



Publié le 26/06/2017

Sociétés commerciales contre sociétés d'exercice libéral

Depuis la « loi Macron », le type de structures professionnelles utilisables par les avocats s'est étendu aux sociétés commerciales de droit commun. La pratique commence à se saisir de cette opportunité et les questionnements sont de plus en plus nombreux, ce qui nous conduit à revenir sur ce sujet pour tenter de définir les avantages et inconvénients des deux types de structures.

L'article 63 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a permis aux avocats, huissiers de justice, notaires, avocats au conseil d'Etat et à la cour de cassation, commissaires-priseurs judiciaires, administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires d'exercer leur profession : *« soit à titre individuel [], soit au sein d'entités dotées de la personnalité morale, à l'exception des formes juridiques qui confèrent à leurs associés la qualité de commerçants. »*



Les experts comptables disposaient déjà de la possibilité de recourir aux sociétés commerciales de droit commun.

Mais la loi Macron n'a pas abrogé la loi 90-1258 du 31 décembre 1990 consacrée aux sociétés d'exercices libéral (SEL) lesquelles continuent donc d'exister.

Il est légitime de s'interroger sur l'intérêt d'opter pour l'un ou l'autre type de structure.

Pour chacune des professions concernées par l'ouverture aux sociétés commerciales, un décret est venu apporter des précisions concernant la mise en œuvre.

Pour les avocats, le décret n° **93-492 du 25 mars 1993** relatif aux SEL a été rendu applicable, pour la plupart de ses dispositions, aux sociétés commerciales (décret 2016-878 du 29 juin 2016).

On rappelle que **la règle de l'unicité d'exercice**, applicable aux associés de sociétés d'exercice libéral, a été abrogée par le décret n° 2016-878 du 29 juin 2016, de sorte que les deux types de structures sont à égalité sur ce point.

En revanche, l'exercice en société civile professionnelle ne peut être qu'exclusif (loi n° 66-879 du 29 novembre 1966, art. 4 et décret n°92-680 du 20 juillet 1992 art. 43).

Les principales dispositions applicables à l'exercice professionnel dans les deux types de structures sont les suivantes :

1. Modalités de constitution

Les formalités prévues en cas de constitution de SEL (art 4 à 9 du décret 25 mars 1993) sont applicables aux sociétés commerciales.

Il n'y a donc pas de différences substantielles sur ce point.

On notera toutefois que l'article 3 de la loi du 31 décembre 1990 et l'article 3 du décret du 25 décembre 1993 soumettent l'immatriculation de la SEL et sa constitution à son inscription au tableau, **alors que cette condition suspensive n'est pas applicable aux sociétés de droit commun.**

2. Composition du capital

La loi Macron a assoupli les règles de composition du capital des SEL.

Bien que le principe selon lequel la majorité du capital et des droits de vote doit être détenue par des avocats exerçant dans la société soit maintenu, la liste des exceptions à cette règle a été modifiée par l'article 6 de la loi du 31 décembre 1990.

Désormais, il est seulement impératif que la société comprenne, parmi ses associés, une personne exerçant la profession constituant l'objet social.

Il n'y donc pas de différence avec les dispositions applicables à la composition du capital des sociétés commerciales d'avocats, pour lesquelles il est précisé que : « Toute société doit au moins comprendre, parmi ses associés, un avocat remplissant les conditions requises pour exercer ses fonctions » (art 8 loi 71-1130 du 31 décembre 1971).

On retrouve dans les deux types de sociétés l'ouverture du capital à toute personne physique ou morale légalement établie dans un autre Etat membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou dans la Confédération suisse qui exerce, dans l'un de ces Etats, une activité soumise à un statut législatif ou réglementaire ou subordonnée à la possession d'une qualification nationale ou internationale reconnue et dont l'exercice constitue l'objet social de la société et, s'il s'agit d'une personne morale, qui répond, directement ou indirectement par l'intermédiaire d'une autre personne morale, aux exigences de détention du capital et des droits de vote prévues par la loi 90-1258 du 31 décembre 1990.

Les holdings SPFPL peuvent donc détenir indifféremment des titres de SEL ou de sociétés commerciales.

On notera toutefois que les dispositions concernant les ayants droit en cas de décès et les professionnels ayant exercé dans la société, lesquels sont en SEL autorisés à détenir des titres respectivement pendant cinq et dix ans (art 5 de la loi 90-1258), ne sont pas reproduites pour les sociétés commerciales.

Il semble donc que cette souplesse n'existe pas pour ces dernières.

3. Direction de la société

L'article 12 de la loi du 31 décembre 1990 pose un principe et une exception pour les SEL :

Les gérants, le président et les dirigeants de la société par actions simplifiée, le président du conseil d'administration, les membres du directoire, le président du conseil de surveillance et les directeurs généraux ainsi que les deux tiers au moins des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance doivent être des associés exerçant leur profession au sein de la société.

Ce principe ne trouve pas à s'appliquer lorsque la majorité des associés de la SEL n'exerce pas dans la société, ce qui est désormais permis par l'article 6.

Pour les sociétés commerciales d'avocat, il est seulement exigé par l'article 8 modifié de la loi du 31 décembre 1971 « qu'au moins un membre de la profession d'avocat exerçant au sein de la société soit membre du conseil d'administration ou du Conseil de surveillance de la société ».

Dans la mesure où il est peu vraisemblable que les avocats choisissent systématiquement la société anonyme pour exercer, on peut en conclure que la seule exigence sera que l'avocat exerçant dans la société possède au moins une action ou part sociale.

4. Responsabilité civile professionnelle

Exception notable au principe de la responsabilité limitée, l'article 16 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 précise que chaque associé répond sur l'ensemble de son patrimoine des actes professionnels qu'il accomplit, la société étant solidairement responsable avec lui.

Cette disposition n'est pas applicable dans le cadre d'un exercice en société commerciale d'avocats.

Il s'agit donc ici d'une différence substantielle, pouvant conduire, à elle seule, aux choix d'une structure commerciale de droit commun, dans l'hypothèse d'une spécialité faisant peser un risque important en matière d'engagement de la RCP.

5. Agrément des associés

Dans les SEL, le vote en faveur de l'agrément des nouveaux associés est règlementé par l'article 10 de la loi du 31 décembre 1990, qui précise que :

dans les SELARL les cessions de parts à des tiers non associés sont agréées à la majorité des trois quart des porteurs de parts exerçant leur profession dans la société ;

dans les sociétés par actions (SELAS, SELAFA, SELCA) la majorité est de deux tiers des associés exerçants ;

Par exception, le dernier alinéa de l'article 10 précise que les SEL, dont le capital est majoritairement détenu par des avocats non exerçants ne sont pas concernées par cette majorité spéciale.

Pour les sociétés commerciales d'avocats, nous retrouvons les dispositions de droit commun suivantes :

- agrément donné à la majorité des trois quart des porteurs de parts pour les SARL ;
- liberté contractuelle pour les agréments en sociétés par actions, étant précisé que le cédant doit pouvoir prendre part au vote.

Il s'agit encore ici d'une différence substantielle.

En effet, de nombreuses structures comportent un associé majoritaire et plusieurs associés minoritaires.

La majorité spéciale étant calculée per capita, et non par le nombre de parts ou d'actions, on voit que la décision d'agrément peut être imposée au majoritaire et que celui-ci ne peut pas l'imposer.

Cette situation est encore plus critique sur la question de l'exclusion des associés.

6. Exclusion des associés

Le régime légal de l'exclusion des associés est identique en SEL et en sociétés de droit commerciales d'avocats, l'article 28 du décret du 25 mars 1993, qui régleme les cas d'exclusion en SEL, étant applicable aux sociétés commerciales.

Les autres cas d'exclusion peuvent être aménagés statutairement dans les deux types de sociétés, sous réserve du respect du principe du contradictoire et de du droit de vote de l'associé exclu.

A une forte nuance près toutefois concernant les SELAS !

En effet, dans ce type de SEL, le 5ème alinéa de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1990 prévoit que cette même majorité spéciale des deux tiers des associés exerçant est applicable pour l'application des clauses statutaires conformes aux articles L. 227-16 et L. 227-17 du code de commerce.

Or, l'article L. 227-16 concernent l'exclusion des associés.

Par conséquent, dans ce type de structure, comme pour l'agrément, un majoritaire associé avec plusieurs minoritaires peut se voir imposer ou refuser une exclusion, ainsi que subir lui-même une exclusion votée par les minoritaires...

Le choix d'une structure de droit commun permet donc d'éviter cette difficulté, étant précisé que selon la doctrine majoritaire, les dispositions de l'article 10 sont d'ordre public.

7. Retrait

Le retrait n'est règlementé ni en SEL, ni en sociétés de droit commun.

Il n'est d'ordre public que dans les sociétés civiles professionnelles.

Dans les autres types de sociétés, le retrait résulte donc en pratique de la mise en œuvre de dispositions statutaires, lesquelles s'appuient sur les règles applicables aux réductions de capital par rachat et annulation de titres (art L 223-34 pour les SARL et L 225-207 pour les sociétés par actions), qui sont identiques en SEL et sociétés commerciales.

8. Dépatrimonialisation

(i) Dans les SEL, l'alinéa 1 de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1990 règlemente les conditions dans lesquelles les statuts peuvent fixer les modalités de détermination du prix **en cas de rachat de titres consécutifs à un refus d'agrément**, et laisse les associés libre de déterminer la valeur des parts.

L'alinéa 2 permet, à l'unanimité des associés, d'exclure la valeur de la clientèle de la valorisation des parts. Les praticiens considèrent qu'il est possible d'exclure cette valeur dans toutes les hypothèses de rachat (refus d'agrément, retrait, exclusion).

(ii) En SARL, la valeur de rachat des parts en cas de refus d'agrément est obligatoirement fixée par expertise (art. L 223-14 du code de commerce).

Il y a donc ici encore une différence substantielle entre les deux types de sociétés, mais à notre sens uniquement en cas de refus d'agrément : dans les SELARL il sera possible d'imposer un rachat sans tenir compte de la valeur de la clientèle, pas dans les SARL.

Dans les hypothèses d'exclusion et de retrait en revanche, rien n'interdit les stipulations statutaires de détermination de la valeur de rachat des parts, sous réserve de respecter la prohibition des clauses léonines.

(iii) Pour les SAS, la loi prévoit que les statuts peuvent fixer les modalités de détermination du prix de rachat dans les hypothèses de refus d'agrément, d'exclusion ou de retrait (Cf. article L 227-18).

9. Comptes courants d'associés

Le décret 92-704 du 23 juillet 1992, qui régit les comptes courants dans les sociétés d'exercice libéral et en limite le montant à trois fois celui de la participation au capital, n'est pas applicable aux sociétés commerciales d'avocats.

En cas de création d'une structure, avec une activité nécessitant un fort besoin en fonds de roulement, le choix d'une structure de droit commun pourrait s'avérer intéressant, étant toutefois rappelé que la règle de limitation du montant des comptes courants dans les SEL n'est assortie d'aucune sanction.

En conclusion, il résulte de ce rapide comparatif que les SEL font l'objet d'un encadrement plus strict que les sociétés de droit commun. De ce point de vue, la balance penche donc en faveur de ces dernières. Mais comme toujours, en matière de conseil juridique, aucune solution ne présente tous les avantages, ou tous les inconvénients. Il convient donc de plus fort d'être attentif, et de déterminer, au cas par cas, en fonction des objectifs poursuivis, le type de structure idoine.

