

Le mandat pour cause d'inaptitude dans le domaine entrepreneurial

**Fondation Notariat Suisse
Séminaire «Le mandat pour cause d'inaptitude»
du 6 septembre 2023**

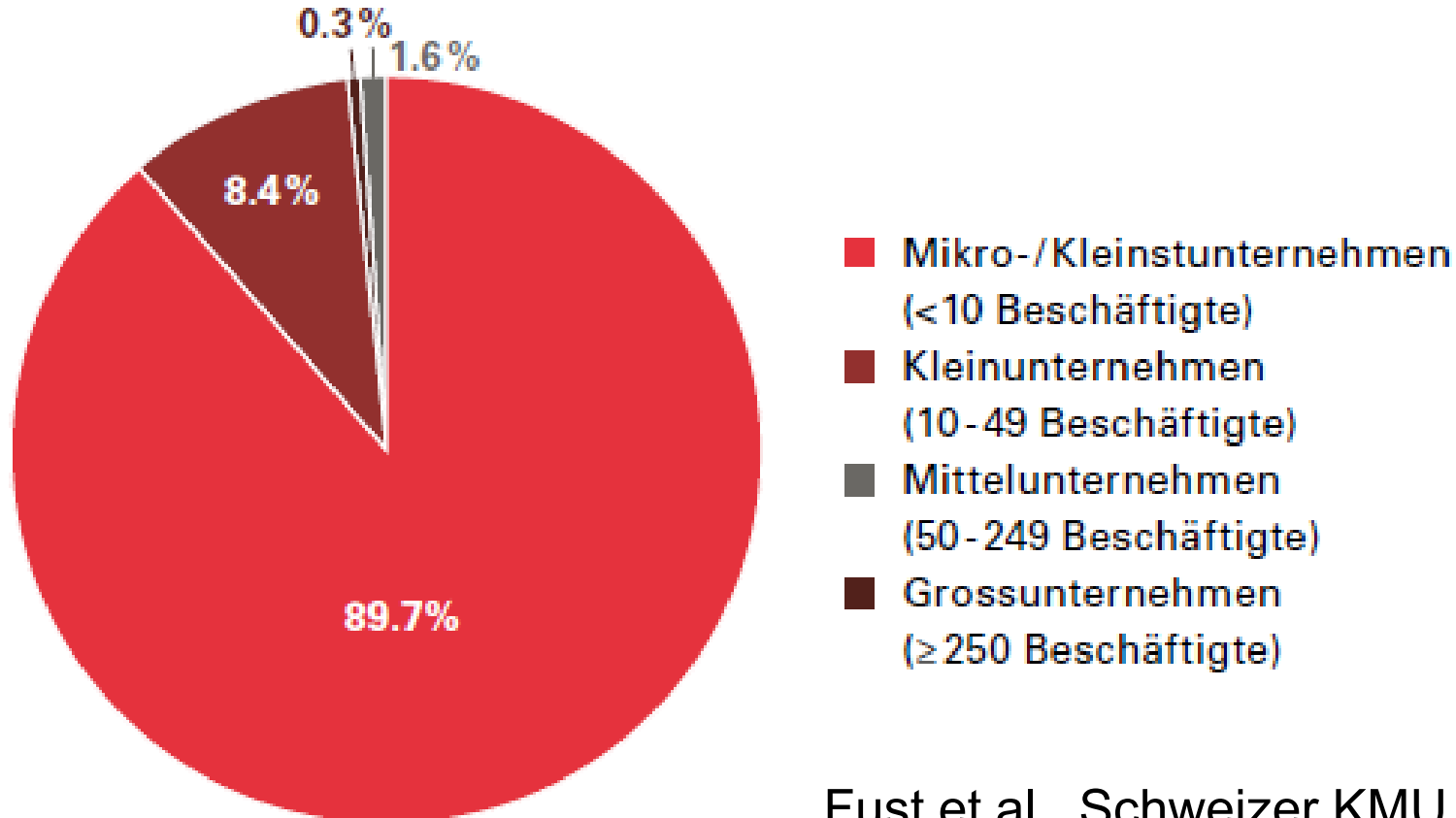
Prof. Dr Christiana Fountoulakis

Plan

- I. L'importance économique des PME
- II. L'anticipation d'une incapacité future de l'entrepreneur («check-list»)
 - I. L'entreprise individuelle
 - II. La société de personnes
 - III. La société anonyme
 - IV. Conclusions

L'importance économique des PME: 99.7% des entreprises en Suisse

Unternehmen nach Unternehmensgrösse



L'anticipation d'une incapacité future de l'entrepreneur

A quoi faut-il penser ?

- Assurer la continuation de l'entreprise
- Choisir la personne qui assurera la gestion de l'entreprise
- Régler les aspects économique du départ de la société (si l'entreprise est organisée sous forme de société)
- Régler la transmission de l'entreprise à un successeur

L'entreprise individuelle

– Quelques généralités –

- La forme la plus fréquemment choisie : 326'205 entreprises individuelles en 2022
- Entreprise individuelle signifie:
 - Une entreprise commerciale exploitée par son propriétaire en son nom propre et sous sa propre responsabilité (cf. CO 931)
- Obligation ou possibilité de l'inscription de l'entreprise au registre du commerce (cf. CO 931)

L'entreprise individuelle

– Quelques généralités –

- Avantages :
 - Simple à créer
 - Pas de capital minimum
- Désavantages :
 - Responsabilité illimitée
 - «indissociable de la personne de son propriétaire»

L'entreprise individuelle

– Anticiper une incapacité de discernement –

Plusieurs possibilités:

- Céder l'entreprise à un successeur : radiation de la raison individuelle au registre du commerce et inscription du nouveau propriétaire
 - À envisager si l'entrepreneur ne souhaite plus poursuivre son activité

L'entreprise individuelle

– Anticiper une incapacité de discernement –

Plusieurs possibilités (suite) :

- Changer la forme juridique de l'entreprise en une forme «dépersonnalisée» (SA ou autre société de capitaux)
 - Obstacles :
 - Prévoir un capital minimum
 - Prévoir des organes
 - Autres prescriptions à respecter: bilan, réserves, mesures en cas de surendettement
 - Avantages:
 - Responsabilité limitée à la fortune de la société
 - Dissociation du sort de l'entreprise de la personne de l'entrepreneur

L'entreprise individuelle

– Anticiper une incapacité de discernement –

Plusieurs possibilités (suite) :

- Prévoir une représentation dans la gestion de l'entreprise individuelle par une personne tierce
 - Fondé de procuration (CO 458 ss)
 - Pouvoirs : accomplir tous les actes «qui ne paraissent pas tout simplement exclus par le but de l'entreprise» (Tribunal fédéral)
 - Inscription au registre du commerce
 - Mandataire commercial (CO 462) : pouvoirs plus restreints
 - Pas d'extinction de ces pouvoirs en cas d'incapacité de discernement de l'entrepreneur (CO 465 II)

L'entreprise individuelle

– Anticiper une incapacité de discernement –

- Le fonctionnement de l'entreprise est ainsi garanti dans une mesure assez large
 - Mais :
 - Fondé de procuration ne peut pas prendre de décision stratégique (importante)
 - Activité du fondé de procuration n'est pas contrôlée (entrepreneur incapable ne peut pas limiter ou révoquer la procuration si nécessaire, cf. CC 17)
 - CO 397a : devoir d'annoncer l'incapacité de l'entrepreneur à l'APEA
- Il ne peut s'agir que d'une solution provisoire

L'entreprise individuelle

– Anticiper une incapacité de discernement –

- L'entreprise individuelle cesse-t-elle *ex lege* si l'entrepreneur devient incapable de discernement ?
- Question controversée
- Arguments en faveur d'une cessation *ex lege* :
 - Entrepreneur doit impérativement être en mesure d'exercer un contrôle sur l'activité commerciale et prendre des décisions sur le sort de l'entreprise
 - Contradiction si curateur/mandataire pour cause d'inaptitude gère l'entreprise alors que l'entrepreneur assume responsabilité illimitée

L'entreprise individuelle

– Anticiper une incapacité de discernement –

- Arguments contre une cessation *ex lege* :
 - Dissocier «gérance» et «responsabilité» (cf., p.ex., CO 718 II, 535 I en droit des sociétés)
 - Une cessation *ex lege* de l'entreprise ne correspond guère à la volonté de l'entrepreneur
 - Elle n'est guère judiciaire d'un point de vue économique (licenciements...)
 - Elle ne s'impose pas pour des raisons de protection des créanciers
 - Elle ne s'impose pas pour des raisons de protection de l'entrepreneur

L'entreprise individuelle

– Anticiper une incapacité de discernement –

Conclusions :

- La loi prévoit la possibilité d'une représentation dans la reprise d'une entreprise (pour le curateur, CC 416 I ch. 8)
 - *A fortiori* une représentation dans la gestion de celle-ci est-elle admise
 - Le mandataire pour cause d'inaptitude a, de par la conception du législateur, les mêmes compétences qu'un curateur (sans être soumis à l'obligation d'obtenir l'accord de l'APEA)
 - Mécanismes de contrôle et de protection de la personne incapable de discernement (pour le MPCl: CC 456, 368)
- Selon la loi, pas nécessaire que l'entrepreneur individuel assume impérativement la direction de l'entreprise seul

L'entreprise individuelle

– Le contenu du mandat pour cause d'inaptitude –

Le choix du mandataire :

- Conseiller de diviser le mandat en deux parties (gestion du patrimoine *privé* et gestion du patrimoine *commercial* de l'entreprise individuelle)
- Mandataire doit être une personne physique si l'entreprise est inscrite au registre du commerce (cf. art. 120, 1^{ère} phr. ORC)

L'entreprise individuelle

– Le contenu du mandat pour cause d'inaptitude –

Le choix du mandataire (suite) :

- Le mandataire sera inscrit au registre en tant que personne «habilitée ... à représenter» (art. 38 let. f ORC)
(*nota bene* : pas d'expérience pratique, pas de littérature à ce sujet)
 - Enquête menée auprès de 10 registres du commerce en Suisse → le mandataire sera sans autre inscrit au registre du commerce
- Principe de la réquisition de l'inscription (art. 16 ss ORC)
→ sur ordonnance de l'APEA (art. 19 ORC)

L'entreprise individuelle

– Le contenu du mandat pour cause d'inaptitude –

Les pouvoirs du mandataire :

- Prévoir une clause générale
 - P.ex.: «Le mandant doit continuer à gérer mon entreprise X pendant la durée d'une éventuelle incapacité de discernement et me représenter dans l'exercice de tous les droits et obligations qui y sont liés.»
- Énumération des pouvoirs de représentation importants (p.ex. relatifs à la modification du but de l'entreprise, à la modification de la forme juridique ou à la liquidation de l'entreprise)

L'entreprise individuelle

– Le contenu du mandat pour cause d'inaptitude –

Les pouvoirs du mandataire (suite) :

- Mandataire devra ég. pouvoir donner une procuration fondée sur CO 458 et limiter ou retirer de tels pouvoirs
- Important de ne pas limiter les pouvoirs du mandataire à la seule gestion de l'entreprise (car les questions qui tiennent au sort de l'entreprise seront alors décidées par un curateur et l'APEA, cf. CC 416 I ch. 8)
- Donner des instructions
 - Pas trop détaillées ni trop étroites, car les circonstances économiques ou juridiques peuvent changer

L'entreprise individuelle

– Le contenu du mandat pour cause d'inaptitude –

La reprise ou la dissolution de l'entreprise :

- La gestion de l'entreprise individuelle par le mandataire pour cause d'inaptitude doit être envisagée comme une solution transitoire (1-2 ans)
- Planifier la suite dans le mandat :
 - Habilitier le mandataire à transférer, modifier ou mettre fin à l'activité commerciale
 - Définir le moment dont ces décisions doivent être prises
 - Cas échéant, habilitier le mandataire à passer des «contrats avec soi-même»

L'entreprise individuelle

– Le contenu du mandat pour cause d'inaptitude –

Exemple:

«En cas de perte durable de ma capacité de discernement (incapacité de discernement pendant au moins un an confirmée par un médecin et avec une forte probabilité de persistance de l'incapacité de discernement), le mandataire est habilité et tenu de prendre des dispositions appropriées pour la succession de mon entreprise.

Je l'autorise à cet effet à accomplir tous les actes juridiques qui en découlent. Il pourra ainsi transférer les actifs de l'entreprise individuelle X à une autre personne ou entité juridique et requérir la radiation de l'entrepreneur individuel au registre du commerce, en respectant les instructions suivantes : [...].

L'entreprise individuelle

– Le contenu du mandat pour cause d'inaptitude –

Exemple (suite) :

«J'autorise notamment le mandataire à reprendre lui-même l'entreprise individuelle. Les instructions mentionnées précédemment s'appliquent également à ce cas, à savoir :

- le droit de transformer l'entreprise individuelle en une société de capitaux, en respectant les instructions suivantes : [...]
- le droit de cesser l'activité commerciale de l'entreprise individuelle sans la transférer à une tierce personne ou entité juridique, pour autant que deux ans après mon incapacité de discernement attestée par un médecin, aucun successeur n'ait été trouvé pour l'entreprise individuelle X. »

Les sociétés de personnes

– Le caractère personnel –

- Forme juridique relativement peu répandue (société en nom collectif: 8% des PME dans le secteur primaire)
- Caractère personnel: droits et obligations des associés déterminés en fonction de leur appartenance personnelle
- La survenance de certains événements personnels entraîne la dissolution de la société
- Notamment: CO 545 I ch. 3, 574 I: placement sous curatelle de portée générale d'un associé conduit à la dissolution de la société
 - Il faut y assimiler l'entrée en vigueur d'un mandat pour cause d'inaptitude
- Donc : la société en nom collectif est en principe dissoute lorsqu'un mandat pour cause d'inaptitude d'un associé entre en vigueur

Les sociétés de personnes

– Anticiper une incapacité de discernement –

- Possibilité toutefois pour les associés de prévoir dans le *contrat de société* :
 - Que la société sera maintenue et que l'associé sera représenté par son mandataire
 - Ou: maintien de la société sans l'associé incapable + droit à une indemnité de ce dernier (CO 580 II)
- Autre possibilité : convention passée entre les associés *restants* et le mandataire *après* dissolution de la société que la société sera maintenue et l'associé représenté par son mandataire

Les sociétés de personnes

– Anticiper une incapacité de discernement –

- *Mais* : représentation limitée par le mandataire (principe de la «Selbstorganschaft» → Mandataire ne peut pas représenter le mandant dans l'exercice des tâches de gestion de la société
- *Exception* : la société (= les autres sociétaires) peuvent mandater le mandataire pour cause d'inaptitude de gérer les affaires de la société (exige l'unanimité des associés) → mandat, CO 394 ss (possibilité de le résilier à tout moment, CO 404)
- *Donc* : Une planification pour cause d'inaptitude doit reposer sur un mandat pour cause d'inaptitude PLUS des dispositions prises dans le contrat de société !

La société anonyme

– Le caractère «dépersonnalisé» –

- Forme juridique souvent choisie, surtout dans le secteur industriel
- Caractéristiques :
 - Responsabilité de chaque actionnaire limitée à sa part du capital-actions (CO 620)
 - Dotée d'organes : assemblée générale (CO 698 ss), conseil d'administration (CO 718 ss), organe de révision (CO 728a)
 - Les droits d'actionnaire patrimoniaux et de participation se déterminent en fonction du nombre d'actions
 - Exception : actions à droit de vote privilégié, CO 693

La société anonyme

– Anticiper une incapacité de discernement –

Utilisation d'un mandat pour cause d'inaptitude :

- Si la SA est composée d'un seul actionnaire («le mandant pour cause d'inaptitude) et que celui-ci est en même temps le seul membre au conseil d'administration (CA) (CO 707, ORC 120): comment planifier l'éventualité d'une incapacité future?
- Pas de représentation du membre du conseil d'administration par une personne tierce («mandat ad personam», CO 68)
- Pas de possibilité de désigner un mandataire pour cause d'inaptitude comme représentant au sein du CA
- Exclu de conférer la qualité de membre du CA par mandat pour cause d'inaptitude

La société anonyme

– Anticiper une incapacité de discernement –

- Possibilité, pour un actionnaire, de se faire représenter dans l'exercice de son droit de vote (CO 689b I)
- Mandant pour cause d'inaptitude peut désigner une personne qui le représentera dans l'exercice de ses droits d'actionnaire, y compris ses droits de vote, et il peut formuler des instructions à ce sujet

La société anonyme

– Anticiper une incapacité de discernement –

- *Attention* : les statuts des SA dont les actions ne sont pas cotées en bourse (PME !) peuvent prévoir que la représentation d'un actionnaire dans l'exercice de ses droits d'actionnaire doit se faire par un autre actionnaire, CO 689d I
 - Cette limitation ne s'applique pas au représentant légal qui n'est pas actionnaire (Message «Révision du droit de la SA»), ce qui devrait ég. s'appliquer au mandataire pour cause d'inaptitude, mais mieux vaut préciser dans les statuts

La société anonyme

– Anticiper une incapacité de discernement –

- Instructions qui peuvent être données au mandataire pour cause d'inaptitude dans l'exercice du droit de vote de l'actionnaire incapable de discernement :
 - Si actionnaire unique :
 - S'élire lui-même, ou un tiers approprié (spécifier!), au CA
 - L'entrepreneur règle ainsi de manière indirecte ce qu'il ne peut faire de façon directe : de confier la direction de l'entreprise à son mandataire pour cause d'inaptitude (ou à un tiers, contrôlé par le mandataire)

La société anonyme

– Anticiper une incapacité de discernement –

- Si plusieurs actionnaires et que l'actionnaire incapable de discernement n'a pas la majorité des actions :
 - Pas de garantie que son mandataire soit élu au CA
 - *Possibilité 1*: prévoir des actions à droit de vote privilégiées, CO 693
 - Doit être prévu dans les statuts (majorité de 2/3 des voix et majorité des valeurs nominales des actions représentées, CO 704 I ch. 8)
 - *Possibilité 2*: les actionnaires s'engagent mutuellement dans une convention d'actionnaires de voter pour le mandataire prévu dans le mandat pour cause d'inaptitude des autres associés

La société anonyme

– Anticiper une incapacité de discernement –

Règlement du sort des parts dans la SA de l'actionnaire devenu incapable de discernement :

- Possibilités :
 - Autoriser le mandataire d'acheter les actions du mandant pour cause d'inaptitude (permettre ég. au mandataire de représenter le mandant dans des contrats qu'il conclut avec soi-même)
 - Prévoir des délais de carence de 1 à 2 ans (car possibilité que le mandant retrouve ses anciennes facultés mentales)

La société anonyme

– Anticiper une incapacité de discernement –

Règlement du sort des parts dans la SA de l'actionnaire devenu incapable de discernement (possibilités) (suite) :

- Dans des petites SA: S'engager, dans une convention d'actionnaires, à se désigner mutuellement comme mandataires pour cause d'inaptitude + rédiger mandat pour cause d'inaptitude respectif + régler les conséquences d'un manquement à l'engagement pris dans la convention
- En plus : prévoir un droit d'achat réciproque qui naît à partir d'une certaine date

Conclusions (1/3)

- L'entrepreneur dispose d'instruments relevant du droit des obligations, du droit des sociétés et du droit de la protection de l'adulte (mandat pour cause d'inaptitude) pour planifier la continuation de son entreprise au cas où il perdrait sa capacité de discernement
- Le degré de prévisibilité de l'avenir de l'entreprise et l'influence exercée sur celui-ci dépendent de la forme juridique de l'entreprise
- Dans le cas d'une *entreprise individuelle*, le mandat pour cause d'inaptitude (à lui seul) permet de planifier dans une grande mesure le sort de l'entreprise

Conclusions (2/3)

- S'il s'agit d'une *société en nom collectif* (ou une autre société de personnes), il convient de garder à l'esprit qu'en raison du caractère personnel de cette forme juridique, la mise en vigueur d'un MPCl entraîne en principe la dissolution de la société ; une solution visant à assurer la continuité de la société exige, outre un MPCl, la prise de dispositions au sein des associés (contrat de société)
- Si l'entreprise est organisée en *société anonyme*, un MPCl permet de désigner la personne qui représentera le mandant/actionnaire dans l'exercice de ses droits d'actionnaire (droit de vote notamment)
- L'élection du mandataire (ou d'un tiers désigné par le mandataire) au CA, par contre, exige, en principe, la majorité des actions entre les mains du mandant/actionnaire

Conclusions (3/3)

- Recommander de se concerter avec les autres actionnaires moyennant une convention d'actionnaires
- Par ailleurs, il peut être utile que les actionnaires d'une petite SA se nomment mutuellement mandataire pour cause d'inaptitude et qu'ils s'engagent à s'y tenir par le biais d'une convention d'actionnaires
- C'est par une telle convention également qu'ils régleront la succession dans les droits (patrimoniaux et idéaux) de l'actionnaire incapable de discernement