

Les fonds actionnaires : des outils performants pour un capital philanthropique

22-10-2014

Le fonds de dotation dispose, plus que la fondation reconnue d'utilité publique, de la capacité à constituer un outil (pérenne ou temporaire) efficace et attractif de gestion de participations, notamment majoritaires, dans le capital de sociétés.

Dans la catégorie des organismes à but non lucratif de droit français, le fonds est l'outil le plus adapté pour gérer, en particulier, le capital philanthropique que peuvent vouloir constituer des entrepreneurs au cours de la vie sociale de leur entreprise ou après la cession de cette dernière.

Bien entendu, la finalité du fonds devra pour autant rester conforme à sa mission qui est de développer et/ou de soutenir des activités d'intérêt général (au sens fiscal), et non de favoriser le développement de sociétés commerciales.

Capacité à détenir des titres (actions et parts sociales, notamment)

La loi ne limite pas, a priori, la capacité du fonds en matière de détention de biens meubles ou immeubles. Le fonds de dotation peut donc détenir tout bien meuble (meubles meublant, titres de sociétés, etc.) et tout bien immeuble, de rapport ou non. Le principe est que les actifs reçus doivent produire des revenus et faire l'objet d'une gestion de nature patrimoniale pour assurer dans le temps le financement d'activités d'intérêt général (que ces dernières soient développées par le fonds lui-même ou par les organismes qu'il aide).

Capacité à investir dans des actions et parts sociales

Dans le cadre de sa gestion financière, le fonds de dotation peut investir sur les supports visés à l'article R. 931-10-21 du Code de la sécurité sociale (il s'agit des mêmes supports que peuvent utiliser les institutions de prévoyance au titre desquels figurent notamment les actions et parts sociales).

Il peut investir les dons en numéraire reçus dans des titres de sociétés (cotées ou non) mais il doit être vigilant dans ses choix de supports d'investissement (obligations, actions, etc.) et privilégier une gestion de bon père de famille.

A cet égard, outre l'exigence réglementaire de respecter des règles de dispersion par catégories de placement et de limitation par émetteur (cf. article 1er du décret n°2009-158 du 11 février 2009), le comité stratégique des fonds de dotation a recommandé de « plafonner le risque "émetteur" (direct ou indirect) par une dispersion forte et de définir un principe de diversification du risque produit (catégories de produits) [...] » (cf. Recommandation du comité stratégique des

fonds de dotation, 3 décembre 2010).

Titres reçus dans le cadre de libéralités

Bien entendu, cette règle n'interdit pas à un fonds de dotation de recevoir des titres de sociétés dans le cadre d'une donation ou d'un legs et de les conserver un certain temps dans sa dotation même si les actifs en cause, qui peuvent être des actions d'une même société, représentent la totalité des actifs de la dotation (en particulier dans le cas où la donation a été assortie d'une charge d'inaliénabilité, temporaire ou non). Un fonds de dotation peut donc tout à fait détenir des actions ou parts sociales.

Les enjeux fiscaux : exposé de la problématique

La doctrine de l'administration fiscale en matière de détention de titres de sociétés commerciales, élaborée (en 1998/1999 et 2008) essentiellement en considération de la situation des associations ayant développé des activités fiscalisées et devant les isoler (BOI-IS-CHAMP-10-50-20-10-20130225, n°560 et s.) précise que la détention de titres d'une société commerciale par un organisme sans but lucratif peut avoir des conséquences sur le caractère non lucratif de ce dernier.

Cette doctrine précise, notamment : "afin de déterminer si la détention des titres remet en cause le caractère non lucratif de l'activité, il convient de s'interroger sur le point de savoir si cette détention devient un éléments prépondérant par rapport à l'activité non lucrative de l'organisme".

L'administration développe alors les trois hypothèses suivantes :

- une gestion patrimoniale qui ne remet pas en cause le caractère non lucratif général de l'organisme ;
- une gestion active de la filiale qui permet la création d'un secteur imposable dans le fonds sans remise en cause de la non lucrativité de tout l'organisme ;
- des relations privilégiées avec la filiale qui entraînent la lucrativité de l'ensemble de l'organisme.

Une détention minoritaire ne remettant pas en cause le caractère non lucratif du fonds ?

La simple détention par le fonds d'une partie du capital d'une société n'est pas à même, à elle seule, de remettre en cause le caractère non lucratif de l'activité d'un fonds de dotation.

En effet, « si cette détention est minoritaire, il est possible de considérer qu'il y a une présomption de gestion passive. Si en outre, l'organisme ne joue dans la société aucun rôle de gestion actif, la gestion peut être considérée comme patrimoniale. Dans cette hypothèse, les titres de la société font partie du patrimoine de l'organisme qui demeure non lucratif, si les autres conditions sont remplies. Les dividendes reçus sont alors soumis aux règles prévues à l'article 206-5 du CGI » (BOI-IS-CHAMP-10-50-20-10-20120912, N°580). Ils sont donc exonérés d'impôt sur les sociétés au taux réduit si les statuts du fonds ne permettent pas la consommation de la dotation.

Une détention majoritaire remettant en cause le caractère non lucratif du fonds ?

Dans le cadre d'une détention majoritaire, voire unique, par le fonds de titres détenus dans une société commerciale, il est alors a priori nécessaire d'affecter les titres détenus à un secteur lucratif distinct consacré à la gestion des titres de la société. En effet, la sectorisation de l'activité lucrative de gestion de titres est envisagée par la doctrine fiscale elle-même qui précise alors que ce secteur lucratif devra rester accessoire dans l'organisme (pour préserver le caractère non lucratif des autres activités de ce dernier).

Pour l'administration, « ne peut être considérée a priori comme patrimoniale la détention d'une participation majoritaire dans le capital de la filiale. Il en est de même lorsqu'il existe des liens économiques entre les deux entités ou lorsque les dirigeants de la filiale sont également dirigeants de l'association ou lorsque des liens de parenté existent entre le dirigeant de l'association et le dirigeant de la filiale. Cela étant, la détention majoritaire du capital n'est pas suffisante pour qualifier la gestion de gestion active. Il convient de s'interroger sur le point de savoir si l'organisme intervient concrètement et de façon importante dans la gestion de la filiale. Ainsi, l'organisme, qui peut avoir une activité distincte de la société, intervient dans tout ou partie de la gestion de sa filiale (c'est en particulier le cas lorsque la société commerciale a la forme d'une EURL). Dans cette situation, et afin d'assurer une certaine neutralité avec la situation fiscale qui résulterait d'une solution de sectorisation de l'activité, il est considéré que l'organisme exerce une activité lucrative de gestion de titres. Il convient alors d'appliquer à la gestion de ces titres les règles exposées en matière de sectorisation dans les conditions définies précédemment. Ainsi, si l'activité de gestion de titres n'est pas prépondérante (les revenus retirés de cette activité ou la gestion de la société ne requiert pas l'essentiel de l'activité de l'association), le secteur lucratif peut être limité à la seule détention des titres » (BOI-IS-CHAMP-10-50-20-10-20120912, N°600).

L'enjeu fiscal lié à l'existence possible de relations privilégiées

L'administration fiscale peut également remettre en cause la non lucrativité du fonds en se fondant sur l'existence d'éventuelles « relations privilégiées » entretenues avec des organismes du secteur lucratif. Dans ce cadre, l'administration peut analyser l'état des relations éventuellement entretenues entre l'organisme, d'une part, et les

intervenants lucratifs fiscalisés, d'autre part.

Ainsi, « un organisme sans but lucratif peut détenir des titres d'une ou plusieurs sociétés en conservant son caractère non lucratif. En revanche, l'organisme est en principe soumis à l'IS, à la CET et à la TVA s'il entretient des relations privilégiées avec des organismes du secteur lucratif qui en retirent un avantage concurrentiel, étant précisé que tout organisme qui exerce des activités au profit d'entreprises n'entretient pas pour autant systématiquement des relations privilégiées avec les entreprises. Est donc lucratif un organisme qui permet de manière directe aux professionnels de réaliser une économie de dépenses, un surcroît de recettes ou de bénéficier de meilleures conditions de fonctionnement, quand bien même cet organisme ne rechercherait pas de profits pour lui-même » (BOI-IS-CHAMP-10-50-10-30-20120912, n°1 et s.).

Quelle analyse fiscale proposer pour les fonds de dotation compte tenu des enjeux précités ?

A notre sens, outre que la doctrine précitée n'exclue pas qu'une détention majoritaire dans une société puisse conserver un caractère patrimonial (cf. BOI précité, n°610), elle s'applique en fait aux organismes (associations, pour l'essentiel, mais aussi fondations) qui développent ou entreprennent de développer des activités de nature commerciale, fiscalisées par nature.

Le cas d'un fonds de dotation qui se retrouve, du fait d'une libéralité, propriétaire d'actifs (parts ou actions) dont il n'a vocation à utiliser que les revenus pour le financement d'œuvres ou d'organismes d'intérêt général devrait être considéré de façon différente, si du moins le fonds ne joue, dans la société dont il détient la majorité, voire 100 % des titres du fait d'un legs ou d'une donation, qu'un rôle passif en se contentant d'assurer son rôle minimum d'actionnaire ou d'associé unique (désignation des dirigeants, approbation des comptes), voire en laissant à un tiers, mandaté à cet effet, assisté éventuellement du comité consultatif du fonds, le soin de gérer au mieux cette participation.

Du fait de sa nature, le fonds de dotation a pour vocation d'accumuler des actifs (biens et droits de toute nature), ce qui n'est pas le cas d'une association. L'analyse du régime de la détention de titres par un fonds de dotation doit donc nécessairement tenir compte de cette différence de nature entre le fonds de dotation et la forme associative.

Cette question est importante pour les fonds de dotation disposant d'une participation majoritaire car cette situation peut conduire à ce qu'une part non accessoire, voire à ce que la totalité des ressources de ces fonds (dividendes perçus) soit d'origine lucrative (puisqu'elle est tirée d'un secteur lucratif de gestion de titres).

Cette situation pourrait contribuer à remettre en cause le caractère d'intérêt général d'un fonds de dotation opérationnel (ou « opérateur » ; et, partant, sa capacité à recevoir des dons pour l'avenir pourrait alors être remise en cause) si les ressources issues des activités non lucratives ne sont pas significativement prépondérantes.

En effet, pour mémoire, un fonds de dotation ne peut recevoir des dons déductibles de l'impôt (article 200,1,g CGI) et bénéficier de l'exonération de droits de mutation à titre gratuit (article 795, 12° CGI) pour les libéralités qui lui sont consenties que si :

- comme organisme ne faisant que distribuer des aides financières : il justifie que sa gestion est désintéressée ET que les organismes bénéficiaires sont eux-mêmes éligibles au régime fiscal du mécénat (la fonds n'ayant pas d'activité lui-même, autre que d'instruire des demandes et distribuer des aides financières, il n'a pas à justifier de l'exercice d'une activité d'intérêt général, c'est à dire notamment d'une activité non lucrative au sens fiscal) ;

- comme organisme opérateur, déployant lui-même des activités d'intérêt général : il justifie du caractère d'intérêt général (au sens fiscal) desdites activités (i.e. qu'il faut que ces dernières soient gérées de façon désintéressée, qu'elles soient non lucratives (au sens fiscal) et qu'elles ne soient pas réservées à un cercle restreint de personnes).

En revanche, à notre sens, si le fonds se trouve placé dans la première de ces deux hypothèses (c'est-à-dire comme fonds n'ayant qu'une activité de distribution d'aides), son éventuelle fiscalisation n'est pas un handicap (s'il devait être fiscalisé du fait de la détention majoritaire, voire de 100 % des titres d'une holding, par exemple). En effet, le fait qu'un fonds de dotation dispose d'une détention majoritaire dans une société commerciale peut éventuellement, certes, l'obliger à loger les titres en cause dans un secteur comptable lucratif de gestion de titres ; dans ce cas, il ne sera que faiblement imposé sur les dividendes reçus (régime mère-fille) et ses recettes seront principalement d'origine lucrative. Toutefois, si le fonds conserve bien une gestion désintéressée, il devrait alors pouvoir conserver sa capacité à recevoir des dons dans le cadre fiscal avantageux précité (un fonds de distribution n'a à justifier que du caractère désintéressé de sa gestion et de l'éligibilité au régime du mécénat des œuvres auxquelles il distribue des aides financières).

Le fonds distributif et actionnaire majoritaire de sociétés est un outil plus efficace qu'une fondation

C'est pour la raison qui précède que le fonds de dotation nous paraît être un outil de détention de titres de sociétés commerciales plus performant que la fondation reconnue d'utilité publique. Cette dernière doit, en effet, conserver une capacité à démontrer qu'elle développe des activités d'intérêt général, celles-ci devant rester significativement prépondérantes par rapport à ses activités lucratives (à défaut, elle peut alors perdre sa capacité à recevoir des dons déductibles et à être exonérée de droits de mutation à titre gratuit).

En l'état de la doctrine et des avis du Conseil d'Etat, il est recommandé (sans doute abusivement à notre sens, notamment si la fondation peut justifier d'autres ressources que les dividendes d'une société dont elle détient la majorité du capital) d'interposer entre la fondation et la société commerciale une société civile de gestion patrimoniale.

Une telle recommandation est superflue pour un fonds de dotation, compte tenu des précisions qui précèdent.

A ce titre le fonds est susceptible de permettre, plus efficacement qu'une fondation, une évolution du mode de détention des entreprises, à l'image de certaines fondations étrangères (l'Allemagne connaît de nombreuses fondations de cette nature).

Lionel DEVIC
Avocat