

L'impossible aliénation de son capital par le fonds de dotation ?

1. Présentation du problème

Une fois les titres apportés au fonds de dotation, la question se pose de savoir s'il peut les aliéner. S'il ne le peut pas, il est vraisemblable que l'engouement pour recourir au fonds de dotation sera limité, tant il est vrai que la vie de l'entreprise elle-même commande la circulation facile des titres. De prime abord, la partie semble mal engagée. La définition même du fonds de dotation, que nous donne la loi¹, n'est pas favorable à une cession des actifs puisque le fonds de dotation :

- Est à but non lucratif ;
- Gère, en les capitalisant, les biens et droits qui lui sont apportés ;
- Les biens qui lui sont apportés le sont de manière irrévocable ;
- Utilise les revenus de la capitalisation en vue de la réalisation de son objet.

Un peu plus loin, traitant des ressources du fonds de dotation, le législateur enfonce le clou² :

- « Les ressources du fonds sont constituées des revenus de ses dotations, des produits des activités autorisées par les statuts et des produits des rétributions pour service rendu ». Le produit de la cession d'un actif apporté en dotation n'est ici nullement visé au rang des ressources possibles ;
- « Le fonds de dotation dispose librement de ses ressources dans la limite de son objet social ». Cette phrase, si l'on s'en tient à la définition qui vient d'être donnée de la notion de ressources, n'incite pas à encourager la cession des actifs qui lui sont apportés ;
- Le fonds de dotation « ne peut disposer des dotations en capital dont il bénéficie ni les consommer et ne peut utiliser que les revenus issus de celles-ci ». Le législateur assouplit un peu sa position, plus loin dans le texte, en indiquant que « les statuts peuvent fixer les conditions dans lesquelles la dotation en capital peut être consommée ». Si la consommation est évoquée, la disposition, elle, ne l'est pas. Or, tous les actifs ne sont pas consommables.

Tout dans la nature et le régime du fonds de dotation incite à la stabilité de son capital, qui ne doit être utilisé que pour générer des revenus utiles à la réalisation de son objet. *A priori*, l'idée que des titres donnés au fonds de dotation puissent, sans contrainte, être cédés par le fonds de dotation doit être écartée.

2. Réflexion sur l'impossibilité de disposer

¹ [Art.140 loi 2008-776 \(LME\) du 4 août 2008, I](#) : « le fonds de dotation est une personne morale de droit privé à but non lucratif qui reçoit et gère, en les capitalisant, des biens et droits de toute nature qui lui sont apportés à titre gratuit et irrévocable et utilise les revenus de la capitalisation en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général ou les redistribue pour assister une personne morale à but non lucratif dans l'accomplissement de ses œuvres et de ses missions d'intérêt général »

² [Art.140 loi 2008-776 \(LME\) du 4 août 2008, III](#)

Les termes de la loi, parfois imprécis, stimulent notre réflexion : vendre les titres, est-ce vraiment impossible ?

a) Au regard de la nature du fonds de dotation

Si l'on s'en tient à sa nature, l'idée qu'un fonds de dotation puisse vendre certains de ses actifs n'est pas saugrenue.

D'abord, le caractère non lucratif n'interdit pas la vente, même avec un profit³, pas plus que ne le fait le caractère irrévocable des dotations.

Ensuite, on pourrait discuter la notion de « capitalisation » des biens apportés à laquelle est tenue le fonds de dotation. Vendre un bien pour en réinvestir le produit dans un autre qui « capitalisera » davantage, n'est-ce pas « capitaliser » ? D'ailleurs, le législateur, qui affirme d'abord la nécessaire capitalisation, n'exclut pas, plus loin, la consommation des dotations en capital. Pour ce faire, les statuts doivent organiser les conditions de cette consommation. C'est ici un sacré coup porté à l'interdiction de disposer qui pèse sur les biens du fonds de dotation : on pourrait consommer, mais pas aliéner ? Peut-être que le législateur a imaginé que les praticiens, à la façon de ce qui se passe pour le « quasi-usufruit » organiseront dans les statuts le moyen de « recapitaliser » le capital consommé ? A-t-il imaginé que d'autres essayeront de rendre consommable ce qui ne l'est pas, pour permettre au fonds de dotation de vendre ce qui ne devrait pas l'être ?

Quoi qu'il en soit, ces arguments, qui participent de la définition du fonds de dotation, n'ont malheureusement aucune espèce d'incidence sur les limites qu'imposent son régime.

b) Au regard du régime du fonds de dotation

Il nous semble que le nœud de la réflexion se situe sur un possible *distinguo* au sein des biens appartenant au fonds de dotation, entre ceux apportés lors de sa constitution, et ceux qu'il a reçus en cours de vie. A première vue, ces deux catégories de biens ont la même nature : « le fonds de dotation est constitué par les dotations en capital qui lui sont apportées auxquelles s'ajoutent les dons et legs qui lui sont consentis ». Ces deux catégories de biens participent à la « constitution » du fonds de dotation. Pour autant, elles pourraient ne pas avoir le même régime. La loi interdisant au fonds de dotation de disposer des « dotations en capital dont il bénéficie », lui interdit-elle de disposer des dons qui « s'ajoutent » à ces dotations en capital ? L'argument de texte est recevable, mais on voit mal pourquoi deux catégories de biens concourant à un même objectif (la constitution du fonds), auraient un régime différent. En pratique, on considère que ces deux catégories de biens constituent ce que l'on appelle la « dotation » du fonds de dotation.

³ Voir en ce sens, par exemple, l'article de Monsieur André Chappert, *Defrénois* du 30/04/1996, n°8 p.507, qui rappelle les deux critères permettant d'apprécier le caractère non lucratif d'une activité, tirés d'un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 13 décembre 1993 : l'exercice d'une activité non concurrentielle et le caractère désintéressé de la gestion.

A côté des dotations en capital et des donations (et legs) qui s'y « ajoutent », il existe une troisième catégorie de biens : les dons du public, lorsque le fonds a été autorisé à faire appel à sa générosité. La nature de ces biens au sein du fonds de dotation n'est pas définie. Il semble néanmoins, compte tenu de sa place dans le texte, qu'il faille les distinguer des deux premières catégories : ces biens, reçus du public, ne constituent pas la dotation du fonds de dotation. Cela est tellement vrai que le texte indique, s'agissant des dons provenant de la générosité du public, qu'il est possible de « les joindre à la dotation en capital ». C'est bien la preuve qu'ils ne le sont pas « par nature ». Si l'on poursuit le raisonnement mené à propos des biens qui constituent « la dotation » du fonds de dotation, les biens issus de la générosité du public seraient inaliénables s'ils étaient joints à la dotation en capital, et librement cessibles dans le cas contraire, comme constituant des ressources (ce que la place de cette phrase dans le texte peut inciter à croire).

Cette dichotomie entre les biens constituant « la dotation » et ceux ne constituant que des ressources du fonds ne sécurise pas le praticien. Si le fonds de dotation a été autorisé à faire appel à la générosité du public, le praticien doit, avec le donateur et le fonds, définir l'affectation en capital ou en ressources (qui sont pourtant des notions voisines en comptabilité...) des biens donnés. Et dans tous les cas, il lui faudra choisir entre deux opinions : l'inaliénabilité des seuls apports réalisés lors de la constitution, ou l'inaliénabilité de tout ce qui constitue « la dotation », c'est-à-dire, en plus des apports, les dons et legs reçus en cours de vie.

S'il est difficile de se prononcer de façon nette entre une opinion ou une autre, c'est que, de toute évidence, le législateur s'est exprimé plus en termes économiques que juridiques. Il est donc hasardeux de dérouler un raisonnement définitif basé sur une approche purement juridique. Ainsi, par exemple, la notion de capital que l'on retrouve à plusieurs reprises dans la loi ne doit pas être assimilée à celle que l'on retrouve en droit des sociétés. De même, si l'on s'en tient à la lettre du texte, il est difficile de faire la différence entre une donation faite par un tiers et celle qui résulterait de la générosité du public : dans les deux cas, c'est un tiers qui donne... et dans les deux cas il est généreux ! On imagine qu'en réalité le législateur voulait distinguer la dotation majeure, celle qui sert de point de départ à un projet, et qui pour cette raison ne peut pas être aliénée, des libéralités de soutien à la cause, le plus souvent de petit montant, qui permettent d'améliorer le quotidien du fonds de dotation, mais qu'il est possible de rendre inaliénable, si (nous le supposons) l'offrande est conséquente.

3. Solutions pratiques

Le praticien qui envisage avec ses clients d'intégrer un fonds de dotation dans un schéma de transmission, et qui souhaite ne pas prendre le risque d'enfreindre le principe d'inaliénabilité de certains biens que nous venons d'évoquer, optera pour une solution de contournement.

Un auteur⁴, qui cherchait comment éviter que les titres ne restent indéfiniment entre les mains du fonds de dotation, a mis en avant un certain nombre de solutions que nous pouvons ici reprendre, et que nous enrichirons, notre démarche allant un peu plus loin, qui tente de sécuriser la possibilité même de vendre. Dans les faits, le choix entre une solution ou une autre sera commandé par le degré d'urgence et de certitude de la cession. Le schéma ne sera pas le même selon que le cessionnaire est connu ou inconnu, ou que la date ou l'idée même d'une vente est envisagée à très court terme, ou à une lointaine échéance.

a) La donation avec charge de vendre

On pourrait tenter, pour lever l'interdiction posée par le texte, fût-elle d'ordre public, de rendre le bien impropre à la conservation, parce que la volonté impulsive de la libéralité faite au fonds de dotation aurait commandé qu'il en fût ainsi. Le fonds de dotation recevrait en donation un bien qui par « nature conventionnelle », ne peut être conservé parce que le donateur lui a interdit de le conserver.

En, pareille hypothèse, en effet, le fonds de dotation ne prend pas de liberté avec son capital non consommable, qui demeure inaliénable : il ne fait qu'exécuter une obligation consubstantielle à l'acquisition du bien. A la façon de celui, qui recevant en donation un usufruit, ne peut s'opposer au caractère par nature éphémère son droit, le fonds qui accepterait de recevoir des titres avec obligation de les vendre ne pourrait pas s'affranchir de cette charge, imprimée au bien, non par nature, mais par la volonté du donateur, sans remettre en cause le principe même de la donation. Après tout, si rien ne s'oppose à la gratification d'un fonds de dotation en usufruit, capital « éphémère », qu'est-ce qui pourrait s'opposer à une gratification avec charge qui, elle, ne fait pas disparaître le capital, mais commande son remplacement par des liquidités.

Ici, le fonds de dotation n'a pas la possibilité de vendre : il en a l'obligation.

Ce schéma, si l'on prend soin de respecter la chronologie des échanges de consentements, semble approprié à l'hypothèse d'une vente imminente par le chef d'entreprise.

b) La donation en usufruit

Une autre solution peut consister à gratifier le fonds de dotation de l'usufruit seulement des titres. Il peut alors sembler prudent de limiter la durée de cet usufruit, le fonctionnement des entreprises s'accommodant mal, en général, de l'éclatement durable du pouvoir politique ou économique.

Ce procédé semble tout à fait conforme au fonctionnement du fonds de dotation qui, si l'on est rigoureux, doit tirer ses ressources des revenus de son capital et non de l'aliénation de celui-

⁴ Professeur Régis Vabre, Defrénois - 15/09/2014 - n° 17 - page 911.

ci. L'usufruit sert parfaitement cet objectif (si la société distribue les dividendes, évidemment...).

Dans ce cas, le problème de l'aliénation ne se pose pas :

- Soit le propriétaire des titres grevés d'usufruit est le cessionnaire des autres titres, non grevés d'usufruit, qu'il a déjà acquis, et, techniquement il est déjà propriétaire ;
- Soit le propriétaire des titres soumis à usufruit est un donataire ou le donateur lui-même, qu'on aura pris soin d'obliger à céder ses titres au cessionnaire « cible » à l'extinction (ou avant) de l'usufruit.

Reste le cas où la cession devrait se faire au profit d'un tiers non encore identifié au moment de la donation de l'usufruit au fonds de dotation. En pareille hypothèse, il semble préférable de grever la donation d'une charge de vendre. Mais elle risque de ne pas être commode à rédiger si on ignore tout du cessionnaire, de la date envisagée pour la cession, et de la valeur qu'auront les titres. Dans ce cas de figure, la carte de la cohérence commandera plutôt de jouer sur la durée de l'usufruit, plus ou moins longue selon que la cession est envisagée à court, moyen, ou long terme.

c) La pré constitution d'une société holding

Le recours à la constitution d'une société holding peu de temps avant une cession est pétri de vertus bien connues des praticiens. Au cas particulier, cela permettra d'apporter au fonds de dotation, non l'entreprise, mais les titres de la holding qui la détient. Au sein de la holding, il n'existe aucune restriction légale au droit de disposer. Le fonds ne cédera pas ses titres de la holding ; c'est la holding qui cédera les titres de l'entreprise. La problématique de l'inaliénabilité du capital non consommable est donc réglée.

Une fois la holding en possession du capital représentatif du prix de cession, plusieurs situations sont envisageables. Tout d'abord, il lui sera loisible de le réinvestir. Dans cette hypothèse, si le réinvestissement est bon, le fonds de dotation espérera les dividendes à venir, et profitera d'un accroissement de richesse au sein de son patrimoine. C'est un schéma intéressant pour le philanthrope qui souhaite garder une main sur l'emploi des capitaux. Il a en outre le mérite d'être conforme au principe posé par le législateur selon lequel le fonds de dotation tire ses ressources des revenus de son capital.

Ensuite, on peut imaginer que la schéma de départ consistait à permettre au fonds de dotation d'appréhender une partie du prix. Dans ce cas, deux pistes s'offrent aux protagonistes. La première, qui à coup sûr ne contrevient pas au principe d'inaliénabilité, consiste à mettre le résultat en distribution, et verser au fonds de dotation la part des dividendes qui lui revient.

Enfin, parce qu'il se présentera des hypothèses dans lesquelles la plus-value réalisée au moment de la cession des titres de l'entreprise sera faible, et le résultat distribuable insignifiant, on peut aussi envisager de réduire le capital de la holding, ou encore de voter sa

dissolution. Dans ce cas, il n'est pas incohérent de considérer que le fonds de dotation n'aliène pas son capital lorsque disparaissent les titres de la holding : il subit les effets d'une décision de la holding, personne morale juridiquement autonome.

Extraits de travaux préparatoires.

1. projet de loi (art.37)

Chapitre IV – Attirer les financements privés

Le fonds de dotation est un outil de financement permettant à des organisations à but non lucratif, tels que des universités, des hôpitaux ou des musées, de disposer de fonds leur assurant une part importante de leur budget. Ces fonds sont constitués d'un capital, versé de façon irrévocable par un donateur, et seuls les revenus financiers du capital sont versés au budget de l'institution. En France, si de nombreux organismes (telles que des associations ou des fondations) permettent d'accompagner les citoyens et les entreprises dans leur volonté de participer à la vie sociale, éducative, scientifique et plus largement à des missions d'intérêt général, il n'existe pas à ce jour de système de financement comparable aux fonds de dotation existant à l'étranger.

Or, un tel outil de financement présente pour des établissements culturels ou scientifiques des avantages certains : un mode de financement complémentaire permettant de répondre durablement aux nouvelles exigences et contraintes budgétaires, un mode de gouvernance spécifique optimisant à la fois la transparence et la sécurité au regard des projets que les établissements auront décidés, et un moyen d'inscrire les institutions françaises dans une dynamique internationale.

L'**article 37** a ainsi pour objectif de créer en droit français les fonds de dotation. Cet outil de gouvernance à but non lucratif permettra aux donateurs de contrôler l'utilisation des fonds et n'est donc pas limité au champ du mécénat. Il offrira aux donateurs, français comme étrangers, une nouvelle modalité de soutien financier, plus adaptée au contexte international.

2. Amendements adoptés

AMENDEMENT N° 722 Rect.

Présenté par

M. Charié et M. Morange

ARTICLE 37

Compléter l'alinéa 11 de cet article par la phrase suivante :

« Les dons issus de la générosité publique peuvent être joints à la dotation en capital du fonds de dotation. »

EXPOSÉ SOMMAIRE

Cet amendement vise à préciser les règles d'utilisation des dons issus des campagnes d'appel à la générosité publique.

Il semble préférable de ne pas imposer l'intégration des sommes collectées dans la dotation en capital afin de permettre aux fonds de dotation, notamment modestes, qui ne disposent pas d'une capitalisation importante de financer à très court terme des opérations programmées à partir des seules ressources issues des dons de la générosité publique.