

RAPPORT PANAMÉEN

par

Jorge G. LOMBARDI DUTARI

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas, Paris II (Diplôme d'études doctorales, 2000); Diplôme supérieur universitaire de l'Université de Paris II, 1997; Licence en droit et en sciences politiques de l'Université Santa María La Antigua (Panama), 1995 ; professeur du programme de Doctorat et de "Posgrado" (niveau d'enseignement destiné à des titulaires d'un diplôme de 3^e cycle) à l'Université de Santa María La Antigua (Panama) depuis 2004 ; professeur de maîtrise en droit privé à l'Université de Panama, 2001 ; traducteur officiel au Panama (allemand, anglais, français, italien, espagnol) ; vice-président de l' Alliance Française de Panama, magistrat de la Chambre de commerce allemande panaméenne, membre du Comité directeur du Collège la l'Assemblée directive du Vocal de la Junta Directiva del Colegio national des avocats de Panama.

Les minorités en droit des affaires

I Aspects de portée générale

1. Texte consacré aux minorités.

Il existe, dans le système juridique panaméen, un article de portée générale inséré dans la Constitution nationale. Nous nous référons à l'article 19 de ladite constitution, cité ci-dessous.

Art.19. Il n'y aura pas de privilèges ou de droits personnels ni discrimination à cause de race, naissance, classe sociale, sexe, religion ou idées politiques.

Notre opinion est que cet article est aussi bien consacré aux minorités qu'à leur protection, on peut s'apercevoir de la nature protectrice de cette norme juridique qui a une portée générale lorsqu'elle trouve sa place parmi les dispositions constitutionnelles.

2. Interprétation des principes constitutionnels.

La Cour Suprême du Panama est la seule à pouvoir interpréter les dispositions constitutionnelles, le plus souvent par le biais du recours d'inconstitutionnalité; par contre il n'existe pas dans notre système juridique de principes spécifiques pour interpréter des normes consacrées aux groupes minoritaires.

La Cour Suprême n'est pas créatrice de droit dans le système panaméen, même si le code de procédure civile prévoit, en son article 1162, lors de la réglementation du recours de cassation, que trois décisions de la Cour, en tant que tribunal de cassation sur une matière commune en droit,

fait « doctrine probable », car ce même article autorise la Cour à varier la doctrine probable lorsqu'elle juge les décisions précédentes erronées.

D'autre part la Cour Suprême ne peut pas prendre l'initiative d'introduire des principes par voie jurisprudentielle mais, *comme la Verfassungskonformen auslegung allemande* (1) elle pourrait les interpréter conformément à ce principe donné par l'article 19, ce qui serait tout à fait légal et constitutionnel, et même un devoir de la Cour Suprême lors d'un différend concernant les normes sur les droits d'une minorité. Or, il faut connaître la réalité des tribunaux au Panama, ils n'osent pas sortir de ce qui a déjà été dit et une nouveauté comme celle ci pourrait créer des dégâts de fait.

3. Liberté des Tribunaux.

Les tribunaux pouvaient, au début de la République, refuser d'appliquer les textes qui leur paraissaient violer la constitution, par le biais d'un article du Code de procédure, l'article 4 qui disait textuellement :

Art.4. Il est interdit aux fonctionnaires de l'ordre judiciaire d'appliquer dans l'administration de justice, des lois, des décrets municipaux ou exécutifs qui soient contraires à la constitution.

Or, cet article a été dérogé par une loi postérieure qui a réformé le code de procédure. La loi #61 du 30 septembre 1946 a réformé le livre I dudit code, et par conséquent le chapitre I, sur de l'administration de justice, qui se trouvait dans le titre premier du livre cité, qui a été subrogé.

À ce sujet, Eusebio Morales nous fait remarquer que, bien que l'idée fondamentale de l'article soit inattaquable et même plausible, la norme fait vaguement référence à un fonctionnaire. Le terme utilisé comprend tout autant des fonctionnaires qui n'ont pas de pouvoir d'administration de justice. Il propose de changer « fonctionnaire » par « juges et magistrats ». (2)

L'auteur critique cette liberté donnée aux fonctionnaires car, en considérant la mentalité de notre pays, cela aurait dégénéré en une anarchie totale de jurisprudences contradictoires. Il propose, par contre, une consultation obligatoire à la Cour Suprême de Justice. Selon notre opinion l'auteur établissait des bases pour ce que deviendrait le recours d'inconstitutionnalité, dont il est l'instigateur.

D'autre part, il y a un article dans le code civil qui pourrait donner des bases pour que les tribunaux refusent d'appliquer une disposition qu'ils considèrent contraire à la constitution. Cela est dû au fait qu'au Panama il y ait eu quatre constitutions et que des lois sont restées en vigueur. Voyons l'article en question :

Art.35. La constitution est loi réformatrice et dérogoire de la législation précédente. Toute disposition légale antérieure à la constitution qui soit manifestement contraire à sa lettre et son esprit sera considérée comme non subsistante.

L'article cité se trouve dans le chapitre IV, sur la dérogation des lois, au titre préliminaire du code civil.

II. Aspects spécifiques

1. Droit des sociétés.

1.1 Règles spécifiques sur les actionnaires minoritaires

En effet, il existe en droit des sociétés des règles spécifiques concernant les associés ou actionnaires minoritaires.

Le décret-loi # 1 du 8 juillet 1999 est la nouvelle loi qui régit la Commission Nationale des valeurs boursières et qui met en œuvre le fonctionnement du marché des valeurs du Panama.

Précédemment, le décret de Gouvernement # 247 du 16 juillet 1970 légiférait sur ladite matière.

Or, la nouvelle loi a laissé un vide en ce qui concerne le droit des actionnaires minoritaires et elle stipule en son article 287 qu'elle ne déroge pas le titre V de l'ancienne loi.

À ce sujet, il convient d'observer attentivement ce qui est stipulé par l'article 36 du code civil.

Art. 36. Est considéré comme non subsistante une disposition légale en vertu de : la déclaration expresse du législateur, de l'incompatibilité avec des dispositions spéciales postérieures, ou du fait qu'il existe une nouvelle loi qui régit intégralement la matière dont la législation précédente relevait.

Alors, il est évident que si la nouvelle loi n'a pas réglementé intégralement le sujet, car elle n'a aucun chapitre qui porte sur le droit des actionnaires minoritaires, c'est l'ancienne loi qui subsiste concernant cette matière.

L'ancienne loi, outre le fait d'avoir stipulé des points en la matière, modifie quelques articles du code de commerce qui ont été remis en vigueur par la loi #9 de 1946.

Pour une meilleure compréhension de l'ensemble des dispositions nous en transcrivons ci-dessous quelques unes dans leur totalité et nous en dégagerons l'essentiel pour d'autres.

De la protection des actionnaires minoritaires.

Art. 34. Toute convention ou contrat intervenant entre une société et un ou plusieurs de ses directeurs ou un ou plusieurs des membres du conseil d'administration ou un dans lequel une ou plusieurs personnes mentionnées ci-dessus est intéressée directement ou indirectement, sera soumis à l'autorisation préalable du conseil d'administration de la société, ceci étant une formalité indispensable afin que la société s'oblige en vertu dudit contrat. De toute résolution dudit conseil sur les cas ci-dessus mentionnés, on informera le prochain conseil d'actionnaires, et au cas où cette dernière n'approuverait pas ce qui a été décidé par le conseil d'administration, le conseil d'actionnaires décidera s'ils doivent ou non attaquer en justice les directeurs ou membres du conseil d'administration qui auraient voté en faveur de la résolution en question.

Paragraphe : Ce qui est exprimé dans cet article ne veut pas dire que les **actionnaires** sont interdits d'attaquer en justice **individuellement** avec les droits conférés par la loi.

Article 35. Les actions d'une société, dont une autre société est la propriétaire et où la première est l'actionnaire majoritaire, n'auront pas de droit de vote dans aucun conseil d'actionnaires et seront considérées comme non émises en ce qui concerne le quorum.

L'article 36, nous dit qu'une minorité d'actionnaires peut agir pour la société, quand il stipule que « lorsque l'on entend dénoncer une personne représentante de la société pour des délits contre la propriété en préjudice de la société » et que « d'après la loi une dénonciation de la partie endommagée est nécessaire, les propriétaires d'au moins **5% des actions** en circulation pourront obtenir la représentation de la société afin de procéder de la manière suivante : ils demanderont au conseil d'administration de leur conférer la représentation de la société pour dénoncer le délit. Si ledit conseil ne donne aucune réponse ou une réponse négative dans les dix prochains jours, les actionnaires mentionnés pourront présenter leur dénonciation. »

Comme nous l'avons déjà mentionné, cette loi modifie quelques articles du code du commerce remis en vigueur. Ces articles sont le 418, 420, 444 et 531. On étudiera notamment les deux premiers.

Le premier stipule que tous les actionnaires peuvent protester contre les accords du conseil général d'actionnaires pour des décisions prises sans avoir tenu compte de la loi, du statut de la société ou du contrat de société. L'article se limite à stipuler les actionnaires en général, ce qui nous amène à la conclusion que n'importe quel actionnaire, majoritaire ou minoritaire, peut exercer son droit contre les autres actionnaires.

Le deuxième article cité précise qu'une assemblée générale d'actionnaires sera convoquée par la personne désignée par la loi, le contrat de société ou les statuts. Par contre, la convocation judiciaire est possible uniquement si un ou plusieurs actionnaires la demandent, si ses actions représentent 20% du capital de la société, ce qui est la minorité par rapport au 80% restant.

1.2 Obligataires minoritaires

En ce qui concerne les obligataires minoritaires, l'article 1^{er} de la loi des valeurs précédemment citée nous donne les définitions liées à cette loi et nous dit que la définition de valeur comprend les bons, valeur commerciale à titre de dette et actions. Cela nous amène à penser que même si les articles concernant les actionnaires minoritaires ne disent rien sur les obligataires, l'esprit de la loi est aussi une protection pour les obligataires, d'autant plus que c'est également l'esprit de la norme constitutionnelle précédemment citée.

1.3

1.4 La majorité ou minorité d'actionnaires à prendre en considération l'est par rapport aux actions comprises dans le certificat qui est leur titre de propriété, Par conséquent, si une personne physique est propriétaire d'un certificat pour 80 actions d'une société et vingt personnes propriétaires des 20% restant, ces derniers représentent la minorité.

1.5 En conclusion, la majorité est calculée par rapport à la participation au capital.

1.6

1.7 Abus des majoritaires et opinions des minoritaires

On pourrait donner une seule réponse à ces deux questions.

La section 4 de la loi sur les sociétés anonymes (loi #32 du 26 février 1927) régit les assemblées d'actionnaires. Nous allons décrire *grosso modo* les règles de ladite section.

La loi donne les règles en statuant à chaque fois que si le contrat de société stipule autre chose, celle-ci aura la préférence en tant que base légale.

Tout d'abord, l'article 40 précise que pour toute affaire qui dépend de l'autorisation des actionnaires il sera indispensable de convoquer une assemblée, et que les autorisés habilités à citer les actionnaires sont le président, le vice-président et le secrétaire ou sous-secrétaire. Ladite citation sera faite, d'après l'article 42, à chaque actionnaire enregistré avec droit de vote et pas moins de dix jours avant l'assemblée.

L'article 44 stipule que les accords pris en présence de la totalité seront valables, et que ceux pris en présence du quorum seront valables pour les objectifs notés sur le renoncement des actionnaires absents ; d'autre part l'article 45 stipule que chaque actionnaire aura droit à un vote par action enregistrée. Finalement l'article 47 nous dit que n'importe quel actionnaire peut se faire représenter par un mandataire dans les assemblées.

Comme nous pouvons le voir, les accords de l'assemblée générale, même décidés par la majorité, doivent être pris selon la loi ou le contrat de société, ce qui donne, déjà dans la loi, une protection aux actionnaires minoritaires. Si les accords sont en accord avec la loi ou le contrat de société, et si un actionnaire n'est pas d'accord avec la décision prise, l'opinion exprimée doit rester notée dans le rapport du secrétaire.

Or, si la loi n'est pas suffisante, l'article 418 du code du commerce, donne le droit à tout actionnaire d'attaquer les accords de l'assemblée d'actionnaires par la voie judiciaire.

Afin de mieux comprendre, il faut que nous précisions que la loi #32 de 1927 dérogeait, en principe, le chapitre V, Titre VIII, du Livre I, du code du commerce, qui relève des sociétés anonymes. Or, l'article 1 de la loi #9 de 1946 rétablit la vigueur de quelques articles de ce chapitre, dont le 418.

Les questions 1.8, 1.8.1, 1.8.2 et 1.8.3, ont eu leurs réponses respectives dans l'explication donnée ci-avant, car le blocage minoritaire en cas de violation de la loi ou des statuts du contrat de société, la volonté minoritaire opposée à la majoritaire ou encore l'imposition de cette dernière trouvent leur base légale au cas où ladite violation se produirait.

1.9 Offres publiques d'achat et protection des minoritaires

1.9.1 L'article 98 du décret-loi #1 du 8 juillet 1999, stipule que toute offre publique d'achat d'actions enregistrées dans la Commission Nationale des Valeurs doit être faite en égalité de termes et conditions à tous les actionnaires de la société.

1.10 Vente forcée des participations

Il n'existe pas de règle de ce genre. Le deuxième paragraphe de l'article précité nous dit que «le même prix doit être payé aux actionnaires qui acceptent l'offre », donc *contrario sensu*, ceux qui n'acceptent pas ne sont pas forcés de vendre. En outre l'article 100 donne le droit aux actionnaires de révoquer l'acceptation avant le délai de l'offre.

1.11 et 1.12 Recours des minoritaires pour protéger leurs droits

L'article 204 du décret-loi précédemment cité stipule que la personne qui viole ces dispositions, dont la liberté des minoritaires de ne pas vendre, sera responsable civilement de dommages et intérêts

À ce stade de notre explication nous voudrions attirer l'attention sur l'article 2 de la loi #32 de 1927, et plus spécifiquement sur l'alinéa 5. L'article décrit ce que doit contenir le contrat de société, et l'ordinal 5 stipule que s'il y avait différents types d'actions, il faudrait préciser leur classe, privilèges et droits de vote ou la stipulation dans ledit contrat que ces droits ou privilèges seraient décidés par la majorité d'actionnaires intéressés ou celle de directeurs du conseil d'administration.

Maintenant, d'après certains auteurs, cette norme est confuse et illogique car les actionnaires intéressés sont, à ce moment-là, tous les actionnaires de la société et si ce sont des actionnaires intéressés par un type d'action ils ne pourront pas le savoir parce que les actions privilégiées ne sont pas encore émises. Ce qui nous intéresse c'est que ces auteurs pensent que l'idée du législateur est que les actionnaires pourront décider de la création de nouvelles actions avec certains avantages que la majorité des actionnaires actuels préciseraient dans une assemblée. (3)

D'autre part, l'article 417 du code de commerce, qui a été rétabli par la loi 9 de 1946 précitée, stipule qu'en aucun cas, même si elle est l'organe suprême de la société, l'assemblée d'actionnaires ne pourra, par vote de la majorité, imposer à la minorité une décision contre ses droits acquis, contre la loi ou contre les statuts de la société.

2. Droit du travail et droit social.

2.1 Les minorités dans le cadre des relations collectives

L'article 344, du chapitre II du Titre I du droit d'association syndicale, du code du travail, stipule que les syndicats d'ouvriers doivent se constituer avec un minimum de 40 membres, sachant que l'article 338 du même chapitre dit que l'affiliation à plusieurs syndicats n'est pas possible et que l'affiliation au dernier sera considérée comme le renoncement au premier.

Dès l'instant qu'il y a 40 membres, un syndicat peut exister, en basant sa demande au Ministère du Travail sur l'article 352 du code du travail.

La seule restriction est l'article 346, qui stipule qu'il ne peut y avoir qu'un syndicat d'entreprise au sein d'une même entreprise.

Afin de mieux comprendre nous transcrivons les définitions de l'article 342.

La norme dit que le syndicat de corps de métier est celui qui est formé par des «personnes d'une même profession, métier ou spécialité »,

tandis que le syndicat d'entreprise est celui qui est « formé par des personnes de différentes professions, métiers ou spécialité qui prêtent leurs services dans une même entreprise ». Les industriels sont ceux qui sont formés par des « personnes de différentes professions, métiers ou spécialités qui travaillent dans deux ou plusieurs entreprises exerçant la même activité » et finalement les mixtes qui sont « formés par des personnes de différentes professions, métiers ou spécialités qui travaillent dans différentes entreprises qui n'ont pas d'activité commune », ces derniers ne pouvant être formés que dans quelques municipalités, régions et provinces.

2.1.1 Représentativité des syndicats

Il n'existe pas de règles par rapport à la représentativité des syndicats.

2.1.2 En raison des règles citées, les prérogatives d'un syndicat minoritaire et celles d'un majoritaire sont les mêmes, et cela changerait, le cas échéant, par rapport au type de syndicat et non par rapport à la quantité de ses membres.

2.1.3 Personnalité juridique des syndicats

Il n'existe pas de différences au niveau de la personnalité juridique des syndicats. L'article 352 précédemment cité nous dit que la demande d'inscription d'un syndicat (pour obtenir sa personnalité juridique auprès du Ministère du travail), doit être signée par le président du syndicat quelque soit, *contrario sensu*, le syndicat aura sa personnalité juridique sans aucune différence.

2.2 Obligation d'affiliation aux syndicats

Non, dans le système juridique panaméen ce genre de règle n'existe pas.

2.3 Opinion des adhérents minoritaires

L'article 364 du code du travail cité stipule que les 2/3 des adhérents font quorum pour une assemblée générale, et les accords ainsi pris sont donc légaux. Par contre, l'article 367 du même code nous dit que s'il n'y a pas de quorum les accords pris sont valables s'ils ont été obtenus par signature d'adhésion et si ces accords ont fait l'objet d'une discussion dans une assemblée dans laquelle au moins 25% des adhérents a été présent.

2.4 Obligation à l'emploi des minorités

L'article 383 du code précité stipule qu'un ouvrier qui possède le droit privilégié de syndicat ne peut être licencié sans autorisation préalable, et dans ce cas cet ouvrier est préféré aux autres pour être réintégré au sein de l'entreprise. D'un certain point de vue, les ouvriers qui possèdent ce droit sont une minorité. L'article 381 explique qui peut avoir ce droit, à savoir, les membres de syndicats en formation, les membres des conseils d'administration des syndicats, les adjoints des membres directeurs et les représentants syndicaux.

En outre, l'article 18 de la constitution panaméenne, déjà cité, interprété *contrario sensu*, nous éclaire ce point car, s'il n'y a pas de

discrimination en raison d'appartenance à une minorité raciale, sociale, religieuse ou politique, il n'y a pas non plus de privilèges.

2.5 Recours

Les syndicats minoritaires ont les mêmes recours que le reste des syndicats, c'est à dire que le Titre de Conflits collectifs, et la manière de les résoudre, comme par exemple le Pli de Pétitions rédigé par un syndicat, dont nous parle l'article 426, peut être rédigé par tous les genres de syndicats existant dans la République.

Le syndicat de métier, d'autre part, est le seul à pouvoir appeler à une grève en protestation, quand l'appel est approuvé par 60% des adhérents. Or, la grève peut être appelée aussi par la majorité des ouvriers d'une entreprise même s'ils ne font pas partie du syndicat.

3. Droit Commercial

3.1 Refus de fournir à une minorité

D'après le texte constitutionnel précédemment cité ceci, surtout par rapport aux minorités mentionnées (dont l'ethnique), ferait l'objet d'un recours d'inconstitutionnalité à La Cour Suprême du Panama.

3.2 Recours

Le recours connu comme d'inconstitutionnalité a été institué par Eusebio Morales, également cité, pour lutter contre les actes en désaccord avec la Loi Fondamentale du Panama.

4. Droit des procédures collectives

4.1 Protection des minorités dans les procédures collectives

Il faut préciser qu'au Panama le terme «liquidation» *per se*, ne comprend pas l'intervention institutionnelle, par exemple, d'une banque qui fait l'objet d'une loi spéciale.

Les articles 83 et 84 de la loi 59 du 20 juillet 1996, renvoient au code de procédure et au code du commerce lorsque l'autorité d'assurances décide de liquider une compagnie d'assurances. L'article 68 de la Loi 63 du 19 septembre 1996, sur les compagnies de réassurances, renvoie aux mêmes codes dès que la faillite d'une telle société est décidée par l'autorité de réassurances.

Par rapport aux banques, le décret-loi # 9 de 1998, qui réforme le régime bancaire du Panama et crée la Superintendance de banques, dans son article 127, sur la liquidation forcée nous donne l'ordre de prélation des crédits. Tout d'abord ce sont les crédits des ouvriers qui passent, ce qui peut être considéré comme une minorité qualifiée par rapport à l'importance économique ; ensuite ce sont les crédits de la Sécurité Sociale des ouvriers de la banque en raison des quotas ouvrier-patron ; après nous avons les crédits des impôts du Trésor National ; Les crédits décrits dans l'article 131, à savoir, les dépôts bancaires de moins de 5000 balboas (monnaie nationale panaméenne, en parité avec le dollar américain), ce qui peut être considéré comme une autre minorité économique.

En outre, le code de procédure stipule, dans son article 1837, qu'aucun créancier n'aura plus d'un vote personnel dans l'assemblée de créanciers, même s'il l'est en vertu de plusieurs crédits. Ceci peut constituer une protection pour des créanciers minoritaires dans la procédure de faillite judiciaire.

4.2 Opinion des minorités

L'assemblée de créanciers est l'organe de décision dans une procédure de faillite, le curateur de la faillite fait la part du juge et est partie non-votante des assemblées. Toute procédure passe par la décision de ladite assemblée.

Par rapport à l'opinion d'une minorité dans une assemblée de créanciers, elle est toujours soigneusement notée dans le rapport du procès-verbal que le secrétaire du tribunal (qui est aussi celui des assemblées) rédige lors de chaque réunion de cette assemblée.

4.3 Les abus en violation de la loi de la procédure

Les abus de majorité ou minorité sont toujours soumis à la loi de procédure. Les articles 1843 et 1844 donnent droit, respectivement, au curateur, au failli ou son mandataire et aux créanciers avec droit de vote, de plaider en leur propre faveur; et aussi le droit de s'opposer à une autre créance.

4.4 La protection des droits est soumise à l'exécution de la loi

Tous les créanciers peuvent faire partie du comité de créanciers. Nonobstant, l'article 1837 précité doit être interprété en accord avec les articles 1802 et 1848. Le premier stipule que le Juge dictera une résolution dans laquelle, entre autres choses, il appelle tous les créanciers pour que dans le délai de dix jours ils se présentent au tribunal pour faire valoir leurs droits. Dans le cas contraire, l'omission sera prise à leur détriment. Pour sa part, l'article 1848 stipule que tout crédit présenté en dehors de ce délai sera considéré comme litigieux.

Nous pouvons conclure que ce droit de vote en vertu d'un crédit n'existe pas pour la personne arrivée au procès en dehors du délai car, techniquement, elle n'a pas encore de crédit.

4.5 Recours.

L'article 1854 donne au créancier préféré (hypothèque, gage, crédit reconnu devant un notaire, ou celui reconnu par l'assemblée des créanciers comme tel), le droit d'attaquer en justice le curateur au cas où son crédit ne serait pas reconnu par la majorité des créanciers.

5. Droit fiscal

5.1 Les participations minoritaires ou majoritaires sont imposées par l'impôt sur le revenu seulement si l'affaire qui a généré ce revenu a été réalisé sur le territoire de la République du Panama. Autrement, il n'y a ni avantage ni inconvénient par rapport au fait spécifique d'être minoritaire ou majoritaire.