

LES CLAUSES ET LES PROCÉDURES DE RÉOLUTION DES CONFLITS

PAR

Denis PHILIPPE

AVOCAT AUX BARREAUX DE LUXEMBOURG ET DE BRUXELLES
PROFESSEUR À L'UCL ET À L'ICHEC
PROFESSEUR INVITÉ À L'UNIVERSITÉ DE PARIS – NANTERRE

SOMMAIRE

	PAGES
INTRODUCTION	110
CHAPITRE 1 ^{er} . – SOLUTIONS CONVENTIONNELLES	111
<i>Introduction</i>	111
SECTION 1. – <i>Les clauses de blocage</i>	112
1.1. – <i>Hypothèse</i>	112
1.2. – <i>Régime de la clause</i>	114
1.2.1. Certaines clauses prévoient l'envoi d'un « avis de blocage »	114
1.2.2. Effets du blocage	115
SECTION 2. – <i>Les clauses de sortie</i>	115
2.1. – <i>Liquidation de la société commune</i>	115
2.2. – <i>La cession de parts</i>	116
2.2.1. Problématique propre à la société commune	116
CHAPITRE 2. – SOLUTIONS LÉGALES	121
<i>Introduction</i>	121
SECTION 1. – <i>Etat de la législation</i>	121
1.1. – <i>Introduction</i>	121
1.2. – <i>La réforme des actions en justice telle qu'envisagée dans le projet de loi 5730</i>	122
1.2.1. Le projet de loi 5730 portant modernisation de la Loi de 1915.	122
1.2.2. L'inspiration du droit belge et français	123

ANN. DR. LUX. - 2010

SECTION 2. – <i>Les droits des minoritaires</i>	124
2.1. – <i>La question du droit à l'égalité des actionnaires au Grand-Duché de Luxembourg</i>	124
2.1.1. Introduction : l'affaire RTL	124
a) Réglementation boursière	125
b) Droit européen	125
c) Le contrat de société	125
2.1.2. Les dispositions légales spécifiques	126
2.1.3. Un principe général du droit d'égalité des actionnaires?	127
2.2. – <i>Les futurs droits additionnels des minoritaires dans le cadre du projet de loi 5730</i>	130
2.2.1. L'introduction de l'action sociale minoritaire	130
2.2.2. L'introduction du rachat obligatoire ou «sell out»	130
2.2.3. Modification des droits existants	131
SECTION 3. – <i>L'expertise ou la nomination d'un commissaire-vérificateur</i>	131
SECTION 4. – <i>La dissolution judiciaire pour justes motifs</i>	133
4.1. – <i>Les bases légales</i>	133
4.2. – <i>La circonscription du concept de «justes motifs»</i>	135
4.2.1. Illustration	135
4.2.2. La mésintelligence grave et persistante entre actionnaires	136
4.2.3. Les autres cas de justes motifs	139
SECTION 5. – <i>L'exclusion, le rachat et le retrait des titres tels qu'envisagés dans le projet de loi 5730</i>	141
5.1. – <i>L'introduction de nouvelles mesures d'exclusion, de rachat et de retrait</i>	141
Introduction	141
5.1.1. Le succès de l'introduction de ces actions en Belgique	143
5.1.2. Caractère impératif des dispositions	144
5.1.3. Le champ d'application : les types de sociétés visées	144
5.2. – <i>L'exclusion (article 98bis proposé de la Loi de 1915 du projet originaire)</i>	145
5.2.1. L'objectif de l'action en exclusion	145
5.2.2. Les bénéficiaires et les seuils de détention de titres	145
5.2.3. Les titres visés.	147
5.2.4. La circonscription des justes motifs par la jurisprudence belge	147
5.2.5. La procédure	151
5.3. – <i>Le rachat forcé (article 98ter de la Loi de 1915)</i>	156

ANNALES DU DROIT LUXEMBOURGEOIS	109
5.3.1. Champ d'application	156
5.3.2. L'ouverture de l'action et la procédure	157
5.3.3. La circonscription des justes motifs	157
5.4. – <i>Le retrait et le rachat obligatoires des participations minoritaires (futurs articles 98quater et 98quinquies de la Loi de 1915)</i>	158
5.4.1. Introduction : la loi du 19 mai 2006 concernant les O.P.A.	158
5.4.2. La <i>ratio legis</i>	159
5.4.3. Les bénéficiaires de l'action, les seuils et les titres visés	159
5.4.4. La procédure judiciaire et le prix de rachat	160
CHAPITRE 3. – SOLUTIONS JUDICIAIRES.	160
<i>Introduction</i>	160
SECTION 1. – <i>Le juge des référés</i>	161
1.1. – <i>Non-intervention du juge dans la vie de la société</i>	161
1.2. – <i>Conditions de saisine du juge des référés</i>	161
1.3. – <i>L'urgence, le provisoire et les mesures conservatoires y relatives</i>	162
SECTION 2. – <i>La désignation d'un administrateur provisoire</i>	163
SECTION 3. – <i>La désignation d'un séquestre judiciaire.</i>	166
SECTION 4. – <i>La suspension d'une décision d'assemblée générale</i>	166
SECTION 5. – <i>L'abus de majorité</i>	167
SECTION 6. – <i>L'abus de minorité</i>	169
CONCLUSIONS	169
ANNEXE I	171
1. – <i>Exemples de clauses et de contrats</i>	171
1.1. – <i>Cas de désaccord.</i>	171
1.2. – <i>Cas de mise en œuvre de la clause</i>	171
2. – <i>Extrait du livre : Langefeld-Wirth : Joint ventures im internationalen Wirtschaftsverkehr</i>	172
ANNEXE II – PROJET 5730 ORIGINAIRE	177
§ 8bis. <i>Exclusion, rachat et retrait, tel que proposé par le Projet de Loi, introduisant les articles 98bis à 98quinquies dans la Loi de 1915.</i>	177
§ 8bis. – <i>Exclusion, rachat et retrait</i>	177
Sous §1. – <i>Exclusion</i>	177

Sous §2. – <i>Rachat</i>	178
Sous §3. – <i>Retrait obligatoire</i>	179
Sous §4. – <i>Rachat obligatoire</i>	179

ANNEXE III. – PROJET DE LOI 5978 RELATIVE AU RETRAIT OBLIGATOIRE ET AU RACHAT OBLIGATOIRE PORTANT SUR LES TITRES DE SOCIÉTÉS ANONYMES ADMIS OU AYANT ÉTÉ ADMIS À LA NÉGOCIATION SUR UN MARCHÉ RÉGLEMENTÉ		180
<i>Texte coordonné au 9 juin 2010</i>		180
<i>Art. 1^{er}. – Définitions</i>		180
<i>Art. 2. – Retrait obligatoire</i>		180
<i>Art. 3. – Rachat obligatoire</i>		181
<i>Art. 4. – Compétences de la Commission</i>		181
<i>Art. 5. – Mise en œuvre</i>		181
<i>Art. 6. – Entrée en vigueur</i>		181

Introduction

La spécialisation accrue, la multiplication des opportunités, la rareté des capitaux, l’ampleur des risques et des enjeux, la mutation impressionnante des structures économiques incitent souvent les entreprises à s’associer dans la réalisation commune d’un projet. Par ailleurs, les fonds d’investissement, qui prennent des participations minoritaires dans les entreprises, soumettent souvent leur investissement à certaines conditions de contrôle qui sont reprises elles aussi dans des conventions d’actionnaires (« *shareholders agreements* »).

La réalisation de ce projet passe la plupart du temps par la création d’une nouvelle personne juridique. La vie de cette société commune prendra fin lorsque les associés mettront un terme au projet. Certes, les associés peuvent toujours décider de mettre fin audit projet avant terme, mais dans la plupart des cas la sortie d’un associé sera due à une rupture de confiance, un manque d’intérêt, une mésentente, des conflits, des dissidences etc., entre les associés eux-mêmes.

Afin de régler ces situations de blocage :

- soit les associés trouveront une solution conventionnelle car ils auront préventivement pris des dispositions régissant les situations de blocage voire la sortie d’un associé. C’est ce que nous développerons dans le premier chapitre de l’exposé;

- soit, en l’absence ou en cas d’échec des solutions conventionnelles, ils se tourneront vers les solutions que propose la législation. C’est ce que nous analyserons dans le deuxième chapitre de l’exposé;
- en tout état de cause, l’associé diligent peut s’adresser au juge des référés afin de trouver une solution judiciaire pour aménager une situation d’attente. C’est ce qu’entend expliciter le troisième chapitre.

CHAPITRE 1^{er}. – Solutions conventionnelles

INTRODUCTION

L’élaboration d’un contrat entre les associés (également appelé «convention extrastatutaire» ou encore «pacte d’actionnaires») projette les relations futures entre les associés. Ainsi, les sociétés de financement souhaitent garder un contrôle qui vise essentiellement à garantir la stabilité de l’investissement. Certaines clauses de ces conventions entre associés sont d’ailleurs généralement reflétées dans les statuts de la société commune.

Le contrat permet aussi d’organiser les mécanismes de stabilité de la *joint venture*. Ainsi, le contrat notamment (i) s’efforce de rencontrer de plein fouet les problèmes liés à un blocage et (ii) vise à baliser les problèmes pouvant naître du manque d’intérêt de la *joint venture* pour un des partenaires en organisant des clauses de sortie.

Ces clauses nous paraissent essentielles; en effet, elles permettent de résoudre en interne, par un mécanisme simple, des conflits qui, lorsqu’ils arrivent dans un cadre judiciaire, peuvent prendre des proportions catastrophiques et avoir des répercussions financières incontrôlables pour toutes les parties.

Dans une première section, nous nous intéresserons tout d’abord à la circonscription du blocage et à une analyse de clauses.

Dans une seconde section, nous traiterons et analyserons les clauses de cession de parts qui ont pour objectif de régler, du mieux que possible, la sortie d’un associé.

SECTION 1. – LES CLAUSES DE BLOCAGE

Les entreprises sont en changement constant, en telle sorte que les divorces sont sans doute plus fréquents entre les associés d'une entreprise commune (plus communément ci-après appelée «*joint venture*») que dans des relations davantage basées sur la stabilité et moins sujettes à l'environnement économique mouvant (1).

Ce blocage peut se produire particulièrement dans les *joint ventures* où les partenaires se trouvent en position d'égalité. Il peut également se présenter dans les *joint ventures* inégalitaires lorsque l'unanimité ou une majorité qualifiée est requise pour prendre certaines décisions, nécessitant ainsi un consensus entre associés.

Par ailleurs, dans le cadre du financement d'entreprises, lorsque le projet ne donne pas la rentabilité escomptée, des divergences d'opinion peuvent survenir, qui nécessitent la mise en œuvre de la procédure contractuelle exposée ci-après.

1.1. – *Hypothèse*

Une définition du blocage peut apparaître comme superflue, un blocage pouvant être appréhendé clairement au moment où il survient. L'absence de définition offre au demeurant une plus grande souplesse.

Cependant, l'on peut au contraire circonscrire la notion de blocage afin d'améliorer la sécurité juridique ou de restreindre les hypothèses de mise en œuvre.

1. Les clauses de blocage peuvent porter sur le type de décisions qui caractérisent la situation de blocage («*triggering events*»); ainsi, la mise en œuvre de la clause peut ne porter que sur les décisions considérées comme importantes par les parties; ces décisions peuvent être définies qualitativement, par exemple :

- «*Dans le cas où le Conseil d'administration (de la joint venture) ne parviendrait pas à prendre une décision sur une question très importante*» (2).

(1) Voy. F. DE LY, «Les clauses de divorce dans les contrats de groupement d'entreprises internationaux», *R.D.A.I.*, 1995, p. 282.

(2) F. DE LY, *op. cit.*, p. 289.

– «*Si les parties ne peuvent se mettre d'accord sur la façon de gérer la joint venture*».

2. Les décisions peuvent être énoncées de manière détaillée dans le contrat lui-même, par exemple, toutes les décisions stratégiques, comme l'augmentation de capital, l'ouverture d'une succursale, l'élargissement géographique des activités etc. Ces décisions importantes sont à rapprocher des décisions qui, dans une *joint venture* inégalitaire, requièrent l'accord unanime des associés.

3. La clause peut également mentionner l'organe de la *joint venture* où le blocage se produit; ainsi, l'on peut prévoir :

– «*dans le cas où le Conseil d'administration ne parviendrait pas à prendre une décision...*».

La situation de blocage peut affecter aussi les autres organes de la société, comme l'assemblée générale par exemple.

4. La clause peut viser les effets du blocage sur la réalisation de l'objet de la société; ainsi, l'on rencontre la clause suivante :

– «*L'échec des entrepreneurs communs de parvenir à un accord sur des questions qui affectent substantiellement le fonctionnement et/ou le développement de la Société*».

– «*Dans le cas où un différend s'élèverait entre A et B qui serait tel que, de l'avis soit de B, soit de A, cela affecterait les stratégies fondamentales de la Nouvelle Société...*» (3).

– «*Dans le cas où les parties n'ont pu adopter une décision unanime en vertu de l'article x sus-mentionné et que ce défaut de décision unanime entraîne des effets néfastes pour la société...*» (4).

5. Parfois, l'on précise la durée de la situation de blocage.

– «*Dans le cas où un différend s'élèverait, ... différend qui ne pourrait être résolu rapidement au niveau du Conseil d'Administration...*» .

– «*Dans le cas où des différends continus et inconciliables...*».

– «*Dans le cas où les parties n'ont pu à maintes reprises...*».

(3) F. DE LY, *op. cit.*, p. 289.

(4) *Ibid.*, p. 290.

6. Certaines clauses définissent le blocage comme l'absence systématique d'un des partenaires aux réunions des organes de la société.

– «*Une situation de blocage est réputée exister si un quorum ne fut pas atteint pour trois réunions successives pour lesquelles une convocation fut effectuée dans les délais...*».

1.2. – Régime de la clause

1.2.1. *Certaines clauses prévoient l'envoi d'un «avis de blocage»*

Il convient de savoir quelle est la valeur juridique de cet avis.

Quid si les faits repris sont contestés? Une procédure judiciaire est-elle possible? Faut-il prévoir une procédure arbitrale?

Sans doute pourra-t-on prévoir que cet avis a valeur purement informative visant à mettre en mouvement la clause de blocage.

Cet avis de blocage peut faire l'objet d'une constatation contradictoire, par l'établissement d'un procès-verbal d'un organe social :

– «*Si ce désaccord, constaté par procès-verbal du Conseil d'Administration de la joint venture, persiste pendant 90 jours suivant la tenue dudit Conseil d'Administration...*» (clause 10) (5).

L'avis de blocage contesté peut être suivi d'une procédure contradictoire :

– «*Si les actionnaires ne se mettent pas d'accord sur l'existence de la situation de blocage, le blocage sera néanmoins réputé avoir existé si le Conseil d'Administration a été dans l'impossibilité de résoudre les questions inhérentes à sa position pendant une durée de trois (3) mois. En cas de blocage, tout actionnaire pourra notifier à tout autre actionnaire l'avis [de blocage]*».

(5) Voy. F. DE LY, *op. cit.*, p. 293.

1.2.2. *Effets du blocage*

La dissolution est une solution radicale et douloureuse; c'est pourquoi il sera préférable de prévoir des remèdes préventifs afin d'éviter l'impasse ou de tenter de la résoudre de manière amiable.

Plusieurs remèdes sont envisageables, tels que :

- donner une voix prépondérante au président de l'organe de direction;
- nommer une personne physique « arbitre » au sein de l'organe de direction de l'entreprise commune (ou à l'extérieur, qui de ce fait sera en mesure, par son vote, de départager les parties (le « *swingman* » américain));
- prévoir, en cas d'impasse, une phase de conciliation pendant laquelle les parties ou leurs représentants chercheront un accord. Il est même possible de prévoir une suspension du contrat de *joint venture* pendant un délai donné tant qu'un accord n'a pas été trouvé;
- prévoir l'arbitrage comme mode naturel de règlement des différends avec éventuellement l'amiable composition. Mais l'arbitre ne sera pas toujours la personne la plus compétente et informée pour résoudre les problèmes internes de la société.

SECTION 2. – LES CLAUSES DE SORTIE

2.1. – *Liquidation de la société commune*

Si, malgré tout, l'impasse est insurmontable, il faudra en venir à la dissolution de la société, en permettant une séparation amiable et encadrée des parties. La clause devra ainsi prévoir le mode de liquidation des actifs et le mode de règlement de certaines difficultés liées au partage.

La clause de partage pourra inclure par exemple (i) une clause de restitution d'apport, (ii) une clause d'indemnisation du partenaire non doté, (iii) une clause d'attribution de propriété moyennant le droit d'usage gratuit à l'autre partenaire.

Elle pourra également prévoir :

- le sort des salariés de la *société commune* et éventuellement leur embauche par un des partenaires;
- un régime particulier de fonctionnement pendant une période transitoire au cours de laquelle l'activité s'éteindra progressivement;
- les conditions de la rupture ou de l'achèvement des contrats en cours et le sort des liens avec les distributeurs, les fournisseurs et les clients;
- le partage des actifs en réglant notamment le problème des stocks et des biens en cours de production ainsi que la prise en charge des dettes (prêts et autres créances, dettes potentielles et latentes); ou
- la prise en charge des litiges contentieux en cours.

Nous nous attacherons ici plus particulièrement à la cession de parts; nous aborderons aussi de manière accessoire les situations de sortie dans la mesure où la cession des parts est parfois la conséquence d'une mésentente entre associés; cependant, les clauses de sortie seront étudiées de manière plus approfondie dans le point 4.6. (6)

2.2. – *La cession de parts*

2.2.1. *Problématique propre à la société commune*

Il est d'autant plus important de régler ce problème que les conventions entre associés sont des contrats *intuitu personae* où les parties se sont associées en raison de leur complémentarité dans la réalisation d'un objectif déterminé.

Si l'un des partenaires décide de se retirer, l'objectif deviendra plus difficile voire impossible à réaliser. Cette solution sera moins certaine dans le cas de financement d'investissements puisqu'un fonds d'investissement peut le cas échéant être remplacé par un autre.

Plusieurs solutions sont possibles. La règle contractuelle définie dans le contrat préalable à la constitution de la société peut entrer en conflit avec le droit des sociétés, en telle sorte

(6) Voy. D. PHILIPPE, «Les conventions relatives à la cessibilité des titres», *D.A.O.R.*, 45, 1998, pp. 21 à 41.

qu'il faut bien définir les balises tracées par celui-ci; il est cependant opportun d'organiser une procédure contractuelle, plus souple, permettant de mieux épouser les *desiderata* des parties et permettant d'«*amortir*» la chute que constitue le divorce (7). Le lecteur trouvera en annexe différentes clauses qui organisent la cession des parts. La clause de divorce exercera fréquemment un rôle autorégulateur, permettant ainsi d'éviter une dissolution judiciaire de la société, que nous étudierons ci-après dans le chapitre 2.

Les fondateurs de la société commune pourraient insérer une clause stipulant l'**interdiction de céder ses parts**. Cette solution pourrait être considérée comme illicite : «*Si la clause aboutit à un blocage arbitraire et définitif de tiers, leur application peut être considérée comme contraire à la négociabilité des actions qui est un aspect essentiel de la société anonyme*» (8). Il convient donc, poursuit l'auteur précité, soit de limiter l'obligation dans le temps, soit de prévoir des échappatoires.

L'on peut citer tout d'abord les clauses attribuant un droit de **préemption** ainsi que les clauses d'**agrément**.

Ainsi, l'on peut tout d'abord donner un droit de préférence absolu au partenaire; si le partenaire refuse, l'on peut prévoir que les titres seront revendus au tiers qu'il désigne. Si le partenaire ne peut trouver un candidat acquéreur, celui-ci pourra être proposé par le vendeur, à la condition d'être agréé par le partenaire.

En ce qui concerne le droit luxembourgeois, l'on notera à cet égard que le Projet de Loi (tel que défini ci-après) propose l'introduction, dans notre droit, pour les S.A., des clauses restrictives de la négociabilité des actions (notamment agrément, préemption et inaliénabilité) tout en préservant une certaine flexibilité en la matière (cf. le futur article 37, paragraphes (2) et (3) de la Loi de 1915).

Existents aussi les clauses organisant le droit de suite de type «*me too*» (appelé également «*droit de sortie conjointe*» ou «*drag along right*»). Si l'un des associés décide de vendre sa

(7) Voy. F. DE LY, «Letters of intent under recent Belgian case law», *R.D.A.I.*, p. 285; J. KARALIS, *International Joint Ventures*, West, Saint Paul, 1992, p. 145.

(8) Voy. à propos du droit belge, O. RALET, «Les conventions d'actionnaires», *D.A.O.R.*, n° 1987/4, p. 376.

participation, l'autre associé a le droit de suivre, le tiers devant acquérir tous les titres.

Certaines clauses prévoient le droit de suite de type «*take along*» (appelé également «*droit de cession conjointe*» ou «*tag along right*»); si un tiers se porte acquéreur de titres du minoritaire, ce dernier peut contraindre le majoritaire à céder au tiers une partie de ses parts pour permettre à celui-ci de prendre le contrôle de la société.

Existe également le «*Solomon's choice*» (le choix de Salomon (9)) : l'une des parties peut mettre en demeure son partenaire de choisir, dans un délai court, entre la vente de ses propres actions ou l'achat des actions du premier au même prix.

La clause suivante est très explicite :

1. Au cas où un désaccord majeur survenu entre les parties au sujet de la gestion d'une entreprise commune ne serait pas résolu par le Conseil d'Administration de C1 :

a) L'un des deux associés pourra offrir d'acheter la totalité des participations de l'autre associé (appelé le second associé) dans les entreprises communes, ladite offre devant être faite par lettre recommandée spécifiant le prix et les modalités de paiement dudit achat.

b) Le second associé aura alors le droit d'acheter la totalité des participations du premier associé, aux prix et conditions proposés par le premier associé, étant entendu que ledit droit devra être exercé dans les limites d'une période de quatre-vingt-dix jours suivant la réception dudit avis de la part du second associé.

c) Dans le cas où le second associé n'exercerait pas le droit d'achat des participations du premier associé dans les limites de la période de notification spécifiée à l'alinéa b) ci-dessus, le second associé sera obligé de vendre ses participations au premier associé, aux prix et selon les modalités offerts précédemment, dans les trente jours après que le second associé aura avisé le premier associé de son intention de ne pas exercer son droit d'acheter les participations du premier associé, ou dans les quinze jours suivant l'expiration de la période de notification prévue à l'alinéa b) ci-dessus, en choisissant la plus courte de ces deux périodes.

d) La partie ayant le droit d'acheter les participations de l'autre partie a également le droit de les faire acquérir par tout tiers de son choix sous sa responsabilité personnelle et solidaire.

(9) *Ibid.*

ANN. DR. LUX. - 2010

Ce système est sans doute expéditif mais présente d'importants inconvénients; il suppose que l'un et l'autre partenaire puisse quitter la société dans des délais très courts sans gros problème (10). La validité d'une telle clause pourrait en effet être contestée dans la mesure où l'ensemble des conditions de la cession (et notamment le prix) seraient déterminées unilatéralement par la partie qui prend l'initiative de la mise en œuvre de la clause. La clause pourrait donc être considérée comme édictant des conditions purement potestatives à la vente. Or l'article 1174 du Code civil prohibe de telles clauses en termes clairs : «*Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous condition potestative de la part de celui qui s'oblige*». Nous croyons cependant que cette critique peut être écartée; en effet, le prix qu'une partie propose est celui auquel elle est disposée à vendre à l'autre partie; celle-ci bénéficie de l'option soit de vendre, soit d'acheter à ce prix; en d'autres termes, le caractère arbitraire qui anime la condition potestative est tout, sauf présent, en l'espèce.

Une telle clause est également à manier avec précaution pour d'autres raisons : elle favorise la partie qui se trouve dans une situation financière plus favorable que l'autre au moment de sa mise en œuvre. En effet, une seule des parties peut avoir la possibilité financière de racheter les actions de l'autre. Dans ce cas, le jeu de la clause est faussé. La symétrie des droits devient fictive.

Le fait générateur permettant l'exécution de la clause doit en tout état de cause, là encore, être parfaitement défini et «*objectivé*». Il serait en effet contestable qu'une des parties puisse mettre en œuvre la clause au seul motif qu'elle désire sortir de la relation contractuelle ou se débarrasser de l'autre associé. Généralement, les parties prévoient que la clause ne pourra être mise en œuvre qu'en cas d'événements objectifs permettant de constater l'impossibilité absolue de poursuivre la société en commun.

Se profile le délicat problème de l'évaluation des parts. L'on peut prévoir que celle-ci se fera par un expert, réviseur d'entreprises ou expert-comptable nommé de commun accord.

(10) Voy. sur les inconvénients de cette solution, A.M. CHEVALIER, *loc. cit.*

L'on peut prévoir qu'elle se fera (i) en fonction du dernier bilan (fonds propres divisés par le nombre d'actions), (ii) en fonction du chiffre d'affaires ou de la rentabilité de l'entreprise, (iii) en fonction du prix offert par différents candidats ou selon ces différents critères pondérés (11).

Des variantes sont parfois envisagées :

- Dès la constatation du blocage, chaque partie envoie à un tiers ou met sous enveloppe fermée une offre d'achat des titres de l'autre partie. A une date convenue, les offres sont ouvertes et la partie qui propose le prix le plus élevé est retenue.
- La partie la plus diligente fait désigner un tiers expert chargé de déterminer le prix, qu'il garde secret. Chaque partie lui envoie une offre d'achat. La partie qui a proposé le prix le plus proche de l'évaluation est réputée acquéreur des titres.

L'on peut également prévoir des clauses de **rachat obligatoire** des parts. Ainsi, lorsqu'un partenaire minoritaire souhaite pouvoir se retirer de la *joint venture*, s'il ne peut plus s'identifier avec la stratégie déterminée par le partenaire majoritaire, il peut sauvegarder ses intérêts en se réservant la possibilité de voir les titres rachetés; le rachat ne peut cependant avoir lieu moyennant le paiement du prix de souscription puisque, dans cette hypothèse, le partenaire minoritaire ne supporterait aucun risque, ce qui est contraire à l'article 1855 du Code civil.

L'on notera enfin que le Projet de Loi (tel que défini ci-après) propose d'insérer pour les S.A. dans la Loi de 1915 (tel que défini ci-dessous) un nouvel article 37, paragraphe (2), alinéa 5 suivant lequel : «*Si les dispositions statutaires ou conventionnelles ne précisent pas les modalités de détermination du prix de cession des actions, ce prix est, à défaut d'accord entre les parties, déterminé par le président du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé. La valeur des actions est fixée au jour de la notification de la cession en cas de cession entre vifs et au jour du décès en cas de transmission pour cause de mort.*».

(11) Voy. les clauses annexées.

CHAPITRE 2. – Solutions légales

INTRODUCTION

Dans le premier chapitre, nous nous sommes intéressés aux clauses à insérer dans les conventions entre associés ayant pour objet de régler les situations de blocage et, le cas échéant, la cession à l'amiable des parts entre les associés d'une entreprise commune.

A côté des solutions conventionnelles qui permettent de définir les droits des associés suivant leurs apports, la Loi de 1915 a précisé les situations dans lesquelles les associés minoritaires peuvent se manifester ou se faire entendre. Tel sera l'objet du point 2 du présent chapitre sur les droits des minoritaires.

Ensuite, se pose la question de savoir ce que peuvent faire les associés lorsque les clauses contractuelles de sortie de conflit ne fonctionnent pas ainsi que lorsque rien n'a été conventionnellement prévu? A cet égard, le législateur offre une panoplie grandissante de solutions légales aux associés. C'est ce que nous exposerons dans le point 3 (l'expertise), le point 4 (la dissolution pour justes motifs) et le point 5 (l'exclusion et le retrait).

Mais avant de commencer à examiner les solutions légales aux situations de blocage et aux conflits qui peuvent émerger entre les associés, nous pensons qu'il est opportun d'exposer, dans un premier point, en quoi les avancées législatives affectent le sujet qui nous occupe.

SECTION 1. – ETAT DE LA LÉGISLATION

1.1. – *Introduction*

Actuellement, il n'y a pas, dans la législation luxembourgeoise, de dispositions expresses qui régissent la question du règlement des conflits entre associés en tant que tel.

Les différentes actions ouvertes à un associé en cas de conflit avec le ou les autres associés, telles que prévues par la loi du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales (ci-

après la «Loi de 1915») sont (i) l'expertise et (ii) la dissolution pour justes motifs que nous analyserons ci-dessous.

1.2. – *La réforme des actions en justice
telle qu'envisagée dans le projet de loi 5730*

1.2.1. *Le projet de loi 5730 portant modernisation de la Loi de 1915*

Le législateur luxembourgeois a décidé d'entreprendre une modernisation de son droit des sociétés.

Elle fut initiée dans un premier temps par des réformes sur des matières particulières : (i) loi du 25 août 2006 concernant la société européenne (SE), la société anonyme (ci-après la «S.A.») à directoire et conseil de surveillance et la société anonyme unipersonnelle et (ii) les deux lois du 23 mars 2007 modifiant (a) la Loi de 1915 (en ce compris la matière des fusions et scissions de sociétés pour, d'une part, étendre à l'ensemble des sociétés commerciales dotées de la personnalité juridique la faculté d'avoir recours à ces techniques de restructuration et introduire les techniques d'apport partiel d'actifs, de transferts d'universalité et de branche d'activité ainsi que le transfert du patrimoine professionnel et pour, d'autre part, permettre à une société de droit luxembourgeois de fusionner avec une société de droit étranger pour autant que le droit national de cette dernière ne s'y oppose pas), (b) celle du 19 décembre 2002 sur le Registre de Commerce et des Sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et (c) modifiant certaines autres dispositions légales et ladite loi du 25 août 2006 (12). Des dispositions plus récentes viennent modifier la loi en matière de fusion, de scission et d'évaluation d'apport (13).

Dans un second temps, à la suite des modifications thématiques ci-dessus, le Ministre de la Justice a déposé un projet de loi le 8 juin 2007 (14) (le «Projet de Loi») ayant comme objectif, pour citer son titre, de «moderniser» le droit des

(12) Projet de loi n°5730 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales, 3 juillet 2007, p. 37.

(13) Voy. Loi du 10 juin 2009; voy. Loi du 18 décembre 2009.

(14) *Ibid.*

sociétés. Ce projet a été élaboré avec l'assistance technique du laboratoire de droit économique aujourd'hui rattaché à l'Université du Luxembourg. Comme le décrit le Projet de Loi, les dispositions proposées touchent aux sociétés et personnes morales à chaque stade de leur vie : la constitution, le fonctionnement, les restructurations, les dissolutions et liquidations (15).

Dans un troisième temps, la Loi de 1915 fera l'objet d'une codification dans les prochains mois (16). Cette codification et la délégation de pouvoirs octroyée au Grand-Duc à cette fin sont très appréciables, surtout qu'une telle codification avait déjà vu le jour en Belgique il y a près de 10 ans; le résultat fut un véritable succès et facilite la vie des praticiens.

1.2.2. *L'inspiration du droit belge et français*

La modernisation du droit luxembourgeois s'est inspirée «des innovations législatives récentes des pays voisins et notamment de la France et de la Belgique, le souci constant a été de ne pas porter atteinte à la liberté des opérateurs économiques mais de leur fournir un cadre leur apportant un surcroît de sécurité» (17).

Le sujet qui nous occupe est en relation directe avec les innovations législatives belges.

Le projet de loi nous intéresse principalement sur deux points : (i) les droits des associés minoritaires et l'impact qu'aura sur ces droits le projet de loi lorsqu'il entrera en vigueur et (ii) l'intégration de dispositions portant sur l'exclusion, le rachat et le retrait d'associés.

(15) *Ibid.*

(16) L'article IV (disposition particulière) dudit projet habilite le Grand-Duc à regrouper dans un Code des sociétés les dispositions du Code civil relatives aux sociétés et celles de la Loi afin de les harmoniser et en accroître la compréhension sans toutefois y apporter de modifications de fond, voy. *ibid.*, p. 38.

(17) Projet de loi n° 5730, p. 37.

SECTION 2. – LES DROITS DES MINORITAIRES

2.1. – *La question du droit à l'égalité
des actionnaires au Grand-Duché de Luxembourg*2.1.1. *Introduction : l'affaire RTL*

La question d'un principe en droit luxembourgeois d'égalité entre actionnaires a été soulevée dans une affaire que nous allons traiter, plus connue sous le nom de «*l'affaire RTL*».

Cette affaire nous intéresse car elle permet de voir, en l'absence de toute convention de cession d'actions entre associés, les recours légaux, le cas échéant, dont peuvent bénéficier les associés minoritaires après qu'une cession de participation majoritaire ait été conclue.

Dans cette affaire, la société Bertelsmann a acquis de la société GBL une participation de contrôle de la société RTL Group. Ladite cession (*i*) a fait l'objet du paiement d'une prime de contrôle payée par B. à GBL et (*ii*) a permis à B. de détenir *in fine* la majorité qualifiée du capital. Le groupe minoritaire, détenant ensemble une participation dans RTL Group cotée en Bourse, notamment de Luxembourg, d'un total inférieur à 10 %, a estimé que la cession de la participation majoritaire, qui a permis à ce dernier de prendre le contrôle de RTL Group, portait gravement atteinte au droit à l'égalité de traitement des actionnaires minoritaires de RTL Group.

Les petits actionnaires ont introduit une action judiciaire tendant à voir annuler la ou les conventions entre GBL et B., sinon à permettre aux demandeurs d'échanger leurs actions à un certain prix, sinon à obtenir le paiement de certains montants correspondants.

Il n'existait pas, à l'époque, de dispositions expresses qui imposaient à l'acquéreur d'une participation de contrôle d'une société cotée d'étendre son offre à l'ensemble des actionnaires, y compris les minoritaires (18). Le groupe minoritaire a alors

(18) L'on notera dès à présent que la loi du 19 mai 2006 transposant la directive 2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les offres publiques d'acquisition remédie à cette carence. La présente affaire n'est néanmoins pas obsolète car la législation luxembourgeoise en droit des sociétés ne contient toujours pas de dispositions à cet égard, même si le Projet de loi n° 5730, *op. cit.*, une fois adoptée et entrée en vigueur, y remédiera (voir ci-après le point 4.4).

basé son action sur l'existence du principe général de droit suivant : « *le droit à l'égalité des actionnaires* ».

Le juge ne va pas reconnaître le principe d'égalité. Différents fondements étaient invoqués par les minoritaires.

a) Réglementation boursière

Le juge va s'opposer à reconnaître une quelconque égalité dans la réglementation boursière qui prescrit dans certaines hypothèses un traitement égal des actionnaires (19). Le juge estime qu'en l'espèce il n'y a pas eu violation de la norme déontologique.

b) Droit européen

Quant à l'invocation d'un potentiel droit à l'égalité des actionnaires au niveau de la Recommandation de la Commission portant sur un Code de conduite européen (20), le juge rappelle qu'il s'agit d'une catégorie d'actes qui permet aux institutions de la Communauté de se prononcer de manière non contraignante, c'est-à-dire sans obligation juridique pour les destinataires. Aucune disposition de droit interne n'étant venue mettre en œuvre cette Recommandation communautaire, l'égalité de traitement à assurer à tout détenteur de valeurs mobilières de même nature émises par la même société est un vœu auquel aucune sanction judiciaire n'est attachée (21).

c) Le contrat de société

Toujours dans l'affaire qui nous occupe, le tribunal a infirmé les prétentions des minoritaires qui estimaient 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 collabo-*

(19) L'article 7 (point 1.4) du chapitre VI du règlement intérieur de la Bourse de Luxembourg dispose que « *la demande d'admission à la cote officielle doit être accompagnée d'une déclaration émanant de l'émetteur des valeurs mobilières dans laquelle celui-ci s'engage (...) à assurer un traitement égal des actionnaires qui se trouvent dans des conditions identiques (...)* ».

(20) Recommandation de la Commission portant sur un Code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières (77/534/CEE), adoptée le 25 juillet 1977 et publiée au *JO*, L212 du 20 août 1977.

(21) Trib. arr. Lux., 8 juillet 2003, nos du rôle 70846 et 79679 (jonction), p. 44.

ration 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» (22).

2.1.2. Les dispositions légales spécifiques

Il n'existe à ce jour, dans la Loi de 1915, aucune disposition qui consacrerait l'égalité des actionnaires.

Il est vrai que la Loi de 1915 consacre certains droits réservés au groupe minoritaire qui imposent au groupe majoritaire de le prendre en considération soit au niveau de la prise de décision soit au niveau de la transparence du fonctionnement des organes sociétaires : ces droits sont principalement liés à l'atteinte de seuils de participation (23), à la détention d'actions (24), à la tenue des assemblées (25), à des souscrip-

(22) M. ELVINGER, «Les minorités en droit des affaires. Rapport luxembourgeois (1)», *Ann. dr. lux.*, vol. 11, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 210.

(23) Toute modification des statuts requiert (i) outre le quorum de délibération (la moitié au moins du capital représenté respectivement n'importe quelle que soit la portion du capital représenté si le quorum n'est pas atteint à la première assemblée), (ii) les 2/3 de voix; ainsi, une minorité de blocage d'un minimum de 30 % plus 1 suffit, sous réserve du quorum de délibération, pour empêcher la modification statutaire proposée (cf. article 67-1 de la Loi de 1915); concernant la S.à r.l., une telle modification doit être décidée par (i) la majorité des associés représentant (ii) les 3/4 du capital social (cf. article 199 de la Loi de 1915). Le changement de la nationalité de la société et l'augmentation des engagements des actionnaires ne peuvent être décidés qu'avec l'accord unanime des associés et des obligataires (cf. article 67-1 de la Loi de 1915). Le droit des détenteurs de 5 % en matière de fusion et de scission (articles 264 c), 279 c), 292 c) et 306 c)).

(24) La nomination par le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, sur requête d'actionnaires et de coopérants possédant 1/5 des intérêts sociaux, d'un ou plusieurs commissaires ayant pour mission de vérifier les livres et comptes de la société (cf. article 154 de la Loi de 1915). En cas de perte de la 1/2 du capital social, l'assemblée est convoquée par l'organe de gestion endéans deux mois à dater du moment où la perte a été constatée par eux ou aurait dû l'être et délibère sur la dissolution éventuelle de la société; les mêmes règles sont observées lorsque la perte atteint les 3/4 des voix émises à l'assemblée (cf. article 100 de la Loi de 1915).

(25) Tout actionnaire a, nonobstant toute disposition contraire, mais en se conformant aux règles des statuts, le droit de voter par lui-même ou par mandataire (cf. article 67, alinéa (3) de la Loi de 1915); tout actionnaire peut, nonobstant toute clause contraire de l'acte de société, prendre part aux délibérations avec un nombre de voix égal aux actions qu'il possède, sans limitation (cf. article 67, alinéa (4) de la Loi de 1915). L'organe de gestion a le droit de proroger, séance tenante, l'assemblée à quatre semaines. Il doit le faire sur la demande d'actionnaires représentant au moins 1/5 du capital social (cf. article 67 (5) de la Loi). L'obligation pour l'organe de gestion de convoquer l'assemblée générale de façon à ce qu'elle soit tenue dans le délai d'un mois, lorsque des actionnaires représentant 1/10 du capital social de la société les en requièrent par une demande écrite, indiquant l'ordre du jour. Un ou plusieurs actionnaires disposant ensemble de 10 % au moins du capital souscrit peuvent demander l'inscription d'un ou plusieurs nouveaux points à l'ordre du jour de toute assemblée générale (cf. article 70, alinéas 2, 3 et 4 de la Loi de 1915).

tions préférentielles (26), à l'information (27) et à un droit de vote égal au sein d'une même catégorie d'actions (28).

Néanmoins, dans l'affaire RTL, le tribunal affirme à l'égard de l'ensemble de ces droits des minoritaires prévus dans la Loi de 1915 qu'ils ne sont qu'un principe général d'égalité interne entre les actionnaires (29), c'est-à-dire visant uniquement les relations entre la société et ses actionnaires et non les relations des actionnaires entre eux.

Avant l'introduction de la loi de 2006 en matière d'O.P.A., il n'y avait en droit luxembourgeois aucune disposition législative quelconque mentionnant l'égalité des actionnaires.

2.1.3. *Un principe général du droit d'égalité des actionnaires?*

I. *Définition*

Dans l'affaire RTL, l'appui sur des textes spécifiques ayant été vain, les minoritaires se sont retournés vers les principes généraux du droit comme l'abus de droit (avant sa consécration par l'article 6-1 du Code civil).

Les principes généraux du droit sont définis par P. PESCATORE comme «*un ensemble de principes directeurs qui, sans avoir le caractère précis et concret des règles du droit positif, n'en servent pas moins d'orientation dans l'application et dans le développement de l'ordre juridique*» (30).

(26) Les actions à souscrire en numéraire doivent être offertes par préférence aux actionnaires proportionnellement à la partie du capital que représentent leurs actions (cf. article 32-3 (1)).

(27) Quinze jours avant l'assemblée générale, les actionnaires peuvent prendre connaissance au siège social d'une série d'informations et de documents, dont notamment les comptes annuels (article 73 de la Loi de 1915). En cas de projet de fusion, tout actionnaire peut prendre connaissance au siège social (et recevoir une copie) d'un certain nombre de documents en relation avec ledit projet (cf. article 267 de la Loi de 1915). Tout actionnaire peut prendre connaissance du registre des actions nominatives au siège social de la société dont la Loi de 1915 prévoit les informations qu'il doit contenir (désignation précise de chaque actionnaire et indication du nombre de ses actions ou coupures, indication des versements effectués et les transferts effectués avec leur date ou la conversion des actions en titres au porteur, si les statuts l'autorisent) (cf. article 39 de la Loi de 1915).

(28) Lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions et que la délibération de l'assemblée générale est de nature à modifier leurs droits respectifs, la délibération doit, pour être valable, réunir dans chaque catégorie les conditions de présence et de majorité requises pour la modification des statuts (article 68 de la Loi de 1915).

(29) *Trib. arr. Lux.*, 8 juillet 2003, n^{os} du rôle 70846 et 79679 (jonction), p. 30.

(30) P. PESCATORE, «Introduction à la science du droit», n^{os} 71 et 72, cité dans *Trib. arr. Lux.*, 8 juillet 2003, n^{os} du rôle 70846 et 79679 (jonction), p. 49.

Dans l'affaire RTL, le juge a considéré que sur le plan luxembourgeois, l'existence du principe est contredite par l'attitude du gouvernement de sorte que *«l'absence d'une disposition de droit positif luxembourgeois n'est pas l'expression d'une conception qui estimerait qu'une telle règle serait superflue puisque déjà contenue dans un principe général du droit, mais le fruit d'un choix politique clairement exprimé de «donner au droit des sociétés luxembourgeois un caractère libéral» (31).*

II. *La question préjudicielle de la Cour de cassation*

L'affaire RTL poursuit son chemin. Le jugement rendu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a fait l'objet d'un appel. La Cour d'appel a confirmé dans son arrêt rendu le 12 juillet 2006 que *«l'égalité de traitement des actionnaires ne fait pas partie du droit positif au titre du principe général de droit» (32).*

L'affaire fut introduite devant la Cour de cassation, qui, en date du 5 mars 2008, a introduit une demande de question préjudicielle auprès de la Cour européenne de Justice afin de savoir si les références à l'égalité des actionnaires, et, plus spécifiquement, la protection des minoritaires dans les quatre documents suivants procèdent d'un principe général de droit communautaire : (i) dans la deuxième directive *«sociétés» (33)*, (ii) dans la recommandation de la Commission, du 25 juillet 1977, établissant le code de conduite européen concernant les transactions relatives aux valeurs mobilières (34), en son *«Troisième Principe général»* et sa *«Dix-septième disposition complémentaire»*, (iii) dans la directive 79/279/CEE du Conseil, du 5 mars 1979, portant coordination des conditions d'admission des valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs (35), en son annexe schéma C, point 2, a), reprise dans la directive consolidée du 28 mai 2001, (iv) dans la directive

(31) *Trib. arr. Lux.*, 8 juillet 2003, n^{os} du rôle 70846 et 79679 (jonction), p. 57.

(32) Cour d'appel, 12 juillet 2006, n^o 28403 et n^o 29202 du rôle.

(33) Deuxième directive 77/91/CEE, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les Etats membres des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (*JO*, 1977, L 26, p. 1).

(34) *JO*, L212, p. 37.

(35) *JO*, L66, p. 21.

2004/25/CE du Parlement européen et du Conseil, du 21 avril 2004, concernant les offres publiques d'acquisition (36) en son article 3, paragraphe 1, à la lumière de son considérant (8).

Il existe un certain consensus européen sur la protection des actionnaires minoritaires. Le juge lui-même cite D. Schmidt, dont la position est claire : *«La grande majorité des auteurs estime que le principe d'égalité entre actionnaires est limité aux rapports sociaux et qu'il ne s'étend pas davantage et qu'il n'y a pas d'égalité entre actionnaires envers les tiers. Soutenir le contraire conduirait à des solutions inadmissibles : si un minoritaire désire céder sa participation, d'autres minoritaires pourront-ils exiger du cessionnaire le rachat de leurs droits? Si deux actionnaires cèdent leurs titres à un même acquéreur, pourront-ils exiger de lui qu'il paye à chacun le même prix? La réponse négative n'existe que dans les rapports sociaux»* (37).

Néanmoins les mesures sont assez disparates.

Le droit belge a tenu compte du principe d'égalité entre les actionnaires avant même l'introduction de sa première législation en matière d'O.P.A en 1989. La réglementation en matière d'O.P.A a également été introduite en droit français en 1989.

Le législateur luxembourgeois avait décidé d'attendre la promulgation de la directive européenne en la matière, de sorte qu'aucune réglementation en matière d'O.P.A. n'a vu le jour avant l'introduction de la loi de 2006.

Dans un arrêt rendu le 15 octobre 2009, la Cour de Justice a répondu à la question posée par la Cour de cassation comme suit : *«le droit communautaire ne contient pas de principe général de droit selon lequel les actionnaires minoritaires sont protégés par l'obligation de l'actionnaire dominant acquérant ou exerçant le contrôle d'une société d'offrir à ceux-ci de racheter leurs actions aux mêmes conditions que celles convenues lors de l'acquisition d'une participation conférant ou renforçant le contrôle de l'actionnaire dominant»*. Le fait que le droit européen ne reconnaisse pas la protection des minoritaires comme

(36) JO, L142, p. 12.

(37) D. SCHMIDT, «Chronique XXXIII, quelques remarques sur les droits de la minorité dans les cessions de contrôle», *Rec. Dalloz Sirey*, 1972.

principe général de droit communautaire n'enlève rien à la possibilité que ce principe soit reconnu en droit interne. S'agissant du droit européen précité dans cet article et pour lequel la Cour de Cassation a posé une question préjudicielle, la Cour relève qu'il ne vise que des applications bien déterminées. Par ailleurs, la question posée mettait la barre assez haut, car les principes généraux de droit communautaire doivent répondre à des critères assez élevés pour être pris en considération. Dans son considérant n° 34, la Cour de Justice énonce : « *L'examen des dispositions énoncées par la juridiction de renvoi a pour seul objet de vérifier si ces dispositions donnent des indications concluantes de l'existence du principe recherché. A cet égard, il y a lieu de préciser que ces dispositions ne revêtent une valeur indicative que dans la mesure où elles sont rédigées de manière contraignante, faisant ressortir le contenu bien déterminé du principe recherché.* ».

2.2. – *Les futurs droits additionnels des minoritaires dans le cadre du projet de loi 5730*

Afin d'être complet, nous listons quelques armes que le Projet de Loi va donner aux actionnaires minoritaires. L'on notera qu'une fois le Projet de Loi aura été adopté, ces nouveaux droits feront partie intégrante des mesures légales disponibles pour le groupe minoritaire.

Leur développement ne faisant pas l'objet de la présente étude, nous nous contenterons de les citer.

2.2.1. *L'introduction de l'action sociale minoritaire*

Le Projet de Loi propose d'introduire dans les S.A. l'action sociale minoritaire, aux conditions fixées aux futurs articles 63bis à 63septies de la Loi de 1915 proposés dans le Projet de Loi. Cette dernière est basée sur le modèle belge.

2.2.2. *L'introduction du rachat obligatoire ou « sell out »*

Le Projet de Loi propose d'introduire une action judiciaire « *permettant aux actionnaires minoritaires de sortir du capital d'une société qu'ils ne peuvent plus contribuer à contrôler* ».

moyennant un rachat de leurs titres par le ou les actionnaires majoritaires à un prix équitable» (38).

Cette action par voie de justice est développée ci-après sous le point 5.4 de ce chapitre.

2.2.3. *Modification des droits existants*

Nous mentionnerons que le Projet de Loi renforce certains droits des minoritaires comme par exemple :

- Le seuil pour la demande par un ou plusieurs actionnaires d'une prorogation de l'assemblée est abaissé de 20 % à 10 % (39) afin de refléter la modification déjà inscrite dans l'article 70 de la Loi de 1915 en ce qui concerne l'obtention d'une convocation de l'assemblée.
- Lorsqu'il existe plusieurs catégories d'actions, la modification de leurs droits est sujette à l'émission d'un rapport spécial de l'organe de gestion (40).
- Le régime de l'expertise de gestion figurant à l'article 154 de la Loi du 10 août 1915 (voir point suivant) est réformé (notamment le pourcentage de représentation du capital est abaissé à 10 %) (41).

SECTION 3. – L'EXPERTISE

OU LA NOMINATION D'UN COMMISSAIRE-VÉRIFICATEUR

Le seul organe légalement prévu pour décider d'une mesure d'expertise est l'assemblée générale des actionnaires (cf. article 67 de la Loi de 1915). L'assemblée sera saisie, conformément à l'article 70, alinéa 2, par le conseil d'administration à son initiative ou à la demande d'un ou plusieurs actionnaires représentant plus d'un dixième du capital social de la société

(38) Projet de loi n° 5730, *op. cit.*, p. 93.

(39) Article 67 (5) de la Loi de 1915: «Le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, a le droit de proroger, séance tenante, l'assemblée de quatre (4) semaines. Il doit le faire sur la demande d'actionnaires représentant au moins le dixième (1/10) du capital social. (...)».

(40) Article 68, après modification, pour les S.A. et le futur article 196*bis* pour les S.à r.l. (le Projet de Loi donnant une base légale quant à la possibilité pour les S.à r.l. d'émettre des catégories de parts sociales).

(41) Voir projet de loi n° 5730, *op. cit.*, pp. 111 et 112.

qui le requièrent par une demande écrite, indiquant l'ordre du jour.

Alors que c'est la compétence de principe de l'assemblée générale des actionnaires, le législateur a néanmoins attribué un certain rôle au juge du fond, sous certaines conditions. En effet, l'article 154 de la Loi de 1915 stipule que *«le tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale peut, dans des circonstances exceptionnelles, sur requête d'actionnaires et de coopérants possédant le cinquième des intérêts sociaux, signifiée avec assignation à la société, nommer un ou plusieurs commissaires ayant pour mission de vérifier les livres et comptes de la société.*

Il entend les parties en chambre du conseil et statue en audience publique.

Le jugement précisera les points sur lesquels portera l'investigation et fixera la consignation préalable à effectuer pour le paiement des frais; ces frais pourront être compris dans ceux de l'instance auxquels donneraient lieu les frais constatés.

L'action proposée à l'article 154 est, pour les actionnaires minoritaires, *«souvent le seul moyen de connaître les rouages internes de l'affaire et de découvrir, dans certains cas, des pratiques de gestion susceptibles de les dépouiller»* (42).

Les conditions de sa mise en œuvre sont les suivantes : (i) la possession de 20 % des intérêts sociaux, (ii) la fixation par le requérant des points sur lesquels portera l'investigation, et (iii) la présence de circonstances exceptionnelles. Les deux premières conditions n'appellent pas de commentaires. Quant à la troisième, l'article en question ne précisant pas ce qu'il faut entendre par *«circonstances exceptionnelles»*, la jurisprudence (43) l'a circonscrite en se référant au Bâtonnier Resteau : *«les tribunaux doivent les accueillir lorsque les faits allégués sont suffisamment graves, qu'ils ne sont démentis par les éléments produits par la société, qu'ils sont vraisemblables ou qu'il existe un commencement de preuve de ces faits»* (44). Dans

(42) Trib. arr. Luxembourg, 3 février 1989, n° 62/89 du rôle, *Bulletin du Cercle Français Laurent, III*, 1989, pp. 69 et s.

(43) Référé, comm. 22 juin 2003, in F. FAYOT et C. MATINS COSTA, «Droit des sociétés (2002-2006)», *Ann. dr. lux.*, vol. 16, 2006, pp. 430 à 432.

(44) Ch. RESTEAU, *Les sociétés anonymes devant les lois belges*, édition 1913, t. III, n° 1393, p. 81.

ce litige, la cession de participations faisait l'objet de clauses statutaires particulières. La partie demanderesse craignait qu'une cession importante de participations n'ait été faite sans l'autorisation préalable des détenteurs des parts bénéficiaires comme le stipulaient les statuts. Le juge des référés a déclaré la requête recevable et nommé un commissaire afin de vérifier les livres et les comptes de la société au motif que l'expert nommé auparavant, conformément aux statuts de ladite société, avait été incapable de définir la participation de la partie défenderesse.

Cette jurisprudence de 2003 est dans la lignée d'un autre jugement rendu en 1989, lequel affirmait que : *« Il suffit, pour qu'il puisse y avoir désignation de commissaires spéciaux, qu'à raison du désordre des affaires sociales, de négligences des administrateurs et d'inobservations de prescriptions légales, il y ait lieu de soupçonner l'existence d'irrégularités graves de nature à motiver ce recours. Il se justifie notamment lorsque la comptabilité d'une société semble contenir des obscurités ou des négligences et qu'un groupe d'actionnaires minoritaires allègue avec vraisemblance que la comptabilité est irrégulière, la société étant par ailleurs en état virtuel de faillite »* (45).

L'on notera que la réforme du régime de l'expertise de gestion introduit par le Projet de Loi, qui s'est inspiré du droit français, est en lien avec la jurisprudence en ce qu'elle donne un cadre clair à ladite action judiciaire.

SECTION 4. – LA DISSOLUTION JUDICIAIRE POUR JUSTES MOTIFS

4.1. – *Les bases légales*

A côté de l'article 1865 du Code civil qui énumère cinq cas justifiant la fin de vie des sociétés et dont il est constant qu'ils ne sont pas exhaustifs, l'article 1871 du Code civil prévoit la dissolution des sociétés pour justes motifs.

(45) Trib. arr. Luxembourg, 3 février 1989, n° 62/89 du rôle, *Bulletin du Cercle Français Laurent, III*, 1989, pp. 69 et s., cité dans J. PETRY, « Société et associations », *Pasicrisie Luxembourgeoise*, t. 29, n° 3/1994, p. 75.

L'article 1871 du Code civil, situé dans le chapitre intitulé «*Des différentes manières dont finit la société*» est libellé comme suit : «*La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges*».

Outre le Code civil, la Loi de 1915, depuis sa modification du 7 septembre 1987, a expressément prévu la possibilité pour les S.A., S.C.A., S.à r.l. d'être dissoutes pour «*justes motifs*» (46). On notera que les illustrations mentionnées dans l'article 1871 du Code civil ne sont pas reprises dans la Loi de 1915.

La dissolution pour justes motifs étant la mise à mort de la société, le juge ne prononcera cette mesure subsidiaire que lorsqu'il n'est plus possible de recourir à d'autres solutions telles que, par exemple :

- les clauses statutaires conventionnelles (voir ci-dessus);
- la désignation d'un administrateur provisoire;
- l'intervention du juge des référés;
- «*l'élimination du blocage injustifié de certaines décisions par la sanction de l'abus de majorité ou de l'abus de minorité*» (47).

Notons que, sous réserve de l'adoption du Projet de Loi, l'on pourra recourir à d'autres mesures (développées ci-après) permettant d'éviter la dissolution pour justes motifs :

- l'exclusion et le rachat forcé des actions;
- la procédure de retrait obligatoire («*squeeze out*»).

(46) Voir l'article 99, alinéa 3 pour la société anonyme, l'article 116 (1) pour la société coopérative, l'article 181-1, alinéa 3 pour la S.à r.l.

(47) Voir P.A. FORIERS, «Les situations de blocage dans les sociétés anonymes», *R.C.D.*, 1992, p. 482, cité dans J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis*, 2^{ème} édition, Brulant, Bruxelles, 2006, p. 800.

4.2. – *La circonscription du concept de «justes motifs»*

4.2.1. *Illustration*

En disposant expressément que la dissolution peut être demandée pour de «*justes motifs*», le législateur s'en remet au juge à qui il laisse l'entière appréciation des causes de dissolution.

Nous introduirons la matière par un exemple dans lequel un rachat envisagé des parts a été rendu impossible suite à de sérieuses querelles.

La Banque Degroof Luxembourg S.A. (la «Banque»), la Compagnie Financière Werister S.A. de droit belge («Werister») et Concerta GmbH («Concerta») sont actionnaires de la société Comptoir Européen de Change et de Gestion S.A. («C.E.C.G.»). La Banque a assigné les autres actionnaires et C.E.C.G. devant le tribunal de commerce pour voir prononcer la dissolution de la société pour cause de mésentente manifeste entre actionnaires nuisant au développement de C.E.C.G. qui voit son fonds de commerce se dégrader.

C.E.C.G., gestionnaire de fortune et comme tel soumis à la surveillance de la CSSF, a fait l'objet d'une demande en dissolution sur la base de l'article 61 de la loi du 5 avril 1993 sur le secteur financier, telle que modifiée (la «Loi de 1993»), qui n'exclut pas la possibilité pour un actionnaire de saisir le tribunal d'une demande en liquidation sur la base des articles 99 de la Loi de 1915 et 1871 du Code civil.

A l'appui de sa demande, l'appelant fait valoir que (i) le groupe majoritaire Werister, soutenu par Concerta, a laissé l'ancien administrateur D. (détenteur indirect par Werister de 45 % des parts de C.E.C.G.) spéculer à sa guise sans déposer les garanties nécessaires, (ii) l'ancien administrateur D. a utilisé C.E.C.G. pour faire des opérations hautement spéculatives mettant en danger C.E.C.G. tout comme le compte de certains clients. L'actionnaire majoritaire a refusé de donner décharge aux administrateurs des actionnaires minoritaires et de renouveler leur mandat. La Cour a estimé que l'accord de rachat par Werister des parts de la Banque, qui a été rendu impos-

sible par suite de sérieuses querelles, «*fait preuve à lui seul du défaut de volonté de continuer ensemble, en d'autres termes de la perte de l'affectio societatis*». En outre, de nombreux clients ont déjà quitté la société. Partant, la Cour tire comme conclusion que l'*affectio societatis* n'existe plus, la mésentente entre les deux groupes d'actionnaires est réelle, grave et persistante au point de mettre l'existence même de la société en danger (48).

4.2.2. La mésintelligence grave et persistante entre actionnaires

I. La notion de mésintelligence

Afin de circonscrire les «*justes motifs*», les juges luxembourgeois citent régulièrement la doctrine française : «*Une dissolution judiciaire ne doit intervenir à la demande de l'un des associés que pour des justes motifs, c'est-à-dire sérieux et conséquents révélant une situation grave de la société, de nature à rendre périlleuse la poursuite de son activité pour les intérêts qui y sont engagés*» (*Encyclopédie Dalloz*, Sociétés, v° Dissolution, n° 72) (49). Ce sont souvent les concepts de «*mésintelligence*» (50) grave ou de «*dissensions assez graves*» (51) qui sont repris par les juridictions de fond.

A la lecture de la jurisprudence, nous pouvons conclure que la cause majoritaire des dissolutions pour justes motifs est la mésintelligence grave et persistante entre actionnaires de nature à empêcher toute activité commune et à mettre en péril l'existence de la société.

Outre l'illustration ci-avant, ont ainsi été considérés comme de justes motifs :

- la tenue irrégulière d'une assemblée générale suite à une mésentente entre deux associés d'une société dont l'un a

(48) Cour d'appel, 15 juin 2005, n° 26762 du rôle.

(49) *Trib. arr. Lux.*, 29 mars 1994, n° 41104 du rôle, *Trib. arr. Lux.*, 13 décembre 1991, n° 40049 du rôle, *Trib. arr. Lux.*, 10 novembre 2000, n° 49599 du rôle.

(50) Voir Cour d'appel, 20 février 1920, *Pas.*, L11, 79 : «*La mésintelligence entre associés constitue un juste motif permettant de prononcer la résiliation du contrat de société*».

(51) *Trib. lux.*, 2 février 1977, *Pas.*, XXIV, 58 : «*Il est exigé que les dissensions soient assez graves pour paralyser la marche de la société, pour empêcher la tenue régulière des assemblées ou le fonctionnement des organes sociaux*».

tenu une assemblée sans établir que l'autre n'avait plus la qualité d'associé (52);

- un ensemble des faits qui couvrent une période de plusieurs années qui a pour conséquence de paralyser la vie de la société (voir ci-après).

A contrario, les causes suivantes sont refusées par les juridictions de fond et considérées comme simplement de mauvais rapports entre les associés ne mettant pas en péril la société (53) :

- le dépôt tardif de bilans (54);
- l'absence de ratification des comptes de la société par les associés et publiés (55);
- le fait de ne pas convoquer aux assemblées générales des associés qui n'ont dès lors pas pu prendre part aux délibérations relatives à l'approbation des comptes sociaux (56);
- l'absence d'établissement d'abus de majorité alors qu'une prise d'une décision par l'associé majoritaire l'a été dans l'unique dessein de favoriser les associés majoritaires aux dépens des minoritaires (57);
- les prélèvements sur les comptes sociaux ou le défaut de donner suite à des commandes passées à la société par un associé qui n'est pas gérant (58).

Prise isolément, chaque cause mentionnée à l'alinéa ci-dessus n'est pas suffisante pour être qualifiée de justes motifs. Néanmoins, il peut en être autrement lorsqu'elles sont cumulées.

(52) Cour d'appel, 26 novembre 1997, n° 20149 du rôle, cité dans *Recueil de législation, « Sociétés commerciales – loi du 10 août 1915 »*, Service central de législation, Luxembourg, 2003, p. 175.

(53) *Trib. arr. Lux.*, 13 décembre 1991, n° 40049 du rôle, *Trib. arr. Lux.*, 13 juin 1986, n° 366821 du rôle, *Trib. lux.*, 2 février 1977, *Pas.*, XXIV, 58.

(54) *Trib. arr. Lux.*, 29 mars 1994, n° 41104 du rôle, *Cour d'appel*, 18 juin 2003, n° 26917 du rôle.

(55) *Trib. arr. Lux.*, 10 novembre 2000, n° 49599 du rôle, *Trib. arr. Lux.*, 9 mai 2003, n° 73128 du rôle, le juge précisant par ailleurs qu'« il semble d'ailleurs que la véritable raison de la demande en liquidation soit constituée par la volonté de B. de se libérer de la s.à r.l. A.O. et de ses engagements afférents à la participation au capital social, des pourparlers de cession de ses parts sociales ayant échoué. Une telle motivation ne saurait cependant justifier la liquidation de la société pour mécontentement grave ».

(56) Cour d'appel, 18 juin 2003, n° 26917 du rôle et le commentaire de F. FAYOT, *Annales de droit luxembourgeois*, vol. 16 – 2006, Bruylant, Bruxelles 2007, pp. 432 et s.

(57) *Trib. arr. Lux.*, 10 novembre 2000, n° 49599 du rôle.

(58) *Trib. arr. Lux.*, 13 juin 1986, n° 36821 du rôle.

Par exemple, dans le cadre d'une demande introduite sur le pied de l'article 181-1, alinéa 3 (59), un plaignant invoque à l'appui de sa demande de dissolution de la société (i) l'usage de matériel de la société à des fins privées par les coassociés, (ii) le licenciement irrégulier du plaignant également embauché par la société, (iii) le transfert sur le compte privé de 200.000 LUF appartenant à la société sans l'accord du plaignant et de la cogérante, (iv) l'achat de matériel (photocopieuses) par les coassociés sans l'accord de la cogérante, (v) l'installation d'un système d'alarme et le changement d'une serrure de porte par les coassociés sans laisser au plaignant et à la cogérante le code et la clé pour la nouvelle serrure alors que les auteurs des changements étaient partis en congé, (vi) la constitution par les coassociés d'une nouvelle société ayant le même objet social, le même siège social, les mêmes numéros de téléphone et de télécopie, (vii) le désintérêt des coassociés à la vie de la société.

La Cour en infère que «*même si chaque point de l'offre de preuve pris isolément ne suffisait pas à établir un juste motif de dissolution de la société, l'ensemble des faits invoqués qui couvrent une période de plusieurs années, doivent être considérés comme assez graves pour paralyser la marche de la société*».

II. Le bénéficiaire de l'action

En principe, l'action en justice est ouverte à tout actionnaire. La notion de faute est étrangère au contrôle des justes motifs. En effet, les juridictions de fond contrôlent «*l'existence de justes motifs de liquidation qui s'apprécient dans le fonctionnement de la société sans avoir à aviser la gravité respective des fautes invoquées de part et d'autre. Elle n'est en effet pas saisie d'une demande en dommages et intérêts pour fautes contractuelles*» (60).

(59) Cour d'appel, 29 septembre 1993, n° 14.197 du rôle.

(60) Cour d'appel, 15 juin 2005, n° 26762 du rôle, voir également Cour d'appel, 29 septembre 1993 : «Du moment qu'une juridiction, saisie d'une demande en dissolution d'une société, constate l'existence d'une mésentente, mettant en danger le fonctionnement de la société, elle n'a pas à établir à laquelle des parties au litige la responsabilité de cette situation incombe».

Comme énoncé à l'alinéa précédent, le juge n'analyse pas la gravité respective des fautes. Néanmoins, la question se pose de savoir si l'actionnaire à l'origine du conflit pourrait demander la dissolution pour juste motif. La doctrine est plutôt d'un avis contraire (61).

4.2.3. *Les autres cas de justes motifs*

Comme l'action judiciaire organisée par l'article 1871 du Code civil a été «*transposée*» dans la Loi de 1915 octroyant ladite action aux sociétés de capitaux, mais sans reprendre les illustrations de justes motifs indiquées dans ledit article du Code civil, la jurisprudence luxembourgeoise a plutôt tendance à se baser systématiquement sur la mésintelligence et la mise en péril de la société sans valider la division (somme toute théorique) proposée par ledit article 1871 concernant les justes motifs.

I. *L'inexécution par un associé de ses engagements*

On pourrait citer, comme exemple d'inexécution par un associé de ses engagements : (i) la non-libération par un actionnaire de son apport ou le fait de ne pas donner suite à un appel de fonds, (ii) l'exercice par un actionnaire d'une activité professionnelle concurrente à celle de la société et (iii) le prélevement exagéré d'actionnaires (62).

L'article 1184 du Code civil dispose que «*la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement*».

Est-ce que l'inexécution par un associé de ses engagements, tel qu'énoncé à l'article 1871 du Code civil, peut être considérée comme une application particulière dudit article 1184 transposé pour le contrat de société ? La réponse est négative. Deux différences principales sont à souligner : (i) l'article 1184

(61) Voir notamment : A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 1^{ère} édition, Edition Saint-Paul, 2006, p. 31, T. TILQUIN, «Les conflits dans la société anonyme et l'exclusion d'un associé», *R.P.S.*, 1991, p. 18, cité dans : J.-P. WINANDY, *Manuel de droit des sociétés*, Edition, 2008, Legitech, 2008, p. 595, J. JEHASSE, *Manuel de la liquidation*, Edition Kluwer, 2004, p. 103 et la doctrine et jurisprudence belges y citées.

(62) P. DEHASSE, *op. cit.*, pp. 103 et 104 et les jurisprudences belges et doctrines y citées.

du Code civil est supplétif alors qu'il ressort de la doctrine et de la jurisprudence que l'article 1871 est impératif et (ii) l'article 1184 «*n'opère la résolution d'un contrat pluripartite qu'à l'égard de celui qui a manqué à ses engagements*» (63) et requiert l'existence d'une faute.

II. *L'infirmité habituelle d'un actionnaire le rendant inapte aux affaires de la société*

La doctrine belge reprend dans cette catégorie les justes motifs suivants : (i) la santé physique (vieillesse, accident, maladie grave et prolongée), (ii) la santé mentale (l'aliénation mentale), (iii) la détention préventive à durée indéterminée, (iv) l'absence prolongée. Ces événements peuvent, le cas échéant, être invoqués par la personne dont question comme un événement de force majeure (64).

Nous aurons tendance à mettre dans cette catégorie le jugement rendu par le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, avant la loi du 7 septembre 1987 mentionnée ci-avant, qui affirme que la disparition d'un coassocié (documentée par le fait que l'assignation fut signifiée à domicile inconnu) détenant par moitié le capital de la société concernée est de «*nature à mettre gravement en danger la société, empêchant la tenue régulière des assemblées et le fonctionnement des organes sociaux*» (65).

III. *Les autres cas semblables*

Les causes suivantes : (i) la perte de l'*affectio societatis*, (ii) l'adoption d'une activité illicite, (iii) le dépassement continu et répété de l'objet social, (iv) le mauvais état des affaires sociales (66), constituent une catégorie résiduaire de la dissolution pour justes motifs que les actionnaires peuvent invoquer lorsqu'ils ne remplissent pas les conditions d'accès à d'autres actions légales.

(63) Voir J.-P. WINANDY, *op. cit.*, p. 174 et T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, T. 2, p. 219, cité par J.-P. WINANDY.

(64) P. DEHASSE, *op. cit.*, p. 104 et les jurisprudences belges et doctrines y citées.

(65) *Trib. arr. Lux.*, 13 juin 1986, n° 36.821 du rôle.

(66) P. DEHASSE, *op. cit.*, p. 105 et les jurisprudences belges et doctrines y citées.

SECTION 5. – L'EXCLUSION, LE RACHAT
ET LE RETRAIT DES TITRES TELS QU'ENVISAGÉS
DANS LE PROJET DE LOI 5730

5.1. – *L'introduction
de nouvelles mesures d'exclusion, de rachat
et de retrait*

Introduction

Tant de commun accord que lorsque des clauses de sorties (comme par exemple des options d'achat (*call*) ou de vente (*put*)) ont été convenues dans un contrat entre associés, l'associé qui ne souhaite plus poursuivre le projet social peut voir l'ensemble de ses titres rachetés par le ou les autres associés.

Mais que se passe-t-il lorsque rien n'a été prévu conventionnellement ou qu'aucun accord de sortie n'aboutit et que la poursuite du projet social n'est plus possible, c'est-à-dire que le fonctionnement de la société, de ses organes est en péril ?

A ce jour, il appartient à la partie la plus diligente d'aller par-devant le juge afin de demander que soient ordonnées soit (i) des mesures provisoires et conservatoires (cf. Chapitre 3 ci-après) soit (ii) la sanction ultime de la dissolution de la société (cf. le point 4 ci-avant).

Le Projet de Loi 5730 entendait bien remédier à la situation actuelle et proposer des mesures en consacrant la possibilité, sous certaines conditions, pour un associé (ou plusieurs agissant de concert) :

- (i) de procéder au rachat des actions du ou des autres associés pour justes motifs (hypothèse dite de l'**exclusion**) édicté dans le Projet de Loi comme futur article 98*bis* du Projet de Loi,
- (ii) de procéder à la vente de ses actions à d'autres actionnaires pour justes motifs (hypothèse dite du **rachat (67) forcé**) édicté dans le Projet de Loi comme futur article 98*ter* de la Loi de 1915,

(67) La terminologie «rachat» a été préférée au terme «retrait» utilisé en Belgique afin de prendre en compte la terminologie déjà utilisée dans le cadre de la loi du 19 mai 2006 sur les O.P.A. Voir projet de loi n° 5730, *op. cit.*, p. 91.

- (iii) de forcer le retrait du ou des autres actionnaires minoritaires restants par achats de leurs titres à 95 % du capital assorti du droit de vote et 95 % des droits de vote (hypothèse dite du **retrait obligatoire** ou «*squeeze out*») édicté dans le Projet de Loi comme futur article 98^{quater} de la Loi de 1915,
- (iv) de forcer le rachat de ses titres par les autres actionnaires majoritaires restants à 95 % du capital assorti du droit de vote et 95 % des droits de vote (hypothèse dite du **rachat obligatoire** ou «*sell out*» ou encore «*reverse squeeze out*») édicté dans le Projet de Loi comme futur article 98^{quinquies} de la Loi de 1915.

Ces nouveaux instruments mis à la disponibilité des associés devaient être insérés dans un nouveau paragraphe 8^{bis} (Exclusion, rachat et retrait) que le Projet de Loi propose d'insérer dans la Loi de 1915.

Un projet plus restreint portant sur le retrait et le rachat obligatoire portant sur les titres des sociétés anonymes admis ou ayant été admis à la négociation sur un marché réglementé a été déposé le 9 janvier 2009 à la Chambre des députés (68). Ce nouveau projet extrait les articles du projet de loi 5730 et les reprend dans le cadre d'un projet de loi séparé (69). Ce nouveau projet «répond à la motion du 4 mai 2006 de la Chambre des Députés invitant le Gouvernement à prévoir un dispositif permettant aux actionnaires largement minoritaires d'une société à la suite de changements importants survenus dans la structure du capital de sortir du capital de ladite société moyennant rachat de leurs titres par le ou les actionnaires majoritaires à un prix équitable.

Inversement, il permet également à l'actionnaire largement majoritaire d'une société d'acquérir, toujours à un prix équitable, le reste des titres dans l'hypothèse où les titres ont cessé d'être cotés ou doivent cesser de l'être (70).

Le Conseil d'Etat a émis l'avis de ne pas reprendre les articles 98^{bis} à 98^{ter} relatifs à l'exclusion et au rachat forcé.

(68) N° 5978, Session ordinaire 2008-2009; avis du Conseil d'Etat du 6 octobre 2009.

(69) Voy. *Exposé des motifs*, p. 3.

(70) *Ibid.*, p. 2.

Il estime en effet qu'il s'agit d'une immixtion non justifiée dans la liberté des sociétés et des actionnaires (71).

Les articles 98^{quater} et 98^{quies} sont cependant maintenus dans la dernière version précitée du projet.

Nous croyons cependant utiles, comme le projet n'est toujours pas adopté, de commenter les articles 98^{bis} et 98^{ter} appliqués en Belgique à la satisfaction de tous.

Le projet 5978 avance quant à lui plus rapidement que le grand projet 5730 et nous reprendrons le dernier état de ce projet, très semblable aux articles 98^{quater} et 98^{quies}, en annexe III.

5.1.1. *Le succès de l'introduction de ces actions en Belgique*

Les quatre régimes énoncés en introduction ont déjà été introduits depuis près de 13 ans dans la législation belge (72). La doctrine et la jurisprudence belges y sont déjà fortement abondantes.

Outre l'exposé théorique des différents régimes qui devraient entrer dans notre domaine législatif dès l'entrée en vigueur de la loi envisagée, le présent exposé entend bien expliquer les directions que les juridictions du fond, qui de coutume se réfèrent régulièrement aux droits belge et français, entendront bien vouloir *a priori* leur donner. Comme le dispose le Projet de Loi, ce dernier prend «*acte de ce que la pratique belge a démontré l'utilité de ces modes de règlement des conflits entre associés permettant d'éviter d'avoir à recourir à la solution extrême de la dissolution pour juste motif*» (73).

Les articles 98^{bis} à 98^{quies} de la Loi de 1915 sont très largement inspirés du droit belge qui, lui-même, s'est inspiré en grande partie du droit néerlandais (pour la rédaction des

(71) Voy. Projet de loi 5730, Session 2008-2009, n° 5730³, p. 16. Dépêche du président de la Chambre des députés au président du Conseil d'Etat, p. 15. Ces articles ont été supprimés dans le texte coordonné contenu dans le compte rendu précité de la Chambre du 28 mai 2009.

(72) Articles 190^{ter} et 190^{quater} introduits par la loi du 13 avril 1995 et repris dans le Code des sociétés belge sous les articles 636 à 643 pour les S.A. et 334 à 341 pour les sociétés privées à responsabilité limitée (SPRL).

(73) Projet de loi n° 5730, *op. cit.*, p. 41.

futurs articles 98*bis* à *quater*) et des droits anglo-américain, allemand et français (pour le futur article 98*quinquies*) (74).

L'acteur principal dans ces nouvelles mesures est le juge (plus particulièrement le Président du tribunal de commerce) à qui le législateur donne – écrit un éminent auteur – un «*rôle anormalement large (...) qui se substitue souvent aux parties pour élaborer des conventions obligatoires et même méconnaître l'effet obligatoire des conventions antérieures légalement conclues*» (75).

5.1.2. *Caractère impératif des dispositions*

L'ensemble des mesures d'exclusion et de retrait organisées sous le droit belge, bien que subsidiaires, sont impératives, c'est-à-dire que les parties ne peuvent y déroger par voie statutaire ou autres (par exemple les pactes d'actionnaires et les statuts ne pourront (i) augmenter les seuils fixés par la loi, (ii) limiter les justes motifs ou (iii) se substituer à un des organes de la société ou au comité à l'action judiciaire). Le caractère impératif n'empêche néanmoins pas le recours par les parties à des procédures de conciliation ou de résolution de conflits, tel l'arbitrage (76).

5.1.3. *Le champ d'application : les types de sociétés visées*

Les sociétés de capitaux visées par le projet 5730 sont les suivantes :

- la S.A. (cf. les futurs articles 98*bis* pour l'exclusion, 98*ter* pour le rachat forcé, 98*quater* pour le retrait obligatoire, 98*quinquies* pour le rachat obligatoire);
- la société à responsabilité limitée (ci-après la «S.à r.l.») (cf. les futurs articles 201*bis* pour l'exclusion, 201*ter* pour le rachat); et
- la société par actions simplifiée (ci-après la «S.A.S.») qui existe dans le droit français et que le législateur entend faire entrer comme nouvelle forme de société dans notre propre droit des sociétés (cf. le futur article 101-30 (3) disposant que les futurs articles 98*bis* à *quinquies* sont également applicables);

(74) P. VAN OMMESLAGHE, *Séminaire Vanham & Vanham*, 26 septembre 1996, p. 6 et références y citées.

(75) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 6.

(76) D. MATRAY, «Les cessions et rachats forcés de titres», *Séminaire Vanham & Vanham*, 8 mars 2001, pp. 8 et 9, et références y citées.

– *quid* de la société en commandite par actions (ci-après la «S.C.A.»)? Le Projet de Loi est silencieux à cet égard, mais nous sommes plutôt d’avis que cette forme de société bénéficie des nouvelles dispositions (77).

L’on notera que le *squeeze out* et le *sell out* ne seront pas ouverts aux S.à r.l.

En ce qui concerne la S.A., le Projet de Loi s’écarte du droit belge où l’exclusion et le retrait ne sont disponibles que pour les S.A. «*privées*» au sens du droit en question (78).

Le projet de loi nouveau 5978 porte sur les sociétés anonymes dont les titres sont admis ou ont été admis antérieurement sur un marché réglementé.

5.2. – *L’exclusion*
(*article 98bis proposé*
de la Loi de 1915 du projet originaire)

5.2.1. *L’objectif de l’action en exclusion*

L’objectif est de trouver une solution à une situation de conflit entre associés lorsque la confiance réciproque entre les associés a été rompue à un point tel que le projet sociétaire ne peut être poursuivi, car le fonctionnement de la société est en péril, l’*affectio societatis* est perdue, etc. La loi offrira alors une mesure intermédiaire à la dissolution pour juste motif et autorisera la partie la plus diligente à demander à l’autorité judiciaire l’exclusion du ou des autres associés sur base de motifs qui soient justes.

L’objectif est l’obtention par un ou plusieurs associés de la propriété de l’ensemble des parts et titres émis par une société. L’exclusion doit être entière.

5.2.2. *Les bénéficiaires et les seuils de détention de titres*

Comme le dispose le futur article 98bis (1), le critère d’ouverture de l’action en justice repose sur des seuils minima

(77) Nous rappellerons à cet égard que conformément à l’article 103 «les dispositions relatives aux S.A. sont applicables aux S.C.A. (...)».

(78) Voir article 635 du Code des Sociétés belge disposant que «le présent titre s’applique aux sociétés anonymes n’ayant pas fait ou ne faisant pas publiquement appel à l’épargne».

de détention de titres. L'action est ouverte à un ou plusieurs associés (ou une de ses filiales) possédant ensemble :

- soit des titres représentant 30 % des voix attachées à l'ensemble des titres existants;
- soit des titres représentant 20 % des voix si la société a émis des titres non représentatifs du capital;
- soit des actions dont la valeur nominale ou le pair comptable représente 30 % du capital de la société.

L'article restant muet sur la qualité des titulaires de l'action, son bénéfice appartient à chaque associé, agissant individuellement ou avec d'autres, en ce compris l'actionnaire minoritaire pour autant qu'il atteigne un des seuils y fixés. Manifestement, la présente action entend se limiter à aider les actionnaires à régler leurs conflits entre eux et non ceux entre les associés et la société elle-même.

Dans l'hypothèse où un actionnaire minoritaire intente une action, il est fréquent que l'actionnaire majoritaire introduise une demande reconventionnelle. Face à une concurrence de deux demandes, *« le juge aura égard aux éléments suivants :*

- *la situation financière respective des actionnaires; en effet, le jugement condamnant une partie à acheter la participation détenue par l'autre, il conviendra de s'assurer au préalable de la solvabilité de l'actionnaire repreneur (79);*
- *la capacité financière des parties à investir de nouveaux fonds dans la société; ce critère aura une importance particulière, lorsque la dissension entre actionnaires résulte ou est à l'origine de difficultés financières de la société;*
- *la compétence et le know-how respectifs des parties dans l'activité exercée par la société;*
- *en cas de mésintelligence grave et permanente entre associés, le juge aura tendance à condamner celui dont le comportement est fautif» (80) (81).*

(79) Comm. Liège, prés., 12 sept. 1997, R.G., n° 216/97.

(80) Comm. Courtrai prés., 17 février 1997, *T.R.V.*, 1997, p. 95. En l'espèce, le juge considéra qu'était fautif l'actionnaire qui avait refusé «tout court» une proposition de poursuite des négociations émise par l'autre partie.

(81) J.-F. GOFFIN, «Les actions en cession forcée et en reprise forcée : premiers pas jurisprudentiels», *J.T.*, n° 5882 – 16/1998, 1998, p. [326].

5.2.3. *Les titres visés*

Toujours selon l'article 98*bis* proposé dans ledit projet, sont visés les parts et tous les titres que l'associé détient et qui peuvent être convertis ou donnent droit à la souscription ou à l'échange en actions de la société.

Cette formulation englobe les instruments suivants : (i) les actions ou parts sociales avec ou sans droit de vote, (ii) les parts bénéficiaires jouissant d'un droit de vote, (iii) les obligations pour autant qu'elles soient convertibles, (iv) les droits de souscription (*warrants*).

5.2.4. *La circonscription des justes motifs par la jurisprudence belge*

Le Projet de Loi reprend, afin de permettre au juge de trancher une demande d'exclusion ou de rachat forcé, aux articles 98*bis* et 98*ter*, le critère déjà inscrit dans la législation luxembourgeoise des «*justes motifs*».

La circonscription des justes motifs développée dans le cadre de la dissolution judiciaire par la jurisprudence et la doctrine (voir ci-avant) peut «*dans une certaine mesure*» être transposée à la présente action et d'aucuns peuvent penser qu'ils serviront de référence aux juges appelés à connaître de ces nouvelles dispositions. Dans une certaine mesure seulement, car les justes motifs liés à une demande de dissolution de société reposent sur une cause légèrement différente : «*La ratio legis de cette procédure d'exclusion est que l'intérêt social et la continuité de la société doivent l'emporter sur les conflits individuels insolubles entre actionnaires*» (82). En effet, par rapport à la dissolution pour justes motifs qui mène à l'extinction de la société, ici, l'objectif est la survie de la société de sorte que le contenu des justes motifs ne peut être identique.

Certains auteurs belges dont P. Van Ommeslaghe constatent qu'un «*rôle anormalement large [est] laissé au juge*» (83). Un pouvoir d'appréciation assez large est ainsi donné à l'autorité judiciaire et l'absence de critères clairs peut conduire à une

(82) J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 807.

(83) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 6.

certaine insécurité juridique dans l'aboutissement de l'action en justice. Mais sur quel autre critère le législateur aurait-il pu se baser? La circonscription des «*justes motifs*» a fait couler beaucoup d'encre tant du côté de la doctrine et de la jurisprudence belges mais le résultat est relativement satisfaisant. L'on notera simplement qu'ils gravitent toujours principalement autour de la mésintelligence, de la dissension entre associés, de l'abus de majorité etc. menant au blocage continu des organes de la société, voire à la mise en péril de la société. Comme le démontre la jurisprudence mentionnée ci-après, le juge belge a été plutôt prudent dans la définition et délimitation des «*justes motifs*».

En Belgique, «*il a été jugé que constituent de 'justes motifs' d'exclusion (84) :*

- *la rupture intempestive des négociations entamées afin de permettre la vente des titres de la partie adverse (85) ;*
- *le non-respect d'une obligation à l'égard de la société (en l'espèce l'achat annuel d'un montant déterminé de marchandises) imposée par une convention d'actionnaires avec, comme conséquence, la rupture de cette convention (86) ;*
- *la violation d'une convention entre actionnaires ayant pour conséquence un détournement de clientèle (87) ;*
- *le refus, motivé par l'intérêt égoïste du défendeur à la suite d'un désaccord entre actionnaires, de souscrire à une augmentation de capital indispensable pour la société (88) ;*
- *l'introduction, par un actionnaire, d'une demande en dissolution en réponse à une proposition de vendre ses titres émanant de la partie adverse (89) ;*
- *l'introduction et le maintien, par un actionnaire qui n'y a aucun intérêt, d'une demande en faillite manifestement irrecevable à l'encontre de sa société (90) ;*

(84) J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 809.

(85) Comm. Bruxelles (réf.), 24 décembre 1997, *R.P.S.*, 1999, p. 193.

(86) Comm. Hasselt (prés. réf.), 9 juillet 1999, *T.R.V.*, 2001, p. 407, obs.

(87) Comm. Bruxelles (réf.), 30 mai 1997, *R.P.S.*, 1999, p. 171.

(88) Comm. Turnhout (réf.), 28 mars 1997, *R.D.C.*, 1997, p. 460; Comm. Tongres (réf.), 8 octobre 2002, *Limb. Rechtsl.*, 2003, p. 59, note H. VAN GOMPEL.

(89) Comm. Courtaai (réf.), 17 février 1997, *T.R.V.*, 1997, p. 97.

(90) Bruxelles (9^e ch.), 8 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1350.

- *la rupture unilatérale d'un brevet par le défendeur, procédant d'une volonté de placer la société en situation de faillite et s'accompagnant de l'introduction d'une demande de brevet en nom propre (91);*
- *un conflit qui paralyse la société dans une situation d'égalité des actionnaires ('abus d'illégalité') (92);*
- *l'exercice 'persistant' d'une activité concurrente (93)».*

L'on constate que, comme le soulève Maître Coibion, en Belgique, «*la jurisprudence, fidèle à la volonté du législateur de donner à ces procédures un caractère d'ultimum remedium, a développé une interprétation restrictive de la notion de 'justes motifs', évitant ainsi un recours trop fréquent à ces procédures, dès lors que d'autres moyens de résolution des conflits sont disponibles ou que les problèmes ne portent pas atteinte à la gestion normale et saine de la société*» (94).

Dans la lignée de cette interprétation restrictive, «*ne constituent pas de justes motifs, selon la jurisprudence :*

- *une procédure de divorce entre associés qui ne menace pas la continuité de la société (95);*
- *le caractère déficitaire d'une société s'il n'est pas imputable aux défendeurs (96);*
- *un vote contre la poursuite de l'activité d'une société ayant perdu plus de la moitié de son actif net, même dictée par des motifs égoïstes (97);*
- *l'introduction d'une action tendant à la désignation d'un administrateur provisoire (98);*
- *l'exercice par un actionnaire de son droit de contrôle individuel (99);*

(91) Comm. Bruxelles (réf.), 21 novembre 1997, *R.P.S.*, 1999, p. 183.

(92) Comm. Bruxelles (réf.), 24 novembre 1997, *R.P.S.*, 1999, p. 193; Comm. Tongres (réf.), 24 juin 1997, *R.D.C.*, 1998, p. 616.

(93) Comm. Hasselt (réf.), 14 février 1997, *T.R.V.*, 1997, p. 105.

(94) A. COIBION, «Du détournement de procédure en matière de retrait forcé – La tentation de donner un caractère indemnitaire à l'article 642 du Code des sociétés», *R.D.C.*, 2005/4, Larcier, 2005, p. 414.

(95) Comm. Louvain, 28 novembre 1996, *A.J.T.*, 1996-97, p. 335, note B. TILLEMANS, *T.R.V.*, 1997, p. 108.

(96) Comm. Louvain, 28 novembre 1996, *op. cit.*

(97) Comm. Bruxelles, 4 novembre 1996, *R.P.S.*, 1997, p. 276, note Ph. MALHEREE.

(98) Comm. Bruxelles, 4 novembre 1996, *op. cit.*

(99) Comm. Bruxelles (réf.), 17 novembre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, p. 521; Bruxelles (8^e ch.), 17 décembre 2002, *R.P.S.*, 2003, p. 404, obs. W. DERJCKE, *D.A.O.R.*, 2002, p. 304.

- le fait pour un associé de demander des informations (100);
- le non-respect d'une obligation de cession d'actions (101);
- le refus d'approuver les comptes annuels et de donner décharge aux administrateurs s'il ne révèle pas un abus de droit (102);
- le désaccord entre actionnaires qui découle de la révocation d'un administrateur» (103) (104).

A la lumière de la jurisprudence belge, l'on peut penser que les juges luxembourgeois qualifieront de '*justes motifs*' les circonstances suivantes :

- la violation grave du pacte d'actionnaire empêchant la poursuite du projet sociétaire;
- la mésintelligence grave et permanente qui entrave sérieusement le fonctionnement de la société;
- des manquements contractuels graves des associés à leurs obligations fondamentales qui mènent à un blocage des organes de la société ou causent un dommage grave et irréparable à la société;
- un abus de majorité ou de minorité grave ou récurrent qui va à l'encontre de l'intérêt social;
- des pertes graves et persistantes subies par la société, qui empêchent la poursuite des activités de la société.

Enfin, nous soulignerons que la doctrine et la jurisprudence belges s'accordent à ne pas lier la notion de faute dans le chef d'un associé à l'établissement des justes motifs qui en sont étrangers. Comme il a été explicité en Belgique au cours des travaux préparatoires lors de la préparation de la loi belge, «*la cession forcée, tout comme le retrait contentieux, apparaissent davantage comme le constat d'une situation de fait plutôt que comme une sanction*» (105). Nous verrons avec la pratique si les juges luxembourgeois suivront cette voie.

(100) Bruxelles (8^e ch.), 17 décembre 2002, *R.P.S.*, 2003, p. 404 et obs. W. DERIJCKE; *D.A.O.R.*, 2002, p. 304.

(101) Bruxelles (8^e ch.), 17 décembre 2002, *op. cit.*

(102) Comm. Bruxelles (réf.), 12 décembre 1996, *Rev. Rég. Dr.*, 1997, p. 308.

(103) Comm. Hasselt (prés. Réf.), 9 juillet 1999, *T.R.V.*, 2001, p. 404.

(104) J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 810, 811.

(105) *Doc. parl.*, Belge Sénat, sess. 1993-94, n° 1086/2, p. 42, cité dans A. COIBION, *op. cit.*, p. 415, qui a approfondi la question.

Néanmoins, le demandeur ne peut pas être à l'origine des justes motifs invoqués et, en conséquence, être à l'origine de la mésintelligence grave et persistante.

5.2.5. *La procédure*

Contrairement aux raisons autorisant l'ouverture de l'action judiciaire, le Projet de Loi est relativement explicite quant à la procédure à suivre.

I. *Compétence (exorbitante) du président du tribunal de commerce*

L'action est introduite devant le président du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé (futur article 98bis (2)), «*c'est-à-dire rapidement et définitivement*» (106). «*L'action en exclusion est donc une action au fond qui sera introduite, instruite et plaidée selon les règles de procédure du référé*» (107).

La société doit être appelée à la cause, et, à défaut, le juge remet l'affaire à une date rapprochée.

La société, appelée à la cause, va, à son tour, en informer les titulaires d'actions par convocation conformément à l'article 70 de la Loi de 1915. Le législateur luxembourgeois tient à ce que l'ensemble des actionnaires soient informés alors que le législateur belge, quant à lui, a limité l'information aux porteurs d'actions nominatives (108).

II. *Mesures provisoires/conservatoires*

a) *Inaliénabilité des titres et interdiction de les grever de droits réels*

Le défendeur ne peut, après que la citation lui ait été signifiée, aliéner ses actions ou titres ou les grever de droits réels

(106) J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 812.

(107) «*Toutefois, (...) l'action comme en référé mène à une décision au fond et ne nécessite pas l'urgence*», J.-F. GOFFIN, *op. cit.*, p. [329], voir également, D. MATRY, *op. cit.*, pp. 12 et 13.

(108) Le Projet de Loi entend remédier à cette lacune législative belge alors que «*les travaux préparatoires de la loi belge de même que la doctrine énoncent que tant les porteurs d'actions au porteur que nominatives doivent être informés par la société*», projet de loi 5730, *op. cit.*, p. 90.

sauf avec l'accord du juge ou des parties à la cause. La décision du juge n'est susceptible d'aucun recours (futur article 98bis (3) de la Loi de 1915).

L'objectif de cette disposition est de s'assurer que le défendeur ne rende l'action en exclusion «*sans objet par la vente de ses actions en cours d'instance ou affecte les droits éventuels du demandeur en grevant ses actions de droits réels comme le gage ou l'usufruit*» (109).

b) *Suspension des droits liés aux titres*

Le juge peut ordonner la suspension des droits liés aux actions ou titres à transférer à l'exception du droit au dividende. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours (article 98bis (3) proposé de la Loi de 1915).

La suspension peut être entière ou partielle. Les droits ainsi visés sont par exemple (i) de céder ou d'acheter des titres, (ii) de prendre part aux assemblées générales, (iii) le droit de vote, (iv) le droit de souscription préférentiel en cas d'augmentation de capital en numéraire, (v) le droit de demander la convocation de l'assemblée générale pour l'actionnaire minoritaire détenant une participation d'au moins 10 % (110).

c) *Observations pratiques*

La procédure d'exclusion est en principe liée à une situation de crise au sein de la société et ces mesures conservatoires peuvent arriver bien trop tard. Afin de pallier l'attente de ces mesures, il est conseillé, le cas échéant, d'introduire, en parallèle à la présente procédure d'exclusion par la voie judiciaire instaurée par l'article 98bis proposé, les deux demandes suivantes devant le juge des référés :

- (i) la demande de désignation d'un séquestre «*qui aura pour mission de se faire remettre les titres en question et de les garder durant la procédure d'exclusion*» (111);

(109) E. POTTIER, «Les cessions et rachats forcés de titres (articles 190ter et 190quater L.C.S.C.)», in *Cessions et rachats d'actions*, Séminaire Vanham & Vanham, 25 novembre 1999, p. 7, n° 8, cité dans : P. HERMANT, *Cessions et rachats forcés de titres*, Séminaire Vanham & Vanham, 12 octobre 2000, p. 20.

(110) Le seuil de 20 % prévu à l'actuel article 67, (5) sera abaissé à 10 % (voir *Projet de Loi*), p. 82.

(111) J.-F. GOFFIN, *op. cit.*, p. [330].

- (ii) la demande de désignation d'un administrateur provisoire afin de pourvoir au déblocage de la situation de crise (voir le chapitre 3 ci-après).

III. *La portée des conventions restreignant la cessibilité des titres*

Sont visées ici les clauses de sorties que les associés auraient pu prévoir à l'avance soit dans un pacte d'associés, soit dans les statuts de la société.

Tout d'abord, la loi dispose que les parties soumettent une copie des statuts coordonnés et une copie ou un extrait de toutes conventions restreignant la cessibilité de ces actions (112).

Premier principe : le juge veille à respecter les droits qui résultent des clauses de restrictions de cessibilité des actions lorsqu'il ordonne la cession forcée.

Première série d'exceptions : ce premier principe souffre de trois exceptions respectivement trois pouvoirs (qualifiés d'exorbitants par la doctrine belge) donnés par le législateur au président, par lesquels ce dernier va pouvoir se substituer à toute partie désignée par ces statuts ou conventions :

- Quant à l'exercice des droits de préemption :
 - il peut (i) fixer le prix d'exercice et (ii), moyennant un escompte, réduire les délais.
- Le juge peut ainsi se substituer au tiers-expert nommé par les parties pour évaluer le prix de cession des titres et déroger à l'article 1592 du Code civil qui prévoit la fixation du prix par un arbitre.
- Quant à l'application des clauses d'agrément applicables aux associés :
 - il peut les écarter et, le cas échéant, préférer le demandeur aux tiers bénéficiaires de ces clauses.
- Quant à la licéité de toute convention restreignant la cessibilité des actions (clauses d'inaliénabilité) dans le chef du défendeur :

(112) «Les clauses conventionnelles restreignant la cessibilité des actions peuvent être déposées sous forme d'extrait afin de respecter la confidentialité des autres dispositions de la convention», P. HERMANT, *op. cit.*, p. 22.

- Le juge peut, pour autant que les bénéficiaires de la convention concernée aient été appelés à la cause, se prononcer sur sa licéité dans le chef du défendeur et soit (i) prononcer la nullité de la convention reconnue illicite, soit (ii), s'il confirme leur validité : (a) décider que la convention avec le tiers doit être respectée et en conséquence débouter le demandeur, ou (b) ordonner le transfert de ladite convention au demandeur (i.e. l'acquéreur des actions) (113).

Deuxième principe : les éventuelles dispositions conventionnelles ou statutaires (114) qui pourraient avoir été arrêtées en matière d'exclusion *ex ante* ne doivent pas être mises à mal par la présente procédure.

Deuxième exception : le juge peut, pour autant que toutes les parties concernées aient été appelées à la cause, se prononcer sur la licéité (i.e. la validité) de ces conventions et veiller à respecter les droits qui en résultent dans la mesure où une telle prise en considération rejoint celle du juste motif retenu par le juge.

Son objectif est de répondre au souhait de préserver les éventuels mécanismes conventionnels (clause de rachat forcé ou clause de changement de contrôle). Comme le précise le Projet de Loi : « *Le juge prendra en compte les dispositions conventionnelles qui auront été valablement arrêtées antérieurement. Ainsi, pour la fixation du prix de cession, le juge pourra utilement s'inspirer des mécanismes de détermination du prix que pourraient contenir ces conventions* » (115).

L'on notera que cette deuxième règle, absente du droit belge, a été insérée afin d'éviter la question de savoir si les règles édictées par la présente procédure judiciaire « *l'emporte au titre de droit impératif* » (116) sur les dispositions conventionnelles adoptées antérieurement, introduisant ainsi une hiérarchie judiciaire des normes.

(113) Ainsi, le juge peut ordonner le transfert de certains droits grevant les actions au demandeur tels par exemple des droits d'option au profit de tiers.

(114) Projet de loi, n° 5730, *op. cit.*, p. 91.

(115) *Ibid.*

(116) *Ibid.*

L'on notera que selon les auteurs belges, indépendamment de ce second principe absent de leur droit, il n'est pas possible de s'écarter d'une formule précise insérée dans une convention ou une clause de référence à l'offre d'un tiers (117).

IV. *La détermination de la valeur des titres*

Dans l'ordre chronologique, le demandeur introduit sa demande auprès du président du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé. Le juge convoque la société qui, elle-même, convoque les associés. Le cas échéant, le juge confirme les justes motifs invoqués par le demandeur et déclare la demande d'exclusion valide.

Vient alors la question de la fixation du prix de cession des actions. La loi autorise le juge à le fixer lui-même.

Outre l'évaluation de la société, celle des actions elles-mêmes peut être ajustée par une décote de minorité ou d'une prime de majorité, une décote d'illiquidité, etc. (118).

La plupart du temps celui-ci fondera sa conviction sur base (i) des propositions des parties ou (ii) du rapport rendu par l'expert qui l'aura nommé avec la mission de fixer le prix ou la valeur des actions objet de la cession forcée. Selon des auteurs, «*ce pouvoir serait fortement atténué en présence de clauses statutaires ou conventionnelles de détermination du prix des actions ou en cas d'accord des parties en cours d'instance*» (119). L'on ne peut qu'acquiescer à cette position car il n'y a pas de raisons particulières à ce que le juge s'écarte de ce qui a été décidé par les parties et, en outre, le juge devrait sans doute justifier pourquoi il s'en écarte. Le Projet de Loi va d'ailleurs dans ce sens (120).

La date de fixation du prix est librement décidée par le juge. Ainsi il peut choisir, par exemple, (i) la date de l'intro-

(117) En ce sens : NELISSEN GRADE, «De geschillenregeling en het uitkoopverbod. Leuvense vennootschapsdagen», 18 mai 1995 et «Procédure de retrait et règlement des conflits entre actionnaires», *Skyroom Events*, 28 septembre 1995, cité dans : P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 23.

(118) Pour un approfondissement de la question, voir : J.-F. GOFFIN, *op. cit.*, p. [333].

(119) J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *op. cit.*, p. 813.

(120) Article 98bis, (6) analysé au point précédent.

duction de l'action ou (ii) celle du prononcé de l'expert, (iii) celle du prononcé de la décision ou (iv) celle de l'apparition du conflit ou encore (v) celle des justes motifs. Cette décision est prise à la lumière des faits et circonstances de l'affaire contentieuse dont le juge doit connaître (121).

V. Effet du jugement : la condamnation au transfert des titres et au paiement du prix

Les effets du jugement rendu énoncés au futur article 98bis, paragraphe (5), sont clairs : « *Le juge condamne le défendeur à transférer, dans le délai qu'il fixe à dater de la signification du jugement, ses actions et titres aux demandeurs, et les demandeurs à accepter les actions contre paiement du prix qu'il fixe. La décision tient pour le surplus lieu de titre pour la réalisation des formalités liées à la cession lorsque les titres sont nominatifs. La reprise s'effectue, le cas échéant, après l'exercice des éventuels droits de préemption visés par le jugement, au prorata du nombre d'actions et titres détenus par chacun, à moins qu'il en ait été convenu autrement. Les demandeurs sont solidairement tenus du paiement du prix. La décision du juge est exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel. Si la décision est exécutée et qu'un recours est introduit, le paragraphe (3) s'applique aux acquéreurs des actions ou titres* ».

5.3. – *Le rachat forcé*
(article 98ter de la Loi de 1915)

5.3.1. *Champ d'application*

Lorsque les associés ont conclu un pacte d'actionnaire, les clauses de sortie comprennent souvent une clause d'exclusion assortie d'une clause de rachat. Le droit de rachat forcé est le corollaire du droit d'exclusion. L'on ne peut dès lors s'étonner que le législateur prévoie un droit de sortie par rachat forcé (futur article 98ter) à la suite du droit de sortie par exclusion (futur article 98bis exposé ci-avant).

(121) Pour un étude approfondie, voir notamment : A. COIBION, *op. cit.*, pp. 412 et s., P. VAN OMMESLAGHE, pp. 24 et s., J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 813 et s., P. HERMANT, *op. cit.*, pp. 25 et s., J.-F. GOFFIN, *op. cit.*, p. [333].

En vertu du futur article 98ter (1), «*tout actionnaire peut, pour de justes motifs, demander en justice que les actionnaires à l'origine de ces justes motifs rachètent toutes ses actions ainsi que les obligations convertibles en actions ou les droits de souscriptions qu'il détient*».

L'on soulignera tout d'abord qu'aucun seuil de détention d'action n'est requis pour introduire la présente action. En cas d'introduction de l'action en exclusion par un minoritaire, le majoritaire pourrait faire usage de cette action en rachat forcé. De même, le futur article 98ter n'interdit pas à la société elle-même ou une filiale introduire l'action.

Néanmoins, l'objectif du législateur est différent de celui de l'action en exclusion : cette action ne se centre pas sur l'intérêt social de la société ou l'*affectio societatis*, mais est prévue «*essentiellement sinon exclusivement dans l'intérêt et en vue de la protection des actionnaires pris individuellement*» (122). «*L'objectif est de protéger l'actionnaire victime du comportement fautif d'un autre actionnaire*» (123).

5.3.2. L'ouverture de l'action et la procédure

L'ouverture de l'action, la procédure, les mesures provisoires et la fixation du prix par le juge sont analogues à celles de la procédure d'exclusion par la voie judiciaire, *i.e.* le futur article 98bis, paragraphes (2), (3), alinéa 2, et (4), alinéa 2, est applicable. Le futur article 98bis, paragraphe (4), alinéa 1^{er}, est applicable par analogie au demandeur.

5.3.3. La circonscription des justes motifs

Les «*justes motifs*» invoqués dans la présente action n'existent qu'en réaction à ceux invoqués par le demandeur à l'origine de l'action sous le futur article 98ter. En outre, les justes motifs sont développés dans l'intérêt propre du défendeur lui-même et non dans celui de la société.

Les justes motifs s'apprécieront de manière «*moins sévère*» (124). Mais les domaines couverts se recoupent avec

(122) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 26.

(123) J.-F. GOFFIN, *op. cit.*, p. [334].

(124) J.-F. GOFFIN, *op. cit.*, p. [334].

l'action en exclusion comme, par exemple, (i) la mésintelligence grave et permanente entre actionnaires imputable au défendeur, (ii) l'abus de majorité ou de minorité, (iii) des manquements graves aux obligations contractuelles imputables au défendeur.

Les domaines et circonstances couverts par les justes motifs ont fait l'objet de nombreuses décisions belges qui aideront le juge luxembourgeois à les délimiter (125).

5.4. – *Le retrait et le rachat obligatoires
des participations minoritaires
(futurs articles 98quater
et 98quinquies de la Loi de 1915)*

5.4.1. *Introduction : la loi du 19 mai 2006 concernant les O.P.A.*

La 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 (ci-après l'«O.P.A.») a expressément prévu en ses articles 15 et 16 respectivement le retrait obligatoire et le rachat obligatoire.

Le retrait obligatoire (plus communément appelé «squeeze out») est «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» (126). Le rachat obligatoire (plus communément appelé «sell out» ou «reverse squeeze out») est le pendant du retrait obligatoire en ce qu'il donne aux actionnaires minoritaires, cette fois-ci, n'atteignant pas un certain seuil de participation dans la société, la possibilité d'obliger l'actionnaire majoritaire d'acquérir leur participation.

Les seuils fixés en matière d'O.P.A. sont les suivants : (i) 95 % du capital assorti du droit de vote et 95 % des droits de vote d'une société visée pour le retrait obligatoire et (ii) 90 % des droits de vote dans une société visée pour le rachat obligatoire.

(125) Pour une liste assez détaillée de jurisprudence belge, voir J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 820 à 823.

(126) M. ELVINGER, *op. cit.*, p. 213.

5.4.2. *La ratio legis*

Le rachat obligatoire est considéré comme le pendant du retrait obligatoire.

Il répond, comme on l'a déjà évoqué plus haut à propos du nouveau projet 5978, au «*souhait de la Chambre des Députés exprimé dans sa motion du 4 mai 2006 qui invitait le gouvernement à prévoir un dispositif permettant aux actionnaires minoritaires de sortir du capital d'une société qu'ils ne peuvent plus contribuer à contrôler moyennant un rachat de leurs titres par le ou les associés majoritaires à un prix équitable*» (127).

Les procédures de retrait et de rachat obligatoires ont notamment pour objectif (i) de clarifier les suites d'une O.P.A. en permettant à l'offrant de retirer le caractère public d'une S.A., (ii) de donner la main libre à l'actionnaire réunissant quasiment l'ensemble des titres d'une société dans la poursuite de ses opérations sans craindre la méconnaissance des intérêts d'une minorité inconnue, (iii) simplifier les formalités et les frais alors que la société ne peut désormais avoir qu'un actionnaire unique (128).

5.4.3. *Les bénéficiaires de l'action, les seuils et les titres visés*

L'action est ouverte pour autant que le titulaire à l'origine de l'action détienne, directement ou indirectement, 95 % du capital assorti du droit de vote et 95 % des droits de vote d'une S.A., d'une S.A.S. ou d'une S.C.A. dont tout ou partie des valeurs mobilières auxquelles sont attachés des droits de vote, y compris les certificats représentatifs d'actions auxquels est attachée la possibilité de donner une instruction de vote, sont admises à la négociation sur un marché réglementé, ou, l'ayant été, ne le sont plus.

Comme mentionné ci-avant, l'action est ouverte à toute personne physique ou morale détenant une participation dans les S.A., S.A.S et S.C.A. Les détenteurs de parts sociales dans les S.à.r.l. ne bénéficient pas de cette action.

(127) Projet de loi n° 5730, *op. cit.*, p. 93.

(128) P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 7.

Sont visés les titres bénéficiant du droit de vote (*i.e.* les actions (avec ou sans droit de vote) et les parts bénéficiaires) ainsi que les titres qui permettent d'obtenir des titres assortis du droit de vote (droit de souscription ou obligations convertibles par exemple) (129).

Le seuil à atteindre est fixé à 95 %.

Le projet 5978 ne porte que sur les sociétés anonymes.

5.4.4. *La procédure judiciaire et le prix de rachat*

En vertu des futurs articles 98^{quater} et 98^{quinquies}, le législateur entend bien déléguer au pouvoir exécutif l'organisation de la procédure et les modalités de fixation du prix de rachat. Le règlement grand-ducal sera soumis séparément. La même procédure de délégation est prévue aux articles 1^{er} et 2 (2) du projet de loi 5978.

Le Conseil d'Etat a estimé que le projet devrait prévoir, à tout le moins, certaines règles pour la fixation du prix, l'indemnisation en cas de privation d'un droit de propriété constituant un droit fondamental (130). Cette remarque du Conseil d'Etat a été reprise dans le projet 5978, plus petit et plus avancé, dans le texte suivant :

«Le retrait [rachat] doit être exercé à un juste prix sur base de méthodes objectives pratiquées en cas de cession d'actifs.»

CHAPITRE 3. – Solutions judiciaires

INTRODUCTION

Après avoir étudié les solutions conventionnelles et législatives relatives aux situations de blocages et conflits entre associés, nous nous attacherons dans ce dernier chapitre à expliquer différentes actions judiciaires qui s'ouvrent à un associé.

Nous examinerons plus particulièrement les interventions du juge des référés; celui-ci est compétent en cas d'urgence,

(129) Projet de loi n° 5730, *op. cit.*, p. 92.

(130) Voy. avis, pp. 5 et 6.

c'est-à-dire lorsque l'attente d'une décision au fond entraînerait un préjudice irréparable pour l'associé diligent.

Les points 2 à 6 énumèrent les différentes actions en référé ouvertes à la partie diligente et approfondissant sur base de la jurisprudence les conditions à réunir en vue de leur introduction. Ceci étant, ces actions – l'on pense particulièrement aux actions en abus de majorité ou de minorité – peuvent également être introduites devant les juridictions ordinaires hors de toute procédure de référé.

SECTION 1. – LE JUGE DES RÉFÉRÉS

1.1. – *Non-intervention du juge dans la vie de la société*

Les sociétés ont la personnalité juridique et agissent à travers leurs organes sociaux qui les représentent. Le juge, tiers par rapport à la société, ne peut s'immiscer dans la gestion de la société. «*Le principe en matière de sociétés commerciales est qu'il n'appartient pas au juge des référés de substituer, même temporairement, un mandataire aux organes d'administration d'une société, tels qu'ils sont institués par la loi*» (131). «*Son rôle n'est pas d'apprécier ou de prendre des décisions qui relèvent de la politique commerciale d'une société*» (132). L'intervention du juge ne peut dès lors être que d'exception.

1.2. – *Conditions de saisine du juge des référés*

L'on ne peut faire appel au juge des référés que (i) lorsque des circonstances tout à fait exceptionnelles l'exigent et (ii) à condition que le fonctionnement anormal des organes de gestion compromette gravement les intérêts et l'avenir de la société. Dès lors, c'est uniquement dans l'hypothèse où le fonctionnement normal de la société ne peut plus être assuré par ses organes (paralyse) et que cette dernière est «*menacée de ruine*» que le

(131) *Trib. arr. Lux.* (référé), 28 juillet 1986, n° 832/86 du rôle.

(132) *Trib. arr. Lux.* (référé), 1^{er} juillet 1981, n° 303/81 du rôle, cité J. PETRY, *op. cit.*, p. 75.

principe de la non-ingérence du juge des référés dans la gestion et l'administration d'une société reçoit une exception (133).

Le juge aura donc pour mission de pourvoir à la paralysie des organes sociaux, ce qui implique que des mesures soient prises (i) dans l'urgence et (ii) de manière provisoire. Le juge interviendra partant en présence d'une menace à écarter et d'un obstacle à franchir (134).

1.3. – *L'urgence, le provisoire et les mesures conservatoires y relatives*

«*L'urgence, en matière de droit des sociétés, est souverainement appréciée par le juge des référés non dans le chef des membres affiliés, mais dans le chef de la personne morale qui doit se trouver exposée à un préjudice certain et imminent. A la lettre il n'y a urgence que quand le moindre retard peut causer un préjudice*» (135). L'urgence est admise lorsque l'intérêt à défendre est supérieur à celui de la société : «*Il y a urgence là où la protection rapide du droit ou de l'intérêt menacé par l'écoulement du temps ne s'effectue qu'aux dépens d'un intérêt ou d'un droit de valeur moindre*». Par exemple, le juge des référés a ainsi décidé qu'il y a urgence lorsqu'une société connaît un dédoublement de son conseil d'administration (136). L'urgence est toujours sous-entendue et présumée en cas d'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent (137). Ainsi, la Cour a jugé qu'il y avait urgence lorsque la gérance d'une société n'est plus assurée normalement et dans l'intérêt social (138).

(133) *Trib. arr. Lux.* (référé), 28 juillet 1986, n° 832/86 du rôle.

(134) Référé *Lux.*, 10 mars 2000, n° 181/2000 du rôle.

(135) *Trib. arr. Lux.* (référé), 28 juillet 1996, n° 832/86 du rôle; *Trib. arr. Lux.* (référé), 27 juillet 1987, n° 811/87 du rôle; *arr. Lux.* (référé), 3 novembre 1988, n° 1331/88 du rôle, cité dans : *Recueil de législation*, «*Sociétés commerciales – loi du 10 août 1915*», Service central de législation, Luxembourg, 2003, p. 185.

(136) «*Il est certain que la vie de la société suppose et exige un fonctionnement normal de ses organes. Si les instruments normaux de fonctionnement d'une société ne donnent plus toute garantie de pouvoir fonctionner sereinement il y a urgence à intervenir*», Référé *Lux.*, 10 mars 2000, n° 181/2000 du rôle.

(137) *Cour*, 30 avril 1990, n° 12181 du rôle.

(138) En l'espèce, le gérant avait posé dans un passé récent des actes hasardeux, suspects et ruineux pour la société créant un péril grave pour l'existence même de la société en raison de leurs répétitions et de l'importance des sommes mises en jeu. *Cour*, 30 avril 1990, n° 12181 du rôle.

Le juge des référés ne peut préjuger du fond, ni donner une réponse définitive. Il ne statue donc qu'au provisoire. Pour opérer valablement sa saisine, il faut établir qu'à défaut de son intervention, la situation deviendrait irréversible et qu'une décision provisoire est partant impérative. Ainsi, le juge des référés ne peut connaître, par exemple, de l'annulation d'une délibération d'une assemblée générale ou de la nomination des administrateurs et commissaires aux comptes, mesures définitives qui outrepassent son pouvoir (139).

Le juge des référés ne peut ordonner que des mesures conservatoires car sa mission n'est pas de se substituer aux organes de la société, mais de pourvoir à leur défectuosité le temps qu'une solution soit trouvée soit conventionnellement soit par-devant le juge du fond.

F. Fayot et C. Martins Costa ont relevé les principales causes d'intervention du juge des référés retenues dans la jurisprudence belge ou française. Il s'agit principalement des circonstances suivantes :

- *«l'impossibilité objective pour un organe de fonctionner régulièrement;*
- *la carence ou paralysie de l'organe de gestion;*
- *la prévention d'un abus de majorité;*
- *la mésintelligence grave entre associés;*
- *la menace de ruine et péril grave pour l'existence même de la société (140)».*

Dans le cadre du présent exposé, nous étudierons les interventions du juge dans les cas de carences graves du fonctionnement des organes sociaux (conflits, mésintententes, mésintelligence, dissension...) de la société, qui ont posé des actes sociaux susceptibles d'affecter les droits des associés.

SECTION 2. – LA DÉSIGNATION D'UN ADMINISTRATEUR PROVISOIRE

La nomination d'un administrateur provisoire est une mesure prise par le juge des référés lorsque les organes sociaux

(139) Référé Lux., 10 mars 2000, n° 181/2000 du rôle.

(140) F. FAYOT et C. MARTINS COSTA, *op. cit.*, p. 469.

d'une société sont dans une situation de blocage alors que la société doit continuer à être gérée dans l'attente d'une solution (141).

En l'absence de toute disposition légale, cette mesure est à considérer comme une création purement prétorienne de l'autorité judiciaire dans les conflits. La société en tant que personne morale aussi bien que chacun de ses actionnaires ont qualité pour exercer l'action (142).

Nous avons expliqué au point précédent les conditions de la compétence du juge des référés. Il nous paraît intéressant de relever différentes circonstances qui ont justifié la compétence du juge des référés en matière de nomination d'un administrateur provisoire :

- Selon les auteurs belges que nos juges citent, sa compétence est subordonnée aux quatre conditions suivantes : (i) l'urgence, (ii) le provisoire, (iii) l'existence d'une apparence de droits et (iv) l'absence d'immixtion du juge dans la vie sociale (143).
- Dans une affaire, le juge des référés a subordonné la désignation d'un administrateur provisoire aux deux conditions suivantes : (i) le fait que le fonctionnement de la société ne soit plus assuré ou que sa gestion soit empêchée par les dissentiments graves entre les associés ou qu'elle soit menacée de paralysie, et (ii) le fait que de ces circonstances exceptionnelles propres à entraver l'application normale des statuts puisse découler l'existence d'un péril grave pour l'avenir de la société (144).
- G. Horsmans, quant à lui, affirme que « *l'intervention du juge des référés aux fins de désignation d'un administrateur doit*

(141) Voir P.-A. FORIERS, «Les situations de blocages dans les sociétés anonymes», *R.P.S.*, 1992, p. 466; J.-F. GOFFIN, «Les actions en cession forcée et en reprise forcée : premiers pas jurisprudentiels», *J.T.*, n° 5882, 16/1998, pp. 321 et s.

(142) *Trib. arr. Lux.* (référé), 28 juillet 1986, n° 832/86 du rôle, cité dans J. PETRY, *op. cit.*, p. 78.

(143) Voir E. POTTIER et M. DE ROECK, «L'administrateur provisoire : bilan et perspectives», *R.C.D.B.*, 1997, p. 204, n° 5, cité dans F. FAYOT et C. MARTINS COSTA, «...», p. 463.

(144) *Trib. arr. Lux.* (référé), 28 juillet 1986, n° 832/86 du rôle, qui cite les doctrines et jurisprudences suivantes : ROBLET, *Traité élémentaire de droit civil*, pages 543-544, 661 et 819; Cour d'appel Lyon, 20.12.1954, *Rec. Dal.*, 1955, page 142; Cour d'appel d'Amiens, 14.3.1977, avec note Y. CHARTIER, *JCP*, 1978, 18955; la nomination judiciaire des administrateurs de sociétés par Ch. LAPP, dans *Rev. Trim. Dr. Com.*, 1952, pp. 767 et s.

reposer sur des faits concrets susceptibles de motiver une telle désignation, étant entendu qu'il n'incombe pas aux juridictions de se substituer aux organes de la société mais d'aider au redressement de son fonctionnement, si celui-ci est paralysé ou faussé ou risque de l'être» (145).

- La nomination d'un administrateur peut encore être justifiée par le désir d'empêcher la mise en dissolution immédiate d'une société par suite d'une crise momentanée. Les conditions de sa mise en œuvre sont les suivantes (146) : (i) la dissolution ne paraît pas irrémédiable, (ii) elle est commandée par l'intérêt de la société et (iii) elle ne heurte pas le pacte social.

Comme l'intrusion de la justice dans la vie des sociétés doit être limitée au strict nécessaire, le juge veillera à ce que (i) les pouvoirs de l'administrateur provisoire soient clairement définis et que (ii) sa mission soit limitée dans le temps car l'objectif est quand même que les organes sociaux puissent, après un certain laps de temps, reprendre leurs fonctions ordinaires (147). Par exemple, le juge des référés, dont les pouvoirs sont d'ordre public, n'excède pas ses limites en confiant à l'administrateur provisoire la mission de poser les actes d'administration courants, et ce jusqu'à une date limite insérée dans le jugement lui-même (148).

Comme illustration, un jugement en référé (149) peut prévoir qu'un administrateur provisoire sera désigné (i) lorsque tous les administrateurs ont donné leur démission, (ii) lorsqu'il est impossible de reconstituer le conseil par suite de l'opposition de deux groupes d'actionnaires d'une puissance égale, ou encore (iii) lorsqu'il y a un exercice irrégulier ou abusif du pouvoir d'administration par l'actionnaire majoritaire.

(145) G. HORSMANS, «Le juge des référés et le droit des sociétés», *R.P.S.*, 1961, n° 16.

(146) *Trib. arr. Lux.*, 30 juillet 1996, n° 834/86 du rôle, cité dans : J. PETRY, *op. cit.*, p. 77, et dans J. DELVAUX, *op. cit.*, p. 324.

(147) Cour d'appel, 30 avril 1990, n° 12181 du rôle, Cour d'appel; 18 décembre 1990, n° 12638 du rôle, cité dans : J. PETRY, *op. cit.*, p. 77, J. DELVAUX, *op. cit.*, p. 324, *Recueil de législation*, «Sociétés commerciales – loi du 10 août 1915», *op. cit.*, p. 186.

(148) *Ibid.*

(149) *Trib. arr. Lux.* (référé), 28 juillet 1986, n° 832/86 du rôle.

SECTION 3. – LA DÉSIGNATION
D’UN SÉQUESTRE JUDICIAIRE

Suivant l’article 1961 du Code civil, les tribunaux peuvent ordonner le séquestre d’une chose mobilière dont la propriété est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes. En matière de droit des sociétés, la nomination d’un séquestre a souvent pour objectif de rendre provisoirement indisponibles les titres mis sous séquestre.

Cette mesure peut être ordonnée par les tribunaux de droit commun, mais également, en cas d’urgence, par le juge des référés (150).

Les pouvoirs du séquestre sont limités à des actes conservatoires et de pure administration; il ne peut notamment pas déroger au droit de propriété. La désignation d’un séquestre rend les actions, objet du séquestre, indisponibles de façon momentanée et provisoire en attendant qu’une décision au fond soit rendue (151) (152).

Dans un cas d’espèce, alors qu’un litige portait sur l’annulation d’une assemblée générale tenue irrégulièrement du fait que les administrateurs n’avaient pas été convoqués, le juge des référés a ordonné la nomination d’un séquestre pour prendre possession des documents sociaux et comptables de la société que les défendeurs refusaient de remettre et ce pour prendre toutes mesures conservatoires à leur sujet (153).

SECTION 4. – LA SUSPENSION
D’UNE DÉCISION D’ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

Le juge des référés, dont les pouvoirs sont limités comme indiqué ci-avant, ne peut connaître de l’annulation d’une

(150) En dehors des cas prévus par l’article 1961 du Code civil, dont l’énumération n’est pas limitative, les tribunaux et le juge des référés, en cas d’urgence, peuvent prendre toutes mesures utiles et nécessaires à la conservation des droits des parties, et notamment ordonner la séquestration d’une chose dont l’usage est litigieux, dès lors que cette mesure provisoire n’est pas dérogatoire au droit de propriété. Cour, 22 avril 1970, 21, 324. Cf. également : Cour d’appel, 14 novembre 1988, n° 10724, cité dans : *Recueil de législation*, «Sociétés commerciales – loi du 10 août 1915», *op. cit.*, p. 185.

(151) Cour d’appel, 14 février 1988, n° 10734 du rôle et Cour d’appel, 20 avril 1993, n° 15179 du rôle.

(152) Cour d’appel, 14 novembre 1988, n° 10724 du rôle, cité dans : J. DELVAUX, p. 324.

(153) *Trib. arr. Lux.* (référé), 19 mai 1994, n° 731/94 du rôle.

assemblée générale, qu'elle soit ordinaire ou extraordinaire, mais par contre il a le pouvoir d'en suspendre les effets.

Ainsi il a été jugé que *«l'existence de contestations sérieuses relatives à la liquidation d'une société est de nature à justifier l'intervention du juge des référés – même à la demande d'un actionnaire minoritaire – par exemple pour nommer un consultant judiciaire»* (154).

Par contre, le juge des référés excéderait ses pouvoirs et ne peut donc connaître de demandes (i) en suspension des effets d'une assemblée générale lors de laquelle une société a été dissoute et (ii) en nomination d'un administrateur provisoire introduite au référé eu égard au fait que la société est dissoute; cette compétence relève du juge du fond saisi de la demande en annulation de l'assemblée générale à qui il appartiendra de prendre les mesures appropriées dans l'hypothèse où il prononce la nullité de ladite assemblée (155).

SECTION 5. – L'ABUS DE MAJORITÉ

La règle de principe qui permettrait de respecter la volonté de l'ensemble des associés est l'unanimité. L'on pourrait dire que la prise de décision par l'unanimité des associés est le premier mode de règlement des conflits entre actionnaires. Perche tendue au droit de veto, d'aucuns admettront que l'unanimité est difficilement atteignable dans la plupart des situations.

En matière de droit des sociétés, c'est le principe de la majorité qui prévaut pour toutes les formes de société (sauf pour les sociétés de personnes dont la responsabilité est illimitée, *i.e.* la société en nom collectif et la société en commandite simple pour lesquelles l'unanimité subsiste) et sous réserve des pactes d'actionnaires que nous venons d'étudier.

Le principe de prise de décision à la majorité permet à la société d'imposer des décisions à ses propres fondateurs et d'aller à l'encontre de la minorité de ses actionnaires. Principe démocratique par excellence permettant de ne pas devoir

(154) *Trib. arr. Lux.* (référé), 30 juillet 1986, n° 834/86 du rôle.

(155) *Trib. arr. Lux.* (référé), 30 juillet 1986, n° 834/86.

atteindre l'unanimité, il a le mérite d'éviter les situations de blocage à répétition (156).

«*En principe, les sociétés par actions sont entièrement soumises au gouvernement majoritaire; tant que ce gouvernement est assuré, sans carence, ni abus, l'opposition du minoritaire, qui doit soumission, n'autorise pas une substitution du pouvoir judiciaire au pouvoir majoritaire*» (157). Ainsi, par exemple, la justice a rejeté une demande d'annulation de décision d'une assemblée générale d'une S.à r.l. qui avait régulièrement décidé d'augmenter un loyer alors qu'il avait déjà été fixé une première fois auparavant (158).

La notion d'abus de majorité est une application de la théorie générale de l'abus de droit (159).

Le mode de prise de décision par le groupe majoritaire peut mener à des abus ouvrant le droit au groupe minoritaire à des actions en abus de majorité. «*La doctrine et la jurisprudence considèrent qu'il y a abus de majorité lorsqu'une décision de l'assemblée générale des actionnaires a été prise (i) contrairement à l'intérêt social et (ii) dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité (Jurisclasseur Sociétés, fasc. 139, nos 153 et 155, ainsi que les références y citées)*» (160).

L'action fondée sur l'abus de majorité conduit, 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 (161).

La jurisprudence luxembourgeoise se montre cependant réticente à reconnaître des cas d'abus par le groupe majoritaire. Le juge des référés (162) a néanmoins ordonné la suspension

(156) Voir en ce sens : RIPERT, «La loi de la majorité dans le droit privé», in *Mélanges Sugiyama*, Paris, 1940, p. 351, cité dans A. STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, 1^{ère} édition, éditions Saint-Paul, 2006, p. 315.

(157) *Trib. arr. Lux.* (référé), 28 juillet 1986, n° 832/86, précité. J. PETRY, *op. cit.*, p. 106.

(158) Cour, 10 février 1999, n° de rôle 19248, cité dans : *Recueil de législation «Sociétés commerciales – loi du 10 août 1915»*, Service central de législation, Luxembourg, 2003, p. 187.

(159) A. STEICHEN, *op. cit.*, p. 316.

(160) *Trib. arr. Lux.*, 13 octobre 1989, n° 319/89 du rôle, *Trib. arr. Lux.*, 5 décembre 1997, n° 46.403 du rôle civil et n° 54.800 du rôle commercial, cité dans : *Recueil de législation, «Sociétés commerciales – loi du 10 août 1915»*, *op. cit.*, p. 187.

(161) *Trib. arr. Lux.*, 13 octobre 1989, n° 319/89 du rôle.

(162) *Trib. arr. Lux.* (référé), 5 décembre 1989, n° 240/89 du rôle.

provisoire de la tenue d'une assemblée générale, et ce, afin de prévenir un dommage imminent (163). Aux termes du jugement, «*cette suspension s'impose d'ailleurs d'autant plus que la politique du fait accompli pratiquée par B. à l'occasion de l'assemblée générale (...) est de nature à faire craindre que B. ne veuille se livrer à un abus de majorité*».

SECTION 6. – L'ABUS DE MINORITÉ

Pendant de l'abus de majorité, l'abus de minorité ne peut se concevoir (i) que dans des cas où la majorité qualifiée est requise pour la prise de décisions et (ii) que les minoritaires usent de leur veto à des fins qui ne soient pas conformes à l'intérêt social de la société. M. Elvinger cite l'exemple du cas où une augmentation de capital est nécessaire afin de permettre à un partenaire stratégique ou à un apporteur de capitaux frais d'entrer dans la société (164). L'abus de minorité peut être lié à la mise en œuvre d'une clause contractuelle accordant une majorité qualifiée à l'actionnaire minoritaire dans une société commune, droit contractuel dont celui-ci viendrait à abuser.

Néanmoins, suite à nos recherches personnelles et suivant la doctrine, aucun jugement n'aurait été rendu sur ce sujet à ce jour.

Conclusions

Les associés restent, dans une large mesure, maîtres de leur destinée; il leur est donc conseillé de rédiger les clauses de sortie au mieux de leur intérêt dans le contrat et dans les statuts.

L'on ne peut que se réjouir de ce que le législateur ait, par un nouvel arsenal, voulu améliorer l'efficacité des institutions sociétaires en insérant des mécanismes de sortie souples, équilibrés et, en fin de compte, proches des mécanismes contrac-

(163) La tenue de l'assemblée incriminée entraînerait à coup sûr des litiges à l'issue éventuellement douteuse et causerait à toutes les parties un préjudice d'autant plus grand que ces litiges remettraient en cause *a posteriori* la validité des décisions susceptibles d'être prises à cette assemblée et qui entre-temps auraient déjà sorti leurs effets.

(164) M. ELVINGER, *op. cit.*, p. 208.

tuels usuels. Formulons le vœu que les nouveaux projets puissent également être adoptés et qu'une codification définitive du droit des sociétés voie le jour.

ANNEXE I

I. – EXEMPLES DE CLAUSES ET DE CONTRATS

Nous remercions les membres du Groupe de Travail Contrats Internationaux, animé par les professeurs Fontaine et De Ly, qui ont communiqué ces clauses.

1.1. – *Cas de désaccord*

1. Au cas où un désaccord majeur survenu entre les parties au sujet de la gestion d'une entreprise commune ne serait pas résolu par le Conseil d'Administration de CI :

- a) L'un des deux associés pourra offrir d'acheter la totalité des participations de l'autre associé (appelé le second associé) dans les entreprises communes, ladite offre devant être faite par lettre recommandée spécifiant le prix et les modalités de paiement dudit achat.
- b) Le second associé aura alors le droit d'acheter la totalité des participations du premier associé, aux prix et conditions proposés par le premier associé, étant entendu que ledit droit devra être exercé dans les limites d'une période de quatre-vingt-dix jours suivant la réception dudit avis de la part du second associé.
- c) Dans le cas où le second associé n'exercerait pas le droit d'achat des participations du premier associé dans les limites de la période de notification spécifiée à l'alinéa b) ci-dessus, le second associé sera obligé de vendre ses participations au premier associé, aux prix et selon les modalités offerts précédemment, dans les trente jours après que le second associé aura avisé le premier associé de son intention de ne pas exercer son droit d'acheter les participations du premier associé, ou dans les quinze jours suivant l'expiration de la période de notification prévue à l'alinéa b) ci-dessus, en choisissant la plus courte de ces deux périodes.
- d) La partie ayant le droit d'acheter la participation de l'autre partie a également le droit de la faire acquérir par tout tiers de son choix sous sa responsabilité personnelle et solidaire.

1.2. – *Cas de mise en œuvre de la clause*

- Si à tout moment pendant la durée de ce contrat, les parties ne peuvent se mettre d'accord sur la façon de gérer, Y...
- Au cas où un désaccord majeur survenu entre les parties au sujet de la gestion d'une entreprise commune ne serait pas résolu par le Conseil d'Administration de X,...
- Dans le cas où le Conseil d'Administration de X ne parviendrait pas à prendre une décision sur une question très importante,...

- Dans le cas où des différends continus et inconciliables découlant de tels contrats s'élèveraient entre nous, et ne résultant pas d'une position déraisonnable adoptée par Y,...
- Dans le cas où un différend s'élèverait entre C et A sur des questions devant être résolues par une décision unanime de C et de A en vertu de l'Article 10, différend qui ne pourrait être résolu rapidement au niveau du Conseil d'Administration de la Nouvelle Société, et serait tel que, de l'avis soit de C soit de A, cela affecterait les stratégies fondamentales professionnelles de la Nouvelle Société, ledit différend non résolu sera...
- L'échec des entrepreneurs communs de parvenir à un accord sur des questions qui affectent substantiellement le fonctionnement et/ou le développement de la Société.
- Dans le cas d'un échec du Conseil d'Administration d'une société cédante d'adopter une décision unanime sur une question d'une importance telle qu'elle menace la relation entre parties (y compris l'impossibilité pour le Conseil d'Administration d'approuver le budget annuel et le programme commercial), l'une des parties pourra signifier à l'autre un «*Deadlock Notice*» («*Avis de blocage*»).
- Dans le cas où les parties n'ont pu à maintes reprises adopter une décision unanime en vertu de l'article 7.5 susmentionné et que ce défaut de décision unanime entraîne des effets néfastes pour la Société, l'une ou l'autre des parties aura le droit de résilier ce contrat six mois après la notification d'un avis écrit de résiliation à l'autre partie.

Voy. F. DE LY, Les clauses de divorce dans les contrats de groupement d'entreprises internationales, RDAI, 1995, p. 290.

2. – EXTRAIT DU LIVRE : LANGEFELD-WIRTH :
JOINT VENTURES IM INTERNATIONALEN WIRTSCHAFTSVERKEHR

Article 8 : Cancellation and Termination

8.1. Anything in this agreement to the contrary notwithstanding, each of the parties hereto not in breach of this agreement may, upon election, and in addition to any other legal remedies that it may have, cancel and terminate this agreement, and all rights granted herein, in the event that the other party is in breach of any provisions of this agreement, with a ninety days (90) written notice to the violating party and if the violation is not remedied by the violating party within ninety days (90) after such notice.

8.2. Each of the parties hereto shall have the right to terminate this agreement, and all rights granted hereto, effective immediately upon giving notice of sixty days (60) to the other party hereto in the event of:

8.2.1. appointment of a trustee, receiver of other custodian for all or a substantial part of the other party hereto;

8.2.2. a judicial finding that the other party is insolvent or bankrupt;

8.2.3. the filling of a petition in bankruptcy by or against the other party hereto;

8.2.4. the entering into composition with its creditors by the other party, or an assignment by the other party for the benefit of its creditors;

8.2.5. the attachment of all or substantial portion of the assets of the other party;

8.2.6. a government expropriation or condemnation of all or substantial portion of the assets or capital stock party;

8.2.7. the dissolution or liquidation of the other party;

8.2.8. the merger, amalgamation or consolidation by the other party with or into another company or corporation where the other party is not the surviving or the resulting organization, without the prior written approval of A or B, as the case may be;

8.2.9. a change in the present ownership of the majority interest or an essential change in management of the other party (A or B).

8.3. The termination of this agreement for any reason shall neither release any party from any liability, obligation or agreement which, pursuant to any provisions of this agreement, is to survive or be performed after such termination nor shall it release any party from its liability to pay any sums of money accrued, due and payable to the other or to discharge its then accrued and unfulfilled obligations. The termination of this agreement for any reason shall not be deemed a waiver or release of, or otherwise prejudice or affect, any rights, remedies or claims, whether for damages or otherwise, which any party may then possess under this agreement or which arise as a result of such termination, all of which rights, remedies and claims shall survive such termination.

Article 9 : Share Transfer

9.1. If A or B wishes to sell or to transfer the whole or any part of its shareholding in the company, it shall, in the first instance, offer such shares to the other party to this agreement (A or B as the case may be) for purchase. If the other party to this agreement to whom the offer is made fails to communicate its acceptance thereof within one hundred and eighty (180) days of the date of receipt of such offer by the other party to this agreement, then the party offering the shares shall be at liberty to sell or transfer them to any other party of its choice, provided that the sale price shall not be lower than the price offered to another party.

9.2. The price of all shares of company offered for the sale under article 9.1 shall be by mutual agreement of the parties hereto, or the price quoted in the (City) Stock Exchange on the date of the offer or in default of an agreement, shall be the fair market value as certified by the Auditors for the time being of the company, which in their opinion in the fair selling value as between a willing vendor and a willing purchaser and in making such valuation such Auditors act as experts and not as arbitrators.

9.3. Where shares of the company are sold or transferred to any another party to this agreement to a third party who is not signatory to this agreement under or pursuant to the above sub-clause, it shall be an express condition of such sale that such third party shall give an undertaking in writing to adhere to and be bound by the terms and conditions of this agreement.

9.4. Upon termination of the agreement by any other party, pursuant to Article 8, the party through whose default the termination had arisen shall offer for sale to the others its shares and other financial interests in the company at the fair market value thereof as determined in terms of clause 9.2 of the agreement.

Article 9 : Post Termination Rights

After termination of this agreement and/or license and technical assistance agreement entered into with the company by A, for any cause, the company shall have the right to continue in the field of manufacture and sale of the products, with the benefit of all the technical information and the experience acquired by it under the terms of any License Agreement, but shall not be entitled to use any trade name or mark (whether registered or not) licensed to it under this agreement or the industrial property rights owned by the party who will cease to have connection with the company thereafter.

Article 10 : Arbitration

All disputes arising out of or in connection with this agreement which cannot be settled amicably between the parties shall be finally settled under the rules of conciliation and arbitration of the International Chamber of Commerce, Paris, by one or more arbitrators appointed in accordance with the said rules, such arbitration shall be held in City, country, and is subject to (Country) laws as provided for in Article 16.1 of this agreement. All proceedings shall be in the English language.

Article 11 : Force Majeure

A and B shall not be liable or responsible for damages or in any manner whatsoever to the other for failure or delay to perform or fulfill any provisions of this agreement when such failure or delay is due to fires, war, civil commotions, labour or employment difficulties, act of God, acts of public authorities, or delays or default caused by public carriers or for any other actions or causes whatsoever, similar or dissimilar, which cannot reasonably be forecast or provided against, and which cannot be overcome by due diligence. In such event the time for performance shall be extended for the period of the continuance of such inability, provided however, that the party having such cause shall (i) promptly after having knowledge of the commencement thereof, notify the other party in writing of the nature of such cause and the expected delay, (ii) continue to keep the other party informed as to conditions, (iii) take all reasonable steps to eliminate such cause of the delay, and (iv) shall continue performance hereunder with utmost dispatch whenever

such reason or cause is removed. In the event any of such cause or causes shall continue for a period of one hundred and twenty (120) days, the parties hereto shall mutually discuss the matter and decide on the course of action to be taken.

Article 12 : Assignment

This agreement and the rights and obligations hereunder are personal to the parties hereto, and shall not be assigned by any of the parties hereto, voluntarily or by operation of law, to any third party, without the express prior written consent of the other parties hereto and such consent is not to be withheld unreasonably. Such assignment shall be on the basis that the assignee executes an undertaking that it will be bound by the terms and conditions of this agreement.

Article 13 : Notices

Except as otherwise provided in this agreement, all notices required or permitted to be given pursuant or in reference to this agreement shall be in writing and shall be valid and sufficient if dispatched by registered airmail, postage prepaid, in any post office in (Country) or in West Germany as the case may be, addressed as follows :

A :....

B :....

Any party hereto may change its address by a notice given to the other party hereto in the matter set forth above. Notices given as herein provided shall be considered to have been given ten (10) days after the mailing hereof.

Article 14 : Representation

Each of the parties hereto represents and warrants to the other parties that all negotiations relating to this agreement have been carried on by each with the other without the intervention of any other person, firm, or corporation, and each party hereto shall indemnify and hold harmless the other against, and in respect of, any fees, claim for brokerage or other commission relating to this agreement or to the transactions contemplated hereby, paid to or claimed by any other person, or corporation claiming to have dealt with the indemnitor.

Article 15 : Entire Agreement

The terms and conditions herein contained constitute the entire agreement between the parties and shall supersede all previous communications, either oral or written, between the parties hereto with respect to the subject matter hereof, and no agreement or understanding varying or extending the same shall be binding upon any party hereto, unless in writing signed by a duly authorised officer or representative thereof.

Article 16 : Interpretation

The validity, construction and performance of this agreement shall be governed by and interpreted in accordance with the laws of (Country).

This agreement is in the English language only, which language shall be controlling in all respects. No translation, if any, of this agreement into other language shall be of any force or effect in the interpretation of this agreement or in the determination of the intent of either of the parties hereto.

Article 17 : Effect of Headings

The headings of Articles and Sections of this agreement are to facilitate reference only, do not form a part of this agreement and shall not in any way affect or be considered in the interpretation hereto.

Article 18 : Modification of Agreement

No amendment or change hereof or addition hereto shall be effective or binding on either of the parties hereto unless set forth in writing and executed by the respective duly authorised representatives of each of the parties hereto.

Article 19 : Waiver

The failure with or without intent of any party hereto to insist upon the performance of the other of any term or provision of this agreement in strict conformity with the literal requirements hereof shall not be treated or deemed to constitute a modification of any term or provision hereof, nor shall failure or election be deemed to constitute a waiver of the right of such party at any time whatsoever thereafter to insist upon performance by other strictly in accordance with any term or provision hereof; all terms, conditions and obligations under this agreement shall remain in full force and effect at all times during the term of this agreement except otherwise changed or modified by mutual written agreement of the parties hereto.

Article 20 : Illegality

If any term or provision of this agreement shall be hereafter declared by a final adjudication to be illegal, such declaration shall not alter the validity or enforceability of any other term or provision unless the terms and provisions declared shall be one expressly as a condition precedent or as of-the-essence of this agreement, or comprise an integral part of, or inseparable from the remainder of this agreement.

ANNEXE II
PROJET 5730 ORIGINAIRE

§8BIS. EXCLUSION, RACHAT ET RETRAIT,
TEL QUE PROPOSÉ PAR LE PROJET DE LOI, INTRODUISANT
LES ARTICLES 98BIS À 98QUINQUIES DANS LA LOI DE 1915

§8bis. – *Exclusion, rachat et retrait*

Sous §1. – *Exclusion*

Art. 98bis. – (1) Un ou plusieurs actionnaires possédant ensemble soit des titres représentant 30 % des votes attachés à l'ensemble des titres existants ou 20 % si la société a émis des titres non représentatifs du capital, soit des actions dont la valeur nominale ou le pair comptable représente 30 % du capital de la société, peuvent demander en justice, pour de justes motifs, qu'un actionnaire lui ou leur cède ses actions et tous les titres qu'il détient et qui peuvent être convertis ou donnent droit à la souscription ou à l'échange en actions de la société. L'action en justice ne peut être intentée par la société ou par une filiale de la société.

(2) L'action est introduite devant le président du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale et comme en matière de référé. La société doit être appelée à la cause. A défaut, le juge remet l'affaire à une date rapprochée. La société informe à son tour les titulaires d'actions, les dispositions de l'article 70 relatives à la convocation aux assemblées étant applicables par analogie.

(3) Le défendeur ne peut, après que la citation lui a été signifiée, aliéner ses actions ou titres ou les grever de droits réels sauf avec l'accord du juge ou des parties à la cause. La décision du juge n'est susceptible d'aucun recours. Le juge peut ordonner la suspension des droits liés aux actions ou titres à transférer à l'exception du droit au dividende. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours.

(4) Les parties soumettent une copie des statuts coordonnés et une copie ou un extrait de toutes conventions restreignant la cessibilité de ses actions. Le juge veille à respecter les droits qui résultent de ces derniers lorsqu'il ordonne la cession forcée. Le juge peut toutefois se substituer à toute partie désignée par ces statuts ou conventions pour fixer le prix d'exercice d'un droit de préemption, réduire les délais d'exercice des droits de préemption moyennant un escompte, et écarter l'application des clauses d'agrément applicables aux actionnaires. Pour autant que les bénéficiaires aient été appelés à la cause, le juge peut se prononcer sur la licéité de toute convention restreignant la cessibilité des actions dans le chef du défendeur ou, le cas échéant, ordonner le transfert de ces conventions aux acquéreurs des actions.

(5) Le juge condamne le défendeur à transférer, dans le délai qu'il fixe à dater de la signification du jugement, ses actions et titres aux demandeurs, et les demandeurs à accepter les actions contre paiement du prix qu'il fixe. La

décision tient pour le surplus lieu de titre pour la réalisation des formalités liées à la cession lorsque les titres sont nominatifs. La reprise s'effectue, le cas échéant, après l'exercice des éventuels droits de préemption visés par le jugement, au prorata du nombre d'actions et titres détenus par chacun, à moins qu'il en ait été convenu autrement. Les demandeurs sont solidairement tenus du paiement du prix. La décision du juge est exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel. Si la décision est exécutée et qu'un recours est introduit, le paragraphe (3) s'applique aux acquéreurs des actions ou titres.

(6) La procédure d'exclusion par la voie judiciaire instaurée par le présent article ne doit pas porter atteinte aux éventuelles dispositions conventionnelles qui pourraient avoir été arrêtées en la matière. Pour autant que toutes les parties concernées aient été appelées à la cause, le juge peut se prononcer sur la licéité de ces conventions et veiller à respecter les droits qui en résultent dans la mesure où une telle prise en considération rejoint celle du juste motif retenu par le juge.

Sous §2. – *Rachat*

Art. 98ter. – (1) Tout actionnaire peut, pour de justes motifs, demander en justice que les actionnaires à l'origine de ces justes motifs, rachètent toutes ses actions ainsi que les obligations convertibles en actions ou les droits de souscriptions qu'il détient. L'article 98bis, paragraphes (2), (3), alinéa 2, et (4), alinéa 2, est applicable. L'article 98bis, paragraphe (4), alinéa 1^{er}, est applicable par analogie au demandeur.

(2) Le juge condamne le défendeur à accepter, dans le délai qu'il fixe à dater de la signification du jugement, les actions, obligations convertibles en actions ou les droits de souscriptions contre paiement du prix qu'il fixe et le demandeur à remettre ses titres aux défendeurs. La décision tient pour le surplus lieu de titre pour la réalisation des formalités liées à la cession quand les titres sont nominatifs.

Le rachat s'effectue, le cas échéant, après l'exercice des éventuels droits de préemption visés par le jugement. Les défendeurs sont solidairement tenus au paiement du prix. La décision du juge est exécutoire par provision, nonobstant opposition ou appel. Si la décision est exécutée et qu'un recours est introduit, l'article 98bis, paragraphe (4), s'applique aux acquéreurs des titres.

(3) La procédure de retrait par la voie judiciaire instaurée par le présent article ne doit pas porter atteinte aux éventuelles dispositions conventionnelles qui pourraient avoir été arrêtées en la matière. Pour autant que toutes les parties concernées aient été appelées à la cause, le juge peut se prononcer sur la licéité de ces conventions et veiller à respecter les droits qui en résultent dans la mesure où une telle prise en considération rejoint celle du juste motif retenu par le juge.

Sous §3. – *Retrait obligatoire*

Art. 98quater. – (1) Sans préjudice de l'article 15 de la 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, toute personne physique ou morale, qui détient, directement ou indirectement, 95 % du capital assorti du droit de vote et 95 % des droits de vote d'une société anonyme dont tout ou partie des valeurs mobilières auxquelles sont attachés des droits de vote, y compris les certificats représentatifs d'actions auxquels est attachée la possibilité de donner une instruction de vote sont admises à la négociation sur un marché réglementé, ou l'ayant été, ne le sont plus, peut exiger de tous les détenteurs restants de titres conférant le droit de vote, d'actions sans droit de vote, de parts bénéficiaires démunies d'un droit de vote, et de titres donnant droit à la souscription ou à l'acquisition de tels titres ou à la conversion en de tels titres de lui vendre ces titres à la suite d'une demande de retrait. Ce pourcentage est calculé au moment où le rapport de l'offrant est établi conformément aux dispositions du règlement grand-ducal évoqué au paragraphe (2).

(2) Un règlement grand-ducal organise l'offre de retrait et, notamment, détermine la procédure à suivre et les modalités de fixation du prix du retrait. Ce règlement assure l'information et l'égalité de traitement des porteurs de titres.

Sous §4. – *Rachat obligatoire*

Art. 98quinquies. – (1) Sans préjudice de l'article 16 de la 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, lorsqu'une personne physique ou morale détient, directement ou indirectement, des titres lui conférant plus de 95 % du capital assorti du droit de vote et 95 % des droits de vote dans une société anonyme dont tout ou partie des valeurs mobilières auxquelles sont attachés des droits de vote, y compris les certificats représentatifs d'actions auxquels est attachée la possibilité de donner une instruction de vote, sont admises à la négociation sur un marché réglementé, ou l'ayant été, ne le sont plus, un détenteur de titres conférant le droit de vote, d'actions sans droit de vote, de parts bénéficiaires démunies d'un droit de vote peut exiger de cette personne qu'elle lui rachète ses titres, actions ou parts à la suite d'une demande de rachat. Ce pourcentage est calculé au moment où le demandeur effectue sa demande conformément aux dispositions du règlement grand-ducal évoqué au paragraphe (2).

(2) Un règlement grand-ducal organise la demande de rachat et, notamment, détermine la procédure à suivre et les modalités de fixation du prix de rachat.

ANNEXE III
PROJET DE LOI 5978 RELATIVE AU RETRAIT OBLIGATOIRE
ET AU RACHAT OBLIGATOIRE PORTANT SUR LES TITRES
DE SOCIÉTÉS ANONYMES ADMIS OU AYANT ÉTÉ ADMIS
À LA NÉGOCIATION SUR UN MARCHÉ RÉGLEMENTÉ

TEXTE COORDONNÉ AU 9 JUIN 2010

Art. 1^{er}. – Définitions

Aux fins de la présente loi on entend par :

(1) «Actionnaire majoritaire» : toute personne physique ou morale, qui détient, seule ou de concert, directement ou indirectement, des Titres lui conférant au moins 95% du capital assorti du droit de vote et 95% des droits de vote d'une société anonyme ;

(2) «la Commission» : la Commission de surveillance du secteur financier ;

(3) «Titres» : tout ou partie des valeurs mobilières auxquelles sont attachés des droits de vote, y compris les certificats représentatifs d'actions auxquels est attachée la possibilité de donner une instruction de vote, qui, (i) sont admises à la négociation sur un marché réglementé dans un ou plusieurs États membres de l'Union européenne, ou (ii) l'ayant été mais ne le sont plus, ou (iii) ayant fait l'objet d'une offre au public.

Art. 2. – Retrait obligatoire

(1) Sans préjudice de l'article 15 de la 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, l'Actionnaire majoritaire peut exiger de tous les détenteurs restants de titres conférant le droit de vote, d'actions sans droit de vote, de parts bénéficiaires démunies d'un droit de vote, et de titres donnant droit à la souscription ou à l'acquisition de tels titres ou à la conversion en de tels titres, de lui vendre ces titres à la suite d'une demande de retrait. Le pourcentage afférent est calculé au moment où l'Actionnaire majoritaire effectue sa demande de retrait.

(2) Le retrait doit être exercé à un juste prix sur base de méthodes objectives pratiquées en cas de cession d'actifs.

(3) A l'issue de la procédure, les titres non présentés, que le propriétaire se soit ou non manifesté, sont réputés transférés de plein droit à l'Actionnaire majoritaire avec consignation du prix.

Les titres au porteur non présentés sont convertis de plein droit en titres nominatifs et sont à l'intervention de l'organe de gestion inscrits au registre des titres nominatifs.

(4) Lorsqu'une procédure de retrait est en cours, aucune demande de rachat ne peut être effectuée avant que la procédure de retrait n'ait été menée à son terme.

Art. 3. – Rachat obligatoire

(1) Sans préjudice de l'article 16 de la 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, un détenteur de titres conférant le droit de vote, d'actions sans droit de vote, de parts bénéficiaires démunies d'un droit de vote peut exiger de l'Actionnaire majoritaire qu'il lui rachète ses titres, actions ou parts à la suite d'une demande de rachat. Le pourcentage afférent est calculé au moment où le demandeur effectue sa demande de rachat.

(2) Le rachat doit être exercé à un juste prix sur base de méthodes objectives pratiquées en cas de cession d'actifs.

(3) Les détenteurs de titres, n'ayant pas effectué de demande de rachat, peuvent présenter leurs titres au rachat dans un délai qu'il appartient à la Commission de fixer, sans que ce délai ne puisse être ni inférieur à un mois ni supérieur à six mois. Un détenteur de titres qui présente ses titres au rachat doit présenter tous les titres qu'il détient.

Un détenteur de titres n'ayant ni effectué une demande de rachat ni présenté ses titres au rachat aux termes de l'alinéa qui précède ne participe pas au rachat.

(4) Pendant les deux années qui suivent une demande de rachat, aucune nouvelle demande de rachat ne peut être effectuée en ce qui concerne les titres de la société visée.

(5) L'Actionnaire majoritaire, auquel est adressée une demande de rachat, peut à tout moment effectuer une demande de retrait. Lorsqu'une demande de retrait est effectuée avant l'expiration du délai fixé par la Commission aux termes du paragraphe (3) ou endéans le mois de l'expiration de ce dernier, la demande de rachat et la procédure y relative deviennent sans objet.

Art. 4. – Compétences de la Commission

La Commission est l'autorité compétente pour veiller au respect des dispositions de la présente loi. Elle a notamment compétence pour s'assurer du respect de la procédure de même qu'elle est compétente pour s'assurer que la condition du juste prix soit remplie.

Un recours en annulation est ouvert devant le tribunal administratif à l'encontre des décisions de la Commission conformément aux dispositions de la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif.

Art. 5. – Mise en œuvre

Les modalités d'exécution de la présente loi peuvent faire l'objet d'un règlement grand-ducal.

Art. 6. – Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur le 1^{er} jour du 3^e mois qui suit sa publication au Mémorial.