

Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 78 (1959)

Artikel: Les accords sur l'exercice des droits de l'actionnaire

Autor: Patry, Robert

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895998>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 22.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>

LES ACCORDS
SUR L'EXERCICE DES DROITS
DE L'ACTIONNAIRE

rapport présenté par
ROBERT PATRY

avocat à Genève et professeur à l'Université de Berne

TABLE DES MATIÈRES

<i>Introduction</i>	3a
1. Les accords privés entre actionnaires (p. 3a) – 2. L'utilité et l'actualité d'une étude en droit suisse (p. 4a) – 3. L'opposition entre la liberté contractuelle et la liberté de l'actionnaire dans l'exercice de ses droits sociaux (p. 7a)	
CHAPITRE I: <i>Le phénomène social</i>	9a
4. La société anonyme, société de capitaux (p. 9a) – 5. Le principe majoritaire et ses conséquences (p. 12a) – 6. Exceptions légales en faveur du principe de l'intuitus personae (p. 19a) – 7. Les accords privés entre actionnaires et l'organisation juridique de la société anonyme (p. 24a)	
CHAPITRE II: <i>L'objet</i>	26a
8. En général (p. 26a) – 9. La société anonyme de famille (p. 28a) – 10. La société d'économie mixte (p. 34a) – 11. Le syndicat d'administration (p. 38a) – 12. Le syndicat majoritaire (p. 42a) – 13. La convention unilatérale de vote (p. 46a)	
CHAPITRE III: <i>La validité</i>	49a
14. Les accords ne lient pas la société (p. 49a) – 15. La convention de vote et la convention de blocage (p. 53a) – 16. La nature contractuelle (p. 56a) – 17. Le principe de la confiance (p. 60a) – 18. Le principe de la liberté contractuelle (p. 62a) – 19. Le principe de la liberté de vote (p. 69a)	

CHAPITRE IV: <i>Les effets sociaux</i>	79a
20. L'assemblée générale et la convention préalable de vote (p. 79a) – 21. La société et la convention de blocage (p. 87a) – 22. La convention de vote, moyen de rendre illusoire une interdiction de vote (p. 92a) – 23. La convention de vote et les droits de la minorité, en particulier le principe de la Treuepflicht (p. 104a)	
CHAPITRE V: <i>Les effets contractuels</i>	112a
24. Le droit applicable aux accords préalables de vote ou de blocage (p. 112a) – 25. L'exécution forcée d'une obligation de vote (p. 115a) – 26. Les mesures de contrainte indirecte (p. 119a) – 27. La nature juridique de la convention de vote ou de blocage (p. 124a) – 28. Le problème de la durée et, en particulier, les possibilités de résiliation (p. 127a)	
<i>Conclusion</i>	132a
29. La nature contractuelle ou institutionnelle de la société anonyme (p. 132a) – 30. Thèses générales (p. 136a)	
<i>Bibliographie</i>	138a

INTRODUCTION

1. Les accords privés entre actionnaires – 2. L'utilité et l'actualité d'une étude en droit suisse – 3. L'opposition entre la liberté contractuelle et la liberté de l'actionnaire dans l'exercice de ses droits sociaux

1. Pour défendre ses intérêts personnels dans la société anonyme, l'actionnaire jouit de prérogatives que lui confèrent la loi et les statuts et qu'il peut exercer soit individuellement contre la société elle-même, soit de manière collective, en collaboration avec les autres membres de la corporation.

En particulier, par sa présence à l'assemblée générale, il a la faculté de participer, de façon positive, aux décisions qui engagent la vie de la société comme aussi à l'élection des administrateurs, chargés de la gestion des affaires sociales, et des contrôleurs. C'est donc principalement au sein de l'assemblée générale, organe suprême de la société anonyme, que l'actionnaire peut exercer son influence personnelle sur la direction de l'entreprise.

Cependant, cette influence de chacun des membres n'est pas directement proportionnelle au nombre des voix dont il dispose à l'assemblée générale, c'est-à-dire à l'importance de sa participation financière. Elle est limitée par le principe majoritaire qui domine toute l'organisation juridique de la société anonyme.

Pratiquement, le pouvoir au sein de la corporation appartient à la majorité qui, dans certaines limites, peut imposer sa volonté à l'organisme social. Mais, dans les sociétés modernes, la majorité absolue des voix est rarement entre les mains d'un seul actionnaire: le plus souvent, elle appartient à un nombre peu élevé de gros actionnaires qui ont tous la prétention de gouverner l'entreprise sociale et qui, de ce fait, luttent pour conquérir le pouvoir absolu.

Il en résulte nécessairement une certaine instabilité dans la direction de l'entreprise sociale. La majorité se constitue

normalement au hasard du concours des intérêts personnels des actionnaires. Or, cette instabilité peut représenter un danger, d'une part, pour la société elle-même qui n'est pas gérée de manière suivie et, d'autre part, pour les actionnaires qui risquent toujours d'être majorisés et de se voir ainsi écartés du pouvoir.

Il est dès lors naturel que, dans de nombreuses sociétés, on ait cherché à lutter contre cette instabilité par la conclusion, entre tous les actionnaires ou entre certains d'entre eux, d'accords préalables limitant la liberté d'action de chacun des contractants dans un intérêt commun.

La loi assure, en principe, à chaque actionnaire son entière liberté d'action au sein de l'assemblée générale: non seulement, chacun des membres de la corporation a le droit absolu de participer à l'assemblée générale, mais encore il est libre de disposer de ses voix comme bon lui semble, pour assurer la défense de ses intérêts personnels.

Cependant, certains préfèrent renoncer, par un accord privé, à cette liberté lorsque cela leur paraît nécessaire pour organiser, dans un but commun et de manière plus ou moins permanente, une majorité stable, suffisante pour détenir le pouvoir absolu au sein de l'organisme social.

2. Répondant à un besoin de la vie économique, ces conventions privées sont beaucoup plus fréquentes qu'on ne pourrait le penser; elles poursuivent, d'ailleurs, des buts très variés et contiennent des clauses sensiblement différentes les unes des autres; cela peut aller du simple accord de courtoisie, sans portée juridique, à une convention fixant, de manière extrêmement détaillée et rigoureuse, les droits et les obligations de chacune des parties contractantes.

Et pourtant, malgré l'importance pratique de ces accords entre actionnaires qui modifient parfois sensiblement la nature juridique de la société anonyme, nous sommes obligé de constater que le droit positif suisse les ignore presque complètement.

Non seulement, nous ne pouvons citer aucune disposition légale directement applicable pour résoudre les problèmes juridiques que pose l'exécution de ces conventions, mais encore nous ne pourrions nous référer, dans la recherche d'une solution suisse, qu'à de rares décisions des tribunaux ordinaires¹.

Il ne faudrait cependant pas déduire de ce silence de la loi et de la jurisprudence la conclusion que ces conventions ne donnent lieu à aucun litige. Le silence de la jurisprudence s'explique tout naturellement par le fait que, dans ce genre un peu particulier d'accords, conclus en dehors de la société anonyme et souvent de manière plus ou moins secrète, les parties n'ont aucun intérêt à soumettre leurs différends aux tribunaux ordinaires et ainsi faire connaître leur accord au grand public. Même lorsque le problème de l'exécution ou de l'inexécution de ces conventions se pose dans le cadre de l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, les parties se mettent souvent d'accord pour renoncer à la juridiction des tribunaux ordinaires, préférant plaider devant un tribunal arbitral².

De son côté, la doctrine suisse, si elle n'ignore pas le problème, ne paraît pas lui avoir accordé l'importance qu'il a dans la pratique. Les grands commentaires du droit des sociétés anonymes n'ont pu que faire de brèves allusions à ces accords privés entre actionnaires et la seule monographie

¹ Dans l'ensemble de la jurisprudence suisse, il n'existe que quelques arrêts du Tribunal fédéral et deux jugements des tribunaux argoviens. Encore faut-il remarquer que ces rares décisions suisses n'ont pu traiter le problème que d'une manière incomplète.

² On sait, en effet, qu'aucune disposition de droit fédéral n'interdit de soumettre l'action en annulation prévue à l'article 706 C.O. à un tribunal arbitral.

Cf. sur ce point, WILHELM STAUFFER, *Dürfen Schiedsgerichte Anfechtungsklagen nach Art. 706 OR beurteilen?*, SJZ 1947 pp. 213 et ss. Voir en outre un arrêt de la Cour suprême du Canton de Berne du 2 décembre 1942, dans la cause Wegmann contre Kurhausgesellschaft Interlaken AG., Z.B.J.V. 1943 pp. 566 et ss.

publiée en Suisse dans ce domaine traite seulement une partie du sujet³.

Une étude doctrinale en droit positif suisse paraît donc nécessaire. Elle répond à un besoin non seulement théorique, mais aussi pratique, car on est étonné de constater que dans la réalité de la vie, nombreux sont les actionnaires qui concluent des accords préalables sans en saisir toute la portée juridique⁴.

En outre, nous croyons que cette étude de droit positif suisse vient à son heure.

La tendance actuelle est, en Suisse comme ailleurs, d'assurer de manière toujours plus efficace, lorsque l'équité l'exige, la protection des individus isolés contre la toute puissance de certains groupements qui abusent de leur pouvoir absolu. L'élaboration de la loi fédérale sur les cartels, actuellement en discussion devant une commission d'experts, comme aussi le développement des droits des minorités dans la société anonyme, sont des exemples actuels de cette tendance.

Or, les alliances entre actionnaires, notamment les consortiums ou syndicats de majorité, menacent les intérêts des autres actionnaires isolés. La question peut et doit donc

³ RUDOLF STUBER, *Aktionär-Consortien*, thèse de Zurich, 1944.

⁴ La lecture attentive de certaines de ces conventions de vote ou de blocage nous a révélé des faits assez étonnants.

Parfois, plusieurs actionnaires prennent entre eux l'engagement d'unir leurs voix pour s'assurer, de manière permanente, la majorité au sein de l'assemblée générale, mais aucune mesure n'est envisagée pour permettre le vote concordant des membres du consortium, ni même pour garantir, de manière efficace, le respect des engagements pris.

Parfois, au contraire, un groupe d'actionnaires détenant la majorité des voix décide, dans le but d'éviter une ingérence étrangère dans les affaires de la société, de ne pas vendre leurs actions à des étrangers et, pour assurer le respect de cet engagement, de déposer toutes ces actions chez un trustee; la convention fixe dans tous les détails les conditions du dépôt, mais non celles de l'exercice du droit de vote attaché à ces actions.

se poser aujourd'hui de savoir si le législateur suisse ne devrait pas intervenir pour assurer la protection de ces actionnaires isolés contre les abus toujours possibles de ces syndicats de majorité.

C'est en tout cas l'opinion du législateur allemand qui, dans le nouveau projet de loi sur les sociétés anonymes⁵, prononce la nullité de ces accords⁶. Ce fait nous paraît d'ailleurs d'autant plus significatif qu'il a toujours existé dans ce domaine une complète identité de vues entre les droits allemand et suisse, par opposition aux autres droits continentaux.

3. Il est indispensable, en outre, de prendre conscience d'un fait qui nous paraît essentiel et que, dans notre pays comme aussi en Allemagne, la doctrine a peut-être trop négligé. Une étude qui se bornerait à exposer les données économiques du problème et à construire, de manière strictement logique, une solution juridique sur la base des principes généraux de notre droit se révélerait tôt ou tard incomplète; en l'absence de toute législation applicable en la matière, un choix est nécessaire précisément entre deux principes fondamentaux, mais contradictoires.

Il existe, en effet, dans tout accord entre actionnaires portant sur l'exercice de leurs droits sociaux, une opposition inévitable entre deux principes de liberté qui conduisent à des solutions juridiques différentes.

D'une part, comme tout autre sujet de droit, l'actionnaire doit jouir de la liberté contractuelle: il doit, dans certaines limites tout au moins, pouvoir librement conclure

⁵ En publiant le projet de réforme, avec exposé des motifs, le Ministre de la Justice a déclaré, dans un avant-propos, que ce projet, conformément aux nombreux vœux formulés après la guerre, abandonnait le fameux «*Führerprinzip*» de l'Aktiengesetz de 1937 et améliorerait la position de l'assemblée générale et des actionnaires.

Cf. Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, publié par le Ministère de la Justice le 7 octobre 1958.

⁶ § 127.

avec autrui un contrat dont il doit pouvoir aussi librement fixer le contenu. L'article 19 C. O. qui garantit cette liberté de contracter et de fixer le contenu de la convention représente une disposition considérée, aujourd'hui encore, comme fondamentale. Il en résulterait donc logiquement que, sauf exceptions, les accords conclus entre actionnaires devraient être reconnus pour valables.

Mais, d'autre part, comme membre d'une société anonyme, l'actionnaire doit pouvoir jouir d'une liberté complète dans l'exercice de ses droits sociaux. C'est un principe généralement reconnu comme fondamental dans le droit des sociétés, bien qu'il ne soit pas expressément contenu dans une disposition particulière de la loi. Au sein de l'organisme social, l'actionnaire doit pouvoir agir en toute liberté; en particulier, avant de participer aux votes et aux élections, il a le droit de se renseigner à l'assemblée générale et de prendre, en toute indépendance, sa décision sur la manière dont il exercera ses prérogatives sociales et notamment son droit de vote. Or, qu'on le veuille ou non, on est bien obligé de reconnaître que les accords conclus avant l'assemblée générale ont pour effet pratique, sinon juridique, de limiter la liberté d'action et de décision de ceux des actionnaires qu'ils lient. Logiquement, on devrait dès lors déclarer nuls ces conventions, parce qu'elles portent atteinte à l'un des principes fondamentaux du droit des sociétés.

Pour résoudre le problème essentiel de la validité, en l'absence de toute disposition légale directement applicable, un choix apparaît donc nécessaire: selon que l'on donnera plus d'importance à l'une ou à l'autre de ces deux libertés contradictoires et pourtant toutes deux fondamentales, on devra logiquement adopter un principe de validité ou, au contraire, de nullité.

En Allemagne et en Suisse, mettant l'accent sur le principe de la liberté contractuelle, la doctrine soutient le point de vue de la validité, alors que dans les autres pays continentaux, en France, en Italie et en Belgique, les auteurs insistent, au contraire, sur la nécessité d'assurer la liberté

de vote de l'actionnaire à l'assemblée générale et défendent ainsi le principe de la nullité.

Si l'on veut résoudre le problème en toute objectivité, il apparaît dès lors indispensable de le reposer à nouveau dans son ensemble et d'apprécier la valeur de chacun des deux systèmes opposés.

Normalement, nous devrions donc faire une étude de droit comparé, ne pas nous contenter d'exposer la solution actuelle du droit suisse, mais tenir compte aussi des arguments développés à l'étranger en faveur de la solution opposée. Et pourtant une étude, même sommaire de droit comparé dépasserait largement le cadre impérativement limité de notre rapport.

Or, une étude récente existe déjà, à laquelle nous pourrions nous référer: il faut rappeler, en effet, que l'Association Henri Capitant a précisément mis à l'ordre du jour de sa journée bernoise du 8 juin 1956 la discussion du problème des syndicats d'actionnaires.

En apportant des renseignements précieux et récents sur la solution actuelle des droits français, belge et italien, les rapports nationaux comme aussi le rapport général, publiés dans un recueil de travaux qui vient de paraître, ont beaucoup facilité notre tâche⁷.

CHAPITRE I

LE PHÉNOMÈNE SOCIAL

4. La société anonyme, société de capitaux – 5. Le principe majoritaire et ses conséquences – 6. Exceptions légales en faveur du principe de l'intuitus personae – 7. Les accords privés entre actionnaires et l'organisation juridique de la société anonyme

4. Il est de bonne tradition, dans la doctrine classique, de définir la société anonyme, par opposition aux autres

⁷ Recueil des travaux de l'Association Henri Capitant, volume X, Paris 1959, pp. 202 et ss.

sociétés commerciales, comme le type même de la société de capitaux⁸. Née des conséquences de la révolution industrielle du XIX^e siècle, la société anonyme répond aux besoins de la concentration des capitaux et de la stabilité de l'entreprise, car les entreprises modernes ne peuvent vivre et se développer qu'en réunissant des capitaux relativement importants et en ayant une organisation stable, indépendante de la personne même de ses membres.

Dans la société de personnes, telle la société en nom collectif, la personnalité des membres joue le rôle prépondérant; la société est avant tout une association de personnes qui entendent, par leurs efforts communs, poursuivre un but commun (*affectatio societatis*). Reposant sur un contrat, c'est-à-dire sur un accord de volontés, la société de personnes est créée par un groupe d'individus et toute la vie sociale est dominée par cette notion contractuelle d'un rapport juridique de personnes à personnes; c'est pourquoi, la société de personnes ne peut vivre et se développer que dans la mesure où chacun des membres poursuit l'effort

⁸ «La distinction capitale est celle des sociétés de personnes ou par intérêts et des sociétés de capitaux ou par actions. Dans les premières, les associés se connaissent, contractent en considération de la personne, s'engagent personnellement et solidairement, ne peuvent céder leurs parts sans le consentement de tous. Le type est la société en nom collectif.»

«Dans les autres, la personnalité des associés est indifférente; chaque associé fait un apport et n'est tenu que jusqu'à concurrence de cet apport; il reçoit une action qui est négociable. Le type le plus net est la société anonyme. . .» GEORGES RIPERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e édition, Paris 1951, page 257.

«En raison de la différence fondamentale qui existe entre la société anonyme comme pure société de capitaux sans caractère personnel, d'une part et les sociétés de personnes d'autre part, le facteur personnel, qui dans les sociétés de personnes joue un rôle essentiel, passe à l'arrière plan dans les sociétés anonymes. . .»

Arrêt du Tribunal fédéral dans la cause Wild contre Siber et Wehrli AG, du 24 juin 1941, ATF 67.II. pp. 162 et ss, J.T. 1941. I. pp. 626 et ss, notamment 630.

commun en plein accord avec ses co-associés; dès que l'harmonie cesse d'exister, dès que le but poursuivi ne peut plus être réalisé en commun, la société disparaît d'elle-même.

En revanche, dans la société anonyme le facteur personnel joue un rôle effacé; créée pour répondre au besoin de la concentration des capitaux, la société anonyme, dans la conception classique, représente beaucoup moins une association d'hommes que la réunion de capitaux, au point que l'on a pu dire qu'elle associe avant tout les capitaux entre eux.

Or, il résulte logiquement de cette conception capitaliste que toute son organisation juridique et sociale repose sur la notion de l'intuitus pecuniae; parce que la personnalité de ses membres joue un rôle effacé et aussi parce que les parts sociales doivent pouvoir se transmettre facilement, l'ordre juridique est contraint, par la force même des choses, de créer un organisme social, indépendant de la personne même de ses membres, c'est-à-dire une société ayant non seulement la personnalité juridique, mais encore une organisation juridique rigide.

La liberté contractuelle est fortement réduite: il n'est pas possible de laisser aux individus eux-mêmes, dont le rôle est effacé, le soin d'organiser comme ils le désirent leurs rapports juridiques; il importe de sauvegarder aussi les intérêts des créanciers comme des nouveaux membres de la société. Il appartient donc à l'ordre juridique de mettre sur pied, d'une manière stricte et détaillée, une organisation juridique et sociale, de manière que les individus qui désirent unir leurs capitaux pour créer une société anonyme soient obligés de se soumettre aux règles juridiques abstraites préétablies par la loi⁹.

⁹ « Il y a bien là une société très distincte de toutes les autres sociétés et dont la formule, presque entièrement abstraite, se dégage des formules connues depuis les âges les plus lointains. » Cf. COPPER ROYER, *Traité des sociétés*, Paris 1938, p. 304.

Il nous paraît important d'insister dès maintenant sur ce fait : alors que le fonctionnement de la société de personnes repose essentiellement sur la notion du contrat de société, c'est-à-dire sur un accord de volontés de tous les associés, l'organisation de la société anonyme, de son côté, repose sur un ensemble, préétabli par la loi, de principes ou de règles juridiques qui ont pour but de permettre et de faciliter la direction d'une entreprise importante par la réunion des capitaux nécessaires¹⁰.

5. Dans toute société organisée corporativement, chacun de ses membres exerce un certain nombre de droits différents que la tradition classe en deux groupes distincts, soumis d'ailleurs à des règles différentes. Les uns, d'ordre pécuniaire (*Vermögensrechte*), constituent au fond des créances contre la société et ne se distinguent pas essentiellement de toute autre créance de notre droit des obligations. Les autres, de nature sociale (*Mitgliedschaftsrechte*), non seulement appartiennent aux seuls membres, mais encore dépendent essentiellement de la nature de la société elle-même.

Ainsi, dans la société de personnes, où la personnalité des associés joue le rôle prépondérant, chacun exerce ses droits sociaux en commun avec ses co-associés et dispose de pouvoirs égaux à ceux des autres : il en résulte logiquement que l'organisation corporative, fondée sur la notion de l'intuitus personae, est dominée par les principes de l'unanimité¹¹ et de l'égalité des droits sociaux¹².

En revanche, dans la société de capitaux, où l'organisation corporative est plus rigide, le fonctionnement de l'entreprise rend impossible l'application de ces deux principes : les actionnaires ne sont pas liés entre eux par des rapports personnels, ils n'ont pas entre eux cet « esprit de

¹⁰ Nous ne voulons évidemment pas prendre position ici dans la controverse célèbre dans la doctrine entre la thèse contractuelle et la thèse institutionnelle ; nous le ferons dans notre conclusion.

¹¹ Voir article 534 alinéa 1 C.O.

¹² Voir article 533 alinéa 1 et 535 C.O.

collaboration» qui caractérise la société de personnes¹³, de sorte que le principe de l'unanimité paralyserait pratiquement le fonctionnement de l'organisme social. En outre, parce que les actionnaires se sont groupés en considération non de leur personnalité, mais de leurs apports dont la réunion est nécessaire pour réaliser le fonctionnement de l'entreprise, l'application stricte du principe de l'égalité des droits sociaux causerait une injustice pour ceux qui ont fait des mises de fonds plus importantes que les autres.

C'est pourquoi, l'organisation corporative de la société anonyme est aujourd'hui dominée par le principe de la majorité – Mehrheitsprinzip – et cela à un double point de vue.

D'une part, toutes les décisions qui engagent la société anonyme sont prises par les divers organes sociaux, notamment par l'assemblée générale des actionnaires non pas à l'unanimité, mais à la majorité des voix représentées¹⁴; c'est la majorité, non l'ensemble des actionnaires, qui fait la loi dans la société anonyme et qui dirige en fait les affaires sociales.

D'autre part, chaque actionnaire ne dispose pas, dans la direction de l'entreprise sociale, de pouvoirs égaux à ceux des autres; ses pouvoirs sont proportionnels à l'importance relative de ses apports: plus sa mise de fonds sera importante, plus grande sera donc son influence dans la direction des affaires sociales.

Or, l'application stricte et rigoureuse de ce principe majoritaire dans le cadre de la société anonyme entraîne des conséquences d'ordre pratique et économique.

¹³ «Le contrat de société, au contraire, est un contrat à base de collaboration. Les associés ont un intérêt commun. Le gain de l'un n'est pas réalisé au détriment de l'autre. Ce sont les tiers qui vont faire les frais de l'opération. Loin de dresser les associés les uns contre les autres, le contrat de société va engendrer le front commun, une unité d'action. . .» ESCARRA et RAULT, *Traité théorique et pratique de droit commercial, Les sociétés commerciales*, Paris 1950, p. 83.

¹⁴ Voir article 703 C.O.

En conférant à chaque actionnaire, dans la direction de l'entreprise sociale, des droits proportionnels à l'importance relative de sa mise de fonds, le système majoritaire crée nécessairement une certaine inégalité entre les divers membres d'une même société; tous les actionnaires ne font pas des apports identiques; les uns disposant de gros capitaux, fournissent la plus grande part du capital social, alors que les autres ne peuvent ou ne veulent consacrer qu'un montant peu élevé à la réalisation de l'entreprise commune.

Or, dès le moment où ils détiennent plus de la moitié du capital social, les gros actionnaires, dans un régime de stricte majorité, peuvent pratiquement imposer leur volonté; pour prendre les décisions et diriger les affaires sociales, ils n'ont pas besoin de l'accord des autres membres de la société, dans la mesure où ils disposent de la majorité nécessaire. Pratiquement le système majoritaire confère donc à certains actionnaires un pouvoir de domination sur les autres.

La première conséquence pratique de l'application stricte du principe majoritaire, c'est ce que l'on a appelé dans la doctrine moderne l'absentéisme de nombreux actionnaires. Il est évident, en effet, que les petits actionnaires finissent par se lasser de ne pas pouvoir exercer efficacement les droits que leur confère, en théorie, la loi; ils savent que leur participation à l'assemblée générale serait inutile, puisque, pratiquement, leurs voix ne comptent pas et que leur avis ne pourrait prévaloir contre celui des gros actionnaires. De plus en plus, dans la vie moderne, par la force même des choses, un grand nombre d'actionnaires renoncent ainsi à prendre une part active à la vie de la société anonyme.

«L'absentéisme aux assemblées générales est un fait commun à toutes les sociétés par actions et qui n'est pas particulier à notre pays». ¹⁵

¹⁵ «L'actionnaire isolé n'a ni le temps, ni la capacité, ni le goût de vérifier quoi que ce soit. Il ne vient que très rarement à l'assemblée . . . Cet absentéisme des actionnaires aux assemblées générales est

Dans plusieurs pays, on a pris conscience de cette situation et l'on a tenté d'y remédier, mais en vain semble-t-il: le législateur ou la société elle-même n'ont pas la possibilité de contraindre l'actionnaire à exercer ses droits, car il ne faut pas oublier que la participation aux assemblées générales est un droit, non un devoir; chaque actionnaire est libre de participer ou de ne pas participer à la vie sociale.

Or, en pratique, cet absentéisme d'un certain nombre d'actionnaires, conséquence de l'application rigoureuse du système majoritaire, présente un double danger.

D'une part, il aggrave encore l'inégalité qui existe entre les gros actionnaires d'une société anonyme et les autres. La plupart des décisions de la société sont prises non pas à la majorité de toutes les voix conférées à l'ensemble des actionnaires, mais, d'une manière générale, à la majorité des seules voix représentées à l'assemblée générale: l'influence des gros actionnaires présents à l'assemblée sera donc d'autant plus grande que les actionnaires absents seront nombreux¹⁶. En renonçant à exercer les droits que la loi ou les statuts leur confère, les petits actionnaires ne font qu'abandonner en faveur des gros actionnaires le pouvoir absolu dans la société anonyme.

D'autre part, il faut reconnaître que l'absentéisme d'un assez grand nombre d'actionnaires a peu à peu creusé un

tellement constant que, pour y parer, les sociétés envoient en même temps que les convocations un pouvoir en blanc à signer d'avance et allouent souvent un jeton de présence, pour obtenir soit le retour du pouvoir signé, soit la présence effective de l'actionnaire. . .»
JEAN PERROUD, *La condition de l'actionnaire, Le Droit privé au milieu du XX^e siècle*, Paris 1950, tome II, pp. 320 et 321.

¹⁶ C'est pourquoi certains estiment que dans les sociétés dont les actions sont cotées en bourse et où les petits actionnaires sont nombreux, il suffirait de disposer de 20 à 30% des voix pour avoir pratiquement la majorité à l'assemblée générale.

Cf. notamment VLADIMIR MIJALKOVIC, *Die wirtschaftliche und rechtliche Stellung des Kleinaktionärs*, thèse de Berne, 1941, p. 21.

fossé entre deux groupes d'actionnaires qui poursuivent souvent des buts opposés¹⁷.

Le premier groupe comprend les actionnaires qui participent activement à la conduite des affaires sociales: ils ont la possibilité non seulement d'exercer leur influence dans les assemblées générales, mais encore d'agir efficacement, au sein du conseil d'administration, sur la gestion de l'entreprise sociale. Tout naturellement ils ont donc tendance à considérer cette entreprise comme leur affaire propre et à négliger les intérêts des autres actionnaires: or, parce qu'ils ont la possibilité de diriger l'entreprise, leur intérêt bien compris n'est pas d'obtenir à brève échéance une rémunération aussi élevée que possible des capitaux placés dans la société; leur intérêt est au contraire de gérer l'entreprise comme si elle leur appartenait en propre, de manière aussi saine que possible et en tenant compte de l'avenir¹⁸.

Au contraire, le second groupe poursuit un but opposé: renonçant à exercer ses droits sociaux, le petit actionnaire se désintéresse de l'entreprise elle-même; il envisage sa participation à la société, d'un point de vue essentiellement pécuniaire, comme un placement de fonds, et entend ainsi obtenir par ce placement une rémunération aussi rapide et élevée que possible.

¹⁷ Voir à ce sujet ERNST WALDER, *Unternehmer- und Publikums-Aktionäre*, thèse de Zurich 1955 et VLADIMIR MIJALKOVIC, thèse de Berne, 1941.

¹⁸ On est donc bien loin de définition légale de l'actionnaire idéal qui, dans la conception classique, cherche à obtenir le plus rapidement possible une rémunération aussi élevée que possible de sa mise de fonds dans la société. Il ne faut pas oublier, en effet, que la disposition de l'article 663 alinéa 2 a été introduite dans le code pour permettre à l'administration de créer des réserves latentes afin de protéger l'entreprise contre les actionnaires; le législateur a voulu ainsi autoriser dans une certaine mesure l'autofinancement contre l'avis des actionnaires eux-mêmes, oubliant précisément que ceux qui détiennent la majorité au sein de l'assemblée générale ont déjà tendance à suivre une politique d'autofinancement.

«Le public qui souscrit ou qui achète des actions se soucie moins de participer à la vie de la société que de prendre sa part des bénéfices. L'acquisition d'actions est un moyen de faire fructifier son capital. La majorité du public considère donc l'action comme un objet de placement de ses capitaux... Ce sont les droits pécuniaires de l'action qu'il tient à s'assurer en devenant actionnaire...»

«Dans cet état d'esprit, la majorité des actionnaires se désintéresse de la marche des entreprises auxquelles elle est intéressée pécuniairement. Elle s'abstient de paraître aux assemblées générales...»

«A l'inverse, ceux qui s'intéressent au fonctionnement de la société attachent un plus grand prix au droit de participer aux assemblées générales qu'au droit de percevoir un dividende. Car l'avantage que l'on peut tirer d'une société ne se limite pas au dividende. Celui qui s'assure le contrôle d'une société peut en tirer toutes sortes d'avantages en nature. Il peut se réserver directement ou indirectement des contrats avantageux, limiter la concurrence, acquérir un monopole de fait, placer qui il veut aux divers postes de l'entreprise. Il peut enfin étendre, indéfiniment son pouvoir par l'intermédiaire des sociétés filiales...»¹⁹.

Par la force même des choses, une opposition d'intérêts existe ainsi entre ces deux groupes d'actionnaires: le gros actionnaire ou l'actionnaire majoritaire considère l'entreprise comme sa chose personnelle et la gère comme il gèrerait sa propre entreprise; c'est pourquoi on a parfois qualifié le gros actionnaire «d'actionnaire chef d'entreprise» – *Unternehmeraktionär* –: son but est avant tout d'assurer pour une longue période son influence sur la vie de la société.

Au contraire, le petit actionnaire agit plutôt dans un but de spéculation: se désintéressant de la conduite de l'entre-

¹⁹ GUY FLATTET, La dissociation des droits de l'action dans *Mélanges François Guisan* 1950, pp. 144 et 145. Cf. en outre PAUL SCHULER, *L'assemblée générale des actionnaires dans les sociétés anonymes*, thèse de Neuchâtel 1937, p. 129.

prise elle-même, il désire tirer de ses capitaux placés dans la société des avantages immédiats de nature essentiellement pécuniaire.

Or, il nous paraît évident que cette manière différente de concevoir la participation à une société anonyme, d'un côté avant tout de nature sociale, de l'autre de nature essentiellement pécuniaire, doit tout naturellement provoquer entre ces deux groupes d'actionnaires des conflits nombreux que l'ordre juridique ne peut ignorer.

Il ne faut pas oublier cependant que, dans la plupart des sociétés anonymes, notamment dans celles d'une certaine importance, les petits actionnaires ne sont pas en présence d'un seul gros actionnaire, capable à lui seul d'imposer sa volonté dans la direction de l'entreprise: le plus souvent, aucun des actionnaires ne dispose à lui seul de la majorité absolue, c'est-à-dire d'un pouvoir suffisant pour agir indépendamment de la volonté de tous les autres; la majorité est bien plutôt entre les mains d'un certain nombre de personnes qui doivent s'unir pour pouvoir exercer ensemble une influence prépondérante dans la gestion des affaires sociales.

Or, dans la conception classique de la société anonyme, celle du législateur dans de nombreux pays, cette majorité se forme au hasard des circonstances: telle décision pourra être acquise parce que plusieurs principaux actionnaires sont d'un avis identique, alors que telle autre décision sera prise par une majorité d'actionnaires différents.

De cette situation résulte nécessairement une certaine instabilité dans la direction de l'entreprise: telle majorité pourra, aussi facilement qu'elle s'est créée entre plusieurs actionnaires, se dissoudre et former la minorité de demain.

Comme le remarquait très justement le professeur HOUIN dans son rapport général à l'Association Henri Capitant:

«La première idée met face à face l'actionnaire et la société. Le droit positif dans tous les pays paraît avoir une conception atomistique de la société en ce sens que l'actionnaire est isolé en face de la société... l'analogie vient immé-

diatement à l'esprit avec la société politique telle que la concevaient les révolutionnaires de 1789: entre l'individu et l'Etat, il n'y a pas place pour des corps intermédiaires, pour des groupements, pour des associations à buts particularistes. C'est une condition de la liberté individuelle et de l'indépendance de l'Etat...»²⁰.

6. Fondée sur la notion de l'intuitus pecuniae, l'organisation de la société anonyme constitue, dans la conception classique, un organisme rigide, soumis à des principes peut-être fondés en théorie, mais dont l'application trop rigoureuse rendrait parfois difficile le fonctionnement de l'entreprise sociale.

Le droit, et tout particulièrement le droit commercial, ne peut pas se développer d'une manière trop abstraite: il doit aussi faire une juste part aux données concrètes, économiques avant tout, des problèmes qu'il est appelé à résoudre. Non seulement, le juge qui tranche des litiges concrets, mais aussi le législateur se doivent de rester dans une certaine mesure tout au moins, en accord avec la vie des affaires.

«L'économique et le juridique ont donc une influence réciproque l'un sur l'autre. C'est bien pourquoi l'utilité des études économiques, soit pour le législateur, soit pour le jurisconsulte est évidente, puisque la loi que rédige le premier et qu'interprète le second ne saurait être satisfaisante en elle-même et dans son application si elle ne correspond pas à l'état économique du pays qu'elle est destinée à régir... de même que la connaissance des institutions juridiques est indispensable à l'intelligence des phénomènes économiques...»²¹.

Or, le développement économique et la vie des affaires ont peu à peu obligé le législateur à assouplir les principes

²⁰ Recueil des travaux de l'Association Henri Capitant, volume X, Paris 1959, p. 205.

²¹ P. R. ROSSET, Les tendances du nouveau droit suisse des sociétés, Recueil de Travaux de l'Université de Neuchâtel 1939, p. 2.

régissant l'organisation de la société anonyme: de plusieurs manières différentes, réapparaît la notion de *l'intuitus personae*; la personnalité des actionnaires reprend dans la vie moderne une place que le juriste ne peut plus négliger.

«Tels sont dans leurs grandes lignes les caractères de la société anonyme; ils s'inspirent du principe de *l'intuitus pecuniae*.»

«Mais les nécessités de la lutte économique et l'activité des hommes d'affaires firent céder ce cadre trop rigide. Le législateur avait envisagé en une conception théorique, un organisme aux rouages minutieusement réglés et dont seul l'argent était l'âme. Sous des formes diverses, la considération de la personne allait reprendre une influence prépondérante et déjouer la loi du seul capital, tant au point de vue de la composition que du fonctionnement de la société...»²²

Tout d'abord, il faut reconnaître que l'application stricte du principe de la libre transmission des actions, conséquence logique de la conception classique de la société anonyme fondée sur *l'intuitus pecuniae*, peut parfois constituer un réel danger pour le développement de l'entreprise sociale.

Conformément aux principes généraux sur les papiers valeurs, la qualité d'actionnaire s'acquiert par la simple tradition des actions au porteur ou par l'endossement des actions nominatives; en principe, la société n'a pas la faculté de refuser l'inscription sur le registre des actionnaires, de celui qui a régulièrement acquis, par endossement, une action nominative.

N'importe qui, même un concurrent, un insolvable, un ennemi ou un étranger, peut facilement s'introduire dans une société anonyme et exercer librement les droits que la loi et les statuts confèrent à tout actionnaire; dès le moment où il a acquis le nombre suffisant d'actions, le nouveau venu pourrait ainsi paralyser la bonne marche de l'entreprise

²² GUILLAUME CAMERLYNCK, thèse, pp. 15 et 16.

sociale, ou même plus simplement modifier, contre l'avis des autres actionnaires, le but social; au fond n'importe qui pourrait, en vertu du principe classique de la libre transmission des actions, transformer complètement la société anonyme, et les autres actionnaires ne pourraient pas s'opposer à cette ingérence dans leurs affaires sociales, pour empêcher «le loup de pénétrer dans la bergerie»²³.

C'est seulement au cours de la première guerre mondiale que l'on a pris conscience de ce danger: on s'est aperçu que, sous le couvert de l'anonymat, certaines entreprises importantes, organisées sous la forme de société anonyme, se trouvaient en France pratiquement entre les mains d'actionnaires allemands!

En Suisse, le législateur a d'abord réagi contre l'influence étrangère dans les sociétés anonymes suisses: l'art. XI de l'arrêté fédéral de 1919, devenu l'article 711 C.O., dispose que la majorité des administrateurs doivent être de nationalité suisse et avoir leur domicile en Suisse.

En outre et surtout, de nombreuses sociétés anonymes ont elles-mêmes réagi contre l'ingérence dans les affaires sociales de personnes considérées comme indésirables, en créant ce que l'on appelle, dans la doctrine suisse, les «actions liées» (*vinkulierte Aktien*): les statuts de ces sociétés autorisent soit l'assemblée générale, soit plus souvent le conseil d'administration, à refuser l'inscription au registre des actions de personnes considérées comme indésirables; en vertu d'une clause statutaire, la société a donc la possi-

²³ «Les fondateurs d'un groupement capitaliste peuvent légitimement chercher à en fermer les portes à certaines catégories de personnes, jugées indésirables.»

«Dans la pensée de leurs fondateurs certaines sociétés par actions demeurent jusqu'à un certain point, des sociétés de personnes. L'intuitus personae s'y manifeste sous un aspect négatif, le désir d'éviter certaines intrusions au sein du groupement. . . Des «coups de force» d'adversaires sont toujours à redouter. . . Le problème est alors la conciliation de l'intuitus personae avec les caractères de l'action, titre négociable. . .» HAMEL et LAGARDE, *Traité de droit commercial*, Paris 1954, tome I, pp. 529, 650 et 651.

bilité d'apprécier plus ou moins librement les qualités personnelles de ses nouveaux membres.

En Suisse, l'ancien code ignorait le problème, de sorte que c'est la jurisprudence qui eut d'abord à juger de la validité de ces clauses dites d'agrément, en dérogation au principe classique de la libre transmission des actions; lors de la révision du code, le législateur a simplement confirmé dans la disposition du nouvel article 686, les principes adoptés par le Tribunal fédéral²⁴.

En outre, de plus en plus les expériences faites au cours des années ont démontré que l'on ne pouvait pas appliquer, de manière absolue et abstraite, le principe majoritaire: l'ordre juridique, sous l'influence de l'évolution économique, a dû assouplir ce régime trop rigide, et il l'a fait dans deux directions opposées.

D'une part, dans le but de maintenir leur influence, malgré l'ingérence toujours possible d'actionnaires considérés comme indésirables, les dirigeants de certaines sociétés ont cherché à obtenir en leur faveur certains privilèges dans l'exercice de leurs droits sociaux: se désintéressant dans une certaine mesure de leurs droits pécuniaires, ils ont laissé à d'autres la possibilité de participer à une part importante du capital social, mais ont voulu malgré tout les exclure de la direction des affaires sociales; ils ont ainsi assuré, par le moyen des actions à droit de vote privilégié, la majorité des voix dans les assemblées générales, sans avoir à détenir la majorité du capital social.

Or, la notion d'action à droit de vote privilégié est évidemment contraire au principe de la majorité, tel qu'on

²⁴ Il ne peut évidemment pas être question d'aborder même de manière superficielle l'étude de ce problème qui sort du cadre de notre sujet. Voir sur ce point WOLFHART BÜRGI, ad Art. 686 OR notes 1 et ss.; PAUL CARRY, Problèmes relatifs au transfert des actions nominatives dans le recueil de travaux de la Faculté de droit de Genève, Genève 1952, pp. 163 et ss.; ALFRED WIELAND, Zum Stimmrecht der vinkulierten Namenaktien, SJZ 1952, pp. 1 et ss. et 27 et ss.

l'a défini dans la doctrine classique. Et pourtant, cette notion s'est peu à peu imposée à notre droit: l'ancien code l'ignorait, de sorte que c'est d'abord la jurisprudence qui eut à juger de sa validité²⁵. Lors de la révision, malgré certaines oppositions, le législateur a confirmé la validité, sous certaines conditions, de l'action à droit de vote privilégié (article 693 C. O.).

D'autre part, on a aussi pris conscience peu à peu des dangers qui pouvaient résulter, pour la société elle-même comme pour certains actionnaires, du fait que, dans la conception classique du principe majoritaire, dès le moment où ils détiennent la majorité des voix, certains actionnaires peuvent pratiquement faire la loi au sein de la société, c'est-à-dire imposer leur volonté personnelle.

Dans la conception classique, on admettait peut-être trop facilement et d'une façon trop abstraite, que la majorité ne pouvait pas agir dans un but égoïste; l'intérêt de la majorité devait nécessairement correspondre à l'intérêt de tous, c'est-à-dire de la société elle-même. Mais il a bien fallu constater que tel n'était pas toujours le cas: sans vouloir aller jusqu'à dire avec BURCKHARDT que «la puissance est en soi mauvaise» on reconnaît tout de même aujourd'hui que l'on peut abuser de la puissance²⁶.

C'est ainsi qu'est née cette idée que «l'actionnaire qui s'est intéressé à une société doit être protégé, en partie

²⁵ L'ancien article 640 accordait à chaque actionnaire un nombre de voix proportionnel au nombre des actions qu'il possédait; en créant des actions de valeur nominale inférieure à celle des autres actions, les statuts pouvaient donc pratiquement conférer aux détenteurs de ces actions un droit de vote privilégié. Malgré l'opposition d'une partie de la doctrine, le Tribunal fédéral a considéré comme valable ces actions privilégiées (*Stimmrechtsaktien*).

²⁶ «Aber Macht kann auch dazu mißbraucht werden, Leben zu unterdrücken und zu vernichten, Irrtum zu schützen und zu fördern. Denn Macht ist Leben und Leben ist zum Guten wie zum Bösen fähig...» MAX WEBER, *Wirtschaftsverbände und Machtproblem*, Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, 1957, p. 316.

directement, en partie indirectement, pour la confiance qu'il a témoignée à l'entreprise»²⁷.

Par réaction contre certains excès du principe majoritaire, l'ordre juridique – soit, d'abord, la jurisprudence, puis le législateur – a tenté d'assurer, dans la mesure du possible, cette protection des minorités contre la toute puissance des actionnaires majoritaires.

De nombreuses mesures prises en faveur de certains groupes d'actionnaires ou de l'actionnaire isolé reposent sur cette idée: parfois on s'est contenté de soumettre certaines décisions sociales particulièrement importantes à une majorité qualifiée; parfois on a voulu assurer à certains groupes d'actionnaires une certaine influence au sein des organes sociaux²⁸, parfois enfin, il a fallu conférer à l'actionnaire isolé certains droits absolus: droit de contrôle, droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale²⁹, protection des droits acquis³⁰ etc.

7. L'organisation juridique et sociale de la société anonyme a évolué au cours des années, dans un sens d'assouplissement dans l'application des principes fondamentaux sur lesquels repose toute société de capitaux: sous l'influence des exigences de la vie économique, l'intuitus pecuniae a perdu son caractère de principe absolu et la considération de la personne même de ses membres joue à

²⁷ THEO GUHL, *Le nouveau droit des sociétés anonymes et coopératives*, édition française par Albert Comment, Zurich, p. 21.

²⁸ Cf. notamment ARMAND BENOIT, *La représentation de groupes et de minorités d'actionnaires à l'administration des sociétés anonymes*, thèse de Lausanne 1956.

²⁹ Il est intéressant de constater une évolution semblable dans le droit allemand notamment dans le projet de la nouvelle loi allemande sur les sociétés anonymes. Cf. CURT EDWARD FISCHER, *Minderheiten-Vertreter im Aufsichtsrat*, *Neue Juristische Woche*, 1958, pp. 1265 et ss.

³⁰ Cf. notamment WALTER SCHLUEP, *Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht*, thèse de Saint-Gall 1955.

nouveau un certain rôle dans le fonctionnement de l'entreprise.

Cependant, même s'il y a eu évolution, les principes fondamentaux et les problèmes sont restés pratiquement les mêmes dans le cadre de la société anonyme; il s'agit toujours d'assurer un certain équilibre entre les groupes d'intérêts qui s'opposent nécessairement. Or, l'ordre juridique ne peut pas, comme dans les sociétés de personnes, laisser aux intéressés le soin de résoudre eux-mêmes ces problèmes; le législateur doit nécessairement intervenir pour donner sa solution, c'est-à-dire pour construire un ensemble de règles juridiques qui assurent précisément cet équilibre dans la société anonyme.

Suivant les circonstances du moment, suivant sa conception, démocratique ou au contraire oligarchique, comme aussi suivant les pays, la solution peut être différente, mais toujours l'ordre juridique est obligé de construire un ensemble de règles indépendantes de la volonté des membres. Il en résulte que la société anonyme, beaucoup plus que les sociétés de personnes, échappe au principe de la liberté contractuelle: les fondateurs d'une société anonyme ont à leur disposition un organisme corporatif, minutieusement réglé et préétabli; s'ils désirent créer une société anonyme, ils doivent nécessairement jouer le jeu, c'est-à-dire se soumettre à ces règles impératives de la loi.

Or, ce système, équilibré sur le papier, s'est avéré en pratique étrangement modifié³¹.

La vie, qui est faite de situations concrètes et variées à l'infini, ne peut se développer harmonieusement dans un cadre juridique trop rigide et abstrait: elle finit par faire céder ce cadre. De même, l'homme, lorsqu'il est soumis à des règles trop strictes et impératives, trouve toujours un moyen de les tourner.

C'est ainsi que, dans le domaine de la société anonyme,

³¹ JEAN PERROUD, *La condition de l'actionnaire*, Le droit privé au milieu du XX^e siècle, Paris 1950, tome II, p. 320.

on s'est aperçu que, ne pouvant pratiquement pas ou ne voulant pas déroger ouvertement aux règles préétablies par la loi ou les statuts, certains actionnaires ont, par des accords privés, transformé dans une certaine mesure le fonctionnement normal de l'organisme social; obligés de respecter, du moins en apparence les règles du jeu, ils ont organisé entre eux leurs rapports sociaux.

Dans de nombreuses sociétés anonymes, en effet, des accords de nature strictement privée lient certains actionnaires qui, en dehors de la loi ou des statuts, modifient, de manière plus ou moins complète, les conditions d'exercice de leurs droits sociaux et transforment ainsi, plus ou moins profondément, la nature même de la société³².

CHAPITRE II

L'OBJET

8. En général – 9. La société anonyme de famille – 10. La société d'économie mixte – 11. Le syndicat d'administration – 12. Le syndicat majoritaire – 13. La convention unilatérale de vote

8. Parmi les prérogatives sociales que la loi et les statuts confèrent à tout actionnaire parce qu'inhérentes à la qualité de membre d'une société anonyme, le droit de vote apparaît comme le plus important. C'est en participant aux assem-

³² «Nur eine Mindestzahl von Aktiengesellschaften, freilich die wichtigsten, verwirklichen das gesetzliche Modell. Die weitaus meisten Gesellschaften weichen mehr oder weniger stark davon ab. Das gibt schon für diejenigen Gesellschaften, die zwar Großunternehmen betreiben, bei denen aber das Kapital nicht getrennt ist, sondern sich ganz oder zum größten Teil in den Händen weniger Großaktionäre befindet. Noch stärker ist die Abweichung bei den kleineren Unternehmen mit wenigen Aktionären, die keiner Körperschaftlichen Organisation bedürfen und die durch verwandtschaftliche oder berufliche Interessen unter sich und mit dem Unternehmen verbunden sind.» PETER JÄGGI, *Ungelöste Fragen des Aktienrechts*, S.A.G. 1958, pp. 65 et 66.

blées générales et en y exerçant son droit de vote que l'actionnaire prend une part active à la vie de la société.

Le droit de vote confère donc à l'actionnaire une influence sur la conduite des affaires sociales, influence qui est d'ailleurs d'autant plus grande que les voix dont il dispose à l'assemblée générale sont nombreuses³³.

Il est donc tout naturel que la grande majorité, mais non la totalité des conventions privées portent sinon exclusivement, du moins principalement sur l'exercice de ce droit que la loi garantit à tout actionnaire. Conclues dans des buts extrêmement variés, ces conventions obligent un ou plusieurs actionnaires non pas à céder leur droit de vote, mais à l'exercer dans un sens déterminé, soit négatif, soit positif; en effet, le ou les actionnaires liés peuvent s'engager soit à ne pas prendre part à certaines décisions de l'assemblée générale, soit, au contraire, à y participer en soutenant de ses voix certaines propositions de décision ou la candidature d'une personne déterminée.

Ces conventions privées reposent essentiellement sur un rapport de confiance: il existe donc toujours un risque de voir, au sein de l'assemblée générale, l'actionnaire ne pas respecter son engagement strictement privé et voter dans un sens différent de son obligation.

C'est pourquoi, souvent la convention n'a pas seulement pour objet d'obliger un ou plusieurs actionnaires à voter dans un sens déterminé; elle prévoit, d'une façon ou d'une autre, les moyens jugés nécessaires pour assurer le respect de l'engagement pris.

Parfois, en effet, elle crée, en plus de l'obligation de voter dans un sens déterminé, une interdiction de céder ses actions; dans le but d'éviter que les actionnaires ne puissent

³³ Cf. notamment CHARLES NAHRATH, *Das Stimmrecht des Aktionärs nach schweizerischem Recht*, thèse de Berne 1933; EDWARD MOSER, *Die Ausübung des Aktienstimmrechts nach schweizerischem, sowie nach deutschem und italienischem Recht*, thèse de Zurich 1945; HANS FELDMANN, *Beschluß und Einzelstimme im schweizerischen Gesellschaftsrecht*, thèse de Berne 1954.

se soustraire à leur obligation par le simple fait qu'ils auraient perdu leur qualité de membre de la société, la convention ne se borne pas seulement à limiter la liberté de vote, elle restreint ou même parfois supprime le droit, que la loi confère en principe à tout actionnaire, de céder librement ses actions.

Parfois, pour assurer directement le respect de l'engagement pris, il est convenu que le droit de vote ne sera pas exercé par l'actionnaire dont on a peut être des raisons de se méfier, mais par un représentant offrant toutes les garanties nécessaires, ou encore qu'une forte somme sera due, à titre de clause pénale, au cas où le droit de vote serait exercé à l'assemblée générale d'une manière contraire à l'accord conclu.

Il est donc évident que ces conventions limitant la liberté de vote de l'actionnaire (*Abstimmungsvertrag* ou *Stimmrechtsbindungsvereinbarung*) peuvent varier à l'infini: cependant dans la doctrine moderne, on a pu tout de même établir une certaine classification selon leur nature et leur but.

9. Tout d'abord, il faut remarquer que, plus souvent qu'on ne pourrait le penser, les fondateurs d'une société anonyme conviennent, par un accord privé conclu en dehors des statuts, de maintenir entre eux, dans le cadre de cette nouvelle organisation fondée en principe sur la notion de l'intuitus pecuniae, le caractère strictement personnel de leurs rapports internes.

Le développement de l'affaire, la nécessité de se procurer de nouveaux capitaux, le désir aussi de bénéficier de la limitation de la responsabilité, ou même plus simplement des circonstances personnelles comme, par exemple, le décès du chef de l'entreprise, peuvent rendre nécessaire une modification dans la structure juridique de l'affaire, c'est-à-dire la transformation d'une raison individuelle ou d'une société en nom collectif en une société anonyme.

Or, une telle transformation peut présenter un réel

danger : conformément aux principes qui régissent la société anonyme, chaque actionnaire pourrait exercer librement non seulement son droit de vote au sein de l'assemblée générale mais aussi son droit de céder ses actions à des étrangers. En outre, en vertu du principe majoritaire, les anciens propriétaires ou certains d'entre eux pourraient, à plus ou moins longue échéance, se voir majorisés dans leur propre société ; il serait relativement facile à plusieurs des actionnaires, anciens propriétaires de l'affaire ou étrangers introduits dans la société, d'unir leurs voix afin d'écarter complètement les autres actionnaires de la direction de leur propre affaire.

Pour échapper à ce danger d'évincement qui les menace tous, les anciens propriétaires de l'entreprise doivent donc prendre les mesures nécessaires pour assurer de manière durable leur influence sinon exclusive, du moins prépondérante, au sein de la société anonyme. Or, pratiquement la seule mesure efficace est précisément de conclure, entre tous les fondateurs de la société, en général membres d'une même famille, une convention privée qui fixe pour l'avenir les droits et les obligations de chacun des membres fondateurs ou de chacune des branches de la famille, propriétaire de l'affaire.

Chacun s'engage ainsi, pour son propre compte comme aussi pour ses successeurs, en faveur de ses coactionnaires et cocontractants, à exercer son droit de vote au sein de l'assemblée générale de manière à maintenir intacts la structure familiale de l'entreprise et les droits de chacun ; en général l'accord donne à chacun des anciens propriétaires de l'affaire ou à chaque branche de famille le droit d'être représenté au conseil d'administration et de participer par voie de conséquence à la direction effective de l'affaire.

En outre, afin d'empêcher que, au sein de l'assemblée générale, un actionnaire unique ou une branche de famille ne puisse acquérir la majorité absolue des voix ou que des étrangers ne puissent conquérir une place prépondérante dans l'organisation sociale, la convention prévoit une répar-

tition égale des voix entre les divers fondateurs ou entre les diverses branches familiales et interdit toute cession des actions sans l'autorisation des autres actionnaires³⁴.

Souvent ces conventions privées font d'ailleurs partie intégrante, non pas des statuts de la société anonyme, mais de l'acte par lequel est décidée la transformation de l'entreprise familiale en une société anonyme; elles ont pour objet de limiter non seulement la liberté de vote de chaque actionnaire (on appelle alors cet accord une convention de vote; *Abstimmungsvertrag*), mais encore son droit de céder librement ses actions à qui il le désire (il y a alors convention de blocage, *Sperrvertrag*). Et comme ces accords privés qui lient entre eux tous les fondateurs de la société anonyme ont pour but de maintenir, au sein de cette nouvelle organisation juridique, la structure familiale, on dit, dans la doctrine moderne, qu'il y a une société anonyme de famille (*Familienaktiengesellschaft*)³⁵.

Ainsi par exemple, par accord du 14 septembre 1930, les 4 associés de la société en nom collectif Emil Klipfel et Co. à R., ont décidé de transformer leur entreprise en une société anonyme, chacun d'eux devant recevoir un quart des 320 actions nominatives représentant l'ensemble du capital social. Il fut convenu, en outre, que leurs rapports personnels résultant de leur contrat de société en nom collectif devaient être maintenus dans le cadre de la nouvelle société anonyme.

Par la suite, l'un d'entre eux, Carl Klipfel perdit la qualité d'actionnaire et ses actions furent reprises par la société elle-même.

En octobre 1944, dans le but de donner à leur société le caractère d'une société de famille, Emil Klipfel, E. Klipfel et W. Klipfel junior, signèrent la convention suivante: sauf disposition contraire de la loi, les décisions devaient être

³⁴ Parfois, la convention confère à chaque actionnaire un droit de préemption sur les actions appartenant aux autres.

³⁵ Cf. notamment MAX ZELLER, *Die Familien AG. nach dem revidierten Obligationenrecht*, thèse de Berne 1940.

prises au sein de l'assemblée générale à la majorité simple, mais, à titre interne, les actionnaires s'engageaient entre eux à ne prendre qu'à l'unanimité les décisions importantes visées aux articles 648 et 649 du code des obligations et cet engagement était considéré comme liant personnellement les signataires de cette convention, seuls actionnaires de la société Emil Klipfel et Co. AG.

En 1949, le Tribunal supérieur d'Argovie, puis, en 1950, le Tribunal fédéral, ont eu à connaître d'un litige qui opposait Emil Klipfel à la société Emil Klipfel et Co. AG. et ses deux coactionnaires³⁶.

Il semble donc résulter de l'exposé des faits publié que les membres de la famille Klipfel, anciens associés et actionnaires de la société Emil Klipfel et Co. AG., s'étaient contentés de limiter leur liberté de vote seulement lors de certaines décisions engageant la vie même de l'entreprise; ils n'avaient pas prévu d'autres mesures pour donner à leur société le caractère d'une société de famille.

En revanche, dans une autre cause qui fit l'objet d'un jugement du Tribunal de commerce argovien, des mesures, plus concrètes et plus efficaces, furent prises afin d'assurer, à chacune des branches de la famille Fischer, des droits égaux au sein de la société anonyme J. J. Fischer Söhne AG.³⁷.

En 1908, les trois frères, César, Ernst et Jules Fischer, associés de la société en nom collectif J. J. Fischer Söhne, décidèrent de transformer leur entreprise familiale en une société anonyme; seuls actionnaires, ils détenaient chacun un tiers des 750 actions représentant l'ensemble du capital social de 750 000 frs. L'un d'eux, César Fischer, étant décédé,

³⁶ Arrêts du Tribunal supérieur d'Argovie du 12 décembre 1949 et du Tribunal fédéral du 20 mars 1950; aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, 1950, pp. 54 et ss.

³⁷ Jugement du Tribunal de commerce argovien du 24 janvier 1929 dans la cause César Fischer contre AG. J. J. Fischer Söhne; Vierteljahresschrift für aargauische Rechtssprechung, 1929, pp. 155 et ss.

ses deux fils César et Guido Fischer devinrent actionnaires détenant chacun 125 actions.

Le 17 novembre 1923, les deux frères Ernst 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 J. J. Fischer Söhne AG., s'engageaient, pour eux-mêmes et leurs successeurs, pour la durée de 10 ans et sous la menace d'une peine conventionnelle de fr. 10000.—, 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, en outre, que chacun des trois groupes familiaux exercerait comme par le passé son droit de vote au sein de l'assemblée générale, c'est-à-dire en disposant de 250 voix chacun; il était encore précisé que César Fischer voterait pour lui-même et pour son frère Guido jusqu'au moment où ce dernier aurait atteint l'âge de 24 ans.

Lors de l'assemblée générale du 22 août 1928, les représentants des deux groupes de Ernst et de Jules Fischer unirent leurs voix pour majoriser le groupe de César Fischer qui n'obtint aucun représentant au conseil d'administration et fut ainsi écarté de la direction de l'entreprise familiale. César Fischer ouvrit alors action afin d'obtenir l'annulation de cette décision de l'assemblée générale.

Enfin, dans une troisième affaire, qui n'a pas été jugée par les Tribunaux ordinaires, et qui n'a donc pas été publiée³⁸, la convention privée, liant tous les actionnaires

³⁸ Cette affaire a fait l'objet de deux consultations juridiques et d'une sentence arbitrale du 23 janvier 1954 déposée au Greffe du Tribunal supérieur de Zurich.

d'une société anonyme, prévoyait que chacune des deux branches de la famille propriétaire de l'entreprise avait un droit égal de représentation au conseil d'administration.

La société en nom collectif X et Cie. avait été pendant longtemps dirigée par les deux frères Jakob et Gabriel X, seuls associés. En 1949, l'aîné des deux frères décéda, laissant comme héritiers sa veuve, deux fils et une fille.

En avril 1950 les héritiers de Jakob ainsi que Gabriel et son fils Gabriel, qui entre temps, était entré comme associé dans la société, signèrent une convention appelée contrat de fondation (*Gründervertrag*), décidant de transformer la société en nom collectif X et Cie. en une société anonyme.

Celle-ci fut inscrite au registre du commerce. Les 600 actions nominatives, représentant l'ensemble du capital-social entièrement libéré furent réparties par moitié entre les deux groupes familiaux: les héritiers de Jakob détenaient 300 actions et ceux de Gabriel (décédé en 1951) en possédaient également 300.

Selon les statuts constitutifs de la société, ces actions étaient dites «liées» (*vinkulierte Aktien*) en ce sens que leur cession était subordonnée à l'approbation du conseil d'administration; de plus, l'article IV du contrat de fondation conférait aux fondateurs et à leurs héritiers un droit de préemption sur ces actions.

L'article V relatif à «l'application des statuts» prévoyait en outre que chacun des deux groupes avait le droit de se faire représenter, par des hommes capables, au conseil d'administration et dans la direction de l'entreprise. En particulier, il était convenu qu'aussi longtemps que la différence existant entre le nombre des actions appartenant à un groupe et le nombre de celles appartenant à l'autre groupe ne serait pas supérieure à 20% de l'ensemble du capital social, chaque groupe avait un droit de représentation égal à celui de l'autre groupe et que la signature individuelle serait conférée au moins à un représentant de chaque groupe; le président du conseil d'administration devait, à tour de rôle, être choisi pour deux ans parmi les

membres d'un groupe, puis parmi ceux du second groupe. Enfin, cet article V garantissait à certains membres soit la fonction d'administrateur, soit une fonction déterminée dans la gestion de l'affaire, et d'une façon générale, assurait à chaque groupe une influence égale dans la direction de l'entreprise familiale³⁹.

Désirant reprendre sa liberté, le fils de Gabriel X, déclara, par lettre du 21 juin 1952, résilier le contrat de fondation qu'il avait lui-même proposé et signé comme associé de la société en nom collectif et fondateur de la société anonyme.

Enfin, dans l'affaire Wild contre Siber et Wehrli AG. soumise au Tribunal fédéral en 1941, les associés de l'ancienne société en nom collectif Siber et Wehrli avaient signé une convention par laquelle ils décidèrent de créer une société anonyme et fixaient d'avance la répartition entre eux des sièges au conseil d'administration⁴⁰.

10. Dans la conception démocratique de la société anonyme, il est un principe qui a toujours dominé notre droit positif; il appartient à l'assemblée générale des actionnaires, pouvoir suprême de la société, à l'exclusion de tout autre organe social ou personne, de désigner librement les administrateurs et les contrôleurs.

L'article 689 alinéa 1 C.O., en effet, dispose, de manière impérative, que «les actionnaires exercent dans l'assemblée générale les droits qui leur sont conférés, notamment ceux

³⁹ Le préambule du contrat de fondation du 11 avril 1950 précisait que «... Nachdem der erstgenannte Gesellschafter gestorben und dessen Erbengemeinschaft in seine Rechte und Pflichten eingetreten ist, erachten es die Beteiligten als zweckmässig, die bisherige Kollektivgesellschaft in eine Aktiengesellschaft umzuwandeln. Dabei geht ihr gemeinsames Bestreben dahin, die bisherige Familienparität auch in der Aktiengesellschaft in jener Hinsicht absolut zu wahren und zu sichern».

⁴⁰ Pour l'exposé détaillé des faits, nous renvoyons simplement le lecteur à l'arrêt du Tribunal fédéral du 24 juin 1941; ATF 67 II pp. 162 et ss. ou J.T. 1941 I pp. 625 et ss.

qui concernent la désignation des organes» et l'article 698 précise que «l'assemblée générale des actionnaires est le pouvoir suprême de la société. Elle a le droit inaliénable . . . de nommer les administrateurs et les contrôleurs».

Notre droit positif a donc toujours interdit aux statuts de prévoir la nomination des administrateurs par un autre organe ou une autre personne que l'assemblée générale des actionnaires⁴¹: dans un arrêt du 22 septembre 1925, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de rappeler avec force ce principe:

«... Si l'on pouvait enlever à l'assemblée générale la nomination de l'assemblée générale et les autres attributions que lui donne l'article 644 C.O., notamment le droit de voter les statuts et leur modification, il deviendrait possible de la priver pratiquement de sa qualité de pouvoir suprême de la société anonyme...»⁴²

Or, dans de nombreux cas, on doit constater que certains actionnaires ont voulu s'assurer, de manière efficace et durable, le droit de désigner d'avance leurs représentants au conseil d'administration. Comme ils ne pouvaient pas faire inscrire ce droit dans les statuts et qu'ils ne disposaient pas de la majorité absolue dans l'assemblée générale, ces actionnaires d'un genre particulier ont obtenu que les principaux autres actionnaires s'engagent, par un accord privé, que l'on peut appeler convention électorale (*Abstimmungsvertrag*), à élire comme administrateur les personnes qu'ils désigneraient comme leurs représentants à l'administration.

⁴¹ Cependant, certaines lois spéciales prévoient des dérogations à ces principes. Cf. notamment ARMAND BENOIT, *Le représentation de groupes et de minorités d'actionnaires à l'administration des sociétés anonymes*, thèse de Lausanne 1956, pp. 120 et 140 et ss., en particulier note 217, p. 141.

⁴² Arrêt Commune de Bolligen contre Worblenthalbahn AG. ATF 51 II pp. 330 et ss. ou J.T. 1926 I pp. 114 et ss., notamment 119.

Dans les entreprises d'économie mixte⁴³ la corporation de droit public est souvent un actionnaire d'un genre particulier⁴⁴: en participant à la création d'une entreprise d'économie mixte en la forme d'une société anonyme, elle considère comme indispensable de s'assurer une participation suffisante à la direction effective de cette société. Or, si la corporation de droit public jouit d'une influence prépondérante lors de la fondation de la société parce qu'en même temps c'est elle qui accorde la concession, elle ne dispose pas toujours au sein de la société de la majorité absolue des voix; pour s'assurer le droit de désigner elle-même et en toute liberté ses représentants au conseil d'administration, la corporation de droit public doit donc conclure avec les principaux actionnaires privés une convention électorale.

Ainsi, par exemple, par contrat du 24 octobre 1919, la ville de W. et la société Th. AG., en leur qualité de gros actionnaires de la société AG. für die Gasbeleuchtung von B.M., ont convenu de donner à cette société le caractère d'une entreprise d'économie mixte; chacune des parties contractantes devait avoir un nombre égal de représentants au conseil de surveillance (*Aufsichtsrat*) de l'entreprise. Les deux parties contractantes s'engageaient donc réciproquement l'une à l'égard de l'autre, à élire au conseil de surveillance les personnes que désigneraient d'une part le maire de la ville de W. et d'autre part la société Th. AG.; il était prévu, enfin, que pour toute violation de cet accord, la partie contrevenante devrait payer à l'autre un montant de 50000.— RM à titre de clause pénale. La ville de W.

⁴³ Cf. sur ce point le rapport de MM. DÉNÉRÉAZ ET SCHÜRMAN à l'assemblée de la société suisse des juristes de 1953, «Les entreprises d'économie mixte et de droit public organisées selon le droit privé» ZSR 1953, pp. 1 a et ss. et 65 a et ss. Cf. en outre WILLY N. FRICK, *Die Aktiengesellschaft mit besonderem Charakter und ihre Gründungsvoraussetzungen*, thèse de Zurich 1954.

⁴⁴ Cf. JEAN ROSSEL *De l'actionnariat des collectivités publiques (économie mixte, gemischte Wirtschaft)*, Z.B.J.V. 1929, pp. 49 et ss.

ayant dénoncé cet accord par lettre du 24 janvier 1928, le Reichsgericht allemand eut à connaître de cette affaire en 1931⁴⁵.

Cependant, dans la situation actuelle des entreprises d'économie mixte en Suisse, ces conventions électorales ont beaucoup perdu de leur importance pratique. Les corporations de droit public ont aujourd'hui acquis, par exception au principe général de l'article 698 C.O., la faculté de désigner elles-mêmes et en dehors de l'assemblée générale, leurs représentants au sein du conseil d'administration.

L'ancien code ignorait cette exception, s'en tenant strictement au principe général selon lequel seule l'assemblée générale des actionnaires a le droit inaliénable d'élire les administrateurs et les contrôleurs; mais déjà avant 1936, certaines lois spéciales⁴⁶ réglaient de manière particulière l'exercice du droit de vote des actionnaires et la désignation des administrateurs dans certaines entreprises d'économie mixte. Au surplus, la jurisprudence avait aussi, dans des cas particuliers, atténué en faveur des corporations de droit public la rigueur du principe général de l'article 644 ancien C.O.; dans son arrêt Commune de Bolligen contre Worbentalbahn AG., le Tribunal fédéral l'avait déclaré, en 1925 déjà⁴⁷.

Déjà avant la revision de 1936, la pratique a évolué dans un sens favorable aux corporations de droit public dont la position particulière dans les entreprises d'économie mixte était reconnue. En introduisant dans le code la disposition nouvelle de l'article 762, le législateur n'a fait que concrétiser l'évolution de la pratique, dans une règle générale dérogeant au principe de l'article 698 alinéa chiffre 2.

⁴⁵ Arrêt du 14 juin 1931, R.G.Z. volume 133, pp. 190 et ss.

⁴⁶ Cf. notamment la loi fédérale du 28 juin 1895 concernant le droit de vote des actionnaires des compagnies de chemin de fer et la participation de l'Etat à l'administration de ces dernières, la loi fédérale du 22 décembre 1916 sur l'utilisation des forces hydrauliques (article 55) et la loi fédérale du 7 avril 1921 sur la Banque nationale suisse.

⁴⁷ ATF 51 II pp. 330 et ss. ou J.T. 1926 I pp. 114 et ss.

Or, dès le moment où elle a la faculté de faire inscrire dans les statuts son droit de désigner elle-même ses représentants au sein du conseil d'administration, la corporation de droit public n'a plus aucun intérêt à conclure avec les principaux actionnaires une convention électorale, car, malgré tout, une telle convention qui lie seulement les actionnaires mais non pas la société elle-même, ne peut pas offrir à la corporation de droit public les mêmes garanties que la clause statutaire prévue par l'article 762 C. O.

11. Dans la conception classique de la société anonyme, chaque actionnaire exerce, de manière indépendante, les droits sociaux que confèrent la loi et les statuts, et notamment son droit de vote: au sein de l'assemblée générale, chacun défend avant tout ses intérêts personnels dans l'entreprise sociale; après avoir pris les renseignements et entendu les diverses opinions qui s'affrontent dans l'assemblée générale, chaque actionnaire prend sa décision, théoriquement en toute indépendance, et vote selon ce qu'il croit être son intérêt personnel et peut être aussi celui de la société elle-même.

Il en résulte tout naturellement une certaine instabilité dans la conduite des affaires sociales. Un seul actionnaire dispose rarement d'un nombre de voix suffisant pour imposer à lui seul sa volonté personnelle dans les décisions de l'assemblée générale: le plus souvent la majorité absolue ne peut se former que par la réunion des voix de plusieurs gros actionnaires, qui, peut-être indépendamment les uns des autres, jugent que leur intérêt est de voter dans le même sens⁴⁸.

⁴⁸ D'une manière trop abstraite on a souvent dit que l'actionnaire participant à la vie d'une société anonyme ne pouvait pas agir contre l'intérêt commun.

Il a fallu cependant reconnaître que pratiquement l'actionnaire n'a plus cet esprit de collaboration qui caractérise la société de personnes, car il défend d'abord ses intérêts personnels au sein de l'entreprise sociale.

La majorité, condition nécessaire de toute décision de l'assemblée générale, dépend donc essentiellement du hasard; se formant au gré des circonstances et des intérêts personnels des individus qui composent l'assemblée générale, un même actionnaire peut se trouver dans la majorité à l'occasion de telle décision et dans la minorité à l'occasion d'une autre décision de l'assemblée générale.

Or, l'instabilité constitue tout de même un certain danger pour la société: une entreprise commerciale ne peut se développer harmonieusement que dans la mesure où son organisation permet une relative continuité dans la gestion. Son activité économique serait beaucoup gênée, sinon même paralysée, si à tout moment les principes qui régissent la conduite des affaires sociales pouvaient être modifiés à la suite d'un simple changement de majorité.

Pour assurer une bonne gestion de l'entreprise, l'administration doit d'abord jouir d'une certaine stabilité; elle doit pouvoir s'appuyer sur une majorité de voix suffisante au sein de l'assemblée générale et pour cela dans le cadre de l'organisation juridique de la société anonyme elle dispose pratiquement de deux moyens différents.

On sait, en effet, que dans la plupart des sociétés anonymes, il y a toujours de nombreux petits actionnaires qui s'abstiennent de participer aux assemblées générales. Afin de s'assurer la majorité absolue dont elle a besoin pour conserver la direction des affaires sociales, l'administration obtient parfois leurs voix par le moyen de pouvoirs de représentation signés en blanc.

Dans la pratique, l'administration, en adressant à chaque actionnaire la convocation pour la prochaine assemblée générale, l'invite en même temps à lui remettre le pouvoir de représenter ses actions, s'il ne peut pas ou ne veut pas participer lui-même à l'assemblée générale. Parfois même, dans le but d'inciter les actionnaires absents à signer ces pouvoirs en blanc, une commission ou un jeton de présence sont payés à ceux qui renvoient signée en blanc

la formule de pouvoir qui leur est adressée avant l'assemblée générale⁴⁹.

Ainsi, par ce moyen, les administrateurs peuvent disposer librement, soit directement, soit par l'intermédiaire d'hommes de confiance, des voix des actionnaires absents.

Du point de vue juridique, cette pratique est parfaitement licite car la loi autorise expressément les actionnaires à se faire représenter aux assemblées générales soit par n'importe qui, soit en vertu de restrictions statutaires par un autre actionnaire (article 689 alinéa 2 C.O.)⁵⁰.

Cependant il faut reconnaître qu'une telle pratique peut conduire, de la part d'une administration peu consciente de ses responsabilités à des abus que dans certains pays la doctrine et la jurisprudence ont avec raison dénoncés⁵¹. Au surplus les voix que l'administration obtient par représentation des petits actionnaires absents, ne sont pas tou-

⁴⁹ Il faut cependant remarquer que la pratique des pouvoirs en blanc est moins courante en Suisse que dans d'autres pays: les actions sont le plus souvent déposées dans une banque qui, en vertu des conditions générales de dépôt, est autorisée à représenter ses clients aux assemblées générales; ce sont donc les banques qui disposent librement des voix des actionnaires absents.

⁵⁰ Cf. notamment WOLFHART BÜRGI, *Kommentar ad Art. 689 OR*, notes 11 et suivantes, CHARLES NAHRATH, thèse de Berne 1933, pp. 84 et ss.; EDWARD MOSER, thèse de Zurich 1945 pp. 88 et ss. et EUGÉNIE HAGMANN, *Die Vertretung der Aktien in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft*, thèse de Zurich 1951.

⁵¹ «Toutefois, la représentation est, selon nous, une source d'incorrections et ne saurait assurer la participation efficace des absents aux assemblées. Le plus souvent les mandats sont sollicités par les administrateurs de la société. Ils n'ont ni l'intention ni le sentiment d'agir malhonnêtement et pensent servir les intérêts de la société sans s'apercevoir qu'ils violent le principe de la séparation des pouvoirs. Ils négligent souvent le fait que l'assemblée générale détient le pouvoir suprême et que leur devoir est de le laisser s'exercer librement.» LUCIEN LIÈVRE, *La protection des actionnaires dans les sociétés anonymes*, thèse de Paris 1939, p. 129. Cf. en outre ANDRÉ NEUBURGER, *De l'abus de pouvoir dans les sociétés anonymes*, thèse de Paris 1936, pp. 35 et ss. et GUILLAUME CAMERLYNCK, thèse de Paris 1929, pp. 113 et ss.

jours suffisantes pour constituer une majorité stable en sa faveur.

C'est pourquoi les administrateurs cherchent souvent à se maintenir au pouvoir pour une plus ou moins longue période en passant une convention de vote avec les principaux actionnaires ou, du moins, avec certains d'entre eux.

Par cette convention, conclue soit pour une durée indéterminée, soit pour une assez longue période, ces actionnaires s'engagent à exercer, au sein de l'assemblée générale, leur droit de vote conformément aux instructions que leur fait parvenir l'administration avant chaque assemblée générale; n'ayant pas toujours à veiller à satisfaire les vœux de tous les actionnaires pour s'assurer la majorité, les administrateurs jouissent ainsi d'une certaine liberté pour assurer une relative stabilité dans la gestion de l'entreprise.

Cependant, cette liberté n'est pas illimitée: dans la pratique, le pouvoir de l'administration dépend du bon vouloir des actionnaires qui ont toujours la possibilité de voter, malgré leur engagement, contre les instructions reçues. Dans la réalité, l'accord conclu ne pourra subsister que par la collaboration des deux parties contractantes. Une communauté d'intérêts doit nécessairement se créer, car les actionnaires n'hésiteraient probablement pas à violer leur engagement si, de son côté, l'administration abusait de son pouvoir pour leur donner des instructions contraires à leurs propres intérêts et à ceux de la société elle-même; il en résulte que le sort des administrateurs est plus ou moins étroitement lié à celui des actionnaires cocontractants. C'est pourquoi la doctrine moderne qualifie ces accords de syndicats ou de consortiums d'administration (*Verwaltungskonsortium*)⁵².

Ainsi, par exemple, dans une affaire soumise au Reichsgericht allemand, le demandeur avait, par contrat du 21

⁵² Cf. notamment RUDOLF STUBER, *Aktionär-Consortien*, thèse de Zurich, pp. 12 et ss.

juin 1923, pris l'engagement d'exercer son droit de vote conformément aux instructions du conseil de surveillance (*Aufsichtsrat*) et de s'abstenir de tout acte de disposition sur ses actions sans l'autorisation du conseil.

Par la suite, sur proposition du conseil, l'assemblée générale avait décidé la liquidation de la société; le demandeur, dont les voix n'avaient pas été comptées parce qu'il avait voté contre les instructions reçues, attaqua devant les tribunaux ordinaires cette décision de l'assemblée générale⁵³.

12. Les administrateurs ne sont d'ailleurs pas les seuls à conclure des conventions préalables de vote pour s'assurer une majorité stable au sein de l'assemblée générale.

Dans de nombreuses sociétés anonymes, la plupart des actions sont en mains d'un nombre restreint de gros actionnaires qui, tous, ont la prétention de diriger, dans leur propre intérêt (considéré comme identique à l'intérêt de la société) les affaires sociales. Or, aucun d'eux ne pourrait, avec les seuls voix dont il dispose personnellement, conquérir la majorité absolue. Il en résulte parfois même de vives luttes d'influence entre les principaux actionnaires, de sorte que la vie économique de l'entreprise pourrait être paralysée.

Il est dès lors dans l'ordre des choses que des alliances se forment entre gros actionnaires: c'est parfois le seul moyen de constituer, de manière durable, une majorité capable de diriger efficacement l'entreprise: pour atteindre ce but, les actionnaires renoncent souvent à une partie de leur liberté d'action et acceptent de s'unir avec d'autres actionnaires pour former un groupe plus ou moins cohérent, mais disposant au moins de la majorité absolue des voix au sein de l'assemblée générale⁵⁴.

⁵³ Arrêt du Reichsgericht du 10 janvier 1928, R.G.Z. volume 119, pp. 386 et ss.

⁵⁴ Est-il besoin de préciser que les actionnaires peuvent aussi se grouper pour constituer une minorité cohérente avec laquelle la majorité devra compter; parfois, en effet, des actionnaires minori-

Or, ces alliances supposent la conclusion d'un accord préalable entre les divers membres du groupe, c'est-à-dire au moins l'engagement réciproque de ceux-ci d'exercer leurs droits sociaux et tout particulièrement leur droit de vote dans l'intérêt commun, d'une manière uniforme. Nous pouvons donc dire, en d'autres termes, qu'à la base de ces alliances, il y a toujours une convention de vote (*Abstimmungsvertrag*) qui limite le droit de vote non pas de tous les membres de la même société anonyme, mais d'un certain nombre seulement des actionnaires.

Une communauté d'intérêts doit donc se créer entre les membres du groupe que l'on appelle dans la doctrine moderne consortium ou syndicat d'actionnaires (*Aktionärkonsortium*), et qui, selon les circonstances, est plus ou moins organisé.

Parfois, en effet, une entente purement temporaire intervient entre plusieurs actionnaires sur la manière dont devra être résolu un problème particulier soumis à l'assemblée générale. Parfois il est convenu que, d'une façon générale, avant chaque assemblée, les membres du groupe doivent se réunir pour tenter de se mettre d'accord sur la réponse qui sera donnée aux questions faisant l'objet de l'ordre du jour.

Il s'agit encore de simples ententes qui sont à la limite du droit: les actionnaires n'ont pas pris un engagement formel de voter selon des instructions reçues; plus simplement, leur intérêt commun leur commande de voter dans le même sens au sein de l'assemblée générale. Non seulement, les membres de ce groupe n'ont pas voulu se lier par un engagement juridique, mais encore aucune mesure n'est envisagée pour contraindre les actionnaires récalcitrants à voter dans le même sens que leurs consorts.

Ces accords de courtoisie qui groupent les actionnaires

taires s'unissent simplement pour empêcher l'assemblée générale de prendre une décision importante soumise à la majorité qualifiée des deux tiers.

dont les intérêts sont communs, reposent sur la confiance réciproque qui doit régner entre les membres du groupe; ils ne présentent donc pas d'intérêt pour le juriste, dans la mesure où ils n'ont pas de valeur juridique⁵⁵.

Mais, le plus souvent, les actionnaires entendent se lier entre eux par une véritable convention ayant une valeur juridique: non seulement ils se concertent à l'avance pour décider de la position qu'ils devront prendre à l'assemblée générale, mais chacun d'eux prend, vis-à-vis des autres, l'engagement de mettre ses voix à la disposition du groupe. Il s'agit alors, non plus de simples accords de courtoisie sans valeur juridique, mais de véritables associations d'actionnaires organisées en la forme de la société simple.

Il faut tout d'abord remarquer que, pour pouvoir voter de manière uniforme, les actionnaires membres du syndicat doivent recevoir des instructions avant chaque assemblée générale. La convention doit donc préciser comment ces instructions sont établies: dans certains syndicats, chaque question soumise à l'assemblée générale de la société anonyme doit faire l'objet d'une décision prise, soit à l'unanimité, soit à la majorité des membres du syndicat; dans d'autres consortiums, la décision appartient à une seule personne qui peut être soit un étranger à la société, soit un membre du syndicat, jouissant de la confiance de tous les consorts.

Ainsi, par exemple, dans le but de créer une société anonyme danoise, trois citoyens allemands domiciliés à Berlin, avaient signé, le 3 juillet 1931, une convention par laquelle ils s'engageaient réciproquement à exercer en commun leur droit de vote au sein de cette société anonyme danoise; au cas où l'unanimité ne pourrait s'établir, l'actionnaire X. déciderait de la manière dont ils devraient voter. En outre, si l'un des consorts ne pouvait pas participer personnellement à une assemblée générale de la société danoise, il

⁵⁵ Il est parfois difficile de dire s'il s'agit d'un simple accord de courtoisie, sans valeur juridique ou au contraire d'une véritable convention donnant naissance à des droits et des obligations.

devait se faire représenter par un autre membre du syndicat ; enfin, il était encore prévu qu'en cas d'empêchement de tous, leur droit de vote serait exercé par un représentant commun désigné par X.

Par lettre du 12 novembre 1937, Y. ayant déclaré résilier le contrat du 3 juillet 1931, X. ouvrit action pour faire constater par les tribunaux allemands que cette dénonciation était sans effet juridique et que le contrat du 3 juillet restait en vigueur⁵⁶.

En outre, si l'on veut réaliser pratiquement le but du syndicat qui est d'assurer le vote uniforme de tous les actionnaires consorts, il apparaît encore nécessaire de prendre, dans le cadre de la convention constitutive, des mesures de contrainte efficace. Dans tout syndicat il y a toujours un moment où l'un des membres a la tentation de voter contre les instructions reçues parce qu'il les considère comme contraires à ses intérêts personnels. Il s'agit donc de savoir comment dans la réalité de la vie économique on pourra le contraindre à respecter son engagement.

D'une part, il serait relativement facile pour l'un des membres du syndicat de se libérer de ses obligations vis-à-vis du groupe en cédant ses actions à un étranger : dès le moment où on n'est plus actionnaire, on n'a évidemment plus le droit de prendre part à l'assemblée générale de la société, de sorte que l'on n'a plus la possibilité de respecter son engagement ; les voix cédées à un étranger sont dès lors perdues pour le groupe syndicataire.

C'est pourquoi dans la grande majorité des cas, les membres du syndicat d'actionnaires, non seulement s'engagent à voter dans un sens déterminé dans l'assemblée générale, mais encore s'interdisent d'aliéner en dehors du groupe leurs actions sans l'autorisation de leurs coassociés.

Ainsi, par exemple, deux actionnaires d'une société anonyme X, l'un domicilié en Suisse et l'autre à l'étranger,

⁵⁶ Arrêt du Reichsgericht du 17 juin 1939, R.G.Z. volume 161, pp. 296 et ss.

détenant chacun un nombre égal d'actions, disposaient pratiquement à eux seuls de la majorité du capital social et des voix à l'assemblée générale.

Dans le but de pouvoir diriger les affaires sociales, les deux actionnaires A et B conclurent un «Poolvertrag» selon les trois principes suivants: a) les deux parties devaient acquérir de nouvelles actions seulement d'un commun accord et en nombre égal; b) pour toutes les questions importantes intéressant la politique de l'entreprise sociale, les deux parties devaient se concerter pour prendre une décision commune; c) les actions appartenant à chacune des parties étaient soumises à un droit de préemption en faveur de l'autre.

Pendant plusieurs années, A et B observèrent fidèlement ces trois principes, mais, à un certain moment, dans le but d'évincer B de la direction de l'entreprise sociale, l'actionnaire A conclut un accord avec le groupe Z qui détenait une part relativement importante d'actions. La majorité absolue pouvait ainsi être obtenue à l'assemblée générale contre les voix de B, par simple alliance des voix de l'actionnaire A et du groupe Z.

Ayant eu connaissance de cet accord, B protesta auprès de A contre cette violation du «Poolvertrag», conclu quelques années auparavant; de son côté, A contesta l'existence d'un tel contrat et prétendit, à toutes fins utiles, avoir le droit de le dénoncer, pour le cas où son existence serait reconnue⁵⁷.

13. Enfin, la convention électorale (*Abstimmungsvertrag*) constitue un moyen, utilisé parfois, d'agir secrètement sur certaines décisions de la société anonyme, sans avoir à paraître aux assemblées générales.

Il ne faut pas oublier, tout d'abord, qu'en vertu de l'ar-

⁵⁷ Cette affaire n'a pas fait l'objet d'un jugement ou d'une sentence arbitrale, du moins à notre connaissance, mais seulement de plusieurs consultations juridiques tant en Suisse qu'à l'étranger.

ticle 695 C.O. les personnes qui ont coopéré à la gestion des affaires sociales n'ont pas le droit de prendre part aux décisions donnant ou refusant décharge à l'administration.

La tentation serait dès lors grande pour certaines personnes de céder leurs actions à un ou plusieurs hommes de confiance qui, de leur côté, s'engageraient à voter en faveur de la décharge; dans l'ignorance de cet accord, l'assemblée générale des actionnaires autoriserait ces hommes de paille à prendre part au vote de décharge et ainsi la disposition impérative de l'article 695 pourrait être violée par ce moyen détourné de la convention votale.

En outre, l'ancien article 640 C.O. disposait de manière impérative que, par exception au principe majoritaire, un actionnaire ne pouvait pas disposer de plus de 20% des voix dans l'assemblée générale; le nouveau code a abandonné cette disposition, mais l'article 692 alinéa 2 in fine autorise tout de même la société à limiter, dans les statuts, le nombre de voix attribué au porteur de plusieurs actions. Là aussi, la convention électorale constitue un moyen de tourner ces dispositions légales ou statutaires: il serait en effet relativement facile à un actionnaire de céder l'excédent de ses actions à un homme de paille qui, de son côté, prendrait l'engagement de voter conformément à ses instructions.

Il en est de même dans le cadre des restrictions statutaires au principe de la libre transmission des actions: on sait, en effet, que les statuts, en vertu de l'article 686 C.O. peuvent conférer à la société le droit de refuser l'inscription d'un nouvel actionnaire sur le registre des actions nominatives.

Or, il ne serait pas très difficile de tourner cette clause statutaire: au lieu de procéder ouvertement à la cession des actions et de risquer de se voir refuser l'inscription au registre des actions, on peut convenir, par un accord secret, que le cédant restera actionnaire et votera conformément aux instructions du cessionnaire⁵⁸.

⁵⁸ Cf. à titre d'exemple, l'arrêt du Tribunal fédéral du 13 dé-

Dans ces divers cas les parties contractantes ont recours à la conclusion d'une convention électorale secrète pour éluder une disposition légale ou statutaire: l'une d'elles, ne pouvant pas prendre part à l'assemblée générale, doit céder ses actions à un homme de paille qui, de son côté, prend l'engagement de voter selon ses ordres.

Il s'agit donc d'une convention unilatérale: l'obligation n'est pas réciproque; seule, l'une des parties, actionnaire aux yeux de la société, prend l'engagement en faveur de l'autre partie, que la société ignore, à voter selon ses ordres.

Il faut d'ailleurs remarquer que ces conventions unilatérales de vote ne sont pas conclues seulement dans le but de tourner une disposition de la loi ou des statuts, mais dans des buts très variés.

Ainsi, par exemple, une convention de ce genre a été conclue dans les circonstances suivantes: une société anonyme A., ayant rencontré des difficultés financières, avait été contrainte de céder à ferme, ses installations à une entreprise B.; le contrat de bail à ferme avait été conclu le 18 avril 1934 pour la période du 15 avril 1934 à fin 1949, prolongée jusqu'à fin 1953.

Le même jour, 18 avril 1934, 4 actionnaires majoritaires de la société A conclurent une convention avec l'entreprise B lui conférant un droit d'option sur 210 actions au cas où le contrat de bail serait résilié par la société anonyme A ou pour une cause imputable à cette même société. Il était en outre convenu que ces 210 actions seraient déposées, endossées en blanc, entre les mains d'une fiduciaire qui devait recevoir l'ordre du jour de chaque assemblée générale de la société anonyme A.

Le droit de vote sur ces actions devait être exercé par les actionnaires majoritaires pour des affaires ordinaires et par l'entreprise B, en vertu d'un pouvoir général remis à la fiduciaire, pour certaines décisions engageant la vie de la

cembre 1955 dans la cause Daetwyler contre Delta-Werke Zofingen AG.; ATF 81 II pp. 534 et ss., J.T. 1956 I pp. 269 et ss.

société anonyme A comme la décision éventuelle de résilier le contrat de bail. Enfin, les 4 actionnaires majoritaires prenaient l'engagement de procéder à la révision des statuts sur certains points⁵⁹.

CHAPITRE III

LA VALIDITÉ

14. Les accords ne lient pas la société – 15. La convention de vote et la convention de blocage – 16. La nature contractuelle – 17. Le principe de la confiance – 18. Le principe de la liberté contractuelle – 19. Le principe de la liberté de vote

14. On établit en général deux distinctions successives entre les divers droits que la loi et les statuts confèrent à l'actionnaire dans la société anonyme: une première distinction entre les droits pécuniaires (*Vermögensrechte*) et les droits sociaux (*Mitgliedschaftsrechte*), puis une seconde distinction entre ces derniers⁶⁰.

Tout d'abord, par sa mise de fonds, c'est-à-dire par sa participation à la constitution du capital social, l'actionnaire acquiert tout naturellement des droits de nature pécuniaire: droit au paiement du dividende ou d'une part de l'actif social en cas de liquidation de la société, ou encore droit de souscription en cas d'émission d'actions nouvelles.

De nature essentiellement patrimoniale, ce sont de simples créances. La loi ne les considère pas comme inhérents à la qualité de membres de la société anonyme; elle admet qu'ils soient conférés à d'autres personnes que les actionnaires: en vertu de l'article 657 C.O., en effet, les bons de jouissance que l'assemblée générale peut attribuer

⁵⁹ Cette affaire n'a fait l'objet d'aucun jugement.

⁶⁰ C'est pourquoi l'ordre juridique doit définir avec précision les conditions d'acquisition de la qualité de membre de la société anonyme notamment lorsqu'il s'agit d'actions nominatives. Cf. à ce sujet GEORG ASCHWANDEN, *Der Erwerb der Mitgliedschaft bei der Aktiengesellschaft*, thèse Zurich 1955, p. 50.

ne confèrent pas aux porteurs la qualité d'actionnaire mais des créances contre la société.

Il en résulte que, ces droits pécuniaires, le titulaire, actionnaire ou porteur de bons de jouissance, peut en disposer comme de toute créance. C'est pourquoi, les accords conclus au sujet de l'exercice de ces droits ne présentent aucun intérêt particulier pour le juriste.

Mais l'actionnaire n'a pas que des créances de nature patrimoniale, à faire valoir contre la société: il acquiert aussi des prérogatives qu'il exerce au sein de l'organisme social.

Ces droits, de nature sociale (*Mitgliedschaftsrechte*), sont définis comme inhérents à la qualité d'actionnaire. De par leur nature, ils ne peuvent pas être attribués, ni par la loi ni par les statuts, à des personnes étrangères à la corporation. Seul un actionnaire ou un représentant, agissant en son nom et pour son compte, peut les exercer dans le cadre de l'organisation corporative de la société anonyme.

Comme il s'agit de prérogatives inhérentes à la qualité de membre de la société, on ne peut pas en disposer comme de simples créances; en particulier, l'actionnaire n'a pas la faculté d'en céder l'usage.

Et pourtant nombreux sont ceux qui estiment, pour des raisons très variées, avoir intérêt à pouvoir pratiquement céder à autrui l'usage de leurs prérogatives sociales; les exemples que nous avons cités, tirés de la réalité de la vie, le prouvent abondamment.

Or, ce but ne peut être atteint que par un accord conclu en dehors de l'organisation corporative de la société: dans le système actuel, la société anonyme, comme entité juridique indépendante de la personne de ses membres, doit nécessairement rester étrangère aux engagements que peuvent prendre à titre privé certains des actionnaires au sujet de l'exercice de leurs droits sociaux.

Il faut d'ailleurs remarquer qu'en fait la société anonyme, c'est-à-dire ses organes sociaux, sont tenus à l'écart de ces accords. Dans la grande majorité des cas, les parties

comme organes de la société mais chacun à titre individuel et personnel; de tels accords ne sont donc ni la loi ni même une partie des statuts⁶².

En outre, dans la société d'économie mixte, la corporation de droit public obtient, parfois, soit des principaux actionnaires, soit de tous, le droit de désigner elle-même ses représentants au conseil d'administration.

Actuellement, en vertu de l'article 762 C.O. les statuts peuvent conférer ce droit de manière obligatoire pour la société elle-même. Mais, avant la révision, le code ne prévoyait pas d'exception au principe selon lequel le droit de désigner les administrateurs n'appartient qu'à l'assemblée générale des actionnaires.

C'est pourquoi dans un arrêt du 22 septembre 1925, le Tribunal fédéral a déclaré :

«La disposition de l'article 644 al. 3 chiffre 1 C.O. (correspondant à celle de l'article 698 al. 2 du code actuel), d'après laquelle l'assemblée générale possède seule le droit, entre autres, de nommer l'administration, est de caractère impératif. Cela résulte tout d'abord des termes mêmes de la loi. Si elle désigne la nomination du conseil d'administration, ainsi que d'autres actes, comme constituant des attributions exclusivement réservées à l'assemblée générale, cela signifie que les statuts ne peuvent pas confier ces fonctions à un autre organe, sinon elles ne seraient plus des

⁶² Cf. Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, 1950 pp. 54 et ss., notamment 59 et 60.

De son côté, le Tribunal fédéral a déclaré: «Entscheidend ist, daß die Beklagte (la société anonyme) an keinem der beiden Übereinkommen beteiligt war und daß diese auch nicht Bestandteil der Statuten geworden sind. Deren Mißachtung vermag daher wie die Vorinstanz mit Recht angenommen hat, weder die Passivlegitimation der Beklagten noch unmittelbar die Anfechtung des Generalversammlungs-Beschlusses zu begründen». Dans la cause César Fischer contre AG J. J. Fischer Söhne, le Tribunal de Commerce d'Argovie avait adopté les mêmes principes. Cf. jugement du 24 janvier 1929, Vierteljahresschrift für aargauische Rechtsprechung, 1929, pp. 155 et ss., notamment 159 et 160.

attributions exclusivement réservées à l'assemblée, mais simplement des facultés lui appartenant dans la règle... Il n'est donc pas possible d'admettre, d'une manière générale en restant sur le terrain du C.O., que les statuts d'une société anonyme attribuent le droit de nommer l'administration ou certains membres du conseil à un autre organe de la société ou à une corporation étrangère à celle-ci, et une telle disposition statutaire devrait être considérée comme nulle et non avenue. . .»⁶³

Ainsi s'impose une première conclusion juridique qui nous paraît essentielle: lorsqu'un actionnaire, un groupe ou même l'ensemble des actionnaires désirent conclure une convention au sujet de l'exercice de leurs droits sociaux, ils ne peuvent le faire qu'en dehors des statuts, c'est-à-dire en dehors de l'organisation juridique de la société anonyme. Ils ne peuvent se lier que par un accord privé, à titre individuel et personnel.

La société elle-même n'est pas partie contractante, de sorte que l'actionnaire conserve, du point de vue juridique, vis-à-vis de la société, son entière liberté d'action. Les organes sociaux et notamment l'assemblée générale n'ont donc pas à tenir compte des droits et des obligations qui pourraient découler de ces conventions purement privées.

15. Théoriquement n'importe lequel des droits sociaux que la loi ou les statuts confèrent à l'actionnaire, comme membre de la société anonyme, pourrait faire l'objet d'un accord privé. Dans la réalité il faut tout de même constater que ces conventions ne concernent pratiquement que certains d'entre eux.

Une nouvelle distinction doit donc être faite.

En effet, plusieurs de ces droits ont pour objet d'assurer à chaque actionnaire, pris individuellement, la défense de ses intérêts personnels au sein de la société anonyme. Ils

⁶³ Cf. Commune de Bolligen contre Worblenthalbahn, ATF 51 II pp. 130 et ss., J.T. 1926 I pp. 114 et ss., notamment 118 et 119.

contractantes n'ont aucun intérêt à faire paraître au grand jour les conditions de leur accord. Cela est évident lorsqu'il s'agit de tourner une disposition légale ou statutaire, mais cela est vrai aussi lorsque plusieurs actionnaires conviennent, dans le cadre d'un consortium, d'unir leurs voix pour conquérir la majorité absolue à l'assemblée générale, car, pratiquement, de telles alliances ne peuvent être efficaces que dans la mesure où elles restent ignorées des autres actionnaires.

Il est vrai que, parfois, les parties contractantes auraient intérêt à pouvoir conclure leur accord avec la société elle-même, afin d'obliger les organes sociaux et notamment l'assemblée générale, à tenir compte des droits et obligations résultant de cet accord. Tel serait notamment le cas dans la société de famille et dans la société d'économie mixte.

Dans la société de famille, l'engagement lie tous les actionnaires qui n'ont donc rien à se cacher; souvent même, il fait partie intégrante de l'acte constitutif de la société⁶¹.

Or, du point de vue économique, la société représente l'ensemble des actionnaires. La question se pose dès lors de savoir si l'on ne devrait pas assimiler un accord groupant tous les membres 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 obtenir l'annulation des décisions prises en violation des engagements conclus le plus souvent lors de la transformation de leur entreprise en une société anonyme de famille.

Dans son arrêt du 12 décembre 1949, confirmé le 20 mars 1950 par le Tribunal fédéral, le Tribunal supérieur d'Argovie n'a pas admis cet argument; si tous les actionnaires ont signé les conventions de 1930 et de 1944, ils n'ont pas agi

⁶¹ Non pas dans les statuts constitutifs, mais dans l'acte par lequel les associés décident la transformation de leur entreprise individuelle ou de leur société en nom collectif en une société anonyme.

sont de nature plus négative que positive, car le titulaire ne les exerce pas pour assurer le fonctionnement de l'organisme corporatif, mais pour empêcher les organes sociaux de commettre des abus; ainsi notamment le droit de contrôle (articles 696 et 697 C. O.), le droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale (article 706 C. O.) et le droit de demander pour justes motifs la dissolution de la société anonyme (article 736 chiffre 4 C. O.).

De par leur nature, ces prérogatives sont non seulement inhérentes à la qualité de membre, mais encore essentiellement individuelles. En outre, les conditions de leur exercice par l'actionnaire ne dépendent pas de l'organisation juridique de la société anonyme, mais bien plutôt des circonstances concrètes de chaque cas particulier.

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, nous n'avons pu découvrir aucune convention portant sur l'exercice par l'actionnaire de son droit de contrôle⁶⁴, de son droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale ou de son droit de demander la dissolution de la société.

Les autres droits sociaux, au contraire, sont de nature positive, car ils ont pour objet de permettre le fonctionnement de l'organisme social. Pour vivre, la société anonyme a besoin de la participation des actionnaires à la formation

⁶⁴ Il est vrai que, dans certaines sociétés anonymes, il existe des syndicats de contrôle dont le but est de permettre à leurs membres d'exercer un contrôle efficace sur l'administration. Cependant il ne s'agit pas d'accords portant sur l'exercice du droit de contrôle attribué à chaque actionnaire pris isolément; il s'agit ici, comme dans les autres syndicats ou consortiums, d'accords portant sur l'exercice du droit de vote, les syndicataires décidant d'unir leurs voix pour s'assurer au moins un représentant à l'organe de contrôle.

des organes sociaux. C'est pourquoi on a qualifié ces droits de fonctionnels (*Organschaftsrechte*)⁶⁵.

Or, on peut remarquer que, 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. C'est donc en exerçant ces prérogatives dans le cadre de l'organisation juridique de la société que l'actionnaire peut avoir une influence personnelle sur la conduite des affaires sociales (d'où le terme de «Herrschaftsrechte»)⁶⁶.

Le droit de vote (*Stimmrecht*) est évidemment le plus important d'entre eux; c'est en l'exerçant dans l'assemblée générale, c'est-à-dire 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 et les contrôleurs, que l'actionnaire fait vivre l'organisme social.

En outre, malgré l'opinion contraire de Carl Wieland qui le définit comme un droit pécuniaire (*Vermögensrecht*)⁶⁷, nous pensons pouvoir classer dans ce groupe le droit, qui appartient en principe à tout actionnaire, de disposer librement de ses actions⁶⁸.

Il ne faut pas oublier, d'une part, que le principe du libre transfert de l'action est une conséquence nécessaire de l'organisation juridique de la société anonyme, fondée sur la notion de l'intuitus pecuniae. De ce fait, si l'actionnaire ne pouvait pas disposer, plus ou moins librement, de ses actions, c'est-à-dire de sa qualité de membre de la société,

⁶⁵ Cf. JOSEF KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, Berlin 1906, pp. 338 et ss.

⁶⁶ Cf. CARL WIELAND, *Handelsrecht*, volume II pp. 184 et ss.

⁶⁷ Cf. *Handelsrecht* volume II p. 185 et GEORG ASCHWANDEN, thèse de Zurich 1955, p. 16, note 44 et 107.

⁶⁸ La doctrine définit ce droit comme inhérent à la qualité d'actionnaire (*Mitgliedschaftsrecht*).

Cf. WOLFHART BÜRGI, *Vorbemerkungen ad Art. 660–698 OR*, notes 5 et 12; THEO GUHL, *Le nouveau droit des sociétés anonymes et coopératives*, édition française par Albert Comment, p. 32.

l'organisme social ne pourrait pas fonctionner normalement⁶⁹.

D'autre part, n'est-il pas évident que le droit au transfert des actions permet à l'actionnaire d'exercer, de manière peut-être indirecte, mais réelle tout de même, une influence personnelle sur la vie de la société anonyme dont il est membre? On peut modifier, soit en sa faveur, soit en faveur d'un tiers, les rapports de forces existant 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.

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. Or, nous savons que ce but ne peut être atteint dans l'organisation juridique actuelle de la société anonyme que par la conclusion de conventions privées en dehors de celle-ci.

Il nous paraît dès lors naturel que celui qui s'intéresse à la gestion des affaires sociales, conclue des conventions privées portant sur l'exercice, au sein de l'organisme social, des droits qui précisément confèrent à leurs titulaires un pouvoir dans la société anonyme. Par la force même 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 transfert des actions.

16. On définit, en général, la convention votale (*Ab-*

⁶⁹ «La loi autorise donc l'interdiction statutaire absolue de transférer les actions nominatives. Elle se met ainsi en contradiction avec des conceptions qui ailleurs sont généralement considérées comme fondamentales. En effet, pour certains auteurs la transmissibilité de l'action en est l'un des traits essentiels. . . Si une société de droit suisse fait usage de la faculté que lui accorde la loi et interdit absolument la transmission de ses actions, elle perd selon nous l'une des caractéristiques essentielles de la société de capitaux.» P. R. ROSSET, *Les tendances du nouveau droit suisse des sociétés*, Neuchâtel 1939, p. 28.

stimmungsvereinbarung) comme une convention par laquelle une personne s'engage, à l'égard d'une autre ou de plusieurs autres personnes, à exercer son droit de vote à l'assemblée générale des actionnaires d'une manière déterminée à l'avance.

D'autre part, il y a convention de blocage (*Sperrvertrag*) lorsqu'une personne s'engage, en faveur d'autres personnes à ne pas disposer de ses actions sans leur accord (clause dite d'agrément) ou, du moins, sans leur avoir donné, d'abord, la faculté de les acquérir elles-mêmes (clause de préemption).

Il existe donc, entre ces deux conventions, des traits communs essentiels qu'il nous paraît utile de rappeler brièvement.

Ces conventions comportent un engagement juridique d'une personne en faveur d'autres personnes. Or, qui dit engagement juridique, dit, d'une part, obligation juridique et, d'autre part, accord de volontés.

En effet, par une convention de vote ou de blocage l'actionnaire assume à l'égard de ses cocontractants l'obligation soit de voter dans un sens déterminé, soit de ne pas aliéner ses actions. Qu'il engage son droit de vote dans une question particulière ou de manière durable dans toutes les questions qui seront soumises à l'assemblée générale, l'actionnaire se trouve lié par une obligation qu'il devra dans l'avenir exécuter en exerçant son droit de vote conformément à l'engagement pris, c'est-à-dire en accomplissant soit une prestation de faire unique, soit un nombre indéterminé de prestations de faire successives. De plus, lorsqu'il s'interdit d'aliéner ses actions il se lie, pour un temps plus ou moins long, par une obligation de ne pas faire.

Et cette obligation de faire ou de ne pas faire ne découle ni de la loi, ni même d'une clause statutaire⁷⁰: elle repose

⁷⁰ Il est vrai qu'en vertu de l'article 686 C.O. les statuts peuvent limiter le droit de libre disposition des actions. Mais, précisément, il existe une différence essentielle entre cette clause statutaire et la convention de blocage: la première, inscrite dans les statuts, lie,

toujours et nécessairement sur un engagement volontaire d'une personne en faveur d'une autre ou de plusieurs autres personnes, c'est-à-dire sur un accord de volontés.

Or, ni la société elle-même, ni l'un de ses organes n'ont la possibilité de participer à la conclusion de ces accords⁷¹. Il est vrai que parfois, notamment dans les sociétés de famille, tous les actionnaires concluent entre eux une convention votale combinée souvent avec un contrat de blocage, mais il faut tout de même rappeler que l'ensemble des actionnaires, agissant à titre personnel, ne constitue pas la société anonyme.

En vertu du principe de la relativité des conventions, la société anonyme n'est pas liée par ces accord conclus entre actionnaires⁷², agissant à titre personnel et non en leur qualité de membre d'un organe social. Pour elle, la convention votale et le contrat de blocage sont une «res inter alios acta». Dans son arrêt du 12 décembre 1949, confirmé en tous points par le Tribunal fédéral le 20 mars 1950, dans la cause Emil Klipfel contre Aktiengesellschaft E. Klipfel & Co., le Tribunal cantonal d'Argovie a expressément admis ce point de vue⁷³.

vis-à-vis de la société elle-même, tous les actionnaires alors que la convention de blocage ne lie que les actionnaires qui l'ont conclue.

⁷¹ Cf. notamment ARMAND BENOIT, thèse de Lausanne 1956, pp. 138 et 139, et les références citées dans la note 208.

⁷² Il faudrait d'ailleurs remarquer que ces accords ne lient pas nécessairement les seuls actionnaires; il est évident, d'une part, que l'engagement peut être pris en faveur d'une personne étrangère à la société et d'autre part l'obligation peut être assumée par une personne qui, au moment de la conclusion du contrat, ne détiendrait aucune action; ce qui importe, ce n'est pas qu'on soit actionnaire au moment de s'engager, mais c'est qu'on le soit au moment où on doit exécuter la prestation convenue, c'est-à-dire principalement voter à l'assemblée générale dans le sens déterminé à l'avance.

⁷³ «Man müßte daher die Beklagte, um sie zur Vertragspartei zu machen, mit den Aktionären als eins erklären, was vielleicht deshalb nahe läge, weil die Vereinbarungen unter allen Aktionären abgeschlossen wurden, und wirtschaftlich die Aktionäre und die Beklagte weitgehend eins sind. Allein eine solche Identifizierung ist

Une nouvelle conclusion s'impose donc à notre esprit : les accords portant sur l'exercice par l'actionnaire de ses droits sociaux, c'est-à-dire pratiquement les conventions votales ou de blocage, sont de nature purement contractuelle ou obligationnelle (*vertrags- oder schuldrechtlich*); comme tout autre accord de volontés générateur d'obligations ces conventions appartiennent au droit civil, non au droit commercial, c'est-à-dire au droit des obligations non au droit des sociétés.

En Suisse et en Allemagne, la doctrine et la jurisprudence ont toujours de manière unanime insisté sur ce fait, qu'elles considèrent d'ailleurs comme une vérité d'évidence⁷⁴.

Au surplus, même dans les pays où l'on s'est montré hostile aux syndicats d'actionnaires, les auteurs n'ont pas cherché à nier le caractère contractuel de ces accords, parlant de «conventions» et d'«obligations que contractent les actionnaires»⁷⁵.

doch unzulässig. . . Denn verpflichtet hat sich jeder einzelne Gesellschafter als Aktionär und nicht als Organ der Beklagten, und verpflichtet ist jeder persönlich. . .» Cf. Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, 1950 pp. 54 et ss., notamment 60.

⁷⁴ «Vereinbarungen zwischen Aktionären, durch die sie sich gegenseitig verpflichten, bei einer Abstimmung oder allgemein bei der Abstimmung über gewisse Beschlußgegenstände, ihr Stimmrecht in bestimmter Weise auszuüben, sind an und für sich zulässig. Es handelt sich insoweit um rein schuldrechtliche Verpflichtungen der Vertragsschließenden untereinander. . .» Arrêt du Reichsgericht allemand du 11 juin 1931, R.G.Z. vol. 133 pp. 90 et ss., notamment 93. Cf. en outre WOLFHART BÜRGI, ad Art. 692 note 27: «Freiwillige Stimmrechtsbeschränkungen auf Grund vertraglicher Abmachungen haben nicht gesellschaftsrechtlichen, sondern obligationenrechtlichen Charakter. Trotzdem sie sich innerhalb der Gesellschaft oft sehr stark auswirken (Poolverträge), sind sie ausschließlich nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechtes zu beurteilen».

⁷⁵ Cf. notamment JEAN FOYER, Rapport sur les consortiums d'actionnaires en droit français, Recueil de travaux de l'Association Henri Capitant volume X, Paris 1959, pp. 231 et ss., notamment 235.

Mais insistant trop vite sur la nature sociale des prérogatives dont les consortiums organisent l'exercice en commun, ces auteurs français, belges ou italiens ont complètement négligé ce fait que ces conventions appartiennent de par leur essence non pas au droit des sociétés, mais au droit civil, c'est-à-dire à ce que l'on appelle chez nous le droit des obligations.

Et pourtant, une telle conclusion n'est pas seulement inattaquable sur le plan de la logique; elle apparaît comme l'un des faits essentiels dont le juriste doit tenir compte dans la recherche d'une solution aux problèmes juridiques posés par ces accords portant sur l'exercice des droits sociaux de l'actionnaire.

17. De nature contractuelle, la convention votale ou de blocage est donc soumise aux principes généraux du droit des obligations, soit d'abord au principe de la confiance (*Vertrauensprinzip*).

On sait en effet que ce principe domine, de manière qui n'est pas contestée, notre droit contractuel dans les domaines de la formation et de l'interprétation des conventions⁷⁶.

Or, il arrive plus souvent qu'on ne le pense que, lorsque des actionnaires se mettent d'accord pour voter dans le même sens à l'assemblée générale, on se demande s'il s'agit d'un simple accord de courtoisie sans portée juridique ou, au contraire, d'une convention génératrice de droits et d'obligations. Parfois, aussi, un actionnaire déclare à un autre actionnaire qu'il votera dans un sens déterminé à la prochaine assemblée générale; y-a-t-il alors simple assurance (*Zusicherung*) sans portée juridique, ou au contraire engagement obligatoire pour l'auteur de cette déclaration?

⁷⁶ Cf. notamment 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 Genève 1953, et PAUL PIOTET, *La formation du contrat*, Berne 1956.

La question se pose évidemment le plus souvent lorsque l'accord est limité à une question précise soumise à la prochaine assemblée générale, mais elle peut aussi se poser à l'occasion d'accords plus généraux⁷⁷.

Dans ces cas, en somme, l'une des parties n'a pas l'intention de s'engager juridiquement alors que l'autre partie prétend déduire de ses déclarations ou même de son attitude l'existence d'un engagement juridique. En fait, le litige porte donc principalement sur l'un des éléments de la manifestation de volonté, c'est-à-dire sur la volonté de s'engager juridiquement (*Vertragswille*).

A ce sujet nous devons rappeler qu'une partie de la doctrine⁷⁸ et la jurisprudence ancienne du Tribunal fédéral⁷⁹ ont soutenu le point de vue volontariste qu'il y a déclaration de volonté obligatoire (*verbindliche Erklärung*) seulement si elle est faite avec la conscience d'accomplir un acte juridique.

Toutefois, dans ce domaine aussi le principe de la confiance a fini par prévaloir: selon la doctrine dominante⁸⁰ et la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral⁸¹, ni la volonté, ni même la conscience d'accomplir un acte juridique ne sont des éléments nécessaires à l'existence d'une déclaration de volonté au sens de l'article 1 C. O.

Il faut donc admettre que l'actionnaire est lié par une convention de vote ou de blocage et qu'il n'y a pas simple accord de courtoisie, si par ses déclarations ou par son

⁷⁷ Dans l'affaire A contre B que nous avons exposée (voir note 57), la question se posait de savoir si un contrat avait été valablement conclu entre les deux actionnaires de la société anonyme X.

⁷⁸ Cf. notamment BECKER, ad art. 1 OR note 16.

⁷⁹ Cf. en particulier les arrêts Rund contre Schneid du 25 juin 1897 ATF 23 pp. 836 et ss., notamment 840, et Barbezat contre Schenker du 16 juillet 1908, ATF 34 II pp. 523 et ss.

⁸⁰ Cf. ANDREAS VON TUHR, Die Bedeutung des Willens im Zivilrecht, ZSR 1922 pp. 272 et 273, OSER-SCHÖNENBERGER, Vorbemerkungen ad Art. 1-40 OR, note 65 etc.

⁸¹ Cf. l'arrêt Blanchard contre Schmid, Kappeler et Cie. du 28 septembre 1912, ATF 38 II pp. 516 et ss., notamment 520.

attitude il crée l'apparence d'un engagement juridique et que l'autre partie peut, de bonne foi, considérer cet engagement comme ayant une portée juridique.

18. Un autre principe fondamental de notre droit des obligations est, sans aucun doute, celui de la liberté contractuelle – Privatautonomie – conséquence positive du dogme de l'autonomie de la volonté: les parties contractantes ont la faculté non seulement de contracter ou de ne pas contracter, mais encore de fixer librement le contenu et la portée juridique de leurs conventions.

En Suisse, le Tribunal fédéral a dit que «le principe, qui domine le droit privé, de la liberté de contracter est un des principes essentiels du droit contractuel»⁸²; mais ce principe est aussi valable dans les droits étrangers. Ainsi, en France, on peut citer la disposition célèbre de l'article 1134 du code civil et le texte de l'article 37^{bis} du projet relatif aux actes juridiques adopté par la Commission de réforme du code civil dans sa séance du 28 avril 1949⁸³.

Pourtant, cette liberté contractuelle n'est nulle part considérée comme absolue: les parties ne sont libres de fixer le contenu de leur accord que dans les limites de la loi et des bonnes mœurs ou, comme le dit l'article 6 du code civil français, «on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes mœurs».

Les conventions portant sur l'exercice par l'actionnaire

⁸² J.T. 1935 I p. 402 in fine.

⁸³ Interprétant ce texte R. HOUIN, secrétaire de la commission a déclaré: «En principe l'objet est considéré comme l'effet voulu, c'est toujours la volonté des parties qui le fixe. . . Nous admettons ainsi le principe de la liberté contractuelle. . .». Cf. travaux de la Commission de réforme du code civil année 1948-49, pp. 7, 668 et 669. N'est-il pas caractéristique que, dans son rapport général à l'Association Henri Capitant, R. HOUIN n'ait pas parlé de ce principe, pourtant essentiel dans la recherche d'une solution à donner au problème de la validité des conventions de vote ou de blocage?

de ses prérogatives sociales, étant de nature contractuelle, sont évidemment soumises au principe fondamental de l'article 19 C. O.

Pour décider de leur validité, il s'agit donc essentiellement de consulter la loi: s'il existe une disposition impérative interdisant leur conclusion, il faut considérer ces conventions de vote ou de blocage comme nulles; une étude de droit positif paraîtrait dès lors inutile.

Cependant, nous devons constater que notre droit positif suisse n'interdit pas formellement la conclusion de ces conventions: aucune disposition de la loi ne déclare nulles les conventions par lesquelles l'actionnaire s'oblige soit à exercer son droit de vote dans un sens déterminé à l'avance, soit à ne pas disposer librement de ses actions.

Il faut donc admettre, en vertu de la disposition fondamentale de l'article 19 C. O., la validité, du moins en principe, de ces conventions de vote ou de blocage; sur ce point la doctrine⁸⁴ et la jurisprudence sont unanimes.

En particulier, dans un arrêt Daetwyler contre Delta Werke Zofingen AG., du 13 décembre 1955, le Tribunal fédéral a déclaré dans ce sens:

«Le rapport juridique de fiducie entre ces deux sociétés ne se heurtant à aucune interdiction ni à aucun obstacle pour les actions de la société défenderesse, rien ne s'opposait à l'exercice par la Société de banque suisse des droits d'actionnaire selon les instructions du fiduciaire. Car en

⁸⁴ Cf. notamment SIEGWART, *Einleitung zur AG*, note 300; FRITZ VON STEIGER, *Legitimationsübertragung, Abstimmungsvereinbarungen und Stimmenkauf im Aktienrecht S.A.G. 1941–1942* pp. 14 et ss. et *Recueil des Travaux de l'Association Henri Capitant*, volume X, Paris 1959, pp. 275 et 276; PETER JÄGGI, *Ungelöste Fragen des Aktienrechts, S.A.G. 1958* pp. 57 et ss., notamment 67; CHARLES NAHRAT, *Das Stimmrecht des Aktionärs nach schweizerischem Recht*, thèse de Berne 1933, p. 103; EDWARD MOSER, *Die Ausübung des Aktienstimmrechts*, thèse de Zurich 1945, p. 74; RUDOLF STUBER, *Aktionär-Consortien*, thèse de Zurich 1944, p. 92.

l'absence d'un accord contraire à la loi ou aux statuts, chacun est libre d'agir suivant les désirs d'un tiers»⁸⁵.

En Allemagne, la situation juridique était identique, avec cette seule réserve que l'achat de voix (*Stimmenkauf*) était interdit par le § 317 du code de commerce et par le § 299 de la loi sur les sociétés anonymes de 1937. Le Reichsgericht, puis le Bundesgerichtshof, ont eu souvent l'occasion de soutenir le point de vue de la validité des conventions votales (*Abstimmungsvereinbarungen*)⁸⁶.

Cependant, une certaine hostilité s'est manifestée récemment contre ce principe: dans le but de protéger les intérêts des actionnaires contre la toute puissance de l'administration, le § 127 alinéa 3 du projet de réforme de la loi sur les sociétés anonymes, publié le 7 octobre 1958 par le Ministère allemand de la Justice, propose de déclarer nuls les contrats par lesquels des actionnaires s'engagent à voter selon les instructions ou pour les propositions de l'administration⁸⁷.

Par cette nouvelle disposition, les auteurs du projet de réforme ont voulu empêcher l'administration de s'assurer des votes favorables de l'assemblée générale en donnant

⁸⁵ ATF 81 II pp. 534 et ss., J.T. 1956 I pp. 269 et ss., notamment 274.

⁸⁶ Cf. notamment un arrêt du 11 juin 1931: «Vereinbarungen zwischen Aktionären, durch welche sie sich gegenseitig verpflichten, bei einer Abstimmung oder allgemein bei der Abstimmung über gewisse Beschlußgegenstände ihr Stimmrecht in bestimmter Weise auszuüben, sind an und für sich zulässig». R.G.Z. volume 133 pp. 90 et ss., notamment 93.

⁸⁷ «Ein Vertrag, durch den sich ein Aktionär verpflichtet, nach Weisung der Gesellschaft, des Vorstands oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft oder eines Mitglieds des Vorstands der Gesellschaft oder nach Weisung eines abhängigen Unternehmens das Stimmrecht auszuüben, ist nichtig; ebenso ist ein Vertrag nichtig, durch den sich ein Aktionär gegenüber der Gesellschaft, einem abhängigen Unternehmen oder einem Vorstandsmitglied der Gesellschaft verpflichtet, für die Vorschläge des Vorstands oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft zu stimmen.» Cf. Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Cologne 1958, p. 61.

des instructions impératives à certains actionnaires, liés à elle par des accords contractuels⁸⁸.

Nous pensons devoir rapprocher cette disposition du § 127 d'autres dispositions nouvelles du projet qui poursuivent toutes le même but.

Il faut remarquer d'une part que le § 129 régleme, de manière beaucoup plus rigoureuse qu'auparavant, le droit de vote qu'exercent, dans de nombreuses sociétés allemandes, dans un but personnel et égoïste, les banques ou autres institutions de crédit en vertu de procurations qu'elles obtiennent de leurs clients, membres de ces sociétés. D'autre part, sans aller jusqu'à interdire tout accord entre sociétés sous la forme d'un Konzern, le projet de réforme cherche tout de même à assurer une meilleure protection des intérêts des actionnaires minoritaires, lésés par ces accords conclus le plus souvent à leur insu par une administration dévouée aux intérêts des gros actionnaires⁸⁹.

⁸⁸ « In Absatz 3 regelt der Entwurf das Stimmrecht der sogenannten gebundenen Aktien. Die Vorschrift ist neu. Sie soll verhindern, daß die Verwaltung der Gesellschaft ein ihr genehmes Abstimmungsergebnis dadurch herbeiführen kann, daß sie Weisungen für die Ausübung des Stimmrechts gibt, die für den Aktionär auf Grund vertraglicher Abmachungen bindend sind.» Cf. Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Cologne 1958, p. 281.

⁸⁹ Il est évident que les actionnaires majoritaires, par le moyen d'un consortium de majorité, peuvent parfois imposer à la société anonyme la conclusion avec d'autres entreprises, d'accords sous la forme d'un Konzern, ou même donner à la société anonyme la forme d'une holding.

Malgré l'intérêt pratique et théorique de ces problèmes, nous ne pouvons pas les traiter dans le cadre impérativement limité de notre étude.

Voir au sujet des Konzerns: HEINRICH FRIEDLÄNDER, Konzernrecht, 2^e édition, Berlin-Francfort, 1954; PHILIPP FRANKENBERG, Die Konzernmäßige Abhängigkeit, thèse de Zurich 1937; HANS MAURER, Das Persönlichkeitsrecht der juristischen Person beim Konzern und Kartell, thèse de Zurich 1953. Cf. en outre, Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Cologne 1958, pp. 136 et ss. 385 et ss. Voir au sujet des Holdings: WERNER VON STEIGER, Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz,

L'une des tendances caractéristiques du projet allemand semble être de lutter contre les diverses formes d'abus ou de détournements de pouvoir à des fins personnelles. En cela, elle s'intègre dans le courant général du droit moderne en vue d'une protection, toujours plus équitable et efficace, des droits de la minorité contre la toute puissance de l'administration et des gros actionnaires.

La question se pose donc maintenant de savoir si, suivant l'exemple des pays voisins, il ne conviendrait pas de revoir la position de notre droit suisse notamment, en ce qui concerne les conventions portant sur l'exercice par l'actionnaire de ses prérogatives sociales.

Il faut reconnaître que ceux qui ont recours à ce moyen un peu particulier de la convention de vote, et, subsidiairement, de la convention de blocage, n'agissent pas toujours dans un sentiment désintéressé. Il est dans la nature de l'homme de défendre en premier lieu ses intérêts personnels au sein de tout groupement. Dès lors, si plusieurs actionnaires décident d'unir leurs voix pour conquérir la majorité absolue à l'assemblée générale, ce n'est pas nécessairement pour sauvegarder les intérêts des autres actionnaires, mais plutôt pour pouvoir, de manière durable, imposer à la société la réalisation de buts personnels et égoïstes.

L'accord préalable de vote, notamment lorsqu'il est conclu dans le cadre d'un syndicat majoritaire, peut être un instrument de combat d'autant plus redoutable qu'il est le plus souvent ignoré de la grande masse des actionnaires. Comme l'a remarqué avec raison JEAN FOYER, «il est bien clair qu'une majorité cimentée par un accord préalable, assurée de la permanence, est beaucoup plus libre de ses mouvements qu'une majorité d'occasion. Tout homme qui a du pouvoir est tenté d'en abuser. Le consor-

ZSR 1943, pp. 195a et ss.; GEORGES CAPITAINE, Le statut des sociétés holdings en Suisse, ZSR 1943, pp. 1a et ss.

tium de majorité menace les actionnaires qui sont demeurés en dehors de la coalition»⁹⁰.

Faudrait-il dès lors modifier la solution de notre droit positif et, à l'exemple du législateur allemand, proposer «de lege ferenda», l'interdiction légale générale de tout accord préalable sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire ou, du moins, de certains d'entre eux ?

Nous ne le pensons pas.

Il importe, tout d'abord, de remarquer que ces conventions de vote n'ont pas toujours pour effet de léser les intérêts de la société et des actionnaires minoritaires. Au contraire, de nombreux accords, combinés souvent avec un contrat de blocage, ont précisément pour but de défendre l'entreprise sociale et tous les actionnaires de la société contre l'ingérence d'étrangers, considérés comme indésirables⁹¹.

Pratiquement, il serait très difficile d'établir, dans le cadre abstrait d'une disposition légale, un critère de distinction valable entre les bonnes et les mauvaises conventions, entre celles que l'on peut déclarer valables et celles que l'on devrait interdire.

Au surplus, une intervention législative pour interdire les accords portant atteinte aux intérêts de la société et aux

⁹⁰ Rapport sur les consortiums d'actionnaires en droit français, Recueil des Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris 1959, volume X, p. 233.

⁹¹ N'est-il pas caractéristique de constater que la jurisprudence française pourtant d'instinct hostile à ces accords préalables sur le droit de vote de l'actionnaire a parfois admis la validité de ces accords, précisément lorsqu'ils avaient été conclus dans l'intérêt de la société. Cf. notamment l'arrêt du Tribunal de commerce de la Seine du 11 janvier 1938 dans l'affaire du journal l'Oeuvre (Journal des Sociétés 1938, p. 301) cité par JEAN FOYER dans son rapport. . . «Le Tribunal . . . relevait que des consultations préalables à l'assemblée étaient favorables à la bonne marche des affaires sociales. . .» Recueil des Travaux de l'Association Henri Capitant, volume X, Paris 1959, p. 239.

droits de la minorité nous paraît de toute façon superflue dans l'état actuel de notre droit⁹².

Il ne faut pas oublier, en effet, que la majorité ne jouit pas d'un pouvoir absolu au sein de l'assemblée générale ou même d'une façon plus générale, dans le cadre de l'organisme social. Elle ne peut imposer sa volonté à la minorité que jusqu'à certaines limites que la loi et plus encore la jurisprudence se sont efforcées de tracer.

L'actionnaire minoritaire lésé par une décision imposée par la majorité dispose déjà, dans l'état actuel de notre droit, de moyens suffisants pour se défendre contre les abus de la majorité : ces moyens découlent directement de la notion des droits acquis de l'actionnaire et des droits de la minorité. Peu lui importe dès lors que cette décision soit la conséquence d'une convention de vote ; il a intérêt, non à faire prononcer la nullité de cette convention à laquelle il n'est d'ailleurs pas partie, mais à faire annuler la décision elle-même, en vertu de l'article 706 C.O.

Enfin, il est permis de douter sérieusement de l'efficacité pratique d'une interdiction légale qui frapperait de nullité les accords préalables de vote dans la mesure où ils porteraient atteinte aux droits de la minorité.

Il est évident que ceux qui ont participé à ces accords afin de pouvoir imposer, de manière durable, la réalisation de buts personnels et égoïstes, n'ont aucun intérêt à demander l'annulation de ces accords dont ils profitent. De leur côté, les autres actionnaires contre lesquels ces coalitions se sont formées, n'ont pas la possibilité de faire prononcer la nullité de ces accords car, dans la très grande majorité des cas, ils en ignorent l'existence ou, du moins, ne

⁹² Il faut préciser que, pour le moment, nous n'envisageons le problème de la validité de ces accords préalables que du point de vue des droits de la minorité ; il s'agit non pas de protéger l'actionnaire lié contre lui-même mais de défendre les intérêts des autres actionnaires qui pourraient être lésés par ces accords.

disposent pas des moyens de preuves nécessaires pour les établir devant le juge⁹³.

Une nouvelle conclusion s'impose donc à notre esprit: dans l'état actuel de la législation suisse, aucune disposition n'interdit expressément la conclusion des conventions de vote ou de blocage.

En outre, même dans le but d'assurer la défense des intérêts des actionnaires menacés par ces accords il ne paraît pas opportun de proposer, de lege ferenda, l'adoption, dans le code ou dans une loi spéciale, d'un principe de nullité⁹⁴.

19. Cependant, pour admettre la validité de ces accords préalables, il ne suffit pas de constater que la loi ne déclare pas expressément les frapper de nullité. Un acte viole la loi et par conséquent est illicite en vertu de l'article 20 C.O., non seulement lorsqu'il est contraire à une disposition expresse de la loi, mais aussi quand il porte atteinte à un principe général et non écrit du droit.

Il faut donc se demander maintenant si les conventions de vote ou de blocage ne violent pas, par leurs effets juridiques, l'un des principes fondamentaux mais non écrits du droit des sociétés, celui du libre exercice par l'actionnaire de ses prérogatives sociales, c'est-à-dire avant tout le principe de la liberté de vote.

⁹³ Le § 127 al. 3 in fine du projet de réforme allemand propose de déclarer nul le vote émis à l'assemblée générale par les actionnaires dans la mesure où il serait conforme aux instructions de l'administration. Mais précisément cette disposition nous paraît destinée à rester lettre morte, car la preuve de l'existence de cet engagement préalable de l'actionnaire ne pourra pas être rapportée par celui qui aurait intérêt à en demander l'annulation!

⁹⁴ Il est significatif de constater que, dans la doctrine suisse, aucun auteur n'a jugé utile de formuler une telle proposition. Au contraire, PETER JÄGGI s'est prononcé pour la validité de ces accords (Ungelöste Fragen des Aktienrechts S.A.G. 1958 pp. 57 et ss., notamment 67), de même que WALTER SCHLUEP (thèse St-Gall, p. 139).

Dans le cadre de ses attributions légales ou statutaires, l'assemblée générale des actionnaires doit prendre ses décisions en toute liberté; théoriquement du moins, elle n'a pas d'ordres à recevoir d'un autre organe social ou d'une personne étrangère à la société, sinon comme l'a remarqué le Tribunal fédéral⁹⁵, elle ne serait plus le pouvoir suprême de la société anonyme⁹⁶ au sens de l'article 698 C.O.⁹⁷.

Tout naturellement il en résulte qu'en sa qualité de membre de l'organe suprême de la société, l'actionnaire doit, lui aussi, pouvoir exercer en toute indépendance son droit de vote au sein de l'assemblée.

⁹⁵ Arrêt Commune de Bolligen contre Worblenthalbahn AG du 22 septembre 1925, ATF 51 II pp. 330 et ss. J.T. 1926 I pp. 114 et ss., notamment 119.

⁹⁶ Il n'est pas nécessaire de prendre position dans la controverse qui existe, en doctrine, entre la thèse de l'omnipotence de l'assemblée générale et celle de la parité de l'assemblée générale et de l'administration. Voir à ce sujet ROGER SECRÉTAN, L'assemblée générale, pouvoir suprême de la société anonyme? S.A.G. 1958-59 pp. 153 et ss., ARMAND BENOIT, thèse de Lausanne 1956, pp. 115 et ss.

⁹⁷ Il faut remarquer en outre que dans un arrêt S. et consorts contre Société anonyme X du 19 mars 1946, le Tribunal fédéral a expliqué la règle de l'article 659 alinéa 1 C.O. par l'idée qu'en acquérant ses propres actions la société anonyme pourrait, par ses organes exercer à l'assemblée générale une influence inadmissible sur la répartition des voix. «L'idée protectrice qui est à sa base a une portée générale. La liberté de décision de l'assemblée générale doit être assurée même là où le législateur, dans l'intérêt des rapports internes ou des nécessités commerciales de la société, a prévu des exceptions à la défense d'acquérir ses actions ou lorsque la société a acquis ses propres actions au mépris de la défense légale. C'est en effet à l'assemblée générale que les actionnaires exercent leurs droits souverains; c'est uniquement là que doit se décider le sort de la société. Aucune contrainte, ni aucune instruction ne doit venir d'en haut pour contribuer directement ou indirectement à la formation de la volonté de l'assemblée. Or ces principes élémentaires du droit des sociétés anonymes ne peuvent être sauvegardés qu'en proscrivant toute possibilité d'éluder la défense légale. . . » ATF 72 II pp. 275 et ss., J.T. 1947 I pp. 167 et ss., notamment 173.

En outre, avant d'émettre son vote, l'actionnaire doit nécessairement avoir la possibilité de se faire une opinion personnelle et objective sur la valeur de chacune des propositions soumises à l'assemblée générale. Si l'on veut que l'actionnaire exerce librement son droit de vote, il faut donc encore lui donner la possibilité de se renseigner sur les données des problèmes qu'il est appelé à résoudre comme membre de l'assemblée générale.

Dans un sens large, le droit de vote, qui appartient à tout actionnaire en sa qualité de membre de la société anonyme, ne comprend pas seulement la faculté de participer aux votations ou élections, mais encore d'autres prérogatives, d'ordre secondaire, et pourtant nécessaires à l'exercice régulier de ce droit de vote: ce sont tout d'abord le droit de participer à l'assemblée générale (*das Recht auf die Teilnahme an der Generalversammlung*) prévu par la disposition impérative de l'article 689 C.O., puis le droit de prendre part à la discussion qui, au sein de l'assemblée générale, précède le vote (*das Debattenrecht*), de poser des questions, d'entendre les rapports et les arguments développés par les autres actionnaires, comme aussi le droit de formuler des contrepropositions ou des propositions nouvelles (*Antragsrecht*) et, enfin, le droit prévu aux articles 696 et 697 C.O. de prendre, soit avant, soit pendant l'assemblée, les renseignements nécessaires à la décision que l'actionnaire est appelé à prendre (*Bekanntgaberecht, Auskunftsrecht*)⁹⁸.

Il paraît dès lors évident que, dans la conception actuelle du législateur, l'actionnaire ne peut pas, du moins théoriquement, prendre une position définitive au sujet des questions soumises au vote de l'assemblée générale avant

⁹⁸ La doctrine définit ces diverses prérogatives qui appartiennent à l'actionnaire pour lui permettre d'exercer son droit de vote au sein de l'assemblée générale, comme des droits acquis au sens de l'article 646 C.O., c'est-à-dire comme des droits que ni les statuts, ni même l'assemblée générale ne peuvent supprimer ou limiter. Voir à ce sujet WALTER RENÉ SCHLUEP, *Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs*, thèse de Saint-Gall 1955, pp. 147 et ss.

d'avoir participé à la discussion qui doit normalement précéder toute votation ou élection. Arrêter définitivement sa décision avant la séance serait préjuger, méconnaître inutilement certains éléments essentiels des problèmes posés⁹⁹.

Or, c'est précisément ce que fait l'actionnaire lié par une convention préalable de vote: en prenant d'avance l'engagement de voter dans un sens déterminé, il renonce non seulement à sa liberté de vote mais aussi à des prérogatives sociales dont la loi lui garantit le libre exercice.

La question se pose dès lors de savoir si une telle renonciation est licite. Ne doit-on pas protéger l'actionnaire contre lui-même, en frappant de nullité les conventions préalables de vote comme contraires au principe fondamental de la liberté de vote?

Nous devons reconnaître que, particulièrement en France et en Belgique, la doctrine, sensible à cet argument de la liberté de vote de l'actionnaire, s'est toujours montrée hostile aux engagements pris d'avance de voter dans un sens déterminé comme aussi aux conventions par lesquelles les actionnaires ont confié à l'administration, à des coactionnaires, même à des étrangers, le mandat permanent d'exercer à leur place leur droit de vote. Les auteurs français et belges font en général remarquer que ces conventions ont pour conséquence la cession du droit de vote qui, par nature, est

⁹⁹ Il est vrai que dans la pratique, dans de nombreuses sociétés, la discussion précédant le vote de l'assemblée générale se réduit à une simple formalité, les positions des actionnaires étant prises dès avant l'assemblée générale. «Tout le monde sait comment se passe une assemblée générale: le conseil et les commissaires font leur rapport; quelques actionnaires ont parfois le mauvais goût de se livrer à des critiques; le conseil, fort de son droit . . . et de sa majorité, les écoute avec une ironique bienveillance; si ces critiques se font trop longues, il se trouve toujours quelques actionnaires partisans du conseil, pour s'écrier: «Aux voix, aux voix». On passe au vote. . .» GUILLAUME CAMERLYNCK, *De l'intuitus personae dans la société anonyme*, thèse de Paris 1929, p. 120.

inhérent à la qualité de membre de la société anonyme et partant doit être incessible¹⁰⁰.

Et pourtant, même dans ces pays, la jurisprudence n'a jamais adopté un principe absolu de nullité. Appelés à résoudre des problèmes concrets, les juges ne peuvent pas se contenter de solutions trop abstraites; leur position doit être plus nuancée que celle de la doctrine.

C'est pourquoi les juges français et belges ont établi une distinction entre les conventions qui laissent plus ou moins intacte la liberté de vote de l'actionnaire et celles qui, au contraire, portaient une atteinte jugée excessive à cette liberté.

En conséquence la jurisprudence aussi bien en France qu'en Belgique, frappe en général de nullité l'engagement pris, pour un temps déterminé, de voter sur toutes les questions qui seront soumises aux assemblées dans le sens qui aura été arrêté par la majorité au sein du groupe d'actionnaires, comme aussi le mandat de vote, lorsqu'il est irrévocable¹⁰¹.

En revanche, elle a souvent déclaré valables non seulement l'engagement de voter dans un sens déterminé s'il est limité dans le temps et à une ou plusieurs questions précises¹⁰², mais aussi l'engagement de voter sur toutes ques-

¹⁰⁰ «La jurisprudence et la doctrine admettent de plus en plus le caractère social, fonctionnel du droit de vote. Il n'est pas accordé à l'actionnaire, tant dans son intérêt personnel que pour assurer le bon fonctionnement de la société. Cette fonction qui lui est conférée en sa qualité d'actionnaire parce que sa mise constitue une garantie, n'est pas un droit subjectif dont il peut disposer. . . GUILLAUME CAMERLYNCK, thèse p. 127.

¹⁰¹ Voir notamment un arrêt de la Cour de Liège du 20 février 1940 cité par PIERRE COPPENS, Rapport sur les consortiums d'actionnaires en droit belge, Recueil des travaux de l'Association Henri Capitant volume X, Paris 1959, p. 256. Cf. aussi GUILLAUME CAMERLYNCK, thèse p. 130.

¹⁰² «En pareil cas on ne peut dire qu'il y ait de la part de l'actionnaire une abdication de sa volonté; en réalité son vote demeure libre, il ne fait que s'exprimer par anticipation en connaissance de

tions soumises aux assemblées dans un sens qui sera décidé à l'unanimité de tous les membres du groupe syndicalaire¹⁰³.

Il est ainsi démontré que, dans la pratique, l'application du principe de la liberté de vote n'a pas nécessairement pour conséquence l'adoption d'un principe de nullité. En particulier, il semble impossible d'exiger que l'actionnaire demeure libre de sa décision jusqu'au moment du vote; il doit pouvoir fixer, de manière définitive le sens de son vote avant l'assemblée à la condition de le faire librement et en connaissance de cause.

Comme le remarque JEAN FOYER, cette solution est, somme toute, assez raisonnable du point de vue pratique. «Certes l'actionnaire qui contracte de pareils engagements se détermine et se lie avant l'assemblée générale. Il ne conserve point jusqu'à l'instant du scrutin la liberté de voter blanc ou bleu. Mais on ne saurait dire que cette conséquence soit bien grave. Les discussions au sein des assemblées générales se réduisent d'ordinaire à si peu de chose que ce n'est point d'elles que jaillit la lumière...»¹⁰⁴.

Il faut même aller plus loin dans la voie tracée par la jurisprudence en faveur de ces conventions de vote.

Il est temps, en effet, de rappeler un fait essentiel que, pourtant, la doctrine et même la jurisprudence, en France et en Belgique ont complètement passé sous silence, à savoir le caractère essentiellement contractuel de ces conventions votales.

cause. . .» Note CORDONNIER, sous jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 9 décembre 1920, *Journal des sociétés* 1924 pp. 516 et ss.

¹⁰³ Dans ce cas l'actionnaire conserve son indépendance car, dans la mesure où il n'accepte pas de voter dans le sens proposé au sein du groupe syndicalaire, il n'est pas lié, la condition de l'unanimité faisant précisément défaut.

¹⁰⁴ Rapport sur les consortiums d'actionnaires en droit français, *Recueil des Travaux de l'Association Henri Capitant*, volume X, Paris 1959, p. 242.

L'engagement qu'il prend de voter dans un sens déterminé ne lie pas l'actionnaire dans le cadre social, à l'égard de la société ou de l'assemblée générale; l'actionnaire lié n'assume qu'une obligation personnelle vis-à-vis de son cocontractant¹⁰⁵.

A l'assemblée générale, comme tout autre membre de la société, l'actionnaire lié exerce donc en toute liberté ses prérogatives sociales, et en particulier son droit de vote. Pratiquement, ni l'assemblée générale, ni même le cocontractant n'ont le pouvoir de le contraindre à voter dans un sens déterminé; l'actionnaire a la possibilité de voter contrairement à son engagement. Il s'expose simplement aux conséquences juridiques de l'inexécution d'une obligation contractuelle qu'il a assumée.

En outre, l'actionnaire lié conserve intacts le droit de participer (ou de ne pas participer) à l'assemblée générale, le droit de prendre part librement à la discussion, de poser des questions, de soutenir un point de vue contraire aux instructions reçues de son cocontractant et le droit de prendre tous les renseignements qu'il juge nécessaires à la formation de sa décision. Il a donc comme tous les autres, la possibilité de prendre sa décision définitive au moment du scrutin, en pleine connaissance de tous les éléments de la question soumise à l'assemblée générale, et en toute indépendance. Dans la formation de sa décision, il doit nécessairement apprécier la situation dans son ensemble et l'engagement qu'il a pris de voter dans un sens déterminé ne constitue qu'un des éléments du problème.

L'actionnaire lié pourra ainsi, après avoir pesé le pour et

¹⁰⁵ Nous croyons utile de remarquer que, même en France les tribunaux, en particulier la Cour de Paris dans un arrêt du 13 juillet 1948 et la Cour de Cassation dans un arrêt du 21 février 1949, ont précisément tiré argument de cette constatation pour défendre un point de vue de validité. En revanche, la doctrine a passé à côté de cet argument qu'elle semble n'avoir même pas compris ou qu'elle a jugé trop subtil. Cf. Recueil des Travaux de l'Association Henri Capitant, volume X, Paris 1959, pp. 210, 239 et 242.

le contre, arriver à la conclusion que son intérêt lui commande de sacrifier certains intérêts personnels pour respecter son engagement; parfois, au contraire, estimant que le scrutin met en cause des intérêts personnels qu'il juge essentiels, il préfère violer son engagement, voter dans un sens divergent et s'exposer, de ce fait, aux conséquences de l'inexécution de l'obligation qu'il a contractée vis-à-vis de son cocontractant.

En somme, ce qui nous paraît condamnable, ce n'est pas en soi l'engagement que l'actionnaire prend d'avance de voter dans un sens déterminé; ce sont bien plutôt les mesures pratiques que les parties contractantes envisagent dans de nombreuses conventions votales pour assurer le respect de l'engagement pris. Certaines de ces conventions prévoient, en cas de violation de l'accord, c'est-à-dire en cas de vote divergeant, le paiement d'une peine conventionnelle suffisamment élevée pour obliger pratiquement les actionnaires liés à respecter leur engagement. D'autres conventions, allant même plus loin, obligent les actionnaires syndicaux à déposer leurs actions entre les mains d'un homme de confiance qui, soit en vertu d'un mandat permanent de vote¹⁰⁶, soit en vertu d'un contrat de fiducie¹⁰⁷,

¹⁰⁶ Théoriquement le mandataire agit au nom et pour le compte de l'actionnaire qu'il représente à l'assemblée générale. Il a l'obligation de suivre les instructions de son mandant ou, du moins, d'agir dans son intérêt. Cependant, dans la pratique, l'actionnaire mandant court le risque de voir son représentant voter dans un sens contraire à ses intérêts et il n'a même pas la faculté de donner un mandat impératif. Cf. EDWARD MOSER, *Die Ausübung des Aktienstimmrechts*, thèse de Zurich 1945, p. 94.

¹⁰⁷ Dans un arrêt *S. et consorts contre Société anonyme X* du 19 mars 1946, le Tribunal fédéral a dit que le fiduciaire, envers les tiers et la société anonyme, dispose librement et complètement des droits attachés aux actions cédées à titre fiduciaire et notamment du droit de vote. En outre, il a déclaré en principe admissible, d'après l'article 691, le transfert d'actions simplement en vue d'exercer le droit de vote à l'assemblée générale, c'est-à-dire la cession dite de légitimation». ATF 72 II pp. 275 et ss., 1947 I pp. 167 et ss., notamment 172.

exercera le droit de vote attaché à ces actions à la place du véritable propriétaire.

Il faut bien reconnaître que, dans ces conditions, l'actionnaire lié abdique, en fait sinon en droit, une partie de sa liberté de vote. Théoriquement, il a toujours la possibilité de violer son engagement ou de révoquer le mandat, mais en ce faisant, il s'expose à des conséquences très graves pour lui, si graves que pratiquement, dans la plupart des cas, il aura intérêt à respecter son engagement.

La décision que prend l'actionnaire avant chaque scrutin de l'assemblée générale n'est donc plus tout à fait libre: malgré tout, cette décision et par la suite le vote qui en est la conséquence sont, de manière plus ou moins décisive, influencés par la crainte des conséquences possibles de l'inexécution de l'obligation contractée par l'actionnaire lié.

Cependant, en acceptant, pour un temps plus ou moins long, de limiter, sinon en droit, du moins en fait, sa liberté de décision et de vote au sein de l'assemblée générale, celui qui prend l'engagement de voter dans un sens déterminé d'avance, ou qui s'engage à ne pas céder à autrui ses actions sans l'accord de ses cocontractants, agit comme tout autre contractant. Un contrat, quel qu'il soit, comporte toujours et nécessairement, de la part de ceux qui le concluent, un certain abandon de leur liberté d'action.

Au surplus, l'actionnaire est libre de s'engager ou de ne pas s'engager. Avant de conclure une convention de vote ou de blocage, il a la possibilité d'apprécier en toute indépendance, les avantages et les inconvénients qui résulteront pour lui de cette convention.¹⁰⁸

¹⁰⁸ «Der Aktionär kennt im Augenblick der Eingehung des Vertrages die Vor- und Nachteile einer solchen Vereinbarung und erreicht durch seine Bereitwilligkeit, gegebenenfalls die persönlichen Interessen zurückzustellen, alle Vorteile, die für jeden dem Syndikat angehörenden Aktionär aus der gegenseitigen Bindung entspringen. Man darf die Tendenz, den Einzelnen auch gegen seinen Willen zu schützen, nicht auf die Spitze treiben.» ROBERT GOLDSCHMIDT, Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts, Saint-Gall 1937, p. 76.

Bien sûr, un tel jugement de valeur n'est pas infaillible. Au moment de s'engager, l'actionnaire peut donner trop d'importance aux avantages qu'il pense pouvoir tirer de la conclusion de cette convention de vote ou de blocage, ou sousestimer les dangers de son engagement surtout lorsqu'il se lie pour un temps relativement long.

En définitive, envisagé du point de vue de l'actionnaire lié par son engagement de voter dans un sens déterminé, le problème se réduit à une opposition entre deux principes contradictoires de liberté: doit-on lui donner la liberté, s'il juge dans son intérêt d'agir ainsi, d'abdiquer une partie de sa liberté de vote au sein de l'assemblée générale? Ou doit-on, au contraire, le protéger contre lui-même en assurant, malgré lui et de manière absolue, sa liberté de vote?¹⁰⁹

Or, notre droit positif suisse a déjà résolu ce problème: en vertu de la disposition générale de l'article 27 alinéa 3 C.C.S., chacun est libre, s'il le désire ou s'il l'estime nécessaire, d'aliéner sa liberté dans une mesure compatible avec la loi et les mœurs.

La conclusion générale s'impose donc tout naturellement: ni l'organisation juridique de la société anonyme, ni la nécessité dans laquelle se trouve parfois l'ordre juridique de protéger les intérêts des minorités, ni même le principe de la liberté de vote ne constituent des motifs suffisants pour interdire, d'une manière générale, la conclusion de conventions de vote ou de blocage. Au contraire, il se justifie d'adopter en faveur de ces conventions un principe de validité.

Sur ce point la doctrine suisse est unanime¹¹⁰ et c'est aussi la solution de principe que les tribunaux ont défendue dans leurs rares décisions connues dans ce domaine.

¹⁰⁹ Est-il besoin de rappeler d'ailleurs que l'actionnaire, même lié par aucune convention de vote, n'est jamais tout à fait libre de voter comme bon lui semble. Son vote est toujours plus ou moins influencé par des circonstances de fait indépendantes de sa volonté?

¹¹⁰ Cf. notamment WOLFHART BÜRGI, ad Art. 692, notes 27 et ss.; KARL WIELAND, *Handelsrecht* II p. 233; SIEGWART, *Einleitung*

Dans un arrêt du 13 décembre 1955, le Tribunal fédéral a déclaré:

«Rien ne s'oppose à l'exercice par la société de Banque suisse des droits d'actionnaire selon les instructions du fiduciaire. Car en l'absence d'un accord contraire à la loi ou aux statuts, chacun est libre d'agir suivant les désirs d'un tiers.»¹¹¹

Cependant un engagement de voter dans un sens déterminé d'avance peut parfois être pris dans des conditions telles que, par exception au principe général de validité, il semble nécessaire de le frapper de nullité en vertu de l'article 20 C. O.

Par son but ou par ses effets juridiques la convention de vote ou de blocage, en principe licite, peut devenir illicite ou immorale: la cause de nullité est alors exceptionnelle, c'est-à-dire particulière à chaque cas d'espèce.

Nous aurons l'occasion de le démontrer dans le chapitre suivant.

CHAPITRE IV

LES EFFETS SOCIAUX

20. L'assemblée générale et la convention préalable de vote – 21. La société et la convention de blocage – 22. La convention de vote, moyen de rendre illusoire une interdiction de vote – 23. La convention de vote et les droits de la minorité, en particulier le principe de la Treuepflicht

20. Dans le chapitre précédent, nous avons démontré que les accords portant sur l'exercice des droits sociaux de

zur AG., note 300; FRITZ VON STEIGER, Legitimations übertragung, Abstimmungsvereinbarungen und Stimmenkauf, S.A.G. 1941–1942 pp. 12 et ss.; ROBERT GOLDSCHMIDT, Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts, Saint-Gall 1937, p. 76; PETER JÄGGI, Ungelöste Fragen des Aktienrechts, S.A.G., 1958 pp. 57 et ss., notamment 67; WALTER SCHLUEP, Die wohlverworbenen Rechte des Aktionärs, thèse de Saint-Gall 1955, p. 139 etc.

¹¹¹ Arrêt Daetwyler contre Delta-Werke Zofingen AG. ATF 81 II pp. 534 et ss., J.T. 1956 I pp. 269 et ss., notamment 274.

l'actionnaire sont essentiellement de nature contractuelle. Nous devons maintenant déduire de ce fait les conséquences juridiques pour la société, tout d'abord.

La convention préalable de vote (*die Abstimmungsvereinbarung*) donne naissance à une obligation, qui peut être unilatérale ou bilatérale, c'est-à-dire réciproque, de participer aux réunions de l'assemblée générale et d'y exercer dans un sens déterminé le droit de vote attaché aux actions dites «liées» (*gebundene Aktien*).

Et la convention de blocage (*der Sperrvertrag*), qui le plus souvent n'est d'ailleurs que le complément nécessaire d'une convention de vote, crée une obligation, en général bilatérale ou réciproque, de ne pas aliéner les actions dites liées sans l'accord des cocontractants.

Ces conventions, de vote ou de blocage, lient soit un actionnaire isolé à un autre actionnaire ou même à un étranger, soit plusieurs actionnaires entre eux, soit encore tous les membres de la société anonyme.

Dans la pratique, elles ne sont pas conclues avec la corporation¹¹², ni même avec un organe social¹¹³ car, du point de vue juridique, ni la société anonyme, ni l'un de ses organes n'ont la faculté de participer à ces accords portant sur l'exercice des droits sociaux de l'actionnaire.

En vertu du principe de la relativité des conventions, un accord préalable de vote ou de blocage est donc une «res

¹¹² Il est vrai que parfois la société anonyme participe à la conclusion d'accords préalables de vote dans le but d'éluder la disposition impérative de l'article 659 in fine C.O. Nous devons cependant remarquer que l'accord est conclu au nom de la société non pas comme organisme social, mais comme détenteur d'actions, c'est-à-dire en sa qualité d'actionnaire. Voir à titre d'exemple l'arrêt du Tribunal fédéral du 19 mars 1946 dans la cause S. et consorts contre Société anonyme X. ATF 72 II pp. 275 et ss., J.T. 1947 I pp. 167 et ss.

¹¹³ Dans le cadre du syndicat d'administration, l'engagement n'est pas pris en faveur de l'administration en sa qualité d'organe social, mais en faveur des administrateurs actuels de la société, en leur qualité d'actionnaires.

inter alios acta» pour la société anonyme comme pour ses organes sociaux.

Or, il résulte tout naturellement de cette constatation un principe qui nous paraît essentiel: un organe social n'a ni le droit, ni le devoir d'exécuter lui-même un accord portant sur l'exercice des droits sociaux de l'actionnaire.

En particulier, l'assemblée générale des actionnaires, organe suprême de la corporation, n'a ni le droit, ni le devoir de respecter ou de faire respecter les conventions préalables de vote conclues par ses membres.

Elle n'en a pas le droit, tout d'abord.

Cela veut dire, d'une part, qu'elle n'a pas le pouvoir de contraindre les actionnaires liés à respecter leur engagement contractuel et à voter dans le sens déterminé d'avance. Vis-à-vis de la société, c'est-à-dire de l'assemblée générale, l'actionnaire lié demeure libre de voter comme bon lui semble et la majorité ne pourrait pas décider, par exemple, en vertu de l'accord préalable de vote, que l'actionnaire lié a voté dans le sens convenu et compter dans ce sens les voix dont il dispose, si, en fait, il a voté dans le sens contraire. Même si je me suis engagé d'avance à voter en faveur de telle proposition déterminée, on ne peut pas considérer que j'ai voté pour, lorsqu'en fait j'ai voté contre!

Mais d'autre part, cela signifie aussi que l'assemblée générale n'a pas le pouvoir d'annuler un vote divergent de l'actionnaire lié sous prétexte qu'il violerait un engagement juridique valablement pris; une telle décision pourrait être attaquée par la voie de l'action en annulation de l'article 706 C.O.

Dans un arrêt du 10 janvier 1928 le Reichsgericht allemand a expressément admis ce point de vue¹¹⁴.

Par contrat du 21 juin 1923, le demandeur s'était engagé à n'exercer le droit de vote attaché à ses actions privi-

¹¹⁴ En l'absence de toute jurisprudence suisse à ce sujet nous estimons utile de citer cet arrêt allemand, les principes juridiques étant les mêmes en Suisse et en Allemagne.

légiées que selon les instructions du conseil de surveillance (*Aufsichtsrat*) de la société.

Par la suite, sur proposition du conseil, l'assemblée générale des actionnaires décida la liquidation de la société. Comme le demandeur avait, en fait, voté contre la proposition de liquidation et que ses voix négatives étaient suffisantes pour faire échouer la proposition qui devait légalement être acceptée à la majorité des trois quarts des voix, l'assemblée générale décida de ne pas tenir compte de ses voix négatives. Le demandeur ouvrit alors action en annulation de ces décisions de l'assemblée générale.

Le Reichsgericht admit la demande dans les considérants suivants: l'obligation contractuelle de voter dans un sens déterminé, en principe valable dans le cadre de la société anonyme et de la société à responsabilité limitée, ne porte pas atteinte à la liberté de vote au sein de l'assemblée générale. Dès lors, si le demandeur a voté contre la proposition de liquidation, il a simplement violé un engagement contractuel, conclu en dehors du droit des sociétés anonymes et par voie de conséquence, ses voix ne doivent pas être écartées du scrutin, ni même être considérées comme données en faveur de la proposition de liquidation de la société. La seule conséquence juridique est que le vote contraire aux instructions reçues pourra donner lieu à des dommages-intérêts¹¹⁵.

En outre, l'assemblée générale n'a pas l'obligation de respecter elle-même, ni de faire respecter par ses membres les accords préalables de vote que peuvent conclure les actionnaires; ces accords sont pour elle, organe suprême de la société, une «res inter alias acta».

En vertu du principe de la relativité des conventions, il faut dès lors admettre le principe selon lequel l'assemblée générale peut valablement prendre une décision en violation d'une convention préalable de vote. Il importe peu à

¹¹⁵ R.G.Z., volume 119, pp. 383 et ss., notamment 388 in fine et 389.

cet égard que cette convention lie la totalité ou une partie seulement des actionnaires, car, du point de vue juridique, la position de l'assemblée générale vis-à-vis de la convention votale reste identique.

Même bénéficiaire d'un engagement préalable de vote, un actionnaire n'a donc pas la faculté de faire annuler, par la voie de l'action prévue à l'article 706 C. O., une décision de l'assemblée générale qui porterait atteinte à ses droits reconnus dans la convention votale. En soi, le fait qu'une décision a été acquise parce que la majorité des actionnaires a violé un engagement contractuel n'est pas suffisant pour considérer cette décision comme contraire à la loi ou aux statuts, selon l'article 706 C. O.

Dans la pratique, le problème se pose le plus souvent dans le cadre de la société anonyme de famille (*Familienaktiengesellschaft*). La convention qui organise l'entreprise en cette forme lie tous les actionnaires et garantit à chacun d'eux ou, du moins, à chacun des groupes rivaux, certains droits personnels au sein de l'organisme social, soit notamment un droit de représentation au conseil d'administration. Par cet accord général, en se liant avec tous les autres, chacun des actionnaires désire s'assurer contre les dangers que comporte nécessairement l'application du principe majoritaire dans la société anonyme.

En donnant à l'entreprise la forme d'une société anonyme de famille, on veut surtout éviter que certains de ses membres, ou des étrangers ne puissent conquérir la majorité absolue et écarter les autres du pouvoir.

Mais l'expérience nous montre qu'en fait le risque d'évincement subsiste malgré toutes les précautions prises dans le cadre de la société de famille. Une coalition peut toujours se former entre plusieurs actionnaires pour isoler les autres, les priver des droits personnels que leur garantit la convention et les écarter de la direction effective de l'entreprise sociale.

Nous pouvons citer à cet égard deux décisions des juridictions argoviennes qui présentent des arguments intéressants.

Dans la première affaire, qui a fait l'objet du jugement du Tribunal de commerce d'Argovie du 24 janvier 1929¹¹⁶, trois groupes d'actionnaires, représentants des trois anciens associés de la société en nom collectif J.J.Fischer Söhne, transformée en société anonyme, détenaient chacun 250 des 750 actions constituant le capital social de l'Aktiengesellschaft J.J.Fischer Söhne. Le 17 novembre 1923, tous les membres de cette société anonyme de famille signèrent pour une période de dix ans un contrat de blocage, réservant à chaque groupe un nombre égal d'actions (*Sperrvertrag*) et une convention de vote (*Stimmrechtsvertrag*). Selon les statuts de la société, le conseil d'administration, nommé pour une période de 5 ans devait se composer de 5 membres.

Le 22 août 1928, sur proposition de Wehinger, qui en réalité n'était pas actionnaire mais représentait 50 actions appartenant au groupe 2, l'assemblée générale décida d'élire seulement trois administrateurs, soit Ernst Fischer, représentant le groupe 1, d'une part, Jules Robert Fischer et Wehinger, représentant le groupe 2, d'autre part. Cette décision fut acquise contre les voix du groupe 3, qui n'obtenait aucun siège d'administrateur.

Membre de ce dernier groupe et représentant 125 actions, César Fischer ouvrit action contre la société, tendant à faire constater: 1. que le conseil d'administration devait se composer de 5 membres et que, de ce fait, l'élection du 22 août 1928 était nulle; 2. que seuls des actionnaires pouvaient être élus administrateurs et que, dès lors, Wehinger étant inéligible, son élection était nulle; 3. que les membres du groupe 3 avaient un droit inconditionnel à avoir au moins un représentant au conseil et que, en conséquence, la société devait être condamnée à élire au moins un représentant du groupe 3 comme administrateur.

Dans son jugement du 24 janvier 1929, le Tribunal de commerce d'Argovie constate tout d'abord que les conclu-

¹¹⁶ Vierteljahresschrift für aargauische Rechtssprechung, 1929, pp. 155 et ss.

sions 1 et 2 ne sont pas contestées et doivent dès lors être admises; puis il déboute César Fischer de sa conclusion 3, dans les considérants suivants.

Même si l'on devait admettre que les contrats du 17 novembre 1923 garantissent à chaque groupe au moins un siège au conseil d'administration, ce qui paraît douteux, on ne pourrait pas, contrairement à l'avis du demandeur, en déduire l'existence d'un «droit acquis» (*wohlerworbenes Recht*), ni même d'un «droit réservé» (*Sonderrecht*). Les contrats de vote et de blocage ne créent à la charge des actionnaires qu'une obligation contractuelle dont la violation pourrait donner lieu seulement au paiement de la peine conventionnelle de 10000 francs prévue.

Au surplus, le droit de représentation, envisagé comme droit réservé à chacun des trois groupes d'actionnaires, serait nul parce que contraire aux dispositions impératives de la loi qui confèrent à l'assemblée générale le droit inaliénable d'élire et de révoquer librement les administrateurs.

C'est pourquoi, contre la volonté de la majorité, il n'est pas possible d'imposer à la société la nomination au conseil d'administration d'un représentant du groupe 3, dont le demandeur est membre.

Dans la seconde affaire, le Tribunal supérieur d'Argovie, puis le Tribunal fédéral, ont également débouté le demandeur de son action en annulation, mais pour des motifs juridiques un peu différents¹¹⁷.

Par convention du 14 septembre 1930, les 4 associés de la société en nom collectif E. Klipfel & Co. avaient décidé de transformer leur entreprise en société anonyme, chacun d'eux devant recevoir le quart des 320 actions nominatives, constituant le capital social, mais il était convenu qu'à titre interne, les rapports qui existaient dans le cadre de la société en nom collectif devaient subsister entre eux.

Après le décès d'un des actionnaires, les trois autres

¹¹⁷ Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, 1950, pp. 54 et ss.

signèrent, le 14 octobre 1944, une nouvelle convention par laquelle ils s'engageaient, à titre personnel, pour eux-mêmes et pour leurs descendants, à ne prendre les décisions importantes au sens des articles 648 et 649 C.O. qu'à l'unanimité, malgré toute clause contraire des statuts ou de la loi.

Des difficultés étant survenues entre les actionnaires, le demandeur Emil Klipfel fut, d'abord, déposé de son poste de président du conseil d'administration, puis, par décision de l'assemblée générale du 22 mai 1947, révoqué comme administrateur et les rapports de service qui le liaient à la société furent résiliés.

Le demandeur ouvrit action en annulation de la décision du 22 mai 1947, prétendant notamment que cette décision, prise en violation des accords conclus en 1930 et en 1944, était annulable en vertu de l'article 706 C.O. et surtout de l'article 2 C.C.S.

Confirmant le jugement du Tribunal de district, l'Obergericht d'Argovie, par arrêt du 12 décembre 1949, a débouté Emil Klipfel de son action, pour les motifs suivants.

C'est avec raison que la société défenderesse objecte qu'elle n'a pas participé à la conclusion des contrats de 1930 et 1944 et que de ce fait elle n'a pas la légitimation passive. En fait, il s'agit uniquement d'arrangements entre actionnaires: pour la considérer comme partie contractante, il faudrait pouvoir assimiler la société aux actionnaires eux-mêmes; les accords ont été signés par tous les actionnaires qui, du point de vue économique, constituent la société. Mais une telle assimilation est impossible car chacun des signataires s'est engagé à titre personnel, comme actionnaire et non comme organe de la société.

Les conventions ne sont ni la loi ni les statuts. En ce qui concerne leur exécution, elles dépendent des règles du droit contractuel, non des règles du droit des sociétés. Pour ce dernier droit, elles jouent un rôle seulement dans la mesure où elles créent un devoir particulier de fidélité (*eine besondere Treuepflicht*) dont la violation pourrait justifier une

action en annulation. Mais tel n'est pas le cas en l'espèce¹¹⁸.

De son côté, saisi de la cause sur recours du demandeur, le Tribunal fédéral, par arrêt du 22 mars 1950, a confirmé en tous points les considérants du Tribunal supérieur d'Argovie, rejetant définitivement l'action du demandeur¹¹⁹.

21. Les mêmes principes sont aussi valables à l'égard des conventions de blocage, bien que les problèmes se posent de manière un peu différente.

L'actionnaire ne peut sortir de la société anonyme qu'en cédant à autrui ses actions auxquelles la qualité de sociétaire est intimement attachée. Il doit donc pouvoir librement disposer de ses actions.

Lorsqu'il s'agit d'actions au porteur, ce principe est absolu. L'actionnaire a le droit, considéré par la doctrine unanime comme un droit acquis, au sens de l'article 646 C.O.¹²⁰, de disposer librement de ses actions au porteur (*Recht auf die freie Übertragbarkeit*). La société n'a pas la possibilité de restreindre, par une clause statutaire ou par une décision de l'assemblée générale, le libre transfert de

¹¹⁸ Nous aurons l'occasion plus tard d'examiner ce problème du devoir de fidélité de l'actionnaire et, par voie de conséquence, de résumer la seconde partie de cet arrêt.

¹¹⁹ «Es ist nicht zu prüfen, déclare le Tribunal fédéral, ob im Rahmen der AG. Raum für eine Vereinbarung war, wie sie von den Gesellschaftern am 14. September 1930 getroffen wurde. Ebenso wenig braucht untersucht zu werden, ob und allenfalls mit welchen Rechtsbehelfen ein Gesellschafter gegenüber den anderen die Einhaltung jener oder der späteren Abmachung vom 14. Oktober 1944 hätte erzwingen können. Entscheidend ist, daß die Beklagte an keinem der beiden Übereinkommen beteiligt war und daß diese auch nicht Bestandteil der Statuten geworden sind. Deren Mißachtung vermag daher, wie die Vorinstanz mit Recht angenommen hat, weder die Passivlegitimation der Beklagten noch unmittelbar die Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses zu begründen. . . » Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, 1950, p. 61.

¹²⁰ Cf. notamment WALTER SCHLUEP, thèse de Saint-Gall 1955, p. 122.

ces actions, sauf au cours de la brève période qui précède la réunion de l'assemblée et pendant laquelle l'actionnaire doit déposer ses actions pour justifier de son droit de participer à l'assemblée générale.

La qualité de membre de la société anonyme dérive directement du simple fait de la détention des actions au porteur. Les organes sociaux ont dès lors non seulement le droit, mais encore l'obligation d'accepter comme titulaire de tous les droits d'actionnaire celui qui établit sa qualité de légitime porteur des actions.

Ainsi, en cas de cession, l'acquéreur, dès le moment où il peut établir son droit de propriété sur les titres au porteur, peut exercer toutes les prérogatives que la loi et les statuts confèrent aux actionnaires et, en cas de besoin, il dispose d'une action en exécution contre la société. En particulier, l'acquéreur des actions au porteur a le droit d'imposer sa présence à l'assemblée générale et sa participation, comme actionnaire, aux décisions et élections de l'assemblée.

En revanche, lorsque les actions sont nominatives, la qualité de membre de la corporation ne découle pas directement du simple fait de l'endossement des titres. Du point de vue formel, elle dépend d'un acte de la société, car, en vertu de l'article 685 alinéa 4 C. O., seules les personnes inscrites au registre des actions sont considérées comme actionnaires à l'égard de la société. Les organes sociaux n'ont donc ni le droit ni l'obligation de considérer comme sociétaire une personne non inscrite au registre des actions: en cas de cession d'actions nominatives, l'acquéreur ne peut exercer ses prérogatives sociales qu'au moment où il est inscrit au registre des actions, c'est-à-dire pratiquement au moment où l'administration a formellement pris acte du transfert. Or, il ne s'agit pas toujours d'une simple formalité: le droit au libre transfert des actions nominatives n'est pas absolu¹²¹: en vertu de l'article 686 C. O., il peut être restreint ou même supprimé.

¹²¹ Nous ne croyons pas nécessaire de prendre position dans la

La société, soit pour elle, l'administration ou même parfois l'assemblée générale des actionnaires ont la faculté de refuser l'inscription, c'est-à-dire en fait le transfert des droits sociaux attachés aux actions¹²². Ce refus peut être donné pour des motifs déterminés ou sans indication de motif, selon la clause prévue dans les statuts qui, pour être valable, doit être inscrite au registre du commerce, en vertu de la disposition impérative de l'article 627 chiffre 8 C.O.

En conséquence, dans la mesure où la décision de refus a été prise conformément aux statuts, l'acquéreur des actions dites liées (*vinkulierte Aktien*) n'a pas la possibilité d'imposer son entrée jugée indésirable dans la société¹²³.

Mais en l'absence d'une clause restrictive contenue dans les statuts et inscrite au registre du commerce, le principe général de l'article 684 alinéa 1 C.O. demeure valable. Les

question de savoir si, en l'absence d'une clause restrictive dans les statuts primitifs, l'actionnaire a un droit acquis. On peut se demander en effet si l'assemblée générale a la faculté de restreindre ce droit au libre transfert par une simple modification des statuts. Voir sur cette question controversée en doctrine suisse, WALTER SCHLUEP thèse de Saint-Gall 1955, pp. 125 et ss.

¹²² Dans un arrêt important du 11 juin 1957, le Tribunal fédéral a dit tout d'abord que les restrictions apportées au transfert des actions nominatives concernent leur transmissibilité comme telle et non pas seulement l'inscription de l'acquéreur au registre des actions. Puis, prenant position dans la controverse bien connue de l'indivisibilité de l'action, il a affirmé que les droits sociaux et les droits pécuniaires incorporés dans l'action ne sont pas inséparables. Lorsque la société refuse de consentir au transfert d'une action nominative, les droits de sociétaire restent à l'aliénateur tandis que les droits patrimoniaux passent à l'acquéreur. Häring contre Beglinger ATF 83 II pp. 297 et ss., J.T. 1958 I pp. 473 et ss., notamment 475, 477 et 478.

¹²³ S'il estime que la décision de refus est contraire aux statuts, l'acquéreur peut ouvrir action en exécution afin de contraindre la société à procéder à son inscription au registre des actions. Cf. arrêt du Tribunal fédéral du 21 mars 1950 dans la cause F.X. contre X. SA. et consorts, ATF 76 II pp. 51 et ss., J.T. 1950 pp. 555 et ss., notamment 564.

actionnaires ont le droit de céder librement leurs actions nominatives, de sorte que ni l'administration ni même l'assemblée générale ne pourraient refuser l'inscription de l'acquéreur au registre des actions.

La société a l'obligation de considérer comme l'un de ses membres et de laisser exercer tous les droits d'actionnaire quiconque se présente comme le légitime propriétaire des actions; elle pourrait même y être contrainte par la voie d'une action en exécution si l'administration ne donnait pas suite à une réquisition d'inscription de l'acquéreur.

Il nous paraît dès lors évident que les conventions de blocage, qui limitent le droit des contractants au libre transfert de leurs actions nominatives ou au porteur, ne jouent aucun rôle positif dans le cadre de l'organisme social: de nature essentiellement contractuelle, elles ne peuvent lier ni la société, ni aucun de ses organes.

Il importe peu, d'ailleurs, que la convention lie tous les actionnaires ou seulement quelques-uns d'entre eux, car même signée par l'ensemble des sociétaires, la convention de blocage ne doit pas être assimilée à une clause statutaire au sens de l'article 686 C. O.

Dans la pratique, le contrat de blocage peut être conclu soit avant, soit après la fondation de la société anonyme.

Il l'est avant la fondation, en particulier lorsque les fondateurs décident de transformer leur entreprise commerciale en une société anonyme de famille. Les futurs actionnaires conviennent alors de limiter leur droit au libre transfert de leurs actions en créant notamment un droit de préemption, soit dans un contrat séparé, soit dans l'acte général où est décidée la fondation de la société. Or, pratiquement, qu'il s'agisse d'un contrat séparé ou d'une clause contenue dans un accord général, le contrat de blocage n'est pas revêtu de la forme authentique et de ce fait, en vertu des dispositions impératives des articles 637 ou 638 C. O., il ne peut pas être considéré comme faisant partie des statuts de la société.

Il en est d'ailleurs de même lorsque la convention de

blocage est signée après la constitution de la société. Elle ne pourrait être considérée comme faisant partie des statuts que si l'assemblée générale procédait dans ce sens à une modification des statuts, ce qui n'est manifestement pas le cas, car par définition la convention de blocage est conclue en dehors de l'assemblée générale des actionnaires¹²⁴.

En outre, nous devons remarquer que ces conventions privées, qu'elles soient conclues avant ou après la création de la société, qu'elles lient tous les actionnaires ou une partie d'entre eux seulement, ne sont pratiquement jamais inscrites au registre du commerce. Ne satisfaisant pas à la condition de forme de l'article 627 chiffre 8 C.O., elles sont donc considérées comme nulles et de nul effet dans le cadre du droit des sociétés.

En conséquence, la société n'a ni l'obligation, ni même le droit de tenir compte des conventions de blocage que ses membres pourraient conclure entre eux, car il s'agit toujours pour elle d'une «res inter alios acta».

Cela signifie tout d'abord que, en l'absence d'une clause restrictive dans les statuts et inscrite au registre du commerce, si les actions sont nominatives, la société anonyme n'a pas le droit de refuser de prendre acte du transfert des actions. Que la décision de refus émane de l'administration ou de l'assemblée générale, l'acquéreur dispose d'une action en exécution pour imposer en sa faveur le transfert de tous les droits attachés aux actions qu'il a valablement acquises. La société ne pourrait pas lui opposer la convention de blocage ou prétendre qu'en prenant une décision, l'administration ou l'assemblée générale n'ont fait que respecter une convention liant tous les actionnaires.

Et cela veut dire ensuite que la société ne peut pas être

¹²⁴ Voir à ce sujet l'arrêt Grossenbacher et Cie SA. contre Bureau fédéral de registre du commerce du 17 décembre 1941, dans lequel le Tribunal fédéral a dit que les actionnaires ne peuvent faire usage de leur droit de vote qu'au sein de l'assemblée générale, cette règle étant de droit impératif. ATF 67 I pp. 342 et ss., J.T. 1942 pp. 591 et ss., notamment 592.

obligée de respecter les conventions de blocage de nature essentiellement contractuelle: un actionnaire n'a pas la possibilité d'invoquer la convention de blocage pour contraindre la société à refuser l'entrée d'un étranger.

En particulier, si, contrairement aux engagements contractuels pris par l'ensemble des actionnaires, la majorité de l'assemblée générale décide de laisser l'acquéreur exercer les droits de sociétaire attachés aux actions dont il est devenu le légitime propriétaire, cette violation d'un engagement contractuel ne peut pas donner lieu à une action en annulation, car la convention de blocage n'est, au sens de l'article 706 C. O., ni la loi ni les statuts.

Enfin, lorsque c'est l'administration qui, dans les limites de ses conséquences, donne son approbation au transfert des actions à l'acquéreur contre lequel précisément la convention de blocage avait été conclue, cette décision est pratiquement inattaquable car on sait que dans l'état actuel du droit positif les actionnaires ne disposent d'aucune action en annulation des décisions de l'administration, la disposition de l'article 706 C. O. étant inapplicable dans ce cas¹²⁵.

22. De nature essentiellement contractuelle, les conventions portant sur l'exercice des droits de l'actionnaire sont étrangères au droit des sociétés. Ne pouvant pas être partie contractante, la corporation n'a ni le droit ni l'obligation de les faire respecter par ses organes.

Et pourtant le droit des sociétés anonymes ne peut pas les ignorer complètement.

Il faut reconnaître en effet que les conventions préalables de vote peuvent parfois être conclues dans des circonstances telles que, par leur but et leurs conséquences sur le

¹²⁵ Cf. notamment CARLO JAGMETTI, Die Nichtigkeit von Maßnahmen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft, thèse de Zurich 1958; voir aussi l'arrêt F.X. contre X. SA. et consorts, du 21 mars 1950. ATF 76 II pp. 51 et ss., J.T. 1950 I pp. 555 et ss., notamment 559 à 564.

scrutin de l'assemblée générale, elles vicient le vote émis par l'actionnaire qui les a exécutées.

Dans ce sens on peut dire que les conventions portant sur l'exercice des droits sociaux d'actionnaires n'ont pas d'effet positif en droit des sociétés; elles ne peuvent avoir que des effets négatifs entraînant la nullité du vote émis en exécution de ces conventions.

Tel paraît, tout d'abord, devoir être le cas des accords préalables de vote conclus dans le but de tourner une disposition impérative de la loi ou des statuts.

Il ne faut pas oublier, en effet, que le propriétaire légitime d'actions peut parfois, à titre exceptionnel, en vertu de la loi ou des statuts, être privé du droit de vote attaché à ses actions. Pour des raisons personnelles, la loi ou les statuts, jugeant indésirable l'influence qu'il pourrait exercer sur la formation de la volonté sociale, excluent du scrutin une partie ou même la totalité des voix dont il dispose normalement.

Dans ce sens, la disposition impérative de l'article 695 C. O. interdit aux personnes, qui ont coopéré d'une manière quelconque à la gestion des affaires sociales, de prendre part aux décisions donnant ou refusant la décharge à l'administration.

En outre, l'ancien article 640 C. O. disposait de manière impérative, qu'un actionnaire ne pouvait pas disposer à l'assemblée générale de plus d'un cinquième des voix. Lors de la révision du code, cette disposition dans sa forme impérative fut abandonnée, mais l'article 692 alinéa 1 in fine C. O. autorise la société à limiter statutairement le nombre maximum des voix dont peut disposer chaque actionnaire. De ce fait, une partie des voix appartenant aux gros actionnaires, celles dépassant le nombre autorisé, peuvent être exclues du vote à l'assemblée générale.

Et, toujours dans le même sens, la disposition de l'article 659, alinéa 5, interdit la représentation à l'assemblée générale des actions propres que la société aurait acquises au

mépris de la règle de l'article 659 alinéa 1 C.O. ou en vertu des exceptions prévues à cette règle.

Or, dans ces divers cas, la tentation sera évidemment forte pour le propriétaire d'actions, privé partiellement ou totalement de son droit de vote, de céder fiduciairement ses actions à un tiers qui, ne réalisant pas personnellement les conditions légales ou statutaires de l'exclusion, pourra librement exercer le droit de vote attaché à ces actions. Et en stipulant, par convention votale, l'obligation pour ce tiers de voter selon ses instructions, il pourra indirectement exercer son influence personnelle sur la formation de la volonté de la société, ce que précisément la loi ou les statuts voulaient interdire.

En fait, les accords préalables de vote, combinés avec une cession fiduciaire des actions, constituent un moyen facile de tourner une interdiction de vote, prévue dans la loi ou dans les statuts, moyen d'autant plus efficace que, dans la pratique, ces accords demeurent ignorés de ceux qui auraient intérêt à les faire annuler.

Dès lors, la question se pose de savoir dans quelle mesure un actionnaire, privé pour des raisons personnelles du droit de vote attaché à ses actions, peut impunément éluder ainsi des dispositions impératives de la loi ou des statuts.

D'une façon générale la doctrine¹²⁶ et la jurisprudence se montrent sévères à son égard.

Il ne faut pas oublier, en effet, que l'article 691 C.O. interdit précisément l'abandon d'actions pour permettre au représentant d'exercer le droit de vote à l'assemblée générale, s'il a pour but de rendre illusoire une restriction apportée à ce droit et que, de ce fait, tout actionnaire, par la voie de l'action en annulation de l'article 706 C.O., peut attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale qui

¹²⁶ Cf. WOLFHART BÜRGI, ad Art. 695 OR, note 11; WALTER ZINKE, Der Stimmrechtsausschluß des Aktionärs in der Generalversammlung bei Interessenkollision, thèse de Zurich 1939, pp. 43 et ss.

avaient été acquises par le moyen de cet abandon illicite d'actions.

Il est vrai que le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence ancienne, avait soutenu le point de vue que l'article 640 C.O. (ancien) «s'oppose seulement à ce qu'un gros actionnaire réunisse entre ses mains plus du cinquième des droits de vote qui se trouvent représentés dans l'assemblée générale; mais elle ne l'empêche pas de transférer à des tiers une partie de ses actions, même s'il le fait uniquement dans le but de permettre aux suffrages affectés à ces actions de s'exprimer dans le sens qu'il désire. Car, lorsque dans un cas pareil les actions sont transférées en toute propriété à des tiers, ceux-ci votent en vertu d'un droit qui leur est propre et en leur qualité d'actionnaires effectifs»¹²⁷.

Mais, dans un arrêt du 18 décembre 1945, le Tribunal fédéral a adopté un principe plus rigoureux.

«D'autre part, a-t-il déclaré, le fait que le transfert d'actions s'est effectué dans la forme prescrite pour le transfert à plein droit et qu'il a été inscrit au registre des actions ne met pas obstacle à l'exercice de l'action de l'article 691 C.O. Le but de cette disposition est d'empêcher les personnes qui n'y ont pas droit d'exercer les droits d'actionnaires. Il ne peut être atteint que si l'on déjoue tous les genres de simulation. L'article 691 C.O. apparaît donc comme un cas particulier de l'article 18 C.O. La simulation et par conséquent l'acte destiné à éluder une prescription légale ou statutaire doivent être admis si, lors d'un trans-

¹²⁷ Et pourtant le Tribunal fédéral a en fait confirmé la décision de l'assemblée générale d'exclure du droit de vote les deux banques filiales auxquelles la banque Leu et Cie avait cédé, par des opérations de report, une partie de ses actions, constatant que ces cessions d'actions étaient simulées, dans le but d'éluder la disposition impérative de l'article 640 C.O. Arrêt Steinhauser contre Banque commerciale de Soleure SA., du 15 février 1927, ATF 53 II pp. 42 et ss., J.T. 1927 I pp. 342 et ss., notamment 349. Voir en outre, l'arrêt Pfyffer et consorts contre AG. Dampfziegelei und Cementwarenfabrik Kriens, du 24 novembre 1899, ATF 25 II p. 832 et ss., notamment 837 et 838.

fert d'actions, même opéré en observant les formes, la volonté des parties n'a pas été de procurer à l'acquéreur la propriété des titres, mais seulement de lui permettre d'exercer le droit de vote attaché aux actions.»¹²⁸

Dans ce sens, le Tribunal fédéral a même été plus loin dans un arrêt important du 19 mars 1946¹²⁹.

Une société holding contrôlant plusieurs sociétés filiales, dont la société Investment Company SA., était dominée par une société Agraria SA. qui détenait la majorité du capital social. Les autres actions étaient en mains de deux groupes d'actionnaires, les groupes S. et L. Dans le but de prouver que la majorité du capital social appartenait à des citoyens suisses et par conséquent de pouvoir faire rentrer ses bénéfices réalisés en Allemagne et en Autriche, le conseil d'administration décida que la société Investment Company céderait ses actions à la Société de Banque Suisse qui s'engageait, de son côté, à les retrocéder soit à Investment Company, soit à Agraria SA.

L'assemblée générale de la société X SA. ayant décidé d'admettre au vote les actions détenues par la Société de Banque Suisse, les actionnaires des groupes minoritaires S. et L. ont ouvert action en annulation; le Tribunal fédéral leur donna raison et, en application des articles 659 alinéa 5 et 691 C.O., annula la décision de l'assemblée générale qui avait autorisé la Société de Banque Suisse à exercer le droit de vote attaché à ses actions.

Nous devons ainsi remarquer que pratiquement le Tribunal fédéral a toujours exclu du vote à l'assemblée générale les voix attachées aux actions qui avaient été cédées, de façon simulée ou même à titre fiduciaire, pour éluder une interdiction légale ou statutaire de vote.

Mais dans ses considérants, il n'a jamais expressément

¹²⁸ Arrêt Bauer et Ruegg contre Monitor AG., ATF 71 II pp. 277 et ss., J.T. 1946 I pp. 203 et ss., notamment 206.

¹²⁹ S. et consorts contre Société anonyme X., ATF 72 II pp. 275 et ss., J.T. 1947 I pp. 167 et ss.

fait état d'engagements préalables de vote pour justifier l'application de la règle de l'article 691 C.O.

Faut-il dès lors en conclure que, dans sa pensée, les accords préalables de vote ne peuvent jouer aucun rôle dans ce domaine ?

Nous ne le pensons pas.

Il ne faut pas oublier, en effet, que dans ses arrêts de 1927 et de 1946, le Tribunal fédéral a insisté sur le rapport d'étroite dépendance qui, en fait, existait entre le propriétaire réel des actions, exclu du droit de vote, et le cessionnaire¹³⁰. Ce dernier, en principe admis à exercer le droit de vote attaché aux actions cédées, devait en fait en être privé parce qu'en réalité il n'agissait pas de manière indépendante.

En somme, on peut dire que ce rapport de dépendance, constaté par le Tribunal fédéral dans ces deux arrêts, joue, dans le cadre de l'article 691 C.O., le rôle d'un indice, sinon même la preuve de la simulation ou de l'intention des parties de rendre illusoire une restriction apportée au droit de vote¹³¹.

¹³⁰ « . . . Autrement dit, il faut se demander si les opérations de report effectuées en février 1924 ont été réellement voulues ou simplement simulées. L'instance cantonale s'est fait une opinion à ce sujet après un examen approfondi des circonstances de fait; elle a pris en considération notamment l'étroite dépendance économique de la Banque commerciale de Berne et de la Banque suisse de dépôt vis-à-vis de la SA. Leu et Cie, qui possède la majorité des actions de ces deux banques désignées par elle comme ses «entreprises filiales». ATF 53 II pp. 42 et ss., J.T. 1927 I pp. 342 et ss., notamment 349 et 350. «Comme acheteur fiduciaire, la Société de Banque Suisse est devenue propriétaire des actions. Elle pourrait, par conséquent, dans la forme, exercer le droit de vote qui y était attaché. Mais en réalité, c'est le fiduciaire, à savoir l'Agraria, qui dispose de ce droit de vote. Celle-ci est en effet armée pour se prémunir contre une éventuelle résistance de la Société de Banque Suisse, car elle peut, d'après les conventions, reprendre en tout temps les actions d'Agraria. . . » ATF 72 II pp. 275 et ss., J.T. 1947 I pp. 167 et ss., notamment 177.

¹³¹ Si ce rapport de dépendance n'existait pas, si le propriétaire

Or, il paraît évident qu'un rapport de dépendance comporte précisément l'obligation pour le cessionnaire de voter selon les instructions du propriétaire réel des actions.

Il faut donc admettre qu'un accord préalable de vote doit avoir pour conséquence, dans la mesure où il est respecté, de rendre nul le vote émis par le cessionnaire, parce qu'il constitue précisément le moyen de rendre illusoire une restriction apportée au droit de vote¹³².

Dans un autre domaine, le propriétaire d'actions peut encore se voir privé de l'exercice du droit de vote attaché à ses actions et avoir, de ce fait, intérêt à conclure une convention préalable de vote afin de rendre illusoire cette restriction.

En vertu de l'article 686 C.O., la société a la faculté de subordonner le transfert des droits sociaux, mais non des droits patrimoniaux, attachés aux actions nominatives, à l'agrément soit de l'administration, soit de l'assemblée générale. Cette restriction du droit au libre transfert des actions nominatives peut d'ailleurs selon les statuts être illimitée ou, au contraire, limitée à certaines catégories de personnes ou à certains motifs déterminés.

réel des actions n'avait pas l'assurance que le cessionnaire voterait selon ses instructions il n'aurait aucun intérêt à céder ses actions.

¹³² Cf. dans ce sens, WALTER ZINKE, *Der Stimmrechtsausschluß des Aktionärs in der Generalversammlung bei Interessenkollision*, thèse de Zurich 1939, pp. 45 et 46. «Die Stimmbindungsverträge . . . sind daher im Prinzip als gültig anzusehen. . . Im konkreten Falle kann aber der Stimmbindungsvertrag als seinem Inhalte nach gegen die guten Sitten verstoßend nichtig sein. Das gilt vornehmlich dann, wenn der Stimmbindungsvertrag . . . dazu dienen soll, gesetzliche oder statutarische Bestimmungen zwingender Natur zu umgehen. Gibt der Fiduziar auf Grund eines solchen gegen die guten Sitten verstoßenden Stimmbindungsvertrages in der G.V. seine Stimme ab, so ist der unter seiner Mitwirkung zustandegekommene G.V. Beschluß wenn, die Stimme des Fiduziars auf ihn Einfluß gehabt hat, anfechtbar. . . » Au surplus, le Tribunal fédéral, lui-même, a soutenu ce point de vue, mais dans un domaine un peu différent, celui des actions liées ou à transmissibilité limitée. Voir à ce sujet les arrêts Daetwyler de 1948, 1953 et 1955 cités plus loin.

En refusant d'inscrire le transfert au registre des actions, la société peut ainsi interdire l'usage des droits sociaux à l'acquéreur qu'elle juge indésirable et l'empêcher, de ce fait, d'avoir une influence personnelle sur la direction des affaires sociales. Aussi longtemps qu'il n'est pas inscrit au registre des actions, l'acquéreur, pourtant devenu légitime propriétaire des actions, ne peut pas exercer ses droits sociaux, c'est-à-dire surtout son droit de vote.

En revanche, selon la doctrine et la jurisprudence actuelles, la société n'a pas le droit d'interdire à l'aliénateur l'usage des prérogatives sociales attachées aux actions. Aussi longtemps que le transfert n'est pas inscrit au registre des actions, l'aliénateur demeure actionnaire¹³³; en particulier il a le droit de participer aux assemblées générales pour y exercer son droit de vote.

¹³³ Il est vrai, que de manière tout à fait indépendante l'un de l'autre, deux spécialistes éminents de notre droit des sociétés anonymes, WOLFHART BÜRGI et PETER JÄGGI ont soutenu la thèse de la suspension des droits sociaux; selon eux, l'aliénateur aurait perdu non seulement les droits patrimoniaux mais aussi les droits sociaux attachés aux actions liées. Dès le moment où, entre les parties, le transfert des actions est définitif, notamment par endossement des titres, et jusqu'au moment de l'inscription du transfert au registre des actions, l'exercice des droits sociaux attachés à ces actions serait suspendu en ce sens que ni l'acquéreur ni l'aliénateur n'en auraient l'usage. Cf. WOLFHART BÜRGI, *Überlegungen zum Verkauf vinkulierter Namenaktien*, dans la *Festgabe für Theo Guhl*, Zurich 1950, pp. 190 et ss.; PETER JÄGGI, *Der Erwerb von Namenaktien durch Rechtsgeschäft oder Erbgang*, S.A.G. 1950-51 pp. 153 et ss., 173 et ss. et 193 et ss. Cependant ALFRED WIELAND a démontré que cette théorie de la suspension n'est pas compatible avec les normes du droit positif suisse. *Zum Stimmrecht der vinkulierten Namenaktie*, SJZ 1952, pp. 1 et ss., 17 et ss. De son côté le Tribunal fédéral prenant position dans la controverse bien connue, a déclaré que les droits sociaux et les droits patrimoniaux ou pécuniaires ne sont pas inséparables et que, si la société refuse de consentir au transfert d'une action nominative, les droits sociaux restent à l'aliénateur tandis que les droits patrimoniaux passent à l'acquéreur. Arrêt Häring contre Beglinger du 11 juin 1957, ATF 83 II pp. 297 et ss., J.T. 1958 I pp. 473 et ss., notamment 477 à 480.

Dès lors il paraît évident que l'acquéreur devenu propriétaire des actions cherchera à rendre illusoire l'exclusive qui le frappe. Pour atteindre ce but, il obtiendra l'engagement préalable de l'aliénateur d'exercer dans son intérêt et selon ses instructions le droit de vote que l'aliénateur, demeuré actionnaire, a conservé dans la société. Par ce moyen détourné, l'acquéreur jugé indésirable pourra exercer son influence personnelle sur la direction de l'entreprise; il pourra peut-être même obtenir une décision favorable à sa cause, c'est-à-dire le consentement de la société au transfert des actions.

Or, dans la pratique le Tribunal fédéral a dû, par trois fois, intervenir dans la même société pour annuler le vote de l'aliénateur d'actions liées, demeuré actionnaire, en raison d'arrangements préalables de vote, jugés inadmissibles.

En 1935, l'entreprise individuelle Hermann Daetwyler avait été transformée en société anonyme, dans laquelle les membres de la famille Daetwyler détenaient la plus grosse part des actions. Celles-ci, toutes nominatives, étaient liées, en ce sens que, selon l'article 3 des statuts, leur transfert était subordonné au consentement de l'administration.

Werner Daetwyler, qui occupait un poste dirigeant dans l'entreprise, fut congédié par acte du 15 octobre 1944.

En mars 1945, avec d'autres actionnaires, il signa un contrat syndicataire (*Konsortialvertrag*), créant sous sa direction une «communauté d'intérêts dans le but d'exercer en commun le droit de vote conféré à chaque actionnaire par la loi et les statuts».

En particulier, les consorts s'étaient engagés à voter en faveur de la révocation des administrateurs et à élire les nouveaux membres du conseil. En outre Werner Daetwyler avait aussi conclu divers accords particuliers avec certains actionnaires qui, déçus de l'administration, n'avaient plus d'intérêts dans l'entreprise, s'engageant à racheter à bon prix leurs actions à la condition que les administrateurs actuels soient révoqués et que les nouveaux membres du

conseil soient élus conformément à ce qui avait été convenu d'avance.

A l'assemblée générale du 25 avril 1945, Werner Daetwyler, propriétaire de 16 actions, représentait en vertu de procurations les 219 actions de 17 autres actionnaires, disposant au total de 235 voix. Dix autres actionnaires disposaient ensemble de 212 voix.

Par décision du président, 96 voix représentées par Werner Daetwyler furent exclues du vote de sorte que la proposition de révoquer les administrateurs fut déclarée rejetée par 212 voix contre 140 et de ce fait la proposition d'élire les membres du nouveau conseil devint sans objet.

Dans le délai légal de deux mois, Werner Daetwyler ouvrit action pour faire constater que les administrateurs avaient été régulièrement révoqués et que la société avait l'obligation de faire convoquer par l'organe de contrôle une assemblée générale des actionnaires, chargée d'élire les nouveaux membres de conseil d'administration.

Le Tribunal supérieur d'Argovie a rejeté la demande par décision du 5 décembre 1947, confirmée définitivement par le Tribunal fédéral dans un arrêt non publié du 29 juin 1948.

La clause statutaire, déclare le Tribunal fédéral, qui subordonne le transfert des actions au consentement de l'administration doit donner la possibilité au conseil d'administration d'empêcher que des personnes, dont l'influence sur la gestion des affaires sociales est jugée indésirable, ne puissent exercer les droits sociaux dans la société ou que, s'agissant de personnes déjà membres de la corporation, elles ne puissent augmenter leur pouvoir dans l'entreprise par l'acquisition de nouvelles actions. Dès lors, agit contrairement au but et à la raison même de cette clause statutaire, celui qui acquiert d'autres actionnaires des actions liées sans l'agrément du conseil d'administration. Il est vrai que le demandeur disposait des voix appartenant à d'autres actionnaires en vertu de procurations, ce qui n'est pas contraire à la clause des statuts qui fait dépendre le transfert de la propriété des actions de l'accord de l'adminis-

tration. Mais la situation est différente lorsqu'un actionnaire donne le pouvoir de disposer de ses voix à un autre actionnaire parce que ce dernier achète ses actions sans l'accord de l'administration et que le vendeur perd ainsi tout intérêt dans la société. Dans ce cas, le fait de donner pouvoir de vote est contraire à la clause statutaire, parce que la nécessité du consentement du conseil d'administration est ainsi déjouée¹³⁴.

Par la suite, dans les assemblées générales des 26 août et 23 septembre 1947, les 26 voix appartenant aux actionnaires Huhn, père et fils, et représentées de nouveau par Werner Daetwyler, furent exclues du scrutin pour les mêmes raisons que celles invoquées dans le premier procès. Par arrêt non publié du 22 avril 1953, le Tribunal fédéral a confirmé ces décisions de l'assemblée générale et, du même coup, son arrêt de 1948¹³⁵.

Dans la troisième affaire, un actionnaire, Théo Hertig, avait vendu 142 actions à la société Ed. Geistlich Söhne AG.

¹³⁴ Arrêt non publié Daetwyler contre Hermann Daetwyler AG. du 29 juin 1948, pp. 10 et 11 (traduction libre). En fait, constatant que certains actionnaires, membres du consortium auraient probablement, même sans la vente de leurs actions, voté dans le sens convenu ou auraient de toute façon donné pouvoir au demandeur de représenter leurs actions, le Tribunal fédéral a jugé que les voix de ces actionnaires avaient été sans droit exclues du scrutin litigieux. En revanche, il a confirmé l'exclusion des 26 voix appartenant à l'actionnaire Huhn parce que, n'étant pas membre du consortium, il a certainement donné pouvoir au demandeur de représenter ses actions uniquement en raison de la vente de ces actions. Finalement la décision de l'assemblée générale du 25 avril 1945 a été confirmée, ayant été prise selon le Tribunal fédéral par 212 voix contre les 209 voix que le demandeur pouvait valablement représenter.

¹³⁵ «Huhn Vater und Sohn hatten ihre Aktien, unter der Bedingung, daß der Verwaltungsrat neu bestellt werde, dem Kläger verkauft und dementsprechend ihm Stimmvollmacht erteilt. Das Bundesgericht legte in seinem Urteil vom 29. Juni 1948 dar, daß diese Abmachung gegen Art. 3 Abs. 2 der Statuten verstoße und sich als ausgesprochenes Umgehungsgeschäft charakterisiere...» Arrêt non publié Daetwyler contre Hermann Daetwyler AG. du 22 avril 1953, p. 4.

Cependant, l'administration de la société Hermann Daetwyler AG., devenue entre temps la société Delta Werke Zofingen AG., n'ayant pas encore donné son consentement au transfert des actions, le vendeur Théo Hertig exerça lui-même le droit de vote attaché à ces actions dans l'assemblée générale du 14 novembre 1952, en se conformant aux instructions de l'acheteur, Ed. Geistlich Söhne AG.

Dans son arrêt du 13 décembre 1955, le Tribunal fédéral donna raison au demandeur Werner Daetwyler et exclut du vote les 142 voix représentées par Théo Hertig¹³⁶.

Nous arrivons ainsi tout naturellement à cette conclusion que la convention préalable de vote n'est pas en soi illicite et n'entraîne pas la nullité du vote que l'actionnaire émet à l'assemblée générale en exécution de son engagement contractuel.

En revanche, elle peut constituer un moyen efficace de tourner une disposition impérative de la loi ou des statuts car, en pratique, dans la mesure où elle est respectée, elle permet au propriétaire privé du droit de vote attaché à ses actions d'exercer directement ou indirectement¹³⁷ son influence personnelle dans la société, ce que précisément la loi ou les statuts voulaient empêcher.

Par son but, la convention préalable de vote en soi licite peut ainsi devenir illicite et, par voie de conséquence, vicier le vote que l'actionnaire lié a émis en exécution de son obligation¹³⁸.

¹³⁶ Arrêt Daetwyler contre Delta Werke Zofingen AG. du 13 décembre 1955, ATF 81 II pp. 534 et ss., J.T. 1956 I pp. 259 et ss., notamment 273.

¹³⁷ L'influence est directe lorsque le propriétaire réel exerce lui-même le droit de vote en vertu d'une procuration que l'actionnaire apparent lui confère; elle est, au contraire, indirecte lorsqu'il ne participe pas lui-même au vote, mais donne ses instructions à l'actionnaire apparent autorisé à prendre part au scrutin.

¹³⁸ Cf. dans ce sens ALFRED WIELAND, Zum Stimmrecht der vinkulierten Namenaktie, SJZ 1952 pp. 1 et ss., 17 et ss., notamment 21, 22 et 23. Cf. en outre GUY FLATTET, La dissociation des

23. Enfin, la question se pose encore de savoir si cette convention préalable de vote ne peut pas, dans certaines conditions qu'il s'agit maintenant de définir, sortir ces effets négatifs en vertu des principes qui régissent les droits des minorités (*Minderheitenrechte*)¹³⁹.

A cet égard, nous devons rappeler qu'en dehors des cas où, pour assurer la défense de ses intérêts personnels, l'actionnaire minoritaire dispose de droits absolus qu'il peut opposer à la majorité, quel que soit le but poursuivi par celle-ci¹⁴⁰, les décisions que l'assemblée générale prend à la majorité des voix représentées¹⁴¹ sont en principe valables.

droits de l'action, dans *Mélanges François Guisan*, Lausanne 1950, p. 154.

¹³⁹ Si nous voulons respecter les limites fixées à notre étude, nous ne pouvons pas traiter pour lui-même le problème de la protection des minorités dans la société anonyme. Il s'agit d'un problème si vaste et si important en droit des sociétés que l'aborder, même de façon superficielle nous mènerait trop loin. Voir à ce sujet notamment AUGUST EGGER, *Schranken der Majoritätsherrschaft im Aktienrecht*, ZSR 1926 pp. 1 et ss.; JEAN BERGIER, *L'abus de majorité dans les sociétés anonymes*, thèse de Lausanne 1933; MAX BEER, *Der Minderheitenschutz im Aktienrecht*, thèse de Berne 1944; WALTER SCHLUEP, *Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht*, thèse de Saint-Gall 1955; ARMAND BENOIT, *La représentation de groupes et de minorités d'actionnaires à l'administration des sociétés anonymes*, thèse de Lausanne 1956.

¹⁴⁰ Même si l'intérêt de la société l'exigait, aucune atteinte ne pourrait être portée à ces droits dont l'actionnaire dispose librement pour défendre ses intérêts personnels qui ne concordent pas nécessairement avec l'intérêt général. Ce sont d'abord, ce que l'on appelle les droits acquis, dont l'actionnaire ne peut pas être privé sans son consentement et ce sont, ensuite, les droits particuliers conférés à certains actionnaires ou à certains groupes d'actionnaires (*Sonderrechte*).

¹⁴¹ En principe, selon l'article 703 C.O., l'assemblée générale prend ses décisions à la majorité des voix représentées, mais certaines décisions importantes, parce qu'elles engagent la vie de la corporation elle-même, sont soumises, en vertu de dispositions particulières de la loi, à la majorité qualifiée des deux tiers de toutes les actions.

Elles lient la société, ses organes et tous ses membres, c'est-à-dire ceux qui y ont adhéré, comme ceux qui s'y sont opposés.

En vertu du principe majoritaire qui domine l'organisation juridique de la société anonyme et dont nous avons rappelé les conséquences pratiques¹⁴², la minorité doit donc, dans la règle, s'incliner devant la volonté de la majorité.

Pour autant qu'elle ne porte pas atteinte à des droits absolus de la minorité, une décision de l'assemblée générale, prise dans les formes légales ou statutaires, ne serait pas nulle du seul fait qu'elle lèserait les intérêts légitimes de certains actionnaires minoritaires.

Cependant, l'assemblée générale, en principe autonome, ne jouit pas d'une liberté de décision absolue. Elle doit tout de même respecter certains principes fondamentaux que la jurisprudence a peu à peu précisés pour assurer la protection, dans la mesure jugée nécessaire, des droits de la minorité.

En somme il faut dire que la majorité, même si elle n'est pas tenue d'agir exclusivement dans l'intérêt de la société et peut ainsi léser des intérêts même légitimes de la minorité, ne doit pas abuser de son pouvoir.

Or, il ne faut pas oublier qu'une décision majoritaire peut, de deux manières différentes, apparaître abusive et de ce fait être annulée en vertu de l'article 706 C. O. : l'abus de pouvoir peut résider soit dans la formation de la décision, soit dans son contenu.

C'est donc à ce double point de vue de la forme et du contenu que nous devons poser le problème de la convention préalable de vote.

L'abus de pouvoir réside tout d'abord dans la formation de la décision : l'actionnaire minoritaire se plaint, en particulier, de ce que l'assemblée générale n'a pas pris correctement sa décision.

¹⁴² Voir chapitre 1 chiffre 5.

Il s'agit dès lors de savoir si le fait de prendre à l'avance l'engagement de voter dans un sens déterminé constitue en soi un procédé jugé abusif de formation de la volonté sociale.

Nous ne le pensons pas, car il ne faut pas oublier que les actionnaires ne se groupent pas seulement pour former un syndicat de majorité; les actionnaires minoritaires peuvent, eux aussi, créer entre eux un syndicat de minorité.

Envisagée du point de vue de la formation de la décision sociale, la convention préalable de vote n'est donc pas condamnable en soi; aucun doute ne peut subsister à cet égard, sinon il faudrait alors la déclarer nulle dans tous les cas, ce que nous avons précisément exclu.

En revanche, il paraît évident que dans des circonstances particulières une telle convention peut tout de même constituer un moyen utilisé par la majorité pour exercer de manière abusive son influence décisive sur l'assemblée générale.

Nous devons, à cet égard, rappeler l'arrêt du Tribunal fédéral du 19 mars 1946 dans la cause S. et consorts contre Société anonyme X: ayant constaté que les actionnaires majoritaires avaient fait participer au scrutin des actions appartenant à la société anonyme elle-même, le Tribunal fédéral a déclaré:

«Les contrats ont ainsi eu pour effet de constituer une majorité en faveur d'un groupe d'actionnaires. Cela est inadmissible. S'il en était autrement le conseil d'administration pourrait toujours, en remettant en activité des actions rachetées, régler à son gré le rapport des voix et rien ne l'empêcherait plus de dominer l'assemblée générale d'une façon permanente... Sans doute peut-il dans toute société se former naturellement une majorité qui est en mesure d'imposer sa volonté à la minorité. Les décisions prises dans ces conditions ne sont attaquables que lorsqu'il est prouvé que la majorité s'est laissé guider par des considérations dépourvues d'objectivité. A ce point de vue là

on pourrait obliger les demandeurs à se soumettre à une décision de majorité...

«Mais... la minorité n'a pas l'obligation de se plier à un déplacement de voix obtenu de cette façon. Elle a le droit de s'insurger contre une majorité ainsi constituée et d'attaquer chaque décision prise par elle. La formation libre de la volonté de la société ne peut être assurée que si l'on rend impossible toute formation artificielle de majorité par l'administration, comme ce fut fait dans le cas particulier, par un déplacement d'actions propres, non accompagné d'un déplacement effectif des profits et des risques. La sanction doit être dans le refus d'admettre le droit de vote de ces actions.»¹⁴³

Cependant, des cas de ce genre sont exceptionnels et en somme à la limite du domaine de l'article 691 C.O.

Il faut donc admettre que le procédé de la convention préalable de vote, utilisé pour influencer l'assemblée générale, ne constitue pas en soi un abus de pouvoir. Et d'ailleurs dans les cas, où, par exception elle a été déclarée nulle, ce n'est pas parce qu'elle aurait constitué un abus condamnable du pouvoir de la majorité mais bien plutôt parce qu'en permettant de rendre illusoire une restriction apportée au droit de vote, elle réaliserait un procédé directement contraire à une disposition impérative de la loi ou des statuts.

Cependant, il faut reconnaître que les décisions de la majorité sont attaquées plus souvent lorsque, par leur contenu, elles lèsent, de manière jugée abusive, les droits de la minorité. L'abus de pouvoir réside alors dans le contenu, non dans la forme.

Or, il paraît évident que les accords préalables de vote n'obligent pas nécessairement l'actionnaire lié à voter dans un sens contraire à l'intérêt général. Au contraire, les tribunaux ont parfois constaté que les syndicats d'actionnaires

¹⁴³ ATF 72 II pp. 275 et ss., J.T. 1947 I pp. 167 et ss., notamment 178.

peuvent être conclus précisément pour défendre la corporation contre une ingérence étrangère ou, notamment lorsqu'il s'agit de syndicats d'administration, pour assurer, dans l'intérêt de l'entreprise, une gestion suivie des affaires sociales¹⁴⁴.

Tout au plus, peut-on admettre avec GEORGES CAPITAINÉ que «... l'abus de majorité ou la protection des droits de la minorité s'apprécient d'une façon plus subjective et moins favorable à la majorité lorsque cette dernière est en mains d'un groupement ou d'une société, du fait que le juge aura tendance à admettre dans ce cas l'organisation voulue, préméditée et même systématique d'un abus de force ou de droit»¹⁴⁵.

En réalité, c'est d'un point de vue un peu particulier que nous voulons aborder le problème des effets de la convention préalable de vote dans le cadre du droit des minorités.

On sait en effet que l'un des principes de ce droit des minorités découle de ce que l'on appelle le devoir de fidélité de l'actionnaire (*Treuepflicht*).

Bien que la loi ne contienne pas, pour la société anonyme, une disposition analogue à celle de l'article 866 C.O., il est généralement admis aujourd'hui que l'actionnaire a un certain devoir de fidélité vis-à-vis de la société et, indirectement, à l'égard de ses coactionnaires¹⁴⁶. Dans deux arrêts,

¹⁴⁴ Cf. notamment un arrêt du Reichsgericht allemand du 1^{er} juillet 1938, *Juristische Woche* 1938, pp. 2833 et ss., N° 26.

¹⁴⁵ Le statut des sociétés holdings en Suisse, ZSR 1943, p. 64 a.

¹⁴⁶ Voir à ce sujet KARL WIELAND, *Handelsrecht*, tome II pp. 248 et ss.; ROBERT GOLDSCHMIDT, *Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts*, Saint-Gall 1937, p. 41; LÉON FROMER, *Die Treuepflicht des Aktionärs*, ZSR 1939 pp. 210 et ss.; JAKOB SCHAFFNER, *Die Grenzen der Vertragsfreiheit und Treu und Glauben in den Beschlüssen der Generalversammlung*, thèse de Berne 1940, pp. 101 et ss.; ALFRED SIEGWART, *Die Aktiengesellschaft*, Zurich 1945, *Einleitung*, note 94; WERNER VON STEIGER, *Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz*, ZSR 1943, pp. 254 a et ss.; MAX GLOOR, *Der Treuegedanke im*

le Tribunal fédéral a, sinon expressément, du moins implicitement admis ce principe¹⁴⁷.

Cependant, il ne suffit pas d'admettre, d'une façon générale, ce principe dans le cadre de la société anonyme; il faut encore et surtout en préciser le contenu.

Selon la doctrine actuelle, il ne peut pas être question de mettre à la charge de l'actionnaire un devoir positif car cela serait contraire à la règle impérative de l'article 680 C.O. Il s'agit bien plutôt de prévoir qu'en application de l'article 2 alinéa 2 C.C.S., l'actionnaire a le devoir, vis-à-vis de la société et de ses coassociés, de s'abstenir de réaliser des buts particuliers, étrangers à la société, au mépris du but social et au préjudice de ses coactionnaires¹⁴⁸.

Or, le but social (*Gesellschaftszweck*) n'est pas une notion abstraite: il dépend de la nature même de la société comme aussi du but poursuivi par les actionnaires dans la création de la société anonyme.

En outre, il importe de rappeler que la doctrine dominante définit ce principe du devoir de fidélité comme un cas d'application de la règle générale de l'article 2 alinéa 2 C.C.S. qui interdit l'abus de droit.

Recht der Handelsgesellschaften, thèse de Zurich 1942, pp. 108 et ss.; WALTER SCHLUEP, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs, thèse de Saint-Gall 1955, pp. 329 et ss., notamment 334 et 335. En revanche, WOLFHART BÜRGI, estime que le principe de la Treuepflicht ne paraît pas justifié et que son application provoquerait de grandes difficultés. Ad Art. 680 OR, note 11.

¹⁴⁷ Arrêt Emil Klipfel contre AG. E. Klipfel & Co du 20 mars 1950, Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, 1950, pp. 54 et ss. et arrêt Himmelpach contre Lonza SA. du 18 octobre 1954, ATF 80 II pp. 267 et ss., J.T. 1955 I pp. 205 et ss., notamment 206 et 207.

¹⁴⁸ «Unter Treuepflicht des Aktionärs verstehen wir dessen Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft und den Mitgliedschaftsrechten, alles zu unterlassen, was eine Hintansetzung der gesellschaftsfremden Sonderinteressen zum Schaden der Minderheitsaktionäre bedeutet.» LÉON FROMER, Die Treuepflicht des Aktionärs, ZSR 1939, p. 215. Cf. en outre WALTER SCHLUEP, thèse de Saint-Gall 1955, pp. 335 et ss.

On peut donc logiquement en conclure que le contenu et l'étendue du devoir de fidélité de l'actionnaire ne doivent pas s'apprécier de manière abstraite, mais au contraire de manière essentiellement concrète, en tenant compte de toutes les circonstances de chaque cas particulier.

N'est-il pas évident dès lors, que les conventions de vote et de blocage, lorsqu'elles lient tous les actionnaires, jouent un rôle dans ce domaine ?

En particulier, dans la société anonyme de famille, les actionnaires ont accepté de transformer leur entreprise en une société anonyme, parce qu'ils ont cru possible, par un accord privé, de maintenir intacts leurs rapports personnels dans le nouvel organisme social. Le but poursuivi par tous les actionnaires, ce n'est pas simplement de fonder une société anonyme; c'est aussi et surtout de conserver le caractère personnel de leur société.

Sans aller jusqu'à proposer, avec certains auteurs¹⁴⁹, d'assimiler le devoir de fidélité de l'actionnaire dans la société anonyme de famille à celui de l'associé dans la société en nom collectif, on peut tout de même dire que ce devoir est plus étendu dans les sociétés où les membres sont liés entre eux que dans celles où il n'existe aucun rapport personnel entre les actionnaires.

Par voie de conséquence, on devra donc admettre plus facilement l'abus de droit et annuler pour violation de ce devoir de fidélité les décisions imposées par la majorité qui, de manière préjudiciable à la minorité, portent atteinte à la structure personnelle de la société anonyme de famille¹⁵⁰.

Mais il faut encore préciser la portée de ce principe:

¹⁴⁹ Voir notamment MAX GLOOR, *Der Treuegedanke im Recht der Handelsgesellschaften*, thèse de Zurich 1942, pp. 130 et ss.

¹⁵⁰ « Je kleiner und je individueller geartet eine Gesellschaft ist, um so eher bedarf das Majoritätsprinzip der Einschränkung durch den Treuegedanken. » MAX GLOOR, thèse de Zurich 1942, p. 74. Voir en outre R. DEGEN, *Gegenseitiges Treueverhältnis zwischen Gesellschaftern einer GmbH. oder Aktionären einer AG.*, *Juristische Woche*, 1929, pp. 1346 et 1347.

une décision de l'assemblée générale n'est évidemment pas annulable du seul fait que la majorité a violé un accord préalable de vote et de blocage, car cet accord, nous l'avons démontré, ne lie ni la société, ni aucun de ses organes.

Elle ne peut être annulée en vertu de l'article 706 C. O.¹⁵¹ que dans la mesure où la majorité abuse de son pouvoir, c'est-à-dire agit dans un but essentiellement égoïste, au mépris de la structure même de la société anonyme de famille et au préjudice de la minorité.

C'est pourquoi, en particulier dans l'affaire Emil Klipfel contre E. Klipfel et Co. AG., malgré l'existence d'une convention préalable de vote et de blocage liant tous les actionnaires, les juges n'ont en fait pas admis l'action en annulation, estimant qu'en l'espèce les conditions d'un abus de droit ou d'une violation du devoir de fidélité n'étaient pas réalisés¹⁵².

¹⁵¹ On admet, en général, qu'en cas de violation du devoir de fidélité, la minorité lésée dans ses intérêts a la possibilité d'attaquer la décision de l'assemblée générale: si la minorité a le droit de demander, en vertu de l'article 736 C.O., la dissolution de la société pour justes motifs, elle peut aussi demander l'annulation de la seule décision qui porte atteinte à ses intérêts. «Wenn gemäß dieser Bestimmung eine Klage auf Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen gegeben ist, so läßt sich daraus nach dem Grundsatz «a maiore, ad minus» der Schluß ziehen, daß statt der Auflösung auch die weniger weitgehende Aufhebung eines Generalversammlungsbeschlusses müsse verlangt werden können, der in Verletzung der Treuepflicht seitens der Mehrheitsaktionäre zustandegekommen ist. . .» Jugement du Tribunal de Bâle-Ville du 17 octobre 1950, Basler Juristische Mitteilungen, 1954, pp. 107 et ss., notamment 111.

¹⁵² «Es ist dabei ohne weiteres gerechtfertigt, bei Familienaktiengesellschaft eine erhöhte Treuepflicht anzunehmen, vorliegend besonders mit Rücksicht auf den früheren Bestand der Kollektivgesellschaft und den Willen der ursprünglichen Aktionäre, deren Wirkungen intern nach Möglichkeit beizubehalten. . .» «Aber auch unter diesen Umständen kann die Klage nur gutgeheißen werden wenn Rechtsmißbrauch insbesondere Machtmißbrauch vorliegt. . .» Arrêt du Tribunal supérieur d'Argovie du 12 décembre 1949, Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide, 1950, pp. 54 et ss., notamment 61.

CHAPITRE V

LES EFFETS CONTRACTUELS

24. Le droit applicable aux accords préalables de vote ou de blocage – 25. L'exécution forcée d'une obligation de vote – 26. Les mesures de contrainte indirecte – 27. La nature juridique de la convention de vote ou de blocage – 28. Le problème de la durée et, en particulier, les possibilités de résiliation

24. Les accords portant sur l'exercice des droits sociaux de l'actionnaire, c'est-à-dire la convention de vote comme aussi la convention de blocage qui en est souvent le complément nécessaire, sont de nature essentiellement contractuelle. Ces accords appartiennent donc au domaine du droit des obligations (*Obligationenrecht*) non à celui du droit des sociétés anonymes (*Aktienrecht*).

Si maintenant nous abordons le problème des rapports juridiques qui existent entre les parties contractantes, nous devons constater que la première conséquence est de droit international privé.

Les actionnaires n'ont pas nécessairement un droit de cité ou même leur domicile dans le pays où la société anonyme, dont ils sont membres, a son siège social. Un citoyen suisse peut librement faire partie d'une société anonyme étrangère, de même qu'un étranger a, sauf circonstances particulières¹⁵³, toujours la possibilité de devenir membre d'une société anonyme suisse.

Il est dès lors évident que des problèmes de droit international privé peuvent se poser dans le cadre des accords préalables de vote ou de blocage: dès le moment où les parties contractantes et la société anonyme elle-même n'ont pas la même nationalité, il s'agit d'abord de savoir en vertu de quelle loi il faut résoudre les litiges qui surgissent entre

¹⁵³ La loi fédérale du 7 avril 1921 sur la Banque nationale suisse, par exemple, dispose que ne peuvent être actionnaires de la Banque nationale suisse que des citoyens suisses, des entreprises ou des personnes morales ayant leur siège en Suisse.

les parties contractantes au sujet de l'exécution de ces accords préalables de vote ou de blocage.

Or, la question n'est pas seulement théorique: en fait, elle s'est posée de manière concrète, d'une part, dans une affaire, soumise au Reichsgericht allemand, qui opposait deux citoyens allemands, domiciliés en Allemagne, mais actionnaires d'une société anonyme danoise¹⁵⁴, et d'autre part, dans une affaire qui a opposé les actionnaires A et B d'une société anonyme X, l'un étant domicilié en Suisse et l'autre à l'étranger¹⁵⁵.

Faut-il dès lors soumettre ces litiges au droit applicable à la société anonyme elle-même, conformément aux normes du droit commercial international? Faut-il au contraire les soumettre au droit qui régit les personnes ayant conclu ces conventions?

Dans un arrêt Ammon contre Royal Dutch Company, le Tribunal fédéral a admis la règle de droit international privé suivante:

«... Les rapports de la société avec ses membres sont en principe régis par le statut personnel de la société anonyme... Cette solution répond à l'idée que les rapports réciproques des actionnaires avec la société doivent être raisonnablement régis par un seul et même droit. Celui qui acquiert des actions d'une société anonyme étrangère se considère en fait comme soumis au droit du pays de cette société anonyme pour toutes les questions qui en dépendent (malgré la nature de papier-valeur des actions)...»¹⁵⁶

On devrait ainsi déduire de ce principe que le droit applicable à la société anonyme¹⁵⁷ régit impérativement tous

¹⁵⁴ Arrêt du Reichsgericht allemand du 17 juin 1939, R.G.Z. volume 161, pp. 296 et ss.

¹⁵⁵ Cette affaire n'a fait l'objet d'aucun jugement. Voir note 57.

¹⁵⁶ Arrêt du 2 février 1954, ATF 80 II pp. 53 et ss., J.T. 1954 I pp. 588 et ss., notamment 592.

¹⁵⁷ Ce peut-être, selon le Tribunal fédéral, le droit du pays où la société a son siège administratif de fait, ou selon la nouvelle théorie de l'incorporation, le droit du pays dont on a, en fait, observé les

les rapports de droit qui existent dans le cadre de l'organisme social.

Mais admettre cette règle dans le domaine des accords préalables de vote ou de blocage serait précisément méconnaître la nature essentiellement contractuelle de ces accords entre actionnaires.

C'est donc dans le droit international des contrats que nous devons rechercher la solution de ce problème, non dans le droit commercial international.

Dans son arrêt du 17 juin 1939, le Reichsgericht allemand a expressément soutenu ce point de vue¹⁵⁸ qui a été admis aussi par les juristes consultés dans l'affaire A contre B rappelée ci-dessus¹⁵⁹.

En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, qui domine le droit international des contrats¹⁶⁰, les parties contractantes ont donc la faculté de désigner elles-mêmes, dans leur convention ou même au cours du procès, la loi applicable à leur accord préalable de vote ou de blocage¹⁶¹.

prescriptions sur la fondation des sociétés, soit généralement sur l'inscription au registre du commerce. Cf. ATF 80 II pp. 53 et ss., J.T. 1954 I pp. 588 et ss., notamment 592.

¹⁵⁸ «Auch hier handelt es sich um eine rein schuldrechtliche Bindung, und die Gültigkeit der Abstimmung würde der Gesellschaft gegenüber dadurch, daß eine der Parteien sich über das Abkommen hinweggesetzt hätte, nicht berührt werden. Die Frage, welchem Rechte das Abkommen unterliegt, beantwortet sich daher nach den Grundsätzen des deutschen zwischenstaatlichen Privatrechts über die Beurteilung von gegenseitigen schuldrechtlichen Verträgen. Danach ist für das anzuwendende Recht in erster Linie der Parteiwille maßgebend. . .» R.G.Z. volume 161 pp. 296 et ss., notamment 298.

¹⁵⁹ Voir supra notes 57 et 155.

¹⁶⁰ On sait que, dans un arrêt Chevalley contre Genimportex, le Tribunal fédéral a abandonné le principe de la coupure générale des contrats. Tous les problèmes de la formation et de l'exécution du contrat sont donc soumis à un droit unique. Cf. ATF 78 II pp. 74 et ss., J.T. 1953 I pp. 15 et ss., notamment 19, 20 et 21.

¹⁶¹ Cf. notamment ATF 79 II pp. 165 et ss., J.T. 1954 I pp. 578 et ss., ATF 81 II pp. 175 et ss., J.T. 1956 I pp. 375 et ss., ATF 82 II pp. 550 et ss., J.T. 1957 I pp. 156 et ss.

Et, à défaut d'élection expresse ou tacite de droit, cet accord doit être soumis à la loi du pays avec lequel il est dans un rapport territorial le plus étroit (principe de l'«engster räumlicher Zusammenhang»).

Or, à cet égard, nous devons remarquer que le lieu où les parties contractantes doivent exécuter leur obligation de voter dans un sens déterminé, c'est-à-dire le lieu où siège l'assemblée générale de la société anonyme, constitue, en principe du moins, le point de rattachement prépondérant.

Nous arrivons tout naturellement à la conclusion suivante: les litiges qui peuvent surgir entre les actionnaires au sujet de l'existence ou de l'exécution d'une convention préalable de vote ou de blocage sont soumis, à défaut d'élection expresse ou tacite de droit, et sauf circonstances particulières, à la loi du pays où siège l'assemblée générale de la société anonyme¹⁶².

25. De nature contractuelle, la convention préalable de vote (*die Abstimmungsvereinbarung*) crée à la charge de l'actionnaire lié l'obligation de voter à l'assemblée générale dans un sens déterminé, c'est-à-dire d'accomplir une ou plusieurs prestations positives de faire. Qu'elle soit unilatérale ou bilatérale, cette convention donne toujours naissance à un rapport juridique d'obligation entre un débiteur, soit l'actionnaire obligé d'accomplir cette prestation de faire, d'une part, et un créancier, c'est-à-dire la personne en faveur de laquelle l'engagement a été pris, d'autre part.

La question se pose donc maintenant de savoir si, dans l'état actuel du droit positif, un actionnaire lié peut être contraint d'exécuter son engagement, c'est-à-dire de voter à l'assemblée générale dans le sens qui a été fixé. Il s'agit, en somme, de dire si cette obligation de faire peut être l'objet d'une action en exécution.

¹⁶² Ce lieu ne correspond d'ailleurs pas nécessairement avec le siège administratif de fait de la société anonyme.

En principe, lorsque l'obligation est juridiquement parfaite, le créancier a la possibilité d'en poursuivre l'exécution forcée, car toute obligation parfaite comprend deux éléments essentiels, la dette (*die Schuld*) et la sanction de droit (*die Haftung*).

Cependant, l'exécution forcée des obligations de faire (ou de ne pas faire) pose des problèmes particuliers: l'exécution réelle ou directe (*die Realexekution*) paraît parfois impossible à réaliser; c'est notamment le cas lorsque la prestation due ne peut, en fait ou en droit, être accomplie que par le débiteur lui-même.

Pour obtenir l'exécution de la prestation due, malgré le refus du débiteur, la contrainte physique est impossible; il faut donc: soit recourir à un moyen détourné assez puissant pour inciter le débiteur à agir de son plein gré, soit, lorsque cela est possible, accomplir à sa place la prestation due.

En particulier, on admet qu'une prestation de faire qui consiste en une déclaration de volonté peut être accomplie par le juge lui-même, son jugement ayant alors un effet constitutif, ou par un représentant judiciaire ayant reçu du juge pouvoir de faire la déclaration de volonté¹⁶³. Dans ce cas, cette déclaration de volonté est réputée avoir été faite par le débiteur lui-même.

Or, la doctrine et la jurisprudence¹⁶⁴ définissent aujourd'hui comme une déclaration de volonté le vote que l'actionnaire émet à l'assemblée générale au cours de chaque scrutin.

¹⁶³ Plusieurs lois de procédure civile prévoient, dans ce sens, que le juge peut, à la place du débiteur, faire la déclaration de volonté qui faisait l'objet de l'obligation. Ainsi, par exemple, les lois bernoise (§ 407), fribourgeoise (article 356), etc., ainsi que le code de procédure civile allemande (§ 894 deutsche Z.P.O.). Voir à ce sujet MAX KUMMER, *Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung*, ZSR 1954, pp. 163 et ss., et KARL SIEGRIST, *Probleme aus dem Gebiete der Realexekution*, thèse de Zurich 1958, p. 9.

¹⁶⁴ Cf. notamment WOLFHART BÜRGI ad 692, note 6 et la jurisprudence citée.

Faut-il dès lors en déduire que le juge pourrait, non pas simplement condamner l'actionnaire lié à voter dans le sens fixé, mais directement se substituer à lui et déclarer, dans son jugement, que le vote est réputé donné dans le sens fixé dans la convention ?

Nous ne le pensons pas.

Il faut tout d'abord remarquer que même si l'on peut admettre cette définition du vote de l'actionnaire, il s'agit tout de même d'une déclaration de volonté d'un genre tout à fait particulier.

En effet, le vote de l'actionnaire n'a pas, par lui-même, d'effet juridique. En droit et en fait, il n'a de valeur que dans la mesure où, avec celui des autres membres de la corporation, il permet la formation de la volonté sociale.

C'est pourquoi le vote ne peut être donné qu'à l'assemblée générale¹⁶⁵, à l'occasion de chaque scrutin particulier. Une déclaration que ferait un actionnaire, même à l'assemblée générale, mais en dehors du scrutin, ne constituerait pas un vote, mais simplement une opinion sans valeur juridique.

Il nous paraît donc impossible d'autoriser le juge à se substituer à l'actionnaire lié et à déclarer, de manière obligatoire pour la société, que cet actionnaire est réputé avoir voté dans le sens fixé dans la convention préalable de vote.

Au surplus, le juge n'a aucune compétence pour agir ainsi, que ce soit avant ou après le scrutin au cours duquel l'actionnaire doit voter dans un sens déterminé.

D'une part, aussi longtemps que l'actionnaire lié n'a pas donné son vote, c'est-à-dire avant le scrutin, son cocontractant ne dispose d'aucune action en exécution d'une prestation qui n'est pas encore exigible.

¹⁶⁵ On sait que le procédé du vote par correspondance n'est pas admis en droit suisse.

D'autre part, après le scrutin, même si la preuve est faite que la convention préalable de vote n'a pas été exécutée, le juge n'a pas la possibilité d'intervenir pour modifier le scrutin. Du point de vue de la société, un vote divergent demeure pleinement valable et ne donne lieu à aucune action en annulation. Le juge ne dispose donc d'aucun moyen pour modifier, en exécution de la convention préalable de vote, la décision de l'assemblée générale.

Enfin, nous pensons que le juge ne peut même pas, d'avance, ordonner à l'actionnaire, sous la menace des peines prévues à l'article 292 C.P.S., d'exécuter une convention préalable de vote ou un contrat de blocage. Son jugement serait contraire aux principes fondamentaux, en droit des sociétés anonymes, de la liberté de vote et de la libre transmission des actions.

Nous arrivons donc à la conclusion suivante, qui nous paraît essentielle dans les rapports entre les parties contractantes: une convention préalable de vote ou de blocage ne fait l'objet d'aucune action en exécution¹⁶⁶.

Cela ne veut pas dire, cependant, que cette convention soit dépourvue de sanction juridique.

Il va de soi, en effet, que la violation de cette convention, dans la mesure où elle existe valablement, donnera lieu à une indemnité pour inexécution d'une obligation contractuelle. Conformément au principe général de l'article 97 C.O., en cas de vote divergent ou de cession des actions liées, le cocontractant peut réclamer de son débiteur la réparation du préjudice subi.

¹⁶⁶ Voir notamment MAX KUMMER, Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, ZSR 1954, pp. 163 et ss., notamment 174 et 175. Il est vrai que, dans un article publié en 1957, un auteur allemand, a soutenu au point de vue contraire. Nous devons cependant dire que son argumentation ne nous a pas convaincu. EGBERT PETERS, Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen, Archiv für civilistische Praxis, 1957, pp. 311 et ss.

C'est dans ce sens que la doctrine¹⁶⁷ et la jurisprudence¹⁶⁸ ont pris position.

Or, ce droit au paiement de dommages-intérêts, en cas de violation de la convention de vote ou de blocage, paraît plutôt platonique. Dans ce domaine, où des intérêts d'ordre pécuniaire ne sont généralement pas directement en cause, il est pratiquement très difficile, sinon même impossible, d'établir l'existence d'un dommage et surtout d'en fixer, même approximativement, le montant.

D'ailleurs, même si l'actionnaire lié était condamné à une indemnité pour violation de son engagement, le paiement de cette somme d'argent ne présenterait aucun intérêt pour le cocontractant, car le but poursuivi par le moyen de la convention de vote n'est pas d'ordre pécuniaire.

Ce qui est essentiel pour le cocontractant, ce n'est pas de recevoir une indemnité, mais c'est bien plutôt d'obtenir que son débiteur exécute son obligation, c'est-à-dire vote à l'assemblée générale dans le sens voulu. En stipulant cette obligation de faire à la charge de l'actionnaire lié, le cocontractant ne cherche pas, du moins directement, à tirer un profit d'ordre patrimonial; il cherche avant tout à pouvoir exercer son influence personnelle sur la direction de l'entreprise sociale.

26. Vis-à-vis de l'actionnaire lié, le bénéficiaire de la convention de vote ou de blocage est pratiquement désarmé:

¹⁶⁷ Cf. notamment WOLFHART BÜRGI, ad Art. 692, note 40; CHARLES NAHRATH, *Das Stimmrecht des Aktionärs nach schweizerischem Recht*, thèse de Berne 1933, p. 105; ROBERT GOLDSCHMIDT, *Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts*, Saint-Gall 1937, p. 77; WALTER SCHLUEP, *Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs*, thèse de Saint-Gall 1955, pp. 139 et 140.

¹⁶⁸ Nous ne pouvons, à ce sujet, citer aucune décision judiciaire publiée en Suisse. En revanche le Reichsgericht allemand a eu plusieurs occasions de défendre ce point de vue. En particulier, dans un arrêt du 10 janvier 1928 il a déclaré: «Die Verletzung von Abmachungen der erwähnten Art kann daher grundsätzlich nur zu einem Schadenersatzanspruch in Geld führen». R.G.Z. volume 119 pp. 386 et ss., notamment 389.

il ne dispose d'aucun moyen direct pour contraindre son débiteur à respecter les engagements pris.

Ne pouvant pas donner lieu à exécution réelle, ces conventions reposent donc essentiellement sur la seule confiance qui doit exister entre les parties contractantes.

Dans la pratique, certains actionnaires ne paraissent pas avoir pris conscience de ce danger : il ne sert pas à grand-chose de se lier par des engagements même solennels ; ce qui est plus important, c'est que ces engagements soient effectivement respectés.

Or, l'expérience de la vie prouve qu'un simple rapport de confiance est insuffisant en soi pour assurer l'exécution de la convention de vote ou de blocage, car il arrive toujours un moment où l'un des actionnaires liés subit la tentation de violer ses obligations. Le rapport de confiance peut toujours, tôt ou tard, se relâcher, au gré des circonstances, au point que le débiteur ne se sente plus moralement tenu de voter dans le sens fixé, contraire à ses intérêts immédiats, ou de s'abstenir de céder ses actions à un étranger.

C'est pourquoi les conventions de vote ou de blocage, dans la mesure où elles se veulent efficaces pour un temps plus ou moins long, doivent nécessairement prévoir des mesures de contrainte indirecte. Il faut obtenir par ces mesures que l'actionnaire lié, tenté de voter dans un sens divergent, soit retenu de le faire par des menaces que la convention fait peser sur lui.

Dans la pratique, il est deux manières différentes d'envisager ces mesures.

D'une part, on peut se contenter de prévoir, dans le cadre de la convention de vote ou de blocage, une clause pénale au sens de l'article 160 C.O. Chacun des actionnaires liés conserve alors la faculté d'exercer lui-même à l'assemblée générale son droit de vote ou la libre disposition de ses actions ; agissant lui-même il a donc en fait la possibilité de violer la convention mais, en ce faisant, il ne s'expose pas seulement à une hypothétique action en dommages-intérêts ; il s'expose, automatiquement et quelles que soient

les circonstances, à devoir payer au minimum¹⁶⁹ le montant parfois élevé prévu à titre de peine conventionnelle.

Cette première sorte de mesure, la clause pénale, présente cet avantage de ne pas porter une atteinte excessive à la liberté d'action de l'actionnaire lié¹⁷⁰. On peut donc s'en contenter lorsqu'il existe une raison de ne pas priver complètement l'actionnaire de sa liberté d'action au sein de la société anonyme. Tel est le cas notamment lorsque l'accord préalable de vote ne porte que sur une partie seulement des questions soumises à l'assemblée générale (élections des administrateurs ou des contrôleurs, décisions sociales à prendre dans des domaines jugés importants, etc.), chacun des actionnaires liés jouissant de son entière liberté de vote pour les autres questions faisant l'objet d'un scrutin. Mais il faut alors savoir que cette demi-mesure ne supprime pas, ni en fait, ni en droit, le danger d'une violation de la convention¹⁷¹.

D'autre part, on peut aussi envisager des mesures beaucoup plus radicales qui, privant l'actionnaire de l'usage de ses droits sociaux, suppriment toute possibilité de vote divergent ou de cession des actions à un étranger. La convention oblige alors l'actionnaire lié à remettre ses actions à son cocontractant ou, dans le cas du consortium notamment, à un trustee qui exercera lui-même le droit de vote attaché à ces actions¹⁷². Parfois, l'obligé reste actionnaire,

¹⁶⁹ Dans les conditions de l'article 161 alinéa 2 C.O., le cocontractant pourra obtenir une indemnité supérieure s'il a subi un dommage dépassant le montant de la peine.

¹⁷⁰ Il ne faut pas oublier que, si le montant de la clause pénale paraît excessif, compte tenu des circonstances du cas d'espèce, le juge a la faculté, en vertu de l'article 163 alinéa 3 C.O., de réduire la somme due en cas de violation de la convention.

¹⁷¹ Voir à titre d'exemple l'affaire César Fischer contre AG. J. J. Fischer Söhne. Jugement du Tribunal de commerce argovien du 24 janvier 1929, *Vierteljahresschrift für aargauische Rechtsprechung* 1929, pp. 155 et ss.

¹⁷² Pratiquement, par le transfert de la possession, ce sont les actions elles-mêmes, et non plus l'actionnaire, qui sont liées (ge-

délivrant un mandat permanent à celui qui votera à sa place; parfois il cède à titre fiduciaire son droit de propriété sur les actions perdant ainsi jusqu'à la qualité de membre de la société anonyme¹⁷³.

Or, si ces mesures présentent, pour le bénéficiaire de l'accord de vote ou de blocage, l'avantage incontestable de rendre impossible toute violation des engagements pris, on doit tout de même se demander maintenant si, envisagées du point de vue du propriétaire réel des actions liées, elles ne portent pas une atteinte excessive au principe de la liberté d'agir, au sens de l'article 27 alinéa 2 C.C.S.

Ce qui est grave ici, ce n'est pas le fait que l'actionnaire s'est engagé à exercer ses droits sociaux d'une façon fixée à l'avance, mais c'est bien plutôt le fait qu'il a pratiquement abdiqué sa qualité de membre de la corporation, laissant à un tiers le soin d'agir à sa place.

Au surplus, il est utile de remarquer encore que dès le moment où le propriétaire des actions liées délivre le mandat permanent de vote ou cède ses actions à titre fiduciaire, il perd tout moyen de défendre ses intérêts personnels dans la société anonyme. En particulier, il n'a plus la possibilité d'attaquer les décisions de l'assemblée générale acquises grâce au vote de son mandataire ou de son fiduciaire, même si elles lèsent de manière abusive ses intérêts personnels; il ne peut pas non plus demander la dissolution de la société.

Dans le cas du mandat permanent de vote, en effet, il est réputé avoir voté lui-même: il ne peut donc pas attaquer une décision à laquelle il est censé avoir lui-même participé. Et dans le cas du transfert fiduciaire des actions liées, le propriétaire réel de ces actions, n'étant plus membre de la

bunden). On dit alors dans la doctrine, de manière inexacte d'ailleurs, que la convention a des effets non plus seulement personnels, mais aussi réels (dinglich). Cf. RUDOLF STUBER, *Aktionär-Consortien*, thèse de Zurich 1944, pp. 52 et 53.

¹⁷³ Voir, à titre d'exemple, la convention, conclue entre 4 actionnaires majoritaires de la société anonyme A et l'entreprise B, que nous avons citée (chapitre II, chiffre 13 in fine, note 59).

société, n'a même plus qualité pour intenter soit l'action en annulation de l'article 706 C.O., soit l'action en dissolution pour justes motifs de l'article 736 chiffre 4 C.O.

Et pourtant ces circonstances ne nous paraissent pas encore suffisantes en soi pour justifier l'application de l'article 27 alinéa 2 C.C.S.

En effet, selon la jurisprudence bien établie du Tribunal fédéral, chacun peut, en principe, même pour un temps relativement long, restreindre par contrat sa liberté d'action. En particulier il ne doit être protégé contre lui-même par la nullité de ses engagements que dans la mesure où le contrat qu'il conclut met en danger son existence économique.

Or, sauf circonstances exceptionnelles, tel n'est pas le cas de l'actionnaire qui, dans le cadre d'une convention de vote ou de blocage, cède à autrui l'usage des droits attachés à ses actions.

Tout d'abord il convient de remarquer que le propriétaire des actions liées ne cède, en général, que les droits sociaux et conserve ses droits pécuniaires contre la société. Au surplus, il a toujours la possibilité de vendre ses actions s'il estime que sa participation à la vie de la société est devenue sans aucune valeur.

En outre, il ne faut pas oublier que l'actionnaire n'est pas absolument sans défense dans le cadre de la convention de vote ou de blocage elle-même. Si son mandataire ou son fiduciaire violent les conditions de l'accord, il peut résilier la convention, reprendre possession de ses actions et agir ainsi en toute liberté comme un autre actionnaire.

En particulier, même s'il a délivré un mandat irrévocable, l'actionnaire a toujours la possibilité, en vertu de la disposition impérative de l'article 34 C.O., de révoquer ce mandat et de reprendre personnellement sa place à l'assemblée générale. De même, dans le cadre du transfert fiduciaire de ses actions, il peut aussi résilier pour justes motifs le contrat de fiducie, revendiquer son droit de

propriété sur ses actions et reprendre ainsi le libre usage de ses droits d'actionnaire.

27. L'obligation de voter dans un sens déterminé d'avance ou de ne pas céder à autrui ses actions ne constitue pas en elle-même un acte juridique. Elle n'est que la conséquence d'un accord de volontés conclu entre l'actionnaire, propriétaire des actions liées, d'une part, et son ou ses cocontractants, d'autre part.

Si nous voulons pouvoir définir les droits et les obligations de chacune des parties, il est dès lors évident que nous ne pouvons pas nous contenter de définir les conséquences juridiques de la convention préalable de vote ou de blocage. Il faut encore savoir si cette convention rentre dans la définition d'un des contrats déterminés du droit des obligations ou si elle doit, au contraire, être considérée comme un contrat *sui generis*.

Or, à cet égard, une distinction paraît s'imposer d'emblée.

Nous savons, en effet, que la convention préalable de vote est, soit unilatérale, soit bilatérale ou réciproque. Le propriétaire des actions dites liées peut s'engager, de manière unilatérale, à voter selon les instructions de son cocontractant, comme il peut aussi participer à un accord entre plusieurs ou même tous les actionnaires de la société, qui, les uns envers les autres, s'engagent réciproquement à voter dans le même sens.

Dans le premier cas, la convention unilatérale de vote peut poursuivre des buts très variés (permettre à un étranger d'exercer son influence personnelle dans la société, éluder une disposition impérative de la loi ou des statuts, etc.), mais elle met toujours en présence deux parties contractantes: d'une part, l'actionnaire lié qui assume l'obligation d'accomplir une certaine prestation de faire, dans l'intérêt de son cocontractant, et, d'autre part, ce cocontractant qui, en sa qualité de créancier, peut dicter ses instructions de vote.

Ainsi définie, la convention unilatérale de vote ne corres-

pond à aucun des contrats déterminés du droit des obligations. En particulier, il est impossible de la définir comme un mandat, au sens des articles 394 et suivants C.O., car l'actionnaire lié ne s'oblige pas à gérer l'affaire de son co-contractant, ni même à rendre des services¹⁷⁴. Il ne s'agit pas non plus d'une vente¹⁷⁵, ni d'un bail à ferme, ni même d'un contrat de travail¹⁷⁶.

Il faut dès lors admettre que la convention unilatérale de vote est un contrat *sui generis* dont les effets juridiques dépendent essentiellement de la volonté des parties contractantes et des règles générales du droit des obligations¹⁷⁷.

En revanche, lorsqu'il y a convention bilatérale ou réciproque de vote, combinée souvent avec un contrat de blocage, la doctrine admet avec raison que les parties contractantes sont liées par un contrat de société simple¹⁷⁸.

Il est évident en effet que, en prenant réciproquement les uns envers les autres, l'engagement de voter dans le même sens et de ne pas céder leurs actions sans l'accord des autres, les actionnaires, unissent leurs efforts en vue

¹⁷⁴ Cette constatation est importante; elle nous permet d'exclure l'application de la disposition impérative de l'article 404 C.O., de sorte que l'actionnaire lié, n'étant pas mandataire, n'a pas la faculté de se libérer en tout temps de son engagement.

¹⁷⁵ Il est vrai que l'on parle parfois d'achat de voix (*Stimmenkauf*); mais ce terme est évidemment impropre. A cet égard nous devons remarquer que l'achat de voix, interdit formellement en droit allemand, est considéré en Suisse comme immoral et par voie de conséquence nul en application de l'article 20 C.O. Cf. WOLFHART BÜRGI, ad Art. 692, note 33; FRITZ VON STEIGER, Legitimationsübertragung, Abstimmungsvereinbarungen und Stimmenkauf, SAG 1941-1942, pp. 12 ss.

¹⁷⁶ Cf. RUDOLF STUBER, Aktionär-Consortien, thèse de Zurich 1944, p. 21.

¹⁷⁷ Dans certains cas, ce contrat *sui generis* peut évidemment être combiné avec un autre contrat.

¹⁷⁸ Cf. notamment WOLFHART BÜRGI, ad Art. 692, note 35; FRITZ VON STEIGER, Recueil des travaux de l'Association Henri Capitant, volume X, Paris 1959, pp. 274 et 275; RUDOLF STUBER, thèse de Zurich 1944, pp. 21 et ss.

d'atteindre un but commun au sens de l'article 530 alinéa 1 C.O.¹⁷⁹.

Tel est le cas, en particulier, du syndicat d'actionnaires (de majorité ou de minorité) comme aussi de l'accord qui donne à l'entreprise sociale le caractère d'une société anonyme de famille.

Dans le cadre de ces accords, les droits et les obligations de chacun des actionnaires liés dépendent donc, d'abord, du contrat lui-même, c'est-à-dire de la volonté des parties contractantes et, ensuite, des dispositions des articles 531 et suivants C.O.

Or, parmi ces dispositions, il en est une qui nous paraît importante, car elle peut être lourde de conséquence: il s'agit de l'article 534 alinéa 2 C.O.

Dans la convention réciproque de vote, chacun des actionnaires prend d'avance l'engagement de voter dans le sens qui, avant chaque assemblée générale sera fixé par le consortium. Cet engagement ne paraît pas grave lorsque, selon la règle prévue par l'article 534 alinéa 1 C.O., la

¹⁷⁹ Parfois, notamment dans les sociétés anonymes de famille, le contrat qui lie tous les actionnaires confère à certains d'entre eux ou à chaque groupe d'actionnaires un droit de représentation au conseil d'administration. On peut alors se demander s'il n'y a pas, combiné avec le contrat de société, un contrat de garantie au sens de l'article 111 C.O.

En particulier, dans l'affaire qui a fait l'objet d'une sentence arbitrale du 23 janvier 1954 (voir supra, note 38), l'une des parties avait soutenu ce point de vue; selon elle les signataires du contrat de fondation avaient, dans le chiffre V de ce contrat, garanti une certaine attitude (*ein bestimmtes Verhalten*) de la société anonyme.

Rejetant cet argument le Tribunal arbitral a déclaré que les administrateurs sont élus à l'assemblée générale qui n'est pas la société anonyme, mais seulement l'un de ses organes. En stipulant le chiffre V, les signataires du contrat de fondation se sont engagés, comme actionnaires, à exercer leur droit de vote conformément aux dispositions de cette clause contractuelle.

Il y a donc, selon le Tribunal arbitral, convention préalable de vote (*Abstimmungsvereinbarung*), ce qui exclut l'existence d'un contrat de garantie au sens de l'article 111 C.O.

décision du consortium doit être prise à l'unanimité, car l'actionnaire lié ne s'oblige ainsi à voter que dans le sens qu'il accepte lui-même.

Mais il est beaucoup plus dangereux lorsque, en vertu de l'article 534 alinéa 2 C.O., une décision prise à la majorité lie tous les membres du consortium. Ce danger est d'ailleurs double.

D'une part, un actionnaire peut ainsi se voir obligé de voter dans un sens qu'il n'a pas accepté et, d'autre part, la majorité se comptant par tête, un gros actionnaire court toujours le risque d'être majorisé au sein du consortium et par voie de conséquence de devoir disposer de ses nombreuses voix à l'assemblée générale en faveur d'une proposition imposée par les autres membres du syndicat.

28. Enfin, nous devons remarquer que la durée de ces accords sur l'exercice des droits sociaux est extrêmement variable.

Lorsque l'actionnaire lié s'engage à voter dans un sens déterminé à l'occasion d'un scrutin particulier, pour l'élection d'une personne déterminée au conseil d'administration, pour ou contre une proposition particulièrement importante (proposition de dissolution, de modification des statuts, d'augmentation du capital social etc.), il est évident que le contrat de vote prend fin par son exécution, car l'actionnaire conserve son entière liberté pour toutes les autres questions soumises à l'assemblée générale. Cela ne pose donc aucun problème particulier.

Mais, dans la grande majorité des cas, l'engagement n'est pas limité à un seul scrutin. Il lie l'actionnaire pour certaines catégories de décisions¹⁸⁰ ou même pour toutes les

¹⁸⁰ Dans le cadre de la société E. Klipfel & Co AG., par exemple, les actionnaires s'étaient engagés entre eux à ne prendre qu'à l'unanimité les décisions importantes visées aux articles 648 et 649 C.O. Voir Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1950, pp. 54 et ss.

questions soumises à l'assemblée générale¹⁸¹. Surtout si elle est combinée avec un accord de blocage, la convention préalable de vote suppose l'écoulement d'un temps plus ou moins long.

C'est alors que se pose le problème de la durée du rapport contractuel, problème qui n'est pas seulement théorique¹⁸² et qui, par ailleurs, doit être envisagé sous un double aspect.

En effet, il s'agit, d'abord, de fixer le temps pendant lequel les parties contractantes demeurent liées : la convention est-elle, en fait et en droit, conclue pour une durée déterminée ou, au contraire, pour une durée indéterminée ?

Il est évident que, dans leur accord de vote ou de blocage, comme dans tout autre contrat en l'absence de disposition impérative de la loi, les parties ont toute liberté pour fixer la durée de leurs obligations. Elles peuvent prévoir un terme ou un délai fixes, avec ou sans reconduction tacite¹⁸³, mais elles peuvent aussi se lier pour toute leur vie.

Cependant, l'expérience montre que, le plus souvent, les conventions de vote ou de blocage sont muettes sur ce point.

Or, il paraît nécessaire de rappeler qu'un contrat n'est pas illimité dans le temps, c'est-à-dire conclu pour une durée indéterminée, dès le moment où les parties contractantes ont négligé de fixer la date de la fin de leur rapport contractuel.

Dans ce domaine, la volonté réelle des parties est décisive. En ne réglant pas expressément la question de la durée du contrat, on peut avoir eu la volonté de se lier pour un temps déterminé que l'on a jugé inutile de préciser ; on peut, au contraire, avoir voulu exclure précisément toute limitation dans le temps et, de ce fait, conclure pour une durée

¹⁸¹ Voir à titre d'exemple, l'arrêt du Reichsgericht du 17 juin 1939, R.G.Z. volume 161, pp. 296 et ss. (cf. supra, note 56).

¹⁸² En fait, il s'est posé, de manière concrète, dans plusieurs des affaires que nous avons citées à titre d'exemples (voir supra, notes 38, 56 et 57).

¹⁸³ Voir à titre d'exemple, la convention citée (supra, note 59), conclue pour une période de 15 ans, puis prolongée à 19 ans.

indéterminée; on peut encore avoir tout simplement ignoré le problème et n'avoir eu, à ce sujet, aucune volonté précise, ni dans un sens, ni dans l'autre.

C'est donc une question d'interprétation de la volonté des contractants que de savoir si une convention de vote ou de blocage a été conclue pour une durée déterminée ou, au contraire, pour une durée indéterminée. Il n'est pas possible d'adopter, dans ce domaine, un principe absolu, applicable à toutes les conventions de vote ou de blocage, quelles que soient les circonstances de chaque cas d'espèce.

Cela ne signifie pas, cependant, qu'il soit impossible d'admettre, selon l'expérience de la vie, une présomption relative en faveur de telle ou telle solution.

On pourrait, à cet égard, penser que l'actionnaire, s'il ne limite pas expressément son engagement dans le temps, accepte tacitement de se lier, et de lier ses successeurs après lui, aussi longtemps que l'exercice des droits sociaux attachés à ses actions est possible, c'est-à-dire pour toute la durée de la société anonyme elle-même.

Il paraît tout de même excessif d'adopter, à titre de présomption, cette solution, car elle aurait pour conséquence de lier l'actionnaire au delà de ce qu'on peut raisonnablement demander de lui.

En revanche, on doit pouvoir adopter la présomption suivante, qui paraît plus raisonnable et mieux correspondre à l'expérience de la vie: en prenant un engagement de vote sans le limiter dans le temps, l'actionnaire peut dans la règle, et sauf circonstances particulières, être réputé avoir accepté de rester obligé aussi longtemps qu'il est membre de la société anonyme, c'est-à-dire aussi longtemps qu'il conserve son droit de propriété sur les actions liées¹⁸⁴.

On doit, en tout cas, admettre cette solution lorsque la convention de vote n'est pas complétée par un contrat de

¹⁸⁴ On peut même dire qu'en devenant propriétaire des actions liées, l'héritier reprend à sa charge les obligations découlant du contrat de vote et de blocage.

blocage, car, dans ce cas, en laissant intact le droit au libre transfert des actions, la convention donne elle-même à l'actionnaire lié la possibilité de se délier de son engagement de vote en cédant à autrui ses actions.

Mais on doit aussi admettre cette solution lorsque le contrat de blocage, qui complète la convention de vote, ne supprime pas complètement le droit de l'actionnaire de disposer de ses actions: s'il a la possibilité de céder ses actions, il peut ainsi perdre la qualité de membre de la société et, par voie de conséquence, se libérer de ses obligations contractuelles¹⁸⁵.

Dans ces deux cas, il est possible, dès lors, d'interpréter le silence des parties contractantes dans le sens d'une limitation dans le temps de la convention de vote et de blocage. Aussi longtemps qu'il est membre de la société anonyme, le propriétaire des actions liées demeure obligé, mais, dès le moment où il perd la qualité d'actionnaire (sauf s'il a précisément violé la convention de blocage), il est délié de son engagement.

Dans ce sens, la convention est donc conclue pour une durée déterminée¹⁸⁶.

En revanche, si le contrat de blocage supprime complètement le droit de l'actionnaire au transfert de ses actions, ce qui, en fait, est rare, on doit alors définir l'accord comme un contrat conclu pour une durée indéterminée.

Mais le problème de la durée de la convention de vote et de blocage doit encore être envisagé d'un autre point de vue: il s'agit de dire maintenant si, et dans quelles conditions, il existe un droit de résiliation anticipée.

¹⁸⁵ La plupart des contrats de blocage donnent à l'actionnaire le droit de céder ses actions lorsque ses cocontractants ne font pas usage de leur droit de préemption.

¹⁸⁶ Il est intéressant de remarquer que, dans trois consultations différentes, trois spécialistes du droit des sociétés ont expressément admis cette solution à titre de présomption.

C'est aussi l'opinion de la majorité du tribunal arbitral qui a prononcé la sentence arbitrale du 23 juin 1954 (voir supra, note 38).

A cet égard, une distinction s'impose.

Tout d'abord, lorsque le contrat est conclu pour une durée déterminée, il est en général admis que les parties contractantes ne disposent pas d'un droit inconditionnel de résiliation. Au contraire, sauf clause expresse contraire, chacun des actionnaires liés demeure obligé pendant toute la durée du contrat et, par voie de conséquence, il n'a pas la possibilité de se libérer de ses obligations par simple résiliation unilatérale du contrat.

Il convient, cependant, de réserver deux cas exceptionnels: dans le premier, en vertu de l'article 545 chiffre 7 C.O., lorsqu'il s'agit d'un contrat de société, ou en vertu des principes généraux du droit et notamment du principe de la bonne foi, lorsque la convention doit être définie comme un contrat *sui generis*, chacune des parties contractantes peut mettre fin au rapport contractuel s'il existe de justes motifs de dénoncer l'accord. Et, dans le second cas, pour éviter de prononcer la nullité du contrat lui-même (selon l'article 20 C.O.), un droit de résiliation moyennant un délai convenable doit aussi être reconnu en faveur de la partie qui s'est engagée pour une durée déterminée, mais jugée excessive, c'est-à-dire contraire au principe de l'article 27 C.C.S.

Enfin, lorsque le contrat est conclu pour une durée indéterminée, la disposition de l'article 546 C.O., dans le cadre du contrat de société, c'est-à-dire pratiquement dans les conventions réciproques de vote et de blocage réputées conclues pour une durée indéterminée, confère à chacun des consorts le droit de dénoncer l'accord moyennant un préavis de 6 mois.

En revanche, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral¹⁸⁷, un droit de dénonciation inconditionnel ne peut pas

¹⁸⁷ « . . . si le défendeur s'était lié pour une durée indéterminée sans avoir la possibilité de reprendre sa liberté commerciale, il aurait limité celle-ci d'une façon incompatible avec le principe de l'article 27 C.C.S. et son engagement serait nul, aux termes de l'article 20 C.O. Or, dans la mesure du possible, il faut éviter de

être présumé dans tous les contrats de longue durée; mais il devra l'être pour justes motifs et aussi pour atteinte immorale au principe de la liberté économique, en vertu de l'article 27 C.C.S.

Nous devons, d'ailleurs, remarquer que, dans tous les cas où le problème s'est posé de manière concrète, la dénonciation de la convention de vote et de blocage n'a pas été admise.

CONCLUSION

29. La nature contractuelle ou institutionnelle de la société anonyme – 30. Thèses générales

29. 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 la société anonyme 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 anonyme de famille 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 peut pas les ignorer.

supposer que les parties ont eu l'intention de conclure un contrat qui se révèle nul.

«D'autre part, on ne peut pas non plus, comme le fait VON TUHR (tome II, p. 562, rem. 51), admettre qu'il y ait lieu de présumer, pour tous les contrats de longue durée, un droit implicitement convenu de dénonciation, qui pourrait s'exercer moyennant un délai convenable; on ne peut en tout cas poser cette règle comme un principe général. . .»

Arrêt Schweizerischer Tabakverband contre Schmuklersky, du 11 février 1936, ATF 62 II pp. 32 et ss., J.T. 1936 I pp. 354 et ss., notamment 358.

Qu'on le veuille ou non, il n'est pas possible de nier ce fait d'expérience. Dans la vie moderne, les 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 souvent nécessaire, modifient en fait, de manière profonde, la structure de nombreuses sociétés anonymes.

En particulier, ces accords créent, entre tous les actionnaires ou entre plusieurs d'entre eux, des rapports personnels. Or, dans la conception classique, on a toujours considéré l'absence de rapports personnels entre les membres comme l'un des traits caractéristiques de la société anonyme, définie comme le type même de la société de capitaux.

Il s'agit donc de préciser, dans la mesure du possible, le rôle que ces accords entre actionnaires peuvent jouer dans le débat, toujours actuel, qui oppose la théorie contractuelle à la théorie institutionnelle, au sujet de la nature juridique de la société anonyme.

La preuve de l'existence de ces accords personnels, de nature essentiellement contractuelle, dans de nombreuses sociétés modernes, n'apporte-t-elle pas un argument de poids en faveur de la théorie contractuelle ?

On sait que cette théorie (*Gesellschaftstheorie*)¹⁸⁸ voit dans le contrat de société le fondement juridique de la société anonyme. Les actionnaires, comme les membres de toute autre société, sont liés entre eux et avec la société, en vue de la réalisation d'un but commun. Chacun d'eux a des droits et des obligations à l'égard de la société comme aussi à l'égard de ses coassociés ; il a, en particulier, un devoir de fidélité au but commun.

Dans ce sens, le Tribunal fédéral a déclaré dans son arrêt du 29 juin 1943 :

¹⁸⁸ Dans une étude récente, WERNER VON STEIGER a développé, de manière très claire et objective, les arguments en faveur de la thèse contractuelle.

Betrachtungen über die rechtlichen Grundlagen der Aktiengesellschaft, Z.B.J.V. 1955^{bis}, pp. 334 et ss.

«... Le principe de l'égalité de traitement des actionnaires ressort directement de l'ensemble de ces dispositions légales. C'est un principe général de droit non écrit; il est inhérent à la nature même de la société anonyme, car les sociétés commerciales qui, comme les sociétés anonymes, sont des personnes morales n'en restent pas moins des sociétés, c'est-à-dire des institutions fondées sur un contrat par lequel les associés, soit les actionnaires, unissent leurs efforts en vue d'un but commun. Or, une telle collaboration n'est concevable que si tous les associés sont en principe traités de la même façon...»¹⁸⁹.

Les partisans de la théorie institutionnelle (*Körperschaftstheorie*)¹⁹⁰, niant l'existence de rapports personnels entre les actionnaires¹⁹¹, affirment, au contraire, que la société anonyme est une «institution»¹⁹², c'est-à-dire un

¹⁸⁹ Arrêt *Verwaltungsgesellschaft Affida contre Schweizerisch-Amerikanische Elektrizitätsgesellschaft*, ATF 69 II pp. 246 et ss., J.T. 1944 I pp. 45 et ss., notamment 47.

¹⁹⁰ Pour la définition de cette théorie, voir WERNER VON STEIGER, op. cit., et JACQUES ZUMSTEIN, *Du caractère institutionnel de la société anonyme*, thèse de Lausanne 1954, notamment pp. 35 et ss.

¹⁹¹ Dans le désir de pouvoir plus librement défendre la théorie institutionnelle, JACQUES ZUMSTEIN prétend que les dispositions sur la société anonyme devraient être essentiellement appliquées à la seule grande entreprise économique, non à la société commerciale ou industrielle, de moyenne ou petite importance, groupant quelques membres seulement qui participent tous, plus ou moins directement, à l'activité sociale. Cf. thèse, p. 49.

Faut-il rappeler que, précisément, dans l'économie suisse, ce sont ces sociétés de petite ou moyenne importance qui jouent le rôle le plus important, étant de loin les plus nombreuses ?

¹⁹² On sait que MAURICE HAURIOU, adversaire farouche du concept contractuel et de son application dans de nombreux domaines du droit, a employé, le premier, ce terme d'institution qu'il définit comme «une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes. . .» La théorie de l'institution et de la fondation (*Essai de vitalisme social*), Cahiers de la Nouvelle Journée N° 4, Paris 1925, p. 10 (cité par WERNER VON STEIGER, Z.B.J.V. 1955^{bis}, p. 338, note 3).

organisme social, hiérarchisé et groupant plusieurs personnes en vue de réaliser une œuvre commune, appelée «idée» commune.

Il faut aussi remarquer que le débat sur la nature, contractuelle ou institutionnelle, de la société anonyme n'est pas seulement théorique. Selon que l'on adopte l'une ou l'autre de ces deux théories opposées, on doit résoudre, de manière différente, les principaux problèmes juridiques qui se posent dans le cadre de la société anonyme.

La théorie institutionnelle envisage les problèmes d'un point de vue plus abstrait et idéaliste. Elle considère que les actionnaires ne disposent pas de leurs droits sociaux pour satisfaire des intérêts individuels; ils doivent les exercer pour réaliser l'idée ou l'œuvre communes. Les partisans de cette théorie ont donc tendance à diminuer l'importance de la notion de droit acquis et à nier l'existence d'un devoir de fidélité. En somme, on arrive à cette idée que la société n'est pas créée par ses membres, pour satisfaire leurs intérêts communs, mais qu'elle existe en soi, pour réaliser son propre but, auquel les actionnaires sont subordonnés.

Au contraire, la théorie contractuelle, envisageant les problèmes d'un point de vue plus concret et proche de la vie, tient compte, là où ils existent réellement, des rapports personnels des actionnaires, entre eux et avec la société. En particulier, elle admet l'existence d'un devoir de fidélité, dont l'étendue et le contenu dépendent des circonstances¹⁹³.

Or, précisément, nous avons démontré que la convention préalable de vote et de blocage, notamment lorsqu'elle lie entre eux tous les membres de la société anonyme de famille, crée à la charge des actionnaires un devoir de fidélité plus étendu que dans les sociétés où les membres ne sont liés par

¹⁹³ Dans son étude sur la nature juridique de la société anonyme, WERNER VON STEIGER signale avec raison l'une des conséquences actuelles de la théorie contractuelle: en droits allemand et américain, on admet la responsabilité personnelle de l'actionnaire majoritaire ou dominant, lorsqu'il ne respecte pas son devoir de fidélité. Voir Z.B.J.V. 1955^{bis}, p. 365, note 1.

aucun accord et où, souvent, ils ne se connaissent même pas.

Nous arrivons donc à cette conclusion que la preuve de l'existence de ces accords, de nature contractuelle¹⁹⁴, dans de nombreuses sociétés, représente un nouvel argument en faveur de la théorie contractuelle, en plus de tous ceux que ses partisans ont déjà invoqués¹⁹⁵.

30. Au terme de cette étude, nous pouvons, conformément à l'usage, résumer ainsi notre position :

Thèses générales

1. Le phénomène de la conclusion d'accords portant sur l'exercice des droits d'actionnaire est fréquent dans le cadre de la société anonyme moderne; il doit être reconnu et admis comme un fait d'expérience.

2. Pratiquement, ces accords ne limitent pas l'usage de toutes les prérogatives sociales que la loi et les statuts confèrent à l'actionnaire: celui-ci peut s'engager à voter dans un sens déterminé à l'avance (convention préalable de vote, *Abstimmungsvereinbarung*); en outre, il peut aussi s'interdire de céder ses actions à autrui sans l'autorisation de ses cocontractants ou concéder à ceux-ci un droit de préemption

¹⁹⁴ Ce n'est évidemment pas directement en raison de la nature contractuelle de ces accords que nous admettons cette conclusion. Nous avons démontré, en effet, que ces accords ne jouent pas de rôle positif dans l'organisation juridique de la société anonyme. Mais l'existence de ces accords prouve que les actionnaires entretiennent souvent entre eux des rapports personnels et peuvent ainsi modifier profondément la structure de la société, ce que les partisans de la thèse institutionnelle ont toujours nié.

¹⁹⁵ Il ne nous appartient pas de résumer ici ces arguments. Voir à ce sujet, WERNER VON STEIGER, op. cit., 1955^{bis}, pp. 334 et ss.

Il est intéressant de remarquer que, même en France, les auteurs ne sont pas unanimement partisans de la thèse institutionnelle. Voir à ce sujet, JEAN MOLIÉRAC, Manuel des sociétés, tome II, Paris 1959, p. 119.

(contrat de blocage, avec clause d'agrément ou de préemption, *Sperrvertrag*).

3. L'engagement de vote ou de blocage peut lier tous les membres de la société anonyme, plusieurs d'entre eux ou même un seul actionnaire; il peut être unilatéral ou, au contraire, bilatéral ou réciproque.

4. La convention préalable de vote ou de blocage doit, en principe, être reconnue valable en droit suisse; il ne se justifie pas, de lege ferenda, d'adopter un principe de nullité.

5. De nature contractuelle, la convention préalable de vote ou de blocage ne lie pas la société anonyme; l'assemblée générale ou l'administration n'ont ni le droit, ni le devoir de faire respecter cette convention.

6. Cependant, la convention préalable de vote peut être frappée de nullité et vicier le vote émis en exécution de l'obligation qui en découle, lorsqu'elle est conclue dans le but d'éluder une disposition impérative de la loi ou des statuts ou qu'elle constitue un abus de majorité ou encore la violation d'un devoir de fidélité.

7. La convention préalable de vote ou de blocage ne peut pas faire l'objet d'une exécution forcée; pratiquement, les parties recourent fréquemment à des moyens indirects de contrainte (clause pénale, dépôt des actions, etc.).

8. En l'absence de toute précision dans la convention, le propriétaire des actions liées doit être réputé avoir accepté de demeurer obligé aussi longtemps qu'il conserve la qualité de membre de la société anonyme; la convention préalable de vote et de blocage est, dans la règle, et sauf disposition contraire, conclue pour une durée déterminée; l'actionnaire lié n'a pas un droit inconditionnel de résiliation.

BIBLIOGRAPHIE

- ASCHWANDEN GEORG, Der Erwerb der Mitgliedschaft bei der Aktiengesellschaft, thèse de Zurich, 1955.
- BEER MAX, Der Minderheitenschutz im Aktienrecht, thèse de Berne, 1944.
- BENOIT ARMAND, La représentation de groupes et de minorités d'actionnaires à l'administration des sociétés anonymes, thèse de Lausanne, 1956.
- BERGIER JEAN, L'abus de majorité dans les sociétés anonymes, thèse de Lausanne, 1933.
- CAMERLYNCK GUILLAUME, De l'intuitus personae dans la société anonyme, thèse de Paris, 1929.
- CAPITAINE GEORGES, Le statut des sociétés holdings en Suisse, ZSR 1943, pp. 1 a et ss.
- COPPENS PIERRE, L'abus de majorité dans les sociétés anonymes, thèse de Paris, 1945.
- FELDMANN HANS, Beschluß und Einzelstimme im schweizerischen Gesellschaftsrecht, thèse de Berne, 1954.
- FISCHER CURT EDUARD, Minderheiten-Vertreter im Aufsichtsrat, Neue Juristische Woche, 1958, p. 1265.
- FLATTET GUY, La dissociation des droits de l'action, Mélanges François Guisan, Lausanne, 1950.
- FRICK WILLY, Die Aktiengesellschaft mit besonderem Charakter und ihre Gründungsvoraussetzungen, thèse de Zurich, 1954.
- FRIEDLAENDER HEINRICH, Konzernrecht, 2^e édition, Berlin-Francfort, 1954.
- FROMER LÉON, Die Treuepflicht des Aktionärs, ZSR 1939, pp. 210 et ss.
- GLOOR MAX, Der Treuegedanke im Recht der Handelsgesellschaften, thèse de Zurich, 1942.
- GOLDSCHMIDT ROBERT, Grundfragen des neuen schweizerischen Aktienrechts, Saint-Gall, 1937.
- HAGMANN EUGÉNIE, Die Vertretung der Aktien in der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, thèse de Zurich, 1951.
- JÄGGI PETER, Ungelöste Fragen des Aktienrechts, S.A.G. 1958, pp. 57 et ss.

- JAGMETTI CARLO, Die Nichtigkeit von Maßnahmen der Verwaltung in der Aktiengesellschaft, thèse de Zurich, 1958.
- KUMMER MAX, Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, ZSR 1954, pp. 163 et ss.
- MIJALKOVIC VLADIMIR, Die wirtschaftliche und rechtliche Stellung des Kleinaktionärs, thèse de Berne, 1941.
- MOSER EDUARD, Die Ausübung des Aktienstimmrechts nach schweizerischem, sowie nach deutschem und italienischem Recht, thèse de Zurich, 1945.
- NAHRAT CHARLES, Das Stimmrecht des Aktionärs nach schweizerischem Recht, thèse de Berne, 1933.
- NEUBURGER ANDRÉ, De l'abus de pouvoir dans les sociétés anonymes, thèse de Paris, 1936.
- PERROUD JEAN, La condition de l'actionnaire, dans le droit privé au milieu du XX^e siècle, Paris, 1950, tome II, pp. 319 et ss.
- PETERS EGBERT, Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen, Archiv für civilistische Praxis, 1957, pp. 311 et ss.
- Recueil de travaux de l'Association Henri Capitant, volume X, Paris, 1959.
- Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, publié par le Ministère allemand de la Justice, Cologne, 1958 (avec exposé des motifs).
- ROSSEL JEAN, De l'actionnariat des collectivités publiques (économie mixte, gemischte Wirtschaft), Z.B.J.V. 1929, pp. 49 et ss.
- ROSSET P. R., Les tendances du nouveau droit des sociétés, Neuchâtel, 1938.
- RUFFIEUX PIERRE, Le droit des actionnaires d'être renseignés sur les affaires de la société anonyme, thèse de Fribourg, 1948.
- SCHLUEP WALTER RENÉ, Die wohlerworbenen Rechte des Aktionärs und ihr Schutz nach schweizerischem Recht, thèse de Saint-Gall, 1955.
- SECRETAN ROGER, L'assemblée générale, «pouvoir suprême» de la société anonyme (698 C.O.)?, S.A.G. 1958–59, pp. 153 et ss.
- STAUFFER WILHELM, Dürfen Schiedsgerichte Anfechtungsklagen nach Art. 706 OR beurteilen?, SJZ 1947, pp. 213 et ss.
- VON STEIGER FRITZ, Legitimationsübertragung, Abstimmungsvereinbarungen und Stimmenkauf, S.A.G. 1941–42, pp. 12 et ss.
- VON STEIGER WERNER, Die Rechtsverhältnisse der Holdinggesellschaften in der Schweiz, ZSR 1943, pp. 195 a et ss.

VON STEIGER WERNER, Betrachtungen über die rechtlichen Grundlagen der Aktiengesellschaft, Z.B.J.V. 1955^{bis}, pp. 334 et ss.

STEINER E., Aktienrecht und Stimmzwang, S.A.G. 1948–49, pp. 111 et ss.

STUBER RUDOLF, Aktionär-Consortien, thèse de Zurich, 1944.

WALDER ERNST, Unternehmer- und Publikumsaktionäre, thèse de Zurich, 1955.

WIELAND ALFRED, Zum Stimmrecht der vinkulierten Namenaktie, SJZ 1952, pp. 1 et ss., 17 et ss. ⁴

ZELLER MAX, Die Familien-AG. nach dem revidierten Obligationenrecht, thèse de Berne, 1940.

ZINKE WALTER, Der Stimmrechtsausschluß des Aktionärs in der Generalversammlung bei Interessenkollisionen nach deutschem und schweizerischem Recht, thèse de Zurich, 1939.

ZUMSTEIN JACQUES, Du caractère institutionnel de la société anonyme, thèse de Lausanne, 1954.