De la convention d'actionnaires…
… au mandat pour cause d'inaptitude

la *plus-value* du notaire pour l'entrepreneur

Isabelle Augsburger

Notaire et avocate

Neuchâtel

VUILLEUMIER VA AUGSBURGER

NOTAIRES NEUCHÂTELOIS

Plan de l'exposé

Généralités

I. Le notaire neuchâtelois… qu'est-ce que c'est?
II. Le notaire pour l'entrepreneur

La sphère commerciale ou professionnelle

III. La naissance, la vie et l'extinction d'une société
IV. La convention d'actionnaires ou la convention d'associés

La sphère privée

V. La planification successorale
VI. Le mandat pour cause d'inaptitude

Conclusion

I. Le notaire neuchâtelois… qu'est-ce que c'est?

Qui est-il ?

D'où vient-il?

Que fait-il?

Où va-t-il?

Qui est-il? D'où vient-il?

- Le notaire neuchâtelois est soumis à la **Loi sur le notariat** (LN), du 26 août 1996. La formation de notaire et l'exercice de la profession sont soumis à des conditions strictes.
- Ainsi, votre notaire…
  … est titulaire d'un **master** et d'un **bachelor universitaire** en droit suisse ;
  … a suivi un **stage pratique de deux ans**, dans une étude de notaire et au sein d'un service de l'administration cantonale ;
  … a subi à l'issue de celui-ci, un **examen étatique** ;
  … est assermenté par l'Etat, qui lui délivre un sceau ;
  … est soumis au **secret professionnel** protégé par la loi ;
  … est soumis à un **contrôle financier obligatoire** ainsi qu'à un **contrôle de son activité**;
  … est **pleinement responsable** de son activité ;
  … est tenu de renseigner les parties sur les conséquences des actes qu'elles signent;
  … est tenu de sauvegarder **équitablement** et **impartialement** les intérêts en cause ;
  … s'astreint à une formation professionnelle continue.

Que fait-il?

- Le notaire est votre **spécialiste** du droit en matière immobilière, successorale et commerciale.
- En toute discrétion, puisque **soumis au secret professionnel**, il vous accompagne lors **d'acquisition immobilière**, de transfert de votre bien immobilier à vos enfants, de planification hypothécaire, de **liquidation d'une succession**, de **constitution d'une société**, de **partenariat enregistré**.
- Il vous **conseille** en matière de planification successorale et lors de l'établissement de votre testament. Il **reçoit votre testament en dépôt** et vous garantit sa conservation et la procédure d'ouverture de vos dispositions successorales.
- Le notaire dresse les **actes authentiques** qui n'entrent pas dans les attributions des autorités et autres officiers publics. De plus, il est habilité à **légaliser votre signature**, à recevoir une déclaration sous serment, à délivrer des **copies certifiées conformes de documents** ainsi que toutes procurations authentiques ou attestations diverses.
- Le notaire effectue pour vous les **démarches nécessaires auprès des services administratifs publics et privés**, tels que le Registre foncier, le Registre du commerce, le géomètre cantonal, l'administration fiscale, les gérants d'immeubles, etc.
- D'une manière plus générale, le notaire vous renseignera en matière financière, juridique, administrative et fiscale. En cas de besoin, il collaborera avec d'autres spécialistes.

Où va-t-il?

Préoccupations sur l'avenir du notariat (latin) en Suisse

Exemple: Volonté fédérale de supprimer la forme authentique pour les constitutions de sociétés (SA et Sàrl) avec apport en espèces (constitution dites «simples»)

↳Est-ce vraiment dans l'intérêt des PME de ne plus avoir à croiser la route d'un notaire?

UNE VIE
SANS NOTAIRE,
C'EST VOUS
QUI EN FAITES
LES FRAIS
Notaires
de France

Sans Notaires
Bonjour la galère !

quand je serai grand
je serai notaire

II. Le notaire pour l'entrepreneur

Le notaire accompagne l'entrepreneur dans les étapes importantes de sa vie, privée et professionnelle (monopole de l'activité ministérielle), mais peut également l'aider à anticiper certaines de ces étapes ou à les personnaliser (conseil juridique, prévention, planification)

Sphère commerciale ou professionnelle

Sphère privée

La sphère commerciale ou professionnelle

III. La naissance, la vie et l'extinction d'une société

Selon le Code des obligations, les sociétés anonymes (SA) et les sociétés à responsabilité limitée (Sàrl), entre autres, ont l'obligation de faire appel à un notaire, à certaines étapes de leur vie.

Buts:

1. **protéger** les **fondateurs** et les **tiers** (créanciers et public)
2. **faire profiter** les personnes concernées des **informations** que le notaire est amener à leur fournir: **rôle d'information** et **de supervision**

Tout au long de la vie d'une société…

Naissance

↳**Acte constitutif** sous forme authentique

Croissance, développement, modification…

↳Augmentation, diminution, libération ultérieure du capital social

↳Modification du but, transfert de siège, etc. : Modification des statuts

⇨**Procès-verbal de l'AG** en la forme authentique

Extinction

↳Décision de liquidation de la société : **Procès-verbal de l'AG** en la forme notariée

Devoir d'information du notaire:

- Obligation de renseigner sur la validité juridique de l'opération et le bon déroulement de la procédure
- Conseil sur la régularité et le contenu des statuts
- Informer de la possibilité de pouvoir renoncer à un organe de révision (=opting out)
- Obligation d'informer les organes d'une société s'il constate une irrégularité dans leur manière de procéder (si nullité d'une décision = refus d'instrumenter)
- En relation avec la loi sur les Fusions (LFus), assurer la conformité de la procédure suivie avec la loi

⇨ **Le notaire assiste les organes sociaux dans la mise en œuvres des décisions prises**

Le notaire sera là également:

- Assister le conseil d'administration dans l'établissement et la tenue du **registre des actionnaires**
- Etablissement d'une **convention d'actionnaires** ou une convention d'associés (pour la Sàrl)
- Rappel aux fondateurs des **obligations** découlant du **droit du travail** et **du droit des assurances sociales**
- Vérification d'un processus, voire établissement d'un **contrat de vente d'actions** ou de parts sociales
- Mise en relation avec d'autres spécialistes (avocats, fiscalistes, fiduciaires, etc.)

IV. La convention d'actionnaires ou la convention d'associés

↳**Contrat** qui a pour objet **l'exercice des droits de l'actionnaires** ou des **engagements** auxquels s'oblige(nt) une ou plusieurs parties en sa (leur) qualité d'actionnaire(s) d'une société anonyme déterminée.

≠ **gentlemen's agreements** (= n'imposent pas d'obligations juridiques et ne prévoient pas de sanction pour garantir le comportement des parties; pas des contrats mais plutôt des engagements moraux à exercer les droits sociaux d'une certaine manière)

Plus concrètement…

- contrat par lequel l'actionnaire s'engage à faire ou ne pas faire ou s'abstenir de faire quelque chose en rapport avec les affaires d'une SA déterminée
- forme écrite en général (≠ acte notarié)
- pas déposée au Registre du commerce ⇨ caractère confidentiel
- peut lier tous les actionnaires d'une SA, ou un groupe d'actionnaires ou un seul actionnaire à un tiers (= contrat fiduciaire)

Aux clauses illicites ou sans effets juridiques!

Buts d'une convention d'actionnaires:

- Permet aux actionnaires de **former la volonté de la société**
  - Conventions de vote en assemblée générales
    - Consortium de majorité
    - Consortium de minorité
- Permet aux actionnaires de **déterminer la composition de l'actionnariat**
  - Droit de préemption (NB: pour une Sàrl, possible de le prévoir dans les statuts)
  - Obligation de suite (drag along)
  - Droit de suite (*take along*)
- Permet **d'assurer la pérennité d'une entreprise**
  - S'il s'agit d'une convention qui ne déploie des effets qu'à la mort du fondateur, alors ⇨ respect des conditions de validité et de forme des dispositions successorales

Quelques exemples de clauses:

- Clauses sur la durée et la fin de la convention d'actionnaires
- Clauses pénales permettant de garantir le comportement des actionnaires
  - Peines conventionnelles
  - Clauses d'exécution
  - Droit d'emption sur les actions de l'actionnaire qui a violé la convention
- Clauses relatives aux droits de vote
- Clauses relatives à la nomination des administrateurs
- Clauses liées au devoir de fidélité (- prohibition de concurrence)
- Clauses liées aux contributions de l'actionnaire (qui doit fournir une prestation)
- Clauses liées à la restriction de la transmissibilité des actions

Quelques exemples de clauses (suite):

- Clauses liées à l'acquisition d'actions et autres options sur titres
  - Droit d'emption
  - Droit de préemption
  - Obligation de rachat (*put option*)
- Clauses liées au droit de se renseigner sur les affaires de la société
- Clauses liées au droit à la convocation de l'assemble générale (consortium de minorité pour exercer ce droit)
- Clauses liées au droit de demander la dissolution de la société pour justes motifs (définition des justes motifs)
- Clauses liées au droits patrimoniaux
  - Répartition du dividende
  - Renonciation à un dividende
- Clauses d'élection de droit
- Clauses d'arbitrage

Rôle du notaire eu égard à la convention d'actionnaires:

↳ Rôle de conseil et de de supervision

- Examen des besoin de la société et des actionnaires
- Rédaction d'une convention
- Accompagnement de la société dans l'application de la convention

↳ Vérification de la légalité des clauses

La sphère privée

Parce que l'entrepreneur a une vie à côté de son travail…

Le notaire vous accompagne:

- Pour acheter, vendre ou donner un bien immobilier
- Pour conclure un contrat de mariage
- Pour conclure un partenariat enregistré de droit neuchâtelois
- Pour planifier votre succession
- Pour rédiger votre testament
- Pour rédiger votre mandat pour cause d'inaptitude
- Pour constituer un usufruit sur votre appartement en faveur de votre belle-mère, etc.

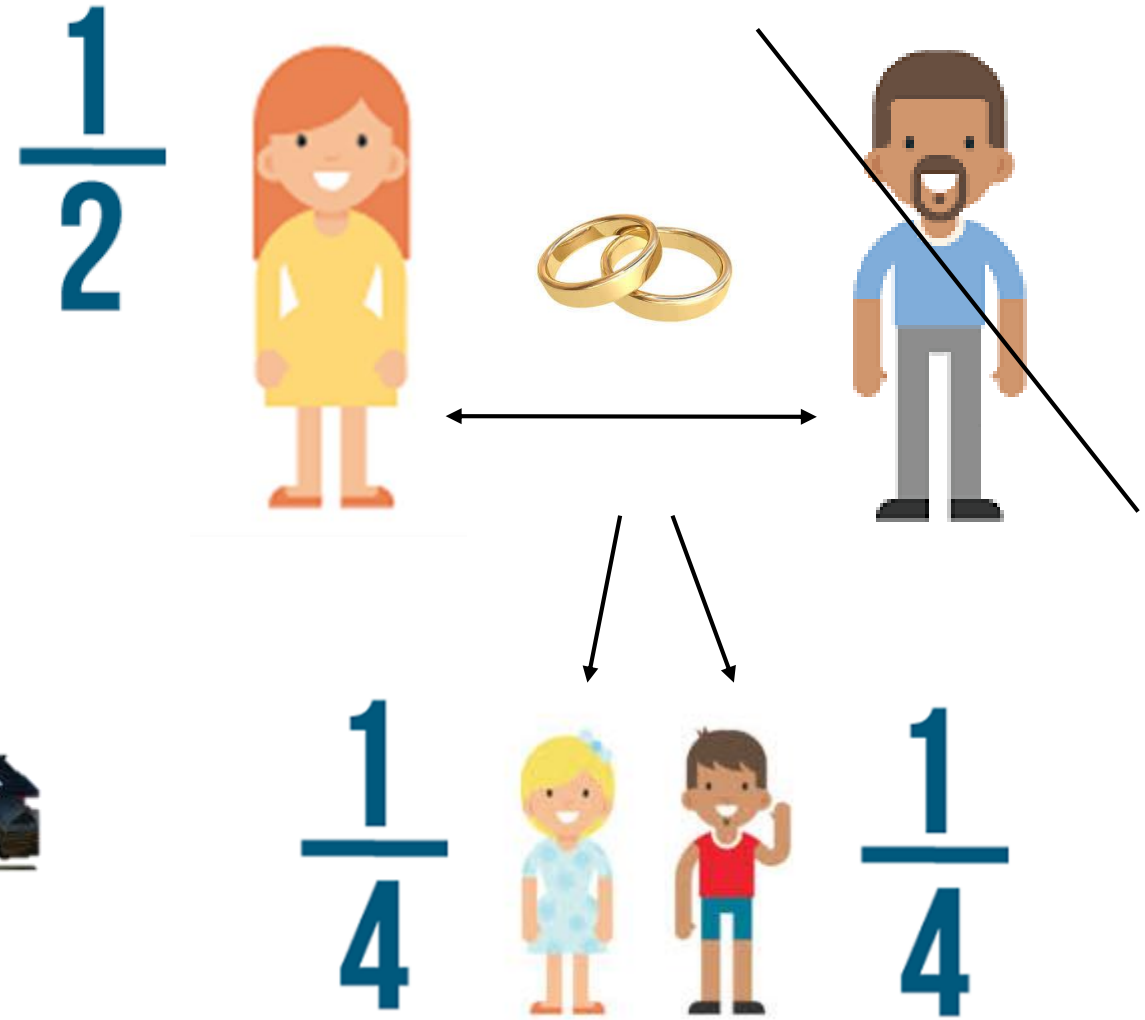
V. La planification successorale

Le notaire examinera votre situation familiale, votre situation patrimoniale et, en fonction de ce que vous souhaitez pour vous, pour vos proches et pour votre patrimoine, il vous proposera les solutions qui permettront d'atteindre vos objectifs, dans le respect des dispositions légales.

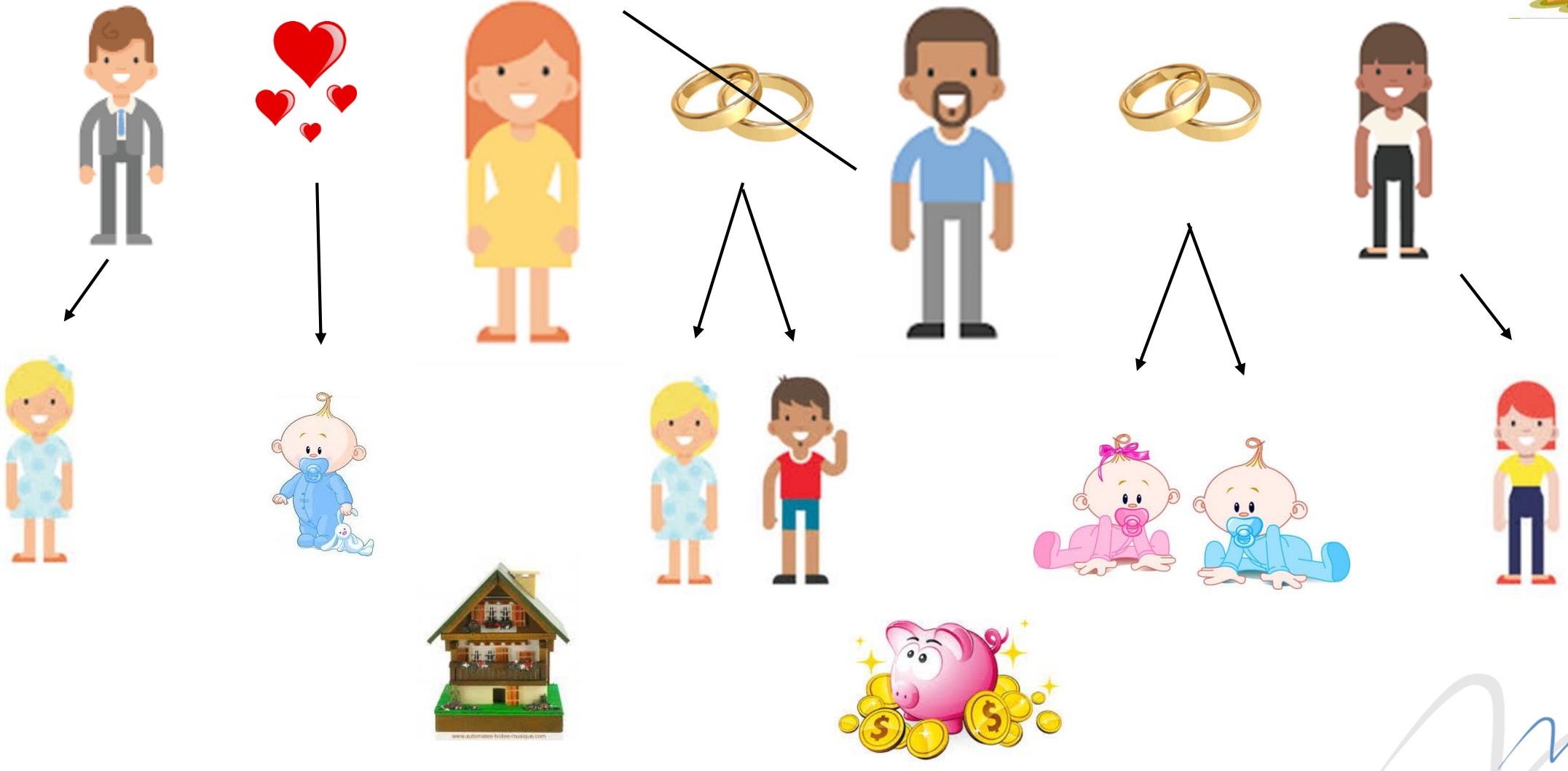
⇨**Chaque situation est différente, chaque famille est différente.**

⇨**Choisissez du «sur-mesure»!**

Le schéma classique…



Le vrai schéma classique en 2017…



Plusieurs outils de planification successorale:

Qui déploient des effets du vivant de la personne:

- Contrat de mariage: on agit sur la liquidation du régime matrimonial (divorce ou décès)
- Donation immobilière avec usufruit ou droit d'habitation en contepartie
- Avances d'hoirie

Qui déploient des effets au décès de la personne:

- Contrat de mariage
- Testament (olographe ou authentique)
- Pacte successoral (contrat entre le disposant et ses futurs héritiers potentiels)

Définissez où vous voulez arriver

Et votre notaire trouvera le chemin pour y arriver

- dans les limites de la loi
- En s'assurant de l'applicabilité légale et pratique des dispositions que vous avez prises

VI. Le mandat pour cause d'inaptitude

- Introduit dans le Code civil le 1er janvier 2013
- Mesure personnelle anticipée qui permet de régler sa propre prise en charge (assistance personnelle, gestion du patrimoine, représentation juridique) en cas de perte de la capacité de discernement.

⇨ ***«choisir son curateur à l'avance et lui fixer ses tâches»***

Rappel:

Capacité de discernement = faculté d'agir raisonnablement

- La capacité de discernement est en principe présumée selon l'expérience générale de la vie.
- Si déficience mentale ou troubles psychiques: incapacité de discernement présumée!

Conditions pour rédiger un MPCI:

- Exercice des droits civils (art. 360 et 13 CC)
- Majorité 18 ans révolus (art. 14 CC)
- Capacité de discernement (art. 16 CC)
- Absence de curatelle de portée générale (privative de l'exercice des droits civils)
- Forme: comme un testament, olographe ou authentique (mais pas besoin de témoin)

Pourquoi rédiger un mandat pour cause d'inaptitude?

Si je perds ma capacité de discernement (maladie, accident), qui va s'occuper de mes affaires?

En l'absence de mandat pour cause d'inaptitude et de curatelle, l'article 374 CC prévoit un **pouvoir de représentation du conjoint** ou du partenaire enregistré de droit fédéral, mais:

- Ne s'applique pas aux partenaires de droit cantonal neuchâtelois, ni aux concubins!
- Limité aux actes d'administration ordinaires. Les actes d'administration extraordinaires (CC 416 al. 1, par ex résilier un bail, renouveler un prêt hypothécaire, partager une succession, etc.) nécessitent l'accord de l'autorité de protection (CC 374 al. 3).

Buts et contenu du MPCI:

Le mandat pour cause d'inaptitude permet:

- La désignation d'un ou de plusieurs mandataire(s)
- de définir les tâches du mandataire
- de donner des instructions
- de fixer la rémunération et le remboursement des frais

Ceci, dans les domaines de l'assistance personnelle, de la gestion du patrimoine et de la représentation dans les rapports juridiques avec les tiers.

Dans tous les cas, il permet **d'éviter autant que possible l'application des mesures prévues d'office par la loi** en cas d'incapacité de discernement

⇨ notamment **échapper aux contraintes imposées au curateur pour la gestion des fonds** (Ordonnance sur la gestion du patrimoine dans le cadre d'une curatelle ou d'une tutelle, OGPCT, du 4 juillet 2012)

Au niveau pratique…

- Lieu de dépôt inscrit à l'état civil
- Révocable en tout temps (par un nouveau mandat, par un acte de révocation ou par la destruction si olographe)
- APEA examine la validité du mandat, les conditions de sa mise en œuvre et si d'autres mesures doivent être prises
- APEA délivre une attestation
- APEA fixe la rémunération du mandataire
- Fin du mandat par recouvrement de la capacité de discernement, par décès ou par décision de l'autorité

J’ouvre une parenthèse…..

…

Sur les **directives médicales anticipées**

Les directives médicales anticipées

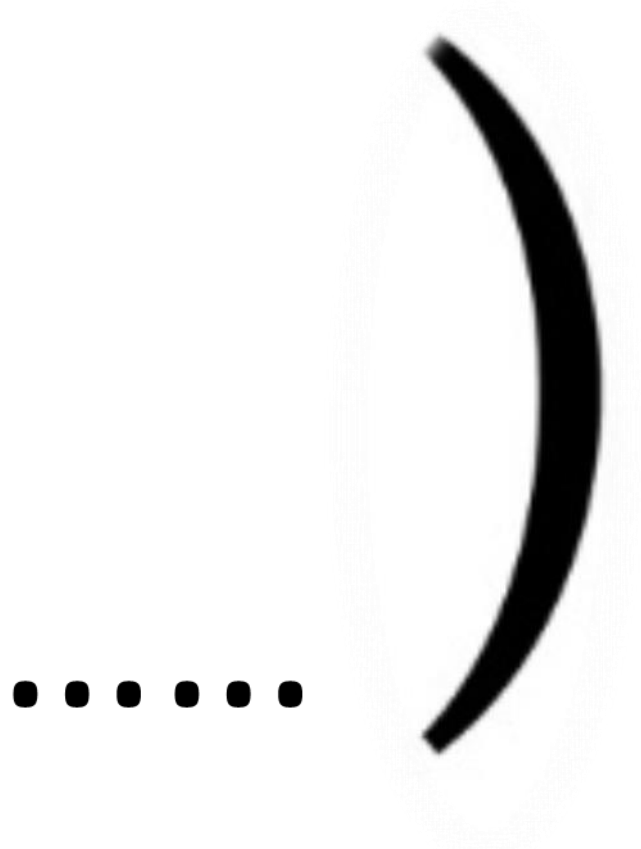
- Aussi mesures personnelles anticipées introduites dans le CC le 1er janvier 2013
- Forme: écrite, formulaire OK (date et signature manuscrite!)
- Droit strictement personnel, capacité de discernement suffit (mineurs et personnes sous curatelle limitant l'exercice des droits civils peuvent donc rédiger des directives anticipées)
- Permet:

  ↳ Détermination des traitements médicaux consentis et non consentis, donner des instructions

  ↳ Désignation d'une personne compétente pour prendre les décisions relatives aux soins à administrer (en principe, non rémunéré)

  = **représentant thérapeutique**
- Inscrite sur la carte maladie, en principe
- Modèle de formulaire site FMH ou … Prosenectute !

Je referme la parenthèse …



Conclusion

- Utilisez les possibilités d'organisation et de «maîtrise» de votre entreprise
- Utilisez les outils de planification patrimoniale et successorale offerts par la loi pour vous permettre d'être un entrepreneur serein
- Laissez-vous conseiller par un professionnel
- Mais prenez le temps d'y réfléchir, ne vous laissez pas imposer une solution qui ne vous correspond pas!
- Optez pour une solution sur-mesure!

Questions ?

Merci pour votre attention!

Isabelle Augsburger

Notaire et avocate

Etude Vuilleumier & Augsburger

Rue du Musée 6, CP 2247 Neuchâtel

contact@valegal.ch

www.valegal.ch

VUILLEUMIER VA AUGSBURGER

Chambre des notaires neuchâtelois

secretariat@notairesne.ch

www.notairesne.ch

NOTAIRES NEUCHÂTELOIS