

RAPPORT BRÉSILIEN

par
Luis Olavo Baptista Advogados

I – Normes Générales de protection des groupes minoritaires

1.- La protection des groupes minoritaires

Le système juridique brésilien est basé sur l'égalité des personnes. Toutefois, la diversité trouve sa place dans la protection assurée aux minorités par des règles assurant la liberté et l'exercice des droits. Quand cela est nécessaire, des règles spécifiques garantissent certains droits aux minorités.

La constitution brésilienne pose les principes fondamentaux de protection des minorités, dans son article 3 paragraphe IV, qui dispose que :

« Constituent les objectifs fondamentaux de la République Fédérative du Brésil :

(...)

IV – Promouvoir le bien de tous, sans préjugés d'origine, de race, de sexe, de couleur, d'âge et toutes autres formes de discrimination »

L'article 5 de la Constitution fédérale brésilienne garantit également l'égalité des droits à tous ceux qui résident au Brésil, et à ses citoyens.

Ces garanties fondamentales sont spécifiées par la législation brésilienne dans textes consacrés à des groupes minoritaires :-

a) Personnes handicapées et femmes

La loi 7.853/89 parle du soutien devant être apporté aux personnes atteintes de handicaps ; la loi 8.112/90 prévoit, entre autres, que 20% des emplois du secteur public sont réservés à ces mêmes handicapés.

La loi électorale n°9.504/97 prévoit, quant à elle, une participation de femmes candidates d'au minimum 30%.

b) Les communautés indigènes et les indiens

La Constitution, dans son article 231, reconnaît et protège l'organisation sociale, les coutumes, les langues, les croyances et les traditions ainsi qu'un droit originel sur les terres occupées par les indiens.

La loi n°6.001/73 réglemente le statut de l'indien et prévoit en particulier un régime de tutelle des communautés indigènes non intégrées exercé par l'Union Fédérale au travers de l'organisme compétent (la FUNAI).

Cette loi prévoit spécifiquement l'interdiction de toute discrimination entre les travailleurs indigènes et les autres travailleurs, ainsi

que l'application aux travailleurs indigènes de tous les droits et garanties prévus par le droit du travail et de la sécurité sociale.

La loi définit également le statut des terres indigènes et l'usufruit exclusif de ces terres par les communautés indigènes.

En matière pénale, les indiens bénéficient également d'un régime particulier instauré par cette même loi ; les peines appliquées aux indiens devant être atténuées et si possible appliquées en régime de semi-liberté.

Il s'agit d'une législation très complète et protectionniste mais d'une difficile mise en pratique dans la mesure où les budgets et moyens octroyés à la FUNAI pour la protection de ces communautés sont insuffisants.

c) Les homosexuels

Un groupe minoritaire non protégé par une législation spécifique est celui composé par les homosexuels. Il n'existe pour le moment aucun texte spécifique protégeant ou garantissant certains droits aux homosexuels, la protection provient donc du principe de non-discrimination établi dans l'article 3 de la Constitution Fédérale et du principe de l'égalité établi dans l'article 5 de cette même constitution.

Il faut toutefois signaler qu'il existe un projet de loi, présenté en 1995, disciplinant l'union civile entre personnes du même sexe (Projet de Loi n°1.151/95). Ce projet n'a toujours pas été discuté, toutefois il démontre un effort d'intégration de la communauté homosexuelle. Mais la jurisprudence brésilienne reconnaît l'existence de couples homosexuels, ou en d'autres termes de «collaboration mutuelle ». En effet, dans un certain nombre de décisions, les juges ont reconnu le droit au partage des biens sur la base de la société créée de fait.

Soulignons également l'existence d'une décision du Tribunal Régional de la 4^{ème} région (en appel), en date du 20/08/98 qui a reconnu le droit à un conjoint de se voir inscrire sur le plan de santé de l'assuré, le Tribunal ayant en l'espèce jugé que le précédant refus d'inscription constituait une violation au principe constitutionnel de l'égalité, qui interdit toute discrimination sexuelle.

Les principes innovateurs introduits par la jurisprudence concernant les couples homosexuels sont l'interdiction de toute discrimination sexuelle, la reconnaissance de l'existence «d'affectio Sociétatis » entre les conjoints permettant de qualifier ce concubinage de société créée de fait et permettant ainsi le partage des biens entre les concubins, voire le droit de succession en cas de décès de l'un des conjoints (voir à cet égard la Décision en date du 24/02/1999, rendue à Porto Alegre dans laquelle la Juge a reconnu l'existence d'une Union Stable entre les conjoints).

d) Les noirs et autres groupes ethniques

Il n'existe pas de législation spécifique réservée aux groupes ethniques en tant que tels. La protection qui leur est conférée est celle des garanties fondamentales de non discrimination.

Toutefois, la Constitution fédérale brésilienne prévoit que la pratique du racisme constitue un crime ne donnant pas droit à libération sous caution, imprescriptible et assujetti à des peines de réclusion.

C'est la loi 7716/89, modifiée par la loi 9459/97 qui concerne les pratiques racistes et les peines applicables à ces crimes.

RAPPORT BRÉSILIEN

67

Il convient de souligner qu'il existe un projet de loi dont le texte a été, en date du 17/04/2002, approuvé par la Commission de Constitution, Justice et Citoyenneté du Sénat et pourra être postérieurement soumis au vote du Sénat. Ce projet de loi prévoit l'institution de quotas (minimum de 20%) pour la population noire en ce qui concerne l'accès aux fonctions et emplois publics, à l'éducation supérieure et aux contrats du Fond de Financement à l'Étudiant de l'Enseignement Supérieur.

2) Textes violant les droits des minorités

Nous avons pu voir que les minorités sont protégées par les dispositions de la Constitution brésilienne ; à cet égard une loi violant les droits des minorités est en principe inconstitutionnelle et peut donc faire l'objet d'une Action Directe de Déclaration d'Inconstitutionnalité (ADIN). Cette ADIN doit être introduite auprès du Tribunal Suprême Fédéral (STF) qui est le juge direct de la constitutionnalité des lois.

Toutefois, il est également possible à un Tribunal, au cours d'un procès, de déclarer l'inconstitutionnalité d'un texte sur la base de l'article 97 de la Constitution Fédérale : c'est ce que l'on nomme le contrôle incident de constitutionnalité.

II – Droit des Sociétés

1. Règles spécifiques concernant les associés ou actionnaires minoritaires

Il convient tout d'abord de signaler que le droit des sociétés au Brésil a fait l'objet de changements importants à la suite de l'approbation d'une nouvelle loi sur les Sociétés par Actions, la Loi n°10.303 du 31 octobre 2001, déjà en vigueur, ainsi que par suite de l'approbation d'un Nouveau Code Civil à travers la loi 10.406 du 10 janvier 2002 qui entre en vigueur en janvier 2003. Le nouveau Code Civil a abrogé expressément la partie du Code Commercial consacrée aux sociétés commerciales ainsi que, implicitement, le Décret n°3.708 de 1919 qui réglementait les sociétés à responsabilité limitée.

Ces deux nouvelles normes prévoient des règles spécifiques concernant les actionnaires et associés minoritaires.

Nous présentons ci-dessous les droits garantis aux actionnaires et associés minoritaires par la nouvelle législation dans ces deux types de sociétés. Nous commencerons par la société à responsabilité limitée qui ne contient que peu de dispositions spécifiques concernant les associés minoritaires, pour nous consacrer ensuite entièrement à la société par actions qui prévoit spécifiquement un régime applicable aux minoritaires.

A).- LA SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE

Le droit brésilien n'observe pas spécifiquement la protection des associés minoritaires, sauf en ce qui concerne l'Article 1066 § 2 du nouveau Code Civil Brésilien, qui assure aux associés minoritaires qui représentent au moins 1/5 du capital social, le droit d'élire, séparément, un des membres du conseil fiscal et son suppléant.

La protection des associés minoritaires suit le principe général de la responsabilité des administrateurs de la société face à la pratique d'actes contraires au contrat social ou à l'intérêt social, ou pratiqués avec fraude.

En ce qui concerne les délibérations, la loi établit:

Un quorum qualifié (3/4 du capital social) pour : la modification du contrat social, l'incorporation, fusion et dissolution de la société ou la cessation de la liquidation de la société;

Les votes correspondant à la majorité absolue du capital social (plus de 1/2 du capital social) pour : la désignation des administrateurs, quand elle est faite par un acte indépendant, pour la destitution des administrateurs, la rémunération des administrateurs, quand elle n'est pas prévue dans le contrat et quand il s'agit d'une entrée en période d'observation; et

La majorité des associés présents pour : l'approbation des comptes de l'administration, la nomination et destitution des liquidateurs, l'approbation des comptes et tout autre cas prévu dans le contrat.

Quand il s'agit de délibérer sur la destitution d'un associé qui a été nommé administrateur, une majorité des 2/3 du capital social est requise, à moins qu'il n'existe une disposition contractuelle contraire.

B).-LA SOCIÉTÉ PAR ACTIONS :

1. Droits essentiels

La loi institue des droits dits essentiels, c'est à dire qui ne peuvent être supprimés ni par les Statuts ni par une délibération de la majorité au cours des assemblées. Ces droits sont les suivants :

Participer aux bénéfices de la société ;

Participer au patrimoine de la société en cas de liquidation ;

Surveiller la gestion des affaires sociales ;

Droit de préférence à la souscription d'actions et autres valeurs mobilières ;

Droit de retrait dans les cas prévus par la loi.

Les statuts peuvent également prévoir que les conflits entre actionnaires détenteurs du contrôle et actionnaires minoritaires seront soumis à l'arbitrage.

Ces droits sont assurés à tous les actionnaires et donc *a fortiori* aux actionnaires minoritaires.

Il convient de préciser que sont considérés actionnaires minoritaires ceux qui ne participent pas au groupe de contrôle. Ceci signifie par exemple que les détenteurs d'actions préférentielles sans droit de vote, même s'ils représentent l'énorme majorité des détenteurs d'actions, seront toujours minoritaires (tant que les actions préférentielles n'acquerront pas le droit de vote¹ puisqu'ils n'exercent pas le contrôle de la société. *A contrario*, des

1 Aux termes de l'article 111, les actions préférentielles acquièrent le droit de vote si la société ne distribue pas les dividendes fixes ou minimum pendant le délai fixé par le statut (qui ne peut jamais être supérieur à 3 exercices consécutifs).

actionnaires possédant une part infime d'actions ordinaires peuvent intégrer la majorité s'ils sont alliés au groupe de contrôle moyennant un pacte d'actionnaire ou s'ils votent dans le même sens que le groupe de contrôle.

2. Autres Droits

D'autres droits sont également assurés aux minoritaires, indépendamment du droit de vote. Par exemple les titulaires d'actions sans droit de vote peuvent comparaître aux assemblées générales et discuter la matière soumise à délibération. Ils peuvent également exiger que leurs protestations soient authentifiées : elles devront être archivées par la société.

Les actionnaires minoritaires (représentant 1/10 du capital social avec droit de vote) ont également le droit de demander l'adoption du Vote Multiple pour l'élection des membres du Conseil d'Administration.

Dans les sociétés faisant un appel public à l'épargne, la majorité des titulaires d'actions avec droit de vote (l'actionnaire détenteur du contrôle n'entrant pas dans ce comptage) représentant au moins 15% du total des actions avec droit de vote, ainsi que la majorité des titulaires d'actions préférentielles (sans droit de vote ou à vote restreint) représentant au minimum 10% du capital social auront le droit d'élire ou destituer, au cours d'un vote séparé, un membre et son suppléant au Conseil d'Administration (un membre et un suppléant pour chaque catégorie).

Pour ce qui est du Conseil Fiscal, les titulaires d'actions préférentielles (sans droit de vote ou à vote restreint) peuvent élire un membre et son suppléant ; les actionnaires minoritaires ont également le droit d'élire un membre et son suppléant dès lors qu'ils représentent 10% ou plus des actions avec droit de vote.

Les minoritaires ont également le droit de convoquer les assemblées dans certaines hypothèses :

Tout actionnaire peut convoquer l'Assemblée Générale si les membres des organes d'administration retardent cette convocation prévue par la loi ou par les Statuts de plus de 60 jours .

Par les actionnaires représentant au moins 5% du capital social quand les membres des organes d'administration n'accueillent pas, dans un délai de 8 jours, la demande de convocation qu'ils présentent, dûment fondée, avec indication des matières à traiter .

Par les actionnaires représentant au minimum 5% du capital votant ou par les actionnaires représentant au minimum 5% des actions sans droit de vote, quand les administrateurs n'accueillent pas dans un délai de 8 jours, la demande de convocation de l'assemblée pour installation du Conseil Fiscal.

3. La majorité

La majorité dans les sociétés brésiliennes se calcule en fonction de la participation au capital, chaque action (à l'exclusion des actions préférentielles) et part sociale se voyant attribuer un droit de vote.

Dans la société par actions, le quorum de délibération est en principe la majorité absolue des présents à l'assemblée, sous réserve des exceptions prévues par la loi et sous réserve de l'exigence statutaire d'un quorum plus

élevé dans le cas des sociétés par actions ne faisant pas appel public à l'épargne.

Dans certaines hypothèses, la loi exige une majorité qualifiée (au minimum 50% du capital social avec droit de vote), c'est le cas, entre autres, des délibérations sur la réduction du dividende obligatoire, l'altération des préférences, avantages et conditions de rachat ou amortissement de l'une ou plusieurs classes d'actions, la fusion de la société ou son incorporation, le changement de l'objet social, la scission de la société.

L'actionnaire en désaccord avec les délibérations aura, dans certaines hypothèses comme par exemple en cas de changement de l'objet social ou de réduction du dividende obligatoire, le droit de se retirer de la société moyennant le remboursement de la valeur de ses actions.

4. L'abus de majorité et l'abus de minorité

La loi sur les sociétés par actions prévoit, en son article 117, la responsabilité de l'actionnaire détenteur du contrôle pour abus de pouvoir. Sont ainsi considérées comme des modalités d'exercice abusif de pouvoir, entre autres, le fait d'orienter la société vers une fin étrangère à son objet social ou préjudiciable à l'intérêt national, de l'amener à favoriser une autre société au préjudice de la participation des actionnaires minoritaires aux bénéfices ou au patrimoine de la société ; promouvoir la liquidation d'une société prospère, ou la transformation, incorporation, fusion, scission de la société dans l'objectif d'obtenir un avantage indu pour soi-même ou pour autrui, au détriment des autres actionnaires ; promouvoir une altération sociétaire ou l'adoption de politiques qui n'auraient par pour objectif l'intérêt de la société et viseraient à porter préjudice aux autres actionnaires ; approuver ou faire approuver les comptes irréguliers des administrateurs.

Il n'existe pas de disposition expresse concernant l'abus de minorité (exercice de vote de blocage par exemple), toutefois l'article 115 prévoit que l'actionnaire doit exercer son droit de vote dans l'intérêt de la société. Son vote pourra être considéré abusif s'il l'exerce dans l'objectif de causer un dommage à la société ou à d'autres actionnaires et il devra en répondre.

Les minoritaires (et tout actionnaire en général) peuvent exercer une action en annulation des délibérations prises en Assemblée Générale, irrégulièrement convoquée ou installée, ou qui violent la loi ou les Statuts ou, encore, qui sont entachées d'erreur, de fraude, ou simulation. Cette action doit être intentée dans un délai de 2 ans à compter de la délibération en question. Les actionnaires peuvent également intenter une action contre les actionnaires, administrateurs, liquidateur ou commissaire à la gestion afin d'obtenir réparation des actes pratiqués par eux en violation de la loi ou des statuts, mais il y a prescription au bout de 3 ans.

5. Cessions de contrôle

La nouvelle loi prévoit, en cas de cession directe ou indirecte du contrôle d'une société cotée, l'obligation de procéder à une offre publique d'achat, aux termes de l'art. 254 – A :

« La cession, directe ou indirecte, du contrôle de la société cotée, ne pourra être consentie que sous la condition suspensive ou résolutoire,

que l'acquéreur s'oblige à faire une offre publique d'achat des actions avec droit de vote de propriété des autres actionnaires de la société, de manière à leur assurer un prix au moins égal à 80% de la valeur payée par action avec droit de vote faisant partie du bloc de contrôle.

§ 1^o On comprend comme cession du contrôle, le transfert, de forme directe ou indirecte, des actions intégrant le bloc de contrôle, des actions liées à des pactes d'actionnaires et des valeurs mobilières convertibles en actions avec droit de vote, cession de droits de souscription d'actions et autres titres ou droits relatifs à des valeurs mobilières convertibles en actions et qui aurait pour résultat l'aliénation du contrôle actionnaire de la société.

(.....)

§ 4^o L'acquéreur du contrôle actionnaire d'une société cotée pourra offrir aux actionnaires minoritaires l'option de rester dans la société moyennant le paiement d'une prime équivalente à la différence entre la valeur de marché des actions et la valeur payée par action intégrant le bloc de contrôle. »

Il n'existe pas de dispositions particulières concernant la cession des actions et en particulier du contrôle actionnaire dans les sociétés dite fermées (ne faisant pas appel public à l'épargne).

6. Retrait à la Cote – Rachat compulsif

Aux termes de l'article 4, le retrait à la cote ne sera possible que si la société, l'actionnaire détenteur du contrôle ou la société qui la contrôle directement ou indirectement, formule une offre publique pour l'acquisition de la totalité des actions en circulation.

Cette acquisition devra être effectuée pour un prix juste, au moins égal à la valeur de l'évaluation de la société, cette évaluation devant se faire sur la base de critères fixés dans la loi même ou par la CVM (Commission des Valeurs Mobilières)

Après le délai pour l'offre publique et si moins de 5% des actions émises par la société restent en circulation, l'Assemblée Générale pourra délibérer sur le rachat de ces actions. Il s'agit d'un rachat compulsif.

III – Droit du Travail et Droit Social

1. Règles spécifiques applicables aux minorités

Le principe en matière de droit du travail est la non-discrimination garantie par la Constitution Fédérale brésilienne.

La Loi 9.029 du 13 avril 1995 dispose, par ailleurs, dans son article 1^{er} :

« est prohibée l'adoption de toute pratique discriminatoire et limitative aux effets de l'accès à l'emploi, ou à son maintien, pour des raisons de sexe, origine, race, couleur, état civil, situation familiale ou âge, sous réserve, dans ce dernier cas, des hypothèses de protections des mineurs prévues à l'alinéa XXXIII de l'article 7 de la Constitution Fédérale. »

Il n'existe, au Brésil, qu'une seule législation spécifique concernant les travailleurs handicapés, le Décret 30.48 du 06 mai 1999 qui prévoit, dans

son article 141, que les sociétés de plus de 100 employés sont obligées de réserver de 2 à 5% de leurs emplois à des personnes atteintes de déficiences.

Il convient également de souligner l'existence de la Loi 7.716/89 qui prévoit des peines de réclusion applicables aux employeurs (publics ou privés) qui refuseraient d'employer des personnes à raison de préjugés de race ou de couleur.

2. Le syndicalisme brésilien

Le syndicalisme brésilien est assez différent du syndicalisme français, c'est pourquoi la plupart des questions posées dans le questionnaire ne peuvent faire l'objet de réponses.

Le syndicalisme brésilien est fonction de l'activité exercée, c'est-à-dire que les syndicats représentent des catégories professionnelles sur une base territoriale qui ne peut jamais être inférieure à celle d'une municipalité. Il existera donc des syndicats, par exemple, de métallurgistes, des syndicats d'employés de banques, etc.

En principe, donc, le syndicat présent dans une entreprise sera celui représentant la catégorie liée à l'activité principale de l'entreprise. Il est extrêmement rare de rencontrer plus d'un syndicat dans une même entreprise, il n'y a donc pas de syndicats minoritaires dans les sociétés brésiliennes puisque même dans l'hypothèse de l'existence de plusieurs syndicats dans une même entreprise, ceux-ci représentent des catégories professionnelles et donc des intérêts différents.

Les syndicats brésiliens ne sont donc pas fondés sur des tendances politiques, ce qui ne les empêche toutefois pas évidemment, dans la pratique, de suivre une orientation politique.

Par ailleurs, dans un même syndicat, c'est l'opinion majoritaire qui prévaut, il n'y a pas de protection des opinions minoritaires.

Les employés ne sont en aucun cas obligés de s'affilier au syndicat représentant leur catégorie, puisque la Constitution Brésilienne garantit dans son article 8 que nul n'y est obligé.

IV – Droit Commercial

La loi n°7.716 du 5 janvier 1989 définit les « crimes » résultant de préjugés de race et de couleur. Cette loi prévoit des peines de réclusion criminelle applicables à qui, en raison de la race ou de la couleur d'une personne, se refuse à lui fournir des biens ou prêter des services.

V – Droit des procédures collectives

Il n'existe aucune disposition particulière protégeant les droits des minorités dans le cadre de procédures collectives.

VI – Droit fiscal

Il n'existe pas de règles spécifiques en la matière.