

# Le droit des sociétés est-il soluble dans la biologie ?

Portée du jugement du Tribunal administratif de Marseille du 29 mars 2018.

**Permettre aux professions libérales réglementées d'exercer dans des structures directement calquées sur les formes sociales existant en droit des sociétés, c'est nécessairement poser la question de l'équilibre entre l'application des règles de droit commun et le droit spécial applicable à chaque profession. Et la préservation de cet équilibre est d'autant plus importante que l'objectif poursuivi est d'offrir au secteur libéral des outils plus performants économiquement et juridiquement.**



BCFC-istock

Le Tribunal administratif de Marseille a récemment rendu une décision qui aborde cette problématique. Il s'agissait d'une requête à des fins d'annulation de décisions de l'ARS de Provence-Alpes-Côte d'Azur qui avaient autorisé une fusion-absorption de la société JS Bio par la société Biotop Développement alors qu'à la date de la fusion, la société absorbée était réputée, selon les pièces contractuelles, être détenue à 82 % par la société absorbante. site unique d'un million d'activité avec son seul titulaire ?

La possession du capital social est la clef de voute du système dérogatoire mise en place pour préserver les spécificités du secteur libéral. En biologie médicale, l'édifice repose sur plusieurs lois successives récentes, la première étant celle qui crée les sociétés d'exercice libérale et les suivantes contenant des dispositions spécifiques à la biologie.<sup>1</sup>

Conformément à l'article 5 de la loi du 31 décembre 1990, la majorité du capital et des droits de vote doit être détenue, directement ou par l'intermédiaire de sociétés de participation, par des professionnels en exercice au sein de la société. Cette règle est par ailleurs rappelée spécialement pour la biologie par l'article 10 de la loi du 30 mai 2013.

La règle repose sur deux critères ; une détention en voix et en capital (les deux étant dissociables en droit de sociétés pour les actions) (1<sup>er</sup> critère) par des professionnels en exercice dans la société concernée (2<sup>nd</sup> critère).

L'article 5-1 de la loi du 31 décembre 1990, avant qu'il ne soit abrogé par la loi du 6 août 2015, permettait la détention de plus de la moitié du capital social par des personnes physiques ou morales exerçant la profession constituant l'objet social. Il s'agissait donc d'une exception à l'exception, qui faisait sauter le verrou constitué d'une détention par des



François Marchadier  
Avocat au Barreau de Paris

professionnels en exercice dans la société, cette faculté étant toutefois limitée à la détention du capital, les droits de vote devant demeurer pour leur part, détenus majoritairement par les professionnels en exercice internes.

Le juge administratif du tribunal de Marseille s'est livré à un travail précis d'analyse du droit applicable, en rappelant tout d'abord que, compte tenu des dates des faits de l'espèce, l'opération était soumise aux autorisations administratives prévues par les dispositions de l'article L.6211-2 du Code de la santé publique dans sa rédaction antérieure à 2010. Il en a déduit que l'ARS aurait dû statuer à la fois sur la demande d'agrément de la société et sur la demande d'autorisation de fonctionnement du laboratoire conformément à l'article R.6212-78 du

même code, aujourd'hui abrogé. C'est un premier motif d'annulation qui est étranger au problème de fond.

S'agissant de la question de fond, le juge administratif a relevé qu'à la date de la fusion, la société absorbée était détenue, au vu des documents contractuels établis et non contredits, à 82 % par la société absorbante. La société absorbée était une société non dérogatoire et il ne faisait aucun doute que la situation était frappée d'illicéité dès lors que son capital devait nécessairement être détenu à plus de 50 % par des professionnels en exercice internes.

Dès lors, le tribunal juge que le directeur de l'ARS ne pouvait regarder la capitalisation de la société JS Bio comme régulière et autoriser des opérations assises sur cette situation. Reste donc la question de l'existence de sociétés de

biologie médicale qui ont été régulièrement constituées sous l'empire de l'article 5-1, création dorénavant impossible et qui dont le capital social est détenu majoritairement par des personnes dont l'objet social est l'exercice de la biologie mais qui n'exercent pas en leur sein, les droits de votes demeurant détenus majoritairement par les professionnels en exercice internes.

Lorsqu'il a mis fin à ce régime dérogatoire, le législateur n'a prévu aucune règle de mise en conformité à terme. Ses



Dans les SEL de biologie médicale, la majorité du capital et des droits de vote doit être détenue, directement ou par l'intermédiaire de sociétés de participation, par des professionnels en exercice au sein de la société.

**« La possession du capital social est la clef de voute du système dérogatoire mise en place pour préserver les spécificités du secteur libéral. »**

sociétés dites « dérogatoires » sont donc parfaitement régulières et sont l'expression d'un principe général qui veut que la loi n'a pas d'effet rétroactif et qu'elle ne peut pas remettre en cause des effets juridiques régulièrement attachés à une règle alors en vigueur, sauf s'il en est disposé expressément dans la loi nouvelle.

La loi prévoit seulement qu'en cas de cession de titres, ils devront être prioritairement offerts aux professionnels en exercice internes.

Et pour qu'il n'y ait aucun doute sur la volonté du législateur, l'article L 6223-8 précise que les sociétés dérogatoires conservent la faculté de bénéficier de la dérogation prévue au 2° du I de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1990 (qui reprend les dispositions de l'article 5-1 abrogé).

Quelles leçons peut-on en tirer concernant la faculté pour ces sociétés dérogatoires d'exercer leurs droits en tant que personnes morales ? La question est plus précisément de savoir si elles conservent la faculté, comme tout sujet de droit soumis au code de commerce, de mener des opérations de fusions-absorptions.

L'article 1 de la loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 pose une règle générale qui sert de fil conducteur et dont on a tendance à oublier la portée : « Il peut être constitué pour l'exercice

**« Il est bien difficile de considérer que les sociétés dérogoires ne pourraient pas absorber une société non dérogoire au motif que les sociétés dérogoires sont désormais prohibées. »**

*d'une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, des sociétés à responsabilité limitée, des sociétés anonymes, des sociétés par actions simplifiées ou des sociétés en commandite par actions régies par les dispositions du livre II du code de commerce, sous réserve des dispositions du titre I<sup>er</sup> de la présente loi ».* Ainsi, les sociétés d'exercice libéral sont gouvernées par les dispositions du code de commerce relatives aux sociétés commerciales, à l'exception des dispositions spéciales prévues par la loi.

Force est de constater que le législateur n'a édicté aucune règle venant limiter ces droits, pas plus qu'il n'a mis fin à l'existence de ces structures. Or, une telle prohibition ne pourrait venir que de la loi elle-même, et de manière expresse. Il est dès lors bien difficile de considérer que les sociétés dérogoires ne pourraient pas absorber une société non dérogoire au motif que les sociétés dérogoires sont désormais prohibées. Ce serait ignorer les effets juridiques



Dans les sociétés dérogoires, la loi prévoit qu'en cas de cession de titres, ceux-ci devront être prioritairement offerts aux professionnels en exercice interne.



Une société dérogoire est-elle en droit d'absorber par voie de fusion-absorption une société non-dérogoire ? Dans son jugement, le tribunal administratif de Marseille ne s'est pas emparé de cette question.

attachés à une fusion-absorption au terme de laquelle la société absorbée disparaît. L'opération n'a pas pour effet d'opérer la création d'une nouvelle personne morale et elle n'a pas davantage pour effet de faire naître une nouvelle société d'exercice dérogoire. Une fusion-absorption n'est pas non plus une opération de cession et les dispositions prévoyant des offres prioritaires n'auront à s'appliquer que si des cessions de titres s'organisent par ailleurs. Il faut et il suffit que l'opération respecte les règles en vigueur concernant la détention du capital social, issues des articles 5 de la loi du 31 décembre 1990 et 10 de la loi du 30 mai 2013. Ainsi, dans son jugement, le tribunal administratif de Marseille ne s'est nullement emparé de la question de la faculté pour une société dérogoire d'absorber par voie de fusion-absorption une société non-dérogoire. Dans l'opération examinée, les acteurs avaient manifestement péché par excès d'anticipation et intégré prématurément dans leur scénario des cessions, pour le coup prohibées.

La portée de ce jugement ne va donc pas au-delà. ■

**CHEYSSON MARCHADIER & ASSOCIÉS**  
SOCIÉTÉ D'AVOCATS

#### RÉFÉRENCES

1. La loi n°90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participation financières de professions libérales, la loi n°2013-442 du 30 mai 2013 portant réforme de la biologie (loi de ratification de l'ordonnance n° 2010-49 du 13 janvier 2010) et loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.