

AKTIONÄRBINDUNGSVERTRÄGE: EIN MITTEL ZUR PERSONALISIERUNG DER AKTIENGESSELLSCHAFT

Aktionärbindungsverträge sind ein vielfach genutztes Instrument, um personalistische Elemente in eine Aktiengesellschaft einzubringen. Ihre Wirksamkeit hängt von Aspekten ab, die den Vertragsparteien oft nicht bewusst sind.*

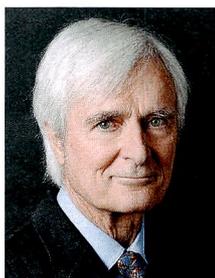
Trotz des Siegeszugs der GmbH in den letzten 25 Jahren ist die Aktiengesellschaft (AG) dank ihrer Flexibilität noch immer die dominierende Rechtsform – nicht nur für grosse, sondern auch für kleine und mittlere Unternehmen (KMU).

Die AG ist jedoch *strikt als Kapitalgesellschaft konzipiert*; nach einem ehernen Grundsatz des Aktienrechts kann der Aktionär statutarisch nicht zu persönlichen Leistungen verpflichtet werden (Art. 680 Abs. 1 *Obligationenrecht*, OR), und der Kreis der Aktionäre kann durch Übertragungsbeschränkungen nur beschränkt beeinflusst werden (vgl. Art. 685 ff. OR).

Inhalt des Aktionärbindungsvertrags (ABV). Das wichtigste Instrument zur Überbrückung der Kluft zwischen der kapitalbezogenen Struktur der AG und dem Bedürfnis nach *Personalisierung* ist der ABV. Der ABV ergänzt auf vertraglicher Basis die aktienrechtliche Ordnung, indem alle oder ein Teil der Aktionäre untereinander zusätzliche Rechte und Pflichten mit Bezug auf ihre Aktionärsstellung vereinbaren.

Zum *Inhalt* von ABV gehören etwa Regeln über die koordinierte Ausübung der Aktionärsrechte und insbesondere des Stimmrechts, Pflichten zu persönlichen Leistungen, aber auch Rechte auf entgeltliche Mitarbeit in der AG, Treuepflichten und Konkurrenzverbote, zusätzliche finanzielle Leistungspflichten, Erwerbsrechte und Veräusserungsbeschränkungen sowie Regeln zur Planung der Nachfolge in Familienunternehmen.

Im Idealfall sind die Statuten der AG und der ABV so aufeinander abgestimmt, dass sie *faktisch eine Einheit* bilden. Doch ist – und dies ist den Parteien eines ABV oft nicht bewusst – *rechtlich strikt* zwischen der Vertragsebene des ABV und der körperschaftlichen Ebene der AG *zu trennen*, mit Konsequenzen, die sich in Konflikten gravierend auswirken können:



PETER FORSTMOSER,
PROF. EM. DR. IUR.,
RECHTSANWALT, LL.M.,
ZÜRICH

→ Hält sich eine Partei nicht an den Vertrag, ist dies der AG gegenüber belanglos. Die in der GV abgegebenen Stimmen sind gültig, auch wenn mit der Stimmabgabe der ABV missachtet wird. → Veräussert ein Aktionär seine Aktien an einen Dritten, obwohl er durch den ABV verpflichtet gewesen wäre, diese den Mitaktionären anzubieten, ist die Veräusserung dennoch gültig. → Ein Erwerber von Aktien ist nicht ohne weiteres Partei des ABV und ist deshalb auch nicht an dessen Bestimmungen gebunden.

Risiken minimieren. Die Vertragsgestaltung kann diese Risiken minimieren. Als *einfachstes und zugleich wirksamstes Mittel* zur Absicherung erweist sich immer noch die *Konventionalstrafe*. Alternativ oder flankierend gibt es weitere Möglichkeiten, etwa die gemeinsame Hinterlegung der Aktien, die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters zur Ausübung der Stimmrechte, die Schaffung von Gesamteigentum oder die Begründung einer gemeinsamen Nutzniessung oder ihre Hinterlegung bei einem Treuhänder. Vertragliche Übertragungsbeschränkungen können – als Sicherheitsnetz – mit statutarischen so koordiniert werden, dass für die AG die Möglichkeit vorgesehen wird, die Anerkennung eines Erwerbers als Aktionär abzulehnen und die Übernahme der Aktien zum wirklichen Wert anzubieten (Art. 685 b Abs. 4 OR).

Neben den bereits erwähnten Regelungen und der Absicherung ihrer Durchsetzung, die als *pièces de résistance* in ABV regelmässig vorkommen, findet sich oft eine ganze Reihe weiterer Bestimmungen, etwa zu folgenden Fragen:

→ Wie soll die einheitliche Stimmrechtsausübung beschlossen werden (Durchführung einer Vorversammlung der Vertragsparteien, darin geltende Quoren, Stimmrechtsfreigabe für bestimmte Fälle etc.)? → Was soll mit dem Reingewinn der AG geschehen (Verhältnis zwischen Dividende und Reinvestition)? → Wie sollen der Verwaltungsrat und allenfalls die Geschäftsleitung bestellt werden? → Dauer des ABV, Regeln für die Beendigung bzw. die Weiterführung nach Ablauf der vorgesehenen Vertragsdauer, Kündigungsmöglichkeiten?

Viel Freiraum. Für die inhaltliche Ausgestaltung besteht viel Freiraum, da das schweizerische Recht keine gesetzliche Normierung der ABV kennt. Auch ist, trotz spärlicher Gerichtspraxis und einzelner Unsicherheiten, völlig unbestritten, dass ABV gültig und rechtlich erzwingbar sind. Lehre und Praxis haben in jahrzehntelanger Entwicklung Leitlinien aufgestellt, auf die man sich verlassen kann. ■

Anmerkung: *Co-Autor siehe französische Version, Seite 924. Umfassende Publikation mit zahlreichen Musterklauseln: Peter Forstmoser, Marcel Küchler, Aktionärbindungsverträge, Rechtliche Grundlagen und Umsetzung in der Praxis, 952 Seiten, Verlag Schulthess, Zürich (2015).

LE PACTE D'ACTIONNAIRES, UN MOYEN DE PERSONNALISER LA SOCIÉTÉ ANONYME

Le pacte d'actionnaires est un instrument utilisé pour introduire des éléments de personnalisation au sein d'une société anonyme. Son efficacité dépend d'aspects dont les parties n'ont souvent pas conscience*.

En dépit de la marche triomphale de la Sàrl au cours des 25 dernières années, la société anonyme (SA) demeure, grâce à sa flexibilité, la forme juridique dominante, non seulement parmi les grandes entreprises mais encore pour les PME.

La SA est pourtant *conçue comme une société de capitaux au sens strict*; selon un principe d'airain du droit de la société anonyme, l'actionnaire ne peut être tenu par les statuts à des prestations personnelles (art. 68o, al. 1 CO) et le cercle des actionnaires ne saurait être affecté que de façon limitée par des restrictions à la transmissibilité (cf. art. 685 ss CO).

Contenu du pacte d'actionnaires. Le principal instrument propre à combler le fossé entre la structure de capital de la SA et le besoin de *personnalisation* est le pacte d'actionnaires. Ce pacte complète le droit de la SA par une base contractuelle en ce sens que tous les actionnaires ou une partie d'entre eux conviennent de droits et d'obligations supplémentaires quant à leur statut.

Le pacte d'actionnaires contient par exemple des règles portant sur l'exercice coordonné des droits des actionnaires, notamment de leur droit de vote, sur leurs obligations de versement personnel ou financier, mais aussi sur leur droit à une collaboration rémunérée au sein de la SA, leur devoir de loyauté et de non-concurrence, les droits d'acquisition et les restrictions d'aliénation de titres, ainsi que la planification de la succession dans les entreprises familiales.

L'idéal est d'harmoniser les statuts de la SA et le pacte d'actionnaires de manière qu'ils forment une *unité de fait*. Toutefois – et c'est là un aspect dont les parties au pacte d'actionnaires n'ont souvent pas conscience –, il y a lieu de faire une *distinction juridique stricte* entre le niveau contractuel du pacte et le niveau corporatif de la SA, avec des conséquences qui peuvent être graves en cas de conflit:

→ Si l'une des parties ne s'en tient pas aux termes du pacte, c'est sans objet vis-à-vis de la SA. Les voix non conformes au contrat exprimées en assemblée générale seront valables.
→ Si un actionnaire cède ses actions à un tiers bien que le pacte l'oblige à les proposer à ses coactionnaires, cette aliénation sera réputée valable. → Un acquéreur d'actions n'étant pas nécessairement partie au pacte d'actionnaires, il n'est pas lié par ses dispositions.

Minimiser les risques. L'aménagement du pacte peut minimiser ces risques. Le *moyen le plus simple, qui est aussi le plus efficace*, consiste en la *pénalité conventionnelle*. Il existe des alternatives ou des mesures d'appoint, comme le dépôt commun des actions, la désignation d'un représentant commun pour exercer les droits de vote, la création d'une propriété commune ou d'un droit de jouissance collectif des actions, ou encore leur dépôt auprès d'un agent fiduciaire. Les restrictions contractuelles de transfert peuvent – tel un filet de sécurité – être combinées à des restrictions statutaires, de façon à prévoir pour la SA la possibilité de refuser de reconnaître un acquéreur comme actionnaire et de proposer la reprise des actions en cause à leur valeur réelle (art. 685b al. 4 CO).

Outre les régimes déjà évoqués et la garantie de leur exécution, qui constituent régulièrement des *pièces de résistance* dans le pacte d'actionnaires, on trouve souvent toute une série d'autres dispositions, par exemple à propos des questions suivantes:

→ comment décider de l'exercice homogène des droits de vote (tenue d'une assemblée préliminaire des parties au pacte, quorums à respecter, liberté de vote pour certains cas, etc.)?
→ Qu'advient-il du bénéfice net de la SA (rapport entre dividende et réinvestissement)? → Comment élire le conseil d'administration et nommer éventuellement la direction?
→ Durée du pacte d'actionnaires, résiliation ou reconduction du pacte à l'expiration de la durée contractuelle, possibilités de résiliation?

Un grand espace de liberté. La liberté d'aménagement du pacte sur le fond est grande car le droit suisse ne connaît aucune normalisation légale du pacte d'actionnaires. Il est par ailleurs tout à fait indéniable, malgré une maigre pratique judiciaire et un certain nombre d'incertitudes, que ces pactes sont juridiquement contraignants. La doctrine et la pratique ont, au fil des décennies, établi des lignes directrices auxquelles on peut se fier. ■

Traduction de l'allemand.

Note: *Co-auteur voir la version allemande, p. 922. Publication exhaustive et clauses type: Peter Forstmoser, Marcel Küchler, Aktionärbindungsverträge, 952 pages, Verlag Schulthess, Zurich (2015).



MARCEL KÜCHLER,
LIC. IUR., AVOCAT,
ZÜRICH