enfin, il ne se dégage d'aucun élément du dossier un acquiescement quelconque des tiers opposants, précisément en raison de ce qu'aucun d'entre eux n'a été partie à l'instance ayant abouti à l'arrêt du 16 décembre 2014 et aurait pu acquiescer valablement à cette décision juridictionnelle.

Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'aucun des moyens d'irrecevabilité soulevés à l'encontre des tierces oppositions sous analyse n'est à déclarer fondé. Les deux tierces oppositions, chacune en ce qui la concerne, ayant par ailleurs été valablement introduites, elles sont à déclarer recevables.

Au fond et en substance, le grief porté par la tierce opposante ... à l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2014 est celui de ne pas avoir tenu compte de l'arrêt précité de la CJUE du 12 novembre 2014, lequel cependant s'imposerait par ses conclusions par rapport à la solution à conférer au litige soumis à l'époque à la Cour et, actuellement à nouveau rouvert devant elle, la tierce opposition ayant été déclarée recevable. Monsieur ... et consorts déclarent se rallier entièrement aux conclusions de l'... et invoquent à leur tour l'arrêt précité de la CJUE du 12 novembre 2014, non sans avoir au préalable également présenté un argumentaire à partir des dispositions de l'article 13 du règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'Etat et des communes prévoyant les exceptions en matière d'accès au dossier administratif dans le cadre des règles de procédure administrative non contentieuse y prévues.

Aucune des parties n'a effectivement remis en cause le constat posé par l'arrêt du 16 décembre 2014 suivant lequel la procédure principale a pour objet une sanction administrative infligée à Maître ... et que la présente instance s'analyse, à la base, en incident y relatif.

Les parties ayant conclu en instance de tierce opposition se contredisent dans un premier stade en ce que les tiers opposants estiment que par la vue différenciée que l'arrêt de la CJUE du 12 novembre 2014 impose en la matière à partir d'une position de principe qui est celle de la confidentialité des pièces des acteurs économiques soumis à la surveillance d'un régulateur et de la sorte portées à sa connaissance ou détenues par lui, tandis que les

défendeurs à la tierce opposition de l'..., qui, à l'instance ayant abouti à l'arrêt du 16 décembre 2014, se sont positionnés en tant que demandeurs précisément de l'intégralité des pièces visées par leur demande initiale à laquelle la Cour, à travers son arrêt du 16 décembre 2014, a entièrement donné suite, estiment que cette dernière solution ne serait nullement entamée par l'arrêt de la CJUE en question.

Il est un fait que dans leurs conclusions subsidiaires toutes les parties se rejoignent pour ne pas s'opposer à ce qu'une question préjudicielle circonstanciée soit soumise à la CJUE dans l'hypothèse où la Cour viendrait à la conclusion première que la solution de l'arrêt du 12 novembre 2014 de la CJUE serait applicable, mais non pas transposable telle quelle à la situation de fait et de droit à la base du litige à retoiser actuellement par la Cour, voire que son application nécessite une plus ample interprétation du droit européen applicable.

A travers son arrêt du 12 novembre 2014, précité, la CJUE a dit pour droit que l'article 54, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/39/CE doit être interprété en ce sens « *qu'une autorité nationale de surveillance peut invoquer, dans le cadre d'une procédure administrative, l'obligation de garder le secret professionnel à l'encontre d'une personne qui, en dehors d'un cas relevant du droit pénal ou d'une procédure civile ou commerciale, lui a demandé l'accès à des informations concernant une entreprise d'investissements qui se trouve désormais en liquidation judiciaire, combien même le principal modèle commercial de cette entreprise aurait consisté dans une fraude de grande ampleur visant à escroquer sciemment les investisseurs et plusieurs des responsables à ladite entreprise auraient été condamnés à des peines privatives de liberté* ».

Tout d'abord et *a priori* les circonstances de fait à la base des demandes en justice respectives ayant abouti, l'une à l'arrêt de la CJUE du 12 novembre 2014 et l'autre à l'arrêt de la Cour du 16 décembre 2014, ensemble celles pendantes devant le tribunal administratif sous les numéros 26629 et 26763 du rôle, sont différentes.

En effet, l'arrêt de la CJUE statue dans le contexte d'une affaire au principal opposant des investisseurs à un organe de régulation, en l'occurrence l'Office fédéral de contrôle des services financiers allemand, la « *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* », chargée de la surveillance plus particulièrement d'une entreprise d'investissement actionnée par lesdits investisseurs, tandis que dans le présent contentieux il en va d'une sanction administrative prononcée par le régulateur à l'encontre d'un professionnel, membre d'un barreau, pris en sa qualité d'administrateur ou de toute autre fonction sujette à l'agrément par le régulateur et, plus loin, de la demande de celui-ci en versement de l'intégralité de ce que ce justiciable, sanctionné *qualitate qua* par le régulateur, estime être le dossier administratif à la base de la sanction lui infligée.

Il est vrai que les deux cas de figure se rejoignent sur la toile de fond pour le moins analogue d'une fraude de grande ampleur visant à escroquer sciemment des investisseurs sauf qu'en l'occurrence Maître ... estime être au Luxembourg le « *Bauernopfer* », c'est-à-dire la victime innocente immolée sur le bûcher de l'affaire ..., voire du volet ..., pour lequel essentiellement Monsieur ... et le régulateur direct d'outre-Atlantique seraient responsables suivant les explications orales à l'audience du mandataire de Maître ... et de Monsieur

Dans la mesure où l'affaire sous analyse s'articule au fond dans le contexte de la régulation des marchés d'instruments financiers, en ce que la sanction infligée à Maître ..., à la base de l'actuel contentieux sous analyse, participe bien de ce domaine précis, les

dispositions de la directive 2004/39/CE invoquées par la tierce opposante, prises notamment en son article 54, se trouvent *a priori* applicables en tant que telles.

De même, en raison de la mise en œuvre nécessaire du droit de l'Union, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ci-après « *la Charte* », est également appelée à trouver application en raison d'une jurisprudence désormais constante de la CJUE, à entrevoir suivant le critère d'application essentiel de la Charte consistant dans la nécessaire mise en œuvre du droit de l'Union à la base du litige pertinent.

La Cour, à partir de l'ensemble des éléments lui soumis, se trouve actuellement confrontée à deux volets de questions préalables se rapportant à l'interprétation voire l'application des dispositions de l'article 54, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/39/CE, compte tenu de l'arrêt de la CJUE du 12 novembre 2014 précité, ces questions étant partiellement interconnectées.

Un premier volet touche à l'exception des cas relevant du droit pénal figurant tant *in fine* du paragraphe 1^{er} de l'article 54 de la directive 2004/39/CE que par ailleurs en tête de son paragraphe 3, une fois mise en rapport avec les exigences de l'article 41 de la Charte consacrant le principe d'une bonne administration et, le second volet, à la nécessaire combinaison des exigences d'un procès équitable découlant tant de l'article 47 de la Charte que des articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) face à l'obligation de garder le secret professionnel d'une autorité nationale de surveillance, telle que prévue par l'article 54 de la directive 2004/39/CE.

Quant au premier volet, tournant autour de l'exception des cas relevant du droit pénal telle que figurant *in fine* du paragraphe 1^{er} de l'article 54 de la directive 2004/39/CE, la question se pose en l'occurrence de savoir si dans le cas de figure de Maître ..., ayant introduit un recours contentieux contre une décision de l'autorité nationale de surveillance ayant prononcé une sanction administrative à son encontre, qualifiée comme telle suivant le droit national, cette situation doit être regardée à partir des dispositions de l'article 54, paragraphes 1 et 2, de la directive 2004/39/CE, suite à l'arrêt de la CJUE du 12 novembre 2014, comme rentrant plus particulièrement de ce fait, parmi les cas relevant du droit pénal au sens de cette disposition du droit de l'Union.

Cette question revêt l'aspect spécifique que l'autorité ayant prononcé la sanction administrative, pour laquelle, le cas échéant, la qualification de « *cas relevant du droit pénal* » serait à retenir, est la même que celle à laquelle s'adresse la personne qui s'est vu infliger cette sanction, dans le cadre de l'exercice de ses droits de la défense devant une juridiction nationale, devant décider de la légalité et du bien-fondé de cette sanction, entrevue au niveau national en tant que sanction administrative, et serait à son tour l'autorité invoquant le secret professionnel dans le cadre d'une procédure administrative qui ne serait autre que celle ayant abouti à travers ladite sanction administrative à la procédure administrative contentieuse subséquente.

L'éventuel équilibre à opérer entre l'invocation du secret professionnel par l'autorité de surveillance et les spécificités du cas relevant du droit pénal – pour autant que le prononcé d'une sanction administrative, dans une vision de mise en cohérence par rapport à l'analyse opérée par la Cour européenne des droits de l'Homme comprenant pareille sanction administrative parmi le droit pénal au sens de la CEDH – impliquerait le positionnement des deux concepts prévus par ledit article 54 de la directive 2004/39/CE – obligation de garder le

secret professionnel et exception du cas relevant du droit pénal – en corrélation avec les exigences découlant du principe de bonne administration consacré par l'article 41 de la Charte.

Le deuxième volet de la question à soumettre à la CJUE se dégage à partir des exigences d'un procès équitable comprenant un recours effectif, telles que découlant de l'article 47 de la Charte dans le contexte de la tension nécessaire existant au niveau de l'obligation de garder le secret professionnel dans la mesure où elle est confirmée dans le chef de l'autorité nationale de surveillance sur base des dispositions de l'article 54 de la directive 2004/39/CE par rapport à la personne qui s'est vu infliger de la part de cette même autorité une sanction administrative et qui, dans l'exercice de ses droits de la défense, demande précisément la production d'éléments qu'elle estime faire partie du dossier administratif relatif à son affaire de sanction administrative dont l'accès lui serait refusé en procédure contentieuse par ladite autorité en raison d'exigences qu'elle ferait valoir sur base dudit article 54 en termes d'obligation de garder le secret professionnel.

Sous l'optique des exigences d'un procès équitable comprenant celles d'un recours effectif, la question se pose encore dans quelle mesure le point de vue adopté sous le spectre de l'article 47 de la Charte est à évaluer de manière autonome ou sinon à mettre en cohérence par rapport aux exigences découlant des articles 6 et 13 de la CEDH, tels qu'interprétés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, exigences s'imposant parallèlement et pleinement au juge national dans l'affaire à l'origine du renvoi préjudiciel.

De plus, les garanties de la présomption d'innocence et de l'exercice des droits de la défense prévues par l'article 48 de la Charte seraient à observer.

Un autre aspect spécifique de la question est celui issu de la double casquette revêtue par l'autorité nationale de surveillance par rapport à la fois au dossier administratif et au demandeur d'accès aux éléments y relatifs. En effet, l'obligation de garder le secret professionnel prévue par l'article 54 de la directive 2004/39/CE dans le chef de l'autorité nationale de surveillance apparaît comme étant fondée précisément sur cette qualité d'autorité de surveillance par rapport aux organismes surveillés, mission au cours de laquelle des informations lui sont parvenues par rapport auxquelles le secret professionnel est *a priori* appelé à jouer, tandis que cette même autorité de surveillance est en même temps l'auteur de la sanction administrative par rapport à laquelle la personne qui se l'est vu infliger entend exercer ses droits de la défense et demande l'accès au dossier et ce plus particulièrement à des pièces pour lesquelles la question du secret professionnel est précisément posée à partir des dispositions de l'article 54 de la directive 2004/39/CE, situation pour laquelle le conditionnement par les principes se dégageant de la Charte et plus particulièrement de l'article 47 se pose sous le spectre d'un procès équitable, notamment en ce que celui-ci recouvre également les exigences d'un recours effectif.

Ces exigences d'un procès équitable, si elles s'analysent en premier lieu du point de vue de la personne sanctionnée actionnant l'auteur de la sanction, sont cependant également à prendre en considération du point de vue des tiers opposants dont l'intérêt à agir a été analysé comme étant vérifié en cause et dont les intérêts sont en grande partie antinomiques par rapport à ceux du demandeur principal.

En tant que juridiction nationale statuant en dernier ressort, *a fortiori* dans l'hypothèse où elle est amenée à siéger suite à une ou plusieurs requêtes en tierce opposition, la tierce

opposition opérant suivant le mécanisme de la rétractation, la Cour est obligée de soumettre à la CJUE une question préjudicielle portant sur l'interprétation voire l'application d'éléments du droit de l'Union pertinents pour la solution du litige au fond dans la mesure où la situation en droit n'est d'ores et déjà clairement balisée ni par les textes, ni par l'application qui a jusque lors pu en être faite par la CJUE.

Ayant jugé ce conditionnement vérifié en cause, en phase avec les conclusions subsidiaires des parties ayant conclu devant elle et en l'absence d'un libellé d'une question préjudicielle valablement avancé par ces parties, la Cour a opté pour une démarche consistant à impliquer les parties au litige, compte tenu des règles de la procédure contentieuse nationale, par rapport à l'opération de dégager le libellé de la question préjudicielle à soumettre à la CJUE. Suite à cette démarche et sur libre discussion qui en a été faite à l'audience des plaidoiries des deux affaires de tierce opposition le 9 juin 2016, la Cour a formulé comme suit les questions préjudicielles à soumettre à la CJUE :

1. Plus particulièrement sur la toile de fond de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la Charte) consacrant le principe d'une bonne administration, l'exception « *des cas relevant du droit pénal* », figurant tant *in fine* au paragraphe 1^{er} de l'article 54 de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, qu'en tête du paragraphe 3 du même article 54, recouvre-t-elle un cas de figure relevant, suivant la législation nationale, d'une sanction administrative, mais considéré sous l'angle de vue de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) comme faisant partie du droit pénal, telle la sanction discutée au principal, infligée par le régulateur national, autorité nationale de surveillance, et consistant à ordonner à un membre d'un barreau national de cesser d'exercer auprès d'une entité surveillée par ledit régulateur une fonction d'administrateur ou une autre fonction sujette à agrément tout en lui ordonnant de démissionner de toutes ses fonctions afférentes dans les meilleurs délais ?
2. En ce que la sanction administrative précitée, considérée comme telle au niveau du droit national, relève d'une procédure administrative, dans quelle mesure l'obligation de garder le secret professionnel qu'une autorité nationale de surveillance peut invoquer sur base des dispositions de l'article 54 de la directive 2004/39/CE, précitée, se trouve-t-elle conditionnée par les exigences d'un procès équitable comprenant un recours effectif telles que se dégageant de l'article 47 de la Charte, à entrevoir par rapport aux exigences découlant parallèlement des articles 6 et 13 de la CEDH en matière de procès équitable et d'effectivité du recours, ensemble les garanties prévues par l'article 48 de la Charte, plus particulièrement sous le spectre de l'accès intégral de l'administré au dossier administratif de l'auteur d'une sanction administrative qui est en même temps l'autorité nationale de surveillance en vue de la défense des intérêts et droits civils de l'administré sanctionné ?

En attendant l'arrêt à intervenir de la part de la CJUE par rapport aux questions préjudicielles lui soumises, il y a lieu de surseoir à statuer et de fixer les deux affaires jointes au rôle général, tous droits et moyens des parties restant réservés de même que les dépens.

Par ces motifs,

la Cour administrative, statuant à l'égard de toutes les parties ;

joint les tierces oppositions introduites sous les numéros du rôle respectifs 37084C et 37602C ;

déclare les deux tierces oppositions recevables ;

au fond, avant tout autre progrès en cause, soumet à la Cour de Justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

« 1. Plus particulièrement sur la toile de fond de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (la Charte) consacrant le principe d'une bonne administration, l'exception « des cas relevant du droit pénal », figurant tant in fine au paragraphe 1er de l'article 54 de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil, qu'en tête du paragraphe 3 du même article 54, recouvre-t-elle un cas de figure relevant, suivant la législation nationale, d'une sanction administrative, mais considéré sous l'angle de vue de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) comme faisant partie du droit pénal, telle la sanction discutée au principal, infligée par le régulateur national, autorité nationale de surveillance, et consistant à ordonner à un membre d'un barreau national, de cesser d'exercer auprès d'une entité surveillée par ledit régulateur une fonction d'administrateur ou une autre fonction sujette à agrément tout en lui ordonnant de démissionner de toutes ses fonctions afférentes dans les meilleurs délais ? »

et

« 2. En ce que la sanction administrative précitée, considérée comme telle au niveau du droit national, relève d'une procédure administrative, dans quelle mesure l'obligation de garder le secret professionnel qu'une autorité nationale de surveillance peut invoquer sur base des dispositions de l'article 54 de la directive 2004/39/CE, précitée, se trouve-t-elle conditionnée par les exigences d'un procès équitable comprenant un recours effectif telles que se dégageant de l'article 47 de la Charte, à entrevoir par rapport aux exigences découlant parallèlement des articles 6 et 13 de la CEDH en matière de procès équitable et d'effectivité du recours, ensemble les garanties prévues par l'article 48 de la Charte, plus particulièrement sous le spectre de l'accès intégral de l'administré au dossier administratif de l'auteur d'une sanction administrative qui est en même temps l'autorité nationale de surveillance en vue de la défense des intérêts et droits civils de l'administré sanctionné ? » ;

surseoit à statuer ;

fixe les deux tierces oppositions au rôle général ;

réserve tous droits et moyens des parties, ainsi que les dépens.

Ainsi délibéré et jugé par :

Francis DELAPORTE, président,
Lynn SPIELMANN, conseiller,
Martine GILLARDIN, conseiller,

et lu par le président en l'audience publique à Luxembourg au local ordinaire des audiences de la Cour à la date indiquée en tête, en présence du greffier en chef de la Cour administrative Anne-Marie WILTZIUS.

s.WILTZIUS

s.DELAPORTE

Reproduction certifiée conforme à l'original
Luxembourg, le 22 novembre 2016
Le greffier en chef de la Cour administrative