

Jean-Michel Tron

12 rue de Tilsitt
75008 Paris

Paris, le 4 novembre 2009

NOTE POUR MADAME BRIGITTE LONGUET

Objet : Structures et professions libérales

1. Le problème du choix des structures professionnelles

Il faut commencer par classer les structures professionnelles. La plupart des professions libérales disposent de deux types de structures :

- les structures qui permettent uniquement la mise en commun de moyens (sociétés civiles de moyens, groupements d'intérêt économique) et
- les structures qui constituent de vraies associations et qui permettent un partage de résultats (les SEL, la société civile professionnelle, etc.).

La présente note est consacrée aux structures dites "de partage de résultats". À leur sujet, il y a deux grandes écoles de pensée parmi les praticiens :

- il y a les praticiens qui pensent que les professions libérales devraient toutes pouvoir purement et simplement utiliser la société civile et la société en participation telle qu'elle résulte du Code civil et les sociétés commerciales de droit commun (encore faudrait-il qu'elles puissent alors utiliser cette structure particulièrement commode qu'est la société en commandite simple¹) et
- il y a les praticiens qui pensent que les professions libérales ont besoin de structures "ad hoc", c'est-à-dire adaptées à leur spécificité².

Après beaucoup de réflexion et d'hésitation³, je me range dans la seconde catégorie de praticiens pour les raisons suivantes :

(a) un certain nombre de professions libérales sont soumises à des règles professionnelles et déontologiques dont la structure professionnelle doit nécessairement tenir compte⁴,

¹ Malgré ses complications fiscales, la commandite simple a le mérite de distinguer nettement l'associé-opérateur (le gérant commandité) et l'associé-investisseur (le commanditaire). Sur la définition de ces concepts voir infra.

² À noter le cas des avocats qui disposent d'une structure propre, les associations qui ont fait l'objet d'une modernisation avec l'AARPI (association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle).

³ L'avantage de la première solution tient dans le fait qu'elles sont alors soumises à un droit cohérent, souvent modernisé et enrichi par une large jurisprudence. Il faut reconnaître que le droit des structures des professions libérales est trop souvent faits de textes parcellaires et insuffisamment réfléchis ou reflétant certains malthusianismes peu justifiés.

⁴ En revanche, j'ai du mal à comprendre pourquoi, alors que les commerçants ont une vraie responsabilité limitée, on laisse, même dans les SEL, une responsabilité illimitée à celui qui a commis une faute.

(b) les professions libérales ont besoin de structures de management plus horizontales que verticales ou pyramidales (elles sont organisées en “aristocratie” plutôt qu’en “monarchie” pour reprendre les catégories politiques utilisées par Montesquieu),

(c) les professions libérales ont un problème particulier : celui de la “patrimonialité”. J’appelle “patrimonialité” le fait de considérer qu’un fonds libéral a une valeur vénale et que les intérêts détenus dans une structure professionnelle ont une valeur vénale qui tient donc compte de la valeur du fonds qu’elle a développé. À ce sujet, on constate, au sein des professions libérales, une dichotomie entre :

(i) les structures professionnelles qui se veulent propriétaires d’un fonds libéral ayant une valeur vénale, donc, dont les parts font l’objet d’un transfert selon une valorisation qui tient compte de cette valeur et

(ii) les structures professionnelles qui n’attribuent pas de valeur vénale à leur fonds et dont les parts sont vendues au nominal ou à la valeur comptable⁵. Ces structures sont importantes pour les professions dans lesquelles le client est toujours libre de choisir son prestataire, donc de suivre un associé qui quitte une structure ou dans lesquelles la venue de jeunes et de nouveaux associés est le moyen d’assurer la pérennité de l’entreprise⁶.

Dans un monde idéal, il y aurait donc trois types de structures :

- des structures à patrimonialité du type de la SEL (encore que la SELAS peut, avec des statuts judicieusement rédigés, constituer une entité sans patrimonialité),
- des structures sans patrimonialité, mais avec la personnalité morale (du type de l’AARPI chez les avocats si elle était dotée de la personnalité morale) et
- des structures mixtes (sans patrimonialité pour les “associés-opérateurs”, c’est-à-dire pour les associés exerçant leur activité professionnelle dans la structure et avec patrimonialité pour les “associés-investisseurs”, c’est-à-dire les apporteurs de fonds (c’est, dans le monde commerçant, la commandite simple). Là encore, il est possible d’organiser une SELAS qui présenterait un caractère hybride.

Il doit, en outre, être possible, sur le plan juridique comme sur le plan fiscal, de passer d’une forme de structure à l’autre⁷.

Il faut reconnaître que si la SELAS est une structure relativement moderne qui permet notamment une structure de management collégiale, la SELARL reste relativement archaïque, notamment parce que la SARL, malgré un certain nombre de retouches, n’a pas fait l’objet du nettoyage systématique qui s’imposait sur les plans juridique, fiscal et social.

⁵ Avec ce mode très particulier de financement qui consiste à prélever sur les résultats distribués aux associés un montant qui est automatiquement incorporé au capital pour être remboursé lorsque l’associé cesse son activité professionnelle au sein de la structure. C’est un mécanisme très intelligent parce qu’il ne demande pas de mise de fonds de la part de l’associé entrant.

⁶ Il est souvent difficile de demander à un jeune associé d’acheter des parts ou de souscrire à une augmentation de capital à la valeur vénale alors qu’il a encore peu de moyens financiers, doit élever ses enfants et a besoin de se loger. L’endettement, même si l’intérêt du prêt est déductible fiscalement, n’est qu’une solution très partielle du problème.

⁷ De façon plus générale, il faut faciliter les opérations de fusion et de regroupement entre structures.

La société civile professionnelle est d'un archaïsme étonnant surtout après l'interprétation que fait la Cour de cassation de l'article 1843-4 du Code civil. Comme je l'écrivais, l'association d'avocats a fait l'objet d'une modernisation récente qui reste très insuffisante.

Il faut aussi reconnaître que les professions libérales sont constituées trop souvent de professionnels dont les connaissances juridiques, fiscale, comptables et sociales sont insuffisantes. Il se pose un problème de formation que les ordres, lorsque la profession est réglementée, devraient satisfaire. J'ai l'impression que les efforts faits dans ce domaine restent à parfaire et sont inégaux selon les professions. Le professionnel libéral doit prendre conscience qu'il appartient à une entreprise et que, même s'il reste et il restera nécessairement des praticiens exerçant seul, la tendance est au regroupement à la fois pour offrir des services diversifiés et pour pratiquer une péréquation des risques.

2. Les associés non professionnels

Il faut distinguer deux cas : l'associé-investisseur et l'associé professionnel dans le cadre de l'interprofessionnalité. Cette note ne traite que du premier cas.

Il existe des professions libérales qui ont besoin d'associés-investisseurs et d'autres qui ont des exigences déontologiques qui incitent à limiter le pouvoir de ce type d'associés (indépendance, secret professionnel, conflit d'intérêt).

Pour définir ces limitations, il faut raisonner en termes de "pouvoirs" (droits de vote ou droits de participation dans les organes de direction) au sein de la structure et non en termes de détention du capital.

Limiter la détention du capital est, en effet, largement contre-productif parce qu'une telle limite revient à restreindre la possibilité d'attirer des associés-investisseurs.

Définir des catégories d'associés-investisseurs se révèle à la fois trop restrictif ou trop artificiel.

Non seulement, il ne faut pas raisonner en termes de détention de capital, mais pour les professions libérales il faut d'ailleurs aussi offrir la possibilité de créer du "quasi capital" (obligations, obligations participatives, actions sans droit de vote ou à droit de vote limité).

On peut envisager de créer plusieurs formes de limitation de pouvoirs :

(a) on peut prévoir que les associés professionnels soient obligés de détenir la majorité des droits de vote ou que certaines décisions déontologiques importantes soient prises avec une double majorité (celle de tous les associés et celle des associés professionnels),

(b) on peut prévoir que certains mandataires sociaux soient obligatoirement des associés professionnels :

- président, président-directeur général, directeur général et tous mandataires ayant légalement, statutairement ou par délégation le pouvoir d'engager la société,
- majorité des membres des conseils d'administration ou des conseils de surveillance,

(c) on peut réserver la prise de certaines décisions aux seuls associés professionnels, soit au niveau de l'assemblée, soit au niveau du conseil d'administration.

Au sujet de ces limitations, trois remarques s'imposent :

- il n'est peut-être pas nécessaire de les cumuler sous peine de décourager les associés-investisseurs potentiels⁸ : il faut, dans cette panoplie, choisir. On peut d'ailleurs envisager des limitations différentes selon la profession à laquelle elles seront appliquées et des contraintes qu'elle impose,
- il y faut tenir compte du cas de l'associé-investisseur qui est lui-même une personne morale. Dans ce cas, il faut peut-être prévoir une limitation particulière en termes de droits de vote ou du droit de participer à la gestion interne de la société. Pour établir une telle limitation et pour éviter des abus ou des montages artificiels, il est nécessaire de raisonner en termes de contrôle direct et indirect et de considérer non seulement l'associé personne morale, mais aussi les personnes qu'elle contrôle ou qui la contrôle. Ce problème de limitation est encore plus aigu lorsque la personne morale peut être autre structure exerçant la même activité ou une société "holding" détenant des participations dans des structures exerçant une même profession ou des professions analogues,
- on peut, une fois encore, remarquer que la SAS, qui est une structure sociétale souple, peut, par des statuts appropriés, limiter ou encadrer le pouvoir des associés donc limiter le pouvoir de l'associé-investisseur ; dans la même ligne de réflexion, on peut, d'une part, remarquer que la société civile professionnelle ne permet même pas de conserver d'anciens associés et/ou leurs héritiers. On peut aussi répéter le fait que les professions libérales ne peuvent avoir accès à la société en commandite simple qui est la société la plus commode pour distinguer associés-opérateurs et associés-investisseurs.

Jean-Michel Tron

⁸ Il faut, en particulier, conserver à l'associé-investisseur le droit d'accès aux comptes, le droit d'intervenir dans le fonctionnement financier de la structure. Il faut aussi permettre qu'il lui soit organisée une certaine liquidité de son investissement (en autorisant les pactes d'actionnaires, les clauses de rachat, etc.).