



## **REFLEXIONS DU HCVA SUR L'ENTREPRISE A MISSION ET LE LIEN ENTRE ENTREPRISE ET INTERET GENERAL**

### **Introduction et rappel**

L'objectif du Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises (PACTE), lancé par le Gouvernement, est de permettre aux entreprises d'avoir les moyens d'innover, de se transformer, de grandir et de créer des emplois. Développé autour de six thématiques, ce plan insiste notamment sur « *le partage de la valeur et l'engagement sociétal des entreprises* ».

Une mission « Entreprise et intérêt général » confiée à Nicole Notat et à Jean-Dominique Senard devrait aboutir très prochainement à différentes propositions. Les débats actuels font, en effet, état de réflexions en cours sur l'évolution des statuts de sociétés, dans le but de permettre aux entreprises de mieux prendre en compte les défis environnementaux, sociaux et sociétaux tout en préservant la sécurité juridique et la compétitive desdites sociétés.

Parallèlement, la ministre du Travail envisage un travail sur les « fondations actionnaires », dont le dispositif diffère philosophiquement, juridiquement et fiscalement de l'entreprise à mission puisque si les dividendes de l'entreprise détenue - ou une partie de ceux-ci en présence d'autres actionnaires que la fondation - sont effectivement affectés à la mission d'intérêt général de la fondation actionnaire, l'entreprise détenue n'intègre pas nécessairement de mission sociétale particulière à son projet - qu'elle peut tout à fait mener comme une entreprise « classique ».

Dans un contexte complexe où cohabitent déjà différents labels, statuts et régimes visant à faciliter l'engagement des sociétés commerciales en faveur de l'intérêt général (réductions d'impôts afférentes au mécénat d'entreprise logé ou non au sein d'une fondation d'entreprise), de l'utilité sociale (appartenance à l'ESS voire agrément ESUS et accès à l'épargne salariale solidaire), de la RSE, ou du label B-Corp accessible en France depuis 2015 (la certification nécessitant un score de 80 points minimum sur 200 à 300 questions concernant la gouvernance, les collaborateurs, la communauté ou encore le modèle économique de

l'entreprise), il apparaît essentiel au HCVA de rappeler ce qui fonde les différences entre les régimes déjà existants et conditionne les avantages dont jouissent certains d'entre eux.

Vouloir inciter les entreprises à intégrer de façon pérenne dans leur projet, et avec davantage de sécurité vis-à-vis des actionnaires, de nouveaux défis environnementaux, sociaux et sociétaux, dans un respect accru de l'intérêt des parties prenantes comme du bien commun, ne saurait cependant être sujet à réserve. En effet, devant les processus standardisés de la RSE ou du label B-Corp, les contraintes liées à l'obtention de l'agrément ESUS et les engagements qu'il emporte en matière de gouvernance comme en matière de redistribution de dividendes et de rémunérations des salariés et dirigeants (pour des avantages relativement limités), s'est imposée la volonté, chez certains acteurs du secteur lucratif, plutôt que de créer une fondation d'entreprise ou de reverser des dons à des organismes éligibles au dispositif de mécénat, d'intégrer au projet même de la société une mission au service du bien commun engageant l'ensemble de ses membres associés, actionnaires et salariés.

Certaines sociétés n'ont attendu ni une modification de la loi ni la création d'un nouveau statut ou label pour intégrer à leur mission sociale une mission à visée sociétale ou même avoir exclusivement une mission à visée sociétale pour objet social. Ces sociétés ont toutefois pu compter sur un actionariat patient, voire familial, ainsi que sur une philosophie exprimée sans équivoque. Certains avancent que sans protection de la mission sociétale par un statut spécifique ou une inscription claire dans la loi de la possible existence d'une pareille mission, le modèle de l'entreprise à mission pourrait en revanche être plus complexe à dupliquer pour une entreprise de grande taille, voire cotée.

C'est pourquoi, après un bref rappel de l'existant et des enjeux de sécurité juridique, nous souhaitons, à ce stade, davantage que de formuler des propositions concrètes, attirer l'attention de la mission sur un certain nombre de points qu'il convient tout particulièrement d'intégrer à la réflexion autour de l'entreprise à mission.

<b>I - L'importance de sécuriser les pratiques tout en garantissant l'équilibre des modèles et la préservation à long terme d'un secteur à gestion désintéressée exclusivement dédié à l'intérêt général</b>
--

Que les entreprises qui interagissent avec de nombreuses parties prenantes soient mieux armées pour assumer leurs responsabilités à l'égard de la société ne doit, et pour personne, engendrer une confusion des genres entre les acteurs du secteur marchand et acteurs du secteur non marchand.

En effet, il ne s'agit en aucun cas d'empêcher d'autres acteurs que les associations, fondations et fonds de dotation de servir l'intérêt collectif, bien au contraire, mais de se donner les moyens de la complémentarité et de la sécurité juridique et financière de l'ensemble des modèles existants (ou à créer), tout en anticipant d'éventuels effets pervers qui pourraient découler de recoupements et confusions entre les différents régimes déjà en vigueur comme d'ailleurs entre les notions d'entreprise et l'intérêt général.

Le maintien de définitions claires et différenciées des structures juridiques relevant tant du monde de l'entreprise classique que des acteurs de l'ESS devrait ainsi être pris en compte dans le cadre de l'élaboration du PACTE.

### **I-A L'intérêt général, l'utilité sociale, l'objet social étendu (OSE) : des champs d'activités qui se recoupent parfois mais pas toujours et des avantages fiscaux dépendant non seulement de la cause servie mais surtout de la manière de la servir**

L'association créée par la loi du 1er juillet 1901 est un contrat entre deux personnes ou plusieurs, qui « *mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices* »<sup>1</sup>.

La mise en commun souligne que l'association efface le concept de propriété personnelle.

Alors que l'association est issue de la conjonction de volontés et de personnes autour d'un objectif commun, d'intérêt général dans l'immense majorité des cas, les fondations et fonds de dotation sont quant à eux issus d'une affectation irrévocable de biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif.

Si les associations, fondations et fonds de dotation n'ont pas le monopole de l'intérêt général, ces structures non lucratives et à gestion désintéressée travaillent sur le territoire à la recherche de solutions innovantes notamment pour les populations les plus fragilisées et reposent sur des modèles économiques spécifiques intégrant par exemple beaucoup de bénévoles. Ces organismes constituent indéniablement un maillon indispensable au maintien comme au renforcement de la cohésion sociale sur le territoire dans lequel elles opèrent. Elles sont souvent dépendantes de la générosité du public et développent leurs actions en veillant à garantir un équilibre financier dont dépend leur survie. Les avantages fiscaux dont elles bénéficient et dont elles peuvent faire bénéficier leurs donateurs dépendent certes du champ dans lequel s'exerce leur activité, mais d'abord et avant tout de la manière désintéressée dont elles mènent leur action.

Concernant les **champs éligibles au mécénat, ils sont plus étendus et diffèrent de la définition de l'« utilité sociale » édictée par la loi ESS**, laquelle vise exclusivement l'aspect social en retenant comme d'« utilité sociale » le soutien aux personnes en situation de fragilité, la contribution à la lutte contre les exclusions et les inégalités sanitaires, sociales, économiques et culturelles, à l'éducation à la citoyenneté, à la préservation et au développement du lien social ou au maintien et au renforcement de la cohésion territoriale et enfin le concours au développement durable. Pour rappel, sont éligibles au mécénat les champs philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel, ou concourant à la mise en valeur du patrimoine artistique, notamment à travers les souscriptions ouvertes pour financer l'achat d'objets ou d'œuvres d'art destinés à rejoindre les collections d'un musée de France accessibles au public, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques

---

<sup>1</sup> Extrait art 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901

françaises. La mission sociale, sociétale ou environnementale vouée à constituer l'« objet social étendu » de l'entreprise s'il venait à faire l'objet d'un agrément/label à venir, apporterait sans doute une troisième définition de champ d'activité à l'édifice de définition déjà mouvant. Au regard de la complexité du concept d'intérêt général, le HCVA, dans son rapport sur l'intérêt général<sup>2</sup>, proposait non une définition stricte et figée, mais un faisceau d'indices permettant de définir ce qui peut qualifier d'intérêt général un organisme et ses activités.

Mais au-delà du domaine dans lequel s'exerce l'activité de la structure, le **fondement de l' « intérêt général » au sens fiscal - unique « intérêt général » défini dans notre droit - réside dans la seule manière d'agir**, selon les trois critères cumulatifs suivants formant une distinction nette entre l'organisme d'intérêt général et la société du secteur marchand :

a) l'organisme ne doit pas fonctionner au profit d'un cercle restreint de personnes (*i.e.* son objet ne doit pas être fermé et assurer uniquement la défense ou l'intérêt de ses membres, ce premier critère de l'intérêt général interdisant par exemple formellement à une fondation d'entreprise de restreindre ses actions aux salariés, partenaires ou clients de l'entreprise fondatrice) ;

b) l'organisme doit faire l'objet d'une gestion désintéressée, l'administration fiscale considérant que ce critère est rempli si :

- l'organisme est géré et administré à titre bénévole par des personnes n'ayant elles-mêmes, ou par personne interposée, aucun intérêt direct ou indirect dans les résultats de l'exploitation (sauf tolérance administrative lorsque la rémunération ne dépasse pas  $\frac{3}{4}$  SMIC ou exception légale alternative visée à l'article 261-7-1° d) CGI pour les organismes ayant d'importantes ressources) ;

- l'organisme ne procède à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfices, sous quelque forme que ce soit (les bénéfices devront donc impérativement être réaffectés à l'exécution des missions de l'organisme) ;

- les membres de l'organisme et leurs ayants droit ne peuvent pas être déclarés tributaires d'une part quelconque de l'actif, et donc se voir attribuer le produit de la liquidation de l'organisme si celui-ci venait à être liquidé.

c) l'organisme ne doit pas être fiscalement lucratif, sachant que si la gestion est désintéressée, le caractère lucratif d'un organisme ne pourra être constaté que si celui-ci concurrence un organisme du secteur lucratif et il conviendra alors de se livrer à l'examen de quatre critères successifs pour juger de sa lucrativité fiscale, selon la méthode du faisceau d'indices appelée règle des « 4 P » (produit, public, prix, publicité, auxquels s'ajoute un cinquième critère tenant à la façon dont l'organisme gère les excédents).

---

<sup>2</sup> Rapport Sur la notion d'intérêt général fondant l'intervention des associations. mai 2016

Dans un tout autre registre, **les statuts d'entreprises de l'ESS et ESUS** visent, indépendamment de la forme juridique commerciale ou non, un mode d'entreprendre permettant de poursuivre une activité lucrative et de distribuer des dividendes avec retour sur investissement tout en ayant une « utilité sociale » répondant aux critères rappelés ci-avant. Les critères de l'ESUS comportent des obligations strictes notamment en matière de charge induite par l'activité d'utilité sociale (alternativement : charges d'exploitation liées aux activités d'utilité sociale représentent au moins 66 % de l'ensemble des charges d'exploitation au cours des 3 derniers exercices clos ou rapport entre, d'une part, la somme des dividendes et de la rémunération des concours financiers non bancaires et, d'autre part, la somme des capitaux propres et des concours financiers non bancaires, devant être inférieur, au cours des 3 derniers exercices clos, au taux moyen de rendement des obligations des sociétés coopératives, majoré d'un taux de 5 %) ainsi qu'en matière de rémunération (moyenne des sommes versées aux 5 salariés ou dirigeants les mieux rémunérés ne devant pas excéder un plafond annuel fixé à 7 fois le Smic et sommes versées au salarié ou dirigeant le mieux rémunéré ne devant pas excéder un plafond annuel à 10 fois le Smic). Néanmoins, les critères de l'ESUS sont bien plus ouverts que ceux imposés par la gestion désintéressée, et le législateur n'a interdit à l'ESUS ni la distribution de dividendes, ni l'attribution d'une part de l'actif aux associés/actionnaires en cas de liquidation/dissolution.

L'« intérêt général » et l'« utilité sociale » (et on peut y ajouter l'« utilité publique ») recouvrent ainsi des réalités et des obligations différentes justifiant d'avantages différents. Reste à voir ce que recouvrera réellement l'entreprise à mission ou la société à objet social étendu, qui malgré son champ d'activité tourné également ou exclusivement vers le bien commun des parties prenantes comme de la société au sens large, sera totalement lucrative, avec une gestion intéressée, et si des avantages concrets seront attachés à cette nouvelle forme.

Dans la mesure où la lucrativité totale du projet est à la fois le facteur différenciant entre entreprise à mission et ESUS et la garantie de sa rentabilité et du service de la responsabilité sociétale intégrée à sa mission, il nous apparaît souhaitable de ne pas y associer de fiscalité différenciée de celle dont jouit une entreprise lucrative. C'est le choix qu'ont fait l'ensemble des pays ayant mis en place des sociétés à mission, choix logique car la gestion des entreprises à mission y est intéressée et leur lucrativité illimitée, hormis au Royaume-Uni où la *Community Interest Company* peut tout de même distribuer 35% de bénéfices. Il est également intéressant de noter que si les pays européens ont certes des définitions variées de la lucrativité et que la plupart admettent la rémunération des dirigeants d'organismes d'intérêt général, tous sans exception conditionnent la réduction d'impôt accordée par l'Etat (impliquant, par ricochet, pour l'ensemble de la société, une renonciation à l'action de service public que l'Etat aurait autrement réalisée avec cet argent auquel il renonce en faveur du service de l'intérêt général par un acteur privé) à l'absence de redistribution de dividendes et à l'absence d'attribution de l'actif. De surcroît, ce choix de l'absence de fiscalité différenciée s'impose de lui-même dès lors que l'objectif est de rendre le modèle attractif pour l'ensemble des sociétés commerciales, y compris celles de taille importante.

Qui plus est, il est vraisemblable que là où l'ESUS, en raison de sa lucrativité limitée et de son risque de manque de rentabilité, dissuade souvent les investisseurs institutionnels comme les fondations, la SOSE serait particulièrement intéressante pour l'investisseur souhaitant faire de l'investissement responsable, car elle n'est justement pas limitée en matière de rentabilité tout en étant également tournée vers le bien commun...

Les discussions actuelles sur l'entreprise à mission conjuguent ainsi service du bien commun des parties prenantes directes de l'entreprise (ce qui n'est pas possible selon l'intérêt général fiscal) et service de défis « *environnementaux, sociaux et sociétaux* » au sens large. Si l'on s'orientait vers la création d'un statut/certification spécifique, il conviendrait de préciser ce que recouvrent plus précisément ces termes aux fins de comprendre, *a contrario*, ce qu'ils ne recouvrent pas (outre le fait que beaucoup d'entreprises sont certainement déjà « à mission » tout en l'ignorant ou en ne le mettant pas particulièrement en avant dans leur communication, on peut supposer que certains champs d'activité comme ceux des cliniques privées seraient forcément d'intérêt sociétal...).

**I-B La société doit demeurer constituée dans l'intérêt privé de ses associés/actionnaires même si elle sert également une mission de bien commun (vis-à-vis du cercle proche de ses parties prenantes comme de la société au sens large), alors que l'intérêt général fiscal s'imposant aux organismes d'intérêt général exclut lui formellement tout service d'un intérêt privé**

« Entreprise et intérêt général », « entreprise à mission », entreprise de l'ESS sont autant de notions nécessitant, dans le cadre du débat actuel, une mise en perspective. La notion d'entreprise ne fait pas l'objet d'une définition juridique unique, une entreprise pouvant être à but non-lucratif comme les associations ou bien créée sous la forme de société commerciale. Plus encore, entreprise et société sont deux termes souvent confondus, alors que le droit français établit une distinction nette entre les deux, en définissant la société comme l'outil juridique qui permet de régir les relations entre les entrepreneurs et de donner un statut précis à un projet industriel, commercial, financier : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* »<sup>3</sup>. Le statut juridique adopté définit le cadre légal des activités menées.

Si la création d'une société s'effectue comme pour l'association par une mise en commun, il s'agit de la mise en commun de biens et industrie dans le cadre d'une société, et de connaissances et activité dans le cadre d'une association. La différence fondamentale réside dans le fait qu'ainsi que nous l'avons vu plus haut, l'acte de société n'est pas gratuit, il a notamment pour objectif le partage de bénéfice et sert avant tout l'intérêt privé de ses parties prenantes directes : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* »<sup>4</sup>.

La société vise donc par nature l'intérêt des associés, alors que l'association, la fondation et le fonds de dotation ne sont autorisés à agir qu'au-delà de l'intérêt de leurs membres. Le fait de ne pas bénéficier à un cercle restreint, d'avoir une gestion désintéressée et d'être non lucratif, conditionnent ainsi les exonérations d'impôts commerciaux et l'éligibilité au dispositif du mécénat des organismes d'intérêt général au sens fiscal.

Du point de vue strictement formel, il nous semble indispensable de conserver un équilibre de statuts et une sécurité juridique en maintenant une cohérence entre statut et mission. Il serait

---

<sup>3</sup> Article 1832 du code civil

<sup>4</sup> Article 1833 du code civil

en effet dangereux de faire de la société, laquelle a pour but naturel de produire et de fournir des biens ou services à des clients, une institution au service de l'intérêt général.

Du point de vue du sens, il est plus que jamais indispensable, tout en encourageant les initiatives vertueuses dont on ne saurait bien entendu exclure les sociétés commerciales, de préserver, devant les besoins croissants de notre société, les structures ne pouvant se financer autrement que par le don. En effet, contrairement aux sociétés commerciales dont l'objet restera toujours rattaché au partage de bénéfices (même si cela n'est pas nécessairement leur objectif unique), les organismes d'intérêt général que sont les associations, fondations et fonds de dotation ont pour but exclusif de rendre service à la société à l'exclusion de tout intérêt particulier. Quand bien même les organismes d'intérêt général développeraient-ils des activités économiques, ils ne pourraient le faire que dans un cadre précis et extrêmement limité s'ils veulent conserver leur caractère désintéressé et non lucratif et continuer à bénéficier des exonérations fiscales et de la possibilité de délivrer des reçus fiscaux (leur activité lucrative sectorisée ne doit en effet pas générer plus de 20%-25% de leurs ressources annuelles, faute de quoi elle contamine leur statut d'intérêt général).

Concernant plus précisément les associations, les besoins croissants auxquels elles doivent répondre et la stagnation, voire la baisse des financements publics, les ont incitées à développer d'autres ressources, proposant leurs services en même temps à des populations solvables et à des populations non solvables. Cette approche permet de garantir l'équilibre économique de l'organisme comme de développer la mixité sociale, permettant ainsi à tous d'avoir accès aux mêmes propositions en contribuant à l'inclusion de personnes trop souvent marginalisées. Il est fondamental qu'elles puissent préserver à terme cet équilibre.

## **II - L'incitation de la création d'entreprises à mission ou sociétés à objet social étendu et les points de vigilance à intégrer dans la réflexion afin d'éviter les confusions**

La mission de la société consiste donc principalement, et non exclusivement, à développer des richesses et du profit. Certes, le développement du mécénat d'entreprise et de la RSE montrent qu'au-delà de ce but financier, les entreprises se préoccupent de l'évolution de la société et des attentes des parties prenantes en pleine mutation. La notion non fiscale d'intérêt général est tellement usitée que certains considèrent que les entreprises participent de l'intérêt général du fait même qu'elles emploient du personnel ou produisent des biens et services utiles à la société, alors que pour d'autres ne relèveraient de l'intérêt général que les entreprises répondant à des besoins fondamentaux partagés par tous...

Les travaux de l'Ecole des Mines, sous la direction notamment de Blanche Segrestin, ont abouti au projet de Société à Objet Social Etendu (SOSE). Selon ses auteurs, cette société devrait permettre aux entreprises de dépasser leur objet social aujourd'hui réduit à la maximisation des profits. Les entreprises pourraient alors avoir la possibilité de donner à leurs activités, des objectifs environnementaux ou sociaux, et les dirigeants pourraient ne plus être tenus exclusivement par la recherche de profit.

La SOSE est à rapprocher des « entreprises à mission » qui se sont développées aux Etats Unis dans les années 2010 afin de redonner des marges de manœuvre plus importantes aux dirigeants américains tenus par des obligations fiduciaires. En 2010, est créé dans l'Etat du Maryland un nouveau statut de *beneficit corporation*, suivi du statut de la société à but social (*social purpose corporation*) en 2012 adopté par l'Etat de Californie, puis en 2013, l'adoption dans le Delaware du statut de société d'intérêt public (*public benefit corporation*). Ces nouveaux statuts permettent de placer au cœur des projets des entreprises, des objectifs autres que la recherche de profit.

En France, le débat actuel se situe dans un courant semblable, même si l'origine de cette réflexion paraît moins guidée qu'aux Etats-Unis par la volonté de concéder plus de souplesse aux dirigeants par rapport à une obligation fiduciaire et de sécuriser la poursuite de l'objet social, sociétal ou environnemental, en l'inscrivant clairement dans le projet de la société, aux fins notamment d'éliminer le risque d'action en justice d'actionnaires mécontents.

Compléter la raison d'être des entreprises en leur fixant des objectifs environnementaux, sociaux et sociétaux doit néanmoins s'effectuer avec le souci de conserver une complémentarité entre les acteurs de la société, et de ne pas générer de confusion entre leurs rôles respectifs.

Dans le cadre de la réflexion sur l'entreprise à mission ou société à objet social étendu, plusieurs points méritent en conséquence selon nous une vigilance particulière.

## **II-A La formalisation de l'entreprise à mission**

Une **modification de la loi** semble être juridiquement inutile puisque l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1832 ne restreint aucunement l'objectif de la société au seul des bénéfices. Une pareille modification n'inciterait donc pas davantage les sociétés à se doter d'un objet social étendu (risquant donc d'être exclusivement symbolique) et serait de surcroît porteuse de confusion dans la communication des entreprises vis-à-vis de leurs clients comme vis-à-vis du public au sens large et des autres structures œuvrant - parfois exclusivement - en faveur du bien commun. Quant à la **création d'un label, voire d'un statut** spécifique, si elle était retenue, elle nécessiterait *a priori* la mise en place d'un cadre associé définissant les grandes lignes de l'entreprise à mission ainsi que la définition des causes sociétales pouvant constituer l'objet social étendu assortie d'une forme d'évaluation de cette mission. L'un des objectifs est clairement d'éviter la création de simples outils de communication sans réel impact social, sociétal ou environnemental.

Il appartient également au législateur de veiller, dans l'hypothèse de la création d'un label/statut spécifique, à **l'utilisation des termes appropriés et à la mise en place de la bonne dénomination**. Au vu de ce qui précède, il serait ainsi souhaitable de parler davantage de « *société d'intérêt sociétal* » (et non d'« entreprise » et d'« intérêt général ») et de bien/intérêt collectif ou commun car même au sens commun et non fiscal, l'« intérêt général » s'oppose nécessairement à tout « intérêt privé » (alors que l'« utilité sociale » ou le concept de « bien/intérêt commun/collectif » n'excluent pas l'intérêt privé).

Afin que l'entreprise à mission soit compétitive et rentable et que le service de son objet social étendu soit donc rempli, il est important que la **définition de l'objet social étendu**



**comme de la gouvernance et des critères et modalités d'évaluation restent souples et adaptables au projet**, notamment concernant :

\* une gouvernance plus inclusive des parties prenantes à déterminer au cas par cas et en veillant bien à ce que sa composition permette à l'entreprise à mission de rester gouvernable et efficace dans la prise de décision. L'effet bénéfique d'une association des parties prenantes au projet de l'entreprise est par ailleurs déjà connu des grandes entreprises. Certains commentateurs préconisent également une réforme des principaux guides de gouvernance, comme le code Afep-Medef ;

\* les modalités d'adoption, de révision, de suppression et de surveillance de l'objet social étendu. L'évaluation de l'objet social étendu pourrait ainsi être effectué par un conseil ou comité spécifique extérieur à la gouvernance de la société, chargé d'établir un rapport sur les moyens mis en œuvre et les résultats obtenus par l'objet social étendu, avec un souci de transparence sur les critères utilisés et le processus d'évaluation. Il faut également avoir conscience du fait que la mesure de l'impact pour une entreprise et pour une association de terrain ne pourra répondre aux mêmes méthodes, outre le fait que la mesure d'impact est, dans tous les cas, complexe à appréhender et inopérante dans certains cas. Les contrats à impact social (et notamment l'expérience américaine du « social impact bond » de Rikers Island) constituent un exemple de la difficulté de trouver les bons indicateurs mesurables, à laquelle s'ajoute la difficulté de trouver la bonne mesure elle-même qui doit pour être parlante s'inscrire dans la durée. Il convient qui plus est de garder en tête que non seulement tout n'est pas mesurable mais que dans certains cas, les chiffres ne constituent qu'un outil incomplet qu'il convient le cas échéant de compléter par d'autres méthodes d'évaluation.

Enfin, un souci permanent, déjà abondamment abordé au sein de cet avis, **est la préservation de l'équilibre entre entreprise à mission/société à objet social étendu et l'ESS**, les ESUS et les organismes d'intérêt général agissant conformément aux règles fiscales de l'intérêt général. A ce sujet, si le secteur dans lequel l'entreprise à mission a choisi d'agir comporte une utilité sociétale, le statut de l'entreprise à mission n'est en aucun cas hybride. Il est totalement lucratif et intéressé du point de vue fiscal de sa gestion et sa viabilité comme sa complémentarité avec les autres formes dépendent précisément de cette lucrativité.

**II-B L'entreprise à mission ne doit pas être confondue avec la fondation actionnaire, qui est un organisme d'intérêt général détenant une société du secteur marchand n'ayant pas forcément d'intérêt social, sociétal ou environnemental mais dont les dividendes sont captés par ladite fondation en vue de servir sa mission d'intérêt général strictement désintéressée**

La possible détention majoritaire de titres de sociétés par une fondation reconnue d'utilité publique a été introduite en droit français à l'occasion de la transmission à une fondation de l'entreprise Pierre Fabre (*asset lock* des actions dans la dotation non-consomptible de la fondation permettant d'éviter les OPA et de préserver l'entreprise et ses emplois en France)

par l'amendement Carayon issu de la loi du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises ayant modifié l'article 18-3 de la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat. La possibilité est aujourd'hui subordonnée au respect du principe de spécialité et ne peut s'opérer qu'à l'occasion d'une opération de cession ou de transmission d'entreprise.

Plusieurs acteurs demandent notamment :

- la suppression de la référence limitative opérée par l'amendement Carayon à une opération de cession ou de transmission d'entreprise au profit de la fondation, limitation qui n'est ni claire (l'apport du capital peut fort bien être progressif) ni justifiée (en ce qu'elle semble interdire à la fondation d'être à l'initiative de la souscription) ;
- l'abandon du principe de spécialité qui apparaît davantage comme un risque de conflits d'intérêts que comme une garantie ;
- l'inscription claire à l'article 18 de la loi du 23 juillet 1987 du fait que : « *La dotation peut être constituée intégralement ou partiellement de la totalité ou d'une fraction des parts sociales ou des actions d'une ou plusieurs sociétés* ».

Si ces propositions étaient adoptées, les fondations reconnues d'utilité publique pourraient - tout comme les fonds de dotation qui ne sont eux pas soumis aux limitations actuelles de l'amendement Carayon - acquérir et détenir des participations majoritaires dans tout type d'entreprise, sans autres limitations que celles posées par la doctrine fiscale définissant l'intérêt général.

Dans un souci de sémantique comparable à ce qui a été écrit plus haut concernant les entreprises à mission, il est par ailleurs dans l'intérêt du secteur exclusivement dédié à l'intérêt général par le législateur qu'est celui des fondations et fonds de dotation de réaffirmer et de protéger le lien existant entre la terminologie de « fondation » et « fonds de dotation » et la poursuite d'une mission exclusive d'intérêt général, par opposition à celle d'un intérêt privé ou économique. Le législateur a en effet veillé à sanctuariser, par la loi de 1987, la notion de « fondation » pour la rattacher aux seules œuvres et missions d'intérêt général. Il a par ailleurs rendu passible d'une amende tout usage fallacieux de cette appellation. Les fondations et fonds de dotation sont très attachées à la cohérence de leur secteur autour de ce dénominateur commun qu'est l'intérêt général, au sens philosophique comme au sens fiscal.

La mission sociale d'intérêt général d'une fondation ou d'un fonds de dotation ne saurait ainsi être mise en concurrence avec d'autres finalités et la détention patrimoniale de l'entreprise doit bien constituer un moyen au service de la mission d'intérêt général et non une mission en soi, lucrative de surcroît.

Dans la pratique, la mise en œuvre de l'amendement Carayon par les quelques fondations détentrices de participations majoritaires dans des entreprises, a d'ores et déjà mis en évidence des moyens juridiques efficaces et inspirés par les modèles allemand et anglo-saxons pour garantir cette nécessaire étanchéité entre la fondation et la société industrielle et commerciale dont elle détient les titres, permettant ainsi de sécuriser le dispositif (interposition d'une holding gestionnaire entre la fondation et l'entreprise avec dissociation entre détention des titres et droits de vote ou encore transformation de l'entreprise en société en commandite par actions dont la fondation serait l'un des commanditaires, avec au moins un commandité assumant alors la gestion de l'entreprise et les risques en découlant). Ces dispositions permettent ainsi de mieux encadrer les risques de conflits d'objectifs ou d'intérêts auxquels pourraient être exposés les mandataires sociaux en cas de confusion des rôles. La

limite entre gestion patrimoniale et gestion active n'est cependant pas aisée à établir, car il n'est pas question de priver un actionnaire majoritaire de toutes ses prérogatives. A ce sujet, le rapport de l'IGF sur « Le rôle économique des fondations » daté d'avril 2017 estimait, en pages 30 et 31, que « *le principe d'interdiction de gestion active des participations majoritaires pourrait être explicité par décret et que deux types de règles devraient être imposés :*

*1° Limiter le champ des décisions prises par la fondation actionnaire majoritaire à certains actes : approbation des comptes, nomination des dirigeants de l'entreprise, contrôle du respect de certains principes de gestion ou de certaines orientations stratégiques .*

*2° Prévoir une indépendance des membres du conseil d'administration de la fondation par rapport aux dirigeants de l'entreprise. Un administrateur commun – le cas échéant le président, comme dans l'exemple de Pierre Fabre – pourrait toutefois être autorisé, afin notamment de favoriser l'articulation et la coordination des activités de la fondation et de l'entreprise ».*

Aussi, si les ressources tirées de la détention d'entreprises par les fondations favorisent leur pérennité au service de leur mission sociale, le dispositif peut également avoir, pour bénéfice secondaire (et bienvenu), la préservation de l'intégrité ou de la santé de l'entreprise. Le rapport du ministère de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique daté du 7 juillet 2015 et intitulé « Favoriser la transmission d'entreprise en France : diagnostic et propositions » met en évidence que 700 000 entreprises sont susceptibles d'être cédées sur 10 ans. Il est par conséquent tout à fait louable, en décloisonnant l'amendement Carayon, d'ouvrir de nouvelles perspectives aux cédants en facilitant la transmission d'entreprises aux fondations reconnues d'utilité publique en encourageant de nouvelles vocations philanthropiques.

Même s'ils ne s'adressent en aucun cas à tous les projets, afin d'être incitatifs sur le long terme, les deux modèles de l'entreprise à mission et de la fondation actionnaire devront se développer dans un contexte juridique clair et sain du point de vue de leurs philosophies respectives comme de celui de leurs modalités juridique et fiscale de mise en œuvre.

28/02/2018