

8.1

Vers un développement des fondations actionnaires ?



Xavier DELSOL,
Avocat associé,
Cabinet DELSOL Avocats

La loi PACTE facilite la possibilité, pour une fondation reconnue d'utilité publique, d'être actionnaire d'une entreprise (V. § 2). Mais elle reste difficile à mettre en œuvre pour des fondateurs apporteurs des actions de

l'entreprise, principalement car ils ne peuvent exercer un contrôle suffisant tant dans la gouvernance de la fondation que dans la gestion des titres de l'entreprise (V. § 3).

1. Il est généralement estimé que 700 000 entreprises environ sont susceptibles d'être cédées ou transmises, et de plus en plus d'entrepreneurs souhaitent donner tout ou partie de leur participation à une structure non lucrative, parce qu'ils n'ont pas d'héritiers directs et/ou parce qu'ils souhaitent préserver la pérennité de l'entreprise (et ses emplois) avec ses valeurs, ou encore tout simplement pour permettre de financer une œuvre d'intérêt général ou de Bien commun à laquelle ils sont attachés.

Le modèle des « fondations actionnaires », détenant la majorité des titres d'une société industrielle ou commerciale dont les dividendes financent des œuvres non lucratives est largement développé dans le monde anglo-saxon, et surtout nordique. Il permet ainsi de **conjuguer la préservation de l'entreprise sur le long terme** (grâce à une gestion moins axée sur le profit immédiat au bénéfice des actionnaires « classiques ») **et cette mission d'intérêt général**. En inversant en quelque sorte les rôles, ce n'est ainsi plus l'entreprise (et ses actionnaires) qui elle-même alloue une part, généralement modique, de ses bénéfices à une fondation périphérique, mais bien la fondation qui détient l'entreprise, oriente sa stratégie, et finance ses propres missions d'intérêt général.

Quelques **cas emblématiques**, parmi bien d'autres¹,

suffisent à montrer que ce schéma fonctionne parfaitement : en Allemagne, la Fondation Robert Bosch, propriétaire de l'entreprise éponyme, qui attribue chaque année plus de 250 M€ pour le financement de l'apprentissage, ou le groupe de presse Bertelsmann ; au Danemark, les sociétés Carlsberg, Hempel ou Novo Nordisk, principalement détenues par une fondation, comme 54 % de la capitalisation boursière de Copenhague ; en Suède, Saab ou Ericsson ainsi qu'une galaxie d'entreprises propriétés des fondations Wallenberg ; ou encore en Suisse, les fondations Hans Wildorf, propriétaire de la société Rolex, ou Victorinox (le célèbre couteau suisse).

Pourtant, **en France, seule la Fondation Pierre Fabre, propriétaire à 93 % (les 7 % restant appartenant aux salariés) peut être réellement présentée comme telle**, les autres fondations concernées² n'étant qu'actionnaires minoritaires. En effet, même si la loi du 23 juillet 1987 sur les fondations³ autorisait déjà clairement cette possibilité, mais seulement depuis un amendement adopté en 2005⁴ sur l'impulsion de Pierre Fabre pour créer sa fondation, celle-ci n'est que très peu usitée à la fois en raison de la prudence du Conseil d'État (dont l'avis conforme est nécessaire pour le décret du

1 V. not. Les fondations actionnaires – première étude européenne : Prophyl, en collaboration avec DELSOL Avocats et l'ESSEC, 2015.

2 Dont la Fondation Christophe et Rodolphe Mérieux, actionnaire à 32 % de la Cie Mérieux Alliance.

3 L. n° 87-571, 23 juill. 1987, art. 18-3.

4 L. n° 2005-882, 2 août 2005, art. 29.

ministre de l'Intérieur autorisant la création de la fondation reconnue d'utilité publique) sur cette possibilité et de la réticence, légitime à notre sens, des fondateurs à accepter de ne pas représenter (ainsi que leurs successeurs ou héritiers le cas échéant) plus du tiers des voix dans l'organe de gouvernance de la fondation (conseil d'administration ou de surveillance).

2. Il paraissait donc utile de promouvoir ce mode d'organisation capitalistique et de gouvernance dans un but d'intérêt commun, à la fois de pérennisation de l'entreprise et de développement d'actions de Bien commun. La loi PACTE apporte une clarification bienvenue en ce sens, confirmée par les nouveaux statuts-type⁵ des fondations reconnues d'utilité publique, présentés par le Conseil d'État le 19 juin 2018 dès les premières discussions relatives au projet de loi.

Pour favoriser les dons ou legs de titres de participation majoritaire, ou significative, à une telle fondation (notamment lorsqu'elle existe déjà), l'**article 178 de la loi PACTE**⁶ intègre expressément dans l'article 18-3 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat (dont le texte antérieur était ambigu) le fait qu'**une « fondation reconnue d'utilité publique peut recevoir et détenir des parts sociales ou des actions d'une société ayant une activité industrielle ou commerciale, sans limitation de seuil de capital ou de droit de vote »**. Toutefois, il est précisé également que, **lorsque la fondation détient le contrôle de la société (au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce), les statuts de la fondation doivent indiquer « 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 [...] »**.

3. De toute évidence et sans qu'une contradiction sérieuse ait pu être apportée sur ce point, **le texte confond ici « la fin » (l'objet social) et « les moyens » (les sources de revenus)**, alors que le principe même d'une fondation d'utilité publique est *« l'affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif »*⁷. La gestion de l'entreprise par la fondation ne saurait en effet constituer une fin en soi (et donc le cadre de l'objet social), mais représente seulement un moyen de financement (le placement du patrimoine donné ou légué, dans une société capitalistique susceptible de produire un rendement sous forme de dividendes, comme pourraient le faire tous immeubles générant des revenus fonciers, agricoles ou forestiers). Bien sûr, il peut être toujours préférable que l'objet social de la fondation présente un lien avec celui de la société (comme par exemple l'objet de la Fondation Pierre Fabre, qui est d'améliorer l'accès aux médicaments et aux soins de qualité dans les pays en développement). Mais cela ne signifie pas, à notre sens, que la fondation ne devrait pas s'intéresser pour autant à la gestion de sa filiale, tout comme elle participe concrètement à la conservation de son patrimoine immobilier lorsque, comme cela est le plus souvent le cas, la dotation de la fondation reconnue d'utilité

publique est immobilière, composée y compris d'immeubles de rapport n'ayant rien parfois aucun lien avec l'objet social de la fondation.

D'ailleurs, plusieurs fondations ont externalisé leurs activités devenues commerciales et lucratives, ou ont nouvellement développé en ce sens, au sein d'une société filiale (généralement unipersonnelle) par le biais d'un apport partiel d'actif, comme le préconise l'administration fiscale elle-même lorsque le secteur lucratif et fiscalisable d'une organisation non lucrative devient significatif⁸.

Si l'application de ce principe de spécialité⁹ suppose de dissocier clairement la gestion de la fondation de celle de l'entreprise devenue filiale, outre qu'on saisit mal l'intérêt d'une telle dissociation, même l'interposition (comme le préconise, voire l'impose, le Conseil d'État) d'une société holding intermédiaire, ne modifie guère l'indépendance à notre sens de la société filiale vis-à-vis de la fondation.

Certes, la fondation reconnue d'utilité publique jouit d'une très grande capacité juridique avec des avantages fiscaux corrélatifs non négligeables (exonération de droits de mutation, éligibilité présumée au régime du mécénat, exonération présumée des impôts commerciaux, réduction d'IFI pour les donateurs, exonération possible sous conditions de certaines taxes telle que la taxe locale d'équipement ou le versement de transport, etc.). En revanche, on peut souligner la lourdeur du processus de création et de reconnaissance (il convient de prévoir en pratique une durée minimale de 18 à 24 mois, au mieux, à compter du dépôt du dossier complet pour obtenir la signature du décret du ministre de l'Intérieur).

Mais, en toute hypothèse, **la vraie question reste surtout, comme évoqué ci-avant, l'impossibilité (imposée par le Conseil d'État) de donner au(x) fondateur(s) apporteur(s) des actions de l'entreprise, un contrôle suffisant tant dans la gouvernance de la fondation¹⁰ que justement ensuite dans la gestion des titres de l'entreprise.**

Ce contrôle pourrait être indirect par un pouvoir majoritaire dans la fondation à condition que celle-ci puisse clairement contrôler elle-même l'entreprise filiale ; ou direct par une majorité des droits de vote laissée aux fondateurs (et leurs héritiers ou successeurs) dans l'entreprise malgré une participation majoritaire de la fondation.

D'ailleurs, les législations anglo-saxonne ou nordique le permettent expressément, tout en acceptant de dissocier (comme le fait aussi le droit des sociétés en France, mais dans une moindre mesure) la propriété du capital et les droits aux dividendes d'une part et le pouvoir de contrôle d'autre part. Ainsi, à titre d'exemples, la *Fondation Robert Bosch Stiftung GmbH* en Allemagne détient 92 % des actions de l'entreprise mais aucun droit de vote, alors que la société en commandite *Robert Bosch Industrietreuhand KG*, société historique familiale,

5 Aux articles 2 et 11.

6 L. n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), art. 178 : JO 23 mai 2019, texte n° 2 (V. annexe).

7 L. n° 87-571, 23 juil. 1987, art. 18.

8 BOI-IS-CHAMP-10-50-20-10, 3 oct. 2018, § 560.

9 C. civ., art. 1145, al. 2 : « La capacité des personnes morales est limitée par les règles applicables à chacune d'entre elles. »

10 Cf. note de bas de page n° 11 des statuts-type : « En application du principe d'indépendance des fondations vis-à-vis des fondateurs, l'effectif du collège des fondateurs [au conseil d'administration ou au conseil de surveillance selon le cas] ne doit pas dépasser le tiers du total des sièges du conseil [...] »

ne possède que 0,01 % des actions mais 93 % des droits de vote. Ou encore, les nombreuses fondations de la « galaxie Wallenberg » en Suède contrôlent généralement les sociétés filiales, bien qu'en étant parfois minoritaires, grâce à des actions à droit de vote multiple, tout en restant elles-mêmes dirigées par la dynastie familiale.

Tant que cette contrainte ne sera pas levée clairement, il est à craindre que bien peu de fondateurs ou propriétaires majoritaires d'entreprises n'acceptent ainsi de créer une fondation reconnue d'utilité publique devenant détentrice des parts ou actions de la société ; et il est **probable que le fonds de dotation¹¹ restera ainsi le véhicule juridique le plus approprié** dans une telle situation.

¹¹ Créé par L. n° 2008-776, 4 août 2008, art. 140 et s.

Pourtant, la fondation reconnue d'utilité publique, à la différence du fonds de dotation (qui reste un outil totalement privé) apporte au(x) fondateur(s) beaucoup plus de garantie de préservation dans le temps de sa (leur) volonté philanthropique pour laquelle elle a été créée, grâce justement à ce contrôle du ministère de l'Intérieur exercé généralement par un commissaire du Gouvernement au sein de l'organe de gouvernance. Au contraire, le fonds de dotation ne permet de garantir à ce(s) fondateur(s) ni le respect pérenne de l'objet social que les héritiers ou successeurs pourront transformer sans grande difficulté le cas échéant, ni même la préservation de l'entreprise, qu'ils pourront vendre ultérieurement s'ils l'estiment préférable.

X. DELSOL ■

Annexe (disponible sur le site internet de la Revue)

L. n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (PACTE), art. 178 : JO 23 mai 2019, texte n° 2