



HAL
open science

Retour sur quatre apports essentiels de l'ordonnance n° 2023-77 du 8 février 2023 relative à l'exercice en société des professions libérales réglementées

Laurent Grosclaude, Jean-Christophe Pagnucco

► To cite this version:

Laurent Grosclaude, Jean-Christophe Pagnucco. Retour sur quatre apports essentiels de l'ordonnance n° 2023-77 du 8 février 2023 relative à l'exercice en société des professions libérales réglementées. La Semaine juridique. Entreprise et affaires, 2023, n° 36. hal-04536453

HAL Id: hal-04536453

<https://hal.science/hal-04536453v1>

Submitted on 8 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

**Retour sur quatre apports essentiels de l'ordonnance n° 2023-77 du 8 février 2023 relative à
l'exercice en société des professions libérales réglementées**

Laurent Grosclaude

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Retour sur quatre apports essentiels de l'ordonnance n° 2023-77 du 8 février 2023 relative à l'exercice en société des professions libérales réglementées

Par

Laurent Grosclaude,
Maître de conférences à l'Université Toulouse Capitole,
Codirecteur du Master DJCE,
Centre de Droit des Affaires (CDA)

Et

Jean-Christophe Pagnucco,
Professeur à l'Université de Caen Normandie,
Codirecteur du Master DJCE,
Institut Caennais de Recherche Juridique (ICREJ)

Les groupements de professions libérales réglementées sont peu enseignés dans le monde académique et alimentent faiblement la littérature juridique, alors que ces professions ont toujours occupé une place essentielle dans le paysage économique français. En outre, ces groupements, qui sont pour leur grande majorité des sociétés, sont fortement dérogoires au droit commun. En agréant les statistiques publiées par l'INSEE et les ordres professionnels, on recense aujourd'hui 2,6 millions de professions libérales employant 1,8 millions de salariés ; s'agissant des professions libérales « réglementées » on dénombre 140 000 entreprises, 700 000 professionnels exerçants et près de 300 000 salariés. Un focus chiffré sur la profession d'avocat nous enseigne que sur 72 000 avocats en exercice en 2022, 31 % exercent en société ; au sein des 10 500 structures d'exercice, 21 % sont des SCP et 55 % des SELARL¹. Les taux de regroupement en société, y compris SCM, sont encore plus importants pour les médecins² et les vétérinaires.

Certaines professions libérales réglementées³ sont aujourd'hui en proie à un mouvement très marqué de financiarisation et de concentration, et l'un des enjeux de la réglementation applicables aux sociétés de ce secteur est de permettre ou non l'ouverture de leur capital à des investisseurs extérieurs. De ce point de vue l'ordonnance de 2023 ne contient pas d'innovations majeures, mais l'obligation de transmission des pactes d'associés étudiée *infra* s'inscrit bien dans ce mouvement visant à garantir l'indépendance des professionnels.

Si le droit des sociétés appliqué aux professions libérales réglementées attire peu c'est en partie en raison de sa complexité ; non que les règles en elles-mêmes soient difficiles à saisir, mais surtout car leur enchevêtrement poussé à l'extrême confine à l'incohérence et génère de l'incompréhension et des erreurs d'appréciation. Le principal objectif affiché de l'ordonnance n°2023-77 du 8 février 2023 relative à l'exercice en société des professions libérales réglementées est bien de rendre ce droit plus lisible et cohérent. La loi d'habilitation énonce ainsi que cette ordonnance vise à « (...) clarifier, simplifier et mettre en cohérence les règles relatives aux professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, d'une part, en précisant les règles communes qui leur sont applicables et, d'autre part, en adaptant les différents régimes juridiques leur permettant d'exercer sous

¹ Source Conseil National des Barreaux (CNB).

² 60 % pour les médecins généralistes, 80 à 90 % pour les médecins spécialistes et notamment radiologie, anatomie pathologie... 70 % pour les vétérinaires.

³ C'est le cas aujourd'hui pour les vétérinaires et les laboratoires d'analyse médicale, et de manière plus générale pour les professions nécessitant des investissements importants dans des plateaux techniques. La difficulté de cession de certains cabinets en zone rurale facilite le rachat par des groupes financiers.

forme de société (...) ». Les premiers commentateurs de ce texte⁴ s'accordent pour saluer la cohérence de celui-ci et la réelle simplification dont il est porteur.

L'ordonnance ne se contente cependant pas de regrouper et de remettre de l'ordre dans un ensemble de textes épars et parfois confus. Elle est également porteuse de modifications substantielles du droit existant : allongement des délais de régularisation des SCP unipersonnelles, consécration du droit de retrait statutaire dans les SEL, suppression partielle de l'accès aux sociétés de droit commun... Ces différents aspects ont déjà été largement commentés. Nous avons fait ici le choix de ne faire porter notre commentaire que sur quatre aspects essentiels de la réforme : la notion de professionnel exerçant (1), les nouvelles possibilités d'investissement offertes aux SPFPL (2), l'ouverture des sociétés en participation aux personnes morales (3) et enfin l'obligation de transmission des pactes d'associés aux ordres professionnels (4).

1. Le « professionnel exerçant »

L'objectif de clarification affiché par le législateur, ayant eu à cœur d'œuvrer pour une plus grande accessibilité des règles éminemment complexes régissant l'exercice en sociétés des professions libérales réglementées, a été poursuivi en posant, en premier lieu, des définitions au sein du livre 1^{er} de l'ordonnance. Parmi ces définitions, apparaît celle de « professionnel exerçant ».

Celle-ci était sans doute nécessaire, dans la mesure où la notion paraît déterminante de la compréhension de l'exercice en société d'une profession libérale. Comme sous l'empire de l'état antérieur de la législation, il demeure prévu que les SCP ou les SEL « (...) ne peuvent exercer la profession qui constitue leur objet social que par l'intermédiaire d'un de leurs membres ayant qualité pour exercer cette profession (...) »⁵ ou encore que ces mêmes sociétés « (...) ne peuvent accomplir les actes d'une profession déterminée que par l'intermédiaire d'un de leurs membres ayant qualité pour exercer cette profession (...) »⁶. Au sens de l'ordonnance, prise en l'article 3 de son livre premier, le professionnel exerçant doit donc être défini comme « (...) la personne physique ayant qualité pour exercer sa profession ou son ministère, enregistrée en France conformément aux textes qui réglementent la profession, et qui réalise de façon indépendante des actes relevant de sa profession ou de son ministère (...) ». Il est en outre relevé, selon le même texte, que « (...) la seule réalisation d'actes de gestion ne confère pas la qualité de professionnel exerçant (...) »⁷.

⁴ V. notamment S. Bortoluzzi, « Exercice en société des professions libérales réglementées : du changement dans la continuité » : *JCP* 2023. 269. – B. Brignon, « La réforme des sociétés de professions libérales réglementées par l'ordonnance du 8 février 2023 » : *Lexbase Affaires* n°750 du 23 mars 2023 : Sociétés. – J.-J. Daigre, « Des professions libérales réglementées » : *D.* 2023, p.557. – B. Dondero, « Ordonnance relative à l'exercice en société des professions libérales réglementées ; Ordonnance n° 2023-77 du 8 février 2023 » : *Rev. sociétés* 2023, p. 271. – D. Gallois-Cochet, « Réforme des sociétés des professions libérales réglementées » : *BJS* avril 2023, n° BJS201z0, n°4, p. 58 et s. – R. Mortier, « SEL - La réforme de l'exercice en société des professions libérales réglementées » : *Dr. Sociétés* 2022. Repère. – S. Nonorgue, « La nouvelle réforme du droit des sociétés d'exercice des professions juridiques et judiciaires » : *JCP E* 2023. 1092. – A. Reygrobelle, « Une « codification » à droit presque constant des règles d'exercice en société des professions libérales réglementées » : *JCP N* 2023, 1059. – F. Roussel, « Réforme de l'exercice en société des professions libérales réglementées : conséquences pratiques pour les notaires » : *Defrénois* n° 10 - 9 mars 2023, p. 23. – Ph. Touzet, « Structures d'exercice des professions libérales : la réforme est prête » : *D. actu.* 13 avr. 2022. – Guillaume Valdelièvre, « Réforme des sociétés de professions libérales réglementées par l'ordonnance n° 2023-77 du 8 février 2023 » : *Gaz. Pal.* 20 juin 2023, n° GPL451e1, n°21, p. 39.

⁵ Ord. n° 2023-77 du 8 févr. 2023 relative à l'exercice en société des professions libérales réglementées, art. 6.

⁶ Ord. n° 2023-77 du 8 févr. 2023, préc., art. 40, concernant les SEL.

⁷ Sur la portée de cette précision concernant les actes de gestion, notamment afin d'assurer la cohérence avec les évolutions récentes des règles concernant la fiscalité des rémunérations de dirigeant de SEL, V. B. Brignon, art. préc., spéc. n°8. – V. également B. Brignon, « Précisions fiscales sur les rémunérations des notaires associés de sociétés d'exercice » : *Defrénois* n° 6 - 9 févr. 2023, p. 17. – *Addé* D. Gallois-Cochet, « La rémunération de l'exercice de l'activité professionnelle libérale de l'associé », in *Mélanges J.-J. Daigre*, 2017, p. 167 et s.

La confrontation de cette définition aux principes précédemment évoqués fait tout à la fois apparaître une certitude et une interrogation qui demeure après l'édition d'un texte pourtant si ambitieux. La certitude : dans les structures sociétaires investies de la possibilité d'exercer, en tant que personne morale, une profession libérale réglementée, l'accomplissement concret des actes caractérisant cette profession demeurera, au bout du compte, le fait de personnes physiques, dont la présence au sein de la structure d'exercice est indispensable. L'interrogation : le statut exact de ce professionnel exerçant, qui demeure incertain. L'ordonnance, après avoir en effet posé la définition du professionnel exerçant, fait ensuite, au gré de ses dispositions, référence à ces derniers, mais aussi « associés exerçant » ou encore aux « membres » des sociétés d'exercice⁸. En creux, demeure une question : s'il semble acquis que l'exercice sociétaire d'une profession libérale réglementée suppose *a minima* la présence, au sein de la société, d'un professionnel personne physique ayant qualité pour accomplir les actes de la profession, faut-il nécessairement que ce dernier en soit l'associé ? Peut-on au contraire concevoir que certaines structures soient, sur le plan capitalistique, exclusivement composées de personnes morales, si tant est qu'elles comprennent parmi leurs « membres » (notion semblant demeurer, pour le législateur, distincte de celle d'associé⁹) un professionnel exerçant au sens du texte, à savoir une personne physique qui interviendrait dans la société en tant que collaborateur ou salarié ?

Il est vrai que la question ne se pose pas pour les sociétés civiles professionnelles, puisqu'il reste acquis que ces dernières ne peuvent constituées que de personnes physiques¹⁰, mais elle paraît en revanche bien plus épineuse dans le cadre des sociétés d'exercice libéral. Dans le cadre des SEL en effet, s'il est bien énoncé par l'article 40 de l'ordonnance qu'« (...) *au moins un professionnel exerçant au sein de la société en est associé (...)* », il est admis que dans la foulée que cette association peut se faire (...) *directement ou par l'intermédiaire d'une société de participations financières de professions libérales (...)* ». Dans le même ordre d'idée, le principe demeure selon lequel le capital de la SEL doit, en principe, être détenu, aux termes d'une exigence de double majorité en capital et en droit de vote, par des professionnels exerçant au sein de la société (que l'on qualifie généralement d'associés actifs), le surplus pouvant être détenus par plusieurs catégories identifiées d'associés dits passifs. Il est cependant précisé, aux termes de l'article 46 de l'ordonnance, reprenant en cela les dispositions de l'article 5, I, A, de la loi du 31 décembre 1990, que la double majorité de principe, d'application universelle jusqu'à la loi Macron et susceptible de dérogation pour les professions juridiques et judiciaires à la suite de cette dernière, doit être « (...) *détenue, soit directement, soit par l'intermédiaire d'une société de participations financières de professions libérales, par des professionnels exerçant au sein de la société (...)* », le tout « (...) *sous réserve des dispositions propres à chaque famille de professions (...)* ».

La lettre même de l'ordonnance impose donc de convenir que si l'article 3 de ce texte pose un principe (le « professionnel exerçant » est nécessairement une personne physique), l'ordonnance prise dans son ensemble n'impose pas, en matière de SEL, que celui-ci compte parmi ses associés, dans la mesure où cette dernière qualité pourra échoir à une personne morale distincte, à savoir la SPFPL dont il est associé. On pourrait donc concevoir que le capital d'une SEL puisse être exclusivement constitué d'associés personnes morales¹¹, pour autant que la société aurait pris le soin de conférer un statut de collaborateur ou de salarié à des professionnels libéraux respectant strictement les exigences posées par l'article 3 de l'ordonnance afin de mériter la qualification de « professionnels exerçants » et ainsi d'accomplir matériellement, au nom de la société mais *par son intermédiaire*, les actes nécessaires à l'exercice de la profession libérale.

⁸ Sur ce constat, V. également B. Dondero, art. préc., spéc. n°14.

⁹ V. également en ce sens D. Gallois-Cochet, art. préc..

¹⁰ Ord. n° 2023-77 du 8 févr. 2023, préc., art. 5 et 6.

¹¹ Sur ce constat, V. également G. Valdelièvre, art. préc., spéc. n°5. – V. également F. Roussel, art. préc..

Que dire également des exigences résidant dans le fait de réserver tout ou partie des fonctions de dirigeants de la SEL aux associés exerçant ? En la matière, la non-concordance entre la définition du « professionnel exerçant » et la notion de « d'associé exerçant » incite à relativiser l'idée, qui apparaît à la première lecture de l'ordonnance, qu'au lendemain de cette dernière, les fonctions de dirigeant des SEL seraient forcément réservées à des personnes physiques. Tout d'abord, comme nous venons de le voir, les textes applicables à la SEL conduisent à admettre qu'un associé peut être considéré comme exerçant alors qu'il détient sa participation par l'intermédiaire d'une personne morale. Ensuite, l'application du droit spécial applicable à la forme sociale exercée par l'intermédiaire de la SEL enseigne qu'hormis le cas de la gérance de SELARL, la direction générale ou la présidence du conseil d'administration de SELAFA, l'exercice par des personnes morales des fonctions de président de SELAS ou d'administrateur de SELAFA était jusqu'alors admis et largement pratiqué, sans que jamais ces possibilités n'aient été dénoncées par les pouvoirs publics, les contractants ou les utilisateurs de ces structures. Ces possibilités devraient donc soit être reconduites, soit plus fermement interdites à l'occasion de la loi de ratification, afin qu'au moins les choses soient claires et moins allusives, même si l'on ne saisit pas bien l'intérêt qu'aurait une telle restriction. Enfin, rappelons que ces exigences d'impliquer les associés professionnels exerçants dans la gouvernance ne s'imposent plus lorsque la dérogation au principe de détention majoritaire du capital et des droits de vote aux associés professionnels exerçant dans la société est autorisée, comme c'est le cas pour les professions juridiques et judiciaires. Dans ce dernier cas, la SEL ne semble plus être contrainte ni de compter un professionnel exerçant parmi ses associés, ni de nommer un professionnel exerçant à la tête de la société¹².

Il paraît donc définitivement regrettable¹³, au regard de la cohérence qu'aurait pu apporter sur ce point l'ordonnance, l'occasion n'ait pas été saisie par le législateur de définir, non uniquement le « professionnel exerçant », mais également ce qu'il faut entendre par la notion de « membre de société », voire même de régir, par des dispositions claires, le statut de l'associé exerçant.

2. Le nouveau régime de la société en participation financière de professions libérales (SPFPL)

L'ordonnance montre la volonté du législateur de permettre que les SPFPL poursuivent leur mue et développent leur place dans le paysage de la structuration sociétaire de l'activité libérale¹⁴. Il est d'ailleurs révélateur qu'un livre entier de l'ordonnance¹⁵ soit consacré à ces variétés de sociétés holdings, qui jouant depuis quelques années un rôle clé et croissant dans les opérations de rachat de structures, de mobilisation de trésorerie ou d'organisation des activités libérales en réseau, ont par principe pour objet la détention de parts ou d'actions de sociétés d'exercice et de groupements de droit étranger, ayant eux-mêmes pour objet l'exercice d'une ou plusieurs professions libérales réglementées¹⁶. Entre de nombreuses dispositions ayant vocation à clarifier, à amender ou à préciser l'état du droit positif, l'ordonnance se prononce, de façon tout à fait significative, en faveur du potentiel élargissement des activités de la SPFPL, ainsi que d'une évolution de ses règles de détention du capital et de gouvernance.

• Le potentiel élargissement des activités de la SPFPL

Selon les innovations portées par l'ordonnance, les SPFPL sont désormais autorisées à diversifier leur activité de holdings et à jouer, avec une bien plus grande latitude, un rôle de tête de

¹² V. B. Brignon, art. préc., n°19.

¹³ Sur ce constat, V. B. Dondero, art. préc., n°14. – B. Brignon, art. préc., n°8.

¹⁴ Sur ce constat, V. B. Dondero, art. préc., spéc. n°4.

¹⁵ Ordonnance n° 2023-77 du 8 février 2023, préc., Livre V.

¹⁶ Ord. n° 2023-77 du 8 févr. 2023, préc., art. 110, al. 2.

groupe, voire de holding animatrice. D'après l'article 110 al. 5 de l'ordonnance, les SPFPL pourront désormais détenir, gérer et administrer tous biens et droits immobiliers et fournir des prestations de services, sous réserve que ces activités soient destinées exclusivement au fonctionnement des filiales, ce qui les autoriserait même à déroger à la règle selon laquelle les sociétés cibles de la participation sont nécessairement des SARL, SA, SAS ou SCA¹⁷, puisqu'il est admis qu'elles peuvent dans ce cadre détenir des parts ou actions de toute société à forme civile ou commerciale, aux seules fins d'acquérir et administrer des immeubles. Le texte va encore plus loin, en prévoyant que des décrets en Conseil d'Etat pourront autoriser les SPFPL de professions juridiques et judiciaires à détenir des parts ou actions de sociétés commerciales ayant pour objet la réalisation de toute activité que ces professionnels sont autorisés à exercer conformément aux règles applicables à chacune des professions¹⁸. Que l'on songe, par exemple et à ce titre, aux activités immobilières des avocats. Ce point devra être surveillé, permettant un accroissement significatif du versant opérationnel de l'activité des SPFPL, sans répondre toutefois aux demandes du CNB, qui aurait souhaité qui soit offert à ces dernières le droit de placer leur trésorerie en produits financiers, quelle que soit l'activité de la société émettrice¹⁹.

- **La précision des règles de détention du capital**

Alors qu'en l'état du droit antérieur, il était prévu que plus de la moitié du capital social et des droits de vote d'une société en participation financière devait être détenue « (...) *par des personnes exerçant la même profession que celle exercée par les sociétés faisant l'objet de la détention des parts ou actions (...)* »²⁰, l'ordonnance innove en optant pour une règle bien moins radicale. Selon l'article 114 de l'ordonnance en effet, « (...) *plus de la moitié du capital et des droits de vote est détenue par des personnes, y compris des personnes européennes, qui exercent l'une des professions exercées par la ou les sociétés faisant l'objet d'une prise de participation (...)* ». Cette précision, offrant aux SPFPL la possibilité de diversifier leurs participations dans des sociétés cibles de spécialités différentes, s'avère en phase avec la reconnaissance explicite des SPFPL pluriprofessionnelles. Il faut également relever que, concernant les SPFPL qui ont pour objet la prise de participation dans un ou plusieurs professions juridiques et judiciaires (SEL ou SPE), des règles dérogatoires sont prévues par l'ordonnance, puisque la majorité du capital et des droits de vote de la SPFPL peut alors être détenue par toute personne admise à détenir la majorité du capital et des droits de vote de la ou des sociétés faisant l'objet de la prise de participation, ce qui inclue les professionnels du droit de spécialité différente²¹.

Quant aux règles concernant la détention du reste du capital de la SPFPL, elles demeurent inchangées (anciens associés pendant 10 ans, ayants-droits pendant 5 ans, personnes exerçant une profession libérale réglementée de même famille que celle exercée par l'une des sociétés faisant l'objet d'une société d'une prise de participation par la SPFPL)²². Il conviendra cependant d'être vigilant quant à la façon dont le pouvoir réglementaire s'emparera, pour certaines catégories de professions, de la possibilité ouverte par l'article 116 de l'ordonnance. Ce texte prévoit en effet qu'« (...) *afin de tenir compte des nécessités propres à chaque profession et dans la mesure nécessaire au bon exercice de la profession concernée, au respect de l'indépendance de ses membres ou de ses règles déontologiques propres, des décrets en Conseil d'Etat peuvent interdire à des catégories de personnes physiques ou morales déterminées la détention, directe ou indirecte, de parts ou d'actions représentant tout ou partie du capital social non détenu par [des personnes, y compris des personnes européennes, qui exercent l'une des professions exercées par la ou les sociétés faisant l'objet d'une prise de participation] (...)* ». Il s'agit là d'un retour bienvenu, à l'échelle des sociétés holdings et

¹⁷ Ord. n° 2023-77 du 8 févr. 2023, préc., art. 110, al. 4.

¹⁸ Ord. n° 2023-77 du 8 févr. 2023, préc., art. 110, al. 6.

¹⁹ V. B. Brignon, art. préc., n°28.

²⁰ L. n° 90-1258 du 31 déc. 1990 préc., art. 31-1, II.

²¹ Ord. n° 2023-77 du 8 févr. 2023, préc., art. 126.

²² Ord. n° 2023-77 du 8 févr. 2023, préc., art. 115.

non des sociétés opérationnelles, du souci des rédacteurs de la défunte loi cadre du 31 décembre 1990 d'édicter des règles de détention capitalistique destinées à éviter que le poids des forces de l'argent ne remette frontalement en cause les règles fondamentales d'indépendance et de déontologie des professions libérales réglementées.

- **La précision des règles de gouvernance**

En matière de gouvernance des SPFPL, les règles semblent se durcir. Jusqu'alors, il était simplement exigé que la direction de la SPFPL, et/ou une partie des organes collégiaux soit confiée à des professionnels libéraux exerçant la même profession que celle des sociétés faisant l'objet de la détention des parts ou actions²³. Les dispositions de l'ordonnance imposeront désormais que les titulaires de ces mêmes mandats sociaux soient des professionnels exerçant leur activité libérale au sein de l'une des sociétés filiales de la SPFPL²⁴. Cette évolution est le signe d'une imbrication forte, au sein de l'activité des SEL, des SPFPL dont on sait qu'elles peuvent être un vecteur d'exercice professionnel indirect au sein de la société opérationnelle. En la matière, des dérogations à ces règles sont prévues pour les SPFPL ayant pour objet la prise de participation dans des sociétés exerçant une même profession juridique ou judiciaire, puisque celles-ci échappent à l'exigence de gouvernance par des professionnels en exercice dans la ou les sociétés cibles, pour se contenter des exigences anciennement formulées par la loi de 1990 quant à des professionnels issus de la même famille²⁵. Dans cette hypothèse, il est néanmoins imposé que « (...) *les organes de contrôle de la société comprennent au moins une personne exerçant la même profession que celle exercée par la ou les sociétés faisant l'objet d'une prise de participations (...)*»²⁶, exigence qui restera à préciser dans la mesure où toutes les formes sociales possiblement utilisées par les sociétés cibles n'imposent pas la mise en place d'organes de contrôle.

3. L'ouverture des sociétés en participation (SEP) aux personnes morales

La possibilité pour des professions libérales réglementées de se constituer en société en participation était déjà contenue dans la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 aux articles 22 et 23 mais était réservée aux personnes physiques²⁷. Ces textes sont repris dans les articles 34 à 37 de l'ordonnance avec une modification de taille à l'article 34 qui prévoit désormais qu'« (...) *il peut être constitué entre personnes physiques ou morales exerçant une ou des professions libérales réglementées une société en participation, régie par les dispositions du présent titre et celles non contraires des articles 1871 à 1872-1 du code civil (...)* ». De l'avis des praticiens, ce point, traité comme secondaire dans la plupart des commentaires de l'ordonnance²⁸, constituerait une ouverture majeure. L'admission des personnes morales au sein des SEP n'est pas totalement nouvelle pour la profession d'avocat puisque l'AARPI²⁹, réglementée par les articles 124 et suivants du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991

²³ L. n° 90-1258 du 31 déc. 1990, préc., art. 31-1, II.

²⁴ Ord. n° 2023-77 du 8 févr. 2023, préc. art. 119 à 122.

²⁵ Ord. n° 2023-77 du 8 févr. 2023, préc. art. 127.

²⁶ Ord. n° 2023-77 du 8 févr. 2023, préc. art. 124.

²⁷ Pour une étude complète des SEP de professions libérales réglementées, V. B. Saintourens, « Sociétés en participation de professions libérales » : *Rep. Sociétés* Dalloz, 2021. – V. également Jean-Yves Mazan & Remy Samson, « La société en participation des professions libérales (S.P.P.L.) » : *Deffrénois* 2009 p. 481.

²⁸ Parmi les auteurs ayant noté l'importance d'admettre des personnes morales participantes : V. D. Gallois-Cochet, art. préc., spéc. p. 63. – V. également B. Dondero, art. préc., spéc. n°51 et s.

²⁹ Association d'avocats à responsabilité professionnelle individuelle.

le permet explicitement³⁰. En effet, l'AARPI est juridiquement une société en participation comme cela est régulièrement rappelé par la jurisprudence³¹.

- **Caractéristiques des SEP**

En quelques mots et pour rappel, la SEP est un groupement de personnes qui décident volontairement de ne pas s'immatriculer, et qui, par conséquent, ne bénéficie pas de la personnalité juridique³². Elle possède par ailleurs toutes les caractéristiques du contrat de société (*affectio societatis*, contribution aux pertes, partage des bénéfices...). Toutefois, n'ayant pas de personnalité morale, la SEP ne peut émettre de droits sociaux en rémunération des « apports » réalisés ; les « apports » soit restent la propriété des associés qui les mettent à disposition³³, soit sont soumis au régime de l'indivision, de même également que tous les biens acquis ou développés dans le cadre de l'activité³⁴. Une convention est alors établie désignant les biens indivis et la quote-part appartenant à chaque indivisaire. Cette indivision peut, s'agissant d'une profession libérale réglementée, comprendre une clientèle civile, du matériel, des locaux ou de manière générale tout moyen dédié à l'exploitation. La SEP ne peut être considérée comme une société d'exercice mais va favoriser l'exercice conjoint d'une profession libérale. Elle peut également être utilisée comme une société de mutualisation de moyens. En toute hypothèse, elle est principalement soumise au régime des sociétés civiles, qu'il faudra combiner à celui de l'indivision s'agissant des biens exploités par la SEP. Les entrées et sorties d'associés d'une SEP de profession libérale réglementée se fait donc par achat et vente de quotes-parts indivises³⁵.

- **Intérêt des SEP pour les professions libérales réglementées.**

Dit de manière simple, la SEP est principalement recherchée pour la liberté et la souplesse qu'elle permet. Le contrat liant les participants est à géométrie variable, et définit librement le degré d'intégration professionnelle souhaité. Les participants donnent à ce contrat le nom qu'ils souhaitent. On retrouve souvent des appellations comme « contrat d'exercice professionnel en commun », « contrat d'exercice conjoint avec partage d'honoraires », « contrat de groupe d'exercice », mais quelle que soit l'appellation, il s'agit d'une SEP. Ce contrat peut le cas échéant être complété d'un règlement intérieur qui vient définir les modalités pratiques de l'exercice. Les professionnels participants exercent en leur nom propre et sont seuls inscrits à l'ordre dont ils relèvent ; les honoraires sont encaissés par chaque participant et versés le plus souvent à un compte commun ; une quote-part du résultat revient ensuite à chacun suivant des modalités librement

³⁰ Une association d'avocats peut comprendre des avocats personnes physiques et des personnes morales exerçant la profession d'avocat. On peut d'ailleurs s'interroger sur la compatibilité de cette disposition réglementaire avec celle de l'article 22 de la loi du 31 décembre 1990, de nature donc législative, réservant la constitution des SEP de professions libérales réglementées aux personnes physiques...

³¹ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 2023, n° 20-16.475, énonçant qu'« (...) une AARPI est une société créée de fait qui est soumise au régime des sociétés en participation et qui n'a pas la personnalité morale (...) ».

³² L'article 35 de l'ordonnance prévoit que « (...) ces sociétés sont soumises à publicité dans des conditions fixées par décret (...) ». – V. en ce sens C. santé pub., art. D. 4113-102 du Code de la santé publique, concernant les médecins, chirurgiens-dentistes et sage-femmes et disposant que l'avis de publication contient la dénomination, l'objet et l'adresse des lieux d'exercice.

³³ C. civ., art. 1872 al. 1

³⁴ C. civ., art. 1872 al. 3

³⁵ S'agissant des AARPI, l'article 124 al. 7 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 contrevient à cette règle en énonçant que « (...) les droits dans l'association de chacun des avocats associés lui sont personnels et ne peuvent être cédés (...) ».

définies. Les mécanismes d'entrée et de sortie de la SEP sont librement définis dans le contrat³⁶, notamment en ce qui concerne l'agrément de nouveaux participants et le retrait³⁷. Cette souplesse se retrouve également au plan fiscal, la SEP relevant en principe de l'impôt sur le revenu mais pouvant opter pour l'impôt sur les sociétés. Le principal inconvénient de la SEP, à savoir la responsabilité indéfinie de ses membres³⁸ peut désormais être limité par l'admission des personnes morales participantes.

- **Protection du patrimoine des professionnels exerçants.**

L'admission des personnes morales participantes autorisée par l'ordonnance du 8 février 2023 va permettre de protéger les professionnels exerçants contre la responsabilité encourue au sein de la SEP. Le mécanisme est simple et consiste à interposer une SELARL(U) ou une SELAS(U) entre la SPE et le professionnel ; ainsi la responsabilité indéfinie propre à la SEP va reposer sur la personne morale interposée et permettre de protéger la personne physique associée³⁹.

- **Optimisation fiscale et sociale**

Afin de comprendre l'intérêt d'interposer une SEL entre la SEP et le professionnel exerçant, nous raisonnerons à partir d'un cas simple. Imaginons un médecin désirant intégrer une SEP préconstituée, avec un rachat de quote-part indivise se montant à 600 000 €. On partira du postulat que ce professionnel empruntera 500 000 € aux fins de ce rachat et apportera personnellement 100 000 €. Deux cas de figure seront comparés :

- Rachat de la quote-part indivise et emprunt par une personne physique exerçant assujettie aux BNC : si la SEP reverse à l'associé 80 000 € par an, cette somme sera amputée des cotisations sociales pour environ 35 % et de l'IR de l'exploitant que l'on placera dans notre cas à un taux moyen de 25 % ; sans entrer dans le détail du calcul, il faut considérer que l'ensemble des charges sociales et fiscales de l'exploitant devrait se situer à 45 000 €, ce qui signifie que seulement 35 000 € au maximum pourront être affectés au remboursement de l'emprunt. En outre, l'associé ne pourra pas systématiquement déduire les intérêts d'emprunt, cette faculté dépendant du régime fiscal de la SEP.
- Rachat de la quote-part indivise et emprunt par une SELARL unipersonnelle ayant opté pour l'IS. Le résultat de 80 000 € par an, sous déduction des intérêts d'emprunt (15 000 € pour un taux à 3%), sera uniquement grevé de la charge d'IS. Dans notre cas et en présumant l'applicabilité du taux réduit, l'IS se montera à environ 12 000 €. Ce sont donc 68 000 € qui seront disponibles pour le remboursement de l'emprunt, contre 35 000 dans la situation précédente.

4. La transmission des pactes d'associés aux ordres professionnels

³⁶ A noter que les participants ont intérêt à définir les conditions de dissolution et de retrait de la manière la plus précise possible. Un arrêt rendu à ce sujet (Cass. 1re civ., 27 nov. 2019, n° 18-21.207) est venu semer le trouble en appliquant à la dissolution d'une SEP les règles de droit commun des sociétés et non celles prévues à l'article 1872-2 du Code civil.

³⁷ Sous réserve toutefois de l'application de l'article 1869 du Code civil.

³⁸ C. civ., art. 1872-2. – Ord. n° 2023-77 du 8 févr. 2023, préc., art. 36.

³⁹ Ce mécanisme est bien connu au sein des AARPI dont les associés personne morale sont fréquemment des SELEURL/SELARLU ; v. sur ce point « Associés d'AARPI, se protéger grâce aux personnes morales » : *Dalloz actualités*, 19 novembre 2021.

Dans les sociétés dédiées aux professions libérales, les pactes d'associés sont fréquents et vont souvent concerner l'entrée et la sortie de nouveaux associés, la répartition des honoraires ou l'utilisation de plateaux techniques communs⁴⁰. Le maintien de l'indépendance des professions libérales réglementées face aux risques induits par la financiarisation passe logiquement par des règles précises de gouvernance et de détention du capital. Cependant, ces règles vont aisément pouvoir être déviées par les stipulations de pactes d'associés. Ainsi, par exemple, dans une SELARL, l'article 58 de l'ordonnance impose, comme gage de l'indépendance de la profession, que la gérance soit assurée par une personne physique exerçant sa profession au sein de la société. Cette prescription pourrait être mise à mal par une disposition d'un pacte extrastatutaire prévoyant par exemple un droit de veto ou d'approbation préalable des actes du gérant par tel groupe d'associés minoritaires. Ce risque explique à lui seul la disposition de l'article 44 de l'ordonnance de 2023 sur la transmission des pactes aux ordres professionnels⁴¹.

- **Champ d'application de l'obligation de transmission**

L'article 44 de l'ordonnance prévoit que « (...) *Sans préjudice des dispositions spécifiques à chaque profession, une fois par an, la société adresse à l'autorité compétente en matière d'agrément ou d'inscription à l'ordre professionnel dont elle relève, un état de la composition de son capital social et des droits de vote afférents, ainsi qu'une version à jour de ses statuts. Sont également adressées par les associés de la société, dans les conditions prévues au premier alinéa, les conventions contenant des clauses portant sur l'organisation et les pouvoirs des organes de direction, d'administration ou de surveillance ayant fait l'objet d'une modification au cours de l'exercice écoulé. Pour chaque profession, les modalités d'application de cette procédure d'information peuvent être précisées par décret (...)* ».

Tout n'est pas nouveau dans cette disposition : en effet l'article 3 alinéa 4 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 prévoyait déjà « (...) *qu'une fois par an, la société adresse à l'ordre professionnel dont elle relève un état de la composition de son capital social (...)* ». Les statuts quant à eux étaient nécessairement transmis au moment de la demande d'inscription à l'ordre ou au tableau. S'agissant du deuxième alinéa de l'article 44 de l'ordonnance relatif aux pactes d'associés, le degré de nouveauté n'est pas identique pour toutes les professions. Ainsi, les professions médicales étaient déjà soumises à cette obligation en application de l'article L. 4113-9 du Code de la santé publique leur imposant de « (...) *communiquer au conseil de l'ordre dont ils relèvent, (...) les conventions et avenants relatifs à son fonctionnement ou aux rapports entre associés (...)* ». Le texte ajoute que « (...) *les dispositions contractuelles incompatibles avec les règles de la profession ou susceptibles de priver les contractants de leur indépendance professionnelle les rendent passibles des sanctions disciplinaires (...)* »⁴².

L'article 44 de l'ordonnance concerne les trois familles de professions libérales réglementées⁴³ et son champ d'application est donc très large. S'agissant des professions médicales ou vétérinaires pour lesquelles il existe déjà un dispositif de transmission, celui de l'article 44 viendra le compléter ou s'y substituer suivant les cas. Du point de vue des sociétés concernées l'obligation de transmission des pactes est répétée dans des termes strictement identiques à trois endroits de

⁴⁰ Le pacte pourra concerner une société d'exercice comme une SEL ou bien être adjoit à une société civile de moyens.

⁴¹ Le rapport au Président de la République sur ladite ordonnance évoque « (...) *la mise en place de garde-fous opérationnels visant à améliorer l'application des principes posés par le législateur en 1990, notamment la remontée d'information à laquelle les sociétés sont soumises annuellement, qui s'étendra désormais aux modalités relatives à la gouvernance de la société, au-delà de la seule composition du capital (...)* ».

⁴² D'autres professions connaissent une réglementation proche ou identique. Ainsi dans les sociétés de vétérinaires, l'article R. 242-40 du Code rural prévoit la transmission de *toute convention ou tout contrat à caractère professionnel*. Il n'est toutefois pas certain qu'une telle rédaction vise les pactes d'associés, lesquels peuvent ne pas concerner directement l'exercice professionnel.

⁴³ Pour la description des différentes familles, V. D. Gallois-Cochet, *art. préc.*

l'ordonnance, pour les SEL (art. 44), les sociétés pluriprofessionnelles d'exercice (art. 100) et les holdings de professions libérales réglementées (SPFPL, art. 113). *A contrario*, et sauf dans des professions où cette obligation transcende la forme sociale adoptée, la transmission des pactes aux ordres n'est pas obligatoire pour les formes sociales suivantes : SCP, SEP, SCM, et les sociétés d'exercice de droit commun.

L'ordonnance vise *les conventions*, donc les pactes d'associés extrastatutaires, mais laisse entière la question du règlement intérieur. Cet acte peut recevoir deux qualifications différentes : s'il est signé des associés, il doit être qualifié de convention et, partant, être transmis en application de l'article 44 de l'ordonnance ; si au contraire il s'agit un acte adopté par la SEL dans le cadre d'une délibération de ses associés, il ne s'agira pas d'une convention au sens strict et il ne devra pas selon nous être transmis aux ordres professionnels.

Le point le plus important concerne les clauses du pacte – les dispositions de l'ordonnance se réfèrent aux « (...) *clauses portant sur l'organisation et les pouvoirs des organes de direction, d'administration ou de surveillance* (...) ». Ce sont donc très clairement les dispositions des pactes relatifs à la gouvernance qui sont visées : clauses de répartition des sièges, clauses de nomination ou de révocation des dirigeants, droits de veto ou encore conventions de vote au sein des organes collégiaux par exemple. *A contrario* l'obligation de transmission est selon nous sans application à l'ensemble des clauses relatives aux transferts de droits sociaux : droit préférence, clause de retrait forcé, clause de sortie conjointe ou alternative ; pas plus ne s'applique-t-elle aux clauses financières relatives à la répartition des résultats. La question des conventions de vote en AG est plus délicate : si l'engagement concerne la gouvernance de la société (voter en faveur de l'élection de telle personne), il nous semble qu'il entre dans le champ de la transmission prévue. En revanche, si la convention de vote porte sur des décisions d'assemblée ne concernant pas directement *l'organisation et les pouvoirs des organes* de gouvernance, elle ne devrait pas tomber dans le champ de la transmission⁴⁴.

- **Formalisme**

Les pactes doivent être transmis chaque année aux ordres compétents ; afin d'éviter un encombrement inutile des ordres professionnels, l'ordonnance prévoit que seules les conventions ayant fait l'objet d'une modification au cours de l'exercice écoulé doivent être transmises. Le formalisme de la transmission n'est pas précisé par le texte de l'ordonnance qui renvoie à des décrets pouvant être pris par chaque profession.

- **Sanctions**

Le texte de l'ordonnance ne prévoit pas directement de sanctions en cas de non-transmission des pactes ou en cas de transmission mensongère. Ces sanctions pourront être précisées par des décrets propres à chaque profession. A titre de comparaison, le Code de la santé publique prévoit⁴⁵ que le défaut de communication ou la communication mensongère constitue une faute disciplinaire susceptible d'être sanctionnée par un avertissement, un blâme, une suspension temporaire ou une radiation définitive.

- **Mise en œuvre**

⁴⁴ V. D. Gallois-Cochet, *art. préc.*, spéc. p. 60, note 13. – V. également B. Dondero, *art. préc.*, spéc. n° 27 et 112.

⁴⁵ Code santé pub., art. L. 4124-6.

Puisque l'ordonnance n'entrera en vigueur que le 1^{er} septembre 2024, les professions libérales réglementées ne sont pas tenues de l'obligation de transmission des pactes jusque-là. Une difficulté d'interprétation doit ici être relevée, le texte de l'ordonnance ne visant expressément que les conventions « (...) *ayant fait l'objet d'une modification au cours de l'exercice écoulé* (...) ». Au pied de la lettre, cela signifie que des associés d'une SEL de notaires qui ont signé un pacte en 2018 n'auront pas à transmettre ce pacte au 1^{er} septembre 2024 s'il n'a pas été modifié en 2023. Il reste à voir si les ordres professionnels auront la même lecture.

En conclusion on soulignera que toutes les dispositions des pactes d'associés n'intéressent pas les ordres professionnels, l'essentiel pour eux étant de s'assurer que ces pactes ne mettent pas en péril l'indépendance de la profession. La confidentialité du pacte doit rester la règle. Dès lors, on peut conseiller aux professionnels nouvellement soumis à l'obligation de transmission de ne plus procéder à la rédaction d'un pacte unique, mais de scinder celui-ci en deux pactes distincts, l'un relatif à la gouvernance qui sera transmis aux ordres, l'autre relatif aux rapports entre associés qui demeurera confidentiel.