

# ARTICLE

JURIDIQUE

INSTITUTIONS  
SANS BUT LUCRATIF

## UN NOUVEAU MODE DE DÉTENTION CAPITALISTIQUE ?

La détention du capital social de société commerciale par des institutions sans but lucratif (ISBL) s'impose comme un sujet central au sein de l'économie sociale et solidaire (ESS). À l'heure où l'on parle de plus en plus de capitalisme responsable, cette nouvelle approche de la gouvernance d'entreprises capitalistes offre des perspectives encourageantes en réponse aux nouveaux enjeux sociétaux et environnementaux.



**AUTEUR** Colas Amblard  
**TITRE** Docteur en droit,  
avocat associé, cabinet NPS consulting,  
chargé d'enseignement à l'université  
Jean-Moulin – Lyon 3

L'« affaire Danone » et l'éviction de son président-directeur général (PDG), Emmanuel Faber, auront au moins démontré une chose : en l'état actuel, les engagements pris en application de la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite « loi Pacte », du 22 mai 2019<sup>1</sup> et l'avènement de la société à mission<sup>2</sup> ne pèsent décidément pas lourd face à la volonté des actionnaires de

préserver une capitalisation boursière à haut rendement financier<sup>4</sup>. S'il faut toutefois saluer cette initiative récente, qui fait de la France un État pionnier en la matière au sein de l'Union européenne, il importe désormais d'aller plus loin en favorisant les possibilités de confier son actionnariat à des ISBL – associations, fondations, fonds de dotation. L'objectif est triple : limiter l'emprise des marchés financiers et (re)placer l'entreprise capitaliste au cœur des enjeux sociaux et environnementaux, mais également ouvrir de nouvelles perspectives en matière de gestion et de financement d'activités d'intérêt général. C'est donc au regard de la législation actuelle qu'il convient de faire un état des lieux des différents modes de détention capitaliste possibles pour les structures à but non lucratif ou à lucrativité limitée appartenant au champ de l'ESS<sup>5</sup>.

### NOUVEAUX ENJEUX, NOUVEAU DÉFI

La question de la maîtrise de sociétés capitalistes par des ISBL – ou des entreprises de l'ESS – représente en enjeu fondamental, notamment parce qu'elle rend plausible l'hypothèse d'une refondation du capitalisme. Or, sur ce terrain-là, l'affaire Danone<sup>28</sup> a surtout montré que le « capitalisme responsable » ne pouvait se limiter à la « raison d'être » de l'entreprise. Autrement dit, l'échec de la loi Pacte<sup>29</sup> est avant tout celui de cette philosophie qui appréhende prioritairement l'entreprise capitaliste à partir de

sa fonction sociale et de la valeur – réelle ou supposée – qu'elle est censée apporter à l'ensemble de ses parties prenantes (actionnaires, salariés, clients, communautés environnantes diverses). En réalité, la théorie du ruissellement<sup>30</sup> n'aura pas produit les effets escomptés. Et cette tentative – un peu vaine – d'« humaniser » l'entreprise capitaliste n'aura pas permis de s'affranchir du totem formulé ●●●

1. P. Liret, « Danone ou l'impasse de l'entreprise à mission », institut-isbl.fr, 26 nov. 2020 ; v. égal. du même auteur, « Loi Pacte : quel impact pour l'ESS ? », institut-isbl.fr, 25 avr. 2020.  
2. L. n° 2019-486 du 22 mai 2019, JO du 23, JA 2019, n° 604, p. 34, étude X. Delpech.

3. C. Amblard, « "Statut ne vaut pas vertu", oui mais... », institut-isbl.fr, 30 avr. 2018.  
4. Un raisonnement identique peut être tenu à propos de l'entrepreneuriat social ; sur ce sujet, v. not. J.-F. Draperi, *Ruses de riches – Pourquoi les riches*

*veulent maintenant aider les pauvres et sauver le monde*, Payot, oct. 2020.  
5. P. Liret, « ESS, qui sommes-nous ? », institut-isbl.fr, 26 juill. 2020.

28. M.-J. Cougard, L. Boisseau, « Danone : des actionnaires demandent aux administrateurs de clarifier leur vision

du groupe », lesechos.fr, 8 avr. 2021.  
29. L. n° 2019-486, préc.  
30. A. Parienty, *Le Mythe de la « théorie du ruissellement »*, La Découverte, sept. 2018.

# ARTICLE

JURIDIQUE

L'ESSENTIEL

■ La question de la détention du capital social de société commerciale par des ISBL est devenue centrale pour l'ESS.

■ Notamment parce qu'elle rend plausible l'hypothèse d'une refondation du capitalisme.

●●● par Milton Friedman au début des années 1970 : la responsabilité sociétale de l'entreprise est avant tout de faire des profits et l'actionnaire demeure toujours le propriétaire de l'entreprise. C'est donc en fonction de son intérêt qu'elle continue et continuera d'être gouvernée, peu importe la manière dont est rédigé son objet statutaire<sup>31</sup>, censé définir sa raison d'être.

Il faudra donc aller plus loin dans les tentatives de refondation du capitalisme et, de ce point de vue, le soutien apporté aux velléités hégémoniques de l'ESS par une présence de ses différentes composantes dans tous les secteurs économiques constitue une solution envisageable<sup>32</sup>. Mais pour préserver les chances de succès d'un tel projet, cela suppose que l'ESS accepte de jouer un rôle plus important dans la gouvernance d'entreprises capitalistes.

## Vers un capitalisme sociétal ?

Le contexte de crise sanitaire, sociale et environnementale impose la nécessité de refonder le capitalisme pour évoluer vers un capitalisme plus responsable. Cependant, pour relever un tel défi, l'entreprise capitaliste ne doit plus simplement satisfaire des intérêts particuliers (actionnaires), mais au contraire inscrire sa démarche dans une dimension collective mieux à même d'appréhender – et ainsi de préserver – le bien commun<sup>33</sup>. Plus qu'un capitalisme respon-

sable<sup>34</sup>, c'est donc vers un « capitalisme sociétal » – au sens où il doit permettre de faire société<sup>35</sup> – qu'il convient de s'orienter. Cette nouvelle approche proposée du capitalisme pose ainsi en creux celle de la refondation du contrat social qui lie l'entreprise capitaliste au reste de la nation. Or, dans le contexte de crise actuelle, ce nouveau contrat social aura pour principale conséquence de faire peser de nouvelles responsabilités sur l'entreprise capitaliste. Bien entendu, il lui appartiendra toujours d'assurer la reprise économique dans le respect des conditions sanitaires, mais, désormais, il lui faudra également solidariser ses différentes parties prenantes autour de valeurs partagées et, ainsi, générer une prospérité résiliente et durable.

## Stabilité de l'actionnariat

C'est précisément au regard des changements espérés – mentionnés ci-dessus – que la question de la détention capitalistique par un organisme reconnu d'intérêt général (ISBL ou entreprise de l'ESS) devient absolument centrale : d'une part, parce qu'en qualité d'actionnaire majoritaire, c'est lui qui sera en capacité d'orienter l'entreprise capitaliste (filiale) vers des comportements plus vertueux ; d'autre part, parce que les résultats de ces filiales serviront *in fine* à financer les activités d'intérêt général de leur « holding à but non lucratif »<sup>36</sup>. Loin de toute utopie, cette nouvelle organisation – capitalistique – de l'entreprise tend à se développer partout en Europe<sup>37</sup>. Il a été vu précédemment qu'elle ouvrait la possibilité de financer des missions ou des organismes d'intérêt général et, à tout le moins, qu'elle participait au développement de groupements économiques hybrides<sup>38</sup> conciliant activités lucratives et activités d'intérêt général<sup>39</sup>. Elle permet également d'éviter la dispersion de son capital en protégeant l'entreprise capitaliste d'opérations hostiles – offre publique d'achat (OPA) – qui altèrent son engagement sociétal et, à terme, menacent son implantation territoriale – risque de délocalisation.

## Notation extra-financière

Les dimensions sociales de solidarité – la prospérité doit être l'affaire de tous –, de résilience – par le souci apporté à la planète – et d'indépendance doivent désormais être au cœur de l'entreprise capitaliste. Mais pour que ces valeurs puissent s'exprimer, les normes comp-

### ZOOM SUR...

## LA FISCALITÉ DES DIVIDENDES

Les dividendes que perçoit l'ISBL de sa filiale sont en principe taxables à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun. L'ISBL peut toutefois échapper à cette imposition en optant pour le régime des sociétés mères et filiales si elle en remplit les conditions. Pour bénéficier de ce régime, les titres détenus dans la filiale doivent représenter au moins 5 % du capital de cette société – ou au moins 2,5 % du capital et 5 % des droits de vote – lorsque l'entreprise est contrôlée par un ou plusieurs organismes à but non lucratif mentionnés à l'article 206, 1 bis du code général des impôts.

31. C. civ., art. 1833.

32. S. Guérard, « L'ESS est la norme souhaitable de l'économie de demain », interview de J. Saddier, *humanite.fr*, 2 juill. 2019.

33. G. Delacôte et C. Morel, *Pour une économie du bien commun*, Le Pommier, 2012.

34. Institut Montaigne, « Le capitalisme responsable : une chance pour l'Europe », sept. 2020.

35. C. Amblard, « Le rôle des fondations et fonds de dotation dans la transmission de l'entreprise : vers un renouveau du capitalisme en France ? », *Lamy associations*, Bull. actu., juin 2015, n° 238.

36. C. Amblard, *JA* 2015, n° 525, p. 37.

37. De très nombreuses fondations détiennent déjà tout ou partie du capital de sociétés européennes (Ikea, Bosch, Rolex, Velux, Carlsberg, Nokia, Électrolux, Sandoz ou encore Lego).

38. A. Berger, « Groupe associatif – Toute puissance est faible, à moins d'être

unie », *institut-isbl.fr*, 25 janv. 2018.

39. C. Amblard, *La Gouvernance des entreprises associatives*, Juris éditions – Dalloz, coll. « Hors-série », août 2019.

40. Dir. 2014/95/UE du 22 oct. 2014.  
6. L. n° 2019-486, préc. ; v. égal. dossier « Fonds de pérennité – La fin justifie les moyens », *JA* 2021, n° 632, p. 15.

■ Le droit positif apporte un certain nombre de solutions graduées en fonction du mode de détention capitalistique souhaité.

tables et prudentielles ne peuvent plus simplement être conçues par et pour un capitalisme focalisé sur des visions et des rendements de court terme et **élaborées** dans l'optique d'une mondialisation « sans rivages ». Ces normes doivent par ailleurs être complétées par une information extra-financière – c'est-à-dire renseignant sur l'action globale des entreprises vis-à-vis de la société et de son environnement – homogène au sein de l'Union européenne<sup>40</sup> et conforme à ses valeurs. Du point de vue de leur détention capitalistique, la modernisation des règles prudentielles et comptables constitue donc un enjeu fondamental pour les ISBL et les entreprises de l'ESS.

## QUELS MODES DE DÉTENTION CAPITALISTIQUE POSSIBLES ?

Dans l'ESS, le droit positif actuel est en mesure d'apporter un certain nombre de solutions graduées en fonction du mode de détention capitalistique souhaité.

### Fonds de pérennité

L'article 177 de la loi Pacte<sup>6</sup> a donné naissance au fonds de pérennité, nouveau véhicule juridique conçu pour recevoir, dans le cadre d'une libéralité, tout ou partie du capital d'une entreprise ou d'une *holding* en vue prioritairement de gérer des participations. Cela étant, si ce fonds a pour objectif principal de contribuer à la pérennité économique de l'entreprise, il n'est pas pour autant une « fondation » car la poursuite d'une mission d'intérêt général est facultative, voire accessoire au regard de sa mission première ; il n'est même pas une ISBL dans la mesure où les participations en capital qu'il reçoit ne sont pas pour autant irréversibles. En effet, en cas de dissolution volontaire<sup>7</sup>, les statuts peuvent prévoir l'affectation de l'actif net – notamment les titres détenus – à un « bénéficiaire désigné », qui peut être l'apporteur initial ou ses proches. Par conséquent, si une telle possibilité statutaire inscrit clairement le fonds de pérennité en dehors du spectre des ISBL – pour lesquelles le « but non lucratif »<sup>8</sup> s'entend jusqu'au traitement du boni de liquidation qui ne peut, par principe, revenir à ses membres –, rien ne l'empêche en revanche de prendre une dimension philanthropique soit en complétant son objet statu-

taire si tel est le souhait des fondateurs, soit en s'adossant à un fonds de dotation pour réaliser ou financer des œuvres ou des missions d'intérêt général. Ces missions ou œuvres seront alors financées par les bénéfices de l'entreprise qui remonteront au fonds de pérennité **et/ou** au fonds de dotation sous forme de distribution de dividendes. Toutefois, si, dans le cadre d'une transmission, le dirigeant est principalement animé par une volonté philanthropique, il lui sera alors conseillé de recourir à d'autres véhicules juridiques pour lesquels la fiscalité est beaucoup plus avantageuse, tels que la fondation ou le fonds de dotation, ce dernier permettant notamment d'effectuer des donations avant cession dans des conditions préférentielles (exonération des droits de succession et de donation)<sup>9</sup>.

### Fonds de dotation

Directement inspiré du modèle anglo-saxon des *endowment funds*<sup>10</sup>, le fonds de dotation<sup>11</sup> a été introduit en droit français par l'article 140 de la loi du 4 août 2008<sup>12</sup> de modernisation de l'économie, modifié en dernier lieu par la loi du 22 mai 2019<sup>13</sup>. Il s'agit d'une personne morale de droit privé à but non lucratif constituée pour réaliser une œuvre ou une mission d'intérêt général – fonds de dotation dit « opérationnel » – ou pour aider une autre ISBL à accomplir une mission d'intérêt général – fonds de dotation dit « redistributeur ». Elle est exclusivement contrôlée par son ou ses fondateurs qui devront nommer au moins trois dirigeants au moment de sa création. À ce stade, un versement en numéraire d'une somme minimale de 15 000 euros sera également nécessaire<sup>14</sup>. Par suite, cette dotation initiale pourra progressivement être complétée par l'affectation gratuite et irrévocable de biens et droits de toute nature<sup>15</sup>, et notamment par l'apport de titres de sociétés. De fait, rien ne s'oppose à ce qu'un fonds de dotation devienne actionnaire, même majoritaire, d'une société capitaliste. Dans ces conditions, il lui appartiendra de sectoriser comptablement son activité de gestion de titres<sup>16</sup> conformément aux règles fiscales prévues à cet effet<sup>17</sup> afin d'éviter que cette détention patrimoniale ne vienne impacter son statut fiscal d'organisme – non assujéti – d'intérêt général<sup>18</sup>. Dès lors, même en qualité d'actionnaire majoritaire, le fonds de dotation pourra disposer de dirigeants communs<sup>19</sup> avec sa filiale commerciale lui permettant d'intervenir « concrètement et de façon ●●●

7. Décr. n° 2020-537 du 7 mai 2020, art. 10.

8. C. Amblard, « But non lucratif : un concept incontournable encore mal appréhendé par les associations », *institut-isbl.fr*, 26 juill. 2020.

9. CGI, art. 795, 14°.

10. M. Chabrol, « Le fonds de dotation à la française et l'*endowment fund* aux

États-Unis », mémoire de master 2 en recherche de droit européen comparé, université Paris 2 Panthéon-Assas, 2016.

11. C. Amblard, *Fonds de dotation*

– *Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2<sup>e</sup> éd., Wolters Kluwer, nov. 2015.

12. L. n° 2008-776 du 4 août 2008,

JO du 5 ; dossier « Fonds de dotation – 10 ans, ça se fête ! », *JA* 2018, n° 583, p. 15.

13. L. n° 2019-486, préc.

14. L. n° 2008-776, préc., art. 140, III, al. 2 ; décr. n° 2009-158 du 11 févr. 2009, art. 2 bis.

15. *Ibid.*, art. 140, I, al. 1<sup>er</sup>.

16. BOFIP-Impôts, BOI-IS-CHAMP-10-

50-20-10 du 3 oct. 2018, § 600 et s.

17. *Ibid.*, § 120 et s.

18. CGI, art. 238 bis, 1. g).

19. Ces dirigeants devront respecter les critères de gestion désintéressée tels que décrits par BOFIP-Impôts, BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20 du 7 juin 2017, § 50 à 510.

# ARTICLE

JURIDIQUE

●●● importante »<sup>20</sup> dans la gestion de cette dernière et, ainsi, de l'orienter durablement vers des comportements plus responsables sans risquer de remettre en cause son statut fiscal de départ.

## Fondation familiale ou actionnaire

Sous réserve de respecter les mêmes règles que celles précédemment exposées, une société commerciale pourra également être majoritairement détenue et donc dirigée par une fondation familiale ou actionnaire, constituée sous la forme d'une fondation reconnue d'utilité publique (FRUP) ou abritée<sup>21</sup>. Là encore, dans un tel schéma, il s'agira pour une famille, mais également ses descendants, de donner du sens à son patrimoine. Cependant, et à la différence du fonds de dotation, la FRUP aura immédiatement vocation – c'est-à-dire dès sa constitution – à fonctionner en toute indépendance vis-à-vis de son ou ses fondateurs. Son but et ses missions devront donc être distincts de ceux de ses fondateurs<sup>22</sup> et ne pourront prendre la forme d'un soutien à l'action de ces derniers<sup>23</sup>. La recherche de l'intérêt général devra être prépondérante<sup>24</sup>. Dans cette hypothèse, le conseil d'administration de la fondation ne pouvant être sous le contrôle direct ou indirect du ou des fondateurs, c'est donc à la communauté des administrateurs (fondateurs, personnes qualifiées, membres de droit, salariés, donateurs mécènes) qu'il appartiendra de gérer la filiale commerciale comme une entreprise responsable.

## Coopérative

D'autres cadres juridiques, tels que la coopérative<sup>25</sup> ou encore la société coopérative d'intérêt collectif (SCIC)<sup>26</sup>, directement issus du périmètre de l'ESS, peuvent contribuer à façonner l'émergence d'un capitalisme plus responsable. En effet, le multisociétariat (clients, usagers, bénéficiaires, investisseurs, salariés, collectivités territoriales, etc.), le fonctionnement démocratique interne (« un homme, une voix ») ainsi que le caractère globalement désintéressé de sa démarche (but lucratif limité, impartageabilité des réserves) sont autant de principes permettant à ce type d'entreprise capitaliste de s'intégrer d'une manière plus harmonieuse et durable dans son écosystème. Lorsque la coopérative prend la forme d'une SCIC, cette dynamique collective sera d'autant plus marquée dans la mesure où son objet statutaire doit intégrer une finalité entrepre-



© jozefmielc

neuriale fondée sur l'utilité sociale<sup>27</sup>. Ainsi, concernant ce type d'entreprise relevant du secteur de l'ESS, il apparaît clairement que la prégnance des principes coopératifs sur sa forme juridique commerciale – société anonyme à responsabilité limitée (SARL), société par actions simplifiée (SAS), société anonyme (SA) – offre des perspectives de gestion capitaliste plus responsables et par conséquent plus durables. ■

20. Tel est le cas lorsque les dirigeants de la filiale sont également dirigeants du fonds de dotation ou lorsque des liens de parenté existent entre les dirigeants du fonds de dotation et ceux de la filiale.

21. Dossier « Fonds et fondations – Por-

trait de famille », JA 2018, n° 578, p. 15.

22. CE, sect. intérieur avis, 12 juin 2012, n° 386291 ; CE, sect. intérieur avis, 6 juin 2017, n° 393147.

23. CE, sect. intérieur avis, 6 juin 2017, n° 393147.

24. CE, sect. intérieur avis, 18 déc. 2018, n° 396331.

25. L. n° 47-1775 du 10 sept. 1947.

26. L. n° 2001-624 du 17 juill. 2001.

27. Circ. DIES n° 2002-316 du 18 avr. 2002 : « Le caractère d'utilité sociale

d'une institution ne découle pas du secteur dans lequel elle exerce son activité, mais bien des conditions dans lesquelles elle l'exerce. »