

**LES MINORITÉS
EN DROIT DES AFFAIRES**
Rapport luxembourgeois (1)

PAR

Marc ELVINGER

AVOCAT AU BARREAU DE LUXEMBOURG

SOMMAIRE

	PAGES
I. – QUESTIONS À CARACTÈRE GÉNÉRAL	198
II. – QUESTIONS SPÉCIFIQUES	200
1. – <i>Droit des sociétés</i>	200
1.1. – <i>Règles spécifiques du droit des sociétés concernant les associés, actionnaires et obligataires minoritaires</i>	200
1.2. – <i>Principes généraux du droit des sociétés susceptibles de protéger les associés, actionnaires ou obligataires minoritaires</i>	203
1.3. – <i>Mode de calcul des majorités</i>	207
1.4. – <i>Abus de minorité</i>	208
1.5. – <i>Protection des minoritaires en cas de cession d'une participation de contrôle</i>	209
1.6. – <i>Problématique du retrait obligatoire (squeeze out) et du rachat obligatoire (reverse squeeze out) des participations minoritaires</i>	213
1.7. – <i>Action sociale minoritaire</i>	214

(1) Le présent rapport a été établi en vue des Journées Mexicaines de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française qui se sont tenues en 2002 à Mexico. Pour des raisons d'intendance probablement imputables à l'auteur lui-même, ce rapport n'a pas été reproduit dans le Tome LII2002 des Travaux de l'Association, paru en 2005. Pour les besoins de la présente publication le rapport a été actualisé sur un seul point, traité aux paragraphes 14 à 16bis ci-après, à savoir celui de la protection des actionnaires minoritaires en cas de cession d'une participation de contrôle.

2. – <i>Droit du travail et social</i>	216
2.1. – <i>Syndicats majoritaires, syndicats minoritaires et syndicats représentatifs</i>	216
2.2. – <i>Emploi de personnes appartenant à des groupes minoritaires</i>	220
3. – <i>Droit commercial</i>	220
4. – <i>Droit des procédures collectives</i>	221
5. – <i>Droit fiscal</i>	221

I. – Questions à caractère général

1. – Il n'existe pas, dans le système juridique luxembourgeois, de dispositions à caractère général consacrées à des groupes minoritaires ou à des membres de tels groupes. Une des explications en réside assurément dans le fait que, bien qu'à l'heure actuelle la société luxembourgeoise soit devenue très « multi-culturelle », avec une proportion d'habitants non-nationaux qui doit être la plus importante en Europe, le pays ne compte pas, historiquement, de « minorités » auxquelles il eût, le cas échéant, convenu de reconnaître un statut et des droits particuliers.

2. – Sans que ceci ne concerne spécialement des « groupes minoritaires » au sens où on l'entend généralement (c'est-à-dire des groupes de personnes que réunit un trait commun par ailleurs minoritaire dans la société dans laquelle ils vivent), on peut relever que le cadre juridique constitué par la Constitution et les conventions internationales auxquelles le Luxembourg est partie (Convention européenne des droits de l'homme; Pacte international relatif aux droits civils et politiques ...) constitue un rempart contre le règne sans limite de la règle majoritaire qui caractérise, par ailleurs, un régime démocratique. Même légitimement élue, la majorité parlementaire n'est pas entièrement libre de ses actes, de sorte que tel autre s'est égaré en croyant pouvoir affirmer qu'il suffisait d'être politiquement majoritaire pour avoir juridiquement raison!

Mais en l'occurrence il ne s'agit pas tant de protéger une minorité que de protéger chaque individu et la société dans son ensemble contre les excès éventuels d'une majorité politique (qui, en fonction du système électoral, n'est d'ailleurs pas nécessairement issue du vote d'une majorité de citoyens). Par ailleurs, c'est aux libertés publiques plutôt qu'au droit des affaires que touche la réflexion qui précède. Des principes constitutionnels tels que ceux de la liberté du travail ou du commerce et de l'industrie (Constitution, article 11), ou encore du respect dû à la propriété privée (Constitution, article 16), sont cependant là pour montrer qu'entre ces deux matières il existe des liens et des interférences non négligeables.

3. – En l'absence de règles constitutionnelles protégeant des groupes minoritaires en tant que tels, les tribunaux luxembourgeois ne sont guère en situation de refuser d'appliquer des textes légaux ou réglementaires qui leur paraîtraient violer le respect de minorités.

Pour autant, par contre, que des dispositions protectrices de groupes minoritaires fussent consacrées par des conventions internationales auxquelles le Luxembourg est partie, toute disposition législative ou réglementaire nationale incompatible avec de telles dispositions conventionnelles devrait être mise à l'écart par toute juridiction – quel que soit son rang dans la hiérarchie judiciaire – par application du principe de la primauté du droit international.

4. – De l'absence de dispositions constitutionnelles ayant spécifiquement pour objet la protection de groupes minoritaires, il ne faudrait cependant pas conclure que de tels groupes ne pourraient pas trouver, en fait, de protection de leurs droits dans l'ordre constitutionnel.

Ainsi, toute disposition qui réserverait un traitement particulier – par hypothèse discriminatoire – à un groupe minoritaire aurait à se soumettre au test du respect du principe d'égalité tel qu'il est consacré par l'article 10*bis* de la Constitution luxembourgeoise (2). Il est vrai qu'il ne s'agit pas, alors,

(2) Cf. à ce propos, Patrick KINSCH, Marc ELVINGER, «La discrimination dans la vie publique», *Journées franco-belges de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, 2001.

de réserver des garanties ou des droits particuliers à des groupes minoritaires ou à des membres de tels groupes mais d'empêcher qu'en raison de leur appartenance à une minorité des personnes fassent l'objet d'une discrimination injustifiée.

Encore qu'elles ne concernent guère, en général, la vie des affaires, d'autres garanties constitutionnelles encore, telles que celles garantissant la liberté d'opinion ou la liberté des cultes, peuvent revêtir une importance particulière pour des groupes minoritaires, alors même qu'elles ne leur sont pas particulièrement destinées et qu'elles peuvent être invoquées par la généralité des citoyens.

II. – Questions spécifiques

1. – DROIT DES SOCIÉTÉS

1.1. – *Règles spécifiques du droit des sociétés concernant les associés, actionnaires et obligataires minoritaires*

5. – Le droit des sociétés, et en particulier le droit des sociétés anonymes, comporte un certain nombre de règles spécifiques conférant des garanties particulières aux actionnaires en dérogeant au jeu pur et simple de la règle de la majorité. Ainsi :

- L'article 70, alinéa 2 de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales (ci-après «la loi») prévoit que l'actionnaire, détenant (seul ou avec d'autres) 20% du capital social, sont en droit de requérir la convocation d'une assemblée générale et de voir mettre à son ordre du jour telles questions qu'ils désirent y voir figurer.
- L'article 67, paragraphe (5) de la loi prévoit que l'actionnaire détenant (seul ou avec d'autres) 20% du capital social de la société peuvent, séance tenante, demander la prorogation de l'assemblée à quatre semaines. En présence d'une telle demande de prorogation, toute décision antérieurement prise lors de l'assemblée est annulée et devra donc être remise en débat lors de l'assemblée prorogée.

- L'article 154 de la loi prévoit que, sur requête des actionnaires détenant 20% du capital social, le tribunal d'arrondissement peut, «dans ces circonstances exceptionnelles», nommer un ou plusieurs commissaires ayant pour mission de vérifier les livres et comptes de la société.
- La mise en œuvre d'une fusion par absorption ne requiert pas l'approbation de l'assemblée générale des actionnaires de la société absorbante, pour autant que les actionnaires de cette société détenant 5% au moins des actions aient le droit de requérir la convocation d'une assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion projetée (loi, articles 264 (c) et 269 (c)). Des dispositions similaires sont prévues en matière de scission de sociétés (loi, articles 292 (c) et 306 (c)).
- Alors que l'article 315 de la loi dispense, sous certaines conditions, une filiale d'une société mère relevant du droit d'un Etat membre de la Communauté Européenne d'établir des comptes consolidés, le même article prévoit que les actionnaires détenant 10% du capital social ou, en présence d'une société à responsabilité limitée, 20% des parts sociales, peuvent néanmoins requérir l'établissement de tels comptes.
- La majorité des actionnaires n'est pas en mesure de modifier le pacte social puisque, par application de l'article 67-1 de la loi, les modifications statutaires ne peuvent être adoptées qu'à la majorité des deux tiers des votants. Dans les sociétés à responsabilité limitée, les modifications statutaires requièrent même l'accord de la majorité des associés représentant les 3/4 du capital social (loi, article 199).
- En cas de changement de nationalité, le régime majoritaire se trouve entièrement mis en échec puisque pareille décision requiert l'accord de l'unanimité des actionnaires (loi, article 67-1, paragraphe (1) et, s'agissant des sociétés à responsabilité limitée, article 199). Il en va de même lorsqu'il s'agit d'augmenter les engagements des actionnaires ou des associés, pareille décision requérant l'accord de l'unanimité (mêmes dispositions).

6. - Il ne faut pas perdre de vue qu'à côté des dispositions qui assurent certains droits et confèrent certaines garanties à

des minorités qualifiées (5 %, 10 %, 20 % etc.), il existe toute une série de droits que la loi confère à tout actionnaire, quelque minoritaire qu'il soit, et dont ni les statuts ni la majorité ne peuvent disposer.

Parmi ces droits on mentionnera, sans être exhaustif, le droit de se voir mettre à disposition certaines informations préalablement à toute assemblée générale (loi, article 73) et à toute opération de fusion ou de scission (loi, articles 267 et 295), ainsi que le droit de participer aux assemblées générales et d'y prendre part aux délibérations (loi, article 67(4)).

On mentionnera encore dans ce contexte une exigence telle que celle inscrite à l'article 32-3(1) de la loi qui dispose que si l'assemblée générale est appelée, lors d'une augmentation du capital ou du capital autorisé, à supprimer le droit préférentiel de souscription, ou à autoriser le conseil d'administration à le supprimer en faisant usage du capital autorisé, «*la justification détaillée (de la proposition) doit être exposée dans un rapport établi par le conseil d'administration portant notamment sur le prix d'émission et présenté à l'assemblée*».

Alors même qu'il ne semble pas y avoir de jurisprudence luxembourgeoise sur la question, on devrait pouvoir prendre pour certain que l'inobservation des exigences en matière de convocation aux assemblées générales, et de mise à disposition préalable des informations prescrites par la loi, entraînerait l'annulation des résolutions adoptées alors même que celles-ci auraient recueilli un nombre de voix tel que la participation des minoritaires non régulièrement convoqués ou renseignés n'y aurait pu rien changer. Quelque majoritaire qu'il soit, l'actionnaire devra donc toujours, à tout le moins, veiller au respect des formalités du processus décisionnel. Toute solution contraire risquerait d'encourager la violation systématique des droits des minoritaires et méconnaîtrait le fait que le débat éclairé en assemblée doit, du moins en théorie, permettre aux minoritaires de rallier les majoritaires à leur point de vue.

7. – S'agissant des obligataires, le droit luxembourgeois ne comporte pratiquement pas de dispositions assurant certains droits et conférant certaines garanties à des minorités qualifiées.

La seule règle de ce type figure à l'article 94-2 de la loi qui requiert l'accord de la majorité des deux tiers des obligataires pour toutes les décisions à prendre en assemblée générale des obligataires qui modifieraient les conditions de l'emprunt obligataire dans un sens en principe défavorable aux porteurs d'obligations (report d'échéance, réduction du taux d'intérêt, réduction des sûretés) ou qui modifieraient la nature de leurs droits (substitution d'actions aux obligations).

8. – Par ailleurs, et à l'instar de ce qui a été relevé ci-avant relativement aux actionnaires, la loi reconnaît à tout obligataire, quelque minoritaire qu'il soit, certains droits dont il ne saurait être privé, y compris par la majorité.

Parmi ces droits on mentionnera ceux de se voir mettre à disposition, préalablement aux assemblées générales d'actionnaires, les mêmes informations que celles qui doivent être mises à la disposition des actionnaires (loi, article 85), le droit de participer, comme observateur, aux assemblées générales d'actionnaires (même disposition) et le droit de voter lors des assemblées générales d'obligataires (loi, article 94-1).

On relèvera encore, plus spécialement, le droit pour tout obligataire de demander, en cas d'urgence, au président du tribunal d'arrondissement, de désigner un ou plusieurs représentants de la masse des obligataires lorsque de tels représentants n'ont pas été désignés par la société au moment de l'émission obligataire ou, pendant la durée de l'emprunt, par l'assemblée générale des obligataires (loi, article 67).

1.2. – *Principes généraux du droit des sociétés
susceptibles de protéger les associés, actionnaires
ou obligataires minoritaires*

9. – Le premier «mécanisme» du droit des sociétés permettant, en l'absence même de toute disposition écrite et spécifique, de protéger les minoritaires réside dans la prohibition de l'abus de majorité.

Alors que la jurisprudence en la matière s'avère très peu fournie, le Luxembourg suivra, y relativement, les orientations de la doctrine et la jurisprudence françaises et belges. Aussi, un jugement du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du

13 octobre 1989 juge-t-il que «*La doctrine et la jurisprudence récentes considèrent qu'il y a abus de majorité lorsqu'une décision de l'assemblée générale des actionnaires a été prise 'contrairement à l'intérêt social et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité'* (Jurisclasseur Sociétés, fasc. 139, n^{os} 153 et 155, ainsi que les références y citées), l'action fondée sur l'abus de majorité conduisant, soit à la nullité de la résolution abusive, soit à une condamnation à des dommages et intérêts, et exceptionnellement à la désignation d'un administrateur provisoire» (3).

10. – S'agissant de la portée de la protection que la sanction de l'abus de majorité peut conférer aux minoritaires, la question se pose de savoir si, moyennant recours à la théorie de l'abus de majorité, la minorité pourrait imposer une décision positive contre la volonté de la majorité (au motif que seule la volonté minoritaire serait conforme à l'intérêt social).

A première vue, on imagine difficilement la jurisprudence s'engager dans cette voie. La principale raison en est que la technique de la sanction de l'abus de majorité passe en principe par l'annulation de la décision d'un organe de la société (assemblée générale, conseil d'administration). Or, l'annulation d'une décision de la majorité refusant d'agir dans le sens voulu par la minorité est, en elle-même, dépourvue d'effectivité puisqu'elle ne substitue pas encore de décision positive à la décision négative annulée. Pour qu'il en soit autrement, le juge devrait adopter une attitude beaucoup plus active en se substituant pratiquement aux organes de la société pour imposer la décision voulue par la minorité, jugée seule conforme à l'intérêt social. Or, dans la décision précitée du 13 octobre 1989 p.ex., le tribunal se montre, par référence toujours à la jurisprudence française et belge, très réticent à faire droit à une demande de révocation d'un liquidateur volontaire nommé par l'assemblée générale et ne pouvant, en tant que tel, en principe être révoqué que par celle-ci. Pour le tribunal, une révocation judiciaire ne peut être envisagée que s'il y a,

(3) Jugement n° 319/89, cf. «Sommaires de jurisprudences, Sociétés et Associations», *Pasicrisie* 29, n° 194.

de la part du liquidateur, dol ou violation des statuts, et si sa révocation a été repoussée par l'assemblée générale.

Néanmoins si les tribunaux sont très réticents à imposer une certaine façon d'agir contre la volonté de la majorité, ils ont la possibilité de le faire indirectement moyennant l'institution d'un administrateur provisoire ou d'un administrateur *ad hoc* investi d'une mission plus ou moins précise.

Un exemple assez significatif en est donné par une ordonnance de référé du 26 septembre 1994 (4) moyennant laquelle, dans une situation où les actionnaires et administrateurs majoritaires étaient en passe de ne pas prendre certaines mesures et exercer certains droits que l'intérêt de la société commandait évidemment, le juge des référés a institué un administrateur provisoire avec la mission d'agir en lieu et place du conseil d'administration. En l'occurrence, en définissant avec beaucoup de précision la mission du liquidateur, le juge s'est en réalité pratiquement substitué au conseil d'administration de la société.

De manière assez significative, les actionnaires et administrateurs majoritaires avaient fait valoir en l'espèce qu'«*il n'y aurait pas lieu à intervention du juge des référés au motif que les organes de la société (...) sont en état de fonctionner normalement, (le demandeur) serait minoritaire dans la société (...) et il tenterait d'obtenir par la voie judiciaire ce qu'il ne peut pas obtenir en vertu de la législation sur les sociétés*». A cela, le juge répond que «*L'évolution de la jurisprudence devient de plus en plus favorable à la désignation des administrateurs provisoires et il échet actuellement de s'inspirer des intérêts sociaux par préférence aux intérêts personnels de certains associés, fussent-ils majoritaires. (Encyclopédie Dalloz, verbo : Administrateur provisoire n^{os} 17 et 18)*».

On voit donc qu'il est parfois possible à la minorité d'imposer positivement ses vues à la majorité. On peut cependant prendre pour certain que les tribunaux ne s'engageront dans cette voie que s'il leur paraît manifeste que la majorité omet de faire usage d'un droit ou de saisir une occasion au bénéfice de la société pour des raisons totalement étrangères à l'intérêt

(4) Luxembourg, 26 septembre 1994, ordonnance, n° 1210/94.

social et pour des motifs tenant à ses intérêts particuliers, opposés à ceux de la société.

11. – Une deuxième règle non écrite du droit des sociétés susceptible de protéger les actionnaires minoritaires est constituée par celle, généralement reconnue comme fondamentale, de l'égalité des actionnaires.

Dans la plupart des cas de figure, le mécanisme de l'abus de majorité sanctionne par ailleurs une atteinte portée à l'égalité des actionnaires, les majoritaires ayant agi dans leur seul intérêt et en méconnaissance de celui des minoritaires. Il en résulte que la sanction du principe de l'égalité des actionnaires se trouvera souvent «absorbée» par la sanction de l'abus de majorité.

Ce n'est pas dire, pour autant, qu'il ne pourrait pas exister de cas de figure dans lesquels le principe de l'égalité des actionnaires assumerait une fonction autonome dans la protection des actionnaires minoritaires.

Tel est en particulier le cas si, comme le suggère la formule du jugement ci-avant cité du 13 octobre 1989, on requiert, pour retenir un abus de majorité, que la décision prise soit «contraire à l'intérêt social», entendu comme l'intérêt de la société. Il existe, en effet, des cas de figure où, tout en étant neutre au regard de l'intérêt de la société en tant que telle, une décision prise par la majorité lèse les intérêts de la minorité au profit de ceux de la majorité en méconnaissance du principe de l'égalité des actionnaires.

Le cas d'école serait celui où, comme le lui permet l'article 32-3(5), alinéa 3 de la loi du 10 août 1915, l'assemblée générale statuant aux conditions requises pour la modification des statuts, supprimerait, à l'occasion d'une augmentation de capital, le droit préférentiel de souscription en réservant le droit de souscrire à l'augmentation de capital aux seuls actionnaires majoritaires, sans que la société n'ait d'intérêt particulier à cette façon de procéder mais sans, non plus, que celle-ci ne lui porte préjudice. A l'évidence, une telle opération pourrait être mise en échec par les minoritaires sur le fondement du principe de l'égalité des actionnaires. En fait, nous pensons que bien qu'elle puisse être considérée comme neutre au regard

de l'intérêt de la société en tant que telle, pareille décision devrait également pouvoir être sanctionnée sur le fondement de l'abus de majorité.

Par ailleurs, le principe de l'égalité des actionnaires peut venir à jouer dans des cas de figure où aucune résolution de l'assemblée générale des actionnaires ou du conseil d'administration de la société n'est en cause et où, par conséquent, le mécanisme de l'abus de majorité, qui permet de mettre en échec de telles résolutions, peut plus difficilement être mis en jeu. Nous reviendrons plus en détail à cette dimension de la règle en traitant, ci-après *sub* 15, des droits des actionnaires minoritaires en cas de cession de contrôle.

A notre connaissance, il n'existe cependant pas, à ce jour, de décisions de jurisprudence luxembourgeoises qui auraient eu à faire appel – du moins explicitement – au principe de l'égalité des actionnaires pour assurer, en certaines circonstances, les droits d'actionnaires minoritaires.

1.3. – *Mode de calcul des majorités*

12. – Dans les sociétés de capitaux (société anonyme, société en commandite par actions), les majorités se calculent par référence à la participation au capital, c'est-à-dire par rapport au nombre des actions en circulation ou représentées à l'assemblée.

A noter qu'anciennement, le droit luxembourgeois des sociétés comportait une restriction au pouvoir de voter dans les sociétés de capitaux en ce sens qu'un actionnaire ne pouvait pas voter, lors d'assemblées générales ordinaires, avec plus de 20 % des actions émises. Destinée à protéger les petits actionnaires, la règle s'est avérée totalement inefficace en amenant tout grand actionnaire à fractionner sa participation pour la détenir à travers plusieurs entités. Le législateur a fini par abolir cette disposition, de sorte qu'actuellement c'est le principe «une action, une voix» – expressément consacré à l'article 67(4) de la loi – qui trouve à s'appliquer sans restriction (5).

(5) Sous réserve de la possibilité d'émettre, dans certaines limites et sous certaines conditions, des actions privilégiées sans droit de vote (loi, article 44). Celles-ci ne pourront jamais, en particulier, représenter plus de la moitié du capital social.

13. – Dans les sociétés à responsabilité limitée, les majorités simples se calculent également par référence à la participation au capital social, tandis que la majorité qualifiée requise pour les modifications statutaires fait intervenir une exigence combinée de majorité en termes de capital (majorité des trois quarts) et en termes d'associés (majorité simple). C'est dire que des associés très minoritaires en termes de participation au capital, mais représentant la majorité en nombre des associés, pourront faire obstacle à une modification des statuts.

1.4. – *Abus de minorité*

14. – Par hypothèse, l'abus de minorité ne se conçoit que dans les cas de figure où une majorité qualifiée est requise pour qu'une décision puisse être adoptée. En pareille hypothèse, en effet, et sans pouvoir imposer positivement une décision, une minorité peut faire obstacle à ce qu'une certaine décision soit prise (p.ex. réalisation d'une augmentation de capital destinée à permettre à un partenaire stratégique ou à un apporteur de capitaux «frais» d'entrer dans la société).

Dans la gestion courante de la société, qui relève de la responsabilité du conseil d'administration (organe fonctionnant, selon la loi, suivant la règle de la majorité simple), l'abus de minorité se conçoit dès lors difficilement.

Nous n'avons pas pu trouver, en jurisprudence luxembourgeoise, de décision qui aurait eu à statuer sur un prétendu abus de minorité. Du point de vue technique, celui-ci soulève d'ailleurs le même problème que celui que nous avons relevé ci-avant *sub* 9 en traitant de la possibilité pour la minorité d'imposer positivement certaines décisions à la majorité (l'annulation d'une résolution «négative» ne donne pas encore lieu à une résolution «positive»). Par ailleurs, s'agissant de décisions à prendre par l'assemblée générale, on voit plus difficilement comment la nomination d'un administrateur provisoire pourrait permettre de venir à bout du problème.

Bien que théoriquement concevable, l'abus de minorité paraît dès lors difficilement sanctionnable par les tribunaux, si ce n'est le cas échéant moyennant la condamnation des mino-

ritaires au paiement de dommages et intérêts. Là encore, il ne paraît pas exister de jurisprudence au Luxembourg.

1.5. – *Protection des minoritaires en cas de cession
d'une participation de contrôle*

15. – Le droit luxembourgeois ne comportait pas, jusqu'à l'entrée en vigueur de la récente loi du 19 mai 2006 portant transposition de la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition, de dispositions spécifiques et expresses en matière d'offres publiques d'achat et en matière de cessions privées de participations de contrôle.

De même, ce n'est que récemment, et pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi précitée, que les tribunaux luxembourgeois ont eu à se prononcer sur la question de savoir si, en cas de cession privée d'une participation de contrôle, les actionnaires minoritaires doivent se voir offrir la possibilité de céder leurs actions à des conditions identiques à celles dont les cédants du contrôle ont bénéficié.

La question a en effet opposé – et continue actuellement d'opposer – les actionnaires de l'une des sociétés cotées luxembourgeoises les plus en vue, au cédant et au cessionnaire du contrôle de cette société, cession de contrôle intervenue dans des conditions telles que, selon les minoritaires, l'actionnaire cédant a bénéficié d'une substantielle prime de contrôle (6).

16. – Le débat opposant les minoritaires aux majoritaires peut, très sommairement, être résumé comme suit :

– A l'appui de leur prétention de bénéficier d'un traitement identique à celui du cédant du contrôle, les minoritaires invoquent le principe, qu'ils jugent fondamental, de l'égalité des actionnaires. Tandis que le cédant et le cessionnaire du contrôle font valoir que ce principe ne jouerait que dans

(6) La société cotée dont s'agit est la société RTL Group dont, antérieurement, le contrôle était exercé conjointement par les sociétés Groupe Bruxelles Lambert SA (société de droit belge) et Bertelsmann AG (société de droit allemand) et dont, désormais, le contrôle exclusif est entre les mains de Bertelsmann AG. L'auteur du présent rapport étant impliqué dans ce litige, et ce du côté des minoritaires, il se limitera à faire état, dans cette étude, des thèses en présence et des décisions intervenues à ce jour (...), sans prétendre en apprécier les mérites respectifs.

l'ordre dit «interne» de la société, c'est-à-dire dans les relations entre la société et ses actionnaires, les minoritaires estiment que le principe de l'égalité des actionnaires déborde au-delà du cadre interne de la société et que, sur base des principes d'intérêt commun, de collaboration et de bonne foi (toutes exigences liées à l'*affectio societatis*), ce principe donne naissance à des obligations, y compris dans les relations entre les actionnaires, en particulier à charge des actionnaires de contrôle et au bénéfice des actionnaires minoritaires.

- Les minoritaires font encore valoir qu'à l'époque où la Belgique ne connaissait pas, à l'instar de ce qui est toujours le cas pour le Luxembourg, de dispositions légales régissant expressément les cessions privées de participations de contrôle (7), la Commission Bancaire et Financière belge (CBF) avait déjà adopté, à partir de 1965, la position suivant laquelle, en cas de cession de contrôle, un traitement égalitaire devait, en principe, être accordé aux actionnaires minoritaires. Les actionnaires de contrôle objectent que les recommandations en la matière de la CBF avaient fait l'objet de critiques de la part de la doctrine belge, qu'elles n'étaient pas obligatoires pour ceux auxquels elles étaient adressées et qu'en dehors du cadre interne de la société, la CBF elle-même ne voyait, dans le principe de l'égalité des actionnaires, qu'une règle de «déontologie des affaires», par opposition à une règle de droit strict. Dans ce contexte, les majoritaires et les minoritaires s'opposent également quant à la portée en droit de règles ou principes déontologiques et quant à leur capacité d'être génératrices d'obligations.
- Les minoritaires se prévalent encore, à l'appui de leurs prétentions, des dispositions du «Code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières» adopté moyennant une Recommandation de la Commission européenne de 25 juillet 1977 (8).

Le troisième principe général de ce code est énoncé comme suit :

(7) C'est-à-dire antérieurement à l'adoption, en Belgique, de l'arrêté royal du 8 novembre 1989.

(8) Recommandation 77/534 CEE.

«Une égalité de traitement devrait être assurée à tous détenteurs de valeurs mobilières de même nature, émises par la même société. En particulier tout acte entraînant, directement ou indirectement, le transfert d'une participation permettant un contrôle de droit ou de fait d'une société dont les valeurs mobilières sont négociées sur le marché, tiendra compte du droit de tous les actionnaires à être traités de la même manière»

et sa 17^e disposition complémentaire est libellée comme suit :

«Toute transaction entraînant le transfert d'une participation de contrôle au sens du troisième principe général ne devrait pas se faire clandestinement sans information des autres actionnaires et des autorités de contrôle du marché. Il est souhaitable que la possibilité de céder leurs titres à des conditions identiques soit offerte à tous les actionnaires de la société dont le contrôle a été transféré, sauf s'ils bénéficient par ailleurs d'une protection qui peut être considérée comme équivalente».

Les majoritaires font, à ce propos, valoir que, dans l'ordonnement juridique communautaire, les Recommandations n'ont aucun caractère obligatoire pour les États et que leurs dispositions n'ont donc pas, *a fortiori*, de caractère obligatoire pour les opérateurs privés. Les minoritaires objectent que même si les autorités luxembourgeoises n'étaient, compte tenu de la nature juridique de la Recommandation, pas obligées d'en assurer l'intégration des principes dans le droit positif luxembourgeois, elles ont en fait chargé des autorités nationales, et en particulier l'ancien Commissariat au Contrôle des Banques, autorité de surveillance prudentielle du secteur financier, de surveiller l'application du code. Ils font encore valoir que celui-ci se trouve en tout état de cause à la source de standards déontologiques que les professionnels se doivent de respecter, sous peine d'engager leur responsabilité.

Sollicitée par les minoritaires d'intervenir auprès des actionnaires majoritaires pour qu'elle assure aux actionnaires minoritaires un traitement égalitaire, l'autorité de surveillance prudentielle luxembourgeoise (9) a, d'une part, adopté la position qu'elle n'avait pas compétence pour donner des injonctions aux actionnaires majoritaires, mais a, d'autre part, exprimé l'avis que *«nonobstant que l'on ne saurait attribuer une force obligatoire au code de conduite européen, (elle est) d'avis qu'il*

(9) C'est-à-dire, actuellement, la Commission de Surveillance du Secteur Financier.

aurait appartenu aux personnes concernées, de tenir compte, à l'occasion de l'opération (litigieuse), des dispositions de ce code».

16bis. – Moyennant un jugement du 8 juillet 2003, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a débouté les minoritaires de leur demande (10), le tribunal étant arrivé à la conclusion que *«les prétentions des parties demanderessees (ne pouvaient s'appuyer) sur aucune règle de droit ou principe de droit reconnu en droit luxembourgeois»* (jugement, page 57).

Sur appel des actionnaires minoritaires, ce jugement a été confirmé par un arrêt de la Cour d'appel du 12 juillet 2006 (11). A l'instar, en substance, des premiers juges, la Cour a considéré que *«l'égalité de traitement des actionnaires ne fait pas partie du droit positif (luxembourgeois, notamment) au titre du principe général de droit»* (arrêt, page 43).

A l'heure de la mise à jour de la présente étude, initialement préparée en 2002, un pourvoi en cassation dirigé contre l'arrêt du 12 juillet 2006 est en voie de préparation.

16ter. – En tout état de cause, compte tenu de l'entrée en vigueur, entretemps, de la loi prémentionnée du 19 mai 2006, la législation luxembourgeoise comporte désormais des dispositions de droit positif assurant aux minoritaires un droit de traitement égalitaire en cas d'acquisition d'une participation de contrôle.

Selon l'article 5, paragraphe (1) de la nouvelle loi, *«Lorsqu'une personne physique ou morale obtient, à la suite d'une acquisition faite par elle-même ou par des personnes agissant de concert avec elle, des titres d'une société au sens de l'article 1^{er}, paragraphe (1), qui, additionnés à toutes les participations en ces titres qu'elle détient déjà et à celles des personnes agissant de concert avec elle, lui confèrent directement ou indirectement un pourcentage déterminé de droits de vote dans cette société lui donnant le contrôle de cette société, cette personne est obligée de faire une offre en vue de protéger les actionnaires minoritaires de la société visée. Cette offre est adressée dans les plus brefs délais à tous les détenteurs de ces titres et porte sur*

(10) Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 8 juillet 2003, n^{os} 70846 et 79679, *Bulletin de Jurisprudence du Jeune Barreau*, n^o 8/2003.

(11) Cour d'appel, 12 juillet 2006, n^{os} 28403 et 29202 du rôle, non publié.

la totalité de leurs participations, au prix équitable défini au paragraphe (4).»

Selon ledit paragraphe (4), «*Est considéré comme le prix équitable le prix le plus élevé payé pour les mêmes titres par l'offrant, ou par des personnes agissant de concert avec lui, pendant une période de douze mois précédant l'offre visée au paragraphe (1). Si, après publication de l'offre et avant expiration de la période d'acceptation de celle-ci, l'offrant ou toute personne agissant de concert avec lui acquiert des titres à un prix supérieur au prix de l'offre, l'offrant porte son offre à un prix au moins égal au prix le plus élevé payé pour les titres ainsi acquis. Sous réserve du respect des principes généraux énoncés à l'article 3, la Commission est autorisée à modifier le prix prévu au premier alinéa. Le prix le plus élevé ne peut être modifié, vers le haut ou vers le bas, que si le prix le plus élevé a été fixé par accord entre l'acheteur et un vendeur, ou si les prix de marché des titres en cause ont été manipulés, ou si les prix de marché en général ou certains prix de marché en particulier ont été affectés par des événements exceptionnels, ou pour permettre le sauvetage d'une entreprise en détresse. ...*».

1.6. – *Problématique du retrait obligatoire (squeeze out)
et du rachat obligatoire (reverse squeeze out)
des participations minoritaires*

17. – Pas plus qu'elle ne comportait de dispositions expresses en matière d'offres publiques d'achat et de cessions privées de participations de contrôle, la législation luxembourgeoise ne comportait, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 19 mai 2006, de règles relatives à ce qu'il est convenu d'appeler le «squeeze out», c'est-à-dire le droit pour l'actionnaire majoritaire atteignant un certain seuil de contrôle de la société d'obliger les actionnaires minoritaires à lui céder leur participation.

Le droit – traditionnellement fondamental – de tout actionnaire de le rester est en revanche entamé par la nouvelle loi dont l'article 15 dispose que, lorsqu'à la suite d'une offre publique portant sur la totalité des titres d'une société, l'offrant «*détient au moins 95% du capital assorti de droits de vote et 95% des droits de vote de la société visée*», il «*peut exiger*

de tous les détenteurs des titres restants qu'ils lui vendent ces titres pour un juste prix».

17bis. – En quelque sorte en contrepartie, l'article 16 de la loi introduit ce qu'il est convenu d'appeler le «reverse squeeze out» en disposant que «*Lorsqu'une personne physique ou morale détient, à la suite d'une offre à tous les détenteurs de titres d'une société visée, seule ou avec des personnes agissant de concert avec elle, des titres lui conférant plus de 90% des droits de vote dans une société visée par la présente loi, un détenteur de titres peut exiger de cette personne qu'elle rachète ses titres pour un juste prix tel que défini à l'article 15, paragraphe (5), à payer en espèces ou en titres liquides au sens de l'article 5, paragraphe (5), avec une option pour le détenteur que ce prix soit payé en espèces*».

On aura noté qu'alors que le seuil pour le *squeeze out* est fixé à 95%, celui du *reverse squeeze out* l'est à seulement 90%. On relèvera encore qu'en l'état actuel de la législation aussi bien le *squeeze out* que le *reverse squeeze out* ne sont prévus que dans l'hypothèse où ces seuils de participation ont été franchis dans le cadre d'une offre publique.

1.7. – *Action sociale minoritaire*

18. – Le droit luxembourgeois ne connaît pas de dispositions instaurant une action sociale minoritaire.

Dans ces conditions, il semble bien que les actionnaires minoritaires ne soient pas, en principe, habilités à diriger une action en responsabilité à l'encontre des administrateurs de la société, à moins qu'ils ne puissent établir que le comportement fautif de ceux-ci leur a causé un préjudice distinct de celui souffert par la société.

Cette solution est celle adoptée par un jugement récent du tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 11 octobre 2000 (12), qui juge que :

«Il est (...) admis que l'action en responsabilité contre les administrateurs, respectivement les gérants pour fautes commises dans leur gestion n'appartient pas à l'actionnaire, respectivement à l'associé individuel.

(12) LJUS 99820045.

En effet, la personnalité de l'actionnaire individuel a disparu et a été en quelque sorte absorbée par la société dotée d'une individualité juridique distincte de l'individualité des différents associés qui la compose (cf. Droit des sociétés, Jacques DELVAUX, éd. 1995, p. 140). Il en résulte que l'actio mandati exercé par (le demandeur) en sa qualité d'associé est à déclarer irrecevable. Le prédit article 59 alinéa 2 prévoit que les administrateurs sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers tous tiers de tous dommages et intérêts résultant d'infraction aux dispositions de la présente loi ou des statuts sociaux. Il est admis que l'action en responsabilité visée par l'article 59 alinéa 2 peut être intentée tant par la société que par tous tiers. (...) Par tiers, il faut également comprendre les actionnaires lorsque ceux-ci démontrent que la faute délictuelle ou quasi-délictuelle des administrateurs leur a causé un préjudice personnel indépendant et distinct de celui qui a pu être causé au patrimoine de la société (cf. Droit des sociétés, Jacques DELVAUX, éd. 1995, page 142) ».

19. – Une application stricte de cette jurisprudence conduit évidemment à des situations très ambiguës – et peu conformes aux tendances actuelles en matière de *good governance* – lorsque les administrateurs accusés d'avoir causé préjudice à la société sont toujours à leur poste et s'ils y sont maintenus par le ou les actionnaires majoritaires qui n'ont aucun intérêt à voir la responsabilité de « leurs » administrateurs mise en cause.

Nous ne sommes dès lors pas certain que les tribunaux s'en tiendraient, en toutes circonstances, à l'analyse faite par le jugement ci-avant cité (13).

(13) On relèvera ainsi un jugement plus ancien – rendu, il est vrai, en rapport avec une société en faillite et une action en responsabilité émanant d'un créancier, par opposition à un actionnaire – selon lequel : « (...) Il ne faut (...) pas oublier qu'il a toujours été admis qu'il existe, malgré le principe de la suspension des poursuites individuelles, d'autres actions que peuvent intenter les créanciers. Ce sont notamment les actions contre les tiers (...). Il a été ainsi décidé qu'ils sont habilités à intenter des actions contre les administrateurs de la société en faillite (...). Il est en principe normal que la masse soit autorisée à agir en réparation de son préjudice collectif, sans que ses membres soient corrélativement privés de leur propre droit d'agir. Mais lorsque l'action collective et l'action individuelle coexistent et sont effectivement exercées, il est certain que la première absorbe la seconde. (...) Dans une telle hypothèse, le créancier ne conserve que le droit d'agir en réparation d'un préjudice proprement personnel (...) » (Tribunal d'arrondissement de Luxembourg, 23 décembre 1987, LJUS 98710780).

Il est vrai qu'un arrêt postérieur de la Cour d'Appel a adopté, en la matière, une position beaucoup plus restrictive en jugeant, par référence à la jurisprudence récente de la Cour de cassation française, que « La jurisprudence la plus récente veut que de par l'ouverture d'une procédure collective de liquidation, le créancier qui entend faire fruit de cette procédure en y produisant, se soumet entièrement aux règles de celle-ci et s'interdit par là même, au regard du principe de la suspension des poursuites individuelles, toute action ut singuli contre des tiers responsables de la diminution de l'actif et de l'augmentation du passif du débiteur » (LJUS 99317834).

En particulier, nous n'excluons pas que dans une situation où, *prima facie*, les administrateurs auraient agi manifestement à l'encontre des intérêts de la société en lui causant, de ce fait, un préjudice, un tribunal accepte, devant le refus de l'assemblée générale de rechercher la responsabilité de ces administrateurs, de procéder à la nomination d'un administrateur provisoire (ou *ad hoc*) avec la mission d'intenter une telle action.

A cela s'ajoute, le cas échéant, la possibilité pour les actionnaires minoritaires d'agir en responsabilité à l'encontre des majoritaires qui, en refusant de prendre les décisions nécessaires pour rechercher la responsabilité des administrateurs fautifs, se rendraient coupables d'un abus de majorité. Tout cela, évidemment, paraît procéduralement bien compliqué.

2. – DROIT DU TRAVAIL ET SOCIAL

2.1. – *Syndicats majoritaires, syndicats minoritaires et syndicats représentatifs*

20. – L'agencement du monde syndical luxembourgeois est tel qu'il n'y existe, en règle générale, pas de syndicats «majoritaires», au sens de syndicats regroupant en leur sein la majorité absolue des ouvriers ou des employés, que ce soit à l'échelle d'un secteur ou à une échelle intersectorielle.

La raison de cette situation est, sommairement parlant, double :

D'une part, il n'existe aucune obligation d'affiliation ou d'adhésion à un syndicat et, en particulier, à un syndicat représentatif. De nombreux salariés ne sont donc pas syndiqués.

D'autre part, il existe, dans pratiquement tous les secteurs de l'économie, au moins deux grands syndicats qui présentent une affinité avec respectivement les deux plus grands partis politiques du pays. Dans certains secteurs, d'autres syndicats, parfois importants, existent à côté de ces deux «grands» syndicats.

21. – La loi du 12 juin 1965 concernant les conventions collectives de travail dispose en son article 2, alinéa 2 que «*ne*

peuvent être partie à une convention collective de travail, en dehors des employeurs pris individuellement et des groupements d'employeurs, que les organisations syndicales les plus représentatives sur le plan national», l'alinéa 3 précisant que «sont considérées comme organisations syndicales les plus représentatives, celles qui se signalent par le nombre important de leurs affiliés, par leurs activités, et par leur indépendance».

A propos de cette disposition, il a été jugé que *«L'emploi du pluriel pour la désignation des organisations les plus représentatives sur le plan national, qualifiées pour conclure les conventions collectives, fait apparaître que le législateur, tout en renforçant le rôle du syndicalisme représentatif sur le plan national, n'a pas entendu pour autant rompre avec la tradition pluraliste, en exigeant que le nombre atteigne ni même approche la majorité absolue d'une catégorie de travailleurs.»* (Arbitrage, 10 novembre 1979, *Pasicrisie* 24, p. 386).

Il en résulte qu'un syndicat ne regroupant qu'une minorité des salariés concernés peut néanmoins, à condition d'être reconnu comme figurant parmi «les plus représentatifs au niveau national», négocier et signer une convention collective qui s'appliquera alors à l'ensemble des salariés des entreprises qui y sont partie – et au-delà à l'ensemble des salariés du secteur lorsque le gouvernement fait usage de la faculté qui lui est réservée par l'article 9 de la loi de 1965 de déclarer la convention *«d'obligation générale pour l'ensemble des employeurs et du personnel de la profession pour laquelle elle aura été conclue»*.

Dans ces conditions, les discussions se sont logiquement portées sur la question de savoir suivant quels critères une organisation syndicale pouvait être comptée parmi *«les plus représentatives sur le plan national»*.

En particulier, alors que l'article 2 de la loi de 1965 précise en son alinéa 3 que *«sont considérées comme organisations les plus représentatives, celles qui se signalent par le nombre important de leurs affiliés, par leur activité et par leur indépendance»*, la loi ne précise pas ce que comporte, exactement, la condition supplémentaire posée à l'alinéa 1^{er} suivant laquelle ces organisations doivent être les plus représentatives *«sur le plan national»*.

22. – A ce propos, les autorités luxembourgeoises et les deux grandes centrales syndicales du pays ont tenté de faire valoir que ne pouvaient être considérées comme représentatives «sur le plan national» que les organisations syndicales présentes, sinon dans tous les secteurs de l'économie, du moins dans une pluralité significative de ces secteurs. De la sorte, auraient été exclues de la capacité de signer des conventions collectives, des organisations syndicales unisectorielles alors même qu'elles seraient, par exemple, largement majoritaires dans leur secteur.

Cette conception a été écartée par un jugement, puis un arrêt des juridictions administratives datant des 24 octobre 2000 et 28 juin 2001 respectivement. (14)

S'agissant, en particulier, de l'arrêt de la Cour administrative, il énonce que «*Dans le cas d'espèce, l'interprétation de la loi ne saurait être telle qu'elle aurait pour effet d'empêcher un syndicat qui représente la majorité des travailleurs d'une certaine catégorie de s'occuper de la sauvegarde des intérêts de ses membres*».

En statuant ainsi, les juridictions administratives luxembourgeoises ont donné à l'article 2 de la loi de 1965 une interprétation par ailleurs compatible avec le principe de la liberté syndicale tel qu'il découle des conventions de l'Organisation Internationale du Travail ratifiées par le Luxembourg (15). En effet, saisi du même litige que celui que les juridictions administratives ont eu à trancher, le Comité de la liberté syndicale du Bureau International du Travail est arrivé à la conclusion que «*l'interprétation que font les autorités compétentes luxembourgeoises de la loi de 1965 en imposant une représentation nationale et pluri-sectorielle est contraire au principe de la liberté syndicale puisqu'elle pourrait empêcher le syndicat le plus représentatif dans un secteur déterminé de signer seul les conventions collectives et par là même de défendre aux mieux les intérêts de ceux qu'il représente*» (16).

(14) Tribunal administratif, 24 octobre 2000, *ALEBA et ABBL c. ministre du Travail et de l'Emploi*, nos 11734 et 11741 du rôle; Cour administrative, 28 juin 2001, n° 12533 C du rôle.

(15) Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948; Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociations collectives, 1949.

(16) Bureau International du Travail, Conseil d'administration, Rapport du Comité de la liberté syndicale, 280^e session, Genève, mars 2001, cas 1980, pp. 188 et s.

23. – On ne saurait pour autant en conclure qu'un syndicat majoritaire dans un secteur serait nécessairement à compter parmi «les plus représentatifs au niveau national» au sens de l'article 2 de la loi. Il semble en effet encore résulter de l'arrêt de la Cour administrative du 28 juin 2001 que, pour pouvoir être considéré comme «représentatif au plan national», un syndicat doit également bénéficier d'une certaine représentativité, fût-elle fortement minoritaire, *par rapport à l'ensemble des salariés de la catégorie concernée (et non pas du secteur)*, les salariés ne se répartissant, au Luxembourg, qu'entre deux catégories, à savoir les employés d'une part, les ouvriers d'autre part.

24. – Il résulte par ailleurs d'un deuxième arrêt de la Cour administrative rendu en date du même 28 juin 2001 que, lorsqu'il s'agit, pour un syndicat, de conclure une convention collective non plus avec un groupement d'employeurs, mais au niveau d'une seule entreprise, il ne suffit pas que le syndicat compte parmi les plus représentatifs sur le plan national, mais qu'il doit en outre bénéficier d'une certaine représentativité au niveau de l'entreprise concernée.

Selon cet arrêt de la Cour, «... *le principe même de la convention collective exige que les cocontractants à pareille convention puissent se prévaloir d'un appui suffisant parmi les groupes qu'ils sont censés représenter pour qu'un consentement collectif puisse être présumé. Cette condition, normalement remplie pour les cas où un syndicat remplissant les conditions de l'article 2 de la loi du 12 juin 1965 négocie avec une organisation patronale, doit être vérifiée concrètement dans les cas où ce syndicat traite avec un ou plusieurs employeurs agissant à titre individuel, comme c'est le cas en l'espèce. Il est admis qu'en l'absence d'autres indications, les suffrages recueillis par le syndicat représentatif lors des plus récentes élections aux délégations d'entreprises permet de conclure à une habilitation adéquate de signer une convention collective* (Conseil d'Etat, 6 juillet 1988, *Pasicrisie*, 27, 294)» (17).

(17) Arrêt du 28 juin 2001, n° 12534C, *Ministre du Travail et de l'Emploi c. ALEBA et consorts*, en présence de Clearstream Services S.A.

25. – Il résulte, en résumé, de ce qui précède que, d'une part, un syndicat en soi minoritaire peut conclure des conventions qui régiront, par la suite, la situation d'employés qui ne sont pas affiliés audit syndicat, mais que, d'autre part, il ne pourra le faire qu'à condition que tout en étant, le cas échéant, minoritaire, il puisse être considéré comme suffisamment représentatif à l'échelle nationale.

2.2. – *Emploi de personnes appartenant à des groupes minoritaires*

26. – Il n'existe pas, en droit luxembourgeois, de dispositions imposant – par voie de discrimination positive – l'emploi, en certaines conditions et suivant certaines proportions, de membres de minorités.

Par contre, les articles 454 et 455 du Code pénal permettent de réprimer le fait consistant à sanctionner ou à licencier une personne en raison de sa situation de famille, de son état de santé, de son handicap, de ses mœurs, de ses opinions politiques ou philosophiques, de ses activités syndicales, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée.

Tout en n'appréhendant pas la problématique explicitement en termes de minorité/majorité, il va de soi qu'une telle disposition bénéficie d'abord à des personnes appartenant à des groupes minoritaires.

3. – DROIT COMMERCIAL

27. – Les articles 454 et 455 cités ci-avant *sub* 26 en rapport avec le droit du travail, sanctionnent, dans les mêmes conditions, le fait de refuser la fourniture ou la jouissance d'un bien ou d'un service (et certains autres comportements similaires) ainsi que le fait d'entraver l'exercice normal d'une activité économique.

Alors que ces dispositions ont en premier lieu un caractère pénal, il va de soi que les comportements incriminés sont par ailleurs constitutifs d'une faute civile susceptible d'engager la responsabilité de leur auteur, pour autant, bien sûr, qu'un pré-

judice puisse être établi et – ce qui est généralement plus difficile – quantifié.

Pour obtenir des dommages et intérêts, la personne lésée a le choix entre se constituer partie civile dans une procédure pénale ou agir devant les juridictions civiles.

4. – DROIT DES PROCÉDURES COLLECTIVES

28. – Les dispositions en matière de faillite figurant au Code de commerce prévoient la possibilité de former un concordat pour autant que la majorité des créanciers représentant les trois quarts du total des créances y consentent. Envisagé sous l'angle des créances, des créanciers «minoritaires» ont donc la possibilité d'empêcher la formation du concordat.

Des dispositions similaires figurent à l'article 2 de la loi du 14 avril 1886 concernant le concordat préventif de faillite.

Par contre, un arrêté grand-ducal du 24 mai 1935 instituant un régime de gestion contrôlée ne requiert, pour l'approbation du «projet de réorganisation ou de réalisation» que les commissaires à la gestion contrôlée ont pour charge d'élaborer, que l'accord de la majorité des créanciers représentant plus de la moitié du passif.

En réalité, cependant, les dispositions en la matière – sauf, à l'occasion, celles en matière de gestion contrôlée – restent actuellement sans application et il faut supposer que l'accord à donner ou non à un concordat – emportant abandon à tout le moins partiel de créance – est pratiquement discrétionnaire, de sorte qu'en la matière l'abus de minorité ne se conçoit guère.

5. – DROIT FISCAL

L'article 100(1) de la loi de l'impôt sur le revenu (ci-après «LIR») dispose que :

«Est imposable aux termes du présent article le revenu provenant de l'aliénation, à titre onéreux, plus de 6 mois après leur acquisition, d'actions, parts de capital, parts bénéficiaires et autres participations de toute nature dans les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives lorsque le cédant a une participation importante...».

Selon l'article 100 LIR(2), il y a participation importante lorsque le cédant, seul ou ensemble avec son conjoint et ses enfants mineurs, a, à un moment quelconque au cours des cinq dernières années par rapport au jour de l'aliénation, participé de façon directe ou indirecte à hauteur de plus de 10 % du capital.

Par conséquent, outre l'imposition du revenu résultant de la cession de toutes participations endéans un délai de 6 mois à partir de la date de leur acquisition comme bénéfice de spéculation, le revenu provenant de l'aliénation de participations de plus de 10 % dans les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives est imposable même si la durée de détention excède 6 mois.

Luxembourg, le 16 mai 2002
(mise à jour partielle le 9 octobre 2006)