

LES ACCORDS ENTRE ACTIONNAIRES EN DROIT SUISSE

par

Robert PATRY

Professeur à la Faculté de Droit de Genève

I. INTRODUCTION.

1. Les problèmes théoriques et pratiques. - 2. La situation dans la législation, la doctrine et la jurisprudence. - 3. Le syndicat majoritaire. - 4. La société anonyme de famille. - 5. L'accord de vote contraire à une clause de limitation du droit de disposer des actions. - 6. L'apparente contradiction de la jurisprudence.

II. LA VALIDITE .

7. La liberté contractuelle et la liberté de vote. - 8. L'objet des accords entre actionnaires. - 9. La convention de vote. - 10. La convention de blocage. - 11. Le principe de la validité. - 12. Les applications pratiques du principe.

III. LES EFFETS JURIDIQUES .

13. L'absence d'action en exécution. - 14. Les moyens de contrainte indirecte : la clause pénale. - 15. Le blocage des actions. - 16. La durée des engagements de vote.

IV. CONCLUSION .

17. L'importance pratique des accords entre actionnaires.

I. INTRODUCTION .

1. Les accords entre actionnaires soulèvent deux ordres de questions qui paraissent mériter à la fois l'attention des juristes et celle des experts-comptables¹.

D'une part, ils posent en droit quelques problèmes essentiels — il y en a principalement trois — qui touchent aux fondements mêmes du droit des obligations et du droit des sociétés.

C'est, tout d'abord, le problème de la *validité* juridique des accords conclus entre actionnaires : sur ce point, il existe déjà de profondes différences entre les solutions adoptées aujourd'hui dans les divers pays européens, car les unes, reposant sur le principe de la liberté contractuelle, admettent la validité de ces accords, alors que les autres ont pour but le maintien de la liberté de vote de tout actionnaire — c'est là un principe fondamental du droit des sociétés — et, par voie de conséquence, tendent à interdire la conclusion de ces accords².

Ensuite, en droit, il y a le problème des *effets juridiques* de ces accords : certes, dès le moment où l'on admet le caractère essentiellement contractuel de ces accords, on devrait pouvoir s'en tenir au principe — traditionnel en droit des obligations — de la relativité des conventions; mais, il est tout de même — nous aurons l'occasion de la constater — des cas où la conclusion d'un accord entre actionnaires a pour conséquence de créer une situation juridique contraire soit à des principes fondamentaux, soit à certaines règles impératives du droit des sociétés.

Enfin, un troisième problème essentiel se pose encore en droit, celui de la *durée* de validité de ces accords. Il s'agit, en somme, de savoir si — et le cas échéant, dans quelles conditions — l'ac-

1) Conférence donnée le 24 mars 1966 aux membres de l'Ordre des experts-comptables de Genève et de la Société genevoise de droit et de législation.

2) Voir, pour les solutions de principe admises à l'étranger, les rapports nationaux et le rapport général présentés à la Journée bernoise de l'Association Henri Capitant en juin 1956, Recueil des travaux de l'Association Henri Capitant, vol. X, Paris 1959 pp. 202 ss.

Voir, en outre, **Hans Glattfelder**, Die Aktionärbindungsverträge, rapport à la Société suisse des juristes en 1959, Z.S.R. 1959 pp. 141 a ss.

tionnaire, lié par l'une de ces conventions de vote ou de blocage, peut reprendre sa liberté d'action : sur ce point également, le juriste se trouve placé devant un choix nécessaire entre deux principes fondamentaux du droit des obligations, à savoir le respect des engagements pris — *pacta sunt servanda* — et la protection nécessaire de la liberté économique de chaque individu.

Ce sont donc là trois problèmes — de la validité, des effets juridiques et de la durée — qui mettent en cause les notions fondamentales du droit et qui doivent, de ce fait, retenir avant tout l'intérêt des juristes.

Mais, d'autre part, ces accords entre actionnaires posent aux praticiens toute une série de questions essentiellement pratiques.

L'expérience montre, en effet, qu'il ne suffit pas de connaître les solutions théoriques adoptées dans le domaine juridique : lorsqu'ils établissent entre eux l'un de ces accords, les actionnaires d'une même société anonyme doivent être conscients des conséquences pratiques de chacune des solutions proposées dans la doctrine, afin de pouvoir faire un choix valable entre ces diverses solutions, selon le but particulier qu'ils poursuivent.

Or, ce sont là des questions plus pratiques que théoriques, dans lesquelles les praticiens — c'est-à-dire aussi bien les experts-comptables que les avocats ou les notaires — peuvent être appelés à donner des conseils à leurs clients, membres de sociétés anonymes.

C'est pourquoi, il apparaît utile d'aborder l'étude de ces trois problèmes — de la validité, des effets juridiques et de la durée — sur ces deux plans, théorique ou strictement juridique, d'une part, et pratique, d'autre part, ce, d'autant plus que — nous devons bien le reconnaître — il s'agit là de problèmes qui ne sont pas encore familiers à tous.

2. En général, le législateur ignore complètement ces problèmes qui touchent à la fois au droit civil — c'est-à-dire au droit des obligations — et au droit commercial, soit plus précisément au droit des sociétés.

Tout au plus, peut-on citer à l'étranger quelques dispositions particulières qui, généralement, viennent établir une exception au principe admis dans la doctrine.

Ainsi, par exemple, alors que la doctrine et la jurisprudence allemandes ont toujours admis la validité de ces accords, le paragraphe 127 de la nouvelle loi allemande sur les sociétés anonymes — l'Aktiengesetz du 6 septembre 1965 — déclare nulles certaines conventions de vote. Et, à l'inverse, par exception au principe de nullité adopté dans la doctrine italienne, le projet de loi sur les sociétés italiennes par actions propose d'admettre la validité des syndicats de vote conclus pour une durée maximum de 3 ans, afin de permettre à la majorité de s'organiser (articles 11 et 12 du projet).

Mais, on chercherait en vain dans toute notre législation suisse — comme aussi dans le projet français de la loi sur les sociétés commerciales, du 2 juillet 1964 — une disposition quelconque relative aux conventions de vote et de blocage : ce sont là des problèmes que notre code des obligations n'a pas résolus, laissant ainsi à la doctrine et à la jurisprudence le soin de les résoudre en tenant compte des principes fondamentaux — mais souvent contradictoires — du droit des obligations et du droit des sociétés.

Or, précisément, la doctrine et la jurisprudence ne sont pas abondantes en cette matière.

Dans la doctrine suisse, sauf quelques réflexions toutes générales que les commentateurs ont consacrées à ce sujet, on ne peut citer que trois publications différentes³.

C'est dire, en conséquence, que, si l'on peut parler dans ce domaine d'une certaine unité de doctrine⁴ — notamment en ce qui concerne la question fondamentale de la validité de principe —, il paraît tout de même impossible de tenir pour définitivement ré-

3) **Rudolf Stuber**, Aktionär - Consortien, thèse de Zurich 1944; **Hans Glattfelder**, op. cit., Z.S.R. 1959 pp. 141 a ss.; **Robert Patry**, Les accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire, rapport à la Société suisse des juristes en 1959, Z.S.R. 1959 pp. 1 a ss.

Voir aussi **Armand Benoit**, La représentation de groupes et de minorités à l'administration des sociétés anonymes, thèse de Lausanne 1956 pp. 137 ss.

4. "... Referenten und Votanten stimmen in den zwei wichtigsten Punkten überein... Wenn gleichwohl der deutsche und der französische Referent zum gleichen Ergebnis gelangen, so verdient diese schweizerische unitas doctrinae immerhin festgehalten zu werden.

solus tous les problèmes — théoriques et pratiques — que posent ces accords entre actionnaires.

Quant à notre jurisprudence suisse, elle se limite pratiquement à quelques jugements cantonaux — argoviens, notamment — et à deux ou trois arrêts du Tribunal fédéral. D'ailleurs, cela s'explique par le fait que les actionnaires ne tiennent pas du tout à soumettre leur litige aux tribunaux ordinaires; pour des raisons évidentes de discrétion, ils préfèrent, chaque fois que cela est possible, recourir à l'arbitrage qui — est-il besoin de le rappeler? — est une procédure secrète.

3. Toutefois, il est une affaire, jugée par le Tribunal fédéral dans son arrêt du 12 juin 1962, qui présente un intérêt particulier parce qu'elle a donné à nos juges suprêmes l'occasion — unique à ce jour, semb'e-t-il —, de résoudre la plupart des problèmes théoriques et pratiques qui se posent dans le cadre de ces accords entre actionnaires⁵.

Le capital social de la société anonyme Jean *Spinedi* S. A. de 500.000.— francs, est divisé en 500 actions au porteur de 1.000.— francs chacune.

En 1957, ces actions étaient réparties entre 5 actionnaires : Georges Spinedi en avait 192, Gérard Spinedi 192, Bloch 50, Georges Bornand 33 et Emile Cavazza 33 également.

Faisant partie du conseil d'administration et détenant ensemble un peu plus de la moitié des actions, c'est-à-d're 258 actions, les 3 actionnaires Gérard Spinedi, Bornand et Cavazza signèrent, le 1er décembre 1957, une convention constituant un syndicat d'actionnaires dénommé le groupe.

Or, cette convention comportait principalement deux sortes d'engagements : d'une part, les trois actionnaires s'obligeaient à exercer leur droit de vote aux assemblées générales de la société anonyme dans le sens qui serait fixé par le groupe, étant précisé que ces décisions devaient, à l'intérieur du groupe, être prises à

Sie ist bedeutsam auf einem Gebiete, auf dem nicht einmal dispositive Rechtsnormen bestehen...".

Peter Jäggi, intervention au Congrès 1959 de la Société suisse des juristes, Z.S.R. 1959 p. 732 a.

5) Arrêt Spinedi contre Bornand et Cavazza, du 12 juin 1962, A.T.F. 88 II pp. 172 ss., J.T. 1963 I pp. 189 et 190 (résumé), S.J. 1962 pp. 513 ss.

la majorité absolue des membres et non des voix attachées à leurs actions. Et, d'autre part, ces trois actionnaires s'interdisaient pratiquement toute vente ou cession de leurs actions qui, normalement, auraient dû être déposées soit dans une banque, soit chez un notaire et rester ainsi bloquées... "en garantie de l'exécution intégrale de la présente convention".

De plus, cet accord — conclu pour 6 ans, dès le 1er décembre 1957 — prévoyait à la charge de la partie qui l'aurait violé une peine conventionnelle de 1.000.— francs par titre qu'elle détendrait.

Malgré cela, par acte du 15 juin 1959, l'actionnaire principal du groupe, Gérard Spinedi, vendit ses 192 actions à son demi-frère, Georges Spinedi, qui acquit ainsi la majorité absolue des voix à l'assemblée générale de la société anonyme.

Le 19 octobre 1959, les deux autres membres du groupe, Borland et Cavazza, assignèrent Gérard Spinedi en paiement de la somme de 192.000.— francs, conformément à la clause pénale prévue dans l'accord.

Devant les deux instances cantonales genevoises et le Tribunal fédéral, Gérard Spinedi déclara s'opposer à la demande, en invoquant trois sortes d'arguments juridiques, en rapport avec les trois problèmes essentiels de la validité, des effets juridiques et de la durée de l'accord syndicalaire signé le 1er décembre 1957.

Toutefois, confirmant expressément les thèses que les deux rapporteurs avaient soutenues en 1959 devant la Société suisse des juristes, le Tribunal fédéral admit la demande, condamnant ainsi définitivement Gérard Spinedi à payer la somme de 192.000.— francs.

Cet arrêt nous donne ainsi un exemple caractéristique de l'accord que des actionnaires peuvent conclure et des problèmes, à la fois théoriques et pratiques, qu'un tel accord peut poser.

C'est là une des formes d'accord syndicalaire que l'on rencontre dans la pratique : on l'appelle en général "*Syndicat majoritaire*" parce qu'il a pour but essentiel d'organiser une majorité stable et cohérente de la société anonyme.

4. Mais, évidemment, il existe d'autres formes d'accords entre actionnaires.

Ainsi, dans un jugement du 24 janvier 1929⁶, le Tribunal de commerce argovien eut à connaître de l'affaire suivante : en 1908, les trois frères, César, Ernest et Jules Fischer, associés en nom collectif, décidèrent de transformer leur entreprise familiale en une société anonyme. Seuls actionnaires, ils détenaient chacun un tiers des 750 actions de 1.000.— francs, constituant le capital social de la société anonyme "Les fils de J. J. Fischer S. A.". L'un d'eux, César, étant décédé, ses deux fils César et Guido devinrent actionnaires, détenant ainsi chacun 125 actions. Or, le 17 novembre 1923, les 4 actionnaires — soit les 2 frères Ernest et Jules et leurs neveux César et Guido — conclurent deux conventions privées.

Aux termes de la première, appelée contrat de blocage — Sperrvertrag —, les signataires, seuls actionnaires de la société anonyme "Les fils de J. J. Fischer S. A." s'engageaient pour eux-mêmes et leurs successeurs, pour la durée de 10 ans et sous la menace d'une peine conventionnelle de 10.000.— francs, à ne céder leurs actions, en dehors des membres de leur propre branche familiale, que sous réserve d'un droit de préemption en faveur des coactionnaires; en outre, ils s'engageaient à ne léguer leurs actions qu'aux membres masculins de leur branche familiale.

Selon la seconde convention, appelée convention de vote — Stimmrechtsvertrag —, il était convenu que chacun des trois groupes familiaux exercerait comme par le passé son droit de vote au sein de l'assemblée générale, mais aurait le droit d'avoir un représentant au conseil d'administration, afin de maintenir, au sein de la société anonyme, les rapports personnels qui avaient existé entre les trois associés de l'ancienne société en nom collectif.

Or, au cours de l'assemblée générale du 22 août 1928, les représentants des deux groupes d'Ernest et de Jules Fischer unirent leurs voix pour majoriser ceux du troisième groupe — celui de César Fischer — qui n'obtinrent aucun siège au conseil d'administration et furent ainsi écartés de la direction de l'entreprise familiale.

6) Jugement du Tribunal de commerce argovien du 24 janvier 1929, dans la cause César Fischer contre Aktiengesellschaft J. J. Fischer Söhne, dans Vierteljahresschrift für aargauische Rechtsprechung 1929 pp. 155 ss.

César Fischer ouvrit alors action afin d'obtenir l'annulation de cette décision sociale qui portait atteinte aux intérêts de son groupe familial; mais, dans son jugement du 24 janvier 1929, le Tribunal de commerce argovien rejeta cette demande en tenant compte du fait que ces deux conventions signées le 17 novembre 1923 ne pouvaient sortir aucun effet juridique positif dans l'organisation de la société anonyme.

C'est là un second exemple tiré de la jurisprudence, intéressant parce qu'il nous permet de constater l'existence d'une seconde forme d'accord entre actionnaires : dans l'affaire *Spinedi*, quelques actionnaires s'étaient groupés en syndicat majoritaire pour créer entre eux une majorité stable dans la société anonyme, alors que dans cette affaire *Fischer* l'accord devait lier pendant longtemps tous les actionnaires afin de maintenir entre eux les rapports personnels qui existaient auparavant dans la société en nom collectif.

Au surplus, ce second exemple nous montre comment se pose le problème juridique des effets sociaux. Tous les membres de la société ayant pris entre eux certains engagements, on peut logiquement se demander si ces engagements ne devraient pas lier aussi la société anonyme elle-même et ses divers organes. En particulier, on pourrait penser qu'une des parties contractantes aurait la possibilité d'invoquer les accords intervenus pour faire annuler une décision que l'assemblée générale — c'est à dire l'ensemble des actionnaires — aurait prise en violation des engagements pris. Et pourtant, dans son jugement du 24 janvier 1929, le Tribunal de commerce argovien a eu raison de ne pas l'admettre.

5. En revanche, dans une troisième affaire⁷, le Tribunal fédéral a tenu compte d'un engagement de vote pour annuler le vote de l'actionnaire qui avait assumé cet engagement en faveur d'un tiers.

Dans son arrêt du 13 décembre 1955, le Tribunal fédéral constate que le capital social de la société anonyme *Delta Werke* à Zofingue était divisé en mille actions nominatives, transmissibles seulement avec le consentement du conseil d'administration.

7) Arrêt Daetwyler contre Delta-Werke Zofingen A. G., du 13 décembre 1955, A.T.F. 81 III pp. 534 ss., J.T. 1956 I pp. 269 ss.

Une assemblée extraordinaire eut lieu le 14 novembre 1952. Au nombre des 18 actionnaires présents, possédant — personnellement ou par suite de représentation — 678 actions, se trouvait Théo Hertig inscrit au registre des actions. Il détenait 142 actions qu'il avait vendues à la société Ed. Geistlich Söhne A.-G. mais pour le transfert desquelles il n'avait pas obtenu l'assentiment du conseil d'administration de la société Delta Werke S. A.

En sa qualité d'actionnaire inscrit au registre des actions, Hertig devait pouvoir, en principe, exercer librement le droit de vote attaché à ces 142 actions. Mais, comme il avait, en fait, pris l'engagement de voter selon les instructions de l'acquéreur — c'est-à-dire de la société Ed. Geistlich Söhne A.-G. qui n'était pas agréée par le conseil d'administration —, son vote fut tout simplement annulé tant par la juridiction cantonale que par le Tribunal fédéral.

6. A première vue, les solutions données par la jurisprudence dans ces trois affaires différentes pourraient nous paraître à la fois contradictoires et illogiques.

Certes, dans ses deux arrêts - du 12 juin 1962 en la cause Spinedi contre Bornand et Cavazza, et du 13 décembre 1955 en la cause Daetwyler contre Delta Werke Zofingen A.-G., le Tribunal fédéral a bien accepté de tenir compte de l'engagement de vote pris par un actionnaire. Mais — il importe de le remarquer ici —, cet engagement de vote a joué un rôle positif dans le premier cas, en ce sens qu'il a justifié la condamnation de celui qui l'avait violé, alors que, dans le second cas, cet engagement de vote n'a joué qu'un rôle négatif puisqu'il a provoqué l'annulation du vote de l'actionnaire qui l'avait respecté.

Au surplus, dans la troisième affaire qu'il a jugée le 24 janvier 1929, le Tribunal de commerce argovien a prétendu adopter encore une autre solution, puisqu'il a refusé de prendre en considération les engagements de vote que tous les actionnaires de la société Fischer Söhne A.-G. avaient pris afin de maintenir entre eux des rapports personnels étroits.

Toutefois, cette incohérence de notre jurisprudence n'est qu'apparente : en réalité, ces trois jugements, différents dans leur résultat, sont simplement des conséquences tout à fait logiques des

solutions qu'il importe de donner aux trois problèmes fondamentaux posés par les accords entre actionnaires.

C'est ce qu'il convient de démontrer maintenant.

II. LA VALIDITE .

7. La première question — peut-être la plus importante — se pose au juriste de la manière suivante : doit-il tenir pour juridiquement valables ces accords, c'est-à-dire, en fait, ces conventions de vote et de blocage que les actionnaires concluent soit entre eux, soit avec une personne étrangère à la société anonyme? Doit-il, au contraire, les considérer comme nuls?

De lege lata, nous pouvons constater que notre droit positif ignore tout de ce problème. Il semblerait donc possible d'admettre tout naturellement un principe de validité en l'absence de toute interdiction légale.

Cependant, la solution n'est pas aussi simple qu'elle le paraît au premier abord : ces accords sont de nature contractuelle et, de ce fait, ils se trouvent soumis aux principes généraux du droit des obligations. Mais aussi, ils ont pour objet une restriction dans les conditions d'exercice des prérogatives sociales de l'actionnaire et, par voie de conséquence, paraissent porter atteinte à des principes fondamentaux — quoique non écrits — du droit des sociétés.

Ainsi, poser le problème de la validité, c'est en réalité tenter de concilier deux notions de *liberté*, opposées l'une à l'autre.

D'une part, le principe de la liberté contractuelle — l'un des fondements de la théorie générale des contrats — confère à chacun, dans les limites légales et morales, la faculté de s'engager par contrat à l'égard d'une ou de plusieurs autres personnes. Selon ce principe, un actionnaire, en l'absence de toute interdiction légale, est donc libre de conclure une convention de vote ou de blocage, de s'engager, en faveur de ses cocontractants, soit à voter dans un sens déterminé à l'avance, soit à ne pas disposer des actions.

Mais, d'autre part, selon un principe admis en droit des sociétés, un actionnaire doit pouvoir aussi exercer en toute liberté ses prérogatives sociales, c'est-à-dire son droit de vote à l'assemblée générale ou son droit de disposition sur ses actions.

Ces deux principes de liberté paraissent ainsi difficilement conciliables. Et pourtant, si l'on prend la peine de définir, de manière exacte, ces accords et leurs effets juridiques, une solution, harmonieuse et logique, peut être donnée à ce problème de validité.

8. Théoriquement, n'importe lequel des droits sociaux que la loi ou les statuts confèrent à l'actionnaire pourrait faire l'objet d'un accord privé; dans la réalité, cependant, ces conventions ne concernent que certains d'entre eux.

Une distinction s'impose ici.

En effet, plusieurs de ces droits ont pour objet la défense des intérêts personnels de l'actionnaire individuel dans la société anonyme; ils n'existent pas pour assurer le fonctionnement de l'organisme social, mais pour empêcher les organes sociaux de commettre des abus. Ce sont, par exemple, le droit de contrôle, le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale et le droit de demander pour justes motifs la dissolution de la société anonyme.

De par leur nature, ces prérogatives sont non seulement inhérentes à la qualité de membre, mais encore essentiellement individuelles. Il paraît dès lors naturel que l'actionnaire ne cède pas à autrui, même par un moyen détourné, l'usage de ces droits de défense personnelle. Ce serait un non-sens de sa part de s'engager d'avance à exercer ces droits selon les instructions ou dans l'intérêt d'une tierce personne.

C'est pourquoi, dans la pratique, il n'existe aucune convention portant sur l'exercice par l'actionnaire de son droit de contrôle ou de son droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale.

Au contraire, l'exercice des autres droits sociaux — que l'on appelle fonctionnels — est nécessaire au fonctionnement normal de l'organisme social : pour vivre, la société anonyme a, somme toute, besoin de la participation des actionnaires à la formation des décisions sociales et à la constitution des organes de gestion et de contrôle.

Or, dès le moment où ils sont nécessaires à l'organisme social, ces droits fonctionnels confèrent à leurs titulaires un certain pouvoir au sein de la corporation.

Et, bien sûr, le *droit de vote* est le plus important d'entre eux : c'est en l'exerçant dans l'assemblée générale, en participant aux

décisions qui engagent la vie même et l'avenir de l'entreprise comme aussi à la nomination des administrateurs chargés de diriger et de représenter la société, que l'actionnaire fait vivre l'organisme social.

En outre, malgré l'opinion contraire de Carl Wieland, on doit pouvoir classer aussi dans ce groupe des prérogatives fonctionnelles, le droit — qui appartient en principe à tout actionnaire — de disposer librement de ses actions.

Il ne faut pas oublier, d'abord, que l'organisation juridique de la société anonyme impose pratiquement l'adoption de ce principe du libre transfert de l'action et, par voie de conséquence, de la qualité d'actionnaire. Et, ensuite, ce droit au libre transfert donne à l'actionnaire qui en est le titulaire la possibilité d'exercer de manière peut-être indirecte, mais tout de même réelle — une influence personnelle sur la vie de la société anonyme dont il est membre : il peut, soit en sa faveur, soit même en faveur d'un tiers, modifier les rapports de forces qui existent au sein de l'assemblée générale en acquérant de nouvelles actions — et par voie de conséquence, de nouvelles voix — ou, au contraire, en cédant ses propres actions à un tiers.

Or, il est dans la nature de l'homme de chercher, même par des moyens détournés, à assurer de manière durable l'influence dont il peut disposer dans le cadre d'un organisme corporatif auquel il est intéressé.

Dès lors, celui qui — comme actionnaire ou même comme personne étrangère à la société — s'intéresse à la vie d'une société anonyme cherchera tout naturellement à conclure des conventions portant sur l'exercice, au sein de l'organisme social, des prérogatives fonctionnelles qui, précisément, confèrent à leur titulaire un pouvoir dans la société anonyme : par la force des choses, ces conventions devront donc porter sur l'exercice du droit de vote comme aussi, mais à titre secondaire ou accessoire seulement, du droit au libre transfert des actions.

Ce sont donc généralement deux accords différents que les actionnaires concluent dans ce but.

9. Il y a, d'abord et principalement, l'accord portant sur l'exercice du droit de vote : c'est ce qu'on appelle aujourd'hui la *convention votale* — die Abstimmungsvereinbarung — que nous

avons montrée au centre même des trois affaires tirées de la jurisprudence.

En fait, cette convention comporte toujours l'engagement juridique — assumé par un ou plusieurs actionnaires — d'exercer leur droit de vote à l'assemblée générale d'une certaine manière fixée à l'avance.

Ainsi, par exemple, dans l'affaire Spinedi contre Bornand et Cavazza, les 3 membres du syndicat majoritaire s'étaient engagés à voter "dans le sens indiqué et adopté par le groupe...". De même, dans l'affaire César Fischer contre J. J. Fischer Söhne A.-G., tous les actionnaires avaient convenu entre eux de voter de façon à assurer à chaque branche familiale le droit de se faire représenter au conseil d'administration. Et, dans la troisième affaire, l'aliénateur des actions nominatives liées — Théo Hertig — avait tout simplement pris l'engagement de suivre fidèlement les instructions de vote que l'acquéreur non agréé de ces actions — la société Ed. Geistlich Söhne A.-G. — lui donnerait avant chaque assemblée générale de la société Delta Werke Zofingen A.-G.

Cette obligation de faire — il importe de le remarquer ici — ne découle ni de la loi, ni même des statuts : elle repose, toujours et nécessairement, sur un engagement volontaire d'un ou de plusieurs actionnaires en faveur d'une ou de plusieurs autres personnes, c'est-à-dire sur un *accord de voluntas*.

Or, ni la société elle-même, ni l'un de ses organes n'ont la possibilité de participer à la conclusion de ces accords.

Il est vrai que parfois — notamment dans les sociétés anonymes de famille, comme par exemple, la société J. J. Fischer Söhne A.-G. — la convention de vote lie tous les membres de la société : la question se pose dès lors de savoir si l'on ne devrait pas assimiler cet accord groupant tous les actionnaires à une décision de la société elle-même et, par voie de conséquence, le considérer comme obligatoire pour les organes sociaux.

C'est évidemment l'argument que certains ont invoqué devant les tribunaux pour faire annuler des décisions de l'assemblée générale, prises en violation des engagements conclus souvent lors de la transformation de leur entreprise en une société anonyme de famille.

Cependant, un arrêt cantonal argovien⁸ — confirmé le 20 mars 1950 par le Tribunal fédéral — n'a pas admis cet argument : si tous les actionnaires ont signé les conventions de 1930 et de 1944, ils n'ont pas agi comme organes de la société, mais chacun à titre individuel et personnel⁹.

10. Et, en principe tout au moins, il en est de même en ce qui concerne la *convention de blocage* que les actionnaires doivent souvent conclure, en complément de leur convention de vote : en effet, dans le but d'empêcher les actionnaires de se soustraire aux engagements de vote qu'ils ont pris, on leur impose en même temps l'obligation de ne pas disposer de leurs actions sans l'accord de tous les membres du groupe syndicataire ou, du moins, sans leur avoir donné d'abord la faculté de les acquérir eux-mêmes :

En vertu du principe de la relativité des conventions, la société anonyme n'est donc pas liée par ces accords — de vote ou de blocage — que les actionnaires ont pu conclure à titre individuel et non en leur qualité de membre d'un organe social.

11. Dans ces conditions, une première conclusion générale s'impose maintenant à notre esprit : ces accords portant sur l'exercice des droits fonctionnels de l'actionnaire sont de nature purement contractuelle ou obligationnelle — *vertrags- oder schuldrechtlich* —, comme tout autre accord de volontés générateur d'obligations, une convention de vote ou de blocage appartient essentiellement au droit civil et non pas au droit commercial, au droit des obligations et non pas au droit des sociétés. Théoriquement, elle ne porte aucune atteinte aux principes de la liberté de vote et du libre transfert des actions : du point de vue social, un actionnaire demeure donc entièrement libre de les violer, c'est-à-dire de voter

8) Arrêt du Tribunal cantonal argovien du 12 décembre 1949 - confirmé par arrêt du Tribunal fédéral du 20 mars 1950 -, dans la cause Emil Kipfel contre Aktiengesellschaft Kipfel & Co., dans Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1950 pp. 54 ss.

9) "...Denn verpflichtet hat sich jeder einzelne Gesellschafter als Aktionär und nicht als Organ der Beklagten, und verpflichtet ist jeder persönlich...".

Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1950 pp. 54 ss., notamment 60.

à l'assemblée générale ou de disposer de ses actions contrairement aux engagements qu'il a pu prendre à titre privé.

Dès lors, il apparaît maintenant possible d'appliquer tout simplement le principe de la liberté contractuelle, tel qu'il est défini par l'article 19 de notre code des obligations : et c'est dire alors qu'en l'absence de toute interdiction légale, nous pouvons considérer comme juridiquement valables ces conventions de vote ou de blocage.

Sur ce point, tout le monde en Suisse est maintenant d'accord pour admettre ce principe de validité, sous réserve, bien entendu, des exceptions prévues par l'article 19 du code des obligations; lors de son congrès de 1959, la Société suisse des juristes avait tenu à relever cette unité de doctrine, assez rare en Suisse¹⁰; de plus, dans son arrêt *Spinedi* contre *Bornand* et *Cavazza*, du 12 juin 1962, le Tribunal fédéral a, lui aussi, confirmé expressément ce principe de validité : "la convention litigieuse, a-t-il déclaré dans cet arrêt du 12 juin 1962, est un accord sur l'exercice des droits de l'actionnaire et plus précisément une convention de vote combinée avec une convention de blocage. De tels accords sont valables dans les limites fixées par l'article 19 du code des obligations..."¹¹.

Cependant, si la solution théorique peut paraître simple et logique, elle pose tout de même aux praticiens un certain nombre de problèmes dans son application pratique.

12. Tout d'abord, il arrive parfois que des actionnaires se mettent simplement d'accord pour voter dans le même sens à la prochaine assemblée générale ou encore qu'un actionnaire déclare à une autre personne qu'il votera dans un sens déterminé sur tel ou tel point de l'ordre du jour d'une prochaine assemblée générale : faut-il alors considérer cet accord ou cette déclaration comme de simples déclarations de courtoisie sans portée juridique ou, au contraire, comme des engagements juridiquement obligatoires?

C'est là une première difficulté que l'on rencontre parfois dans l'application du principe de validité; mais, en réalité, elle

10) Cf. Z.S.R. 1959 pp. 699 a ss., notamment 732 a.

11) Arrêt précité du 12 juin 1962, A.T.F. 88 II pp. ss., J.T. 1963 I pp. 189 et 190, S.J. 1962 pp. 513 ss., notamment 516.

peut être facilement surmontée par l'application du principe de la confiance qui, nous le savons, domine le problème de la conclusion des contrats en vertu de l'article 1er du code des obligations¹².

Au surplus, il appartient évidemment à celui qui entend obliger juridiquement son partenaire de veiller à ce que l'accord soit établi de manière telle qu'on puisse, sans contestation possible, en déduire un engagement juridique valable et obligatoire.

Dans la pratique, la seconde difficulté — ou plus exactement, la seconde série de difficultés — paraît beaucoup plus sérieuse : elle se présente de la façon suivante.

On admet, en général, que ces accords de vote ou de blocage n'ont d'utilité pratique pour ceux qui les ont conclus que s'ils sont maintenus en vigueur pendant un certain temps : par exemple, cela n'aurait pas de sens de créer un syndicat majoritaire — comme dans l'affaire Spinedi contre Bornand et Cavazza — si l'un des membres du groupe pouvait reprendre sa liberté à la première occasion.

Autrement dit, il apparaît maintenant nécessaire de trouver un moyen de contraindre chacune des parties contractantes à respecter les engagements de vote ou de blocage qu'elle a pris.

Or, avant de répondre à cette question pratique, nous devons d'abord résoudre le second problème théorique que soulèvent ces accords entre actionnaires, c'est-à-dire le problème des *effets juridiques*.

III. LES EFFETS JURIDIQUES .

13. A cet égard, nous ne devons pas perdre de vue le caractère essentiellement contractuel ou obligationnel de ces accords qui, par ailleurs, ne lient ni la société anonyme elle-même, ni même l'un de ses organes - tels l'assemblée générale ou l'administration.

La doctrine et la jurisprudence en ont alors déduit la conclu-

12) Voir, notamment, sur la définition du principe de la confiance, **Arthur Meier - Hayoz**, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss, thèse de Zurich 1948; **Robert Patry**, Le principe de la confiance et la formation du contrat en droit suisse, thèse de Genève 1953.

sion parfaitement logique que, en principe tout au moins, une convention de vote ou de blocage ne peut sortir aucun effet juridique en droit des sociétés : la société — ou l'un de ses organes — n'a ni le devoir, ni même le droit, de faire respecter les engagements pris par les actionnaires dans le cadre d'une convention de vote ou de blocage¹³.

En conséquence, il n'existe pas de moyen de contrainte sociale.

Mais, alors, la question se pose de savoir si, dans l'état actuel de notre législation, un actionnaire lié pourrait être contraint par ses cocontractants de respecter ses engagements. Il s'agit, en somme, de dire si l'obligation de voter dans un sens déterminé ou celle de ne pas disposer de ses actions peuvent être sanctionnées par une action en exécution.

Or, pour des raisons développées dans notre rapport de 1959 — et qu'il serait trop long de rappeler ce soir —, nous avons estimé devoir répondre négativement, malgré l'opinion contraire — mais purement théorique — de certains auteurs¹⁴.

Ainsi, vis-à-vis de l'actionnaire lié, le bénéficiaire de la convention de vote ou de blocage paraît complètement désarmé : il ne dispose d'aucun moyen direct pour contraindre son débiteur à respecter les engagements pris; tout au plus, peut-il lui réclamer la réparation du dommage que la violation de l'accord lui a causé.

C'est dire, en d'autres termes, que ces conventions ne peuvent donner lieu à aucune exécution réelle, reposant donc essentiellement sur la confiance qui doit exister entre les parties contractantes.

13) Voir **Hans Glattfelder**, op. cit., Z.S.R. 1959 pp. 299 a ss., **Robert Patry**, op. cit., Z.S.R. 1959 pp. 59 a et 79 a ss.

Voir, au surplus, le jugement du Tribunal de commerce argovien du 24 janvier 1929, Vierteljahresschrift für aargauische Rechtssprechung 1929 pp. 155 ss., et l'arrêt du Tribunal cantonal argovien du 12 décembre 1949 - confirmé par le Tribunal fédéral le 20 mars 1950 -, Aargauischen Gerichts - und Verwaltungsentscheide 1950 pp. 54 ss.

14) Voir **Robert Patry**, op. cit., Z.S.R. 1959 pp. 116 a ss. et les références citées dans les notes 163 et 164.

Voir, en outre, les opinions contraires de **Hans Glattfelder**, op. cit., Z.S.R. 1959 pp. 309 a ss. et de **Roger Secretan**, intervention au congrès 1959 de la Société suisse des juristes, Z.S.R. 1959 pp. 727 a et 728 a.

Or, dans la pratique, les actionnaires ne sont pas toujours conscients de ce danger : somme toute, il ne sert pas à grand'chose de se lier par des engagements même solennels; ce qui est beaucoup plus important, c'est de pouvoir garantir, par des moyens indirects, la stricte observation des engagements pris.

Mais, alors, pour le praticien, la difficulté est précisément de savoir créer ces moyens de contrainte indirecte.

14. Il existe une seule solution pratiquement valable pour assurer le respect des engagements de vote qu'un ou plusieurs actionnaires ont pu prendre : c'est la *clause pénale*, que l'on trouve pratiquement dans toutes les conventions de vote de quelque importance.

Par ce moyen, chaque actionnaire lié sait qu'il s'expose au danger de devoir payer la somme prévue dans le contrat dès le moment où il ne respecte pas ses engagements; c'est là un moyen de contrainte indirecte admis expressément par notre législateur, dans le cadre des articles 160 et suivants du code des obligations¹⁵. En fait, la seule difficulté que le praticien rencontre dans cette solution est dans la fixation de la somme qu'il convient de prévoir à titre de peine conventionnelle. Il faut fixer une somme assez élevée — mais, tout de même, pas trop élevée — pour dissuader l'actionnaire de violer les engagements pris.

15. En revanche, cette solution ne paraît pas suffisante pour assurer le respect d'une convention de blocage, mais, précisément, dans ce domaine, on peut envisager deux autres moyens de contrainte, selon que les actions sont au porteur ou, au contraire, nominatives liées, au sens de l'article 686 du code des obligations.

Le premier moyen consiste en un transfert fiduciaire des actions au porteur à une personne de confiance — un expert-comptable ou un notaire, par exemple — qui est chargée de détenir ces actions pour le compte de l'actionnaire : celui-ci, n'ayant plus la

15) Dans son arrêt du 12 juin 1962, le Tribunal fédéral a expressément admis la validité d'une telle clause pénale.

Voir arrêt Spinedi contre Bernand et Cavazza, du 12 juin 1962, A.T.F. 88 II pp. 172 ss., J.T. 1963 I pp. 189 et 190, S.J. 1962 pp. 513 ss., notamment 519 et 520.

possession des titres, n'a donc pas la possibilité matérielle d'en disposer en faveur de tiers¹⁶.

Ainsi, par exemple, le litige n'aurait pas pu survenir entre Gérard Spinedi, d'une part, Bornand et Cavazza, d'autre part, si, conformément aux engagements pris, les membres du syndicat majoritaire avaient déposé leurs actions au porteur dans une banque ou chez un notaire.

Mais, lorsqu'il s'agit d'une convention de blocage d'actions nominatives liées, conclue par tous les membres d'une société anonyme de famille — cette hypothèse est d'ailleurs relativement fréquente — il est alors inutile de prévoir ce dépôt en mains tierces : si les statuts autorisent l'administration à refuser de donner son agrément au transfert des actions sans indiquer les motifs de son refus — en vertu de l'article 686 alinéa 2 du code des obligations —, il suffit de prévoir, dans la convention, l'obligation pour les parties contractantes qui seront administrateurs au moment de la décision à prendre, de voter en faveur du transfert des actions s'il est conforme aux accords de blocage ou de voter contre, si les conventions interdisent ce transfert¹⁷.

Ainsi, bien que dépourvues de toute action en exécution réelle, ces conventions de vote ou de blocage ne reposent pas uniquement sur un rapport de confiance entre les parties qui les ont conclues : pratiquement, il existe tout de même divers moyens de contrainte indirecte, suffisants pour en assurer le respect dans la grande majorité des cas.

16. Mais, c'est alors que se pose le dernier problème juridique, celui de la *durée* de ces conventions de vote ou de blocage : puisque, pratiquement, il ne peut pas impunément violer les engagements qu'il a pris, l'actionnaire ne peut-il pas, simplement, dénoncer l'accord de vote ou de blocage et reprendre ainsi sa liberté de vote ou le libre exercice de son droit de disposition sur ses actions?

16) Mais, cette solution n'est pas entièrement satisfaisante, car elle comporte l'inconvénient de devoir donner au détenteur fiduciaire l'exercice du droit de vote attaché à toutes les actions au porteur qui lui sont confiées.

17) Bien entendu, il conviendrait de sanctionner cet engagement particulier par une clause pénale, au sens des articles 160 et suivants du code des obligations.

Sans doute, la durée de ces accords est très variable : l'actionnaire peut engager son vote pour une seule assemblée générale, comme il peut aussi prendre un engagement de longue durée : la solution du problème juridique dépend donc directement de la nature des engagements pris.

Mais, il importe tout de même de remarquer que la plupart des conventions de vote ou de blocage comportent des engagements réciproques de tous les actionnaires ou de quelques-uns d'entre eux, des uns à l'égard des autres : dans ces cas, la doctrine considère alors qu'on se trouve en présence de contrats de société, au sens de l'article 530 alinéa 1 du code des obligations.

Dès lors, en théorie tout au moins, la solution du problème de la durée paraît simple : elle nous est dictée par les dispositions bien connues des articles 545 et 546 du code des obligations.

Mais, dans la pratique, lorsqu'il s'agit de fixer la durée de l'accord de vote et de blocage, on peut rencontrer une difficulté qui est la suivante.

D'une part, la question se pose souvent — notamment dans le cadre d'une société anonyme de famille — de savoir si les engagements pris par les actionnaires dans le cadre d'une convention de vote et de blocage seront toujours opposables aux héritiers.

Sans doute, puisqu'on se trouve en présence d'une société simple, on pourrait être tenté de se référer à l'article 545 chiffre 2 du code des obligations, qui prévoit la continuation du contrat avec les héritiers de l'associé décédé.

Mais, précisément, dans de nombreux cas, les parties contractantes désirent pouvoir exclure de leur groupe certains héritiers. Au surplus, il ne faut pas oublier la disposition impérative de l'article 686 alinéa 4 qui confère aux héritiers le droit d'entrer dans la société si les actions nominatives liées qu'ils ont héritées ne leur sont pas rachetées à leur valeur réelle.

Sur le plan strictement juridique, cette difficulté paraît insurmontable : mais, dans la pratique, on peut la tourner en obligeant tous ceux qui seront appelés à devenir héritiers — en particulier l'épouse et les enfants de l'actionnaire — à signer la convention de vote et de blocage et à accepter ainsi, expressément et par avance, toutes les clauses de la convention. Peut-être, serait-il

aussi utile d'établir, dans les statuts de la société anonyme de famille, un droit de préemption en faveur des parties contractantes.

IV. CONCLUSION .

17. Malgré la place limitée qu'ils occupent dans la doctrine et la jurisprudence, les accords portant sur l'exercice des droits sociaux de l'actionnaire jouent dans de nombreuses sociétés anonymes un rôle qu'il serait vain de nier.

En particulier, l'acte par lequel les associés d'une société en nom collectif décident de transformer leur entreprise en une société anonyme, donne à cette société un caractère personnel incontestable, reconnu aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence.

De même, les accords que des actionnaires concluent, à titre personnel, pour dominer l'assemblée générale et, par voie de conséquence, pour pouvoir gérer les affaires sociales dans leur intérêt personnel sont usuels dans de nombreuses sociétés et le juriste ne saurait les ignorer.

Qu'on le veuille ou non, il n'est pas possible de nier ce fait d'expérience. Dans la vie moderne, ces accords portant sur l'exercice des droits sociaux de l'actionnaire, soit, d'une part, les conventions préalables de vote et, d'autre part, les contrats de blocage qui en sont le complément nécessaire, modifient en fait, de manière profonde, la structure de nombreuses sociétés anonymes.

Ils apportent, dans l'organisation sociale, un élément personnel qui a le mérite, semble-t-il, d'atténuer, dans une certaine mesure, la rigueur inhumaine — parce qu'anonyme — des rapports sociaux.

De plus, les exemples cités paraissent intéressants surtout dans la mesure où ils ont pu nous donner des solutions pratiques, c'est-à-dire conformes aux besoins de la vie moderne.

Or, le droit — surtout le droit commercial — doit être proche de la vie, sinon il n'est plus digne d'être le droit.
