ENTREPRISES

L'entreprise évolue dans un écosystème qu'elle ne peut pas ignorer. Prendre en compte cet environnement va être synonyme de protection, de reconnaissance, de respect. Par cette démarche, l'ensemble des acteurs se sentiront mieux valorisés, mieux respectés ce qui aboutira à une société plus apaisée.
C'est l'un des sujets de réflexion du 118e Congrès des notaires de France qui se tiendra à Marseille du 12 au 14 octobre 2022.

1138

La vocation sociétale de l'entreprise : une stratégie gagnante ?

Frédéric Aumont, Hubert Mroz et Sophie Thibert-Belaman

Frédéric Aumont est notaire à Lyon, membre de la deuxième commission du 118e congrès des notaires de France - Hubert Mroz est notaire à Roubaix, membre de la deuxième commission du 118e congrès des notaires de France - Sophie Thibert-Belaman est notaire à Paris, membre de la deuxième commission du 118e congrès des notaires de France

1 - **Introduction**. - Il est aujourd'hui un constat qui peut être partagé par tout le monde : la place de l'entreprise au sein de la société se modifie en profondeur. Il n'y a pas un jour qui s'écoule sans que l'on évoque les nouveaux enjeux et les nouvelles attentes à son sujet, qu'il s'agisse des enjeux sociaux, sociétaux ou environnementaux, des nouvelles règles de gouvernance, ou bien encore de la place des partenaires de l'entreprise.

2 - Ces nouveaux enjeux constituent maintenant une thématique à part entière pour le chef d'entreprise qui, demain, pour ne pas dire déjà aujourd'hui, ne pourra plus lever de financement s'il n'a pas mis en place une politique RSE[1], ne pourra plus candidater à des appels d'offres s'il n'a pas complètement sourcé sa chaîne d'approvisionnement, ne pourra plus attirer de collaborateurs s'il n'a pas défini la raison d'être de son entreprise.

1 Responsabilité sociale et environnementale (RSE). *V. aussi pour le Congrès des notaires 2022, JCP N 2022, n° 39, Entretien 1228, Etudes 1229 à 1231.*

La société est en quête de sens dans toutes ses dimensions et l'entreprise, lieu majeur pour le développement d'une société harmonieuse, ne peut plus s'en affranchir.

3 - **Les origines. –** On pourrait penser que ce mouvement est relativement récent, mais il puise ses origines chez un économiste américain, Howard R. Bowen, qui publie en 1953 un ouvrage intitulé *Social responsabilities of the businessman* fondant le concept de responsabilité sociale de l'entreprise. Cet ouvrage pose les bases d'un capitalisme éthique au regard des valeurs du protestantisme.

En France, ce mouvement arrive à la fin du XXe siècle et connaît sa première consécration législative au travers de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, dite « loi NRE », sous la forme d'une obligation de *reporting* pour les grandes entreprises. Par suite de réformes successives, ces obligations seront codifiées à l'article L. 225-102-1 du Code de commerce pour donner naissance, au sein du rapport de gestion, à un paragraphe dédié aux performances extra-financières[2].

Plus tard, le rapport de Jean-Dominique Senard et Nicole Notat, remis le 9 mars 2018 et intitulé « Entreprise et intérêt général », inspirera de nombreuses dispositions contenues dans la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, dite « loi Pacte »[3], et notamment la modification des articles 1833, alinéa 2[4] et 1835, 2e phrase[5] du Code civil, mais aussi la création de la société à mission par l'article L. 210-10 du Code de commerce.

Pour le dirigeant actionnaire, autrement appelé dirigeant opérationnel propriétaire, la réflexion va se situer à deux niveaux : dans un premier temps, ce dirigeant se posera la question de savoir comment son entreprise va pouvoir contribuer positivement sur son environnement par des actions et des projets qui vont dépasser son objet social d'origine (1). Dans un second temps, ce dirigeant sait que, tôt ou tard, le capital de son entreprise sera un jour détenu par d'autres personnes. Il pourra avoir, à ce moment-là, le souhait de sanctuariser une partie de ce capital au sein d'une entité non lucrative qui permettra soit de faire perdurer l'histoire au-delà de la vie de son créateur sans connaître les vicissitudes d'actionnaires successifs, soit de permettre le développement d'actions à but non lucratif (2), l'une n'étant pas exclusive de l'autre.

1. Les outils permettant à l'entreprise d'avoir une contribution positive sur son environnement

4 - Nous en retiendrons deux, issus de la loi Pacte, à savoir la raison d'être et la société à mission.

A. - La raison d'être

5 - L'article 1835 du Code civil, modifié par la loi Pacte, dispose désormais que les statuts « *peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité* ».

6 - À la différence de l'objet social élargi prévu à l'article 1833 du Code civil qui s'applique à toute société sans qu'aucune démarche particulière ne soit à accomplir, la raison d'être d'une entreprise résultera d'une démarche volontaire. L'entreprise qui veut se doter d'une raison d'être devra, dans un premier temps, procéder à la définition de sa raison d'être puis, dans un second temps, définir les moyens qu'elle entend affecter à sa raison d'être dans la réalisation de son activité.

7 - Si le législateur n'a pas donné de définition de la raison d'être, nous pouvons néanmoins nous référer au rapport précité de Jean-Dominique Senard et Nicole Notat qui nous indique ceci : « *La raison d'être permet de joindre le passé au présent ; c'est l'ADN de l'entreprise. Elle n'a pas de signification économique, mais relève plutôt de la vision et du sens* ».
Cette notion, encore jeune, a pour l'instant plutôt concerné les grandes entreprises que les PME ou les ETI. Peu l'ont inscrite dans leurs statuts en raison notamment des conséquences en matière de responsabilité des mandataires sociaux qui sont aujourd'hui difficilement appréhendables[6].

8 - Face à ce manque d'engouement des entreprises, le ministre de l'Économie, des Finances et de la Relance a commandé un rapport qui lui a été remis le 19 octobre 2021[7]. Ce rapport pointe plusieurs obstacles au développement de la raison d'être

2 Cet article dispose notamment que l'entreprise doit indiquer la manière dont elle prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité.

3 Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises.

4 *Qui prévoit désormais que : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ».*

5 *« Les statuts peuvent préciser une raison d'être ».*

6 Sur les 120 sociétés composant le SBF 120, 10 sociétés se sont dotées d'une raison d'être inscrite dans leurs statuts, 5 d'une raison d'être inscrite en préambule de leurs statuts et 55 se sont dotées de raisons d'être extrastatutaires.

7 *Il s'agit du rapport Rocher du 19 octobre 2021 intitulé « Repenser la place des entreprises dans la société : bilan et perspectives deux ans après la loi Pacte ». - V. not. R. Mortier et J. Labedan, Rapport Rocher : en route vers Pacte 2 : JCP E 2021, act. 745, Aperçu rapide.*

© LEXISNEXIS SA - LA SEMAINE JURIDIQUE - ÉDITION GÉNÉRALE - N° 40 - 10 OCTOBRE 2022

« La raison d'être doit avoir pour objectif de faire progresser l'homme et l'environnement. »

au sein des entreprises et suggère des pistes de réflexion pour en améliorer l'efficacité[8].

9 - **Les avantages d'adopter une raison d'être. –** La raison d'être doit avoir pour objectif de faire progresser l'homme et l'environnement. C'est une notion beaucoup plus large que la simple réalisation d'un objet social. Les avantages pourront donc être divers, directs et indirects.
Comme nous l'avons dit en introduction de cette partie, la raison d'être fait partie de ces nouvelles orientations dont l'entreprise aura demain du mal à s'extraire.
L'un des premiers avantages sera de renforcer l'image de marque de la société même si, comme nous l'avons vu ci-dessus, cela peut-être à double tranchant. Pour éviter le *purpose washing*, la raison d'être adoptée par l'entreprise devra être la résultante d'une réflexion de fond en y associant tous les acteurs (actionnaires, salariés, clients, fournisseurs, financeurs). Des moyens devront être mis en œuvre pour que cette raison d'être implique des déclinaisons pratiques et mesurables. Cela peut ne pas être sans conséquence sur la rentabilité de l'entreprise, mais nous sommes ici dans un mouvement de fond qu'il est difficile d'ignorer pour le chef d'entreprise.
En deuxième lieu, la raison d'être permettra d'attirer des investisseurs qui offriront à l'entreprise les moyens de promouvoir sa raison d'être, source, indirectement, de développement vers de nouveaux marchés. Cet aspect semble primordial quand on voit le pouvoir que peuvent avoir certaines associations, ou bien encore quand on lit dans le rapport Rocher que l'on pourrait réserver aux seules entreprises dotées d'une raison d'être l'accès à certains marchés publics. Aujourd'hui la plupart des fonds d'investissement, à l'occasion de l'entrée au capital social d'une entreprise, imposent qu'il y ait un volet RSE documenté.
Le troisième et dernier avantage sera de fédérer les salariés autour d'un projet d'entreprise plus large et plus en lien avec les enjeux actuels liés à la mutation sociétale que nous connaissons. Quand on constate la pénurie que certains secteurs connaissent en matière de recrutement, et sachant que ce manque n'est pas uniquement lié à un salaire qui ne serait pas en adéquation avec les attentes du salarié, on conclut aisément qu'offrir au salarié la possibilité de donner du sens à son métier est indéniablement une source d'attractivité.

10 - **Les enjeux en matière de responsabilité de l'entreprise, et de ses dirigeants. –** La violation d'une raison d'être peut entraîner, d'une part, la responsabilité civile de la société et, d'autre part, la responsabilité civile des dirigeants. Il faut toutefois immédiatement préciser que le non-respect de la raison d'être ne peut aboutir, au regard de l'article 1844-10 du Code civil, à la nullité d'un acte ou d'une délibération.

8 Pour un développement plus étayé, nous renvoyons le lecteur au rapport du 118e congrès des notaires de France.

11 - *La responsabilité civile de la société.* **–** Les sociétés sont responsables civilement des agissements dommageables commis en leur nom. Un tiers pourrait agir contre une société en cas de manquement à la raison d'être, dès lors que l'engagement de cette société est suffisamment précis. Il en sera ainsi même lorsque la raison d'être ne figurera pas dans les statuts, à condition que le manquement soit caractérisé. En effet, en vertu de l'article 1240 du Code civil : « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Le risque de contentieux peut donc venir de n'importe qui, et notamment d'une association.

12 - *La responsabilité des dirigeants.* **–** L'article 1850 du Code civil dispose que : « *Chaque gérant est responsable individuellement envers la société et envers les tiers, soit des infractions aux lois et règlements, soit de la violation des statuts, soit des fautes commises dans sa gestion.*
Si plusieurs gérants ont participé aux mêmes faits, leur responsabilité est solidaire à l'égard des tiers et des associés. Toutefois, dans leurs rapports entre eux, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage ».
L'article L. 225-251 du Code de commerce dispose quant à lui : « *Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.*
Si plusieurs administrateurs ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage ».
Pour que la responsabilité du dirigeant soit engagée, il faudra prouver que la faute est détachable des fonctions, ce qui pourra s'avérer difficile lorsqu'il s'agit de la raison d'être, notion générale s'inscrivant sur le long terme.
Le vrai risque pour le dirigeant résidera plutôt dans une révocation pour non-prise en compte de la raison d'être de l'entreprise dans les prises de décision stratégiques.

13 - En conclusion sur ce thème, même si, comme nous l'avons vu, une entreprise n'a pas l'obligation de se doter d'une raison d'être, quelle image va-t-elle véhiculer ? Il s'agit aujourd'hui d'une notion récente qui s'insère progressivement dans le paysage économique et qui concerne encore peu d'entreprises. Néanmoins, un mouvement de fond est en route, et il y a fort à parier que dans quelques années la plupart des entreprises se seront dotées d'une raison d'être.

14 - Cette évolution ne sera pas sans conséquence pour l'entreprise, car adopter une raison d'être se déclinera dans toutes les composantes de l'entreprise : du choix de son financement

et de ses partenaires actionnaires jusqu'à celui de ses fournisseurs et ses clients, autant dire à toutes les parties prenantes de l'entreprise. C'est une véritable révolution qui va irriguer toute la chaîne de production et de distribution, de l'extracteur ou du producteur de la matière première au consommateur final.

B. - La société à mission

15 - Autre dispositif destiné à accompagner la mutation de l'entreprise : la société à mission. L'article L. 210-10 du Code de commerce prévoit expressément qu'une société peut faire publiquement état de la qualité de société à mission si elle remplit un certain nombre de conditions[9].
Comme pour la raison d'être, elle va nécessiter une démarche volontaire de l'entreprise qui sera donc le fruit d'une réflexion. Mais, à la différence de la raison d'être, la société à mission va impliquer un engagement plus grand dans son organisation même, comme nous allons le voir.
De façon surprenante, seule une société commerciale peut se transformer en société à mission ; les sociétés civiles en sont pour l'instant exclues, ce qui ne devrait plus être le cas si la réforme de la loi Pacte préconisée par le rapport Rocher est mise en œuvre.

16 - **Les conditions de mise en œuvre de la société à mission. –** L'article L. 210-10 du Code de commerce pose les conditions à remplir afin qu'une société puisse officiellement se déclarer société à mission.
En premier lieu, il sera nécessaire de modifier les statuts sur trois points. La société devra tout d'abord adopter une raison d'être au sens de l'article 1835 du Code civil. Elle devra ensuite préciser dans ses statuts les objectifs sociaux et environnementaux qu'elle entend poursuivre dans le cadre de son activité. Enfin, elle devra définir les modalités du suivi de l'exécution de cette mission par la création d'un comité de mission « *distinct des organes sociaux prévus par le présent livre et devant comporter au moins un salarié* ». Ce comité devra présenter une fois par an son rapport d'activité
En deuxième lieu, une vérification par un organe tiers indépendant est réalisée une fois par an. Cette vérification donne lieu à un avis joint au rapport du comité de mission[10].
En troisième et dernier lieu, la société devra déclarer sa qualité de société à mission au greffe du tribunal de commerce qui devra publier au registre du commerce et des sociétés la qualité de société à mission dans le respect des prescriptions du décret n° 2020-1 du 2 janvier 2020.

17 - **Les conséquences de l'adoption par une entreprise du statut de société à mission.** – La société à mission est une innovation majeure pour l'entreprise, car elle l'amène à étendre son objet social à des objectifs sociaux et environnementaux. C'est la culture même de l'entreprise qui va être repensée sur le long terme. L'adoption de la qualité de société à mission va fédérer les salariés, les actionnaires et les parties prenantes de la société (clients, fournisseurs, partenaires…) autour d'un projet de plus grande envergure qui prendra en compte tout l'écosystème qui gravite autour de l'entreprise. Le rapport Rocher[11] note que les auditions réalisées auprès d'entreprises qui ont adopté le statut de société à mission mettent en relief un mouvement, une dynamique, une adhésion, notamment des collaborateurs. Il s'agit donc d'une démarche de long terme au sein de laquelle s'inscrit l'entreprise, ce qui est souhaité aujourd'hui afin de redonner du sens à l'action et des perspectives aux engagements des uns et des autres.
Au titre des conséquences plus défavorables pour l'entreprise, nous retrouvons les mêmes que celles en matière de raison d'être, à savoir un risque réputationnel pour l'entreprise qui ne mettrait pas assez de moyens pour remplir les missions qu'elle s'est fixées, mais aussi un risque de responsabilité de l'entreprise elle-même, et de ses dirigeants. À notre avis, ces aspects ne doivent pas être surestimés car l'entreprise prend quotidiennement des risques bien plus importants et, en tout état de cause, il s'agit d'un mouvement de fond qui semble irréversible.

18 - Si les outils permettant à l'entreprise d'avoir une contribution positive sur son environnement sont relativement récents, les premiers outils permettant de sanctuariser le capital social d'une entreprise sont maintenant plus anciens.

2. Les outils permettant au chef d'entreprise de sanctuariser tout ou partie du capital social

19 - S'inscrivant dans la mouvance actuelle de « *donner du sens à son action* » et de s'inscrire dans la durée au-delà de soi, le concept de « *fondation actionnaire* » va permettre à la fois de stabiliser sur le très long terme le capital social d'une entreprise et d'affecter la richesse générée par celle-ci à des causes philanthropiques[12].

9 *V. not. B. Teyssié, Les sociétés à mission : JCP G 2021, doctr. 477, Étude.*

10 *Un décret n° 2020-1 du 2 janvier 2020 est venu apporter des précisions sur l'identité de l'organisme tiers indépendant (OTI) qui doit opérer une vérification de l'exécution par la société à mission des objectifs sociaux et environnementaux mentionnés dans les statuts, ainsi que les modalités de cette vérification. Il a été complété par un arrêté du 27 mai 2021.*

11 *Préc. note 7.*

12 *La notion de « fondation actionnaire » est un terme non juridique utilisé par la doctrine et la pratique pour définir les différentes structures non capitalistiques permettant de détenir tout ou partie du capital social d'une entreprise. – V. not. S. Schiller et X. Delsol, Les fondations actionnaires,*

© LEXISNEXIS SA - LA SEMAINE JURIDIQUE - ÉDITION GÉNÉRALE - N° 40 - 10 OCTOBRE 2022

« Il y a deux modalités de création d'une fondation, soit de façon directe, soit de façon indirecte. »

Très connu dans certains pays d'Europe[13], le concept est encore émergent en France[14], même si le cadre législatif compte maintenant plus d'une dizaine d'années.

20 - Sous ce vocable de « *fondation actionnaire* » il y a principalement trois outils : les fondations reconnues d'utilité publique, les fonds de dotation et les fonds de pérennité.

A. - Les fondations reconnues d'utilité publique

21 - Née d'un avis du Conseil d'État du 24 décembre 1805, la fondation d'utilité publique ne connaîtra pas de reconnaissance légale avant la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987[15].
L'article 1er de cette loi dispose que : « *La fondation est l'acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif […]. Elle acquiert alors le statut de fondation reconnue d'utilité publique* ». L'alinéa 2 de l'article 18 de la loi du 23 juillet 1987 détermine le cadre dans lequel une fondation reconnue d'utilité publique peut exister : « *Lorsque l'acte de fondation a pour but la création d'une personne morale, la fondation ne jouit de la capacité juridique qu'à compter de la date d'entrée en vigueur du décret en Conseil d'État accordant la reconnaissance d'utilité publique. Elle acquiert alors le statut de fondation reconnue d'utilité publique* ».
On comprend donc de ces définitions que la fondation ne peut poursuivre qu'un but d'intérêt général et non lucratif, ce qui en fait une forme juridique nécessairement philanthropique. L'objet de la fondation doit donc être fixé dans les statuts et impose de respecter un cadre strict dans son fonctionnement, mais aussi au regard de ses obligations fiscales.
Il faudra attendre 2005 pour que la loi du 4 août de la même année introduise un article 18-3 dans la loi du 23 juillet 1987 afin d'autoriser une fondation à recevoir, sans limitation de seuil, des titres de sociétés ayant une activité industrielle ou commerciale. C'est la naissance de ce que l'on appellera « *la fondation actionnaire* ».

22 - **Les modalités de création d'une fondation. –** Il y a deux modalités de création d'une fondation, soit de façon directe, soit de façon indirecte.
La création directe. – Si la fondation est créée directement par son fondateur, il va lui-même constituer la fondation et, dans le même temps, la doter de tout ou partie des titres de son entreprise. La fondation est ainsi immédiatement active et financée.
La création indirecte. – Mais une fondation peut également être créée de manière indirecte où, dans cette hypothèse, le fondateur va confier à un établissement déjà existant ou à un légataire le soin de créer la fondation[16].
Que ce soit une création directe ou indirecte, il y aura en tout état de cause toujours la création d'une nouvelle personne morale.
Pour ce qui concerne le chef d'entreprise qui souhaite apporter tout ou partie des titres de sa société à une fondation, il le fera de façon directe afin d'avoir un contrôle de la fondation et de la rendre immédiatement active.
Dans la plupart des cas, la dotation de la fondation s'opère en deux temps : dans un premier temps, il y a une dotation de la fondation pour une fraction minoritaire du capital social de l'entreprise suivie, dans un second temps, d'une disposition testamentaire qui verra la fondation recueillir le solde des titres au décès du chef d'entreprise.

23 - **Les modalités de transfert des titres. –** La mise en place d'une fondation va prendre la forme d'un apport à titre gratuit et irrévocable de titres d'une ou plusieurs sociétés. Plus rarement, il pourra s'agir d'une acquisition à titre onéreux.
L'apport à titre gratuit. – Une fondation, comme d'ailleurs un fonds de dotation ou un fonds de pérennité, est nécessairement créée par l'apport à titre gratuit et irrévocable de biens, droits ou ressources ou de titres de sociétés exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale ou agricole, ou encore de titres d'une société holding détenant des participations dans des sociétés de cette nature, comme ce sera le plus souvent le cas. Dans le cadre d'une fondation reconnue d'utilité publique, l'apport doit être au moins de 1 500 000 €.
L'apport à titre onéreux. – Si la transmission à titre gratuit est en principe la règle, rien ne s'oppose à ce que des titres soient transmis à titre onéreux sous la forme d'une acquisition.
Il faudra être particulièrement vigilant sur cette façon d'opérer en présence d'une fondation reconnue d'utilité publique, et ce afin de préserver le caractère non lucratif de la structure. C'est ainsi que la doctrine préconise, si un tel schéma devait être mis en place, que le financement ne soit pas assuré directement par

outil de mécénat à développer : Actes prat. strat. patrimoniale 2014, dossier 21. Enfin, il convient de préciser que la fondation actionnaire n'est pas une fondation d'entreprise au sens de l'article 19-1 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987, qui correspond à une situation exactement inverse dans laquelle l'entreprise crée et contrôle la fondation, qui constitue alors le véhicule ad hoc portant ses actions et son budget de mécénat.

13 Le Danemark recense environ 1 300 fondations actionnaires, la Suède et l'Allemagne environ 1 000 chacune et la Suisse environ 120.

14 La France ne recense officiellement qu'une vingtaine de fondations et fonds de dotation actionnaires.

15 *L. n° 87-571, 23 juill. 1987 : JO 24 juill. 1987 ; JCP G 1987, III, 60455, connue sous le nom de « loi sur le développement du mécénat ».*

16 *Les libéralités consenties à des personnes morales ou à des particuliers à charge de constituer des personnes morales, donc à charge de constituer une fondation, sont reconnues par l'article 900-1 du Code civil issu de L. n° 71-526, 3 juill. 1971 et mod. par L. n° 2006-728, 23 juin 2006, art. 9.*

la fondation mais par une holding intermédiaire, détenue par la fondation, laquelle holding détiendrait les titres de la société opérationnelle[17].

24 - **La reconnaissance d'utilité publique. –** La reconnaissance d'utilité publique est un avantage pour la fondation, et indirectement pour l'entreprise qui y sera logée, en termes notamment de pérennité. L'obtention du statut suppose en effet que le projet présente une importance suffisante lui permettant de perdurer à long terme, grâce notamment à sa dotation et aux moyens financiers qu'elle procure. Par ailleurs, la présence de l'État comme membre de droit du conseil d'administration est un symbole fort.

25 - **Les particularités tenant à la fondation détentrice d'une entreprise. –** Depuis la loi Pacte, qui a modifié l'article 18-3 de la loi du 23 juillet 1987 imposant le principe de spécialité[18], les statuts de la fondation doivent à la fois organiser la gestion des titres de la société détenue et définir les règles de gouvernance de l'entreprise elle-même. En présence d'une fondation reconnue d'utilité publique, le Conseil d'État sera attentif à ce que la fondation ne s'immisce pas dans la gestion de la société, mais se consacre exclusivement à la réalisation de son but d'intérêt général. Cependant, le Conseil d'État a indiqué dans un avis que la fondation devait veiller « *à préserver la valeur et le rendement des actifs qui lui permettent de financer son activité* »[19]. Les statuts devront donc prendre en compte cette contrainte.

B. - Les fonds de dotation

26 - Si la fondation reconnue d'utilité publique est la forme la plus aboutie pour développer des actions philanthropiques, ses contraintes et ses inconvénients restent souvent rédhibitoires, pour un premier projet, amenant le chef d'entreprise à s'orienter vers un fonds de dotation qu'il pourra faire évoluer par la suite vers une fondation reconnue d'utilité publique.
La création du fonds de dotation est très simple dans la mesure où les statuts relèvent pour l'essentiel de la liberté contractuelle et que les formalités de constitution ne sont guère plus lourdes que pour l'immatriculation d'une société. Une fois les statuts signés et une simple déclaration déposée en préfecture, cette dernière, après avoir fait un contrôle formel du dossier, émet un récépissé et procède à la publication au Journal officiel.

27 - **Les origines du fonds de dotation. –** Le fonds de dotation est né de la loi dite « LME » du 4 août 2008[20], suivie d'un décret du 11 février 2009[21] et de divers textes réglementaires[22]. En vertu de l'article 140, I, alinéa 1er, de la loi « LME » précitée « *Le fonds de dotation est une personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et gère, en les capitalisant, des biens et droits de toute nature qui lui sont apportés à titre gratuit et irrévocable et utilise les revenus de la capitalisation en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général ou les redistribue pour assister une personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement de ses œuvres et de ses missions d'intérêt général* ».
Le fonds de dotation pourra réaliser son objet social par l'emploi de ses ressources :
– soit directement par la réalisation d'une mission d'intérêt général (fonds opérateur) ;
– soit indirectement, par un reversement à une personne morale à but non lucratif qui poursuit elle-même une œuvre ou une mission d'intérêt général (fonds redistributeur).

28 - **Le patrimoine du fonds de dotation. –** Il va se composer :
– de la dotation initiale en capital qui lui est apportée par le fondateur, dans notre cas, des titres de société, le plus souvent d'une société holding non animatrice ;
– et des dons manuels, donations et legs qui lui seront consentis au cours de sa vie.
Le fonds de dotation peut comprendre tout type d'actif, en pleine propriété et/ou en usufruit, et/ou en nue-propriété. Le chef d'entreprise pourrait donc tout à fait créer un fonds de dotation en y apportant, dans un premier temps, seulement l'usufruit temporaire de tout ou partie de son entreprise, afin de permettre à la fois à ce fonds de dotation d'avoir des ressources pour mener ses missions et de pouvoir revenir sur son schéma si celui-ci ne répond finalement pas à ses attentes ; la dotation complémentaire pouvant venir dans un second temps, sous forme de donation ou de testament, si le fonds de dotation a vocation à se pérenniser.
À l'origine facultative, la dotation initiale minimum est aujourd'hui fixée à 15 000 €.
En principe, les biens apportés en dotation au fonds sont capitalisés, ce qui va procurer des revenus. Le fonds ne peut pas disposer des dotations en capital dont il bénéficie, ni les consommer. Il ne peut utiliser que les revenus de celles-ci. Néanmoins, il peut être prévu statutairement la possibilité pour le fonds de consommer sa dotation en aliénant les biens

17 *V. S. Schiller et X. Delsol, Les fondations actionnaires, outil de mécénat à développer : Actes prat. strat. patrimoniale 2014, dossier 21, préc. note 12.*

18 *L. n° 87-571, 23 juill. 1987, art. 18-3, alinéa 2, dispose que : « Lorsque ces parts ou ces actions confèrent à la fondation le contrôle de la société au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, les statuts de la fondation indiquent comment, en application du principe de spécialité, cette dernière assure la gestion de ces parts ou actions sans s'immiscer dans la gestion de la société […] ».*

19 *CE, sect. int., 23 juill. 2019, n° 397890, Fondation Avril.*

20 *L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 140 et 141.*

21 *D. n° 2009-158, 11 févr. 2009.*

22 *Circ. ECEM 0908677C, 19 mai 2009 : JO 19 juin2009, p. 9992. – Circ. IOC/D/10/02052/C, 22 janv. 2010. – CNC, avis n° 2009-01, 5 févr. 2009, relatif aux règles comptables applicables aux fondations et fonds de dotation, modifiant le règlement n° 99-01.*

© LEXISNEXIS SA - LA SEMAINE JURIDIQUE - ÉDITION GÉNÉRALE - N° 40 - 10 OCTOBRE 2022

« Le fonds de pérennité a principalement pour objet de gérer les titres de la société qu'elle détient. »

qui ont été donnés ou apportés[23]. Ce sera le cas pour les fonds de dotation créés pour soutenir une cause qui a vocation à s'éteindre, comme le soutien aux victimes de telle catastrophe naturelle ou de tel attentat.
À la différence d'une fondation reconnue d'utilité publique, le fonds de dotation, par principe, ne peut recevoir de fonds publics. La loi prévoit qu'il ne pourra être dérogé à cette règle qu'à titre exceptionnel, pour une œuvre ou un programme d'actions déterminé, sous réserve d'un arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et du budget[24].

29 - **Les règles de gouvernance du fonds de dotation.** – Il doit comprendre au minimum un conseil d'administration composé d'au moins 3 membres, nommés, pour la première fois, par le fondateur. Au-delà de cette contrainte de base, la loi prévoit que « *les statuts déterminent librement sa composition, ainsi que les conditions de nomination et de renouvellement de ses membres* »[25].
Lorsque la dotation excède 1 000 000 d'euros, le conseil d'administration doit être assisté d'un comité consultatif, composé de personnes non-membres du conseil d'administration. Ce comité a pour finalité de faire des propositions d'investissement et d'en assurer le suivi[26].
En dehors de ce cadre légal, le fondateur dispose d'une liberté totale pour organiser les règles de gouvernance, avec un fonctionnement dual possible (un conseil d'administration et un conseil de surveillance par exemple).

C. - Le fonds de pérennité

30 - **Origine.** – Le fonds de pérennité, institué par l'article 177 de la loi Pacte[27], a pour objet de gérer les titres d'une ou plusieurs sociétés exerçant une activité industrielle, commerciale, artisanale ou agricole, ou détenant directement ou indirectement des participations dans une ou plusieurs sociétés exerçant une telle activité, apportés gratuitement par un ou plusieurs fondateurs. Les titres apportés au fonds de pérennité deviennent inaliénables[28], sauf dérogation judiciaire[29].
Le fonds de pérennité a principalement pour objet de gérer les titres de la société qu'elle détient, c'est-à-dire d'exercer les droits qui y sont attachés et d'utiliser ses ressources dans le but de contribuer à la pérennité économique de cette ou de ces sociétés. À la différence d'une fondation ou d'un fonds de dotation, le fonds de pérennité n'a pas l'obligation de financer des œuvres ou des missions d'intérêt général. Par ailleurs, là où le fonds de pérennité devra se comporter comme un actionnaire actif, le fonds de dotation ou la fondation devra avoir un rôle passif dans la gestion de l'entreprise qu'il détiendra. Le fonds de pérennité est la seule structure qui permette de contrôler et d'animer la participation qu'il détient tout en réalisant ou finançant des œuvres ou des missions d'intérêt général. Il répond donc à un vrai besoin, celui de pouvoir contrôler et animer sa participation, tout en exerçant, le cas échéant, une activité caritative, besoin qui n'est satisfait ni par la fondation ni par le fonds de dotation qui doivent abandonner le contrôle et l'animation de leurs participations et n'exercer qu'une activité caritative.

31 - **Création et dotation du fonds de pérennité.** – La constitution d'un fonds de pérennité prend la forme d'une entité dont les statuts vont déterminer notamment sa dénomination, sa durée, son objet social, son siège social et ses modalités de fonctionnement, ainsi que la composition, les conditions de nomination et de renouvellement du conseil d'administration et du comité de gestion.
Les statuts devront également définir les conditions de leurs modifications, sachant qu'une modification de l'objet social ne pourra être décidée qu'après deux délibérations du conseil d'administration, réunissant au moins les deux tiers des membres, prises à 2 mois au moins et 6 mois au plus d'intervalle et à la majorité des deux tiers des membres.
La création du fonds de pérennité sera ensuite déclarée en préfecture. Le fonds de pérennité jouira de la personnalité morale

23 *L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 140, III.*

24 *L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 140, III, al. 1er.*

25 *L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 140, V, al. 2.*

26 *D. n° 2009-158, 11 févr. 2009, art. 2.*

27 *L. n° 2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises, art. 177, complété par D. n° 2020-537, 7 mai 2020. - Circ. 30 déc. 2020, NOR : ECOT2029693C, relative à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle des fonds de pérennité : www.legifrance.gouv.fr/circulaire/id/45114?origin=list*

28 *L'article 177, IV, 2e alinéa de la loi n° 2019-486, 22 mai 2019, dite loi Pacte dispose que : « Les titres de capital ou parts sociales de la ou des sociétés mentionnées au I du présent article sont inaliénables. Toutefois, lorsque le fonds de pérennité contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du Code de commerce, par l'effet de la libéralité ou d'une acquisition ou de la situation antérieure à ces dernières, l'une ou plusieurs de ces sociétés, l'apporteur ou le testateur, lors de la libéralité, ou le conseil d'administration, lors d'une acquisition, peut décider que cette inaliénabilité ne frappe pas tout ou partie des titres ou parts, dans la limite de la fraction du capital social qui n'est pas nécessaire à l'exercice de ce contrôle ».*

29 *L'article 177, IV, 3e alinéa, de la loi n° 2019-486, 22 mai 2019, dite loi Pacte envisage une levée de l'inaliénabilité dans les conditions de l'article 900-4, alinéa 2 du Code civil, mais seulement « s'il advient que la pérennité économique de la ou des sociétés l'exige ». Le juge peut donc autoriser le fonds de pérennité, à qui les titres ont été apportés, à disposer des titres ou parts frappés d'inaliénabilité s'il advient que la pérennité économique de la ou des sociétés dont les titres ont été apportés l'exige.*

à compter de la date de publication de la déclaration au Journal officiel.
La dotation du fonds de pérennité est composée des titres ou parts apportés par le ou les fondateurs lors de sa constitution, ainsi que des biens et droits de toute nature. Il s'agit du seul moyen de doter ce fonds de pérennité dans la mesure où le législateur n'a pas ouvert la possibilité pour l'apporteur d'avoir une contrepartie. L'apport ne peut donc être qu'à titre gratuit.

32 - **Le fonctionnement du fonds de pérennité. –** La loi prévoit de façon impérative que le fonds de pérennité soit administré par un conseil d'administration comprenant au moins trois membres nommés, pour la première fois, par le fondateur.
Les statuts du fonds de pérennité devront définir les principes qui guideront la prise de décision du conseil d'administration, sachant que les pouvoirs de celui-ci sont définis par la loi.
Dans les rapports avec les tiers, le conseil d'administration engage le fonds de pérennité par les actes entrant dans son objet. Les actes réalisés en dehors de cet objet sont nuls, sans que cette nullité soit opposable aux tiers de bonne foi.
En parallèle du conseil d'administration, interviendra un comité de gestion composé d'au moins un membre du conseil d'administration et de deux personnes non membres de ce conseil, chargé du suivi permanent des participations du fonds et formulant des recommandations au conseil d'administration portant sur la gestion financière de la dotation, sur l'exercice des droits attachés aux titres ou parts détenus ainsi que sur les actions et les besoins financiers associés, permettant de contribuer à la pérennité économique de ces sociétés.

33 - **Les spécificités et les zones d'ombre de la fiscalité du fonds de pérennité. –** *La fiscalité à la création.* – Dans la mesure où la constitution d'un fonds de pérennité ne peut se faire que par l'apport à titre gratuit (donation ou testament) de titres ou d'un fonds de commerce, il relève des droits d'enregistrement qui, en la matière, sont les droits de mutation à titre gratuit. En effet, le fonds de pérennité ne bénéficie pas d'exonération particulière, contrairement aux fondations reconnues d'utilité publique et aux fonds de dotation.
La donation de titres à un fonds de pérennité sera donc assujettie aux droits d'enregistrement au taux applicable entre personnes non parentes, soit au taux de 60 %. Néanmoins, afin de limiter le coût de l'opération, il est toutefois prévu que cette donation, lorsqu'elle est réalisée en pleine propriété, puisse bénéficier de l'article 787 B du CGI, connu sous le nom de pacte Dutreil.
La fiscalité en cours de vie. – Contrairement aux fondations reconnues d'utilité publique ou aux fonds de dotation, le fonds de pérennité est soumis aux impôts commerciaux dans les conditions de droit commun (impôt sur les sociétés, TVA, impôts de production).
En pratique, l'essentiel des ressources du fonds de pérennité viendra des dividendes versés par la société dont le fonds détient les titres. La question de l'application aux dividendes du régime mère-fille[30] se pose donc, et rien ne semble s'y opposer. Le BOFiP confirme le bénéfice du régime fiscal favorable des plus-values à long terme en cas de cession ultérieure des titres par le fonds de pérennité en tenant compte du délai de détention de ces titres au niveau de la personne morale apporteuse[31]. Il serait donc logique que le fonds de pérennité puisse également bénéficier du régime mère-fille en tenant compte également de ce précédent délai de détention.

Conclusion

34 - En conclusion, on voit que la législation s'est dotée ces dernières années de nombreux outils pour permettre à l'entreprise et au chef d'entreprise de donner une nouvelle dimension au projet entrepreneurial.
Comme tout changement de paradigme, les choses prendront probablement un peu de temps mais nous pouvons constater à quelle vitesse s'opère néanmoins la mutation. Les citoyens semblent aujourd'hui prêts à accompagner ces changements même si le nouveau modèle économique reste à écrire. ■

30 *L'article 145 du CGI prévoit une exonération à hauteur de 95 % des dividendes reçus dès lors que la société bénéficiaire détient plus de 5 % de la filiale et que les titres de participation sont conservés pendant au moins 2 ans.*

31 *BOI-BIC-PVMV-30-30-130, n° 130.*

© LEXISNEXIS SA - LA SEMAINE JURIDIQUE - ÉDITION GÉNÉRALE - N° 40 - 10 OCTOBRE 2022