

Détention du capital social des SEL et liberté contractuelle

Une décision récente de la Cour de Cassation rappelle que si la répartition du capital social des sociétés d'exercice libéral (SEL) obéit à des règles impératives d'ordre public, ces mêmes règles laissent aussi aux associés une grande part de liberté pour aménager des règles statutaires de détention du capital social.

L'affaire qui a donné lieu à un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 24 juin 2020 concerne une SEL d'avocats. Pour autant, la solution s'applique à toutes les professions libérales réglementées sans distinction.

Les faits sont simples. Un avocat cesse son activité professionnelle au sein de sa SELARL d'exercice, tout en conservant ses parts sociales. Il reproche par la suite des fautes de gestion à la gérance et, en sa qualité d'associé, entreprend une action en responsabilité contre les dirigeants, au nom et pour le compte de la société. C'est l'action dite *ut singuli*, c'est-à-dire l'action engagée à l'initiative d'un ou plusieurs associés pour défendre les intérêts de la société et compenser ainsi la carence de la direction, ce qui est toujours le cas lorsque sa responsabilité est susceptible d'être engagée.

Possibilité d'une action *ut singuli* ?

En cours de procédure, la gérance oppose à cet associé l'irrecevabilité de son action au motif que, les statuts de la société



subordonnant la qualité d'associé à l'exercice de la profession en son sein, il avait nécessairement perdu cette qualité à la suite de son départ à la retraite, le privant ainsi de la possibilité d'exercer une action *ut singuli*.

L'associé concerné a opposé les dispositions de l'article 5 de la Loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative aux sociétés d'exercice libéral qui prévoient la possibilité pour les personnes n'exerçant plus la profession au sein de la société de conserver leurs participations pendant un délai de 10 ans.

La rédaction des statuts ne prêtait pas à confusion et c'est fort logiquement que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi entrepris par l'associé requérant. Elle confirme ainsi l'arrêt de la cour d'appel qui avait déclaré l'action entreprise contre la société irrecevable au motif qu'en application des



shutterstock

statuts, l'associé qui avait cessé son exercice professionnel avait perdu automatiquement cette qualité.

Règles de détention et de répartition du capital social

La solution dégagée par la Cour de cassation est l'occasion de revenir sur l'application d'un pilier de la Loi de 1990, et plus particulièrement les dispositions combinées des articles 5 et 6 qui régissent la détention et la répartition du capital social.

La première règle impérative rappelle que plus de la moitié du capital social et des droits de vote doit être détenue, directement ou indirectement, notamment par l'intermédiaire d'une SPFPL, par les professionnels en exercice au sein de la société.

Il est en outre rappelé que les tiers ne peuvent détenir plus du quart du capital social d'une société ayant pour objet l'exercice d'une profession de santé.

Pour d'autres interdictions impératives, la Loi de 1990 renvoie, pour chacune des professions libérales, à des dispositions réglementaires spécifiques, s'agissant notamment en biologie médicale d'interdire la présence au capital d'autres professionnels de santé.

En revanche, après avoir rappelé la règle selon laquelle plus de la moitié du capital social doit être détenue par les professionnels en exercice au sein de la SEL, l'article 5 précise que « le complément peut être détenu par »... et l'alinéa de désigner les personnes concernées.

L'utilisation du verbe pouvoir renvoie directement à la liberté des associés pour déterminer les règles statutaires concernant la part de capital social qui peut être détenue par les personnes qui exercent la même profession mais en dehors de la société, les associés qui cessent d'exercer dans la société et leurs ayants droit en cas de décès.

Nonobstant cette faculté, il est extrêmement fréquent de constater, à la lecture des statuts des SEL, que les dispositions de l'article 5 ont été reproduites fidèlement, en tout ou partie, sans que soient prévus des aménagements statutaires spécifiques. Or, si le champ d'application de la liberté statutaire peut paraître, à première lecture, réduit, il s'applique en réalité à un grand nombre d'hypothèses et revêt dès lors un intérêt certain.

Rédiger des statuts précis de la société d'exercice libéral

L'exemple issue de la décision de la Cour de cassation du 24 juin dernier est une parfaite illustration de l'intérêt qu'il faut attacher à la mise en place de règles précises concernant la part de capital qui peut être dévolue aux personnes qui cessent leur exercice professionnel au sein de la SEL. D'autres aménagements statutaires sont possibles.

Ainsi, les associés d'une SEL pourraient tout d'abord décider que le capital social doit être exclusivement détenu par des professionnels en exercice, directement ou indirectement.

Les associés peuvent également décider d'aménager les conditions de la cessation d'exercice professionnel au sein de la société. Ils pourraient, par exemple, décider que tout associé qui cesse d'exercer au sein de la société pour exercer ailleurs cesse automatiquement d'être associé, mais, qu'en revanche, la fin de l'exercice professionnel à l'occasion du départ à la retraite permet de conserver la qualité d'associé.

Dans cette dernière situation, des aménagements sont encore possibles. La durée



Si le champ d'application de la liberté statutaire peut paraître, à première lecture, réduit, il s'applique en réalité à un grand nombre d'hypothèses et revêt dès lors un intérêt certain.

de 10 ans prévue par l'article 5, qui est la durée maximale d'un retraité pour demeurer associé, n'est en rien obligatoire. De 0 à 10 ans, les associés peuvent s'accorder pour déterminer la durée qu'ils souhaitent mettre en place.

Le sort des héritiers doit être également étudié avec soin. L'article 5 prévoit que les ayants droit des associés peuvent demeurer associés pendant 5 ans suivant le décès. Cette disposition peut, elle aussi, être largement aménagée.

Les statuts peuvent par exemple prévoir que les héritiers ne peuvent pas acquérir la qualité d'associé.

Cet aménagement des règles de détention du capital social amènera nécessairement les associés à veiller avec soin à l'expression des règles applicables au rachat des parts sociales de l'associé qui perd cette qualité ainsi que le sort des droits d'associés qui y sont attachés.

Ainsi, les associés auront intérêt à prévoir dans leurs statuts les règles applicables au rachat des parts sociales de l'associé qui perd cette qualité, ainsi que les règles applicables à la perte des droits de vote et du droit à dividendes et plus largement à rémunération attachés aux dites parts.

Dérogations et limites à la liberté statutaire

Un autre arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 décembre 2015 vient illustrer ces sujets.

La Cour de cassation souligne en premier lieu, comme le réaffirme l'arrêt de juin 2020, que les statuts d'une société à exercice libéral peuvent déroger à une disposition légale non impérative.

En l'occurrence, les statuts d'une SEL de pharmaciens d'officine prévoyaient, certes, la possibilité de rester associé pendant 10 ans après la cessation d'exercice professionnelle, mais complétaient le rappel de cette règle par une régularisation automatique de la situation concrétisée par la perte des droits attachés aux parts dès la cessation des fonctions de l'associé concerné.

Cet aménagement temporel des conditions dans lesquelles la perte de la qualité d'as-

socié pouvait s'opérer automatiquement est validé par la Cour de cassation.

En revanche, et c'est là une limite à la liberté statutaire, cette affaire est l'occasion pour la Cour de cassation de réaffirmer que la perte de la rétribution des apports en capital, autrement dit le droit à percevoir des dividendes, ne peut résulter que du remboursement des droits sociaux, soit le rachat des parts sociales.

Pour différentes professions libérales, et à plusieurs reprises, la Cour de cassation a rappelé que la perte des droits attachés à la qualité d'associé ne pouvait être effective qu'à la date du versement du prix de rachat des parts.

En revanche, il est un autre effet qui peut être attaché automatiquement et immédiatement à la perte de la qualité d'associé, c'est celui rattaché à l'exercice des droits de vote.

Intérêt de prévoir des aménagements statutaires

Ainsi, la jurisprudence opère une distinction entre les droits patrimoniaux attachés à la détention de parts sociales et l'exercice des droits politiques à travers le droit de prendre part aux décisions sociales.

Les droits patrimoniaux perdurent jusqu'au rachat effectif des parts. En revanche, les statuts peuvent prévoir, dès la perte de la qualité d'associé, la fin de l'exercice des droits de prendre part aux décisions sociales.

Les règles de répartition et de détention du capital social des sociétés à exercice libéral laissent ainsi la possibilité de prévoir des aménagements statutaires dont la portée peut être considérable concernant les enjeux patrimoniaux et les enjeux de gouvernance de la SEL. Mais pour éviter tout aléa, il faudra tracer avec précision les frontières de la liberté statutaire et penser aux effets futurs des mécanismes prévus.

François Marchadier
AVOCAT AU BARREAU DE PARIS

CHEYSSON MARCHADIER & ASSOCIÉS
SOCIÉTÉ D'AVOCATS



Il est un autre effet qui peut être attaché automatiquement et immédiatement à la perte de la qualité d'associé, c'est celui rattaché à l'exercice des droits de vote.