

DURABILITÉ ET DROIT ÉCONOMIQUE

DURABILITÉ ET DROIT ÉCONOMIQUE

Sous la direction scientifique de

Walid Chaiehloudj

Agrégé des Facultés de droit

Professeur à Université Côte d'Azur (Nice)

Ancien Co-directeur du Centre de droit économique et du développement

Yves Serra (Université de Perpignan)

Vice-Président de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle Calédonie (Nouméa)

Membre du Collège de l'Autorité de la concurrence (Paris)

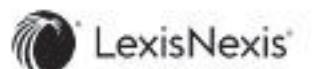
Jacques Mestre

Président de l'Association française des docteurs en droit (AFDD)

Sabrina Dupouy

Maîtresse de conférences

Université Clermont Auvergne



LexisNexis SA
141, rue de Javel – 75015 Paris

Avertissement de l'Éditeur

Toute utilisation ou traitement automatisé, par des tiers, de données personnelles pouvant figurer dans cet ouvrage sont formellement interdits.



Le logo qui figure sur la couverture de ce livre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, tout particulièrement dans les domaines du droit, de l'économie et de la gestion, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement soit aujourd'hui menacée.

© LexisNexis SA, 2025
Siège social : 141, rue de Javel - 75015 Paris
Pour nous contacter : relation.client@lexisnexis.fr

Cette œuvre est protégée dans toutes ses composantes (y compris le **résultat** des savoirs mis en œuvre, des recherches, des analyses et des interprétations effectuées et, de manière générale, des choix de fond et de forme opérés dans le cadre de la **consolidation** des textes reproduits) par les dispositions du Code de la propriété intellectuelle, notamment celles relatives aux droits d'auteur. Ces droits sont la propriété exclusive de LexisNexis SA. Toute reproduction intégrale ou partielle, par quelque moyen que ce soit, non autorisée par LexisNexis SA ou ses ayants droit, est strictement interdite. LexisNexis SA se réserve notamment tous droits au titre de la reproduction par reprographie destinée à réaliser des copies de la présente œuvre sous quelque forme que ce soit aux fins de vente, de location, de publicité, de promotion ou de toute autre utilisation commerciale conformément aux dispositions de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle relatives à la gestion collective du droit de reproduction par reprographie.

ISBN 978-2-7110-4318-7

Sommaire

Liste des auteurs	VII
Préface par Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO	XI
Quelques mots introductifs par Jacques MESTRE	1

PREMIÈRE PARTIE LA DURABILITÉ EN DROIT DES SOCIÉTÉS ET DU FINANCEMENT

Thibaut DUCHESNE, <i>La répartition des responsabilités entre dirigeants et actionnaires face au développement durable</i>	7
Irina PARACHKÉVOVA-RACINE, <i>Les (més)aventures du devoir de vigilance</i>	17
Sabrina DUPOUY, <i>Les fondations actionnaires et la durabilité</i>	33
Jean-Marc MOULIN, <i>La finance durable</i>	43

DEUXIÈME PARTIE LA DURABILITÉ EN DROIT DES CONTRATS ET DE LA CONSOMMATION

Yves PICOD, <i>Le consommateur au cœur de la politique environnementale</i>	57
Frédéric BUY, <i>Exécution du contrat et développement durable</i>	69
Marie Clotilde EUDE, <i>Durabilité et marchés publics</i>	77

TROISIÈME PARTIE LA DURABILITÉ EN DROIT DE LA CONCURRENCE

Élise PROVOST, <i>Le droit de la concurrence se transforme-t-il au contact d'affaires présentant des enjeux de développement durable ?</i>	91
Walid CHAIEHLOUDJ, <i>Les avancées du droit européen de la concurrence et des droits étrangers à l'aune de la durabilité</i>	103

QUATRIÈME PARTIE LA DURABILITÉ ET LA JUSTICE ÉCONOMIQUE

Thibault GOUJON-BETHAN, <i>L'impact du développement durable sur la procédure civile</i>	119
Eliaz LE MOULEC, <i>La convention judiciaire d'intérêt public environnemental est-elle durable ?</i>	143

Préface

« Nous voici donc réunis dans cette belle faculté de droit de Perpignan pour réfléchir ensemble au concept de durabilité » : l'élément déclencheur était assurément lancé par le président Jacques Mestre, un élément déclencheur qui s'inscrit dans la prise de conscience de la nécessité impérieuse d'assurer la durabilité de notre planète, soit la durabilité certes environnementale, mais également économique et sociale, et dans la consolidation progressive dans la sphère politique puis juridique de cette conscientisation.

Ce mot « durabilité » est certes difficile à définir dans sa substance et dans sa portée mais, ainsi désormais posé, il ouvre un vaste défi : celui de nous repenser d'abord, d'initier et mener une action volontariste ensuite.

Parce que la réalité du défi dépasse les idées, la durabilité oblige d'abord à repenser les frontières posées, à les ouvrir et à réconcilier ce qui a pu être représenté comme des jardins séparés, voire des oppositions.

Ouvrir les frontières du temps d'abord : écarter le réflexe de penser dans le temps court par la culture de l'immédiateté ou par celle du calcul de court terme d'une société financiarisée et guidée par le profit des actionnaires ; écarter celui de penser dans la seule référence au passé, sans oublier que s'il est souvent avancé que le juge ne statue qu'au regard du passé, c'est oublier que pour prendre sa décision de sanction ou de remise en liberté, il doit savoir, notamment en matière pénale, commerciale ou familiale, anticiper les effets d'un comportement ou d'une pratique. C'est en tout cas au temps long des générations futures que doit s'ouvrir le référentiel temporel des juristes.

Ouvrir de même les frontières du droit, cristallisées, pour des besoins passés, en des branches et sous-branches et inscrire transversalement le défi de la durabilité. Les différents juristes, interpellés à Perpignan, comme juristes certes, mais également comme citoyens de la planète, étaient ainsi invités à repenser, au regard de la durabilité, l'autonomie, voire la primauté de leur objet d'étude ou de la branche du droit dont ils sont, par la force de l'évolution des sciences, devenus des spécialistes, et à proposer non seulement des articulations mais l'instrumentalisation de leur discipline à la finalité de la durabilité.

Ouvrir encore, pour intégrer la réalité toujours plus grande que la représentation, les concepts juridiques par une approche moins formelle qui peut parfois corseter le point de départ du raisonnement.

Ouvrir, s'agissant des acteurs, leur périmètre, traditionnellement présenté comme intégrant les entreprises, avec la fonction organisationnelle du droit des sociétés, le législateur et le juge, et y associer les consommateurs responsables dont la fonction de consommation est renouvelée, comme les fondations d'entreprise, qui inscrivent des lignes directrices et garantissent une certaine pérennité. Ouvrir en outre les fonctions classiquement assumées par les uns et les autres au défi de la durabilité et articuler ces différents offices renouvelés en vue d'une co-réparation et d'une co-construction.

Ouvrir enfin l'espace : le défi étant planétaire, la partition des droits nationaux doit être dépassée ; dans le même temps, c'est en tous les points de cet espace que le défi se joue et les actions innovantes des lieux de lumière comme celles des lieux de l'ombre témoignent du nécessaire volontarisme des acteurs citoyens de la planète.

Nous repenser pour mieux agir, certes par des innovations, mais également par les instruments classiques, éventuellement recyclés avec la perspective, comme l'a joliment exprimé le professeur Walid Chaiehloudj, « d'aider l'arbre à se maintenir debout ».

Les échanges ont mis en évidence un agir des différents acteurs, qu'il s'agisse des législateurs nationaux ou européens, des entreprises, des juges et régulateurs, oscillant entre un volontarisme affirmé et une grande prudence : pour le législateur, entre un droit contraignant et des instruments de *soft law*, entre un large champ d'application du devoir de vigilance et un champ finalement limité, entre une mise en jeu de la responsabilité sanctionnée et une mise en jeu seulement affirmée ; pour les entreprises, entre le choix de la durabilité, par le biais du recours aux fondations d'entreprise, aux clauses de durabilité, ou par l'expression et la mise en œuvre de politiques individuelles ou collectives, avec l'idée, éventuellement, qu'il s'agit d'un élément de compétitivité, et la difficulté à évoluer au regard, notamment, de la pression des actionnaires ; pour les consommateurs, le choix entre la conscientisation et la responsabilisation de leur fonction et la facilité de la consommation effrénée des sociétés occidentales ; pour les juges et les régulateurs enfin, le choix entre, d'une part, la non-application des sanctions classiques à des comportements volontaristes de durabilité, comme peut le faire le droit de la concurrence, la révision des référentiels d'appréciation des comportements, comme celui de la loyauté, et, d'autre part, celui du maintien de ces sanctions et des références classiques.

Au final si les tensions entre, d'un côté, la responsabilisation des différents acteurs et par ces différents acteurs, *via* une acculturation, et, de l'autre, la sanction, restent classiques, les échanges de Perpignan témoignent de ce que le défi économique, social et environnemental de la durabilité conduisent, au-delà de la réflexion juridique et politique, au retour à un essentiel : par une action d'ensemble fondée sur des échanges, réconcilier, réparer ce qu'une phase de l'histoire humaine et sur une partie de la Terre, par un mouvement effréné, a abîmé ; prendre soin de la relation des hommes à la planète tout comme de celle des hommes entre eux.

Le défi de l'Humanité.

Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO
Conseillère à la Cour de cassation
Professeure agrégée des Universités

Les fondations actionnaires et la durabilité

Sabrina DUPOUY
Maîtresse de conférences
Université Clermont Auvergne

Durabilité, ce mot interroge l'imposante et pourtant très discrète fondation actionnaire. D'un côté, la durabilité vise à concilier la performance économique avec la prise en compte des droits humains et de l'environnement. D'un autre côté, la fondation actionnaire, ce véhicule juridique méconnu, présente naturellement tous les atouts pour accompagner l'entreprise sur la voie de la durabilité.

La loi fondatrice du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat a donné une définition générale de la fondation. C'est « un acte par lequel une ou plusieurs personnes physiques ou morales décident d'affecter irrévocablement des biens, droits ou ressources à la réalisation d'une œuvre d'intérêt général et à but non lucratif »⁽¹⁾. La fondation actionnaire, quant à elle, tout en étant dédiée à la réalisation d'une mission d'intérêt général⁽²⁾, détient une partie du capital d'une entreprise⁽³⁾. La définition est simple mais le champ des possibles en matière de durabilité est vertigineux.

Plus précisément, en plus de l'action philanthropique habituellement confiée à une fondation, la fondation actionnaire endosse la mission de protéger l'entreprise qui lui a été donnée, dans le respect d'une certaine stratégie et de certaines valeurs : « L'objectif est de sauvegarder les valeurs d'une entreprise et de lui donner un supplément d'âme »⁽⁴⁾. La fondation actionnaire n'a donc pas uniquement pour fonction la réalisation d'une œuvre d'intérêt général ; elle occupe également un rôle plus original, celui d'actionnaire, et assume ce faisant, de manière plus ou moins poussée, ses devoirs politiques et financiers d'actionnaire.

La fondation peut être actionnaire de différents types de sociétés : l'on retrouve pèle-mêle l'entreprise familiale transmise de génération en génération, la startup en plein essor⁽⁵⁾, la PME, ou plus généralement toute entreprise qui souhaite s'assurer que les questions sociales et environnementales sont prises en compte de manière pérenne. Cette diversité est cependant marquée par un

(1) L. n° 87-571, 23 juill. 1987 sur le développement du mécénat, art. 18.

(2) S. El Haïry et N. Moutchou, *La philanthropie à la française – Rapport remis au Premier ministre : Juris assoc.* févr. 2020, n° 622, p. 6.

(3) S. Thomsen et A. Sanders, *Introduction*, in *Enterprise Foundation Law in a Comparative Perspective*, S. Thomsen et A. Sanders (eds), Intersentia, 2023, p. 1.

(4) IGF, A. Jevakhoff et D. Cavailloles, *Le rôle économique des fondations*, avr. 2017, p. 27.

(5) De manière à préserver certaines valeurs sans se soucier des futures levées de fonds.

point commun : la présence d'un entrepreneur visionnaire qui affiche une tendance humaniste marquée⁽⁶⁾.

Par exemple la plus importante capitalisation boursière européenne Novo Nordisk (Danemark) est détenue par une fondation⁽⁷⁾. Tout comme d'autres entreprises bien connues du grand public telles que Bosch en Allemagne, Ikea en Suède, Rolex en Suisse, ou encore Les Laboratoires Pierre Fabre en France. Ce sont toutes des entreprises détenues entièrement ou en partie par des fondations. Discrètes, effacées derrière de grandes entreprises, les fondations actionnaires font résolument partie du paysage économique.

Il existe trois types de structures juridiques que l'on peut qualifier de fondations d'actionnaires : le fonds de dotation, la fondation reconnue d'utilité publique ainsi que le fonds de pérennité.

Tout d'abord, définie par l'article 18 de la loi du 23 juillet 1987⁽⁸⁾, une fondation est reconnue d'utilité publique par décret en Conseil d'État. Comme toutes les fondations, la fondation d'utilité publique doit être dotée d'un véritable but d'intérêt général. Depuis 2015, afin de sécuriser le transfert de la majorité des actions des Laboratoires Pierre Fabre à une fondation d'intérêt public, l'article 18-3 de la loi du 23 juillet 1987 dispose que : « dans le cadre de la cession ou du transfert d'une entreprise, une fondation reconnue d'utilité publique peut recevoir des actions d'une entreprise ayant une activité industrielle ou commerciale, sans limitation de seuil ou de droits de vote, à condition que le principe de spécialité de la fondation soit respecté ». Ce principe de spécialité de la fondation impose que l'objet social de la société soit similaire à celui de la fondation. La loi du 22 mai 2019⁽⁹⁾ a ensuite donné une autre dimension à la fondation reconnue d'utilité publique actionnaire. Le premier alinéa de l'article 18-3 dispose désormais qu'« une fondation reconnue d'utilité publique peut recevoir et détenir des titres d'une société exerçant une activité industrielle ou commerciale, sans limitation de capital ni de droits de vote ».

Il convient toutefois de noter qu'un rapport de l'Inspection des finances, publié en avril 2017⁽¹⁰⁾, précise que, si elle est possible dans les fondations d'utilité publique, la détention majoritaire du capital d'une entreprise est restée assez rare. Les auteurs du rapport préconisent donc le recours à d'autres formes de fondation, principalement les fonds de dotation, pour remplir cette fonction.

Le fonds de dotation, deuxième type de fondation actionnaire, a été créé en 2008. En 2024, on compte plus de 2 455 fonds de dotation actifs⁽¹¹⁾, sur un total

(6) V. Seghers, G. Ferone Creuzet et E. Nordstrom, *La fondation actionnaire, un levier de transmission et de contribution des entreprises au bien commun* : RLDA oct. 2023, 7813.

(7) A. Sanders et S. Thomsen, *Introduction. Enterprise foundation law*, in *Enterprise foundation law in a comparative perspective*, dir. A. Sanders et S. Thomsen, Intersentia, 2023, p. 1.

(8) L. n° 87-571, 23 juill. 1987 sur le développement du mécénat.

(9) L. n° 2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises.

(10) IGF, A. Jevakhoff et D. Cavaillolès, *Le rôle économique des fondations*, avr. 2017, p. 55.

(11) I. Scolan et Ph. Gaboriau, *Fonds de dotation en pratique*, 2024, p. 1 (www.centre-francais-fondations.org).

de 7 392 fonds et fondations⁽¹²⁾. Conformément à l'article 140 de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie⁽¹³⁾ :

« Le fonds de dotation est une personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et gère, par capitalisation, des biens et droits de toute nature qui lui sont donnés à titre gratuit et irrévocabile, et qui utilise les revenus de la capitalisation pour réaliser une œuvre ou une mission d'intérêt général, ou les redistribue pour aider une personne morale à but non lucratif à réaliser ses œuvres et missions d'intérêt général ».

Un fonds de dotation peut être créé sur simple déclaration à la préfecture, avec un capital initial de 15 000 €. Il bénéficie de la quasi-totalité des avantages fiscaux d'une fondation d'intérêt général, à condition que sa gestion soit désintéressée⁽¹⁴⁾. En effet, le caractère non lucratif d'un organisme peut être remis en cause « s'il existe des liens économiques entre les deux entités, ou si les dirigeants de la filiale sont également dirigeants de l'association, ou s'il existe des liens familiaux entre le dirigeant de l'association et le dirigeant de la filiale »⁽¹⁵⁾. Par exemple, le fonds de dotation « Pour une Presse Libre » détient toutes les actions de Mediapart par l'intermédiaire d'une autre société dénommée « Pour la Protection de l'Indépendance de Mediapart », qui est une holding passive.

Enfin, la troisième fondation actionnaire française, le fonds de pérennité, a été créée en 2019. L'article 177-I de la loi de 2019⁽¹⁶⁾ pose le principe de la constitution d'un fonds de pérennité par l'apport incontournable, libre et irrévocable de titres de capital ou de parts sociales d'une ou plusieurs sociétés opérationnelles ou holdings de groupe afin de gérer ces titres ou parts sociales, 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 ces sociétés et⁽¹⁷⁾, s'il le souhaite, de réaliser ou de financer des œuvres ou des missions d'intérêt général⁽¹⁸⁾. L'idée principale est ici de créer un actionnaire inamovible⁽¹⁹⁾. En revanche, les activités d'intérêt général sont facultatives, contrairement au fonds de dotation et à la fondation reconnue d'utilité publique. Le fonds de pérennité peut donc être considéré comme une fondation actionnaire lorsqu'il a choisi dans les statuts de la fondation de poursuivre une activité d'intérêt général⁽²⁰⁾. Il n'est pas encore très populaire, principalement en raison de son régime fiscal peu attractif⁽²¹⁾.

(12) CFF, *Les entreprises pour la cité*, EY, Édition 2024 du panorama des fondations et fonds de dotation créés par des entreprises mécènes, 2024, p. 9 (www.centre-français-fondations.org).

(13) L. n° 2008-776, 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

(14) BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20, 7 juin 2017, § 60 : « Le caractère désintéressé de la gestion d'un organisme est prouvé si les conditions suivantes sont remplies : l'organisme est géré et administré à titre bénévole par des personnes qui n'ont aucun intérêt direct ou indirect, ni par elles-mêmes ni par personne interposée, dans les résultats de ses opérations ; l'organisme ne procède à aucune distribution directe ou indirecte de bénéfices sous quelque forme que ce soit ; les membres de l'organisme et leurs successeurs ne peuvent être déclarés bénéficiaires d'aucune partie du patrimoine, sous réserve du droit de reprise des apports ».

(15) BOI-IS-CHAMP-10-50-20-10, n° 610, 3 oct. 2018.

(16) L. n° 2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises.

(17) P.-H. Conac, *Le fonds de pérennité : the French Privatstiftung ?* : RTDF 2019, n° 3, p. 30.

(18) J.-J. Lubin, *Le fonds de pérennité : la fondation actionnaire à la française* : RFP 2019, n° 9, étude 22.

(19) N. Dupouy et A.-F. Zattara Gros, *Les fonds de pérennité : aspects juridiques et fiscaux* : JCP N 22 nov. 2019, n° 47, 1321.

(20) J. Mestre, *Statuts*, in *Sociétés commerciales*, Lamy, 2024, n° 1661.

(21) Dans la mesure où il exerce une activité comparable à celle d'une holding animatrice, lucrative par nature, il est soumis aux impôts commerciaux de droit commun. Ministère de l'Économie, des Finances et de la Relance, Rapport Rocher, *Représenter la place des entreprises dans la société : bilan et perspectives deux ans après la loi Pacte*, 2021, p. 54. – R. Mortier, *Pourquoi il faut corriger la fiscalité du fonds de pérennité* : JCP N 18 oct. 2019, n° 42, act. 808.

Très directement et naturellement, la fondation actionnaire en tant qu'acteur économique participe à la transition vers une économie durable. En effet la durabilité est visible dans plusieurs pans de la fondation actionnaire. Au cœur même de son ADN tout d'abord (I), mais également au regard de son pouvoir d'action (II).

I. – La durabilité est dans l'ADN des fondations actionnaires

Les valeurs de la fondation actionnaire, inscrites son objet social, sont empreintes de durabilité (A). Demain, *de lege feranda*, la fondation actionnaire pourrait être contrainte de prendre en compte de manière plus générale encore de tels enjeux (B).

A. – Des valeurs fondatrices empreintes de durabilité

Lors de la création de la fondation actionnaire, l'on remarque que les valeurs de durabilité sont systématiquement présentes dans l'objet social dont elle se dote.

La Fondation Varenne⁽²²⁾, par exemple, a été reconnue d'utilité publique il y a longtemps, par décret du 7 octobre 1988. Elle est aujourd'hui l'actionnaire majoritaire du groupe de presse La Montagne. Elle a pour objet de promouvoir la presse et la communication sous toutes ses formes, d'encourager les jeunes à s'orienter vers les professions et métiers de la presse, d'apporter une aide morale ou matérielle à tous les professionnels du secteur, actifs ou retraités, ainsi qu'à leurs familles. Elle contribue à promouvoir la démocratie, la tolérance et les bonnes pratiques de la presse et de la communication, à travers ses nombreuses initiatives locales.

Autre exemple, la Fondation Christophe et Rodolphe Mérieux⁽²³⁾ détient 32 % du capital de l'Institut Mérieux. La Fondation Mérieux fonde son action sur une expertise historique en biologie clinique et une approche globale des questions de santé publique, avec un objectif : lutter sur le terrain contre les maladies infectieuses affectant les pays en développement.

La Fondation Avril⁽²⁴⁾, quant à elle, accompagne la transition de l'agriculture vers des modèles créateurs de valeur économique, sociale et environnementale durable, et intervient dans les territoires pour promouvoir une alimentation saine et durable pour tous. En Afrique, la Fondation a pour objectif de contribuer à l'autosuffisance protéique des pays, par un soutien actif à la structuration des filières et aux initiatives agroécologiques favorisant la biodiversité des cultures et la préservation des sols.

La durabilité est donc omniprésente dans l'objet social des fondations actionnaires. À cet égard, la création d'une fondation actionnaire est également un signe fort du respect des différentes obligations légales en matière de durabilité qui s'impose aujourd'hui aux sociétés. À titre d'illustration, en application de l'article L. 210-10 du Code de commerce, une société peut faire publiquement état

(22) www.fondationvarenne.fr.

(23) www.fondation-merieux.org.

(24) www.fondationavril.org.

de la qualité de société à mission lorsque plusieurs conditions sont respectées. Les statuts doivent tout d'abord préciser une raison d'être au sens de l'article 1835 du Code civil, mais également un ou plusieurs objectifs sociaux ou environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité, et, enfin, expliciter les modalités du suivi de l'exécution de cette mission. Au sujet de cette dernière condition, le décret du 2 janvier 2020⁽²⁵⁾ précise qu'un comité de mission, distinct des organes sociaux, est chargé exclusivement de ce suivi⁽²⁶⁾. Et la correcte exécution des objectifs sociaux et environnementaux de la société à mission doit faire l'objet d'une vérification par un organisme tiers indépendant. Par exemple, créé à l'été 2021 par la famille Rolland, Superbloom est le premier fonds de dotation familial français à devenir actionnaire d'une entreprise Mission⁽²⁷⁾. Nul doute que cet actionnaire à nul autre pareil sera un soutien précieux et permettra à la société de respecter ces engagements.

B. – *De lege feranda : la prise en compte généralisée des enjeux sociaux et environnementaux*

Comme cela a été évoqué ci-dessus, l'objet social de la fondation est naturellement durable. Toutefois, les exemples évoqués ci-dessus illustrent le fait que ce sont soit des valeurs empreintes d'humanités qui sont choisies, soit encore la protection de l'environnement. Les valeurs de durabilité sont donc prises en compte de manière partielle seulement.

Face à ce constat, la question se pose de savoir s'il serait opportun de créer l'équivalent de l'article 1833 du Code civil pour les fondations actionnaires. En application de l'alinéa 2 de l'article 1833 du Code civil : « La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Dans un souci de cohérence normative il pourrait être intéressant d'étendre une telle règle aux fondations actionnaires. En effet, au-delà des sociétés, en droit français, d'autres personnes morales de droit privé à but non lucratif – telles que les mutuelles⁽²⁸⁾ et les institutions de prévoyance⁽²⁹⁾ – doivent également prendre en compte les enjeux de durabilité à l'occasion de l'exercice de leur activité.

Dans le même sens, dans le *Draft contribution to a European Enterprise Foundation model law*⁽³⁰⁾, il est fait mention de l'exigence pour la fondation d'adopter un comportement responsable, un *Responsible Business Ownership*. À l'article 2, § 2, la loi type établit l'obligation pour les fondations d'agir en tant que propriétaires

(25) D. n° 2020-1, 2 janv. 2020, relatif aux sociétés à mission : JO n° 0002, 3 janv. 2020.

(26) Il doit présenter annuellement un rapport joint au rapport de gestion à l'assemblée chargée de l'approbation des comptes de la société. Ce comité procède à toute vérification qu'il juge opportune et se fait communiquer tout document nécessaire au suivi de l'exécution de la mission.

(27) V. C. com., art. L. 210-10.

(28) C. mut., art. L. 111-1 : Elles sont gérées en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de leur activité.

(29) CSS, art. L. 931-1 : Les institutions de prévoyance sont des personnes morales de droit privé ayant un but non lucratif, administrées paritairement par des membres adhérents et des membres participants définis à l'article L. 931-3.

(30) *Draft contribution to a European Enterprise Foundation model law Including guidelines (best practice recommendations) and tax principles*. Prepared for the European Law Institute project on enterprise foundation by project reporters A. Sanders, S. Thomsen and project assistant M. Ørberg, janv. 2025.

responsables en gardant à l'esprit l'intérêt à long terme de l'entreprise et de ses parties prenantes :

« Regardless of its purpose, an EF must exercise its ownership of business companies in a responsible way bearing in mind the long-term interest of the company and its stakeholders ».

À noter que cette notion de *stakeholders* est entendue au sens large dans ce projet de loi européenne :

« Stakeholders include not only the foundation's beneficiaries, its employees and the employees and minority shareholders of a company it controls. Moreover, it includes the interests of communities benefitting from the foundation and or the business. The interest of the environment may also be included. If a national legislator wishes to so, concepts such as planetary boundaries and doing business without doing harm may be explicitly mentioned ».

II. – Les fondations actionnaires sont de puissants acteurs au service de la durabilité

La détention d'une entreprise par une fondation constitue non pas une finalité en soi, mais un moyen d'accomplir une mission empreinte de durabilité sur un temps long (B), grâce à une source pérenne de financement (A).

A. – De grandes ressources financières

La puissance financière des fondations actionnaires est imposante ; par exemple la plus importante capitalisation boursière européenne Novo Nordisk (Danemark) est détenue par une fondation. En France les ressources financières des fondations actionnaires varient d'un modèle à l'autre.

Tout d'abord, la fondation reconnue d'utilité publique, afin de garantir son indépendance et sa pérennité, doit disposer d'une dotation très importante, avec un capital minimum de 1,5 million d'euros, versée sur une période maximale de dix ans à compter de sa création⁽³¹⁾. Elle a la capacité de recevoir des dons et des legs de personnes physiques ou morales autres que les fondateurs initiaux. Néanmoins, selon le principe de spécialité⁽³²⁾ prévu à l'article L. 233-3 du Code de commerce, les statuts doivent préciser les conditions dans lesquelles la fondation se prononce sur l'approbation des comptes de la société, la distribution de dividendes, l'augmentation ou la réduction de son capital, ainsi que sur les décisions susceptibles d'entraîner une modification de ses statuts. À noter que dans le but d'entreprendre les activités pour lesquelles elle a été créée, la fondation reconnue d'utilité publique peut, au fil du temps, utiliser les actifs reçus au moment de sa création. On parle alors de dotation consomptible. Il est également possible de conserver les biens reçus et d'en utiliser les revenus.

Toutefois, et c'est là une différence majeure, à la différence des associations ou des fondations d'utilité publique, les fonds de dotation ne peuvent bénéficier d'aucun financement public de quelque nature que ce soit. Les rares dérogations accordées

(31) Bien que le Conseil d'État français n'ait jamais statué sur ce montant, une dotation minimale d'environ 1,5 million d'euros est exigée. Ch. Nouvel, *Les « fondations actionnaires » : BJS 2020, n° 02, p. 49.*

(32) Le principe de spécialité est énoncé à l'article 18-3 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat.

feront l'objet d'un arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et du budget. Les établissements publics et les collectivités locales qui créent un fonds de dotation doivent veiller à ne pas accorder d'avantages gratuits, tels que la mise à disposition de locaux ou de personnel, ce qui serait considéré comme une subvention déguisée⁽³³⁾. Néanmoins, il existe deux types de fonds qui ouvrent de larges perspectives en matière de soutien financier. D'une part, les fonds opérationnels, qui exercent leurs propres activités d'intérêt général et gèrent leur patrimoine dans cette perspective ; par exemple, nous pouvons retrouver cette clause pour un fonds opérationnel :

« Le fonds de dotation a pour objet de réaliser toute initiative dans le domaine de la création artistique et culturelle contemporaine et vivante, par les moyens suivants : – la production et l'organisation de spectacles, concerts, événements et manifestations ; – le versement de bourses aux artistes ; – la constitution et l'animation de réseaux de spectateurs et l'information du public sur les activités du fonds et l'actualité culturelle et artistique ; – l'organisation d'ateliers, de cours, de stages et toute activité favorisant la diffusion des arts et de la culture »⁽³⁴⁾.

D'autre part, il existe des fonds qui aident d'autres entités juridiques à but non lucratif à atteindre leurs objectifs en leur fournissant des ressources financières. Il s'agit des fonds de dotation redistributifs. Exemple de clause pour un fonds de redistribution :

« Le fonds de dotation a pour objet de contribuer à la protection de l'environnement naturel, de participer à la préservation de la biodiversité animale, végétale et minérale, et de favoriser l'éducation du public sur toutes les questions relatives à la préservation du patrimoine de la planète. Dans le cadre strict de son objet, le fonds de dotation peut sélectionner et financer tout projet de protection de l'environnement naturel ou de sensibilisation aux enjeux de la biodiversité et de la conservation du patrimoine naturel, présenté par un organisme d'intérêt général »⁽³⁵⁾.

En 2022, la répartition des fonds de dotation est de 77 % pour les fonds de redistribution et de 23 % pour les fonds d'exploitation⁽³⁶⁾.

Il existe également des fonds à la fois opérationnels et redistributifs, appelés fonds mixtes. Exemple de clause pour un fonds mixte :

« Le fonds de dotation a pour objet de faciliter l'épanouissement des enfants et de protéger tous les enfants, quelle que soit leur nationalité, en France ou dans le monde, afin d'assurer leur avenir. Le fonds soutiendra en priorité des projets présentés par des organisations humanitaires. Pour atteindre ses objectifs, le fonds mettra en œuvre tous les moyens qu'il jugera appropriés, et notamment : – des actions d'information et d'éducation dans le domaine de la santé, qu'il s'agisse de travailler avec les populations concernées, de former les acteurs locaux, d'organiser des conférences ou des colloques, notamment pour faire connaître des pratiques innovantes pouvant servir de référence, – un soutien direct dans le domaine de la santé aux enfants vulnérables, avec le financement d'études scientifiques dans le domaine pharmaceutique, – enfin, des actions de coopération avec des organisations humanitaires et un soutien à tous les projets de protection de l'enfance »⁽³⁷⁾.

Dans la plupart des cas, les fonds de dotation n'utilisent que les revenus de leurs actifs pour mener à bien leurs activités. Ce sont les fonds de dotation en

(33) I. Scolan et Ph. Gaboriau, *Fonds de dotation en pratique*, 2024, p. 57 (www.centre-francais-fondations.org).

(34) Direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et économique, *Clausier pour la rédaction des statuts d'un fonds de dotation*, déc. 2023, p. 6.

(35) Legal Affairs Department of the Ministry of the Economy, Finance and Industrial and Economic Sovereignty, *Clausier pour la rédaction des statuts d'un fonds de dotation*, déc. 2023, p. 7.

(36) I. Scolan et Ph. Gaboriau, *Fonds de dotation en pratique*, 2024, p. 22 (www.centre-francais-fondations.org).

(37) Legal Affairs Department of the Ministry of the Economy, Finance and Industrial and Economic Sovereignty, *Clausier pour la rédaction des statuts d'un fonds de dotation*, déc. 2023, p. 7.

capital. Le fonds peut également investir dans un ensemble de biens mobiliers et immobiliers, y compris des actions, comme indiqué à l'article 1^{er} de l'arrêté du 11 février 2009.

Par exemple, Yann Rolland, actionnaire principal du groupe CETIH, a apporté 40 % de ses actions à un fonds de dotation philanthropique dénommé Superbloom⁽³⁸⁾. Dans le cadre d'une réorganisation du capital, Yann Rolland, qui détenait 50,5 % des actions du groupe CETIH, a transféré irrévocablement 40 % de sa participation à ce fonds de dotation philanthropique, qui devient de fait actionnaire du groupe à hauteur de 35 %. Il gère avec sa famille ce fonds dont les dividendes sont exclusivement destinés à la philanthropie et aux associations caritatives, notamment sur le thème de la fragilité.

Enfin, les donations au fonds de pérennité, qu'elles soient faites par des particuliers ou des sociétés, ne sont pas déductibles fiscalement. Les donations faites par les particuliers sont soumises à un droit de mutation de 60 %. En revanche, en vertu de l'article 38, 7^e quater du Code général des impôts français, les entreprises soumises à l'impôt sur les sociétés qui cèdent une participation à un fonds de pérennité bénéficient d'un sursis d'imposition⁽³⁹⁾.

B. – Une action inscrite dans un temps long

La fondation actionnaire permet à une entreprise de se doter d'un actionnaire de long terme, sans but lucratif et dédié à l'intérêt général. De ce point de vue, la fondation actionnaire peut être le garant du respect de diverses obligations légales relatives à la prise en compte des enjeux sociaux et environnementaux. À ce titre, la fondation actionnaire peut exercer un contrôle sur les dirigeants de l'entreprise, en les révoquant si nécessaire. En exerçant ce contrôle, la fondation actionnaire a le pouvoir de mettre un terme à toute politique managériale, sociale ou patrimoniale susceptible d'avoir un impact négatif sur la durabilité de l'entreprise.

Pour ce faire, en pratique, les fondations actionnaires rédigent une charte d'engagement, qui est annexée aux statuts pour lui donner une certaine force normative. Dans cette charte, il est important de préciser les moyens d'action de la fondation, afin de prévenir les conflits potentiels entre l'entreprise et la fondation sur les points énumérés ci-dessus. Il est possible, par exemple, de stipuler que la fondation aura des droits politiques renforcés en ce qui concerne certaines décisions stratégiques. Par exemple, la fondation peut être appelée à approuver tout changement dans la structure du capital de l'entreprise, comme l'entrée ou la sortie d'un actionnaire, une augmentation de capital, l'attribution de droits de vote et de dividendes, ou la nomination de la direction générale. Elle peut, par exemple, rejeter une offre publique d'achat hostile ou révoquer un PDG ; ce qui est difficilement concevable dans le cadre d'une fondation d'entreprise, souvent présidée par le PDG de l'entreprise. La fondation peut également donner son avis sur l'évolution

(38) <https://superbloom.fr>.

(39) Selon cet article, « la plus ou moins-value résultant de l'apport irrévocable et à titre gratuit de titres de capital ou d'actions à un fonds de développement durable lors de sa constitution est comprise dans le résultat de l'exercice au cours duquel ces titres ou actions sont ultérieurement cédés ».

des engagements sociaux et environnementaux de l'entreprise dont elle est actionnaire et, par exemple, préconiser l'obtention d'une certification. Une clause peut d'abord prévoir un droit privilégié d'information et d'alerte, ou un mécanisme de résolution amiable des conflits par le biais d'un comité de médiation, par exemple. Et le cas échéant, la fondation peut utiliser ses prérogatives d'actionnaire, comme le droit de veto.

À titre d'illustration, la Fondation Avril contrôle la société en commandite par actions Avril SCA, dont elle détient 50,7 % des droits de vote (mais seulement 34,7 % des droits à dividendes). L'objectif de ce dispositif est d'éviter que la fondation n'intervienne dans la gestion de l'entreprise, tout en lui permettant de prendre des décisions structurantes telles que le choix des administrateurs. Dans le cas de la Fondation Jean-Noël⁽⁴⁰⁾, le fonds de dotation détient 85 % des actifs et donc du capital de NAOS, tandis qu'une société dénommée B612 détient 51 % des droits de vote et donc du pouvoir de décision. L'originalité du modèle repose sur la séparation du capital et du pouvoir de décision en vue de créer de la valeur et d'assurer le développement durable de toutes les activités de NAOS dans un esprit de loyauté, d'équité et d'indépendance. Ce système de gouvernance sacrifie l'entreprise, sa cause et sa raison d'être.

À noter que la force d'action des fondations actionnaires diffère selon le type de fondation. Le rôle d'actionnaire de la fondation reconnue d'utilité publique est strictement encadré par le principe de spécialité⁽⁴¹⁾ : ses statuts doivent préciser de quelle manière, la fondation gère ces actions sans s'immiscer dans la gestion de l'entreprise. Contrairement aux fondations d'utilité publique qui sont soumises à une surveillance administrative, la gouvernance des fonds de dotation est librement organisée. Par conséquent, l'organisation du fonds de dotation est plus souple. Il est administré par un conseil d'administration composé d'au moins trois membres, nommés pour la première fois par le fondateur. Les statuts de la société doivent préciser sa composition, ainsi que les conditions de nomination et de renouvellement. Le conseil d'administration est notamment chargé d'établir un rapport annuel relatif aux comptes du fonds de dotation et répond à ce titre aux éventuelles demandes d'explications du commissaire aux comptes. Cette organisation permet ainsi à la fondation d'inscrire son action sur un temps long, de manière à poursuivre au mieux son but sans être liée par les contingences auxquelles pourrait être confrontée la société. Ce sont là d'autres données, environnementales et sociales, qui sont au cœur des décisions prises par le conseil d'administration de la fondation, et ce de manière à réaliser pleinement l'objet social de la fondation.

En outre, au-delà d'une dotation d'un million d'euros, le fonds de dotation doit mettre en place un comité consultatif d'investissement. Ce comité sera chargé de refléchir à la politique d'investissement, à la politique de placement et au suivi des dotations du fonds. En principe, sauf disposition statutaire contraire, les administrateurs sont libres de leurs choix et peuvent donc décider de ne pas retenir les

(40) www.jeannoelthorel-foundation.org.

(41) Le principe de spécialité est énoncé à l'article 18-3 de la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat. V. égal. C. com., art. L. 233-3.

propositions du comité d'investissement. La désignation des membres du comité est régie par l'article 2 du décret du 11 février 2009⁽⁴²⁾ qui prévoit que les personnes choisies ne doivent pas être membres du conseil d'administration et doivent être qualifiées pour réaliser des expertises et des études d'investissement. Le renouvellement des membres et la durée de leur mandat doivent être prévus dans les statuts. Une durée de trois à quatre ans et un premier renouvellement partiel des membres sont recommandés, afin de permettre le renouvellement progressif de l'organe tout en préservant une certaine continuité⁽⁴³⁾.

Quatre autres comités peuvent également être créés mais il n'y a pas d'obligation de le faire. Le Comité d'honneur, composé de donateurs/patrons, auxquels un rôle doit être attribué afin de les inclure concrètement dans la vie du fonds. Le Comité scientifique (ou Comité d'experts), qui peut conseiller le conseil d'administration et présélectionner les projets à financer. Le Comité d'éthique, qui peut s'assurer que les chartes et procédures en vigueur concernant la probité et l'éthique des personnes, des actions et des décisions sont mises en œuvre et respectées. Et le Comité stratégique, composé de personnalités qualifiées issues d'horizons divers, pour réfléchir à la stratégie à plus long terme.

Nul doute que ces comités participeront grandement à une gestion durable de la société !

Enfin, la gestion des titres de participation par le fonds de pérennité revêt une importance majeure pour la stabilisation de l'actionnariat d'une entreprise. En effet, à première vue, il ressort des règles juridiques que le fonds est un véritable gestionnaire. Il collecte les actions d'une ou plusieurs entreprises qu'il gère, en vue d'assurer leur pérennité. C'est le sens de l'article 177 de la loi de 2019⁽⁴⁴⁾, qui a créé le fonds en tant qu'entité qui gère les actions ou parts sociales qui lui ont été transférées par ses fondateurs. Il gère les actions de la société pour contribuer obligatoirement à la survie économique de celle-ci ou, à titre facultatif, pour réaliser des œuvres d'intérêt général. Toutefois, conformément à la nature du fonds, l'article 900-4 du Code civil français prévoit que le fonds de pérennité peut être autorisé judiciairement à céder les titres ou parts soumis à l'inaliénabilité si la survie économique de la ou des sociétés l'exige. Le fonds de pérennité est donc la fondation actionnaire la moins fiable dans le temps.

(42) D. n° 2009-158, 11 févr. 2009, relatif aux fonds de dotation.

(43) I. Scolan et Ph. Gaboriau, *Fonds de dotation en pratique*, 2024, p. 18 (www.centre-francais-fondations.org).

(44) L. n° 2019-486, 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises.