

LA CREATION DE FONDS DE PERENNITE EST DESORMAIS POSSIBLE

Flash Focus - 12 mai 2020

Les fonds de pérennité sont une nouveauté de la loi PACTE n° 2019-486 du 22 mai 2019 (article 177). Adoptées sans grands débats à partir d'un amendement parlementaire présenté devant l'Assemblée nationale, les dispositions organisant ces fonds ne pouvaient être mises en œuvre faute d'un décret d'application. Ce décret n° 2020-537 vient d'être publié au JO, ce qui l'éloigne de près d'un an de la loi.

Les fonds de pérennité, comme les fondations reconnues d'utilité publique et les fonds de dotation, **peuvent détenir tout ou partie du capital d'une société**. A la différence des deux structures précédentes toutefois, ils peuvent n'avoir pour objet que d'assurer la pérennité d'une société sans vouloir aussi exercer une activité d'intérêt général. D'une certaine manière, ces fonds de pérennité qui sont dotés de la personnalité morale sont à rapprocher des sociétés à mission : il s'agit chaque fois pour l'entité d'aller au-delà d'un but strictement lucratif.

Selon le paragraphe I de l'article 177 de la loi PACTE, le fonds de pérennité est constitué par **l'apport gratuit et irrévocable** des titres de capital ou de parts sociales d'une ou plusieurs sociétés exerçant une activité industrielle, artisanale ou agricole, ou détenant directement ou indirectement des participations dans une ou plusieurs sociétés exerçant une telle activité, réalisé par un ou plusieurs fondateurs afin que ce fonds gère ces titres ou parts, exerce les droits qui y sont attachés et utilise ses ressources dans le but de contribuer à la pérennité économique de cette ou de ces sociétés et puisse réaliser ou financer des œuvres ou des missions d'intérêt général. Mais il est précisé que l'objet comprend, **le cas échéant**, l'indication des œuvres ou des missions d'intérêt général qu'il entend réaliser ou financer, ce qui témoigne du caractère optionnel de cette démarche. Le fonds de pérennité par conséquent ne constitue pas une véritable fondation.

Les titres ou parts sociales de la ou des sociétés mentionnées sont inaliénables. Pour reprendre les termes de certains travaux préparatoires de la loi ; il s'agissait de créer le cadre juridique d'un nouvel instrument de détention et de transmission du capital d'une société. Le fonds est un actionnaire inamovible, à même de faciliter le développement économique d'une ou plusieurs sociétés.

Le fonds de pérennité est dirigé par un conseil d'administration d'au moins trois membres investi des pouvoirs les plus étendus pour agir au nom du fonds. Il doit se doter d'autre part d'un comité de gestion comportant lui aussi au moins trois membres (au moins un administrateur et deux membres non administrateurs). Ce comité de gestion est, lui, chargé du suivi permanent de la société dont est associé le fonds. et de la formulation de recommandations au conseil sur la gestion de la dotation, l'exercice des droits attachés aux participations et les actions permettant de contribuer à la pérennité de la société sous-jacente.

Le décret n'apporte pas d'innovations substantielles. Il est riche de dispositions dont aucune ne constitue une véritable surprise.

Création et dissolution du fonds

1 - Création

- La loi est peu exigeante s'agissant de la création. Le §II de l'article 177 exige que les statuts soient établis par écrit et qu'ils comprennent diverses indications notamment quant à l'objet social et aux principes et objectifs appliqués à la gestion des titres des sociétés détenues.

- Le fonds de pérennité doit être déclaré à la préfecture du département dans le ressort duquel il a son siège social (177, §3). L'article 1er du décret vient préciser les modalités de cette déclaration, ainsi que celles des modifications des statuts. A la déclaration doivent être joints les statuts ainsi qu'une annexe indiquant les titres ou parts rendus inaliénables. Le décret précise que l'annexe doit faire apparaître, pour chaque catégorie de ces titres ou de ces parts, le pourcentage de capital et de droits de vote qu'ils représentent (art 2, II du décret). Le fonds est tenu à assurer la publication de ses statuts et de leur annexe, ainsi que de toute modification des statuts et de leur annexe sur le site internet de la direction de l'information légale et administrative, dans les mêmes conditions que les fondations soumises aux prescriptions du premier alinéa de l'article L 612-4 du code de commerce.

2 - Dissolution

Le paragraphe X de l'article 177 de la loi réglemente la dissolution du fonds. L'article 10 du décret se borne à indiquer que la dissolution fait l'objet d'une publication au JO aux frais du fond. Cette publication incombe au conseil d'administration du fonds ; en cas de dissolution judiciaire, elle incombe au liquidateur désigné par l'autorité judiciaire.

Les modalités du contrôle de l'autorité administrative

- Tout au long de son existence, le fonds de pérennité est soumis au contrôle de l'autorité administrative (§ IX de l'article 177 de la loi) chargée de s'assurer de la régularité du fonctionnement du fonds de pérennité. L'article 1er du décret indique que ce contrôle sera exercé par une mission du Contrôle général économique et financier désignée par arrêté du ministre de l'économie et des finances.
- Tous les ans, le fonds doit lui adresser un rapport d'activité dont le contenu est indiqué dans le décret :
 - un compte- rendu d'activité qui porte tant sur son fonctionnement interne que sur ses rapports avec les tiers ;
 - un compte- rendu de la façon, dont le fonds a géré les titres ou les parts qui composent sa dotation, exercé les droits de vote et les autres droits qui y sont attachés et utilisé ses ressources ; et
 - le cas échéant, la liste des œuvres ou missions d'intérêt général réalisées ou financées par le fonds, le montant de ces réalisations ou financements ainsi que la liste des personnes bénéficiaires.
- Cet envoi obéit à un certain formalisme : *LRAR* pour l'envoi du rapport, des comptes annuels et le cas échéant du rapport du commissaire aux comptes ; l'envoi doit être fait dans les 6 mois de la clôture de l'exercice. Au cas de non-respect de ce délai ou d'incomplétude du rapport, l'autorité administrative peut mettre en demeure de remédier à cette situation dans le délai d'un mois.

Notion et conséquences de dysfonctionnements graves

- Le paragraphe IX de l'article 177 de la loi vise la constatation par l'autorité administrative de **dysfonctionnements graves** affectant l'objet du fonds de pérennité. Mais la nature des dysfonctionnements n'est pas précisée et le décret vient apporter des éléments quant aux faits et violations à l'origine de ces dysfonctionnements :
 - le fait pour le fonds de disposer ou de consommer tout ou partie de sa dotation en violation du §IV de la loi, ou de ses clauses statutaires, ou de disposer de ses ressources en violation de son objet statutaire ;
 - la violation des dispositions relatives à l'établissement et à la publicité des comptes annuels (§VIII de l'article 177 de la loi), et à la mission du commissaire aux comptes (Titre II du décret) ; ou
 - le fait pour le fonds de pérennité de ne pas avoir adressé les rapports d'activité à la préfecture durant deux exercices consécutifs, malgré la mise en demeure qui lui a été faite.
- L'autorité administrative qui constate ou est informée d'un tel dysfonctionnement met en demeure le fonds d'y remédier dans le délai de 6 mois.
- Le §X de l'article 177 de la loi PACTE prévoit que dans le cas de dysfonctionnement grave, le fonds peut faire l'objet d'une **dissolution judiciaire**. L'autorité administrative peut saisir l'autorité judiciaire aux fins de dissolution du fonds. Dans ce cas, elle notifie sa décision au conseil d'administration, au commissaire aux comptes du fonds de pérennité et au préfet du département dans le ressort duquel le fonds a son siège (art 6 du décret).
- Il procède à la publication de la décision de saisine au JO, aux frais du fonds.

Comptes annuels et commissariat aux comptes

- S'agissant des comptes annuels, l'article 8 du décret dispose que le fonds de pérennité assure la publication de ses comptes annuels sur le site internet de la direction de l'information légale et administrative dans les mêmes conditions que les fondations soumises aux prescriptions du premier alinéa de l'article L. 612-4 du code de commerce.

- Le fonds de pérennité doit nécessairement se doter d'au moins un commissaire aux comptes dès lors que le montant total de ses ressources dépasse 10 000 euros à la clôture du dernier exercice. La modestie de ce chiffre paraît pour le moins surprenante (§VIII de l'article 177). Ce commissaire aux comptes doit pouvoir disposer des comptes au moins 45 jours avant la date de réunion du conseil d'administration convoqué pour leur approbation, ainsi que du rapport d'activité évoqué ci-dessus.(art 7 du décret). Le commissaire aux comptes certifie les comptes annuels du fonds et vérifie leur concordance avec le rapport d'activité.
- Le commissaire aux comptes est tenu dans certaines circonstances de **déclencher une procédure d'alerte**. Cette procédure est organisée par le § VIII de l'article 177 de la loi, et par l'article 9 du décret.
- Les démarches sont faites par lettre recommandée avec demande d'avis de réception (art 9 al 2 du décret).
- Le commissaire aux comptes qui relève à l'occasion de l'exercice de sa mission des faits de nature à compromettre la continuité de l'activité du fonds informe le conseil d'administration et recueille ses explications (§VIII al 3 de l'article 177 de la loi). Le délai de réponse du conseil d'administration aux demandes d'explication du commissaire aux comptes est de quinze jours à compter de la réception de la lettre recommandée mentionnée à l'alinéa précédent (art 9 al 3 du décret).
- A défaut de réponse ou si les mesures prises lui apparaissent insuffisantes, le commissaire aux comptes établit un rapport spécial. qu'il remet au conseil d'administration et dont la copie est communiquée au comité de gestion et à l'autorisation administrative. Le rapport spécial du commissaire aux comptes est transmis dans un délai de quinze jours à compter des réponses formulées par le conseil d'administration en application de l'alinéa précédent (art 9 al 4 du décret).
- Lorsque le commissaire aux comptes invite le conseil d'administration du fonds de pérennité à délibérer sur les faits ainsi relevés, il fixe la date, dans un délai qui ne peut excéder huit jours à compter de la date du rapport spécial du commissaire aux comptes, l'ordre du jour et le lieu de la réunion du conseil d'administration. Les frais de cette réunion sont à la charge du fonds de pérennité (art 9 al 5 du décret).

Notre équipe est mobilisée pour vous aider à trouver les solutions efficaces et pragmatiques pour répondre aux urgences ou adapter vos activités.

Contacts

Franck Bernauer
Partner, Head of Legal
Paris La Défense
Tel : +33 1 55 68 48 13
fbernauer@kpmgavocats.fr

Jean-Jacques Daigre
Of Counsel, Conseil Scientifique,
Paris La Défense
Tel : +33 1 55 68 49 02
jdaigre@kpmgavocats.fr

Alain Couret
Partner, Conseil Scientifique,
Paris La Défense
Tel : +33 1 55 68 50 10
acouret@kpmgavocats.fr

Clément Barrillon
Of Counsel, Conseil Scientifique,
Paris La Défense
Tel : +33 1 55 68 48 09
cbarrillon@kpmgavocats.fr