



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit européen comparé
Dirigé par Monsieur le Professeur Louis Vogel
2015 - 2016**

***Le Fonds de dotation à la française et
l'endowment fund aux Etats-Unis***

Auteur Marie Chabrol

**Sous la direction de Madame le Professeur Bénédicte Fauvarque-
Cosson**

Remerciements

À Madame le Professeur Bénédicte Fauvarque Cosson, pour avoir accepté de diriger mon mémoire, son intérêt pour mon sujet, son aide précieuse et sa disponibilité.

À Madame le Professeur Judith Resnik qui a pris de son temps pour me présenter son très intéressant travail et qui a fait beaucoup pour me guider dans mes recherches.

À Madame Mary Briese Matheron, pour son enthousiasme et son point de vue captivant, sans qui je n'aurais pu comprendre la réalité des *endowment funds*.

À Madame Marie-Aimée Latournerie qui m'a fait part de pistes de réflexion passionnantes.

À Madame le Professeur Johanna Kalb pour ses informations quant à son expérience des *endowment funds*.

À Lucas, mes amis et ma famille pour leur soutien, leurs encouragements et leurs critiques constructives.

Résumé

La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de Modernisation de l'économie a introduit en droit français le fonds de dotation, inspiré de l'*endowment fund* tel qu'il existe aux Etats-Unis. Le principe de ces deux mécanismes est la destination d'un ou plusieurs biens à un organisme agissant dans l'intérêt général ou ayant un but caritatif ; toutefois, ceux-ci devront rester intacts et seuls leurs revenus seront dépensés.

Leur objectif commun est d'encourager l'initiative individuelle contribuant à l'intérêt général ou au bien commun. Leur différence majeure est que le fonds de dotation à la française est une personne morale alors que l'*endowment fund* aux Etats-Unis est simplement un dispositif permettant le financement d'une personne morale caritative à laquelle il est rattaché.

Ils semblent à première vue être un mécanisme très technique concernant un pan du droit particulier et transversal : le droit de la philanthropie. En réalité, ils sont le symbole de l'évolution du droit français vers le modèle juridique de philanthropie des États-Unis. Ces deux systèmes, le système étasunien caractérisé par la charité et le système français caractérisé par la solidarité, étaient classiquement opposés. Le modèle étasunien consiste en le fait que l'individu est la cellule de base de la société. Les individus agissent librement pour s'enrichir et s'élever socialement. Une fois qu'ils ont atteint cet objectif, ils redistribuent leurs richesses afin de rendre à la société ce qui leur ont permis leur position sociale. L'ensemble de la société étasunienne s'engage dans cette activité. En France, les citoyens, par leurs contributions, cotisations, taxes et impôts, participent à la redistribution des richesses mais c'est l'Etat, et non les personnes privées, qui décide de leur allocation.

L'idée qui sous-tend l'étude du fonds de dotation à la française et l'*endowment fund* aux Etats-Unis est que la mentalité française, selon laquelle l'Etat redistribue les richesses, a évolué progressivement vers la conception étasunienne. Le fonds de dotation est la traduction juridique de ce changement de mentalité et le symbole d'un mouvement plus large de rapprochement du droit français vers le modèle juridique des Etats-Unis. Ce dernier considère la philanthropie comme une partie intégrante du capitalisme et donc les organismes caritatifs comme des entreprises. Il s'en suit une importance de l'investissement de la dotation du fonds.

La suspicion dont faisait l'objet la philanthropie autrefois en France laisse aujourd'hui place à une dynamique d'incitation importante de celle-ci à travers la liberté de création du fonds de dotation, empruntée à l'*endowment fund*. La surveillance de la philanthropie se manifeste par l'encadrement du fonctionnement du fonds. Il permet d'équilibrer le mécanisme, tout en encourageant l'initiative, cette surveillance n'intervenant qu'*a posteriori* en France conformément au modèle étasunien.

Abréviations

AG	Attorney General
AGI	Adjusted Gross Income
ALI	American Law Institute
AMT	Alternative Minimum Tax
CGI	Code Général des Impôts
CIO	Chief Investment Officer
CMF	Code Monétaire et Financier
CNCC	Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes
FAS	Federal Accounting Statement
FASAB	Federal Accounting Standard Advisory Board
HDV	Historic Dollar Value
IRC	Internal Revenue Code
IRS	Internal Revenue Service
IS	Impôt sur les Sociétés
ISF	Impôt de Solidarité sur la Fortune
LESS	Loi relative à l'Economie Sociale et Solidaire
LME	Loi de Modernisation de l'Economie
MNCA	Model Nonprofit Corporation Act
NACUBO	National Association for College and University Business Officers
NCNA	National Council of Nonprofit Associations
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economiques
OSBL	Organismes Sans But Lucratif
PIB	Produit Intérieur Brut
TVA	Taxe sur la Valeur Ajoutée
ULC	Uniform Law Commission
UMIFA	Uniform Management of Institutional Funds Act
UPMIFA	Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act

Table des matières

Introduction	6
<u>Première partie : La liberté de création du fonds : l'incitation à la philanthropie</u>	17
<u>Chapitre I : Les conditions de fond de la création, une souplesse voulue</u>	18
I - Les conditions générales de fond, volontairement légères et incitatives	18
A – Les conditions générales de fond, légères sur le plan civil	18
B – Les conditions générales de fond, incitatives sur le plan fiscal	23
II - Les conditions particulières de fond relatives à la dotation initiale	27
A – Le montant de la dotation initiale	27
B – L'utilisation de la dotation initiale	31
<u>Chapitre II : Les conditions de forme de la création, une souplesse accentuée</u>	35
I - Les conditions générales de forme, éminemment légères	35
A – L'incitatif formalisme simplifié du fonds	35
B – Les incidences du formalisme sur la temporalité du fonds	40
II - La condition particulière relative à la forme du fonds	44
A – Du simple mécanisme juridique de financement à la personne morale	44
B – Du groupement de biens au groupement de personnes	49
<u>Seconde partie : L'encadrement du fonctionnement du fonds : la surveillance de la philanthropie</u> 54	
<u>Chapitre I : La gestion du fonds, entre liberté et encadrement</u>	55
I - La liberté non absolue de gestion générale du fonds	55
A – La liberté de principe de gestion générale du fonds	55
B – La contrepartie de la liberté de gestion : l'obligation de transparence	61
II - La différence d'encadrement de gestion financière	66
A – L'encadrement de la gestion des ressources	66
B – L'encadrement de la gestion des dépenses	72

Chapitre II : Le sévère contrôle <i>a posteriori</i> du fonctionnement du fonds	77
I – Le sévère contrôle comptable et administratif du fonds	77
A – Un double contrôle préventif	77
B – Un double contrôle sanctionnateur	84
II - Le contrôle impuissant face à certains abus et dérives	89
A – Le détournement du fonds	89
B – Le résultat paradoxal de la réglementation du fonds	93
Conclusion	98
Bibliographie	103
Annexe : Etude de cas : <i>Yale Law School</i> et <i>Arthur Liman Public Interest Program</i>	111

Introduction

L'écrivain Jonathan Swift critiquait les procédés qui «impliquaient l'idée de gérer les pauvres par le biais d'une société par actions ». Dans son célèbre essai *Humble proposition*¹, il tourne en dérision les projets essayant de régler les problèmes de pauvreté par une simple solution miracle en vogue en Angleterre au début du XVIII^{ème} siècle.

Malgré de telles satires, ces initiatives se sont développées et ont essaimé à partir de l'Angleterre dans le monde entier. Aujourd'hui, l'idée de gérer des problèmes de société à travers une personne morale est devenue commune. Nombreuses sont les initiatives de milliardaires créant une fondation ou bien une société pour s'occuper de grands problèmes. L'*endowment fund* et sa version française, le fonds de dotation, sont un mécanisme qui permet de mener et financer de telles initiatives. Ils sont un instrument juridique caractéristique s'inscrivant parfaitement dans cette logique.

Le fonds de dotation à la française sera confronté à l'*endowment fund* étasunien dans ce mémoire. La traduction française du terme anglo-américain «*endowment fund*» est « fonds de dotation ». Toutefois, le fonds de dotation en France et l'*endowment fund* aux Etats-Unis sont deux mécanismes juridiques différents, bien qu'approchants. A des fins de clarté, le terme « fonds de dotation » sera utilisé pour désigner le mécanisme juridique français et le terme « *endowment fund* » pour désigner le mécanisme étasunien. Le terme « fonds » sera utilisé dans ce mémoire pour désigner le fonds de dotation français et l'« *endowment fund* » étasunien. Les deux mécanismes sont basés sur un principe commun : la destination d'un ou plusieurs biens à un organisme agissant dans l'intérêt général ou ayant un but caritatif ; toutefois, ceux-ci devront rester intacts et seuls leurs revenus seront dépensés. Leur objectif est d'encourager l'initiative individuelle contribuant à l'intérêt général ou au bien commun.

L'origine de l'*endowment fund* et du fonds de dotation est anglaise. Le premier *endowment fund* fut créé en 1502 par Lady Margaret Beaufort, la mère du roi anglais Henri VII afin de financer deux chaires d'enseignement théologiques à Oxford et Cambridge². Certains auteurs arguent même qu'ils existent depuis le quinzième siècle.³ En Angleterre, ils étaient faits par des donateurs à des églises, des écoles et des universités pour les financer indéfiniment. Généralement, ces donations comportaient la restriction consistant en l'obligation de préserver le

¹ SWIFT Jonathan, *A Modest Proposal: For Preventing the Children of Poor People in Ireland from Being a Burden to Their Parents or Country, and for Making Them Beneficial to the Public*, 1729

² LAGARDE Christine, Discours d'ouverture du colloque des fonds de dotation, Bercy, 19 novembre 2008

³ KOCHARD Lawrence, RITTEREISER Cathleen, *Foundation and Endowment Investing: Philosophies and Strategies of Top Investors and Institutions*, Wiley, 2008

« *principal* », c'est-à-dire l'objet de la donation elle-même, alors que ses revenus pouvaient être dépensés. Les donateurs restreignaient souvent leur utilisation à un objectif spécifique tel que certaines chaires ou bourses d'études. L'idée qui sous-tend traditionnellement les *endowment funds* est d'être une source permanente de revenus pour des institutions qui n'en ont pas habituellement. Très populaire, le mécanisme a été importé sur le continent américain avec la colonisation. Après l'indépendance des Etats-Unis, l'*endowment fund* a pris de plus en plus d'ampleur.

L'*endowment fund* a évolué avec le changement de contexte économique et la mentalité étasunienne. A l'origine, des comités d'hommes riches et puissants administraient le fonds, même s'ils n'avaient aucune qualification pour cela. Les donateurs exerçaient néanmoins une grande influence sur les décisions d'investissement. Le changement radical s'est produit en 1969. Un glissement vers une forme de gestion des investissements plus structurée, moderne et professionnelle s'est produit. Cela s'est produit en raison d'une découverte dans la recherche économique par Harry Markowitz en 1952 de la théorie moderne du portefeuille, *modern portfolio theory*. Selon celle-ci, les investisseurs doivent diversifier les actifs, c'est-à-dire investir dans de différentes et nouvelles activités, afin d'optimiser leur portefeuille. Les politiques de gestion de l'*endowment fund* de l'époque sont considérées, à la lumière de cette découverte, excessivement restrictives et contraires à la préservation des actifs. Des études demandées par la fondation Ford ont joué un grand rôle dans sa recherche. La réglementation de l'*endowment fund* a évolué pour suivre cette nouvelle perspective économique, laissant plus de marge de manœuvre aux administrateurs des fonds. Ils ont notamment plus de possibilités pour diversifier les investissements et la gestion séparée professionnelle est depuis lors possible. En 1969, de nouvelles pratiques de gestion étaient mises en place. Certains considèrent que pour cette raison, 1969 est « une année phare dans l'histoire des Etats-Unis ». ⁴ La pensée juridique et celle des autorités fiscales ont convergé pour permettre ces changements substantiels dans l'approche de l'investissement de l'*endowment fund*. Elles ont ainsi créé un modèle appelé *Endowment Model of Investing*. C'est toute cette évolution théorique économique et juridique qui a conduit à la prééminence actuelle de l'investissement de l'*endowment fund*. La réglementation a continué d'évoluer dans le même sens afin de suivre les mentalités étasuniennes. Aujourd'hui, de très nombreuses organisations sont financées par des *endowment funds*, les universités étasuniennes et les fondations par exemple. C'est un mécanisme très utilisé, différent de ce qu'il était lors de sa création. Son objectif n'est plus seulement de financer un organisme sur le long terme, mais d'augmenter ses ressources. Outre son objectif, ses moyens ont changé. L'investissement a pris

⁴ KOCHARD Lawrence, RITTEREISER Cathleen, *Foundation and Endowment Investing : Philosophies and Strategies of Top Investors and Institutions*, Wiley, 2008

une part importante dans la pratique et donc dans l'encadrement du mécanisme.

L'*endowment fund* est désormais défini comme une agrégation d'actifs, détenus pour être investis pour le bénéfice d'un organisme, à partir de laquelle les revenus de l'investissement sont affectés à cet organisme, pour ses programmes ou son utilisation générale. Les termes « *corpus* » ou « *principal* » sont souvent utilisés pour se référer à cette agrégation d'actifs. Un *endowment fund* peut être restreint pour certains usages de l'organisme, comme par exemple un *endowment fund* soutenant un programme ou un projet particulier. Il peut être une partie intégrante d'un organisme existant ou il peut être un organisme séparé, créé à l'occasion du transfert de ces actifs.⁵ Le terme « *endowment fund* » peut paraître redondant. La différence entre « *endowment* » et « *fund* » est que « *fund* » est un terme général, qui inclut l'*endowment* alors que « *endowment* » signifie le fonds particulier ou une partie du fonds accordé pour son usage permanent et préservé pour la cause financée.⁶ L'*endowment fund* est encadré juridiquement par le droit fédéral et le droit fédéré. C'est pourquoi ce mémoire traite de l'« *endowment fund* aux États-Unis ». Pour certaines questions, les différences et similitudes entre les réglementations fédérées seront étudiées. La matière ne se prête pas au contentieux en raison du but et du fonctionnement du mécanisme. Les sources normatives sont abondantes car elles servent à guider les créateurs et administrateurs d'*endowment funds*. Souvent les pratiques sont consacrées dans les textes après avoir été « expérimentées » par les fonds. Certains auteurs peuvent parler à cet égard de « laboratoires ».⁷ De plus, les *endowment funds* veulent avoir une bonne image pour attirer les dons. Ils n'engagent que très peu d'actions en justice et peu sont engagées contre eux ; les problèmes étant généralement réglés en amont pour ne pas entacher le nom de l'organisme. Le droit mou, non contraignant, ou *soft law* et les propositions de réforme par des institutions privées sont importants. Beaucoup de juristes suivent ces références persuasives notamment à cause du manque de précédents judiciaires.⁸

En France, le fonds de dotation a été introduit par la loi du 4 août 2008 de Modernisation de l'économie⁹, dite « loi LME ». L'article 140 I alinéa premier de cette loi en donne une définition claire : « 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 ». Le

⁵ HOPKINS Bruce R., *Nonprofit Law Dictionary*, Hoboken, New Jersey Wiley, 2015

⁶ CAMPBELL BLACK Henry, *A Law Dictionary*, 2008

⁷ PERETZ Pauline, *Pratiques du don La philanthropie en France et aux États-Unis*, La Vie des idées, 2012

⁸ BRODY Evelyn, *U.S. Nonprofit Law Reform: The Role of Private Organizations*, Sage Journal, Sage Publications, 2012

⁹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, JO du 5, Modernisation de l'économie

législateur n'a pas caché sa volonté d'introduire en droit français un mécanisme équivalent à l'*endowment fund* étasunien. Cependant, d'après Madame Catherine Bergeal, le fonds de dotation est « inspiré des *endowment funds* [mais] est surtout issu du droit français : de chaque institution, association ou fondation, il a pris le meilleur ».¹⁰ Il ne s'agit pas que d'une simple transposition de l'*endowment fund*. Le fonds de dotation est le fruit d'influences diverses. L'*endowment fund* a été modifié selon les besoins français et adapté selon la tradition, la culture et les modalités juridiques françaises. C'est pourquoi ce mémoire traite du « fonds de dotation à la française ». Il a été vu comme une réelle « révolution dans le monde des institutions sans but lucratif »¹¹ car il rompt avec le droit antérieur. Le fonds de dotation peut être créé par une simple déclaration en préfecture, et ne nécessite pas d'autorisation des autorités administratives. Il marque un passage d'un système d'autorisation à un système de déclaration. Une telle avancée était très attendue.¹² Par la déclaration, l'Etat officialise l'apparition dans le domaine juridique d'une nouvelle personne : le fonds de dotation. L'autorisation, au contraire, supposait un contrôle en amont. En France, auparavant, les œuvres philanthropiques par excellence étaient les fondations reconnues d'utilité publique qui nécessitent une autorisation.¹³ Le « droit commun de la philanthropie » se base sur ces organismes. De surcroît, elles jouissent d'un grand prestige dans la tradition française. Le fonds de dotation permet une alternative plus libérale. Le contrôle n'est plus *a priori*, lors de la création, mais *a posteriori*, lors du fonctionnement du fonds. La transformation du fonds de dotation en un autre organisme sans but lucratif ne sera pas étudiée. Cela est néanmoins possible, en fondation par exemple. Les interactions avec de tels organismes ne seront pas examinées ; par exemple une association a la possibilité de créer un fonds de dotation. La comparaison entre le fonds de dotation et l'*endowment fund* eux-mêmes sera le centre de l'étude. Il faut souligner que l'on n'insistera pas sur la dissolution du fonds en tant que telle, seulement dans la mesure où elle intervient à titre de sanction ni sur le régime fiscal du fonds de dotation ou de l'organisme financé par l'*endowment fund* qui sera toutefois évoqué car il est incitatif. A l'instar des Etats-Unis il y a peu de jurisprudences pour les mêmes raisons, mais aussi car le mécanisme est très récent.

L'*endowment fund* aux Etats-Unis et le fonds de dotation à la française s'inscrivent dans le

¹⁰ BERGEAL Catherine "N'ayez pas peur des fonds de dotation!" *Fonds de dotation : Paroles d'acteurs*, Dossier JA n°395/2009, p14

¹¹ AMBLARD Colas, *Fonds de dotation, Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2nde édition, Wolters Kluwer, collection Lamy Axe droit, novembre 2015

¹² LATOURNERIE Marie-Aimée, *Du Droit de donner et de léguer au droit de fonder Réflexion sur le régime français des fondations*, dans *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa La Conscience des droits*, Dalloz 2011

¹³ Cela provient de l'ancienne idée française que l'Etat est la personne morale principale et qu'il faut son autorisation pour créer d'autres personnes morales. Messieurs Aubry et Rau l'affirment : « Une personne morale est un être de raison capable de posséder un patrimoine et de devenir le sujet des droits et des obligations relatifs aux biens. L'Etat constitue de plein droit une personne morale. Aucune autre personne morale ne peut se former ou s'établir au sein de l'Etat, sans la reconnaissance formelle ou tacite de la puissance publique », AUBRY Charles, RAU Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français*, 1869

contexte de la philanthropie et de son encadrement dans les deux Etats. Le terme « philanthropie » vient du grec "*philos*" « amoureux » ou « ami, » et « *ánthrôpos* » « homme », « genre humain ». Etymologiquement, « philanthropie » signifie donc « aimer l'Homme ». La signification moderne du terme est l'intérêt pour le genre humain, la philosophie ou la doctrine de vie qui met l'humanité au premier plan de ses priorités. Par conséquent, toute personne peut être philanthrope. La philanthropie désigne des choses qui peuvent être incommensurables : d'une donation d'une très modeste somme à une fondation gérant des milliards de dollars. Le terme était jusqu'il y a peu de temps jugé dépassé. Il est réapparu en 2004 lorsque le milliardaire Warren Buffet a fait et prévu des donations de sommes considérables à la *Fondation Melinda & Bill Gates*. Même si les philanthropes les plus médiatisés sont des chefs d'entreprise, il ne faut pas confondre la philanthropie et le mécénat d'entreprise, la *corporate philanthropy*. Une action philanthropique telle que réalisée par Warren Buffet, Bill Gates, ou Henry Ford en son temps, est faite à titre privé, avec leur argent, même s'il a été obtenu par le biais de leur entreprise. Le mécénat, en revanche, implique l'argent de l'entreprise. Il y a une distinction entre le mécénat qui comporte une contrepartie « d'image, de réputation, voire de marketing » pour l'entreprise et la philanthropie, le philanthrope agissant avec ses propres moyens, « en échange de l'acquisition d'un pouvoir symbolique qui peut se traduire par de la reconnaissance sociale, voire par de la simple satisfaction morale ». ¹⁴ Cette dernière question n'est pas du ressort de l'entreprise.

La philanthropie est une forme de charité. Le terme charité vient du latin « *caritas* » signifiant d'abord « cherté », puis « amour ». C'est une vertu qui porte à désirer et à faire le bien d'autrui. Ce mot est connoté religieusement car on pense souvent à la charité chrétienne, donc à l'aumône. Toutefois, la charité a toujours existé. Cicéron parlait de « *caritas generis humani* », « amour du genre humain ». ¹⁵ La charité se distingue ainsi de la philanthropie qui est plus récente. La philanthropie n'est pas une simple manifestation d'altruisme, mais une conséquence du capitalisme. Elle naît de ce dernier car elle a été permise par les grandes fortunes des grands industriels et l'augmentation du revenu moyen qui rend disponible une part du revenu pour le don. Contrairement à la charité, la philanthropie n'est pas une forme d'assistance directe aux pauvres, mais un investissement financier dans le futur de toute la société, avec l'espoir d'un retour sur cet investissement. ¹⁶ Certains auteurs vont même jusqu'à séparer entièrement la philanthropie et la charité. D'après eux, la philanthropie suppose une relation réciproque entre le philanthrope et le bénéficiaire alors que la charité, à travers par exemple une distribution de soupe aux personnes défavorisées, ne comporte pas une telle relation. La philanthropie ne serait

¹⁴ VACCARO Antoine, « Le renouveau de la philanthropie. », *Le journal de l'école de Paris du management* 4/2012 (N° 96), p 31-37

¹⁵ CICÉRON, *De finibus bonorum et malorum*, 45 avant J.C., livre 5, chapitre 23, paragraphe 65

¹⁶ ZUNZ Olivier, *Philanthropy in America : A History*, Princeton University Press, 2012

pas une fin en soi mais un moyen de créer des opportunités à long terme au sein de la classe moyenne.¹⁷ La philanthropie souhaite à long terme créer une meilleure société. Il paraît plus opportun cependant de considérer la philanthropie comme une forme particulière de charité.

Enfin, la charité se différencie de la solidarité qui est une notion clairement laïque. Il s'agit d'un acte concret qui met en application le devoir moral, ou le devoir moral lui-même, résultant de la prise de conscience de l'interdépendance sociale étroite existant entre les hommes ou dans des groupes humains, et qui incite les hommes à s'unir, à se porter entraide et assistance réciproque et à coopérer entre eux, en tant que membres d'un même corps social.¹⁸ Cette notion est liée à la théorie du contrat social, développée notamment par Jean-Jacques Rousseau, et suppose un devoir d'entraide par toutes les personnes liées par ce contrat. Cette idée est très importante dans la tradition française.

Ces conceptions ne sont pas juridiques et, pourtant, le droit a voulu les encadrer en fonction de l'interprétation qu'en a faite la société dans chaque Etat, français et étasunien. Cela peut sembler à première vue impossible ; on se demande comment le droit pourrait réglementer l'amour de son prochain. La réglementation de l'*endowment fund* et du fonds de dotation est pourtant le résultat de cette démarche. La philanthropie, et donc le fonds de dotation et l'*endowment fund*, est encadrée juridiquement de manière différente en France et aux Etats-Unis. Deux systèmes, le système étasunien caractérisé par la charité et le système français caractérisé par la solidarité, sont classiquement opposés. Le système étasunien serait aussi un modèle pour d'autres pays. Il consisterait en le fait que l'individu est la cellule de base de la société. Toutefois, il entre volontairement dans cette dernière, c'est-à-dire qu'aux Etats-Unis les individus agissent librement pour s'enrichir et s'élever socialement. Cela est expliqué par l'affirmation que l'individu choisit d'entrer dans la société et de participer à sa logique. Ses valeurs sont l'importance de l'initiative privée et de l'efficacité du marché. La philanthropie aux Etats-Unis est très liée au capitalisme, ils s'alimentent l'un l'autre. Le parcours classique d'un individu aux Etats-Unis est l'enrichissement par son travail et, une fois qu'il a réussi à atteindre cet objectif, il redistribue ses richesses afin de rendre à la société, « *give back to the community* », ce qui lui a permis sa position sociale. Il donne ainsi l'occasion à d'autres personnes de faire la même chose que lui. Il est très mal vu de ne pas donner d'argent aux Etats-Unis. L'industriel et milliardaire Andrew Carnegie a résumé cela par sa célèbre phrase « L'homme qui meurt riche meurt déshonoré ». La philanthropie aux Etats-Unis est donc inséparable du « rêve américain ». Ce dernier est l'idée de ne partir de rien et de réussir à s'enrichir et s'élever socialement, et du capitalisme. Les dons à des

¹⁷ ACS Zoltan J., *Why Philanthropy Matters*, Princeton University Press, 2013

¹⁸ Dictionnaire Larousse, 2015

œuvres caritatives atteignent chaque année trois milliards de dollars.¹⁹ La fondation *Giving USA* calcule chaque année les chiffres de la philanthropie étasunienne. Cela reflète une société économiquement et culturellement très différente de la société française où la philanthropie est une forme d'engagement civique. Par ailleurs, ce dernier ne se résume pas au don et peut aussi prendre la forme du volontariat ou du bénévolat. L'ampleur prise par la philanthropie se trouve dans l'engagement non seulement d'une minorité de millionnaires, mais de l'ensemble de la société étasunienne dans cette activité. C'est ce que Monsieur Olivier Zunz nomme la « philanthropie de masse ». À partir de la Première Guerre mondiale, mais surtout des années 1950, la masse des Etasuniens s'est ainsi mise à participer à la philanthropie, à travers des institutions comme les caisses de communauté, et par l'intermédiaire de nouvelles techniques de collecte massive de dons. La philanthropie étasunienne est la rencontre de ces deux philanthropies, celle des organismes créées par les très riches et celle des citoyens ordinaires.²⁰ En 2011, le montant des dons philanthropiques aux Etats-Unis a atteint 288 milliards de dollars, soit deux pour cent du produit intérieur brut (PIB) dont soixante-dix pour cent viennent de donateurs issus des classes moyennes. D'après l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques (OCDE), un Etasunien sur quatre effectue régulièrement des dons.²¹ Cette « culture du don »²² explique le caractère massif, capillaire et populaire de la philanthropie étasunienne.

La société étasunienne est donc plus individualiste que la société française mais comporte des correcteurs importants comme la philanthropie qui permet une redistribution des richesses.²³ L'Etat encourage cette dernière en octroyant des exemptions fiscales. En renonçant à une partie de ses recettes fiscales, il participe indirectement à la redistribution des richesses. Il s'agit alors d'un « Etat providence dissimulé », « *hidden welfare state* ».²⁴ Il convient donc de relativiser le modèle abstrait qu'est le modèle étasunien de philanthropie caractérisé par la charité. L'encouragement de l'amour du prochain par l'Etat le rapproche du système français. Toutefois, on peut se demander si un tel modèle ne serait pas contraire à l'idéal démocratique et si les personnes fortunées sont les plus à même de décider à qui ces sommes vont bénéficier. La question de savoir si la réussite sociale étasunienne légitime le rôle de « redistributeur » des

¹⁹ VACCARO Antoine, « Le renouveau de la philanthropie. », *Le journal de l'école de Paris du management* 4/2012 (N° 96), p 31-37

²⁰ ZUNZ Olivier, *Philanthropy in America : A History*, Princeton University Press, 2012

²¹ RIPERT Marion, La philanthropie aux Etats-Unis, un puissant réseau d'influence, Portail de l'IE Centre national de ressources et d'information sur l'intelligence économique et stratégique, 21 novembre 2013

²² REICHENBACH Inge T., Les fonds de dotation « à la française » vus des États-Unis, *Fonds de dotation*, Courrier juridique des finances et de l'industrie, La Documentation française, Octobre 2010

²³ DUVOUX Nicolas, *Une philanthropie à la française*, Journée d'études 9 avril 2015

²⁴ *Ibid*

richesses, rendant ainsi la redistribution des richesses « contingente et subjective »²⁵, reste ouverte. Par exemple, la Fondation Bill et Melinda Gates a un budget correspondant à un Etat. Cela a des conséquences géopolitiques importantes ; ils ont un fort poids politique dans leur action. Certains auteurs néanmoins affirment qu'une telle philanthropie est au contraire essentielle à la démocratie car elle mettra en valeur des causes qui ne seraient peut-être pas connues de l'Etat autrement.²⁶ Elle renforcerait la démocratie « à condition que le plus grand nombre y participe ».²⁷

Outre le *hidden welfare state*, un autre élément permet de relativiser le modèle étasunien. Ces dernières années se sont développées de nouvelles initiatives par des personnes qui ont fait fortune très rapidement et ont voulu gérer des organismes caritatifs comme leur entreprise. Il s'agit de la nouvelle philanthropie étasunienne. Celle-ci s'est développée justement à partir de la critique de la tradition philanthropique étasunienne, notamment en termes d'efficacité et s'est ouverte à la notion de risque.²⁸ Le modèle étasunien de philanthropie a changé, mais reste caractérisé par la charité.

En France, le système de philanthropie est caractérisé par la solidarité. Les citoyens sont liés par un contrat social et l'Etat, non les personnes privées, a le rôle de « redistributeur » des richesses. Le citoyen, par ses contributions, cotisations, taxes et impôts, participera à la redistribution des richesses mais c'est l'Etat qui décidera de leur allocation. Il y a une légitimité démocratique à cette démarche. On est en présence d'un système complètement différent. L'individu n'est pas considéré en tant que tel. Il est vu comme un citoyen contribuant à l'avancée d'un Etat. La vision de la société est beaucoup plus collective que celle de la société étasunienne. En outre, on ne visera pas un objectif « caritatif » participant à la satisfaction du plus grand nombre²⁹, mais à un but de satisfaction de l'intérêt général qui est le bonheur de tous³⁰. Contrairement aux Etats-Unis où est développée la notion de « *common good* », la somme des intérêts particuliers, en France, l'intérêt général transcende les intérêts particuliers. La base du système français est alors la solidarité tandis que la base du système étasunien est la charité. Ils ont un fondement philosophique opposé. La philanthropie n'est pas, en France, constitutive du lien social ni un mode d'action civique. L'Etat est considéré comme ayant le monopole de la production du civisme et de la socialisation politique. C'est ce qui explique qu'en France, en 2011, le montant des dons philanthropiques représentait seulement 0,2 pour cent du PIB. Depuis la

²⁵ GUILHOT Nicolas, dans *Pratiques du don La philanthropie en France et aux États-Unis*, La Vie des idées, 2012

²⁶ PAYTON Robert L., MOODY Michael P., *Understanding Philanthropy*, Indiana University Press, 2008

²⁷ ZUNZ Olivier, *Philanthropy in America : A History*, Princeton University Press, 2012

²⁸ GUILHOT Nicolas, dans *Pratiques du don La philanthropie en France et aux États-Unis*, La Vie des idées, 2012

²⁹ Conformément à la vision de John Locke : LOCKE John, *Two Treatises on Government*, Volume II, Chapitre 94, 1690

³⁰ Conformément à la vision de Jean-Jacques Rousseau : ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du Contrat Social ou Principes du droit politique*, 1762

Révolution française, le citoyen a délégué à l'État la défense de l'intérêt général. Toute tentative de prise en charge de l'intérêt général par le privé est considérée comme suspecte. Cette tradition s'est perpétuée jusqu'à un passé récent. Il y a une temporalité différente. Les pouvoirs publics aux Etats-Unis et en France ont encouragé le développement de la philanthropie privée à des époques différentes. Aux Etats-Unis, ce soutien s'est fait au milieu des années 1930 et s'est accentué au milieu des années 1960. En France, cela a commencé à la fin des années 1980. D'après la tradition juridique française, l'Etat redistribue déjà les richesses, une seconde redistribution n'est alors pas nécessaire. Cette temporalité différente, expliquée par un fonctionnement et une vision de l'intérêt général différents, a alimenté un « mythe du retard français » en termes de philanthropie. Il a été entretenu par Tocqueville qui affirmait « ce qui caractérise déjà l'administration en France, c'est la haine violente que lui inspirent indistinctement tous ceux, nobles ou bourgeois, qui veulent s'occuper d'affaires publiques en dehors d'elle. Le moindre corps indépendant qui semble vouloir se former sans son concours lui fait peur ; la plus petite association libre, quels qu'en soient l'objet, l'importance ; elle ne laisse subsister que celles qu'elle a composées, arbitrairement, et qu'elle préside ». ³¹ Sa vision est très tranchée. Néanmoins, il est indéniable qu'en France les fondations sont les organismes sans but lucratif les plus prisés car elle « s'intègrent dans le jeu de l'Etat » ³² par un système d'autorisation. ³³ Elles sont préférées à une « privatisation prononcée de l'action publique par l'hybridation de ses financements ». ³⁴ La loi de 1901 sur les associations démontre la volonté de garder le contrôle sur elles. ³⁵ Avec la loi LME créant le fonds de dotation, l'Etat laisse plus de marge aux acteurs privés. Aujourd'hui, la vision de la philanthropie portée par les pouvoirs publics français semble avoir profondément changé. Le manque de moyens de l'Etat a motivé un soutien récent à la philanthropie. Comme le souligne Monsieur André Bernard, « la tendance observée depuis les années 2000 est bien celle d'un certain désengagement du financement public pour aller vers un financement privé encouragé par une politique de déduction des dons au titre des impôts ». ³⁶ Actuellement en France, la puissance publique n'a plus le monopole de l'intérêt général, et les différences entre logiques philanthropiques, entrepreneuriales et gouvernementales tendent à s'estomper. Le fonds de dotation est une manifestation évidente de cette évolution du droit français vers le modèle étasunien.

Le fonds de dotation est la transposition de l'*endowment fund* étasunien, bien que d'autres influences ne soient pas à ignorer. Il s'agit de ce que certains appellent une « greffe juridique »

³¹ DE TOCQUEVILLE Alexis, *L'Ancien Régime et la Révolution*, 1856

³² CHELLE Elisa, dans *Une philanthropie à la française*, Journée d'études 9 avril 2015

³³ Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat

³⁴ CHELLE Elisa, dans *Une philanthropie à la française* Journée d'études 9 avril 2015

³⁵ PERETZ Pauline, *Pratiques du don La philanthropie en France et aux États-Unis*, La Vie des idées, 2012

³⁶ BERNARD André *Fiscalité associative - Acte II : Les raisons des dérives*, Juris associations, 2012, n°453, p37

c'est-à-dire d'un recours et une implantation par un Etat d'une règle, d'une institution, d'un concept de droit étranger.³⁷ Des auteurs arguent qu'elle n'est pas possible en raison de l'incommensurabilité des cultures juridiques. Les greffes juridiques n'existeraient pas car toute norme serait complètement transformée par la culture de l'Etat dans lequel est « transplantée » la norme.³⁸ On verra que l'*endowment fund* a été modifié et que le fonds de dotation à la française ne lui est pas identique, les instigateurs de la loi l'ayant d'ailleurs affirmé. Toutefois, on constatera que les deux mécanismes sont très proches. On peut dire que c'est une greffe juridique qui n'a pas été « rejetée » mais simplement « ajustée » au nouveau corps qu'est le droit français.³⁹ De plus, le fonds de dotation est un succès car il est populaire, très utilisé. A la date du 30 août 2014, 1844 fonds de dotation avaient été constitués.⁴⁰

Cette « *transplantation* » a été possible grâce à la situation plus générale d'évolution du droit français vers le modèle étasunien de philanthropie caractérisé par la charité. En France, la société devient de plus en plus favorable à une redistribution directe des richesses par le biais de la charité et non plus par l'intermédiaire de l'Etat. Le fonds de dotation n'est pas un cas isolé. La loi du premier août 2003 introduisait déjà le mécénat d'entreprise.⁴¹ Madame Christine Albanel énonçait que cette loi « nous a fait véritablement changer d'époque en reconnaissant le rôle essentiel de la société civile aux côtés des pouvoirs publics dans la défense de l'intérêt général ». Le changement de paradigme est donc affirmé. D'autres projets s'inscrivant dans cette logique sont envisagés en France comme par exemple les obligations à impact social, transposition des « *social impact bonds* » anglo-américains consistant à confier le financement de programmes d'associations à des acteurs privés qui prennent un risque et seront rémunérés par l'Etat en cas de succès seulement. La « *transplantation* » de l'*endowment fund* en droit français est donc un élément de l'évolution du droit français de la philanthropie correspondant à un changement de mentalités en France dû à un environnement de concurrence et d'influences mutuelles des systèmes juridiques. L'influence croissante du droit étasunien plus largement est une raison de cette « greffe juridique ». Le mode de pensée étasunien est adopté de manière croissante en France et le droit de la philanthropie n'échappe pas à cette « contamination »⁴². Le droit français auparavant basé sur la justice sociale et l'idée de solidarité se rapproche du droit étasunien dans lequel la philanthropie est une partie intégrante d'un système économique et culturel.

³⁷ WATSON Alan, *Legal Transplants : An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974

³⁸ LEGRAND Pierre, *The Impossibility of "Legal Transplants"*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 4, 1997

³⁹ Pour reprendre la métaphore du Professeur Otto Kahn-Freund, KAHN-FREUND Otto, « On Uses and Misuses of Comparative Law », *Modern Law Review*, 37, 1974

⁴⁰ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014

⁴¹ Loi n° 2003-709 du 1 août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations

⁴² MONATERI Pier Giuseppe, *The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures*, Global Jurist Advances, Issue 3, Article 5, 2001

On se demandera en quoi le fonds de dotation est un symbole de l'évolution du droit français caractérisé par la solidarité vers le modèle juridique de philanthropie des États-Unis caractérisé par la charité. Cette évolution sera montrée à travers une étude comparative du fonds de dotation et de l'*endowment fund*.

La suspicion dont faisait l'objet la philanthropie autrefois en France laisse aujourd'hui place à une dynamique d'incitation importante de celle-ci à travers la liberté de création du fonds de dotation (**Première partie**). Cette liberté de création, empruntée à l'*endowment fund*, démontre une évolution du droit français vers le modèle étasunien caractérisé par la charité. L'encadrement du fonctionnement du fonds permet d'équilibrer le mécanisme aussi bien en France qu'aux États-Unis. Ainsi se manifeste la surveillance de la philanthropie, mais *a posteriori*, après avoir encouragé l'initiative, conformément au modèle étasunien. (**Seconde partie**).

Première partie :

La liberté de création du fonds : l'incitation à la philanthropie

Le succès du fonds de dotation et de l'*endowment fund* est dû à un cadre juridique « extrêmement souple »⁴³ permettant une constitution rapide et simple de ceux-ci. Ce cadre est la conséquence concrète du principe de liberté de création du fonds. Elle est essentielle dans l'incitation à la philanthropie car plus la création sera aisée, plus les initiatives d'acteurs privés seront nombreuses.

Une telle liberté de création du fonds est affirmée aussi bien en droit français qu'en droit étasunien. Elle a toujours existé aux États-Unis concernant les organismes à but non lucratif, alors qu'en France, elle a été introduite en 2008 par la loi LME. De surcroît, le fonds de dotation est, à cet égard, considéré comme un cas isolé, comme une rupture avec le droit commun de la philanthropie. Ce dernier est caractérisé par un privilège traditionnel accordé aux fondations, un prestige et l'idée qu'il s'agit de l'organisme philanthropique par excellence, de base en raison de son intégration dans le jeu de l'Etat. Une procédure de création longue la caractérise. C'est surtout le cas pour les fondations reconnues d'utilité publique car un contrôle d'opportunité est réalisé par le Conseil d'État et leurs statuts sont imposés par la même juridiction, leur laissant peu de marge de manœuvre. Ce fort contrôle *a priori*, révélateur d'une suspicion à l'égard de la philanthropie, n'existe pas dans la création du fonds de dotation. Cette réticence traditionnelle est vaincue. Le souhait d'évoluer vers le modèle de charité étasunien est alors révélé.

C'est dans le but d'encourager la philanthropie privée que le législateur français a pris le parti de prôner le principe de la liberté de création du fonds de dotation, sur le modèle de l'*endowment fund*. Cela se traduit par des conditions de constitution du fonds de dotation et de l'*endowment fund* légères et incitatives. Cette faveur donnée à la philanthropie est mise en exergue aussi bien au niveau des conditions de fond (**Chapitre I**) qu'au niveau des conditions de forme (**Chapitre II**) de la création du fonds. On verra que ces conditions sont la concrétisation d'une liberté de création réelle en pratique, bien qu'elles soient plus nombreuses en droit français.

⁴³ LAGARDE Christine, Discours lors du Colloque de Bercy sur le développement des fonds de dotation du 19 novembre 2008

Chapitre I : Les conditions de fond de la création, une souplesse voulue

Aux États-Unis, la philanthropie est un élément du *hidden welfare state*. Cela est perceptible lorsque l'on analyse les conditions de fond de création de l'*endowment fund*. Au lieu de redistribuer directement les richesses, l'Etat encourage la création d'*endowment funds* qui s'occuperont de causes sociales ou culturelles. Il en est de même pour les conditions de fond de la création du fonds de dotation français. C'est pourquoi ces conditions sont très légères aux Etats-Unis et en France, même si on verra qu'elles n'ont pas exactement le même objet (I). Une différence est cependant à noter concernant la dotation initiale du fonds. En France, la loi impose une condition supplémentaire quant à cette dernière, alors qu'aux Etats-Unis, le droit de donner et de léguer prévaut. Les conditions concernant la dotation initiale sont choisies par le créateur (II).

I - Les conditions générales de fond, volontairement légères et incitatives

Afin d'« attirer les financements privés pour des opérations d'intérêt général »⁴⁴, les conditions générales de fond de la création tant du fonds de dotation que de l'*endowment fund* sont légères sur le plan civil au sens où elles sont peu nombreuses et peu contraignantes (A) et incitatives sur le plan fiscal en raison des conséquences qui leur sont attachées (B).

A – Les conditions générales de fond, légères sur le plan civil

Les conditions générales de fond de la création du fonds de dotation et de l'*endowment fund* ont comme source la loi, mais aussi et surtout la pratique.

Aux États-Unis, lorsqu'on crée un *endowment fund*, on suit des lignes directrices, des *guidelines* qui proviennent de la loi ou de pratiques d'*endowment funds* réputés. Le droit étasunien se montre pragmatique. Le droit non contraignant, la *soft law*, est très importante en la matière puisque pour qu'un *endowment fund* fonctionne, on va suivre la manière dont ont été créés les fonds qui fonctionnent bien. La volonté du créateur et les pratiques récurrentes sont presque aussi importantes que la loi, qu'elle soit fédérale ou fédérée. Ce qui est important est la vision du fonds du fondateur et la structure qu'il veut mettre en place⁴⁵. Il a une totale liberté de création. Cela découle de la définition-même de l'*endowment fund*. Il s'agit d'un fonds détenu par

⁴⁴ *Ibid*

⁴⁵ BHATTI Ayesha, ASHRAF Junaid, AKHTAR M. Farhan, *Understanding Endowment Funds (Technical Note)*, 2014

une organisation à but non lucratif, auquel un donateur a imposé une restriction : l'interdiction de dépenser tout ou partie du fonds.⁴⁶ Par conséquent, les conditions de fond sont celles de la libéralité, c'est-à-dire l'affectation gratuite et irrévocable, qui crée *l'endowment fund* en constituant la dotation initiale. Les conditions générales de fond sont donc aussi liées à la dotation initiale appelée *principal* ou *corpus* initial en droit étasunien. Cette dernière est constituée par une donation ou un legs du créateur. Il y a alors deux conditions de fond. Premièrement, il s'agit d'une libéralité avec une restriction. Deuxièmement, la libéralité est faite à un organisme qui a un but charitable, une « *charitable organization* ». Ces conditions ne sont pas réellement imposées par les pouvoirs publics mais procèdent simplement de la nature de *l'endowment fund*, de ses caractéristiques.

Premièrement, une libéralité doit être faite avec la restriction précisée par le créateur du fonds que seuls les revenus peuvent être utilisés. La libéralité peut être faite du vivant du créateur, il s'agira alors d'une donation, ou bien par voie testamentaire, il s'agira alors d'un legs. Cette libéralité peut être de l'argent, des actifs financiers, soit des actions ou des sûretés, aussi bien qu'un immeuble, une œuvre d'art ou même des vêtements.⁴⁷ La pratique a montré que de tels cas s'étaient présentés. Le premier fonds de dotation de l'Université de Harvard, par exemple, était un champ donné en 1649 par d'anciens étudiants, John Bulkeley, George Downing, Samuel Winthrop et John Alcock sur lequel furent plantés des pommiers, puis fut construite la bibliothèque Widener. Cette parcelle de terre fait toujours partie du campus de Harvard.⁴⁸

Deuxièmement, le créateur du fonds fait une donation ou un legs à une organisation à but non lucratif, une « *charitable organization* ». Pour être soumis au régime des *endowment funds*, ce dernier doit d'autre part remplir les conditions qui font de l'organisme qu'il finance une entité qui a un but charitable, « *charitable purpose* ».⁴⁹ Cette condition de fond est la conséquence de la section 501(c)(3) de l'*International Revenue Code* (IRC), qui est une compilation des lois fédérales relatives à la taxation. D'après cette section, une organisation est « *charitable* » si elle a exclusivement les buts suivants, « *charitable purposes* » : « religieux, charitable, scientifique, analyse pour la santé publique, littéraire, éducatif, promotion de compétitions de sport amatrices (tant que ses activités n'impliquent pas la mise à disposition d'installations ou d'équipement) nationales ou internationale et lutte contre la cruauté envers les enfants et les animaux ». La notion de « *charitable purpose* » inclut donc le but caritatif au sens strict, mais aussi d'autres buts

⁴⁶ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014

⁴⁷ KLEIN Peter, BERRIE Angelica, *A passion for giving : tools and inspiration for creating a charitable foundation*, Wiley, 2012, p8

⁴⁸ KOCHARD Lawrence, RITTEREISER Cathleen, *Foundation and Endowment Investing: Philosophies and Strategies of Top Investors and Institutions*, Wiley, 2008

⁴⁹ KLEIN Peter, BERRIE Angelica, *A passion for giving : tools and inspiration for creating a charitable foundation*, Wiley, 2012

que l'on appellerait en droit français « l'intérêt général ». Les deux expressions ne sont pas synonymes. Le droit étasunien précise bien « caritatif », donc dans l'intérêt de certains, alors que l'intérêt général doit être compris comme un intérêt transcendant celui de chaque citoyen et tend au bonheur de tous. Le terme « *charitable* », « caritatif » de l'IRC exprime parfaitement l'idée que le modèle étasunien est caractérisé par la charité et non la solidarité. Il faut préciser que cette notion d'un point de vue juridique n'est pas statique et évolue constamment en fonction des changements sociaux.⁵⁰ Ce standard sera appliqué par les cours. Il est ancien et familier aux Etasuniens car il dérive de la loi anglaise, le *Statute of Charitable Uses*, de 1601.⁵¹ Cela montre que la charité est enracinée dans la tradition juridique anglo-américaine. De plus, le fait qu'il s'agisse d'un standard qui évolue ajoute un caractère modulable à une condition de fond qui était déjà légère.

En France, les conditions sont différentes car le fonds de dotation est une personne morale, et non pas un simple mécanisme de financement comme l'*endowment fund*. L'article 140 I alinéa 2 de la loi LME dispose que « le fonds de dotation est créé par une ou plusieurs personnes physiques ou morales pour une durée déterminée ou indéterminée ». Son III alinéa 1 ajoute que « le fonds de dotation est constitué par les donations en capital qui lui sont apportées auxquelles s'ajoutent les dons et legs qui lui sont consentis ». Enfin, son III alinéa 2 précise qu'« aucun fonds public, de quelque nature qu'il soit, ne peut être versé à un fonds de dotation. Il peut être dérogé à cette interdiction, à titre exceptionnel, pour une œuvre ou un programme d'actions déterminé, au regard de son importance ou de sa particularité. Les dérogations sont accordées par arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et du budget ».

Ces articles ont été rédigés afin que quiconque qui puisse créer un fonds de dotation. Il n'existe ni de restriction particulière quant à la nature et à l'identité des fondateurs, ni de nombre *maximum* de ces derniers. Ils peuvent donc être soit une ou plusieurs personnes physiques, soit une ou plusieurs personnes morales, publiques ou privées, soit des personnes physiques et morales. En outre, aucune condition de nationalité n'est posée. Les fondateurs et administrateurs peuvent alors être de nationalité étrangère. Enfin, les personnes publiques ne peuvent pas en principe apporter des fonds publics et des moyens. Elles ne pourront être fondatrices qu'à la condition que la dotation soit apportée par d'autres fondateurs. Cela ajoute une condition de fond ; celle qui consiste à ne pas apporter de fonds pour les personnes publiques. En pratique, cela est résiduel car l'objectif-même du fonds de dotation est d'inciter les personnes privées à mener un

⁵⁰ EDIE John A., *Family Foundations and the Law*, Council for Foundations, 1999

⁵¹ *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act (UPMIFA)*, Conférence annuelle, 14 juillet 2006

projet d'intérêt général, les personnes publiques voudront peu utiliser le fonds de dotation pour de tels projets, ce n'est pas intéressant pour elles. En pratique, la population des fondateurs est très variée : personnes physiques, entreprises, collectivités publiques, associations et fondations.⁵²

Il ressort de l'article 140 III alinéa 1 de la loi LME que le fonds de dotation, allocation irrévocable de biens en vue de la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général, est constitué par une libéralité qui constituera la dotation initiale. Il s'agit de l'allocation irrévocable de biens. Cette libéralité pourra être une donation ou un legs dont l'objet sera des biens, quels qu'ils soient. En principe, la dotation ne pourra provenir de fonds publics, d'après le III alinéa 2 du même article. Le Conseil d'Etat a affirmé par un avis en date du 27 octobre 2010 que le financement d'un fonds de dotation ne peut reposer que sur des subventions publiques récurrentes.⁵³ Cela est conforme à l'intention du législateur qui souhaitait encourager l'initiative privée. Si la dotation provient de fonds public, le fonds de dotation perd son intérêt. Toutefois, exceptionnellement, un arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et du Budget peut autoriser une dérogation compte tenu de l'importance du projet. C'était arrivé à trois reprises au 8 septembre 2014.⁵⁴

D'autre part, il faut ajouter que la constitution de la dotation par voie d'apport s'est posée. L'article 140 III de la loi LME semble admettre cette possibilité de bénéficier d'apports pour un fonds de dotation. L'apport sont les biens ou valeurs que chaque associé met en société et en contrepartie desquels les parts sociales ou des actions lui sont remises ou attribuées.⁵⁵ L'apport est ainsi considéré comme un acte à titre onéreux qui se distingue d'une libéralité, la transmission des biens étant réalisée sans intention libérale. Pour la Cour de cassation, l'intention de l'apporteur emporte la qualification de l'acte. S'il est assorti d'une contrepartie, fût-elle morale mais suffisante, l'acte se distingue de la libéralité qui est consentie à titre gratuit. Il a été jugé que des obligations spécifiques et concrètes, notamment d'affectation des biens transmis, constituent une contrepartie à l'acte ne le faisant pas relever des actes consentis à titre gratuit.⁵⁶ L'article mentionné dispose que « 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 ». Mais en réalité, ce texte marque seulement la distinction entre le fait de doter le fonds au moment de sa constitution et le fait pour l'organisme de recevoir les libéralités en cours de vie sociale. Si certains auteurs

⁵² DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2nde édition, Juris éditions, 2014

⁵³ Conseil d'État, Section de l'intérieur et section des finances réunies, Avis n°384577 du 27 octobre 2010

⁵⁴ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2nde édition, Juris éditions, 2014

⁵⁵ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 10e édition, Quadrige, PUF, 2014

⁵⁶ Cass com. 7 juill. 2009 n° 07-21.957

considèrent que de réels apports sont possibles⁵⁷, il est plus logique que les dotations en capital apportées soient bien assimilées à des libéralités et non à des apports associatifs qui, par définition, ne sont pas irrévocables.⁵⁸ Monsieur Godefroy Lissandre, chef du bureau des libertés publiques, de la citoyenneté et de la réglementation économique à la préfecture de Paris et d'Ile-de-France, en charge d'instruire les déclarations de fonds de dotation, l'a d'ailleurs confirmé. Selon lui, le système des apports tel qu'il existe en droit des associations ne peut pas être retenu pour les fonds de dotation.⁵⁹ Sur ce point, le fonds de dotation est proche de l'*endowment fund*.

Enfin, la libéralité doit avoir pour objectif la réalisation d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général. Cette notion ne fait pas l'objet d'un texte général de principe, mais procède de différents textes règlementaires, le plus important étant la loi du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat. Le concept est difficile à appréhender car il est évolutif.⁶⁰ Trois conditions cumulatives doivent être remplies. D'après l'article 200 du CGI, l'organisme doit avoir un « caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, humanitaire, sportif, familial, culturel ou concourant à la mise en œuvre du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel ou à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques ». Il doit de plus avoir une gestion désintéressée et ne pas exercer d'activité lucrative prépondérante. Enfin, il ne doit pas fonctionner au profit d'un cercle restreint de personne ; l'organisme doit être ouvert. Le Conseil d'Etat adopte une position restrictive quant à cette dernière condition, comme l'illustre son arrêt du 7 février 2007 qui refuse la reconnaissance d'intérêt général à une association d'anciens élèves.

Aux États-Unis, les sources législatives concernant les conditions générales de fond de création sont donc rares. En France, la loi LME laisse deviner les conditions générales de fond. Il s'agit de silences volontaires de la part des législateurs étasunien et français. Aux États-Unis, des *endowment funds* étaient déjà créés avant l'indépendance et les autorités publiques ont souhaité que leur création continue dans la même liberté, tandis qu'en France, c'est un silence nouveau pour favoriser la création de fonds de dotation. Une liberté presque totale est ainsi laissée au créateur. Sur le plan fiscal, les conditions sont aussi incitatives.

⁵⁷ AMBLARD Colas, *Fonds de dotation, Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2nde édition, Wolters Kluwer, collection Lamy Axe droit, novembre 2015

⁵⁸ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2nde édition, Juris éditions, 2014

⁵⁹ GAUDINEAU Brigitte, *Fonds de dotation - Acte de dotation : quelle qualification ?*, Juris associations 2013, n°474, p38

⁶⁰ AMBLARD Colas, *Fonds de dotation, Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2nde édition, Wolters Kluwer, collection Lamy Axe droit, novembre 2015

B – Les conditions générales de fond, incitatives sur le plan fiscal

Une donation ou un legs de la part du créateur du fonds constitue la dotation initiale du fonds et donc le fonds lui-même. Les conditions générales de fond de la création tant de l'*endowment fund* que du fonds de dotation sont liées à cette transmission. Un régime fiscal favorable existe pour ces libéralités. Il s'applique aussi aux nouvelles libéralités qui alimenteront ensuite le fonds lors de son fonctionnement et s'ajouteront à la dotation initiale. Les gouvernements français et étasunien ont voulu favoriser les créateurs du fonds et les personnes leur faisant par la suite une libéralité, dans le but d'encourager cette pratique. L'Etat renonce à une recette fiscale se rapportant à certaines libéralités, celles qui concernent le fonds de dotation. Par ce biais, les Etats français et étasunien participent indirectement à la cause que sert le fonds. Le *hidden welfare state* est ainsi mis en évidence aux Etats-Unis. Bien que les avantages fiscaux augmentent en pratique les créations d'*endowment funds*, point sur lequel ce mémoire insiste, ce n'est pas leur seul objectif. L'incitation permet de valoriser la cause défendue par le fonds. Par exemple, pour un organisme financé par un *endowment fund* qui aide les personnes défavorisées, ces personnes ne seront pas perçues simplement comme des personnes ne sachant pas se gérer. La dimension symbolique de ces incitations est très importante, plus que les dimensions matérielle et financière. Elle permet de rendre un respect aux bénéficiaires des aides qui ne seront pas mal considérés par la société.⁶¹

Aux Etats-Unis, le régime fiscal a une base simple ; la donation est directement déduite du revenu et le donateur est totalement remboursé de l'impôt perçu sur ce dernier. En ce qui concerne les legs, il est aussi complètement déduit de la succession.

L'impôt sur les donations et les successions, « *gift and estate tax* » a été introduit en 1916 aux Etats-Unis. Le gouvernement fédéral ne voulait toutefois pas que cela dissuade la philanthropie privée. Par conséquent, en 1917, l'*International Revenue Service* (IRS) a établi des règles concernant la déduction d'impôts des libéralités faites aux organismes à but non lucratif.⁶² Cette réglementation est une législation fiscale fédérale et est aujourd'hui contenue dans une partie de la compilation fédérale, le *United States Code* qui s'intitule *Internal Revenue Code* (IRC) à la section 170(h). Cet article traite des « *charitable contribution deductions* », des déductions concernant les libéralités charitables qu'il définit comme les « *contributions to or for the use of certain nonprofit enterprises* », les libéralités faites à certaines entreprises à but non-lucratif ou pour l'usage de certaines entreprises à but non-lucratif. Une nouvelle fois, c'est la

⁶¹ DUVOUX Nicolas, dans *Une philanthropie à la française*, Journée d'études 9 avril 2015

⁶² KLEIN Peter, BERRIE Angelica, *A passion for giving : tools and inspiration for creating a charitable foundation*, Wiley, 2012, p8 et 9

qualification de « *charitable* » qui permettra au donateur ou au testateur de bénéficier du régime fiscal favorable. C'est le cas pour la création de fonds de dotation.

On a vu que les libéralités peuvent être n'importe quel bien, meuble ou immeuble, matériel ou immatériel, tel que de l'argent liquide, des actifs financiers, c'est-à-dire des actions ou des sûretés, une œuvre d'art ou même des vêtements. La déduction fiscale des actifs non financiers diffère de celle de l'argent liquide et des actifs financiers. Ces derniers sont directement déductibles, jusqu'à 50 pour cent du revenu brut ajusté du donateur, son « *adjusted gross income* » (AGI) s'il s'agit d'une donation. Les premiers, au contraire, sont directement déductibles dans la limite de 30 pour cent de l'AGI.

D'après certains auteurs, le gouvernement « s'est appuyé sur la bonté des Etasuniens et leur engagement durable envers la communauté et la charité en créant des incitations fiscales pour qu'ils continuent à donner et à soutenir ces importants organismes, et par conséquent les services fournis à ceux qui étaient dans le besoin ». ⁶³ Ces incitations fiscales se sont toujours maintenues, sauf durant la présidence de Ronald Reagan de 1981 à 1986. Après des débats concernant leur abolition, le *Tax Relief Reconciliation Act* de 2001 garde en place le « *gift and estate tax* ».

En France, le principe est également simple. La loi LME et la circulaire du 19 mai 2009 précisent comment les libéralités relatives à la dotation initiale fonctionnent sur le plan fiscal. L'article 141 de la loi LME du 14 août 2008 dispose que « l'article 795 du même code [le CGI] est complété par un 144° ainsi rédigé : « 14° Les dons et legs consentis aux fonds de dotation répondant aux conditions fixées au g du 1 de l'article 200 du présent code » ». Les dispositifs fiscaux du mécénat des particuliers et des entreprises prévus aux articles 200 et 238 bis du Code Général des Impôts (CGI) sont applicables aux dons consentis au profit des fonds de dotation. ⁶⁴

Le principe est donc l'exonération des droits de mutation à titre gratuit conformément à l'article 795 du CGI. Cela signifie que les dons et legs consentis aux fonds de dotation sont exonérés de droit de mutation. Pour les particuliers, d'après l'article 200 du CGI, il existe une réduction d'impôts sur le revenu égale à 66 pour cent des sommes versées, dans la limite de 20 pour cent du revenu imposable. Pour les entreprises, il existe, d'après l'article 238 bis du CGI, une réduction d'impôts à hauteur de 60 pour cent du montant des versements. ⁶⁵

A titre subsidiaire, il est utile de préciser que l'organisme va bénéficier lui-même d'un régime fiscal avantageux lors de son fonctionnement, en droits français et étasunien. Les conditions étasuniennes sont posées à la section 501(c)(3) de l'IRC. Cet article précise que vingt-

⁶³ *Ibid*

⁶⁴ Circulaire du 19 mai 2009 sur l'organisation, fonctionnement et contrôle des fonds de dotation

⁶⁵ DE CHARDON Véronique, *Guide du routard des fondations et associations*, Hachette, 2009

sept catégories d'organisations à but non lucratif peuvent être soumises à un régime d'exemption fiscale. L'organisme aura un « *Tax Exempt Status* », un statut d'exemption fiscale. Il faudra qu'il s'inscrive et reçoive ensuite une lettre de l'IRS, une « *determination letter* » qui dit qu'il sera exempté de la taxe fédérale. Les règles spécifiques sont ensuite affirmées aux sections 4940 à 4945 et 6104 de l'IRC. Elles sont connues par les organismes caritatifs étasuniens comme les *Big 7* car elles sont très importantes pour leur fonctionnement.⁶⁶ Bien que ces informations soient riches d'enseignement, elles ne sont pas l'objet de ce mémoire. Il faut seulement noter que l'*endowment fund* ne supportera en général ni impôt ni taxe lors de son fonctionnement et donc que l'incitation fiscale continue à travers les activités de l'organisme. Il en est de même en France, un régime fiscal favorable existe pour les activités et les revenus du patrimoine. D'après l'instruction fiscale du 18 décembre 2006⁶⁷, le fonds de dotation est un des organismes sans but lucratif (OSBL). A ce titre, il est par principe exonéré des impôts commerciaux, c'est-à-dire l'impôt sur les sociétés (IS) de droit commun et de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Cependant, sous certaines conditions, il peut être soumis à l'impôt sur les sociétés à raison de certains de ses revenus patrimoniaux au sens de l'article 206 5 du CGI. Enfin, le fonds de dotation ne sera éligible au mécénat que s'il remplit les conditions générales d'éligibilité au mécénat. Ainsi, l'activité dans lequel il s'inscrit doit être l'un des domaines énumérés dans le texte et il doit être d'intérêt général au sens fiscal.⁶⁸

En outre, de nombreux créateurs de fonds sont sujets à l'Impôt de Solidarité sur la Fortune (ISF) en France et à l'*Alternative Minimum Tax* (AMT) aux Etats-Unis. Ni le fonds de dotation ni l'*endowment fund* ne peuvent bénéficier des dons effectués en franchise de l'ISF. Il n'existe pas de déduction.

Les incitations fiscales à constituer un fonds de dotation ou un *endowment fund* sont réelles et consistent principalement en des déductions d'impôts tant pour les legs que pour les donations créant un fonds. L'Etat soutient indirectement la cause défendue par le fonds par ce biais. Une partie de la doctrine est de l'opinion que cela démontre que les dons caritatifs privés sont supérieurs au soutien direct du gouvernement.⁶⁹ Mais une autre partie de la doctrine affirme, au contraire, qu'en procédant ainsi, l'Etat ne fait pas que transmettre cette charge. Il évite aussi les conflits d'intérêts potentiels qui pourraient se produire dans le cas, par exemple, où un organisme religieux distribue de la nourriture à des pauvres. Cela permet de respecter le principe

⁶⁶ KLEIN Peter, BERRIE Angelica, *A passion for giving : tools and inspiration for creating a charitable foundation*, Wiley, 2012, p8 et 9

⁶⁷ BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20-20120912 (BOFIP)

⁶⁸ Circulaire du 19 mai 2009 sur l'organisation, fonctionnement et contrôle des fonds de dotation

⁶⁹ RANDOLPH William C., "Charitable Deductions" *The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy*, Washington DC, Urban Institute, 1999

de séparation de l'Eglise et de l'Etat.⁷⁰ Certains auteurs arguent de plus que l'Etat ne serait pas aussi efficace, voire efficient qu'un organisme charitable privé, particulièrement si cet organisme est en concurrence avec d'autres organismes pour obtenir des contributions. Dans tous les cas, il est indubitable que la déductibilité d'impôts a aidé à nourrir l'importance des libéralités dans un but charitable dans l'esprit étasunien. C'est cela que le législateur français a voulu imiter à travers la loi LME. Le dispositif fiscal mis en place, comme on l'a vu, est très proche du dispositif étasunien.

Des études ont montré que l'abolition de l'*estate tax*, qui a été envisagée à la fin du XX^{ème} siècle aux Etats-Unis, réduirait considérablement les libéralités à des « *charitable organizations* », qu'il s'agisse de legs, entre 22 et 37 pour cent, ou de donations.⁷¹ De plus, une étude faite par le New York Times a montré que les nouveaux magnats avaient une préférence claire pour la philanthropie plutôt qu'une augmentation des taxes et impôts.⁷² Le milliardaire Sanford Weill a résumé cela par « *I want to give away my money rather than have someone take it away* ». Les philanthropes préfèrent donc contrôler la répartition des richesses plutôt que laisser le gouvernement assurer ce rôle. Par exemple, Andrew Carnegie savait que la communauté était à l'origine de sa richesse et était heureux de lui rendre, « *give back* ». On peut penser que cette idée de rendre à la société est plus agréable aux plus aisés car ils peuvent le faire après leur mort et s'enrichir durant leur vie. Par conséquent, il n'est pas surprenant que quand ils contribuent à une *charitable organization*, ils le fassent à cause de mort et pour des raisons fiscales.⁷³

Le droit français s'est beaucoup rapproché du droit étasunien en introduisant une telle liberté de création du fonds et une telle incitation fiscale. Le système français de philanthropie imite le modèle étasunien de charité en encourageant cette philanthropie privée. Toutefois, l'aspect légaliste du système français réapparaît à travers la condition particulière tenant à la dotation initiale du fonds de dotation.

⁷⁰ KLEIN Peter, BERRIE Angelica, *A passion for giving : tools and inspiration for creating a charitable foundation*, Wiley, 2012, p8 et 9

⁷¹ BAKIJA Jon M., GALE William G., *Effects of Estate Tax Reform on Charitable Giving, Tax Policy Issues and Options*, Urban-Brookings Tax Policy Center, 2003

⁷² UCHITELLE Louis, *The Richest of the Rich Proud of a New Gilded Age*, New York Times, 15 juillet 2007

⁷³ CHESTER Ronald, *From Here to Eternity, Property and the Dead Hand*, Vandeplas Publishing, 2007

II - Les conditions particulières de fond relatives à la dotation initiale

Les conditions générales de fond de la création du fonds de dotation et de l'*endowment fund* sont légères et incitatives afin d'encourager la philanthropie privée. Même s'il y a des différences, tenant surtout au fait qu'une personne morale ne se crée pas de la même manière qu'un mécanisme de financement, les conditions générales de fond sont similaires. Il en va de même pour le financement lors de la création bien que celui-ci soit encadré plus strictement en France qu'aux États-Unis à travers la dotation initiale. Un montant *minimum* de la dotation initiale existe en France depuis 2014 (A) afin de prévenir la création de fonds de dotation à des seules fins d'optimisation fiscale. Cette condition n'existe pas aux États-Unis. En ce qui concerne l'*endowment fund*, la liberté de léguer et de donner prévaut. Cela est particulièrement visible lorsqu'on étudie l'utilisation du *principal* et sa restriction qui est une condition de fond de la création d'un fonds (B). Cette condition existe aussi en France. Nous verrons que cette distinction entre condition législative supplémentaire d'un côté et liberté totale de léguer ou de donner de l'autre est cependant brouillée en pratique et que le droit français se rapproche grandement du modèle étasunien au niveau de ces deux points.

A – Le montant de la dotation initiale

A l'origine, le fonds de dotation pouvait être constitué uniquement par la volonté du ou des fondateurs de s'engager à réaliser une œuvre ou une mission d'intérêt général. Cette seule volonté suffisait ; c'était l'une de spécificités du fonds de dotation. Le législateur en 2008 avait entendu permettre une création simple, comme la création de l'*endowment fund*. La dotation initiale et les donations et legs ultérieurs peuvent être de toute nature de la même manière qu'aux États-Unis. Cela permettait au fondateur de créer un fonds de dotation sans ou avec un faible capital philanthropique, espérant attirer ultérieurement des mécènes disposés à apporter leur concours.⁷⁴ Toute personne pouvait de manière effective constituer un fonds de dotation, quels que soient ses moyens. Le droit français encourageait ainsi la philanthropie à toutes les échelles, sur le modèle étasunien. Aux États-Unis, il n'y a aucune condition quant au montant de la somme donnée ou léguée qui constituera le *corpus* de l'*endowment fund*. Les riches industriels créent des *endowment funds*, mais les personnes plus modestes en constituent aussi. Ainsi, la philanthropie aux États-Unis est massive, capillaire et populaire.⁷⁵ Par la loi LME, le droit français tendait vers ce modèle.

⁷⁴ AMBLARD Colas, *Fonds de dotation, Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2nde édition, Wolters Kluwer, collection Lamy Axe droit, novembre 2015

⁷⁵ Conférence *Une philanthropie à la française?*, Journée d'études 9 avril 2015

Toutefois, récemment, le législateur français est revenu sur cette liberté de création du fonds de dotation. La loi relative à l'économie sociale et solidaire (ESS) du 31 juillet 2014, dans son article 85, impose une dotation initiale pour les fonds de dotation d'une valeur au moins égale à un montant fixé par voie réglementaire, mais ne pouvant excéder 30 000 euros. Cela a été fait pour prévenir toute utilisation opportuniste de ce dispositif c'est-à-dire pour éviter la création de fonds «coquilles vides» notamment à des seules fins d'optimisation fiscale et, en même temps, en conforter la fiabilité.⁷⁶ L'absence d'exigence d'une dotation initiale avait fait la popularité du fonds de dotation. En huit ans, il avait été constitué 1 900 fonds de dotation, dont 57 pour cent sans dotation de départ.⁷⁷ Il a fallu attendre le décret d'application du 22 janvier 2015⁷⁸ pour avoir des précisions. Il prévoit que les créateurs de fonds de dotation devront désormais verser une dotation initiale d'un *minimum* de 15 000 euros obligatoirement en numéraire. Ce *minimum* n'est exigé qu'au moment de la création : durant la vie du fonds, et pour les fonds dont la dotation est consommable, celle-ci pourra être consommée en totalité pour la réalisation de la mission d'intérêt général. Cette nouvelle obligation est applicable aux fonds de dotation qui sont créés à compter du 25 janvier 2015, date d'entrée en vigueur du décret du 22 janvier 2015. Ce décret n'a donc pas d'effet rétroactif et, par conséquent, les fonds de dotation créés avant cette date ne sont pas concernés.⁷⁹

Plusieurs auteurs ont mis en lumière ce paradoxe. L'exigence d'une dotation initiale aura pour effet de ralentir le rythme de créations des fonds, mais elle n'empêchera pas pour autant un fonds de consommer sa dotation et de poursuivre son existence sans disposer d'une dotation.⁸⁰ De surcroît, d'après certains auteurs, « ce n'est pas en limitant la constitution de nouveaux fonds que l'on réveille les autres ». Ils voient le montant de la dotation initiale comme « une somme suffisamment significative pour décourager les initiatives sans pour autant que ce soit un gage du sérieux des fondateurs - comme l'affirme le ministère -, mais juste un moyen de limiter les créations - comme l'énonce la fiche d'impact de ce projet de décret - et par là-même de simplifier le travail des préfetures en tant qu'autorités de contrôle. »⁸¹

Par cette nouvelle condition de fond, la liberté de création du fonds de dotation, presque totale jusqu'en 2014, se trouve réduite. Aux Etats-Unis, une évolution en sens inverse s'est produite. Une condition se rapportait à la dotation initiale, au *principal*, et a été supprimée. La condition est différente mais se rapproche du cas français car elle concernait le montant du *principal*.

⁷⁶ DELPECH Xavier, *Fonds de dotation : le ticket d'entrée est fixé à 15 000 euros*, Dalloz actualités 3 février 2015

⁷⁷ CLAVAGNIER Brigitte, *Fonds de dotation : une liberté limitée*, Juris associations, Dalloz, 2014, n°510, p3

⁷⁸ Décret n° 2015-49 du 22 janvier 2015 relatif aux fonds de dotation

⁷⁹ DELPECH Xavier, *Fonds de dotation : le ticket d'entrée est fixé à 15 000 euros*, Dalloz actualités 3 février 2015

⁸⁰ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014

⁸¹ CLAVAGNIER Brigitte, *Fonds de dotation : une liberté limitée*, Juris associations, Dalloz, 2014, n°510, p.3

Cette condition avait été posée par l'*Uniform Management of Invested Funds Act* (UMIFA) de 1972. Ce texte donne des directions, des aides, aux fonds au niveau fédéral. Il s'agit d'un modèle. Il a été rédigé par l'*Uniform Law Commission*. Celle-ci a été créée en 1892 dans le but de « fournir une législation non partisane, bien conçue et bien rédigée qui apporte de la clarté et de la stabilité aux domaines délicats de la loi ». La Commission est composée de 300 membres, appelés *commissioners*, qui sont nommés par les gouverneurs des Etats fédérés. Ces derniers peuvent choisir leur *commissioner* comme ils l'entendent. Mais chacun aura un seul vote. Les *commissioners* sont des avocats, des juges, des professeurs de droit ou encore des ministres de la justice d'Etats fédérés. Les travaux de l'ULC se concentrent traditionnellement sur les entités qui ne sont pas des sociétés. L'ULC a rédigé depuis sa création plus de trois cents textes dont le *Model Protection of Charitable Assets Act* en 2011. Il a par conséquent de l'expérience dans le domaine des organismes sans but lucratif. Ses modèles de loi sont ensuite adoptés et adaptés par les Etats fédérés. L'*Uniform Management of Invested Funds Act* (UMIFA) de 1972 a connu un grand succès car il a été adopté par presque tous les Etats fédérés. Puis, le contexte économique et juridique a évolué et en 2006, l'ULC a rédigé l'*Uniform Prudent Management of Invested Funds Act* (UPMIFA) pour remplacer l'UMIFA. L'UPMIFA a été encore plus populaire que l'UMIFA. Il a rapidement été adopté par tous les Etats, avec de très légères variations parfois, particulièrement dans l'Etat de New York et dans le Mississippi où il a été introduit en 2011. Seule la Pennsylvanie ne l'a pas adopté mais a promulgué une loi semblable intitulée *Prudent Investor Rule*.⁸²

La notion-clé de l'UMIFA était l'*Historic Dollar Value* (HDV). L'HDV est la valeur de la dotation initiale, du *corpus* initial. La règle posée par l'UMIFA était de maintenir le *corpus* du fonds indéfiniment à sa valeur initiale. La valeur du *corpus* ne devait pas changer avec le fonctionnement du fonds. Les revenus du *corpus* étaient utilisés, mais celui-ci devait avoir une valeur stable. Ce n'est pas le cas en France où la possibilité de consommer entièrement la dotation initiale existe. Aux Etats-Unis, l'objet de la libéralité créant l'*endowment fund* pouvait être remplacé, sa valeur seulement devait rester constante. C'était une avancée par rapport aux législations antérieures car, avant 1972, seuls les revenus de la dotation initiale pouvaient être utilisés et non pas la dotation elle-même. L'UPMIFA va plus loin et supprime le concept de HDV. Celui-ci posait des problèmes.

Premièrement, l'évaluation du *corpus* avait lieu au moment de la création. Ce moment était arbitraire. Par exemple, si le fonds était créé par un legs, il s'agissait du moment de la mort du testateur. La valeur de l'objet de ce legs pouvait varier selon l'évolution du marché entre la

⁸² BRODY Evelyn, *U.S. Nonprofit Law Reform: The Role of Private Organizations*, Sage Journal, Sage Publications, 2012

date du décès du testateur et le moment où l'organisme le recevait. Deuxièmement, après l'existence du fonds pendant plusieurs années, l'HDV pouvait devenir vide de sens. Si les investissements avaient été fructueux par exemple, la valeur du *corpus* pouvait être bien supérieure à l'HDV. En outre, l'UMIFA ne précisait pas ce que pouvait faire l'organisme lorsque la valeur de l'*endowment fund* devenait plus faible que l'HDV. Un tel fonds est appelé *underwater fund*.⁸³ Enfin, la législation fédérale n'était pas cohérente car la section 4942 de l'IRC requiert que les *charitable organizations* fassent des dépenses de cinq pour cent de la valeur de ses actifs de placement, et ce, même si la valeur du fonds est inférieure à l'HDV.⁸⁴

C'est en raison de ces lacunes que l'UPMIFA remplace la notion d'HDV par la notion de « *prudence* », prudence, déjà présente dans l'UMIFA, et la développe. L'organisme peut désormais dépenser plus que l'HDV s'il le fait avec prudence. Cette notion s'intéresse d'avantage ou est plus relative à la gestion du fonds et sera donc étudiée ultérieurement. Ce qu'il faut souligner est que l'UMIFA utilisait l'HDV comme une limitation, une contrainte, alors que l'UPMIFA préfère appliquer le standard de prudence au processus de prise de décisions à propos des dépenses de l'*endowment fund*. En pratique, les *charitable organizations* avaient procédé de manière plus mesurée que ce que l'HDV leur aurait permis. L'UPMIFA les incite plus à maximiser les dépenses autorisées. Cela a été fait dans le but de donner « plus de flexibilité » dans les décisions de l'*endowment fund* mais aussi car l'ULC considérait que, l'HDV étant un nombre fixé dans le temps, son utilisation ne traduisait pas de manière adéquate l'intention du créateur du fonds qui souhaite que l'*endowment fund* maintienne sa valeur en monnaie actuelle.⁸⁵

L'HDV présentait des similarités avec la condition française du montant *minimum* de la dotation initiale. Elle avait la même source, la loi, même si elle-même provenait aux Etats-Unis d'un modèle non contraignant, et était par conséquent rigide. Elle avait de surcroît le même objet, le montant de la dotation initiale. Il ne s'agissait pas d'une condition de fond de la création du fonds, mais elle limitait l'initiative privée et faisait aussi partie des contraintes. En cela, les droits français et étasunien se rapprochaient. C'est pourquoi la distinction entre une condition législative en France et une totale liberté de tester ou de donner aux Etats-Unis est relative.

Toutefois, l'évolution va dans un sens opposé. En France, en 2014, une condition concernant la dotation initiale a été ajoutée. Le législateur limite la création de fonds de dotation et par conséquent l'initiative philanthropique privée. Aux Etats-Unis, au contraire, la limitation liée à la création du fonds maintenue durant toute la durée de vie de l'*endowment fund* a été

⁸³National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Commentaires de l'*Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act (UPMIFA)*, Conférence annelle, 14 juillet 2006

⁸⁴BRODY Evelyn, *U.S. Nonprofit Law Reform: The Role of Private Organizations*, Sage Journal, Sage Publications, 2012

⁸⁵National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Commentaires de l'*Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act (UPMIFA)*, Conférence annelle, 14 juillet 2006

abandonnée. On lui préfère un standard qui pourra être interprété de manière souple selon les circonstances par les gérants du fonds et, le cas échéant, par les juridictions. A l'exigence législative est préféré le standard malléable, d'autant plus qu'il permet de mieux respecter l'intention du donateur. Cette dernière est cruciale et la législation étasunienne y attache toujours plus d'importance. C'est également vrai lorsqu'on observe l'utilisation de la dotation initiale.

B – L'utilisation de la dotation initiale

L'*endowment fund* n'est à l'origine qu'une simple libéralité à laquelle est attachée une restriction, celle de n'utiliser que les revenus de la libéralité. La législation française a reproduit cet aspect dans la définition du fonds de dotation. Une conséquence de la définition-même de l'*endowment fund* et du fonds de dotation est donc la restriction attachée aux biens transmis. La restriction de l'utilisation de la dotation initiale est une condition de fond de la création du fonds.

On observe que la volonté du créateur du fonds de dotation et de l'*endowment fund* prévaut néanmoins en ce qui concerne l'utilisation de la dotation initiale. L'intention du fondateur s'articule très bien avec la condition liée à l'utilisation de la dotation initiale car c'est lui qui choisit ses modalités. La contrainte légale est le fait que la libéralité doit être assortie de la restriction qui consiste en la non-consomptibilité de la dotation.

En droit français, le principe posé par l'article 140 III de la loi LME est que la dotation, initiale ou non, n'est pas consommable. Cela s'explique par le fait que le fonds de dotation a été conçu comme un instrument de capitalisation ayant vocation à n'utiliser que les revenus des actifs composant sa dotation. Il est logique qu'il ne puisse pas consommer sa dotation. L'article susmentionné dispose que 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 celle-ci ». Cela ressort de sa définition.

Cependant, il existe une exception. La consommation de la dotation peut être prévue dans les statuts du fonds de dotation si les conditions s'y rapportant y sont précisées. L'article 140 III de la loi LME affirme que « par dérogation (...), les statuts peuvent fixer les conditions dans lesquelles la dotation en capital peut être consommée ». Cette possibilité, absente du projet du gouvernement, a été introduite par les débats parlementaires. La conséquence d'une telle prévision peut être la perte du bénéfice de l'exonération d'impôt sur les sociétés pour les revenus de patrimoine du fonds de dotation. La consommation de la dotation initiale signifie que le fonds de dotation peut décider de vendre un bien dépendant de la dotation, sans avoir à solliciter une autorisation administrative. Si les statuts ne prévoient pas la possibilité de consommer la dotation, le prix de la vente devra être remployé dans la dotation, c'est-à-dire pour racheter un bien d'une

autre nature ou un bien différent.⁸⁶

Dès lors, à défaut d'une stipulation dans les statuts, donc de volonté du fondateur en ce sens, le fonds de dotation ne pourra disposer librement de la dotation initiale. L'utilisation de la dotation initiale est une condition de fond posée par la loi à laquelle on peut déroger en cas de volonté du fondateur. On constate que, même s'il y a une condition de fond particulière concernant l'utilisation de la dotation initiale, le fondateur peut, sous certaines conditions, y déroger. La volonté de ce dernier est alors primordiale.

La réglementation étasunienne adopte une approche distincte. D'après l'UPMIFA, il est possible de consommer la dotation initiale sous réserve que cela soit fait prudemment, comme on l'a souligné plus haut. Les conditions d'utilisation de la dotation initiale échappent plus au fondateur que sous l'empire de l'UMIFA, bien que l'une des justifications de l'ULC pour la suppression de l'HDV soit de mieux respecter l'intention du créateur du fonds. C'est l'organisme lui-même qui décidera plus de l'utilisation de la dotation initiale de son éventuelle consommation prudente qu'en France. L'organisme est plus libre. On retrouve l'esprit étasunien qui accorde plus d'importance aux gérants pour la gestion des fonds, comme on le constate en droit des sociétés où le gérant a plus de liberté, mais aussi plus de responsabilités que les actionnaires.

Toutefois, le donataire ou le testateur, au moment de la création du fonds, pose des conditions pour l'utilisation de la dotation initiale. Plusieurs restrictions quant à celle-ci sont envisageables. Suivant ces conditions, la nature de l'*endowment fund* change. C'est pourquoi on peut dire que la liberté de léguer ou de donner est très importante quant à l'utilisation de la dotation initiale lors de la création du fonds. D'ailleurs, l'UPMIFA se réfère à « *donor intent as expressed in a gift instrument* »⁸⁷, l'intention du donateur telle qu'exprimée dans le document relatif à la libéralité, plutôt qu'à la donation écrite ou le testament. Le *Federal Accounting Standard Advisory Board* (FASAB), l'organe étasunien fédéral qui fixe les standards en matière de comptabilité, a publié en 1993 le *Federal Accounting Statement 117* (FAS 117). Ces principes n'ont pas de valeur contraignante. Cependant, ce sont des principes communément admis et utilisés. En pratique, les organismes les respectent et les autorités fédérales et fédérées s'y réfèrent. Le FAS 117 donne la définition de l'*endowment fund* et précise qu'un fonds peut être « *permanently restricted, temporarily restricted, or unrestricted* », restreint de manière permanente, de manière temporaire ou non restreint. Il requiert que les *charitable organizations* qualifient leur fonds par l'un de ces adjectifs. La catégorie appropriée est déterminée en réalité par le créateur du fonds, car d'après l'UPMIFA, une restriction lie la *charitable organization* seulement si elle est imposée par le créateur. La volonté de ce dernier est par conséquent cruciale.

⁸⁶ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014

⁸⁷ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act (UPMIFA)*, Conférence annuelle, 14 juillet 2006

Un *permanently restricted endowment fund* est un *endowment fund* qui a un objectif particulier ou qui sert une cause particulière. Son *principal* ne peut pas être consommé et seuls ses revenus peuvent être utilisés pour cet objectif ou cette cause spécifique. Les restrictions quant à l'utilisation de la dotation sont mises en place par le créateur. Il ressort de cette définition que ce sont des réels *endowment funds*, c'est pourquoi ils sont appelés *true endowment funds*. Par exemple, l'université de Yale dispose d'un *endowment fund* composé de soixante-quatorze pour cent par des *permanently restricted endowment funds*. Ils constituent une portion significative du total de ses *endowment funds*. Un *temporarily restricted endowment fund* est similaire au *true endowment fund* mais, après une période de temps spécifiée ou la réalisation d'un événement spécifique, le *principal* peut aussi être consommé, en totalité ou une partie, suivant les instructions du créateur. Ce type de fonds est aussi appelé *term endowment fund*. Près de soixante pour cent des *endowment funds* de l'Université de Harvard sont des *temporarily restricted endowment funds*. Il existe aussi les *quasi endowments* et les *unrestricted endowment funds* mais, on ne peut pas juridiquement les qualifier d'*endowment funds*. Pour les *quasi endowments*, l'organisme qu'il finance impose les restrictions concernant l'utilisation du *principal*. L'objectif de tels fonds est de financer de nouveaux projets, de soutenir des causes existantes ou de constituer une réserve pour d'éventuelles urgences. Enfin, les *unrestricted endowment funds* sont les fonds les plus flexibles. Il n'y a aucune restriction, il ne s'agit donc pas d'un *endowment fund*.⁸⁸ Quant aux *quasi endowments*, le FASAB les classifie parmi les *unrestricted funds*, car l'organisme peut toujours changer d'avis et enlever la restriction. Il n'est donc pas non plus un *endowment fund* juridiquement.

La volonté du créateur est très importante car la classification et la nature de l'*endowment fund* et donc son régime dépendront de ce qu'il a spécifié. A chaque fois, qu'il y a un doute lors du fonctionnement du fonds, on se réfère à l'intention du fondateur. La condition de fond quant à l'utilisation de la dotation laisse entrevoir une faveur pour l'intention du créateur.

En France, elle est également primordiale. Le fonds de dotation a été conçu en vue de pouvoir rester la chose du ou des fondateurs, si ces derniers le jugent nécessaire. Ils ne sont pas soumis à une exigence démocratique dans la composition aussi bien que le fonctionnement du fonds de dotation, contrairement aux fondations et associations. Par les stipulations statutaires qu'ils adoptent, ils peuvent décider de la consommation et de l'utilisation de manière générale de la dotation initiale. Les fondateurs ont vocation à occuper une place importante dans le fonds de dotation. Catherine Bergeal, directrice des affaires juridiques du Ministère de l'Économie en 2008, a confirmé la possibilité, pour un fondateur, de contrôler de façon pérenne le fonds de

⁸⁸ BHATTI Ayesha, ASHRAF Junaid, AKHTAR M. Farhan, *Understanding Endowment Funds (Technical Note)*, 2014

dotation : « Le fondateur peut être un dictateur ».⁸⁹

En cela, le fonds de dotation et l'*endowment fund* sont proches. Ils donnent tous deux une prépondérance à l'intention du créateur dans l'utilisation de la dotation initiale. La condition de fond, la restriction quant à l'utilisation de la dotation initiale ne fait que conforter cette liberté de création.

Si le droit français a reproduit cette importance de la volonté du donateur par la condition liée à l'utilisation de la dotation initiale, il a ajouté une seconde contrainte qui est le montant de la celle-ci, condition qui n'existe pas aux États-Unis. Malgré ce dernier élément, de telles prérogatives reconnues au créateur, qui préfère savoir comment sa libéralité sera utilisée, encouragent la création d'un fonds. Il y a un réel rapprochement du droit français vers le modèle étasunien de philanthropie sur ce point. De même, les conditions de forme de la création du fonds favorisent « philanthropie de masse »⁹⁰ aux États-Unis et en France, c'est-à-dire l'engagement de l'ensemble de la société dans la création d'un fonds et plus largement dans la philanthropie.

⁸⁹ BERGEAL Catherine, Discours, Colloque *Fonds de dotation*, 28 avril 2009 organisé par France Générosités

⁹⁰ ZUNZ Olivier, *Philanthropy in America : A History*, Princeton University Press, 2012

Chapitre II : Les conditions de forme de la création, une souplesse accentuée

Les conditions de forme de la création du fonds de dotation et de l'*endowment fund* sont légères et incitatives (I). Afin que n'importe quel citoyen puisse constituer un tel fonds, les conditions générales de forme sont sommaires en France comme aux Etats-Unis. Le droit français ajoute une condition particulière de forme (II) qui est la personnalité morale du fonds. C'est la plus grande différence avec le mécanisme étasunien.

I - Les conditions générales de forme, éminemment légères

Des formalités trop complexes auraient dissuadé les éventuels créateurs de fonds de dotation et d'*endowment funds*. C'est pourquoi elles sont souples en France et aux Etats-Unis. La France a souhaité se rapprocher du droit étasunien sur ce point pour encourager l'initiative philanthropique privée (A). Ces formalités ont des conséquences sur la temporalité du fonds (B).

A – L'incitatif formalisme simplifié du fonds

Le formalisme concernant la création de l'*endowment fund* et du fonds de dotation est simplifié afin de ne pas décourager les porteurs de projets. En France, la loi LME esquisse les conditions générales de forme de la constitution du fonds de dotation, mais les modalités de création sont précisées par la circulaire du 19 mai 2009.⁹¹ Ce formalisme s'articule autour de deux points centraux, la liberté statutaire et le système déclaratoire. Il faudra néanmoins ajouter une précision quant à l'éventuelle intervention du notaire.

Le principe de liberté statutaire est affirmé pour que « la loi des parties puisse s'exprimer librement ».⁹² L'exigence de rédaction des statuts est contenue par l'article 140 II de la loi LME d'après lequel la déclaration doit être « assortie du dépôt de ses statuts ». Il en est de même lors de leur modification. Cela signifie que le fonds doit avoir des statuts et que leur contenu est libre. Le ou les fondateurs peuvent décider de ce qu'ils souhaitent stipuler dans les statuts ; ils ont une totale liberté en la matière. Les statuts sont un élément essentiel de la création du fonds de dotation et doivent définir le projet ainsi que ses règles d'organisation et de fonctionnement. Ils devront néanmoins contenir certaines mentions obligatoires. Elles sont détaillées à l'annexe I de la Circulaire 19 mai 2009 relative à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle des fonds de dotation. Les statuts doivent contenir la dénomination du fonds de dotation, la ville et le

⁹¹ Circulaire du 19 mai 2009 relative à l'organisation, au fonctionnement et au contrôle des fonds de dotation

⁹² BERGEAL Catherine, Discours, Colloque *Fonds de dotation*, 28 avril 2009 organisé par France Générosités

département où se situe son siège social, son objet, sa durée si elle est limitée, la composition de son conseil d'administration dont au moins trois personnes nommées pour la première fois par les fondateurs, les conditions de nomination des administrateurs et de leur renouvellement, la composition du comité consultatif si la dotation atteint un million d'euros, les modalités de désignation du président, la consomptibilité de la dotation le cas échéant, les ressources du fonds, c'est-à-dire les revenus de la dotation et le produit des activités autorisées par les statuts, le produit des rétributions pour services rendus et les conditions de liquidation du fonds. En outre, dans le cas d'un fonds de dotation posthume, il est conseillé d'annexer le projet de statut au testament.⁹³ La liberté statutaire n'est pas atteinte par ces mentions obligatoires car le ou les fondateurs peuvent choisir ce qu'ils souhaitent, le contenu est libre, mais ils doivent le préciser. De surcroît, un comité stratégique des fonds de dotation a été mis en place par le Ministère de l'Economie et des finances pour aider la création de fonds de dotation. Il a publié un clausier destiné à seconder les porteurs de projets dans la rédaction des statuts de leur fonds de dotation. Ce clausier n'a pas de valeur normative et il doit être adapté au cas par cas.⁹⁴ Malgré l'exigence de l'existence de statuts et de certaines mentions, le système reste incitatif. Les éventuels créateurs peuvent utiliser le modèle du comité stratégique s'ils n'arrivent pas à rédiger leurs statuts. On constate un rapprochement vers le droit étasunien qui prône la liberté de création et qui élabore souvent des directives non contraignantes afin d'encourager l'entrepreneuriat, comme on a pu le voir par exemple avec le FASAB.

D'autre part, la question de savoir si des statuts-types pouvaient être proposés par le Ministère pour aller plus loin dans l'aide donnée aux créateurs s'est posée. Le Ministère l'a exclu il ne voulait pas que l'Etat s'immisce dans l'organisation interne des fonds de dotation. Leur élaboration aurait été contraire au principe de liberté statutaire. Cependant, à la suite de demandes réitérées d'acteurs, le Comité a proposé quelques suggestions rédactionnelles pour certaines dispositions statutaires spécifiques.⁹⁵

Le formalisme de la création du fonds de dotation est aussi et surtout simplifié quant à la déclaration. Un élémentaire système de déclaration a été mis en place par la loi LME pour que les autorités puissent connaître l'existence des fonds de dotation. Lorsqu'un fondateur ou des fondateurs veulent créer un fonds, ils, ou toute personne qui, à titre quelconque, est chargée de l'administration du fonds, doivent le déclarer à la préfecture du département dans lequel il a son siège social. Cette règle est d'ordre public. Par conséquent, un préfet doit refuser la déclaration qui aurait dû être faite dans un autre département. D'après la circulaire de 2009, le dossier de

⁹³VINCENT Yannick, *Le fonds de dotation ou comment concilier philanthropie et optimisation fiscale : un outil à (re)découvrir*, dans Revue de droit des sociétés n° 1, Lexis Nexis, Janvier 2014, étude 1, p5

⁹⁴DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2nde édition, Juris éditions, 2014

⁹⁵ *Ibid*

déclaration doit comprendre les statuts du fonds de dotation, la liste et l'identité complète des administrateurs du fonds, c'est-à-dire leurs nom, prénom, date et lieu de naissance, profession, adresse de domicile et nationalité, l'imprimé de demande de publication au Journal Officiel et enfin le justificatif d'existence de la dotation initiale. Par cette déclaration, l'Etat demande d'officialiser l'apparition dans le domaine juridique de la nouvelle personne juridique qu'est le fonds de dotation.

La circulaire du 22 janvier 2010 sur l'objet des fonds de dotation demande aux créateurs de bien définir l'objet du fonds de dotation. D'après celle-ci, cela est rarement fait car souvent les créateurs se bornent à reproduire la définition légale. Si le dossier n'est pas complet, le récépissé n'est pas remis. Sinon, il sera remis dans un délai de cinq jours ouvrables. Cette déclaration rendra les statuts publics, ils seront opposables aux tiers à compter de leur publication au journal officiel, d'après l'article 140 II alinéa 3 de loi LME. Certains auteurs ont pu parler d'un basculement vers un contrôle *a priori* du fonds de dotation dû aux directives données au préfet de région au moment de la création. Celles-ci soulignent leur pouvoir de « veiller à ce que la description de l'objet du fonds soit suffisamment précise pour que le caractère d'intérêt général apparaisse sans ambiguïté ». Cela serait discrétionnaire compte tenu du caractère imprécis de la notion d'intérêt général et du fait qu'elles indiquent « vous veillerez également à ce que le rapport d'activité comporte effectivement tous les éléments indiqués ».⁹⁶ Cela peut être vu comme une porte ouverte à un véritable contrôle d'opportunité puisqu'on ne sait pas quelle est la limite exacte au-delà de laquelle l'objet est imprécis. Toutefois, un tel contrôle est en pratique minime et la place de la liberté de création du fonds reste considérable.

Dernièrement, le notaire peut intervenir pour la création du fonds de dotation. Elle n'est pas systématique mais obligatoire en cas de création du fonds par legs et en présence d'immeuble. Il est aussi utile de préciser que le notaire interviendra ensuite au cours de la vie du fonds pour l'acceptation de toutes les donations consenties dans l'acte écrit et les legs consentis à l'organisme ainsi que pour toute mutation immobilière.⁹⁷

Les conditions de forme de la création du fonds sont simples. Ainsi la création se fera-t-elle rapidement. Le délai moyen de constitution d'un fonds de dotation est d'un mois.⁹⁸ De plus, les créateurs peuvent s'appuyer sur des notices explicatives comme celles de la Préfecture de Paris par exemple. Les fondateurs sont donc fortement encouragés à la création du fonds.

Aux Etats-Unis, à l'instar de la France, la liberté de création prévaut. Elle est totale

⁹⁶ AMBLARD Colas, *Fonds de dotation, Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2nde édition, Wolters Kluwer, collection Lamy Axe droit, novembre 2015

⁹⁷ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2nde édition, Juris éditions, 2014

⁹⁸ VINCENT Yannick, *Le fonds de dotation ou comment concilier philanthropie et optimisation fiscale : un outil à (re)découvrir*, Revue de droit des sociétés n° 1, Lexis Nexis, Janvier 2014, étude 1, p5

puisque seul un écrit est requis. En réalité, l'écrit n'est pas obligatoire mais le fonds de dotation est créé par une libéralité particulière, une libéralité qui a une restriction, et cette restriction ne sera respectée que si elle a été écrite. Cela ressort des sections 2 et 6 de l'UPMIFA qui disposent que l'on se référera à la restriction du créateur si elle est clairement formulée par écrit. L'organisme se référera toujours à cette volonté lors du fonctionnement du fond. Tout au long de l'UPMIFA, il est affirmé que la restriction consistant à n'utiliser que les revenus de la dotation, et la volonté du créateur du fonds en général, sont contenues dans le « *gift instrument* ». La section 2(3) de l'UPMIFA le définit comme « une trace écrite ou des traces écrites, d'après laquelle ou lesquelles la propriété est transférée à un fonds caritatif » et l'*endowment fund* est un de ces fonds. Le commentaire de cette disposition explique que ce *gift instrument* est « la trace écrite qui établit les termes d'une libéralité et qui peut consister en plusieurs documents. La définition [donnée par la section 2 (3)] clarifie le fait que les seules restrictions obligatoires de la libéralité sont celles qui sont écrites ». Il précise que par « trace écrite », on entend « l'information qui est inscrite sur un *medium* concret ou qui est conservé par un *medium* électronique ou autre et qui est récupérable dans une forme intelligible ». Il ajoute que cette définition a été jointe pour clarifier le fait que la définition d'un instrument inclut les traces électroniques, conformément section 2(8) de l'*Uniform Electronic Transactions Act* de 1999, la loi fédérale sur les transactions électroniques. C'est donc une notion très large. Concrètement, il s'agit d'un écrit sous n'importe quelle forme, même électronique. Le commentaire de l'UPMIFA affirme que cela inclut le testament, un *deed* ou un accord. Cela peut également être une correspondance du créateur avec l'organisme financé par l'*endowment fund*.⁹⁹ Le commentaire précise même que cet écrit peut être constitué par les *solicitation materials*, c'est-à-dire les documents écrits que l'organisme a utilisé pour solliciter des dons. Par exemple, si cette sollicitation suggère par écrit que les dons qui lui seront faits en raison de cette sollicitation seront utilisés comme un *endowment fund*, cet écrit pourra devenir une partie, avec d'autres écrits, de ce qui sera considéré comme un *gift instrument*. La section 3(a) de l'UPMIFA dispose en outre que la gestion de l'*endowment fund* est « sujette à l'intention du créateur exprimée dans un *gift instrument* ». Son commentaire nuance en affirmant que même si l'organisme a un devoir général de s'y conformer, cela ne signifie pas que le créateur peut ou doit contrôler entièrement la gestion de l'organisme, car un autre devoir fondamental est celui de respecter le *charitable purpose* de l'organisme. D'après la section 6(a) de l'UPMIFA, une modification doit aussi respecter la volonté du créateur telle qu'exprimée dans le *gift instrument*.¹⁰⁰ L'écrit est donc nécessaire pour créer un *endowment fund*. Mais il est conçu

⁹⁹ GARDINER Nanacy Bader, MARX Frederic J, ALLEN Richard C et al, *Charitable Giving Conference Major Issues Facing Donors and Families ; Latest Legislative Developments*, MCLE Inc, 2005

¹⁰⁰ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act (UPMIFA)*, Conférence annelle, 14 juillet 2006 et son commentaire

de manière extensive.

Il faut spécifier que les Etats fédérés peuvent aussi prévoir des conditions de forme supplémentaires, mais pour la majorité des Etats, ce n'est pas le cas. Pour créer un *endowment fund*, le ou les fondateurs devront cependant vérifier si l'Etat concerné ne pose pas d'autres conditions.

Il est conseillé aux donateurs de procéder à un *Statement of Intent*, à un *Indenture* ou à un *Endowment Fund Agreement*. Ce sont des documents qui donnent des consignes quant à la gestion de la dotation et qui expliquent pourquoi le fondateur a créé le fonds. Cet écrit n'est pas requis juridiquement, mais cela est très souvent rédigé en pratique.¹⁰¹ Le document est fréquemment rédigé par l'organisme bénéficiaire qui souhaite avoir la plus grande marge possible dans la gestion du fonds et donc utilisera les termes les plus larges possibles. Les grands organismes comme, par exemple, les universités utilisent des modèles qui seront adaptés et complétés par le créateur de l'*endowment fund*.¹⁰² Malgré le nom de ses documents qui peut porter à confusion, l'acte de création de l'*endowment fund* reste une libéralité faite à l'organisme. Les écrits sont utilisés pour que la volonté du créateur soit certaine. Ce sont des traces écrites qui sont conservées par l'organisme et servent de référence dans la gestion de l'*endowment fund*.

En ce qui concerne la déclaration, elle n'existe pas pour l'*endowment fund*. Il s'agit seulement d'une libéralité. Toutefois, le créateur peut créer un organisme caritatif à cette occasion ou bien adresser sa libéralité à un organisme existant. Il a le choix.¹⁰³ En cas de création d'un organisme, des formalités de déclaration peuvent être requises selon la forme souhaitée, mais ce ne sont pas des conditions de forme relatives à l'*endowment fund* lui-même.

En somme, le droit étasunien est très souple concernant les conditions de forme et donne une grande importance à la volonté du créateur du fond. L'écrit requis peut être de n'importe quelle nature. Il est demandé pour des raisons pratiques. Des conversations orales manquent d'officialité et le créateur a pu mal s'exprimer. On retrouve le pragmatisme du cadre juridique étasunien qui assure la liberté de création du fonds. Le législateur français, par la loi LME s'était rapproché de cet esprit avec le principe de liberté statutaire et du système déclaratif simplifié. Des formalités subsistent, mais elles sont légères. Même si une évolution vers un plus grand contrôle s'est opérée, celui-ci reste réduit. La liberté de création et la primauté de la volonté du fondateur ressortent de ces conditions de forme. La première permet de ne pas dissuader de potentiels créateurs par de trop longues et complexes formalités et la seconde est un élément d'incitation. Les créateurs de fonds préfèrent que leur volonté soit respectée, comme l'a déclaré

¹⁰¹ KLEIN Peter, BERRIE Angelica, *A passion for giving : tools and inspiration for creating a charitable foundation*, Wiley, 2012, page 60

¹⁰² Cf Annexe

¹⁰³ BHATTI Ayesha, ASHRAF Junaid, AKHTAR M. Farhan, *Understanding Endowment Funds (Technical Note)*, 2014

Madame Marguerite Lenfest, milliardaire et philanthrope, « le riche doit s'asseoir, décider la somme nécessaire à sa descendance et *décider* quoi faire avec le reste » (italiques ajoutés). Le droit français s'est ainsi grandement rapproché du modèle étasunien de charité, malgré de plus nombreuses conditions générales de forme. Il en est de même en ce qui concerne la temporalité du fonds, conséquence du formalisme.

B – Les incidences du formalisme sur la temporalité du fonds

Le formalisme simplifié concernant la création du fonds de dotation et de l'*endowment fund* a des conséquences directes sur leur temporalité. Aux Etats-Unis comme en France, ces conséquences sont relatives à la date de la création ainsi qu'à sa durée et sa fin.

Tout d'abord, on distingue deux modes de création du fonds de dotation et de l'*endowment fund* : la création directe et la création *postmortem*, car on peut créer un fonds par donation ou par testament. Les formalités françaises, absentes aux Etats-Unis, rendent la temporalité du fonds différente. En France, le fonds acquiert la personnalité morale à compter de la date de publication au Journal Officiel de la déclaration faite en préfecture. Cette formalité est donc essentielle. La création du fonds est directe lorsqu'elle se produit durant l'existence de la ou des personnes morales fondatrices ou du vivant du ou des fondateurs. Grâce au formalisme simplifié, et donc à la rapidité de la création, il est recommandé aux personnes physiques de le faire de leur vivant. Il n'y a pas d'obstacle d'ordre psychologique dissuasif, pour les personnes âgées, dû à la longueur de la procédure. Un autre avantage consiste en le fait qu'elles pourront déterminer de leur vivant la composition du conseil d'administration et l'objet social précis du fonds.¹⁰⁴

La création *postmortem* est prévue expressément par l'article 140 IV de la loi LME pour les personnes physiques. Celui-ci dispose qu'un « legs peut être fait au profit d'un fonds de dotation qui n'existe pas au jour de l'ouverture de la succession à condition qu'il acquière la personnalité morale dans l'année suivant l'ouverture de celle-ci. Dans ce cas, la personnalité morale du fonds de dotation rétroagit au jour de l'ouverture de la succession ». Le legs lui-même ne suffit pas, les formalités sont nécessaires. Celles-ci seront exécutées par des personnes désignées par le testateur. Ils auront la saisine sur les immeubles et meubles légués pour l'accomplissement des formalités de constitution du fonds. Si le testateur n'a désigné personne, cela sera fait par une fondation reconnue d'utilité publique, un fonds de dotation ou une association reconnue d'utilité publique. La loi LME ne précise pas qui désignera ces derniers. En pratique, le préfet assume cette fonction. Par suite, il est opportun que le notaire conseille le

¹⁰⁴ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014

testateur afin qu'il n'oublie pas de choisir les personnes en question. Une fois les formalités accomplies, la date de création du fonds rétroagira à celle du décès du testateur.¹⁰⁵ Le formalisme, bien que simplifié, a de réelles répercussions sur la date de naissance du fonds. Le système de création directe est plus incitatif que celui de la création *postmortem* qui est plus complexe. Toutefois, les deux modes de création restent souples et favorisent la constitution d'un fonds.

Aux Etats-Unis, la création directe et la création *postmortem* sont pareillement possibles. Cependant, en raison de l'absence de déclaration du fonds et de publicité des statuts, l'*endowment fund* est créé dès la libéralité faite. Il n'y aura aucune différence entre les deux modes de création quant à la date de formation du fonds. En cela, le modèle étasunien reste plus attractif et encourage plus la philanthropie.

D'autre part, concernant la durée du fonds de dotation, en France, le principe est celui du libre choix de sa durée. Elle peut être déterminée ou indéterminée. Il faudra le préciser, comme on l'a vu, dans les statuts. En l'absence de précision dans ceux-ci, d'après la circulaire de 2009, le fonds est présumé avoir été constitué pour une durée indéterminée. Par conséquent, il n'est opportun de stipuler une durée dans les statuts que pour les fonds de relative courte durée. Dans ce cas, le risque serait d'oublier l'existence d'un terme et de se retrouver dans l'obligation de modifier les statuts pour éviter qu'il ne soit mis fin à l'activité du fonds alors que cette dernière devait être pérenne. La fin, donc la durée du fonds de dotation, peuvent résulter de la mission qu'a confiée ou qu'ont confiée les fondateurs s'il a été constitué pour atteindre un objectif particulier. On a pu penser que, en cas de consommation de la dotation, il était nécessaire de préciser la durée dans les statuts. Mais dans le silence de la loi, cela n'est pas exigé.¹⁰⁶ Cette réglementation semble logique et facile à comprendre. Les potentiels fondateurs n'en seront pas surpris et ne seront pas dissuadés de créer un fonds. De cette cohérence résulte une invitation à la philanthropie.

Aux Etats-Unis, comme en France, la liberté de choix de la durée du fonds est affirmée. La section 4(a) de l'UPMIFA dispose que « soumis à l'intention du créateur exprimée dans le *gift instrument*, l'organisme gérant l'*endowment fund* détermine [entre autres] la durée pour laquelle l'*endowment fund* est établi ». Le (b) de la même section ajoute que pour limiter le pouvoir de l'organisme de choisir les dépenses, un *gift instrument* doit spécifiquement stipuler la limitation. Un donateur ou un testateur peut ainsi donner des consignes spécifiques concernant la fin du fonds ou la date jusqu'à laquelle l'usage du *principal* sera limité. L'*endowment fund* est conçu pour apporter une source de revenu pérenne à l'organisme. On ne trouvera donc que rarement des *endowment funds* avec une durée limitée. En revanche, le second cas est courant en pratique.

¹⁰⁵ AMBLARD Colas, *Fonds de dotation, Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2^{de} édition, Wolters Kluwer, collection Lamy Axe droit, novembre 2015

¹⁰⁶ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014

L'UPMIFA considère qu'en acceptant la libéralité, l'organisme se conforme à la restriction et cette dernière déterminera les décisions de l'organisme. Le créateur précisera par écrit s'il s'agit d'un *term endowment fund*, ou *temporarily restricted endowment fund*, ou bien d'un *true endowment fund*, ou *permanently restricted endowment fund*. Dans le premier cas, une période spécifique ou un événement mettant fin à un certain temps sera précisée. Durant cette période de temps, le *principal* ne pourra pas être utilisé, mais seulement ses revenus. L'*endowment fund* aura donc une durée limitée. Dans le second cas, le principal ne pourra jamais être dépensé. L'*endowment fund* n'aura donc pas de durée limitée. Cela sera déduit de l'écrit ou des écrits formant l'acte de création de l'*endowment fund* au moyen de la *rule of construction*, la règle d'interprétation contenue par la section 4 de l'UPMIFA. Si le créateur a été clair quant à la durée du fonds et de sa restriction, l'organisme devra respecter son souhait. Cependant, de nombreux créateurs ne le précisent pas. Dans ce cas, la règle d'interprétation de la section 4 de l'UPMIFA résoudra l'ambiguïté. Cette section dresse une liste des facteurs à prendre en compte pour l'interprétation. Ces facteurs sont « la durée et la préservation de l'*endowment fund*, les objectifs de l'organisme et de l'*endowment fund*, les conditions économiques générales, l'effet possible de l'inflation ou de la déflation, les retours totaux attendus des revenus et des investissements, les autres ressources de l'organisme et la politique d'investissement de l'organisme ». La question de savoir si on pouvait appliquer une règle d'interprétation rétroactivement, c'est-à-dire aux *endowment funds* créés avant l'entrée en vigueur de l'UPMIFA dans les Etats fédérés, s'est posée. Cette question avait déjà été soulevée sous l'empire de l'UMIFA. Le Sénat du New Hampshire avait demandé à la Cour Suprême du New Hampshire, au moment de l'adoption de l'UMIFA, si son application serait contraire à une disposition constitutionnelle de cet Etat interdisant les lois rétroactives. La Cour répondit dans son opinion par la négative.¹⁰⁷ On peut aussi se référer au *Joint Editorial Board for Uniform Trusts and Estates Acts Statement (JEB Statement)*, une déclaration relative au patrimoine et aux trusts rédigée par une commission l'ULC et citée par les juridictions fédérées.¹⁰⁸ Elle n'a pas de valeur normative, mais elle est tout de même appliquée dans les Etats fédérés qui la citent. Dès lors, elle a une force persuasive et normative de fait. Le *JEB Statement* explique que le but d'une norme prohibant la rétroactivité est de protéger le bénéficiaire de la libéralité qui s'appuie sur le droit existant. Par définition cependant, ces règles d'interprétation s'appliqueront seulement aux situations dans lesquelles le donateur ou le testateur n'a pas expliqué clairement son intention et par conséquent ne s'est pas appuyé sur la règle d'interprétation. De plus, la non-rétroactivité poserait de sérieuses difficultés pratiques ; les organismes devraient garder plusieurs dossiers pour chaque *endowment fund* créé avant

¹⁰⁷ New Hampshire Supreme Court, Opinion of the Justices, Request of the Senate No. 6667, 113 N.H. 287, 306 A.2d 55 (1973)

¹⁰⁸ Par exemple, Colorado Supreme Court, *Re Estate of DeWitt*, 54 P. 3d 849 (2002)

l'UPMIFA. Une telle mesure serait contre-productive. C'est pourquoi la rétroactivité de la règle d'interprétation de la section 4 de l'UPMIFA a été admise sur le territoire des Etats-Unis. En ce qui concerne la durée de l'*endowment fund*, tout est fait pour que la volonté du créateur soit respectée. Si elle est clairement mise par écrit, elle devra être suivie. Si elle n'est pas claire, l'organisme utilisera un faisceau d'indices pour interpréter le *gift instrument*. Ainsi, les philanthropes, sachant que leur volonté quant à la durée du fonds sera respectée, de leur vivant et surtout après leur mort, seront plus enclins à créer un *endowment fund*.

Aux Etats-Unis aussi bien qu'en France, le formalisme a des incidences sur la fin et donc la durée du fonds. En France, il a aussi une incidence sur sa naissance. Dans les deux Etats, le principe est celui de la liberté de choix. Il faudra seulement l'indiquer. La volonté du créateur est ainsi cruciale dans les deux pays. Les philanthropes souhaitent en général laisser une trace après leur mort. S'ils savent que leur volonté subsistera après leur décès, ils seront plus encouragés à créer un fonds. Comme le résume Monsieur Nicolas Truffinet, « en matière de don, rien n'est gratuit ».¹⁰⁹ Cette incitation en France comme aux Etats-Unis démontre un rapprochement du droit français vers le modèle étasunien de charité.

Le formalisme simplifié et ses conséquences temporelles au moment de la création du fonds marqués par cette convergence des deux droits contrastent avec la condition particulière relative à la forme du fonds. Celle-ci révèle que le législateur français n'est pas allé jusqu'au bout du rapprochement, malgré une souplesse accentuée des conditions générales de forme de la création du fonds.

¹⁰⁹ TRUFFINET Nicolas, *Géopolitique des fondations philanthropiques américaines*, La Revue géopolitique, 21 juillet 2011

II - La condition particulière relative à la forme du fonds

Avec les conditions de fond souples et le formalisme simplifié, le droit français a montré une évolution claire vers le modèle de charité en favorisant la création de fonds de dotation et donc la philanthropie. Même si la réglementation n'est pas identique, elle procède du même esprit. Toutefois, par le législateur français n'est pas allé jusqu'au bout du rapprochement. Le fonds de dotation est une personne morale à part entière alors que l'*endowment fund* est un simple mécanisme juridique de financement. La forme du fonds, à savoir une personne morale, une condition de forme particulière française qui n'existe pas pour la création de l'*endowment fund* (A). Ce dernier est un groupement de biens alors que le fonds de dotation peut à certains égards être considéré comme un groupement de personnes (B). Il s'agit de la plus grande différence entre le fonds de dotation et de l'*endowment fund*.

A – Du simple mécanisme juridique de financement à la personne morale

En France, le fonds de dotation, comme on l'a précisé, acquiert la personnalité morale à compter de la date de publication au journal officiel de la déclaration faite en préfecture. S'il est créé par legs, la personnalité morale rétroagit au jour du décès du testateur¹¹⁰ afin « d'éviter la vacance des biens légués ». ¹¹¹ Le fonds de dotation est tenu d'acquérir cette personnalité juridique. Il ne peut pas rester un groupement de fait, comme par exemple une simple affectation de réserve d'une fondation. ¹¹² C'est pourtant ce qui se produit aux Etats-Unis. Le fonds de dotation est une personne morale, c'est-à-dire un sujet de droit à part entière alors que l'*endowment fund* est simplement un mécanisme permettant le financement de la personne morale à laquelle il est rattaché. Le fonds de dotation est une entité distincte, un être en soi qui jouit de la personnalité juridique¹¹³. Il dispose donc d'un patrimoine propre, indépendant de son ou ses fondateurs, exerce une activité distincte de ses membres, contracte et emploie du personnel salarié. Il peut également ester en justice en vue de défendre ses intérêts et voir engagée sa propre responsabilité civile et pénale. Toutefois, ses activités doivent demeurer au service de son but non lucratif. ¹¹⁴ Il bénéficie de tous les attributs de la personnalité juridique ; il

¹¹⁰ Article 140 de la loi du 14 août 2008 : Modernisation de l'économie

¹¹¹ VINCENT Yannick, *Le fonds de dotation ou comment concilier philanthropie et optimisation fiscale : un outil à (re)découvrir*, dans Revue de droit des sociétés n° 1, Lexis Nexis, Janvier 2014, étude 1, p5

¹¹² DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014

¹¹³ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 10^e édition, Quadriga, PUF, 2014, définitions de « personne » et « théorie de la personnalité morale »

¹¹⁴ AMBLARD Colas, *Fonds de dotation, Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2^{de} édition, Wolters Kluwer, collection Lamy Axe droit, novembre 2015

a des droits et obligations, une nationalité propre et une dénomination spécifique. Cette dernière a pu soulever des difficultés.

Le principe concernant la dénomination du fonds de dotation est la liberté de choix. Le fondateur peut choisir la dénomination qu'il souhaite pour son fonds. Celle-ci sera ensuite protégée contre son utilisation par une autre personne d'une dénomination identique ou suffisamment proche pour être source de confusion. Cependant, le législateur n'a pas prévu d'interdiction à d'autres groupements d'utiliser le terme « fonds de dotation », contrairement à ce qui existe pour les fondations selon l'article 20 de la loi du 23 juillet 1987. Le fonds de dotation ne peut par ailleurs pas utiliser le terme « fondation » d'après cet article qui dispose que seules les fondations peuvent en faire usage dans leur dénomination. Il ne peut pas non plus utiliser les autres termes réservés, comme par exemple le terme « université ». Le fonds de dotation n'a néanmoins aucune obligation de préciser sa nature juridique à côté de sa dénomination sur les documents officiels. En pratique, les termes « *foundation* » et « institut » sont acceptés par les préfetures. En septembre 2014, sept fonds de dotation utilisaient le terme « *foundation* » dans leur dénomination.¹¹⁵ La loi de 1987 précitée ne réserve que le terme « fondation » et non pas « *foundation* ». Malgré cela, il semble incohérent que le terme soit accepté, la confusion entre le terme anglais et le terme français pouvant se faire aisément. De plus, le fonds de dotation n'est pas une « *foundation* » anglo-américaine. Une autre difficulté a été de savoir si un fonds de dotation créé par une entreprise peut employer son nom dans la dénomination. La question n'a été tranchée ni par le législateur ni par les juridictions, alors que l'article 238 bis du CGI l'autorise expressément pour les fondations d'entreprise. L'enjeu en présence est le fait que l'utilisation du nom peut être vue comme une contrepartie faisant perdre à un versement ultérieur son caractère libéral et celui-ci perdrait donc le régime fiscal avantageux pour son auteur.¹¹⁶

Aux Etats-Unis, la position est inverse. L'*endowment fund* est une catégorie de fonds avec charge, de *restricted fund*. Par conséquent, il n'est qu'une libéralité créée dans le but de subvenir aux besoins d'un organisme caritatif de manière pérenne, de « maximiser le soutien de la mission caritative d'une fondation donnée »¹¹⁷. C'est une manière de soutenir une personne morale très utilisée et conseillée.¹¹⁸ L'*endowment fund* est adossé à l'organisme qu'il finance et en est indissociable. Il n'est pas une personne morale et n'a donc pas de dénomination, de nationalité ou de domicile propre contrairement au fonds de dotation. Toutes ses caractéristiques seront celles de la personne qui reçoit la libéralité, la *legal structure*. Celle-ci peut être un organisme sans but

¹¹⁵ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2nde édition, Juris éditions, 2014, p56

¹¹⁶ *Ibid*

¹¹⁷ MCAVOY Jerry J, MIREE Kathryn W, *Family Foundation Handbook*, Wolters Kluwer, 2015, page 8087

¹¹⁸ GARDINER Nanacy Bader, MARX Frederic J, ALLEN Richard C et al, *Charitable Giving Conference Major Issues Facing Donors and Families ; Latest Legislative Developments*, MCLE Inc, 2005, p16, Les auteurs conseillent un *endowment fund* lorsque quelqu'un veut faire une donation conséquente à un destinataire privilégié.

lucratif ou un *charitable trust*¹¹⁹. Cela provient de l'esprit de ce mécanisme qui ne fait qu'apporter une aide à une cause, donc à une personne morale. Les bénéficiaires de l'*endowment fund* peuvent être des *charitable trusts*, c'est-à-dire des *trusts* qui ont un *charitable purpose* tel que défini au début de ce mémoire. Ils peuvent aussi être un organisme sans but lucratif. Le plus souvent, il s'agira de *private foundations*, de fondations privées. Ces dernières sont des entités indépendantes fondées par une personne physique, plusieurs personnes physiques, en général une famille, une société ou plus largement une entreprise. Le terme *private foundation* est connoté dans le sens où on sous-entend un *charitable purpose*, mais juridiquement, le terme n'est pas nécessairement un organisme caritatif ou même une organisation sans but lucratif. L'entité sera reconnue comme exemptée fiscalement seulement en justifiant auprès de l'IRS qu'elle est organisée et fonctionne dans un « *charitable purpose* ». Il s'agira alors d'une *private foundation* comme on l'entend généralement. Fondée par un petit nombre d'individus, par une seule libéralité ou plusieurs importantes libéralités qui formeront un *endowment fund*. Les revenus de l'*endowment* seront ensuite utilisés pour financer ses activités, conformément au *charitable purpose* de la *private foundation*. Cela est interdit en France, les fondations et les fonds de dotation étant deux personnes morales distinctes. La *private foundation* se distingue en cela de la *public charity* qui lève des fonds auprès de la population régulièrement pour être conforme à ses besoins d'organisation ainsi qu'à son objectif caritatif et n'utilise généralement pas d'*endowment fund*.¹²⁰ D'autres personnes morales telles que les universités sont financées par des *endowment funds*.

Ils sont donc conçus comme un moyen de financement intrinsèquement lié à l'organisme qu'ils soutiennent. Ce soutien se concrétise à travers la libéralité qui crée l'*endowment fund*, ce transfert de biens. Mais il faut aussi les gérer pour qu'ils produisent une source de revenus durable. Par les organes qui gèrent l'*endowment fund*, on se rapproche de la personne morale, mais ils n'ont pas les attributs de cette dernière. Ils ont un rôle non négligeable surtout depuis l'évolution récente des *endowment funds*. C'est pourquoi on ne peut pas dire que l'*endowment fund* est totalement rattaché à la personne morale qu'il finance. Depuis les années 1970, les marchés financiers ayant été globalisés, les *endowment funds* ont changé leur action. Ils sont devenus un moyen d'augmenter les retours d'investissement alors qu'auparavant ils étaient seulement un moyen de générer des revenus réguliers. Comme on le verra dans la seconde partie, le fait de diversifier les investissements et de prendre plus de risques a rendu la gestion des *endowment funds* plus opaque ainsi que le rôle des gestionnaires plus important et de plus en

¹¹⁹ EDIE John A., *Family Foundations and the Law*, Council for Foundations, 1999

¹²⁰ MOORE Jonathon A., *A Practical Guide to International Philanthropy*, Cambridge University Press, 2010

plus spécifique¹²¹. Le législateur français ne souhaitait pas cette opacité et voulait faciliter le contrôle du fonds. Une personne morale à part entière est plus aisément contrôlable qu'un tel mécanisme.

L'endowment fund doit respecter la volonté de son créateur. Suivant les objectifs de ce dernier et la forme souhaitée, *l'endowment fund* sera très différent. Deux options sont possibles pour le créateur. Il peut créer un organe de gestion pour superviser les activités du fonds. Cet organe peut avoir diverses formes. Cela peut être une personne morale nouvellement constituée ou un comité au sein de l'organisme déjà existant. Par exemple, l'Université d'Harvard a créé une société en 1974, la *Harvard Management Company* « pour produire des résultats à long terme par des investissements afin de soutenir les besoins en matière d'éducation et de recherche de l'université »¹²². Un *endowment fund* peut aussi être créé sans pour autant constituer une entité à but non lucratif dans le même temps. La personne morale bénéficiaire de la libéralité formera un organisme dédié à la gestion. C'est cette option qui a été choisie par l'université de Yale.

L'endowment fund n'a jamais la personnalité morale. Il est rattaché à la personne qui reçoit la libéralité. Toutefois, le droit français est proche du droit étasunien lorsque celui-ci admet la création d'une *charitable entity* en même temps que *l'endowment fund*. Dans ce dernier cas, la solution française semble même plus simple.

Le fonds de dotation dispose en outre d'un patrimoine distinct en tant que personne morale. D'après l'article 140 I de la loi LME, il peut détenir des « biens et droits de toute nature ». Il peut recevoir des libéralités sans restrictions. Ces libéralités s'ajouteront au montant de la dotation initiale. Il a aussi la capacité de détenir des biens mobiliers comme immobiliers.¹²³ Toutefois, comme on l'a évoqué précédemment, le fonds de dotation ne peut pas, par principe, recevoir de subventions publiques, sauf autorisation conjointe des ministres des Finances et du Budget. De plus, il peut faire appel à la générosité publique. Dans ce cas, il doit établir une demande d'autorisation préalable adressée à l'autorité administrative. Le dossier de la demande doit indiquer les objectifs poursuivis, les périodes, les modalités d'organisation de la campagne d'appel à la générosité publique.¹²⁴

Le *corpus* ou *principal* est la somme des libéralités reçues, c'est-à-dire la libéralité initiale et celles qui s'y ajouteront lors du fonctionnement du fonds.¹²⁵ C'est ce qui se produit en

¹²¹ HUMPHREYS Joshua, *Educational Endowments and the Financial Crisis: Social Costs and Systemic Risks in the Shadow Banking System*, Center for Social Philanthropy, Tellus Institute, Boston, 2010

¹²² *Harvard disclosure*, September 11, 2012

¹²³ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014, p66 et suivantes

¹²⁴ BUTSTRAEN Laurent, GUAY Philippe, *Le fonds de dotation Nouveau souffle du mécénat*, Deloitte, décembre 2010

¹²⁵ HUMPHREYS Joshua, *Educational Endowments and the Financial Crisis: Social Costs and Systemic Risks in the Shadow Banking System*, Center for Social Philanthropy, Tellus Institute, Boston, 2010)

pratique. De nombreuses universités le précisent dans les rapports qu'elles présentent à propos de leurs *endowment funds*. L'université de Harvard a fait le choix de gérer ensemble les nombreux *endowment funds* qui ont été créés à son profit si le créateur ne s'y est pas opposé par écrit.¹²⁶ Une loi fédérée générale de Caroline du Nord ou plus précisément l'article 116-36 (j) du *North Carolina General Statute* dispose que toute donation ou legs accordé à l'université de Caroline du Nord, *North Carolina State University*, ou un département ou une division de l'université sera considérée comme une partie de l'*endowment fund* de l'université.¹²⁷ On remarque que différents *endowment funds* peuvent être gérés ensemble ou au contraire, séparément selon le choix du bénéficiaire si le créateur n'en a pas disposé autrement. L'*endowment fund* n'a, par suite, pas de patrimoine propre, attribut de la personnalité morale. La raison est que, contrairement au fonds de dotation, il n'est pas une personne morale.

A travers la question de la forme du fonds, on retrouve le pragmatisme du droit étasunien qui a un cadre juridique limité, tandis que le droit français impose la personnalité morale comme condition de forme de la création afin de faciliter le contrôle et de réduire l'opacité de la gestion. Un cadre plus officiel pour le fonds de dotation est mieux adapté à la tradition juridique française qui procède par qualification et préfère les catégories juridiques à la pratique sans réglementation en amont. Le législateur s'est inspiré de l'*endowment fund*, mais a repris des traits de personnes morales de droit français, l'association et la fondation¹²⁸. La greffe juridique, ou le recours et l'implantation par un Etat d'une règle, d'une institution, d'un concept de droit étranger¹²⁹, n'a donc pas entièrement pris. Le fonds de dotation est un exemple de cette « *transplantation* »¹³⁰, qu'on la nomme « réception »¹³¹, « circulation des modèles juridiques »¹³² ou « contamination »¹³³. Le fonds de dotation est la transplantation du mécanisme juridique qu'est l'*endowment fund*, mais le milieu, à savoir le contexte français d'encadrement de la philanthropie, a empêché d'aller jusqu'au bout du rapprochement. Aux Etats-Unis, les acteurs agissent en premier lieu et le droit intervient dans un second temps, comme remède, s'il y a des problèmes. En France, l'environnement juridique est différent ; les règles sont promulguées d'abord et, ensuite, les acteurs agissent en conformité. Le modèle étasunien de philanthropie en est

¹²⁶ Site internet de l'université de Harvard

¹²⁷ Site internet de North Carolina State University

¹²⁸ BERGEAL Catherine "N'ayez pas peur des fonds de dotation!", *Fonds de dotation : Paroles d'acteurs*, Dossier JA n°395/2009, p14

¹²⁹ WATSON Alan, *Legal Transplants Transplants : An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974

¹³⁰ D'après WATSON Alan, *Legal Transplants : An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974 et KAHN-FREUND Otto, « On Uses and Misuses of Comparative Law », *Modern Law Review*, 37, 1974

¹³¹ D'après DOUCET Michel, VANDERLINDEN Jacques, *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994

¹³² D'après SACCO Rodolfo, *La circulation des modèles juridiques*, dans Rapports généraux au XIIe Congrès international de droit comparé, Montréal 1990 (1992)

¹³³ D'après MONATERI Pier Giuseppe, *The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures*, Global Jurist Advances, Issue 3, Article 5 (2001)

caractéristique. Plus que dans tous les autres domaines, les acteurs agissent en premier librement afin de voir ce qui fonctionne le mieux. Les *endowment funds* sont très nombreux et permettent le fonctionnement de nombreux organismes caritatifs. En conséquence, le droit étasunien ne requiert pas d'autres conditions de forme. En France, bien que le législateur ait voulu une grande liberté de création, il a aussi émis une condition supplémentaire de forme, la personnalité morale. C'est la limite du rapprochement vers le modèle de charité. Toutefois, on a vu que la création était aisée et on verra que le fonctionnement est similaire. Le rapprochement est donc réel, même si le législateur a ajouté une condition pour que le mécanisme soit adapté à la société française et, dès lors, utilisé. Au vu du nombre de fonds de dotation créés, on peut considérer que cela a porté ses fruits.

B – Du groupement de biens au groupement de personnes

Le fonds de dotation et sa qualité de personne morale ne sauraient être appréhendés distinctement des statuts qui tiennent lieu de loi entre les fondateurs et les administrateurs et qui régissent le fonctionnement interne et les rapports entre les différentes parties prenantes du fonds de dotation.¹³⁴ Ils ne sauraient non plus être conçus distinctement de la libéralité créant la dotation initiale. Pour l'*endowment fund*, la première affirmation est fautive car il n'a pas de personnalité morale. En revanche, la seconde est vraie. Le fonds de dotation et l'*endowment fund*, par ces actes juridiques de création, peuvent s'appréhender de différentes manières. Tout d'abord, le fonds de dotation et l'*endowment fund* peuvent tous deux être créés par une seule personne. Par conséquent, ils peuvent être considérés comme un acte unilatéral, c'est-à-dire un acte juridique qui émane d'une seule personne, d'une volonté unique. Ils peuvent également être analysés comme des groupements de biens, c'est-à-dire comme des réunions de biens en vue d'une action commune ou d'actions coordonnées.¹³⁵ Le fonds de dotation peut même être appréhendé comme un groupement de personnes dans certaines situations, c'est-à-dire comme des réunions de personnes en vue d'une action commune ou d'actions coordonnées.¹³⁶

Quand le fonds est créé par une seule personne, l'acte de création du fonds de dotation ou de l'*endowment fund* peut être considéré comme un acte unilatéral, mais pour des raisons différentes. Tout d'abord, l'acte de création de l'*endowment fund* est une catégorie de libéralités : de donation ou de legs. L'*American Law Institute* classe l'*endowment fund* dans les libéralités, et

¹³⁴ AMBLARD Colas, *Fonds de dotation, Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2^{de} édition, Wolters Kluwer, collection Lamy Axe droit, novembre 2015

¹³⁵ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 10^e édition, Quadriga, PUF, 2014

¹³⁶ *Ibid*

plus particulièrement dans une catégorie de techniques pour les libéralités à but caritatif.¹³⁷ Les legs ne posent pas de problème. Le testament est, en droit étasunien comme en droit français un acte unilatéral. La donation est un contrat, c'est-à-dire une convention entre deux ou plusieurs personnes en vue de faire naître une ou plusieurs obligations, en droit français. Certes, ce contrat est un contrat unilatéral, c'est-à-dire qu'il ne fait naître des obligations qu'à la charge du donateur mais pas du donataire, et ses règles varient quelque peu du régime de droit commun des contrats, mais il reste un contrat.

En droit étasunien et, plus largement, dans le système de *common law*, au contraire, il s'agit d'un acte unilatéral. Les donations et les contrats sont subordonnés à des normes différentes. Au début du XIX^{ème} siècle, James Kent, le *Chancellor* de New York, soit à l'époque le plus haut poste de juge à la cour de New York, avait suggéré qu'une donation soit considérée comme un contrat car elle serait fondée sur le consentement réciproque des parties et serait parfaite par la livraison de la chose.¹³⁸ Cependant, une fois que la théorie classique de *common law* des contrats a explicitement reconnu la théorie de la *consideration*, c'est-à-dire une contrepartie à l'obligation de l'autre partie nécessaire à la validité du contrat, comme son principe de base, il est devenu clair qu'un contrat ne pouvait se faire sans négociations. Au début du XX^{ème} siècle, l'idée de qualifier la donation de contrat avait été abandonnée.¹³⁹ Aujourd'hui, le droit étasunien ne considère pas la donation, même une fois qu'elle est acceptée, comme un contrat. Certains auteurs soulignent le fait que la théorie de la *consideration* n'est pas le seul obstacle à la qualification de contrat.¹⁴⁰ Le consentement du donataire en est également un.¹⁴¹ Une autre difficulté provient de la notion de contrat en *common law*. Elle considère la création d'obligations comme le trait déterminant de la responsabilité contractuelle. Le terme « contrat » se réfère en général aux obligations qui se créent dans le contexte de la promesse. Le paragraphe 1 du *Restatement (Second) of Contracts* définit le contrat comme « la promesse ou une série de promesses dont la violation est sanctionnée par la loi, ou dont le respect est un devoir ». Le *Restatement (Second) of Contracts* a été rédigé par l'*American Law Institute* en 1981 pour informer les juges et avocats des principes généraux des contrats en *common law*. Il est cité fréquemment comme une autorité persuasive aux Etats-Unis. Il définit la promesse comme « la manifestation de volonté de faire ou de ne pas faire de manière à démontrer qu'un engagement a

¹³⁷ On peut le voir dans l'article de Madame Stephanie Casteel qui dresse une liste des options possibles pour faire les dons en pleine propriété à des *charitable entities* : CASTEEL Stephanie, *Charitable Giving Techniques : From the Simple to the Sophisticated*, Estate Planning Course Materials Journal, American Law Institute, décembre 2015, volume 21, n°6, p 4

¹³⁸ KENT James, *Commentaries on American Law*, New York Halsted, 1826-1830

¹³⁹ HYLAND Richard, *Gifts A Study in Comparative Law*, Oxford University Press, 2009

¹⁴⁰ *Ibid*

¹⁴¹ Monsieur le Professeur Michael Bridge le résume par « la donation est très éloignée d'un contrat dans la tradition de *common law* », BRIDGE Michael G., *Personal Property Law*, Clarendon law series, Oxford University press, 3e édition, 2002

été pris ». La *common law* voit le contrat en termes d'obligations non respectées. A cet égard, il coïncide avec le langage commun. Les donations ne sont pas considérées comme des contrats par le sens commun en raison du fait que les donations ne créent généralement pas d'obligations. Quand les citoyens pensent aux contrats, ils pensent à ce que la loi requiert et les droits créés par la transaction. Les donations sont vues différemment. Elles suggèrent la bonne volonté et une relation de confiance. On considère alors qu'un acte qui produit des obligations légales ne peut pas être une donation en *common law*.¹⁴² L'*endowment fund* est donc un acte unilatéral.

En France, le fonds de dotation est créé par un acte unilatéral lorsqu'un seul fondateur est à l'origine de sa création. S'il y a plusieurs fondateurs, les statuts peuvent être considérés comme un contrat synallagmatique. Cela n'est pas possible aux États-Unis car l'*endowment fund* lui-même n'a pas de statuts. L'acte restera toujours une libéralité, un acte unilatéral.

Le fonds de dotation peut être analysé comme un groupement de biens car son élément fondamental reste la dotation initiale de son ou ses fondateurs. Le transfert se fait à titre gratuit et irrévocable. Il ne suppose aucune contrepartie au bénéfice de ces derniers en dehors de leur seule reconnaissance de leur qualité de fondateurs. En ce sens, on peut dire qu'il s'agit d'une réunion de biens en vue d'une action commune ou d'actions coordonnées, l'action correspondant à l'objet social, donc d'un groupement de biens. L'*endowment fund* correspond aussi à ces critères. Le transfert à titre gratuit est fait pour réaliser le *charitable purpose* de l'organisme financé. Il peut donc lui aussi être considéré comme un groupement de biens. Le fonds de dotation et l'*endowment fund* ne sont pas si différents lorsqu'on les observe à travers le prisme du groupement de biens. De cette manière, le droit français s'est vraiment rapproché du modèle étasunien.

Le fonds de dotation peut à certains égards être vu en outre comme un groupement de personnes. L'article 140 I alinéa 2 de la loi LME dispose que « le fonds de dotation est créé par plusieurs personnes physiques ou morales pour une durée déterminée ou indéterminée ». De plus, aucune disposition de cette loi n'interdit de l'envisager en tant que groupement de personnes. Le contrat de groupement de personnes est constitué par deux ou plusieurs personnes et nécessite l'existence d'obligations différentes qui peuvent impliquer des intérêts divergents mais aussi d'obligations identiques, fondées sur le partage d'un intérêt collectif. Le fonds de dotation peut répondre à cette exigence. Dès que le fonds est créé par plusieurs personnes, les statuts peuvent s'analyser comme des contrats synallagmatiques, c'est-à-dire des contrats conclus sur la base d'engagements réciproques. De surcroît, ces fonds réunissent des personnes, pour une durée déterminée ou indéterminée autour d'un but et d'un objet collectif autre que lucratif, l'objet du fonds déclaré en préfecture. En pratique, quarante-cinq pour cent des fonds de dotation créés

¹⁴² HYLAND Richard, *Gifts A Study in Comparative Law*, Oxford University Press, 2009

avant novembre 2015 ont été fondés par plusieurs fondateurs et ayant adopté un mode de fonctionnement décisionnel basé sur le consensus, voire sur le respect du principe démocratique, se concevant ainsi lui-même comme un groupement de personnes¹⁴³. Un tel constat est renforcé dès lors qu'il s'agit d'un fonds de dotation dit « opérationnel », c'est-à-dire qui réalise directement une œuvre ou une mission d'intérêt général. Il s'oppose aux fonds « de distribution » qui ont pour but de soutenir d'autres organismes sans but lucratif¹⁴⁴. Ces derniers sont les plus proches de l'*endowment fund*, tandis que les premiers correspondent plus au souhait du législateur français. La conséquence d'une telle conception est la possibilité, lorsque le fonds de dotation prend la forme d'un groupement de personnes, d'opérer un contrôle de légalité des actions engagées par les fondateurs au regard de l'intérêt commun qui est la finalité des actes.

Vu sous cet angle et en cas de pluralité de créateurs, le fonds de dotation s'apparentera à un contrat de groupement *sui generis* laissant libre cours à la technique contractuelle alors que l'*endowment fund* restera une libéralité donc un acte unilatéral, et non pas un contrat, ou un groupement de biens suivant une seconde analyse.

Ainsi, le fonds de dotation recouvre des réalités très différentes en fonction de la volonté exprimée par son ou ses fondateurs. C'est pourquoi on a pu parler d'un être « juridique hybride »¹⁴⁵ ; lorsqu'il est constitué par plusieurs personnes, sa nature juridique peut être assimilée à un groupement de personnes et à un acte d'affectation de biens.

En somme, le fonds de dotation et l'*endowment fund* peuvent être tous deux considérés, selon les hypothèses de création, comme un acte unilatéral ou comme un groupement de biens. Le fonds de dotation peut aussi être analysé, dans certains cas, en tant que contrat et en tant que groupement de personnes. Ces nouvelles formes du fonds qui n'existent pas aux Etats-Unis sont la conséquence logique des exigences de statuts, de déclaration en préfecture et de la personnalité morale ajoutées par le législateur français. A première vue, on peut penser qu'il s'agit seulement du fait que le législateur français est moins libéral que le législateur étasunien qui laisse plus facilement les acteurs économiques agir et règlemente de manière minimale. La personnalité morale du fonds de dotation serait la limite du rapprochement vers le modèle étasunien, un cap que le législateur français ne serait pas prêt à franchir. Toutefois, on peut aussi y voir une plus grande reconnaissance de ce nouveau mécanisme en droit français, une manière de l'officialiser et de lui donner une plus grande importance. La conception technique du mécanisme en droits étasunien et français est certes différente, mais l'esprit est le même, et cela de manière accrue concernant les fonds « de distribution ». Le fonds de dotation et l'*endowment*

¹⁴³ AMBLARD Colas, *Le fonds de dotation fait-il (vraiment) partie de l'ESS ?*, Juris associations 2015, n°526, p33

¹⁴⁴ *Ibid*

¹⁴⁵ AMBLARD Colas, *Fonds de dotation, Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2nde édition, Wolters Kluwer, collection Lamy Axe droit, novembre 2015

fund recouvrent des réalités très diverses. Cela est dû aux conditions de fond et de forme de la création légères et incitatives. Elles encouragent la philanthropie à toutes les échelles. Les créateurs peuvent fonder un fonds sur mesure ; une multiplicité des formes des fonds existe. Ainsi, l'*endowment fund* est envisagé pour les donations conséquentes comme pour les donations plus modestes¹⁴⁶. En favorisant une philanthropie capillaire et populaire, on veut enraciner une pratique du don. Le fonds de dotation est bien le symbole de l'évolution du droit français vers le modèle étasunien de philanthropie caractérisé par la charité.

Toutefois, il faut ajouter que si la création du fonds de dotation est mise en valeur, c'est également pour permettre un contrôle lors de son fonctionnement plus efficace. En rendant le mécanisme plus visible, le contrôle *a posteriori* est facilité en France. Aux Etats-Unis comme en France, la création est simplifiée, la surveillance ne se fait que dans un second temps, lors du fonctionnement du fonds, conformément à la tradition étasunienne de philanthropie.

¹⁴⁶ CASTEEL Stephanie, *Charitable Giving Techniques : From the Simple to the Sophisticated*, Estate Planning Course Materials Journal, American Law Institute, décembre 2015, volume 21, n°6, page 4

Seconde partie :

L'encadrement du fonctionnement du fonds : la surveillance de la philanthropie

La liberté de création du fonds prônée aux États-Unis aussi bien qu'en France incite à la philanthropie. La souplesse des conditions de fond et de forme de la création a permis l'existence de plus de 1793 fonds de dotation¹⁴⁷ et d'un nombre astronomique d'*endowment funds*, quelle que soit leur taille. La liberté de création trouve son prolongement dans la liberté de gestion du fonds. Celle-ci a connu un franc succès récemment et a transformé l'*endowment fund* lui-même. Ce dernier existe depuis des siècles. Cependant, les origines du nouveau modèle de sa gestion qu'on appelle l'*Endowment Model of Investing* est relativement récent. Il accorde beaucoup d'importance à l'investissement de la dotation et à la prise de risques lors de celui-ci. L'*Endowment Model of Investing* date en réalité du dernier quart du XX^{ème} siècle. Comme on l'a vu, au départ, les *endowment funds* étaient simplement des libéralités faites à des organismes pour leur procurer une source de revenu fixe. Les libéralités ultérieures constituaient la source première de leur croissance, et le régime fiscal avantageux de ces dernières permettaient aux créateurs de fonds de transférer des sommes ou des biens conséquents tout en obtenant des déductions dessus. Depuis les années 1970, la finance a succédé aux collectes de fonds en tant que facteur d'expansion des *endowment funds*.¹⁴⁸ Elle reflète l'idée que la philanthropie étasunienne des XX^{ème} et XXI^{ème} siècles n'est pas une forme d'assistance directe, mais bien un investissement financier dans le futur de toute la société, avec l'espoir d'un retour sur cet investissement.¹⁴⁹ Tout le fonctionnement de l'*endowment fund* est marqué par ce nouveau contexte. Ainsi, il est lié à des valeurs dans lesquelles les Etasuniens se reconnaissent, à savoir le localisme, l'initiative privée et l'efficacité du marché. Il en est de même pour le fonds de dotation français qui a été voulu ainsi par le législateur français. Ce dernier a voulu transposer cette culture de la gestion efficace, voire efficiente, tout en contrôlant sévèrement pour réduire les abus.

C'est pour toutes ces raisons que la liberté de gestion du fonds est tout de même limitée par l'obligation de transparence et encadrée (**Chapitre I**) et que de telles libertés sont contrebalancées par le contrôle du fonds, qui intervient lors de son fonctionnement (**Chapitre II**). Cette logique est celle de la France et des États-Unis, même si la réglementation met l'accent sur différents points en fonction des priorités de l'État.

¹⁴⁷ 1793 fonds de dotation avaient été créés le 31 décembre 2014 d'après l'Observatoire de la Fondation de France et le Centre français des fonds et fondations

¹⁴⁸ HUMPHREYS Joshua, *Educational Endowments and the Financial Crisis: Social Costs and Systemic Risks in the Shadow Banking System*, Center for Social Philanthropy, Tellus Institute, Boston, 2010

¹⁴⁹ ZUNZ Olivier, *Philanthropy in America : A History*, Princeton University Press, 2012

Chapitre I : La gestion du fonds, entre liberté et encadrement

La gestion du fonds de dotation comme de l'*endowment fund* est libre. Dans les deux Etats, les autorités ont voulu favoriser la gestion par des moyens divers. C'est encore un élément du *hidden welfare state*. On favorise une gestion libre du fonds de dotation afin qu'il serve au mieux le *charitable purpose* du fonds ou l'intérêt général. Ainsi l'Etat participe-t-il indirectement à ces derniers. Pour que cela se fasse au mieux, un encadrement a été de surcroît mis en place. Cela est vrai concernant la gestion générale du fonds (I) et la gestion des fonds, c'est-à-dire de la dotation ou *corpus*. Pour celle-ci on observera que la France et les Etats-Unis ont une approche différente de son encadrement (II).

I - La liberté non absolue de gestion générale du fonds

La liberté de gestion générale du fonds est affirmée en tant que principe en droits français et étasunien (A). Elle n'est pas absolue car elle est contrebalancée par une obligation de transparence dans les deux Etats (B).

A – La liberté de principe de gestion générale du fonds

L'*endowment fund* est rattaché à un organisme qui a la personnalité morale et qui pourra le gérer. Il est un fonds qui sera utilisé pour financer son bénéficiaire, un organisme ayant un *charitable purpose*. Les règles de l'activité générale de gestion de l'*endowment fund* sont alors liées à la nature de cet organisme. Le corps de normes applicable est celui des *nonprofit organizations*, et plus précisément des *charities*, ou *charitable entities*. Les *charities* sont les organismes à but non lucratif, *nonprofit organizations*, qui correspondent à la définition donnée à l'article 501(c)(3) de l'IRC. Il s'agit donc d'une catégorie *nonprofit organizations* et elles bénéficient d'un régime fiscal avantageux. Les gestionnaires de l'organisme auront une obligation fiduciaire, *fiduciary duty*, envers l'organisme, c'est-à-dire un devoir légal d'agir exclusivement dans les intérêts de cette dernière.¹⁵⁰ En cela, l'*endowment fund* se rapproche du *trust*. Le régime de ce dernier a été une source d'inspiration de celui de l'*endowment fund*. D'après le commentaire de l'UPMIFA, lorsqu'un problème se présente et qu'aucune règle spécifique n'a été prévue pour les *endowment funds*, les règles concernant la gestion des *charitable trusts* s'appliqueront.¹⁵¹ Le

¹⁵⁰ Définition juridique de l'Université de droit de Cornell

¹⁵¹ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act (UPMIFA)*, Conférence annuelle, Commentaire, 14 juillet 2006 p5

bénéficiaire de l'obligation fiduciaire est l'organisme.¹⁵² Cette obligation varie selon la forme de l'organisme. S'il s'agit d'un *charitable trust*, il sera géré par les *trustees* et s'il s'agit d'une société avec un *charitable purpose*, telle une fondation privée, il sera géré par un conseil d'administration, *board of directors*. La majorité des *endowment funds* est détenue par des fondations privées. Les lois fédérales, comme par exemple les sections 701 à 711 de la loi de l'Etat de New York sur les sociétés à but non lucratif, *New York Not-for-profit Corporations Law* ou les sections 5210 à 5227 du Code californien des sociétés, *California Corporations Code*, requièrent qu'un conseil d'administration gouverne ces organismes et supervisent leurs opérations. Ces lois ne précisent cependant pas comment le conseil d'administration doit répondre à chaque situation. Elles donnent plutôt de larges paramètres à prendre en compte lors des décisions et laissent aux rédacteurs des statuts de l'organisme la charge de décrire la manière dont le conseil est élu et dont il prend les décisions. Pour la plupart, les dispositions ne s'appliqueront que par défaut, c'est-à-dire seulement si l'organisme ne l'a pas prévu ces questions dans les statuts. Une grande liberté quant à l'organisation et la gestion est ainsi prônée ; peu de dispositions contraignantes précises ont été promulguées.

De manière générale, en pratique, le conseil d'administration prendra des décisions de politique générale, supervisera le personnel, s'assurera que l'organisme reste fiscalement conforme à la loi et surtout que ses activités contribuent à son *charitable purpose*.¹⁵³

La réglementation du fonctionnement de l'*endowment fund* s'est surtout faite au niveau fédéré. Toutefois, plusieurs tentatives d'uniformisation ont été réalisées par des groupes privés au niveau fédéral.¹⁵⁴ L'UPMIFA rédigé par l'*Uniform Law Commission* (ULC) en 2006 a précédemment été mentionné. Une deuxième initiative est les Principes de la réglementation des organismes à but non lucratif, *Principles of the Law of Nonprofit Organizations*, rédigés par l'*American Law Institute* (ALI). Enfin, l'*American Bar Association* a voulu compiler les règles dans sa troisième édition du Modèle de société à but non lucratif, *Model Nonprofit Corporation Act* (MNCA) en 2008. Contrairement à la première, les deux dernières initiatives ont eu un succès restreint. Le MNCA par exemple a, à ce jour, été adopté par plusieurs États dont l'Alabama. Il donne des indications concernant le conseil d'administration, mais, à l'instar de la loi californienne et new-yorkaise, il ne s'agit que d'indications larges. Il n'en reste pas moins que ce projet fait une synthèse des standards de gestion générale du fonds et est représentatif de la pratique.

¹⁵² KOCHARD Lawrence, RITTEREISER Cathleen, *Foundation and Endowment Investing: Philosophies and Strategies of Top Investors and Institutions*, Wiley, 2008

¹⁵³ SCHMIDT Elizabeth, *Nonprofit Law : the Life Cycle of a Charitable Organization*, New York : Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p88

¹⁵⁴ BRODY Evelyn, *U.S. Nonprofit Law Reform: The Role of Private Organizations*, Sage Journal, Sage Publications, 2012

Il précise les *fiduciary duties* du conseil d'administration. Cela est aussi indiqué par la majorité des codes fédérés relatifs aux organismes à but non lucratif. Le conseil a deux obligations fiduciaires envers l'organisme, le *duty of care*, le devoir de faire attention, et le devoir de *loyalty*, loyauté c'est-à-dire d'éviter les conflits d'intérêts par exemple. Certains auteurs affirment en outre l'existence du devoir d'*obedience*, d'obéissance à l'organisme lui-même. L'UPMIFA met l'accent sur ces trois devoirs dans sa section 3. Le *duty of care* est le devoir de faire attention à l'organisme : de surveiller ses activités, de vérifier si sa mission est accomplie et de préserver ses ressources financières. Ce devoir est décrit par des expressions telles que bonne foi, *good faith*, ou personne ordinairement prudente, *ordinarily prudent person*. En 1830, la Cour Suprême du Massachusetts avait déjà établi les lignes directrices pour la gestion des *endowment funds* à travers la règle de l'homme prudent, « *prudent man* » rule. Dans l'arrêt *Harvard College v. Amory*, la cour a défini cette règle comme « la manière dont un homme prudent, plein de retenue et intelligent gère ses propres affaires, sans spéculation, mais au regard de la subsistance permanente des fonds, en prenant en considération les revenus probables, aussi bien que la sécurité du capital à investir ». Les standards utilisés laissent une grande marge de manœuvre aux gestionnaires du fonds et permettent d'analyser chaque fonds de dotation en fonction des circonstances.

Des règles fédérales en matière de gestion ont en outre été promulguées lors de la réforme fiscale en 1969 par le *Tax Reform Act*, modifié en 2006 par le *Pension Protection Act*. Elles ont été codifiées et font désormais partie intégrante de l'IRC. Ces règles concernent plus spécifiquement les *endowment funds* gérées par des *private foundations*. L'interdiction des transactions intéressées ou *prohibition of self dealing* est la règle de gestion générale se trouvant à l'article 4941 (d) de l'IRC. Cet article énumère certaines transactions considérées comme des actes de *self dealing* entre la fondation privée et une personne déclarée incapable, une *disqualified person*. Ce sont la vente, l'échange et la location de biens, le prêt d'argent ou le crédit de manière générale, la mise à disposition de biens, de services ou d'équipements, le remboursement de dépenses à une telle personne, le transfert de revenus ou d'actifs de la fondation ou leur utilisation au bénéfice d'une *disqualified person*, certains accords pour le paiement à des représentants du gouvernement. Cet article interdit les transactions intéressées directes aussi bien que les transactions intéressées indirectes, soit les transactions entre une *disqualified person* et un organisme contrôlé par une fondation privée. La section 4946 de l'IRC dresse une liste des *disqualified persons*. Il s'agit par exemple d'un donateur substantiel de la fondation ou bien un gérant de la fondation. Ce sont les personnes qui ont un intérêt à la transaction. Cela pourrait nuire à la réalisation du *charitable purpose*. En réalité, on peut analyser cette interdiction comme une partie du devoir de loyauté lorsqu'elle concerne un

membre du conseil d'administration.

De nombreuses autres règles sans force contraignante ont été établies par certains fonds de dotation eux-mêmes. Ces fonds de dotation d'un montant important ont montré que certaines structures permettaient d'atteindre plus facilement l'objectif du fonds, à savoir être une source de revenu stable pour l'organisme ainsi financé qui peut ainsi accomplir son *charitable purpose*. Les *endowment funds* qui servent de modèles de gestion sont ceux des universités de Harvard et de Yale. Dans les années 1970, ces deux universités ont développé les premiers comités qui ont rédigé les premières politiques d'éthique de l'investissement des *endowment funds*. Depuis, ils ont publié des recommandations sur la gestion et ont servi de modèle pour d'autres universités. Ces dernières années s'est produit une augmentation de l'importance des investissements. Par conséquent, les gérants extérieurs à l'université et les comités ont été de plus en plus utilisés. Ils ont aujourd'hui une importance considérable. L'office de *Chief Investment Officer (CIO)*, premier responsable des investissements a été créé. Il s'occupe de l'investissement du *principal*. L'office d'*executive vice president*, vice-président a aussi été créé. Il s'occupe de la gouvernance du fonds à temps plein. La tendance est aujourd'hui une plus grande spécialisation des gérants du fonds et une plus grande importance du corps exécutif dédié à l'investissement.¹⁵⁵

En France, la réglementation est plus concentrée. On la trouve principalement à l'article 140 de la loi LME. La gestion générale du fonds de dotation ressort tout d'abord de sa définition énoncée à l'article 140 I. D'après celui-ci, le fonds de dotation « 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 ». Le but ultime du fonds est donc de parvenir à satisfaire l'intérêt général. Il peut le faire lui-même ou bien aider une autre personne morale dans cette mission, comme on le verra plus amplement par la suite. Cette satisfaction de l'intérêt général est mise en œuvre par un corps de gestionnaires. L'article 140 V de la loi LME dispose que « le fonds de dotation est administré par un conseil d'administration qui comprend au *minimum* trois membres nommés, la première fois, par le ou les fondateurs. Les statuts déterminent la composition ainsi que les conditions de nomination et de renouvellement du conseil d'administration ». La présence du conseil d'administration est imposée par la loi, comme c'est le cas aux Etats-Unis.

Cependant, sa composition n'est pas établie par la loi LME. L'article précité affirme

¹⁵⁵ HUMPHREYS Joshua, *Educational Endowments and the Financial Crisis: Social Costs and Systemic Risks in the Shadow Banking System*, Center for Social Philanthropy, Tellus Institute, Boston, 2010

seulement qu'il comprend au moins trois personnes nommées pour la première fois par le ou les fondateurs. On peut se demander si cela signifie que seuls les premiers administrateurs peuvent être nommés par le ou les fondateurs. Cette disposition précise plutôt que les premiers membres n'ont pas vocation à être désignés par un tiers. De surcroît, aucune disposition n'interdit à une personne morale d'être membre de ce conseil. Toute personne physique ou morale, même de droit public, peut alors en être membre.¹⁵⁶ Il n'y a pas non plus de condition pour la nationalité des membres. En outre, un mineur non émancipé peut être mandataire d'après l'article 1990 du Code civil. Par conséquent, un tel mineur peut aussi représenter un fonds de dotation. Enfin aucune disposition n'interdit aux fondateurs d'être membres du conseil d'administration. En pratique, il est fréquent de trouver un fondateur dans le conseil d'administration. Cela a été voulu pour favoriser la philanthropie.¹⁵⁷ A l'instar des Etats-Unis, un conseil d'administration est imposé mais sa composition est libre.

L'article 140 VI de la loi LME et le décret du 11 février 2009¹⁵⁸ évoquent à plusieurs reprises le « président » ou « président du conseil d'administration ». Le président du conseil d'administration est donc une, et l'unique, désignation obligatoire. Il est courant de trouver un vice-président, un secrétaire, un trésorier ou un bureau qui est un petit groupe issu du conseil d'administration, mais ce n'est pas une exigence légale. Le fonds est libre d'adopter les désignations qu'il souhaite. La présence d'un président n'est pas imposée aux Etats-Unis, mais elle se retrouve fréquemment. Dans les deux Etats, les offices spécialisés sont le choix du fondateur ou des gérants du fonds.

On retrouve ainsi les principes de liberté de gestion et de liberté statutaire. Les statuts peuvent prévoir tout ce qui concerne la gestion. Les contraintes sont minimales. La liberté de gestion prolonge la liberté de création puisque la gestion se fait sans impératif provenant de la loi. Un cadre souple de fonctionnement encourage différentes gestions. Le fonds de dotation pourra adopter celle qui lui semble la plus appropriée pour concourir à son objet social et donc à la satisfaction de l'intérêt général ou à son *charitable purpose*. Par suite, la philanthropie est favorisée, en France comme aux États-Unis.

Une exigence légale subsiste toutefois. Comme il a été mentionné auparavant, lorsqu'un fonds de dotation détient une dotation supérieure ou égale à un million d'euros, ses statuts doivent prévoir l'existence d'un comité consultatif. Celui-ci est nommé par le conseil

¹⁵⁶ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014

¹⁵⁷ REICHENBACH Inge T., dans *Fonds de dotation*, Courrier juridique des finances et de l'industrie, La Documentation française, Octobre 2010 p18 : « Le fait que les donateurs puissent conserver les pouvoirs de gestion et de distribution du capital et la relative absence de contraintes juridiques et administratives attachées à l'établissement et à la gestion des fonds devraient trouver un accueil favorable parmi les donateurs potentiels et favoriser l'essor du mécénat. »

¹⁵⁸ Décret n° 2009-158 du 11 février 2009 relatif aux fonds de dotation

d'administration, mais les personnes doivent être extérieures à ce dernier. Il s'agit d'un comité ; il est alors composé d'au moins deux personnes. Néanmoins, il est fortement recommandé qu'il y en ait au moins trois pour son bon fonctionnement. Le comité fait des propositions de politique d'investissement et en assure le suivi. *A priori*, il n'est pas une instance décisionnaire et il conseille le conseil d'administration. On peut le rapprocher du CIO étasunien. Cette exigence démontre une importance accrue de l'investissement dans la gestion du fonds de dotation.

En ce qui concerne le fonctionnement des organes, c'est-à-dire par exemple le *quorum* et les règles de majorité, les statuts le déterminent librement. La seule limite est qu'ils ne doivent pas retirer au conseil d'administration les compétences qui lui sont dévolues par la loi ou le règlement, c'est-à-dire la conduite des activités courantes du fonds. Le conseil d'administration définit la politique d'investissement du fonds dans les conditions fixées par les statuts et il est responsable de la transmission des comptes. Rien n'interdit de stipuler un droit de *veto* sur certaines décisions. Le comité stratégique des fonds de dotation a donné des conseils, des recommandations pour aider les fondateurs à prévoir la composition et le fonctionnement du comité consultatif.

En cas de violation des obligations statutaires, des obligations légales ou réglementaires précitées, il y aura irrégularité et, par conséquent, les actes et décisions seront nuls. Cette nullité est relative ; seules les victimes de l'irrégularité peuvent agir car c'est leur intérêt qui est protégé.¹⁵⁹

Plusieurs points doivent être soulignés. Tout d'abord, en France aussi bien qu'aux Etats-Unis, les fondateurs peuvent exercer un contrôle étroit du fonds qu'ils ont constitué. Ils peuvent décider librement des prérogatives qui leur semblent importantes à conserver. Un tel contrôle peut conforter une initiative philanthropique d'une personne qui souhaite transférer une partie de son patrimoine tout en le voulant toujours le superviser. Ensuite, tant en droit français qu'en droit étasunien, il y a peu de contraintes organiques et fonctionnelles. Concernant ces dernières, des standards larges sont utilisés aux Etats-Unis. On retrouve alors l'idéologie du marché. Plusieurs manières de gérer le fonds sont possibles et les meilleures vont subsister. D'ailleurs, les fonds les mieux gérés décrivent comment ils arrivent à de tels résultats et leur gestion de manière générale. La philanthropie, avec l'évolution vers une plus grande importance de la finance ces quarante dernières années, s'apparente de plus en plus à un marché. Les fonds sont en concurrence pour avoir à leur tête les meilleurs CIO aux Etats-Unis et membres du comité consultatif en France. L'Etat devient un simple régulateur des initiatives privées. Avec une réglementation *minimum*, il favorise l'apparition de nouveaux acteurs, à toutes les échelles et donc la « philanthropie de

¹⁵⁹ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014

masse »¹⁶⁰. Enfin, on constate que la gestion générale du fonds ressemble à celle d'une entreprise. Cela est dû aux nouveaux philanthropes qui se sont enrichis rapidement et qui veulent gérer leur fonds comme ils gèrent leur entreprise, souhaitant un retour social sur investissement¹⁶¹. Leur but n'est plus le même que celui qui existait originellement pour les *endowment funds*. Par exemple, pour un fonds qui s'occuperait des pauvres, son objectif ne serait plus de soulager ces derniers mais de résoudre les causes de la pauvreté¹⁶². Avec une telle liberté de gestion, la France aussi bien que les Etats-Unis encouragent la « philanthropie de masse » autant que la philanthropie à grande échelle. Par conséquent, le modèle de charité se maintient aux Etats-Unis, même s'il évolue. En France, avec le fonds de dotation, on a introduit le système de charité en valorisant par la liberté de gestion du fonds de dotation l'initiative privée et l'efficacité du marché. L'Etat français devient arbitre et non plus distributeur. Cela se constate en outre lorsqu'on analyse l'obligation de transparence des fonds de dotation et *endowment funds*.

B – La contrepartie de la liberté de gestion : l'obligation de transparence

Aux Etats-Unis et en France, en contrepartie de la liberté de gestion, les fonds ont une obligation de transparence posée par les textes. Les deux Etats imposent aux fonds de donner des informations annuellement sur leur fonctionnement et leur comptabilité.

Comme on l'a déjà évoqué, aux Etats-Unis, le *Federal Accounting Standard Advisory Board* (FASAB) a développé des directives à propos de la comptabilité financière des fonds, les *Financial Accounting Statements* (FAS). Ils exigent des rapports annuels de la part des organismes sans but lucratif. On trouve le *Financial Accounting Statement 116* (FAS 116) relatif aux informations financières, le FAS 117 de 1993 relatif aux déclarations financières des organismes sans but lucratif d'après lequel les *charities* doivent qualifier leurs fonds de *permanently restricted*, *temporarily restricted* ou *unrestricted*, le FAS 124 de 1995 relatif à certaines divulgations et à la comptabilité du fonds et le FAS 117-1 de 2008 relatif aux directions à suivre pour interpréter l'UPMIFA.¹⁶³

Le FAS 116 établit les standards pour la comptabilité financière et les rapports financiers relatifs à toutes les entités qui reçoivent ou font des libéralités. Il requiert que les organismes sans but lucratif divulguent le montant, la source, l'objectif et la durée prévue des *endowment funds*. De plus, il donne des indications sur la manière de distinguer entre les libéralités en argent

¹⁶⁰ ZUNZ Olivier, *Philanthropy in America : A History*, Princeton University Press, 2012

¹⁶¹ ABELES Marc, *Les Nouveaux riches : un ethnologue dans la Silicon Valley*, Paris, Odile Jacob, 2008

¹⁶² ROZIER Sabine, dans *Pratiques du don La philanthropie en France et aux États-Unis*, La Vie des idées, 2012

¹⁶³ BRODY Evelyn, *U.S. Nonprofit Law Reform: The Role of Private Organizations*, Sage Journal, Sage Publications, 2012

liquide, en biens corporels ou en biens incorporels pour déclarer leurs comptes. Le FAS 117, quant à lui, établit les standards généraux pour améliorer « la pertinence, la compréhension et la comparabilité des déclarations financières » fournies par les organisations sans but lucratif. Il affirme que les organismes doivent fournir une déclaration de leur situation financière, faire un rapport sur le montant de leurs actifs totaux, de leurs actifs nets, une déclaration de leurs activités, un rapport sur les changements de leurs actifs nets et de leurs flux de trésorerie, une classification de leurs ressources et les restrictions faites par les donateurs ou testateurs. Le FAS 117 affirme en outre que l'UPMIFA a force légale. Le FASB 124 dispose que tous les ans, les organismes détenant des *endowment funds* doivent faire une déclaration d'activités comprenant entre autres la composition des revenus de leurs investissements, le montant des investissements et leur catégorie. Il met l'accent sur le devoir d'informer les autorités des investissements qui pourraient présenter un risque. Le FAS 117-1 précise davantage les informations devant être communiquées. Celles-ci sont la description de la manière qu'a le conseil d'administration d'appliquer le droit en vigueur, principalement l'UPMIFA, la description de sa politique de dépenses et d'investissement et la composition de l'*endowment fund*.¹⁶⁴

D'autre part, les lois fédérales exigent une transparence par des formulaires à remplir chaque année. Ces formulaires varient selon le type d'organisme qui gère l'*endowment fund*. D'après les sections 6033 et suivantes de l'IRC, il s'agira dans tous les cas d'un formulaire de la série 990. Chacun de ces formulaires demandera à l'organisme des informations détaillées sur ses pratiques en termes de gouvernance, ce qu'elles ont fait dans le cadre de leur mission et des informations en matière financière.¹⁶⁵ Lorsque l'organisme gère des sommes d'argent importantes, il doit déclarer ses investissements qui pourraient présenter un risque. La majorité de ces organismes remplit les formulaires 990, 990-EZ ou 990-N selon la taille de la dotation. Les organismes avec la plus grosse dotation remplissent le formulaire 990. Les fondations privées ont un formulaire spécifique, le formulaire 990-PF. Quant aux *charitable trusts*, ils devront remplir un formulaire annuel et fournir certains documents à l'*Attorney general* de leur Etat. Ces informations sont utilisées par l'IRS pour rassembler les informations sur tous les aspects des activités des *endowment funds*. Une fois que les formulaires sont complétés puis archivés par l'IRS, ils deviennent des documents publics.¹⁶⁶

De surcroît, la plupart des États fédérés requiert de remplir un autre formulaire annuel auprès du secrétaire d'État ou un autre représentant du gouvernement de l'État où se situe

¹⁶⁴ BHATTI Ayesha, ASHRAF Junaid, AKHTAR M. Farhan, *Understanding Endowment Funds (Technical Note)*, 2014

¹⁶⁵ SOROKIN Cheryl *et al.*, *Nonprofit governance and management*, 3e édition, American Society of Corporate Secretaries ; Chicago, Ill. : Section of Business Law, American Bar Association, 2011

¹⁶⁶ SCHMIDT Elizabeth, *Nonprofit Law : the Life Cycle of a Charitable Organization*, New York : Wolters Kluwer Law & Business, 2011

l'organisme. Il faut alors fournir une liste des dirigeants et représentants du fonds et, dans certains cas, des informations financières minimales.¹⁶⁷ L'initiative étatique concernant l'obligation de transparence la plus connue est une loi californienne de 2007, le *Foundation Diversity and Transparency Act* car il exige de rapporter de nombreux détails, même personnels sur les membres du conseil d'administration. Des lois similaires ont été introduites par exemple en Floride, dans l'Etat de New York, en Pennsylvanie ou dans le New Jersey.¹⁶⁸

En France, les dirigeants du fonds de dotation sont tenus d'établir et d'approuver un rapport d'activité chaque année sur son fonctionnement interne et ses rapports avec les tiers. Cette exigence est affirmée par l'article 140 VII alinéa 2 de la loi LME qui dispose que « le fonds de dotation adresse chaque année à l'autorité administrative un rapport d'activité auquel sont joints le rapport du commissaire aux comptes et les comptes annuels ». L'article 8 alinéa 2 du décret de 2009 établit son contenu. Il précise qu'il comporte « a) Un compte rendu de l'activité du fonds de dotation, qui porte tant sur son fonctionnement interne que sur ses rapports avec les tiers ; b) La liste des actions d'intérêt général financées par le fonds de dotation, et leurs montants ; c) La liste des personnes morales bénéficiaires des redistributions prévues au I de l'article 140 I de la loi du 4 août 2008 susvisée, et leurs montants ; [le fonds pourra alors produire les attestations de versement qui auront dû lui être remises par les organismes bénéficiaires de ses versements] d) Si le fonds de dotation fait appel à la générosité publique, le compte d'emploi des ressources collectées auprès du public prévu à l'article 4 de la loi du 7 août 1991 susvisée, qui précise notamment l'affectation des dons par type de dépenses et qui mentionne les informations relatives à son élaboration ; e) La liste des libéralités reçues ». La liste des libéralités mentionnées par cet article comprend les donations et legs ainsi que, en théorie, les dons manuels, mais cela est en réalité difficile en raison de leur simplicité de forme d'après leur définition-même. Cela a amené certains auteurs à penser qu'ils ne doivent pas être énumérés dans le rapport.¹⁶⁹ L'article 8 alinéa 1 du même décret dispose que les dirigeants doivent déposer le rapport en préfecture dans les 6 mois à compter de la clôture d'exercice. Enfin, la circulaire 19 mai 2009 souligne que le rapport transmis avec un extrait de la délibération du conseil d'administration l'ayant approuvé. Comme l'énonce le troisième alinéa de l'article 8 du décret de 2009, si le fonds de dotation ne produit pas le rapport d'activité, il sera mis en demeure de se conformer à ses obligations dans un délai d'un mois par le préfet. Si le fonds de dotation ne régularise pas sa situation, le préfet rédigera un acte motivé faisant l'objet d'une publication au journal officiel qui suspendra l'activité du fonds et/ou saisira l'autorité judiciaire aux fins de

¹⁶⁷ SOROKIN Cheryl *et al.*, *Nonprofit governance and management*, 3e édition, American Society of Corporate Secretaries ; Chicago, Ill. : Section of Business Law, American Bar Association, 2011

¹⁶⁸ MOORE Jonathon A., *A Practical Guide to International Philanthropy*, Cambridge University Press, 2010, p45

¹⁶⁹ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2nde édition, Juris éditions, 2014, p116

dissolution du fonds.

Concernant la communication des statuts aux tiers, l'article 140 II alinéa 4 de la loi LME dispose que « toute personne a droit de prendre connaissance, sans déplacement, des statuts du fonds de dotation et peut s'en faire délivrer, à ses frais, une copie ou un extrait ». Les statuts du fonds de dotation peuvent donc être connus par tous. Toutefois, cela n'est pas étendu au rapport d'activité qui reste entre les mains du préfet et du fonds de dotation.

D'autre part, l'obligation de transparence, et plus particulièrement la transparence financière, se traduit également par des obligations comptables. D'après l'article 140 VI alinéa 1 de la loi LME, le fonds de dotation doit tenir une comptabilité d'engagement. Cela signifie que, chaque année, il doit produire des comptes comprenant un bilan, un compte de résultat et une annexe. Le troisième alinéa du VI de cet article ajoute que « les peines prévues par l'article L242-8 du [Code de commerce] sont applicables au président et aux membres du conseil d'administration du fonds de dotation qui ne produisent pas, chaque année, des comptes dans les conditions prévues au premier alinéa du présent VI ». Le règlement 99-01 du comité de la réglementation comptable relatif aux comptes annuels des associations et des fondations mis à jour par l'avis 2009-01 du 5 février 2009 du Conseil national de la comptabilité a intégré les règles spécifiques aux fondations et aux fonds de dotation. Quand le fonds de dotation a fait appel à la générosité du public, il doit de plus tenir un compte d'emploi des ressources collectées auprès du public qui figure alors dans l'annexe des comptes annuels.¹⁷⁰

En conclusion, au titre de l'obligation de transparence, le fonds de dotation doit remettre tous les ans à la préfecture un rapport d'activité, un rapport du commissaire aux comptes et ses comptes annuels. Ces derniers doivent être publiés au Journal officiel d'après l'article 4 du décret 11 février 2009. Cependant, il n'existe aucune sanction pénale en cas de défaut de publicité. En cas de dysfonctionnement grave seulement, le préfet pourra suspendre l'activité du fonds.

Aux Etats-Unis aussi bien qu'en France, la liberté de gestion est contrebalancée par l'obligation de transparence. Cette obligation a une origine légale, au double niveau fédéral et fédéré pour les Etats-Unis. La transparence quant au fonctionnement et à la comptabilité permet aux autorités de connaître les fonds afin de mieux les contrôler et prévenir les abus qui pourraient survenir en raison du cadre fiscal avantageux. Plus les fonds gèrent des sommes importantes, plus seront nombreuses les informations demandées. Le caractère pragmatique du droit étasunien est ainsi mis en évidence. Les fonds peuvent être gérés de manière libre, mais aussi transparente. La réglementation est minimale pour favoriser l'efficacité. Cela encourage la « philanthropie scientifique » initiée par Rockefeller et Carnegie, c'est-à-dire une philanthropie

¹⁷⁰ *Ibid*

soucieuse d'efficacité et même d'efficience. La législation française a repris cette logique et se rapproche fortement sur ce point du modèle étasunien, malgré sa tradition antérieure d'encadrement *a priori* de l'initiative privée.

Une particularité étasunienne qui ne se retrouve cependant pas en France est le « *voluntary disclosure* », ou divulgation d'informations volontaires, de la part de l'*endowment fund*. Elle est caractéristique d'une culture du don. Les *stakeholders*, ou parties prenantes, personnes intéressées, attendent plus que le *minimum* légal. Elles attendent que les gérants du fonds divulguent plus d'informations que ce qui leur est imposé dans le but notamment d'informer les donateurs. Ces *voluntary disclosures* venant des *endowment funds* bien gérés deviennent alors une référence pour la gestion des autres fonds, une référence persuasive. On peut citer par exemple les « *Disclosures of Harvard University* » publiées régulièrement.¹⁷¹

Un autre document non contraignant est l'*Investment policy statement*, la déclaration de la politique d'investissement. Il est très utilisé en pratique mais non requis juridiquement. Il expose les objectifs d'investissement, la manière dont fonctionne le fonds et la procédure qui doit être suivie par le personnel. Cette déclaration inclut les objectifs du fonds, la politique de dépenses, la répartition des actifs et la procédure, c'est-à-dire la définition des différentes sortes d'actifs et objectifs, les risques d'investissement et le rééquilibrage, la mise en œuvre de la politique d'investissement, les niveaux d'investissement et la gouvernance de l'organisme.¹⁷² Il s'agit d'un document interne à l'*endowment fund*. Il n'est contraignant que dans la mesure où les donateurs s'attendent à ce que les gérants le suivent. On retrouve l'idée de retour social sur investissement et de marché de la philanthropie. Les donateurs attendent que l'*endowment fund* soit géré suivant une certaine politique et s'ils ne sont pas satisfaits, ils ne donneront plus. Il est donc dans l'intérêt de l'organisme de suivre le document et d'être transparent. Cette pratique n'est pas courante en France et ne peut pas être impulsée par le législateur, car par définition, elle doit venir des acteurs économiques. On constate une fois encore que les *endowment funds* sont gérés comme des entreprises. Les *stakeholders* veulent savoir si leur libéralité est rentable socialement. Avec les deux procédés analysés, les *endowment funds* rassurent leurs donateurs habituels et leurs potentiels contributeurs qui seront ensuite plus enclins à poursuivre leur démarche donc assurer au fonds bénéficiaire une croissance durable en entretenant une relation pérenne. Les *endowment funds* adoptent alors de véritables techniques d'entreprise pour recueillir le plus grand nombre de libéralités car ils sont en concurrence au sein du « marché de la philanthropie ». La France n'est pas encore arrivée à ce niveau de rapprochement avec le modèle étasunien caractérisé par la

¹⁷¹ BHATTI Ayesha, ASHRAF Junaid, AKHTAR M. Farhan, *Understanding Endowment Funds (Technical Note)*, 2014

¹⁷² KOCHARD Lawrence, RITTEREISER Cathleen, *Foundation and Endowment Investing: Philosophies and Strategies of Top Investors and Institutions*, Wiley, 2008

charité. Il est tout de même probable que l'évolution continue et que de telles pratiques et une culture du don¹⁷³ s'implantent complètement en France.

II - La différence d'encadrement de gestion financière

La gestion financière du fonds de dotation et de l'*endowment fund* est l'élément qui fait leur spécificité. Il s'agit de surcroît de l'activité qui présente le plus de risques pour le fonds. Elle est donc particulièrement encadrée. L'encadrement concerne la gestion des ressources (A), c'est-à-dire principalement l'investissement qui donne lieu à une littérature juridique abondante aux Etats-Unis en raison de la faveur accordée à la bourse, ainsi que la gestion des dépenses (B).

A – L'encadrement de la gestion des ressources

L'*endowment fund* est un mécanisme de financement dont la particularité consiste dans le fait que l'on ne peut pas dépenser l'objet de la libéralité mais seulement ses revenus. Sa gestion financière est alors essentielle. Le FAS 124 que l'on a déjà étudié sous l'angle de l'obligation de transparence dispose en outre que, lorsqu'un organisme bénéficie de plusieurs *endowment funds*, les fonds peuvent être investis de manière groupée, combinée, mais les restrictions concernant les dépenses de la dotation s'appliquent libéralité par libéralité. Cette disposition permet aux organismes de gérer leurs fonds ensemble tout en respectant les différentes intentions des donateurs ou testateurs. Cela simplifie la gestion financière de l'organisme. En France, de même, les débats parlementaires de la loi LME, même s'ils sont restreints sur ce sujet, révèlent que le fonds de dotation est conçu en principe comme un instrument de capitalisation. L'article 140 I de la loi LME affirme qu'il « 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 (...) ». Le III du même article ajoute que « les modalités de gestion financière du fonds de dotation sont fixées par décret en Conseil d'Etat ». Ainsi les biens apportés en dotation au fonds doivent-ils être capitalisés, lui procurant des revenus permettant son fonctionnement. De manière exceptionnelle, il peut être prévu statutairement la possibilité pour le fonds de consommer sa dotation, épuisant progressivement le capital en aliénant des biens, comme on l'a développé auparavant. De nouvelles libéralités peuvent librement s'ajouter à la première en cours d'existence et ainsi constituer de nouvelles ressources pour le fonds. L'article 140 III alinéa 4 de

¹⁷³ REICHENBACH Inge T., dans *Fonds de dotation*, Courrier juridique des finances et de l'industrie, La Documentation française, Octobre 2010, p21

la loi LME affirme que les ressources du fonds de dotation sont les « revenus de ses dotations, des produits des activités autorisées par les statuts et des produits des rétributions pour service rendu ». Comme exemple de ces dernières, on peut citer le produit de la vente de billets d'accès à une manifestation.¹⁷⁴ D'autres ressources sont soumises à autorisation préalable. Il s'agit, comme on l'a mentionné, de l'appel public à la générosité qui nécessite une autorisation préfectorale et du financement public. L'encadrement de la gestion des ressources concerne surtout les ressources internes. La dotation initiale et d'autres biens affectés à la dotation peuvent produire des revenus. Ce sont ces derniers qui sont aussi appelés ressources internes. Il faut noter que la dotation peut aussi être « improductive ». Dans ce cas, elle sera composée de donations et legs consentis et obligatoirement affectés à la dotation en capital qui ne produisent aucun revenu, comme par exemple des œuvres d'art. Selon l'article 140 III alinéa 6 de la loi LME, « le fonds de dotation dispose librement de ses ressources dans la limite de son objet social ». La gestion financière est en principe libre si elle est conforme à son objet social. Malgré cette disposition, la gestion financière est assez encadrée.

Aux Etats-Unis, la gestion des ressources est encadrée tout d'abord par l'intention du testateur ou donateur, si celui-ci a voulu que sa libéralité soit utilisée dans un but précis. Elle est aussi encadrée par son but intrinsèque, c'est-à-dire le fait qu'elle soit prévue pour fournir une source de revenus à long terme. Cela ajoute des contraintes à la gestion financière. Par exemple, les *endowment funds* dont bénéficient les universités utilisent le concept d'équité intergénérationnelle.¹⁷⁵ Il faut que toutes les générations d'étudiants bénéficient des mêmes services, donc que le fonds soit gardé indéfiniment pour que les ressources soient pérennes.

La gestion de l'investissement, ou *investment management*, est le procédé qui permet de gérer les fonds et d'autres actifs afin d'améliorer leur utilisation effective. Tous les *endowments funds* ont des besoins en termes de gestion d'investissement, même s'il s'agit seulement de la gestion d'argent liquide.¹⁷⁶ Au départ, l'investissement dans le cadre des *endowments funds* était simple. La Cour Suprême du Massachusetts en 1830 dans l'arrêt *Harvard College v. Amory* avait initié la règle de l'homme prudent qui s'était propagée sur tout le territoire des Etats-Unis. Le devoir fiduciaire était conçu comme le devoir des gérants de ne pas faire d'investissements spéculatifs afin de poursuivre les revenus et préserver le capital. Les titres à revenus fixes étaient privilégiés pour l'investissement. Puis, dans les années 1920, les universités comme Harvard et Princeton ont augmenté la proportion de leurs placements en actions au sein de leurs

¹⁷⁴ FAUCHER Daniel, *Fonds de dotation : Mode d'emploi et régime fiscal*, dans La revue fiscale du patrimoine n° 4, Lexis Nexis, Avril 2009, étude 5

¹⁷⁵ KOCHARD Lawrence, RITTEREISER Cathleen, *Foundation and Endowment Investing: Philosophies and Strategies of Top Investors and Institutions*, Wiley, 2008

¹⁷⁶ SOROKIN Cheryl *et al.*, *Nonprofit governance and management*, 3e édition, American Society of Corporate Secretaries ; Chicago, Ill. : Section of Business Law, American Bar Association, 2011, p50

investissements. Cela s'est amplifié après la seconde guerre mondiale. A cette époque, un petit groupe de financiers, d'avocats et de fondations demandèrent une approche plus « agressive » dans la gestion des *endowment funds*. Parmi ceux-ci, Peter Williamson et John F. Meckont, avec le soutien de la fondation Ford, firent une étude sur la gestion des *endowment funds* à partir de l'analyse de plus de trente universités. Ces données ont été la base du "*Barker Report*". Ce dernier consiste en une série de publications sur la gestion des *endowment funds* des universités. Ce rapport plaide pour un changement d'objectif des gestionnaires, c'est-à-dire substituer l'objectif de maximisation des revenus totaux à long terme à l'ancien objectif de l'assurance de revenus. Il encourage en outre les gestionnaires à rejeter leur aversion du risque et de la volatilité à court terme afin de promouvoir la croissance. Ce rapport ne consacre pas encore l'*Endowment Model of Investing*, mais il a posé les bases pour un nouveau paradigme des risques plus élevés, de revenus de l'investissement supérieurs et des stratégies de gestion pour les *endowment funds*.¹⁷⁷ Le rapport Barker et des rapports ultérieurs ainsi que leurs contributeurs ont engendré le développement de nouvelles normes juridiques incarnant cette idée de maximisation du revenu total. On peut citer par exemple le *National Association for College and University Business Officers* (NACUBO), l'association nationale des directeurs des affaires des universités qui se réunit régulièrement et a un rôle très important dans l'évolution des pratiques d'investissement des *endowment funds* universitaires. La législation étasunienne transcrit ainsi de manière juridique la théorie économique moderne du portefeuille, *Modern Portfolio Theory*. Elle consacre alors un véritable modèle d'investissement, l'*Endowment Model of Investing*. En 1972, l'UMIFA a codifié la majorité des recommandations de la fondation Ford en donnant des standards du devoir fiduciaire et a laissé la porte ouverte à des stratégies d'investissement plus risquées. Le postulat de base de la *Modern Portfolio Theory* est que le risque et les revenus sont étroitement liés, donc que de plus grands risques engendrent des revenus plus importants. Cette théorie fournit aussi un cadre pour gérer le risque du portefeuille, principalement par la diversification. La diversification signifie investir dans diverses catégories d'actifs. L'*Endowment Model of Investing* fait des distinctions entre plusieurs classes d'actifs, certains étant « traditionnels » comme les bons du Trésor public ou de l'argent liquide et d'autres « alternatifs » comme le capital privé ou les *hedge funds*, fonds à risque. En raison de leur objectif d'existence à long terme, les *endowment funds* semblent avoir une grande tolérance au risque parce qu'ils peuvent supporter la volatilité à court terme afin d'obtenir des revenus à long terme.¹⁷⁸

Les lois fédérées qui transposent l'UMIFA et l'UPMIFA entérinent cette théorie en mettant l'accent sur le devoir des gestionnaires de diversifier les actifs tout en réaffirmant

¹⁷⁷ HUMPHREYS Joshua, *Educational Endowments and the Financial Crisis: Social Costs and Systemic Risks in the Shadow Banking System*, Center for Social Philanthropy, Tellus Institute, Boston, 2010

¹⁷⁸ *Ibid*

l'obligation de prudence. Elles posent en outre certains standards. L'UMIFA énonçait deux principes généraux : premièrement, le devoir d'investir prudemment de manière diversifiée pour l'expansion du fonds autant que des revenus et, deuxièmement, la prudence concernant l'appréciation des actifs en suivant les objectifs de l'*endowment fund*. On retrouve alors le devoir de diversifier les investissements. C'est la première fois que la loi consacre la règle de l'investisseur prudent, initiée par la Cour Suprême du Massachusetts. Elle autorise à investir dans n'importe quelle catégorie d'actifs et de déléguer l'investissement à d'autres personnes si le conseil d'administration de l'organisme respecte ses devoirs de faire attention et de prudence en prenant ces décisions. L'UPMIFA marque une étape importante de l'évolution vers un plus grand libéralisme. L'UMIFA a initié l'aire du *Modern Portfolio Management* pour les *endowment funds*. L'UPMIFA fournit des standards et des grandes lignes à suivre que l'expérience a démontré les plus appropriés afin que les tribunaux aient des standards plus précis en cas de litige.¹⁷⁹ L'ambition de ces initiatives d'uniformisation est donc d'entériner ce qui est de mieux pour les administrateurs, de suivre leurs pratiques. L'ULC affiche une telle volonté. La section 3(b) de l'UPMIFA requiert que l'investissement soit fait « de bonne foi avec l'attention qu'une personne prudente dans la même position aurait exercé dans des circonstances similaires ». La section 3(c)(1) du même texte pose un devoir de prudence dans l'investissement en autorisant « seulement les coûts qui sont appropriés et raisonnables ». Sa section 3(e)(1) énumère des facteurs à prendre en compte lorsque l'organisme investit, comme par exemple l'effet de l'inflation. Sa section 3(e)(2) insiste sur une stratégie d'investissement puisque chaque décision d'investissement « ne doit pas être prise de manière isolée mais dans le contexte des investissements du portefeuille du fonds ». On reconnaît un trait du modèle étasunien : le fait que la philanthropie soit née du capitalisme et y soit étroitement liée. Cette grande créativité juridique, qui fournit des standards souples et entérine les pratiques, permet à la philanthropie de se renouveler et de s'adapter à l'évolution du contexte économique.

D'autre part l'UMPIFA, comme l'UMIFA, permet de confier l'investissement des fonds à des experts. En pratique, on trouve plusieurs manières de gérer l'investissement. En cas de gestion à court terme, un comité de financement ou bien le conseil d'administration rédige des déclarations financières périodiques. Les investissements à long terme requièrent souvent d'établir un comité spécial, un comité d'investissement, au sein du conseil d'administration et d'adopter une politique d'investissement ou des politiques par le conseil d'administration lui-même. Ce sont les investissements à long terme, surtout de sommes substantielles, qui

¹⁷⁹ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Commentaire de l'*Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act (UPMIFA)*, Conférence annuelle, 14 juillet 2006

nécessitent l'utilisation de gérants extérieurs.¹⁸⁰ Dans les faits, le comité d'investissement ainsi que le CIO ont un rôle croissant. On peut citer par exemple pour l'université de Yale, *Yale's Investment Committee*, et son ancien CIO, David Swensen, qui ont contribué à accroître la dotation de l'université par des investissements plus risqués et diversifiés. Le problème engendré est celui d'une concurrence des *endowment funds* pour avoir les meilleurs CIO. Celle-ci a pour conséquence un grand renouvellement des personnes en charge de l'investissement. De nombreux directeurs d'investissement et CIO décident d'arrêter la gestion des fonds de l'université afin de créer leur propre société d'investissement privé, cette fois à but lucratif, cela en connaissant les investissements des universités, donnant lieu à un conflit d'intérêt¹⁸¹. Ce phénomène s'est observé de nombreuses fois concernant l'université de Harvard.¹⁸² Une instabilité au sein des organes d'investissement en résulte. Or, une stabilité à ce niveau ainsi qu'une interaction entre le comité d'investissement et le CIO pour assurer une politique d'investissement à long terme est nécessaire¹⁸³. Le renouvellement de ces personnes implique alors de rédiger par écrit une déclaration claire de la philosophie et des procédés de l'allocation des ressources du fonds, c'est-à-dire du pourcentage du portefeuille qui sera investi dans les différentes catégories d'actifs. Cette déclaration écrite n'est pas obligatoire mais cruciale en pratique pour les *endowments funds* importants, la politique d'investissement elle-même étant toutefois requise par la section 3 (e)(2) de l'UPMIFA.

De la même manière, en France, une politique d'investissement est obligatoire. Elle est définie par le conseil d'administration et le comité consultatif le cas échéant. D'après l'article 1 du décret du 11 février 2009, « le conseil d'administration du fonds de dotation définit la politique d'investissement du fonds, dans des conditions précisées par les statuts. Ces conditions incluent des règles de dispersion par catégories de placement, et de limitation par émetteur ». Le comité est chargé de proposer la politique d'investissement, d'en assurer le suivi et peut également proposer des études et des expertises.¹⁸⁴ Le droit français reprend ainsi un aspect du modèle étasunien de philanthropie. Il transpose cette idée de gérer une œuvre d'intérêt général avec une politique d'investissement, comme une entreprise. Cela est assez éloigné de la conception française de redistribution des richesses par l'Etat. Le législateur a opéré un réel

¹⁸⁰ SOROKIN Cheryl *et al.*, *Nonprofit governance and management*, 3e édition, American Society of Corporate Secretaries ; Chicago, Ill. : Section of Business Law, American Bar Association, 2011, p50

¹⁸¹ Paul Cabot a soulevé ce problème dans sa déclaration au *Harvard Crimson*, le journal de Harvard : "Je vois un conflit d'intérêt basique d'une direction d'une société et de maintenir la liberté d'agir et d'utiliser des informations afin d'investir pour le compte de cette société.", LEONARD H. Jeffrey, "Cabot's First Two Edicts", *Harvard Crimson*, 13 avril 1974

¹⁸² HUMPHREYS Joshua, *Educational Endowments and the Financial Crisis: Social Costs and Systemic Risks in the Shadow Banking System*, Center for Social Philanthropy, Tellus Institute, Boston, 2010

¹⁸³ KOCHARD Lawrence, RITTEREISER Cathleen, *Foundation and Endowment Investing: Philosophies and Strategies of Top Investors and Institutions*, Wiley, 2008

¹⁸⁴ FAUCHER Daniel, *Fonds de dotation : Mode d'emploi et régime fiscal*, dans La revue fiscale du patrimoine n° 4, Lexis Nexis, Avril 2009, étude 5

rapprochement vers le modèle étasunien.

Cependant, une limite de ce rapprochement est à souligner. Le choix des actifs du fonds de dotation est restreint, contrairement à l'*endowment fund*. L'article 1 alinéa 2 du décret du 11 février 2009 relatif aux fonds de dotation prévoit la liste des actifs et des placements éligibles que le fonds de dotation peut utiliser. D'après celui-ci, « les actifs éligibles aux placements du fonds de dotation sont ceux qu'énumère l'article R 931-10-21 du Code de la sécurité sociale ». D'après ce dernier article, il s'agit des valeurs mobilières et titres assimilés, des actifs immobiliers ainsi que des prêts et dépôts. Cette liste est large, mais n'est pas toujours adaptée aux activités que développent certains fonds de dotation car elle était au départ prévue pour les fonds de prévoyance, comme le soulignent certains auteurs. Par exemple, un fonds de dotation ne peut pas avoir une activité humanitaire en Afrique par microcrédit car, d'après l'article R 931-10-21 du Code de la sécurité sociale, les bénéficiaires du prêt ne peuvent être que les personnes physiques ou morales ayant leur siège dans un pays membre de l'OCDE.¹⁸⁵ Malgré la tentative d'évolution vers le modèle étasunien, le droit français utilise sa méthode d'encadrement en amont, c'est-à-dire qu'il dresse une liste qui limite la gestion des ressources. Les fonds de dotation doivent respecter cette liste. Cela est très différent de la méthode étasunienne qui consiste à encadrer par des standards et directives qui pourront être adaptés à chaque *endowment fund*. Aux Etats-Unis, la législation entérine et encadre seulement les pratiques existantes, alors que la législation française encadre les futurs investissements.

Pour la gestion des investissements, une gestion par le fonds de dotation lui-même est possible. Cependant, une gestion professionnelle par un gestionnaire de patrimoine ou mandataire rémunéré est souvent nécessaire en pratique lorsque les actifs financiers sont d'un montant significatif.¹⁸⁶ Le comité consultatif, s'il existe, contrôlera alors les investissements. Ce dernier est obligatoire lorsque la dotation atteint un million d'euros, tandis que le comité d'investissement étasunien ne l'est jamais. Néanmoins, ce dernier existera en pratique en présence de telles sommes. On constate une autre divergence des droits français et étasunien. Même si le résultat sera souvent identique, le droit français impose un organe, même s'il le fait de manière flexible, alors que le droit étasunien laisse les acteurs privés en décider.

Le droit étasunien, et plus précisément, la loi fédérale prévoit néanmoins une sanction en cas d'investissements spéculatifs ou dangereux dans le cadre d'*endowment funds* détenus par des fondations privées. D'après la section 4944 de l'IRC, la fondation doit exercer avec prudence et un « *good business judgment* », un avis éclairé commercial dans l'investissement des actifs de la fondation afin de ne pas investir ses fonds d'une manière qui mettrait en péril la capacité de cette

¹⁸⁵ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014, p90

¹⁸⁶ *Ibid*

dernière à réaliser ses « *charitable purposes* ». Les investissements liés à un programme ne sont pas considérés comme des *jeopardizing investments*. La qualification de *jeopardizing*, dangereux, d'un investissement donné est opérée de manière casuistique, selon chaque investissement, en prenant en compte le portefeuille d'actions dans son ensemble.¹⁸⁷ Si cette règle n'est pas respectée, l'organisme et le fondateur devront payer une taxe de dix pour cent. Le cas de référence dans ce domaine, où les actions en justice sont rares, est celui de l'arrêt *Thorne v Commissioner* de l'*United States Tax Court*, la juridiction fédérale en matière d'impôt et de taxes, en date du 20 juillet 1992.¹⁸⁸ Dans cette affaire, le *trustee* d'une *charitable foundation* avait en connaissance de cause réalisé des investissements qui avaient mis en péril les « *charitable purposes* » de la fondation en déposant à une banque en situation irrégulière le *corpus* de l'*endowment fund*. Il fut alors sanctionné pour cette conduite. La section 4944 de l'IRC est limitée aux fondations en raison du plus grand contrôle qu'exercent les fondateurs contrairement aux *public charities*. La sanction intervient après le comportement. On retrouve la faveur du droit étasunien pour l'initiative des acteurs économiques. La réglementation intervient en aval. Aucune disposition similaire n'existe en France où la liste encadre en amont les investissements.

Malgré ce dernier point, le législateur français a adopté une logique proche de l'esprit étasunien en légitimant un type d'investissement risqué mais courageux. L'action philanthropique est presque transformée en activité d'entreprise, comme c'est le cas aux Etats-Unis. Dans ce dernier pays, l'encadrement de la gestion des ressources de l'*endowment fund* est le résultat d'une évolution historique étroitement liée à l'importance accordée au marché et à la bourse. En France, le législateur a introduit en 2008 cette idée ainsi que celle d'un Etat qui intervient moins et qui laisse les fonds de dotation agir. Cela a été fait tout en restant, d'une certaine manière, fidèle à la tradition juridique française d'encadrement d'avantage en amont. Ainsi, on peut penser que l'évolution du droit français vers le modèle étasunien de philanthropie est bien engagée, mais pas achevée. Ce constat peut aussi être fait lorsque l'on étudie l'encadrement de la gestion des dépenses du fonds.

B – L'encadrement de la gestion des dépenses

Le fonds de dotation a pour but ultime de satisfaire l'intérêt général. Pour arriver à ce but, deux modes de gestion des dépenses sont possibles. L'article 140 I alinéa 1 de la loi LME dispose que le fonds de dotation agit pour « 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

¹⁸⁷ SCHMIDT Elizabeth, *Nonprofit Law : the Life Cycle of a Charitable Organization*, New York : Wolters Kluwer Law & Business, 2011, p332

¹⁸⁸ *Thorne v. Commissioner*, 99 T.C. No. 4 (1992)

l'accomplissement de ses œuvres et de ses missions d'intérêt général ». Les dépenses peuvent donc être gérées de deux manières différentes. Si le fonds de dotation réalise directement des activités d'intérêt général, il s'agira d'un fonds de dotation opérationnel. S'il le fait de manière indirecte en finançant un ou des organismes sans but lucratif, il s'agira d'un fonds de dotation de redistribution. Les articles 200 et 238 bis du CGI opèrent aussi cette distinction afin d'expliquer quelles peuvent être les dépenses du fonds de dotation. Toutefois, rien ne semble s'opposer à une double activité. Ni la loi LME ni les travaux parlementaires ne mentionnent un devoir de choisir entre les deux. En pratique, nombreux sont les fonds de dotation qui contribuent directement et indirectement à l'intérêt général.¹⁸⁹ Un de ces deux modes de gestion des dépenses, ou les deux, sont donc obligatoires.

Les fonds opérationnels représentent quarante pour cent des fonds de dotation.¹⁹⁰ Leur objet statutaire doit le préciser. Leurs activités doivent correspondre à celles définies par l'article 200 du CGI c'est-à-dire présenter un caractère philanthropique, scientifique, éducatif, humanitaire, sportif, culturel, de défense de l'environnement naturel ou visant à concourir à la diffusion de la culture, de la langue ou des connaissances scientifiques françaises. D'autres activités ont récemment été considérées comme des activités d'intérêt général. L'article 238 bis du CGI introduit par la loi du 14 mars 2012 de finances rectificative pour 2012 spécifie que les actions de soutien en faveur de la création, la reprise ou le développement de petites et moyennes entreprises est une activité d'intérêt général, de même que les actions concrètes en faveur du pluralisme de la presse d'après la loi du 17 avril 2015.¹⁹¹ Le domaine des activités d'intérêt général est extrêmement large. Les dépenses du fonds de dotation sont alors directement affectées à cette activité.

Les fonds de redistribution, quant à eux, redistribuent les revenus de la dotation à une personne sans but lucratif qui exerce une activité d'intérêt général. Leurs dépenses sont affectées à cette personne morale. Cette dernière peut être un de ses membres, comme par exemple une association qui ferait partie du conseil d'administration du fonds de dotation. D'après la réponse ministérielle du Ministère du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État du 17 mai 2011, un fonds de dotation peut avoir pour objet de redistribuer les revenus de leur dotation à l'un de leur membre dès lors que ce dernier a bien pour objet l'accomplissement d'une œuvre ou d'une mission d'intérêt général.

Aux Etats-Unis, la loi fédérale oblige les *endowment funds* à réaliser leur *charitable purpose* d'une manière différente. La section 4942 de l'IRC requiert des distributions *minima*, ou

¹⁸⁹ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014

¹⁹⁰ AMBLARD Colas, *Fonds de dotation, Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2^{de} édition, Wolters Kluwer, collection Lamy Axe droit, novembre 2015

¹⁹¹ Loi n°2015-433 du 17 avril 2015

« *minimum asset requirements* ». Cette disposition ne vise cependant que les *endowments funds* utilisés par les fondations. Dans les douze mois après la fin de chaque année fiscale, chaque fondation privée doit faire des distributions qualifiées, « *qualifying distributions* » d'un montant supérieur ou égal à cinq pour cent de la valeur marchande des actifs de la fondation qui ne sont pas directement utilisés pour réaliser les objectifs caritatifs de la fondation. Cette règle est aussi énoncée comme l'exigence que la fondation dépense au moins cinq pour cent de ses investissements nets. Les *qualifying distributions* incluent les subventions, les activités caritatives directes, les dépenses raisonnables nécessaires pour gérer un programme de subvention, des investissements liés à un programme et des projets spéciaux approuvés par l'IRS. Si une fondation privée ne fait pas ses distributions *minima* requises dans le délai, elle pourra se voir contrainte à payer une taxe de trente pour cent du montant non distribué. Si la taxe elle-même n'est pas payée, la fondation devra verser une taxe d'une valeur de cent pour cent du montant non distribué. Ces taxes sont additionnées à l'obligation de distribuer le montant. Ainsi, la fondation ne peut pas éluder son devoir d'utiliser ses actifs pour un *charitable purpose*.¹⁹²

L'UPMIFA encadre plus généralement la gestion des dépenses de tous les *endowment funds*. L'UMIFA avait initié le concept de dépenses des revenus totaux de la dotation dans le cadre d'un programme caritatif. La croissance des actifs et des revenus devait être affectée au *charitable purpose*, dans la limite de l'«*historic dollar value*». L'UPMIFA reprend cette règle d'appréciation mais supprime le concept d'HDV en le remplaçant par une meilleure orientation quant au standard de prudence. Il énonce que l'organisme « doit dépenser de manière appropriée ou économiser de la façon que l'organisme trouve prudente dans l'utilisation, le bénéfice, les objectifs et la durée pour laquelle l'*endowment fund* est établi ». Sept critères, exposés dans la première partie de ce mémoire, guident l'organisme dans ses dépenses. L'UPMIFA augmente ainsi substantiellement la flexibilité légale de l'organisme pour dépenser la dotation.¹⁹³ Les critères sont le pendant des standards qui s'appliquent aux décisions d'investissement. Les décisions d'investissement et les décisions concernant les dépenses se correspondent alors concrètement.¹⁹⁴ La section 4(d) UPMIFA contient aussi une disposition optionnelle qui autorise les Etats à promulguer d'autres protections contre les dépenses excessives. Les Etats peuvent adopter une présomption réfragable d'imprudence ; l'organisme est réputé imprudent s'il dépense un montant supérieur à sept pour cent de la valeur du fonds, calculée sur les trois dernières années. Cette présomption a été adoptée dans la majorité des Etats fédérés.

¹⁹² SCHMIDT Elizabeth, *Nonprofit Law : the Life Cycle of a Charitable Organization*, New York : Wolters Kluwer Law & Business, 2011

¹⁹³ SOROKIN Cheryl *et al.*, *Nonprofit governance and management*, 3e édition, American Society of Corporate Secretaries ; Chicago, Ill. : Section of Business Law, American Bar Association, 2011, p50

¹⁹⁴ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Commentaire de l'*Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act (UPMIFA)*, Conférence annuelle, 14 juillet 2006

Enfin, la gestion des dépenses de l'*endowment fund* est encadrée de manière persuasive par l'objectif du fonds. Par exemple, l'Université de Yale prend en compte lors de ses dépenses le concept de « *intergenerational equity* ». En pratique, la gestion des dépenses est toujours un compromis entre deux objectifs opposés : celui de fournir un soutien substantiel aux opérations courantes et la préservation du pouvoir d'achat des actifs de l'*endowment fund*.¹⁹⁵

Enfin, en France comme aux États-Unis, si l'activité du fonds ne respecte pas son objectif de poursuite de l'intérêt général ou son *charitable purpose*, le régime fiscal favorable attaché aux transactions du fonds et au fonds lui-même est perdu. Les autorités publiques ont entendu lutter contre les niches fiscales par le biais de la section 4945 de l'IRC. Celle-ci est relative aux dépenses taxables, « *taxable expenditure* » qui y sont définies comme les dépenses faites pour un but non caritatif, un « *noncharitable purpose* ». Il s'agit des paiements pour des campagnes politiques et du lobbying, de certaines subventions pour des individus énumérés et des subventions pour des *public charities* qui ne correspondent pas à la définition de la section 501(c)(3) de l'IRC sauf si l'organisme exerce une responsabilité au niveau des dépenses, *expenditure responsibility*, en respectant la subvention. De telles procédures requièrent d'obtenir auparavant l'approbation de l'IRS dans certaines circonstances. Ce dernier fera une enquête à propos de la personne bénéficiant de la subvention, demandera des rapports de celle-ci et s'assurera qu'elle utilisera les fonds de la subvention uniquement pour des *charitable purposes*. Cette règle fiscale aide à s'assurer que les organismes suivront ces règles en imposant une taxe initiale de dix pour cent sur l'organisme et tout gestionnaire de fondation qui aura en connaissance de cause fait cette dépense taxable.

La gestion des dépenses est encadrée par la loi de manière large en France et aux États-Unis. La législation étasunienne laisse une plus grande marge de manœuvre car ce sont des standards qui sont utilisés. Malgré cela, il existe des exigences qui ne se retrouvent pas en droit français comme les distributions *minima*. Sur ce point, le droit étasunien régleme plus la gestion des dépenses. L'encadrement de cette dernière est, dans les deux droits, intrinsèquement lié aux notions d'intérêt général et de *charitable purpose*. Il a pour objectif de s'assurer que les fonds ont bien de tels buts. Si ce n'est pas le cas, une sanction est prévue. Ce raisonnement à deux étapes sous-tend le cadre juridique de la gestion des dépenses du fonds de dotation et de l'*endowment fund*. Le droit français se rapproche ainsi du modèle étasunien.

La gestion des ressources et des dépenses montre l'importance accordée au marché. L'encadrement est *minimum*, s'assurant seulement que le fonds de dotation et l'*endowment fund*

¹⁹⁵ KOCHARD Lawrence, RITTEREISER Cathleen, *Foundation and Endowment Investing: Philosophies and Strategies of Top Investors and Institutions*, Wiley, 2008

ne soient pas dénaturés. Pour encourager l'initiative privée, la gestion reste libre. Le contrôle intervient *a posteriori*, conformément à l'esprit du droit étasunien. En introduisant de telles règles, le droit français s'est réellement rapproché de ce dernier. L'État favorise la liberté de gestion pour que les meilleures gestions puissent se développer et c'est lorsqu'il y aura des abus qu'une sanction sera mise en place. Pour permettre celle-ci, la France comme les États-Unis ont mis en place un sévère contrôle du fonds.

Chapitre II : Le sévère contrôle *a posteriori* du fonctionnement du fonds

On a vu qu'une grande liberté était prévue pour les fondateurs et pour les administrateurs du fonds de dotation et de l'*endowment fund*. Les principes de liberté de création et liberté de gestion trouvent leur contrepartie dans le contrôle du fonds. Celui-ci intervient *a posteriori*. Les acteurs sont incités à agir afin de favoriser la philanthropie, l'État participant ainsi indirectement à l'activité d'intérêt général ou au *charitable purpose*. Le contrôle n'intervient que dans un second temps. C'est la caractéristique du droit étasunien qui est reprise par le droit français. La création et la gestion du fonds sont facilitées, mais il est étroitement surveillé pour prévenir les abus en France comme aux États-Unis, même si les contrôles comptables et administratifs n'ont, dans ce dernier cas, pas le même objet dans chacun des deux États (I). Ces sévères contrôles sont cependant impuissants face à certaines dérives, existant dans les deux États (II).

I – Le sévère contrôle comptable et administratif du fonds

Le contrôle est essentiel aux États-Unis aussi bien qu'en France car la liberté de création et, dans une moindre mesure, la liberté de gestion sont très importantes. Le contrôle est surtout opéré concernant la comptabilité du fonds de dotation et de l'*endowment fund*. Un contrôle par l'autorité administrative s'y ajoute dans les deux États bien qu'aux États-Unis l'objet de ce contrôle soit l'organisme financé par l'*endowment fund* plutôt que l'*endowment fund* lui-même. Malgré cette divergence, le double contrôle, comptable et administratif, présente les mêmes caractères en France et aux États-Unis : il est préventif (A) et sanctionnateur (B).

A – Un double contrôle préventif

Le fonds est contrôlé *a posteriori* afin de laisser toute liberté aux fondateurs et administrateurs tout en les surveillant. Le contrôle du fonds de dotation et de l'*endowment fund* est basé sur le principe de responsabilité, qui est le pendant du principe de liberté de création et de gestion. Le principe de responsabilité se traduit par une prévention, une détection et une dissuasion des abus¹⁹⁶ qui pourraient survenir dans le cadre du régime fiscal favorable qui est celui du fonds de dotation et de l'*endowment fund*. Les autorités publiques vérifient la comptabilité du fonds, si les ressources et les dépenses sont bien celles qui sont déclarées, ainsi

¹⁹⁶ LISSANDRE Godefroy et AUDEBERT Patrick dans Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et du Ministère du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, *Fonds de dotation*, Courrier juridique des finances et de l'industrie, La Documentation française, Octobre 2010

que les documents transmis concernant la structure et l'activité du fonds. En France comme aux États-Unis, un double contrôle est réalisé, un contrôle comptable et un contrôle administratif. Il a pour objectif de prévenir les abus. Une différence est à souligner. Le fonds de dotation et l'*endowment fund* ont une nature différente puisque le premier est une personne morale alors que le second est un simple mécanisme de financement d'une personne morale. Cette différence de nature a pour conséquence une différence de régime. On pourrait à première vue croire qu'il n'y a pas de contrôle administratif de l'*endowment fund*. Toutefois, il est opéré. Il n'a pas pour objet l'*endowment fund* lui-même mais l'organisme qu'il finance. On verra que le contrôle du fonctionnement du fonds a les mêmes objectifs et effets en France et aux États-Unis.

Tout d'abord, une autorité spécifique contrôle la comptabilité du fonds de dotation et de l'*endowment fund* dans certains États. En France, une place importante est accordée au contrôle de la comptabilité puisque chaque fonds doit présenter ses comptes annuels avec le rapport d'activité comme on l'a déjà mentionné. De plus, l'article 140 VI de la loi LME dispose qu'un commissaire aux comptes et au moins un suppléant doivent être nommés dès que le montant des ressources du fonds de dotation excède dix milles euros en fin d'exercice. En pratique, cette désignation concerne presque tous les fonds de dotation, car la grande majorité des fonds de dotation atteint cette somme. Dans certains cas, elle est même faite dans les statuts dès la constitution du fonds.¹⁹⁷ Cependant, le sens du terme « ressources » n'était pas précisé. La commission des études juridiques de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) l'a défini le 14 mars 2013.¹⁹⁸ Trois types de ressources doivent être retenues pour identifier ce montant : les revenus des dotations, les dons issus de l'appel à la générosité publique pour lesquels l'organe délibérant n'a pas décidé une affectation en dotation et enfin la quote-part de la dotation consommable affectée au résultat. En outre, la Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère de l'Économie et des Finances a considéré le 5 avril 2013 que le seuil de 10 000 euros doit être apprécié en cours de gestion. La loi LME retenait la fin d'exercice comme période d'évaluation de ce montant et ne précisait pas quel était le premier exercice que le commissaire aux comptes devait certifier. D'après la CNCC, lorsque ce seuil est franchi, quelle que soit la date de ce dépassement durant l'exercice, la certification est exigée pour les comptes de l'exercice en cours. La nomination du commissaire aux comptes est immédiatement requise et ne saurait attendre l'ouverture de l'exercice suivant. À défaut, pour le fonds, de nommer dès l'exercice de dépassement un commissaire aux comptes, il est précisé que l'organisme doit lui confier une mission complémentaire de certification des comptes de l'exercice de

¹⁹⁷ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014, p119

¹⁹⁸ CNCC (Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes) Communication EJ 2012-42 du 14 mars 2013

dépassement.¹⁹⁹ D'après l'article 3 du décret du 11 février 2009, le commissaire aux comptes certifie les comptes annuels du fonds de dotation et vérifie leur concordance avec le rapport d'activité. Ainsi, les comptes annuels et le rapport d'activité des fonds de dotation, tenus au contrôle légal des comptes, doivent être mis à la disposition du commissaire aux comptes au moins quarante-cinq jours avant la date de réunion du conseil d'administration chargé de les approuver. Ces comptes ainsi que le rapport du commissaire aux comptes sont publiés. Outre son rôle de certification et de vérification des comptes, le commissaire aux comptes a une mission d'alerte. Conformément à l'article VI alinéa 4 de la loi LME, lorsqu'il relève, à l'occasion de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'activité, il doit engager des démarches sans délai et demander des explications par lettre recommandée avec avis de réception au président du conseil d'administration qui doit lui répondre sous quinze jours. Il en informe le préfet. En cas d'inobservation de ces dispositions ou si la continuité de l'activité demeure compromise, il établit un rapport spécial et invite par un écrit, dont une copie est envoyée au préfet, le président à faire délibérer le conseil d'administration sur les faits relevés. Dans ce cas, il fixe la date, dans un délai qui ne peut excéder huit jours, l'ordre du jour et, le cas échéant, le lieu de la réunion du conseil d'administration. L'article 5 alinéa 2 du décret du 11 février 2009 dispose que les frais de la procédure d'alerte, donc de cette réunion, sont à la charge du fonds de dotation. Si, à l'issue de celle-ci, le commissaire aux comptes constate que les décisions prises ne permettent pas d'assurer la continuité de l'activité, il informe de ses démarches le préfet et lui communique les résultats. Ce sera le préfet qui se chargera de la suite à donner à la procédure, le commissaire aux comptes ne s'occupant que de le prévenir. Il en est de même dans le cadre de la lutte contre le blanchiment.²⁰⁰ D'après les articles L561-1 et suivants du CMF, le fonds de dotation est un des organismes qui peut faire l'objet de déclaration de soupçons de la part des personnes à qui cette obligation est imposée. Dans le cadre du fonds de dotation, il s'agit du commissaire aux comptes. Aux Etats-Unis, l'équivalent du commissaire aux comptes se retrouve dans six Etats fédérés. Des lois fédérales affirment spécialement que l'intégrité des organismes à but non lucratif doit être assurée. Il s'agit du Connecticut, de la Californie, du Kansas, du Massachusetts, du Maine et du New Hampshire. Par exemple, dans l'Etat de New York, le *Nonprofit Revitalization Act* de 2013 comporte toutes les dispositions qui y sont relatives. Ces lois requièrent les organismes de soumettre annuellement une vérification comptable annuelle rédigée par un expert-comptable indépendant, *independent certified public accountant* (CPA) à un représentant de l'Etat fédéré.²⁰¹

¹⁹⁹ FIEVET Rudi, *Commissaire aux comptes - Une nomination doublement précisée*, juris associations 2013, n°481, p8

²⁰⁰ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2nde édition, Juris éditions, 2014, p115

²⁰¹ SCHMIDT Elizabeth, *Nonprofit Law : the Life Cycle of a Charitable Organization*, New York : Wolters Kluwer

Plus généralement, c'est l'autorité administrative qui contrôle la comptabilité de l'*endowment fund* et du fonds de dotation. Aux Etats-Unis, au niveau fédéré, le *State Attorney General* (AG), ministre de la justice d'un Etat fédéré, ou une autre représentant de l'Etat chargé des *charities*, *state charity official*, supervise le secteur à but non lucratif et assure sa comptabilité. Traditionnellement, la fonction principale des *state charity officials* est le recueil d'informations des organismes sans but lucratif de leur Etat et la prévention les abus lors des collectes de fonds.²⁰² Ces dernières années cependant, après des scandales boursiers nourrissant les inquiétudes à propos de la manière dont les fonds sont dépensés, l'accent a été mis sur la comptabilité au niveau étatique. En Californie par exemple, le *California Nonprofit Integrity Act* 2004 donne de grands pouvoirs à l'AG. Son pouvoir de régulation des *charities* provient en réalité de l'ancien droit anglais et plus particulièrement du droit des *trusts*. Un élément essentiel du *charitable trust* était et est toujours que ses objectifs doivent être au bénéfice du plus grand public, et donc qu'il ne doit pas y avoir de bénéficiaire identifié. Les juridictions de *common law* donnèrent alors pour tâche à l'AG d'agir à la place du roi au sein du pays pour représenter la population, qui est le bénéficiaire ultime du *charitable trust*. Ils s'assurent que les *charitable trustees* remplissent leurs devoirs.²⁰³ Le rôle de représentation de la société lui est toujours dévolu aujourd'hui. En 1943, le New Hampshire a été le premier Etat fédéré à codifier la fonction générale de l'AG de supervision des organismes à but non lucratif dans son *Revised Statutes Annotated* à partir de la section 7 : 19. Depuis, tous les Etats étasuniens se sont dotés d'une législation donnant un pouvoir à l'AG concernant les organismes sans but lucratif.

Dans le cadre des organismes financés par des *endowment funds*, les AG ont une mission de vérification de ces derniers. Ils ont une fonction duale : la prévention et la poursuite. La législation de chaque Etat précise leurs attributions exactes. Leurs occupations concrètes dépendent des organismes présents sur le territoire et peuvent être diverses. En Californie et dans l'Etat de New York, il a une large autorité sur les organismes à but non lucratif et les actions coercitives ne sont pas exceptionnelles. Dans la plupart des Etats cependant, son rôle est circonscrit à l'investigation, le pouvoir de convoquer et le droit d'agir devant une juridiction. Dans ce cas, il pourra demander la dissolution, le redressement judiciaire ou empêcher la gestion négligente et l'utilisation frauduleuse des actifs financiers. Dans certains Etats, l'accord préalable de l'AG est requis pour certaines transactions impliquant des *endowment funds* ou un changement significatif dans les activités ou la structure de l'organisme.²⁰⁴

Law & Business, 2011

²⁰² *Ibid*

²⁰³ FREMONT-SMITH Marion, *Attorney General Oversight of Charities*, Hauser Center for Nonprofit Organizations, Working Paper 41, 2007

²⁰⁴ SOROKIN Cheryl *et al.*, *Nonprofit governance and management*, 3e édition, American Society of Corporate Secretaries ; Chicago, Ill. : Section of Business Law, American Bar Association, 2011, p81

Au niveau fédéral, c'est l'IRS qui a pour rôle de s'assurer de l'application des dispositions de l'IRC dans le cadre des organismes à but non lucratifs financés par des *endowment funds*. D'après la section 501(c)(3) de l'IRC, il doit évaluer les opérations des *charities* pour s'assurer que des individus privés ne bénéficient pas de l'organisme et que l'organisme ne serve pas un autre objectif non charitable. Cet article lui confère des prérogatives très larges. En somme, l'IRS surveille toutes les opérations, financières ou non, des *charities*.²⁰⁵ Cela signifie qu'il doit s'assurer que les organismes doivent être reconnus comme exemptés fiscalement, déterminer l'étendue de la déductibilité des libéralités caritatives et identifier quelles transactions de ces organismes doivent être sujettes à un régime fiscal avantageux. Il dispose du pouvoir de superviser ces derniers grâce aux formulaires, de contrôler les finances et opérations des *charities* et de sanctionner le cas échéant. Dans le cadre de son rôle de vérification, l'IRS doit rendre publics certains documents fiscaux, d'après les sections 6104 et 6110(5) de l'IRC. Monsieur Marcus Owens affirme que généralement le rôle de l'AG est considéré comme plus large que celui de l'IRS mais que, en réalité, c'est l'inverse car ce dernier est en charge des opérations principales.²⁰⁶

En France, le contrôle consistant en la vérification des informations relatives au fonds de dotation à des fins de prévention des abus est exercé par le préfet. Il s'assure de la régularité du fonctionnement du fonds de dotation. L'article 6 du décret de 2011 dispose que l'autorité administrative compétente est « le préfet du département dans lequel le fonds de dotation a son siège social ». Le préfet vérifie la transmission annuelle du rapport d'activités et des comptes annuels et leur complétude. En cas de retard ou de transmission incomplète, il peut mettre en demeure le fonds de dotation de lui communiquer les documents manquants. De surcroît, il examine le contenu des documents pour s'assurer du respect des obligations réglementaires. L'existence-même d'un contrôle administratif exercé sur les fonds de dotation l'inscrit dans la tradition française de contrôle des structures de philanthropie car elle correspond à ce qui existe pour les fondations et associations reconnues d'utilité publique. Ce contrôle administratif a un objectif préventif afin de conforter la confiance des donateurs. Ceux-ci sont rassurés par le dispositif de contrôle mis en place et contribuent plus aisément au fonds de dotation. Le dispositif préventif encourage donc la philanthropie. En confiant aux préfets le contrôle des fonds de dotation, le législateur l'inscrit également dans la tradition administrative française. Celui-ci exerce en effet déjà en partie le contrôle des fondations et associations reconnues d'utilité publique.²⁰⁷ Le contrôle est ainsi totalement déconcentré et *a posteriori*. Il est ainsi

²⁰⁵ OWENS Marcus S, *Federal Oversight : The Role of the IRS*, Conference Proceedings at NYU Center for Philanthropy and the Law, 2007

²⁰⁶ *Ibid*

²⁰⁷ LISSANDRE Godefroy et AUDEBERT Patrick dans Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie,

simplifié. Cela rend le fonds de dotation attractif pour de potentiels fondateurs. A l'instar de l'*endowment fund*, le contrôle préventif du fonds de dotation participe de la dissuasion des administrateurs et des fondateurs de ne pas respecter leurs obligations et de l'encouragement à de potentielles libéralités dont le fonds serait bénéficiaire. Les Etats-Unis et la France accordent une grande importance à la vérification des informations transmises par le fonds, qu'elles soient comptables ou administratives. Le contrôle est préventif car les fonds savent que les informations vont être modifiées et sont plus enclins à respecter leurs obligations.

La modification du fonds est également contrôlée à des fins de prévention. Elle ne l'est pas de la même manière aux Etats-Unis et en France, mais il reste qu'une vérification est opérée pour prévenir les abus. Aux Etats-Unis, le niveau de surveillance de l'évolution du fonds dépend de sa valeur et de son ancienneté. Depuis 2006, la section 6(d) de l'UPMIFA permet aux *charities* de modifier une restriction faite à un *endowment fund* si sa valeur est de moins de 25 000 dollars ou s'il date de plus de vingt ans. Le point de départ de ce délai est la date de création du fonds et non pas la date de la libéralité qui a alimenté le fonds. La restriction doit toutefois remplir certaines conditions. Elle doit être devenue inapplicable ou trop coûteuse. De plus, la *charity* doit en informer l'AG de l'Etat concerné. Elle peut attendre soixante jours et, s'il n'a pas répondu, opérer la modification conformément au *charitable purpose* du fonds et à la volonté du donateur. Lorsque la restriction porte sur une valeur supérieure ou un fonds plus récent, il faut demander l'avis au donateur d'après la section 6(a) de l'UPMIFA. Si la libéralité a été faite par legs ou que le donateur n'est pas disponible, la *charity* doit demander une approbation de la part d'une juridiction. La section 6(b) de l'UPMIFA affirme clairement que les théories de l'*equitable deviation*, c'est-à-dire la modification de la gestion de la restriction, et de *cy pres*, c'est-à-dire la modification de l'objectif d'une restriction, du droit des *trusts* s'applique concernant les *endowment funds*. La juridiction pourra modifier la restriction en tenant compte de « l'intention probable du donateur ou testateur ». Si elle demande une telle modification, la *charity* devra en informer l'AG. Dans le cas d'une modification opérée par la *charity* elle-même comme dans celui où une juridiction modifie la restriction, la section 6 (b), (c) et (d) ne requiert pas de notification aux donateurs à l'instar des règles de l'*equitable deviation* et *cy pres* en droit des *trusts*. On donne plutôt pour mission aux juridictions et à l'AG de protéger l'intention du donateur ou testateur et l'intérêt général.²⁰⁸ Retrouver un donateur qui a fait une donation plus de vingt ans auparavant serait difficile et coûteux. L'AG est informé dans tous les cas de la modification et reste le garant de l'intention du donateur ou testateur ainsi que du *charitable purpose* du fonds.

des finances et de l'industrie et du Ministère du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, *Fonds de dotation*, Courrier juridique des finances et de l'industrie, La Documentation française, Octobre 2010

²⁰⁸ National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Commentaire de *Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act (UPMIFA)*, Conférence annuelle, 14 juillet 2006

En France, l'après l'article 7 du décret de 2011, le préfet du lieu du siège du fonds de dotation est en charge du contrôle de la vie institutionnelle du fonds. L'ensemble des modifications statutaires et d'ordre institutionnel doivent être portées à sa connaissance. Cela comprend tout changement de dirigeant et tout changement des statuts. Tous les changements survenus dans l'administration du fonds, notamment le changement de membres, doivent lui être communiqués dans les trois mois. Cette obligation lui permet de suivre l'évolution du fonds. En outre, tout changement de statuts doit lui être déclaré, puis publié au Journal officiel dans un délai de trois mois à partir de la déclaration.

L'évolution du fonds de dotation est donc autant, voire moins, contrôlée que celle de l'*endowment fund*. Le contrôle est opéré différemment. En France, le préfet doit toujours être informé des changements. Il en est de même pour l'*endowment fund* qui doit informer l'AG. Toutefois, en cas de modification importante, la *charity* gérant l'*endowment fund* doit demander la modification à une juridiction. Cela n'a pas lieu en France. Le contrôle de l'évolution du fonds est alors accru aux Etats-Unis, même s'il concerne l'organisme financé par l'*endowment fund* plutôt que l'*endowment fund* lui-même.

Enfin, aux Etats-Unis, on observe un mouvement vers l'autorégulation, *self-regulation*, des organismes à but non lucratif à travers les « *umbrella groups* », des regroupements d'organismes qui posent des standards à respecter. Par exemple, on peut citer le *National Council of Nonprofit Associations* (NCNA) qui est un réseau d'associations sans but lucratif fédérées et régionales. Il travaille pour améliorer l'effectivité de l'intégrité des organismes sans but lucratif. Il tient des conférences, publie des informations et promeut des politiques.²⁰⁹ De telles initiatives n'existent pas en France, malgré la présence du Centre français des fonds et fondations qui a vocation à regrouper les fonds de dotations et fondations ainsi qu'à améliorer la connaissance de leurs droits. Il ne crée cependant pas de normes.

En vérifiant les informations relatives au fonctionnement du fonds, comptables ou administratives, et en surveillant sa modification, le contrôle est préventif. Il prévient les abus et règle les problèmes avant la survenance de graves dérives. Si elles se produisent tout de même, elles seront sévèrement sanctionnées.

²⁰⁹ SCHMIDT Elizabeth, *Nonprofit Law : the Life Cycle of a Charitable Organization*, New York : Wolters Kluwer Law & Business, 2011

B – Un double contrôle sanctionneur

Le contrôle du fonds de dotation et de l'*endowment fund* est également dissuasif car il est sanctionneur. Un tel caractère est révélé par le fait que les décisions prises de manière irrégulière sont annulées, que de larges pouvoirs sont accordés aux autorités administratives en termes d'investigation et de communication de documents et que les sanctions en cas d'abus sont lourdes.

Aux Etats-Unis, la théorie de l'excès de pouvoir ou *ultra vires doctrine* sanctionne l'irrégularité des décisions et actes pris pour le fonctionnement de l'*endowment fund*. Cela signifie qu'un acte qui est au-delà ou en dehors de l'étendue des pouvoirs autorisés pour un organisme est sanctionné par la nullité et, dans les cas extrêmes, la perte de l'exemption fiscale de la *charity*.²¹⁰

En France, en cas de violation des obligations statutaires, légales ou réglementaires, les décisions prises dans le cadre du fonctionnement du fonds de dotation, ces dernières seront nulles. Toutefois, les juges saisis pourront tenir compte des usages constants contraires aux stipulations statutaires. Seules les victimes de l'irrégularité peuvent agir car c'est leur intérêt qui est protégé. Constatée par le préfet ou le commissaire aux comptes, il peut entraîner la suspension des activités du fonds de dotation.

Sur ce principe de base sont fondées toutes les dispositions sanctionnatrices du contrôle *a posteriori* du fonds de dotation et de l'*endowment fund*. Cela se traduit par de larges pouvoirs d'investigation et de communication de l'autorité administrative. En France, il s'agit du préfet du lieu du siège du fonds de dotation d'après l'article 6 du décret du 11 février 2009. L'article 140 VII alinéa 1 de la loi LME dispose que le préfet a deux moyens de contrôle ponctuels, l'obligation de communication de tous documents et la possibilité de procéder à toutes investigations utiles : « l'autorité administrative s'assure de la régularité du fonctionnement du fonds de dotation. A cette fin, elle peut se faire communiquer tous documents et procéder à toutes investigations utiles ». Le préfet a donc le pouvoir de demander tous documents. Il peut donc obliger un fonds de dotation à lui communiquer tous types de documents tels que les délibérations du conseil d'administration définissant la politique d'investissement ou les rapports. D'autre part, il peut procéder à toutes investigations utiles. La notion d'investigation semble se rapprocher de celle d'enquête qui est habituellement étrangère aux missions des préfets.²¹¹ En

²¹⁰ *Ibid*

²¹¹ LISSANDRE Godefroy et AUDEBERT Patrick dans Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et du Ministère du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, *Fonds de dotation*, Courrier juridique des finances et de l'industrie, La Documentation française, Octobre 2010

pratique, il peut aller jusqu'à solliciter des dirigeants la remise de copies de factures lorsqu'il interroge sur la pertinence d'un poste de charges.²¹²

Aux Etats-Unis, les autorités administratives sont l'IRS au niveau fédéral et l'AG au niveau fédéré. D'après la section 7601(a) de l'IRC, l'IRS peut entreprendre une investigation. Une requête préalable de la *charity* qui a des soupçons, *prerequisite suspicion action*, n'est pas nécessaire alors qu'elle l'est pour l'AG qui peut aussi entreprendre des investigations. L'IRS n'a pas besoin d'agir en justice pour imposer des *income and excise tax* impôts sur le revenu et taxes d'accise, ce qui est le cas de l'AG. L'IRS et l'AG ont la possibilité, dans le cadre de leurs pouvoirs d'investigation d'examiner la correspondance des *charities* par exemple. Plus précisément, l'IRS peut procéder à des examens et des vérifications. La section 7602 de l'IRC affirme que l'IRS peut réaliser des examens, *examinations*, aussi appelés *audits*. Il s'agit d'une révision des livres de comptes et archives pour déterminer la responsabilité fiscale et peut inclure un interrogatoire de tiers. L'IRS peut aussi opérer un *compliance check*, c'est-à-dire une vérification afin de déterminer si l'organisme adhère à ce que mentionnent ses archives et les rapports requis par la loi. Ce n'est pas une *examination* car ce n'est pas directement relatif à la détermination d'une responsabilité fiscale pour une période particulière.²¹³ Quant à l'AG, sa mission de poursuite est importante dans le cadre du contrôle du fonctionnement de l'*endowment fund*, en Californie et dans l'Etat de New York particulièrement.²¹⁴ Son pouvoir n'est toutefois pas sans limite. Ce sont plutôt les juridictions qui peuvent corriger les abus alors que l'AG amène les abus devant la juridiction et demande leur correction.

Certaines sanctions peuvent être prises en France et aux Etats-Unis par l'autorité administrative, mais les plus fortes sont déclarées par les tribunaux. Cela est fait dans le but de réprimer les auteurs d'abus et de dissuader les personnes qui voudraient potentiellement faire de même. Dans les deux Etats, l'autorité dispose de pouvoirs de sanctions importants qui s'appliquent au fonds de dotation lui-même et à l'organisme que finance l'*endowment fund*.

En France, le préfet peut, après mise en demeure non suivie d'effet, suspendre un fonds de dotation pendant une période de six mois maximum s'il constate « des dysfonctionnements graves affectant la réalisation de l'objet du fonds de dotation » conformément à l'article 140 VII alinéa 3 de la loi LME. D'après l'article 9 du décret du 11 février 2009, constituent des dysfonctionnements graves, dès lors qu'ils affectent la réalisation de l'objet du fonds de dotation la violation des règles financières, la violation des règles relatives à la publicité des comptes, la

²¹² DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014, p111

²¹³ OWENS Marcus S, *Federal Oversight : The Role of the IRS*, Conference Proceedings at NYU Center for Philanthropy and the Law, 2007

²¹⁴ SOROKIN Cheryl *et al.*, *Nonprofit governance and management*, 3^e édition, American Society of Corporate Secretaries ; Chicago, Ill. : Section of Business Law, American Bar Association, 2011, p81

violation des règles relatives à la nomination et à la mission du commissaire aux comptes, le fait, pour le fonds de dotation, de disposer ou de consommer tout ou partie de la dotation en capital dont il bénéficie, alors que les statuts prévoient que celle-ci est non consommable, le fait de disposer ou de consommer tout ou partie de la dotation en violation des clauses statutaires ou pour une cause étrangère à la réalisation des œuvres ou des missions d'intérêt général prévues par la loi, la consommation, par un fonds à durée déterminée, de sa dotation au-delà du terme statutaire d'activité du fonds et le fait, pour le fonds, de ne pas avoir adressé le rapport d'activité à l'autorité administrative ou d'avoir adressé un rapport d'activité incomplet, durant deux exercices consécutifs, malgré la mise en demeure qui lui a été faite. Tous ces dysfonctionnements sont liés au non-respect des principales obligations des fonds de dotation. Le préfet notifie cette suspension de l'activité du fonds au président de ce dernier et au commissaire aux comptes. Un tel dispositif se veut dissuasif car il procède également à la publication de sa décision au journal officiel aux frais du fonds. La décision mentionne les motifs, la durée et les modalités de l'exécution de la suspension.²¹⁵ Elle est purement administrative car elle est engagée et réalisée par le seul préfet. La première suspension d'un fonds de dotation a eu lieu en 2012, pour deux mois, au motif de l'absence d'établissement des comptes, de dépôt des comptes auprès de l'autorité administrative et de publicité des comptes par le fonds de dotation.²¹⁶ D'autre part, l'article 140 VII alinéa 3 et VIII de la loi LME dispose que le préfet a aussi le pouvoir de saisir l'autorité judiciaire pour faire prononcer la dissolution d'un fonds de dotation. Il peut le faire lorsque la mission d'intérêt général n'est plus assurée par ce dernier et qu'il constate des dysfonctionnements graves affectant la réalisation de son objet. Le préfet ne peut pas prononcer la dissolution du fonds lui-même, il doit agir en justice pour cela. S'il le juge opportun, le juge désignera un liquidateur qui prendra la place des dirigeants de l'organisme pour la gestion de la liquidation, même malgré d'éventuelles dispositions contraires dans les statuts du fonds. Si un important passif est dû à une faute de gestion des dirigeants, ils pourront voir leur responsabilité engagée dans les conditions de droit commun comme une action en comblement de passif.²¹⁷ La dissolution du fonds est une sanction radicale et s'applique aux dérives graves. C'est pourquoi elle est judiciaire. Toutes les sanctions sont tournées vers la détection de dysfonctionnements graves remettant en cause l'objet du fonds de dotation. L'objectif du législateur est la dissuasion à travers le caractère sanctionnateur du contrôle du fonds de dotation. Le contrôle reste gradué puisque plusieurs étapes, la mise en demeure, la suspension et la dissolution, sont prévues.²¹⁸

²¹⁵ BUTSTRAEN Laurent, GUAY Philippe, *Le fonds de dotation Nouveau souffle du mécénat*, Deloitte, décembre 2010

²¹⁶ Fonds de dotation "Vivent les enfants du monde" JO assoc n°20120013 31 mars 2012 numéro d'annonce : 2104

²¹⁷ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014

²¹⁸ LISSANDRE Godefroy et AUDEBERT Patrick dans Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Economie,

Aux Etats-Unis, les autorités administratives que sont l'IRS et l'AG disposent de tels pouvoirs. D'après la section 4958 de l'IRC, l'IRS a le pouvoir de condamner le fonds à des amendes et ses dirigeants à des pénalités ainsi que de révoquer le régime d'exemption fiscale, *tax-exempt status*, d'un organisme sans but lucratif s'il ne se conforme pas aux conditions légales. La perte de ce statut peut empêcher l'organisme d'accomplir sa mission ou même de continuer son existence. C'est pourquoi Madame Betsy Buchalter Adler parle de « condamnation à mort de l'organisme ».²¹⁹ Il n'y a aucun droit à l'exemption fiscale. Les actions de la part de l'IRS sont particulièrement communes lorsqu'un *endowment fund* finance des élections et activités relatives à un parti politique, spécialement les Eglises et les autres organismes religieux. Cela est cependant rarement exécuté en pratique puisque, le plus souvent, la *charity* règle le problème relevé et paie une amende avant. Quant à l'AG, il peut amener l'affaire devant une juridiction qui corrigera l'abus. Le fait de menacer un organisme gérant un *endowment fund* d'agir en justice est une arme efficace de l'AG. Peu de personnes peuvent agir en justice contre les *charities* pour le non-respect de l'un de leurs devoirs. Il s'agit du pouvoir exclusif de l'AG. Les lois fédérales disposent qu'il le fera si le fonds n'est pas géré de manière conforme à son objectif ou à l'intention du donateur. De plus, on ne peut pas intenter une action contre l'AG qui n'a pas poursuivi une *charity* n'ayant pas satisfait à ses obligations. L'AG peut être renvoyé d'actions d'une *charity* ou les actions faites en son nom si elles impliquent la violation d'un devoir fiduciaire ou la validité d'une libéralité dans des *charitable purposes*, une demande de changement des *charitable purposes* spécifiés par les donateurs ou testateurs ou de modification des méthodes de gestion, ou la disposition d'une portion substantielle des actifs du fonds. Il faut préciser que dans de nombreux Etats, ces prérogatives ont été élargies par des lois fédérées.²²⁰

Les autorités administratives, en France comme aux Etats-Unis, disposent de larges et divers pouvoirs. Leur contrôle est sanctionnateur car il est la contrepartie de la liberté d'action des *endowment funds* et fonds de dotation. Ceux-ci peuvent agir librement tout en sachant qu'ils seront sanctionnés sévèrement et adéquatement en cas d'abus. C'est pourquoi le contrôle a pu être qualifié par certains auteurs d'« épée de Damoclès ».²²¹

Aux Etats-Unis, Etat fédéral, un problème s'ajoute. La coopération entre les autorités

des finances et de l'industrie et du Ministère du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, *Fonds de dotation*, Courrier juridique des finances et de l'industrie, La Documentation française, Octobre 2010

²¹⁹ ADLER Betsy Buchalter, *The Rules of the Road A Guide to Law of Charities in the United States*, Council on Foundations, 1999, p70

²²⁰ FREMONT-SMITH Marion, *Attorney General Oversight of Charities*, Hauser Center for Nonprofit Organizations, Working Paper 41, 2007

²²¹ LISSANDRE Godefroy et AUDEBERT Patrick dans Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Economie, des finances et de l'industrie et du Ministère du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'Etat, *Fonds de dotation*, Courrier juridique des finances et de l'industrie, La Documentation française, Octobre 2010

fédérales et les autorités fédérées dans le cadre du contrôle du fonctionnement des *endowment funds* avait causé des difficultés. C'est pourquoi le *Pension Protection Act* a été promulgué en 2006. Il a introduit la section 1224 de l'IRC. D'après celle-ci, sur requête écrite d'un *state charity enforcement official*, l'IRS doit partager ses informations à propos des *charities* qui pourraient aider les actions coercitives. L'IRS peut rendre ces informations disponibles même s'il n'y a pas eu de requête, si l'IRS est de l'avis que l'information peut être utile à l'Etat fédéré pour faire respecter ses lois. Si le secrétaire de l'IRS détermine qu'une telle divulgation pourrait sérieusement détériorer l'administration fiscale fédérale, cette information ne doit cependant pas être transmise. En outre, il existe le *National Association of State Charity Officials*, NASCO, une association de bureaux étatiques qui supervise les organismes caritatifs. Ils se réunissent tous les ans et communiquent durant l'année.

En France comme aux Etats-Unis, le contrôle du fonctionnement du fonds est préventif, car une vérification est opérée avant la survenance de dérives, et sanctionnateur, car des pouvoirs importants sont accordés aux autorités et les sanctions sont lourdes. Le système de sanctions demeure néanmoins graduel. Les deux Etats ont voulu des sanctions adaptées à la gravité de chaque non-respect des exigences légales ou règlementaires. Le contrôle étasunien porte soit sur l'*endowment fund*, soit sur l'organisme qu'il finance, alors qu'en France il porte exclusivement sur le fonds de dotation. Cette différence d'objet du contrôle est la conséquence de la différence de nature des deux mécanismes. Leur contrôle a les mêmes objectifs et effets. Il est organisé selon le modèle étasunien. Les acteurs agissent librement, mais seront sévèrement sanctionnés ensuite en cas d'abus. Il participe de l'efficacité du mécanisme. C'est un contrôle *a posteriori*. Il est basé sur l'idée étasunienne du volontarisme qui considère que l'individu est la cellule de base de la société dans laquelle il entre volontairement. Il faut encourager les initiatives individuelles et sanctionner seulement *a posteriori*. En France, le contrôle du fonds de dotation est très proche de celui de l'*endowment fund*. Avec la loi LME, la vision de l'Etat porté sur la philanthropie a profondément changé. L'Etat restant un garde-fou plus qu'un acteur dans la redistribution des richesses, démontrant un rapprochement vers le modèle étasunien de charité.

Ce sévère contrôle *a posteriori* du fonctionnement du fonds n'est toutefois pas sans faille car certains abus et dérives ne peuvent être empêchés.

II - Le contrôle impuissant face à certains abus et dérives

Le dispositif particulièrement structuré du contrôle du fonctionnement du fonds, malgré ses caractères préventif et sanctionnateur, ne suffit pas à empêcher certains abus et dérives. C'était une critique faite par les détracteurs du projet de loi LME au moment des débats parlementaires, car de telles situations s'étaient présentées aux États-Unis avec l'*endowment fund*. Les gestionnaires de fondations et d'associations, particulièrement, craignaient un outil mal contrôlé.²²² Il est indéniable que des détournements du fonds existent en France aussi bien qu'aux États-Unis (A). Les dérives sont dues également au cadre juridique du fonds qui permet des situations paradoxales dans les deux États (B).

A – Le détournement du fonds

Les détournements du fonds sont tout d'abord possibles en raison du fait que le contrôle du fonctionnement du fonds est parfois inefficace car les autorités administratives rencontrent des problèmes. Ensuite, on verra quels types de détournements du fonds de dotation et de l'*endowment fund* sont possibles.

Les autorités administratives sont confrontées à un manque de moyens, une complexité du secteur et une part insuffisante de la forme électronique qui diminue la transparence des *endowment funds*. Ces problèmes se posent surtout aux États-Unis. Le législateur français en 2008 a prévu des dispositions pour éviter ceux-ci. Plusieurs témoignages de membres du bureau d'AG fédérés ont été recueillis par des journalistes étasuniens. Ces membres expliquent la réalité de leur travail et mettent en lumière les insuffisances du contrôle du fonctionnement des *endowment funds*. Monsieur Jamie Katz par exemple, travaillant avec l'AG du Massachusetts, a révélé que sa fonction était avant tout une fonction coercitive. Il sanctionne surtout, d'une part, la gouvernance et les dépenses inappropriées des *endowment funds* et les dysfonctionnements de leur système financier et d'autre part les appels à la générosité publique frauduleux. Il souligne le fait que les législations fédérées et fédérales changent rapidement concernant les différents organismes que financent les *endowment funds*. Monsieur Terry Knowles, du bureau de l'AG du New Hampshire, confirme que « leur priorité est les investigations et la poursuite des cas de fraudes et de détournement de fonds, qui sont en augmentation ». Toutefois, d'après lui, la formation et le recrutement des membres du conseil d'administration est d'importance égale. Il aide ces derniers à se familiariser avec leurs responsabilités. Prévention et sanction sont donc

²²² DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014, p111

leurs fonctions principales en pratique aussi bien qu'en théorie. Monsieur Knowles précise que leur personnel n'est pas suffisant et a trop de travail pour que le contrôle des *endowment funds* et des organismes qu'ils financent soit toujours efficace. C'était une des raisons de la création du NASCO en 1979. Toutefois, les problèmes persistent. Le manque de moyens et de personnel est soulevé par tous les témoignages. Monsieur Knowles précise que le nombre d'organismes a beaucoup augmenté mais que les moyens octroyés n'ont pas été modifiés.²²³ En outre, les témoignages mettent en valeur le manque de transparence. Les AG souhaitent des formes électroniques plus fréquentes. La transparence financière serait d'après eux facilitée car les informations seraient ainsi publiques et concrètement accessibles à tout moment. Actuellement, seul le formulaire 990 est sous forme électronique. Les AG appellent de manière générale à une réorganisation des réglementations existantes qui amélioreraient les standards appliqués à l'obligation de transparence plutôt qu'à la création de nouvelles. De surcroît, de manière concrète, peu d'actions coercitives ont lieu, même dans les Etats qui octroient d'importants pouvoirs aux AG.²²⁴ Enfin, le problème de coopération entre les autorités fédérales et fédérées se poursuit malgré le *Pension Protection Act* de 2006. Monsieur Knowles explique que, parfois, il utilise les pouvoirs d'investigations et se renseigne sur une *charity* alors qu'en réalité, l'IRS fait de même en parallèle sans leur dire. Les *charities* peuvent être gênées par ces deux interlocuteurs qui ne communiquent pas entre eux. Il est de l'avis que cela épuise leurs minces ressources. Il affirme toutefois que la situation s'est un peu améliorée avec la loi de 2006.²²⁵ Ces critiques sont nuancées par l'importance croissante de l'autorégulation. Les AG trouvent que cela est bénéfique et allège leur travail même s'ils aident les organismes à s'autoréguler en mettant des informations sur leur site internet, organisant des réunions et envoyant de la documentation aux *charities*.²²⁶

En France, la loi LME a voulu prévoir un dispositif qui empêcherait de telles situations. C'est pourquoi le préfet a un rôle très important, permettant un contrôle décentralisé et efficace. Il est l'interlocuteur privilégié des fonds de dotation. Sa proximité géographique est un atout essentiel du contrôle. De même la fonction du commissaire aux comptes facilite le travail du préfet, comme on l'a vu dans le I. On ne pourrait nier qu'il peut y avoir des problèmes²²⁷, mais de manière générale le contrôle qui se veut renforcé pour les fonds de dotation ne souffre pas de difficultés administratives comparables à ce qu'il se produit aux États-Unis. Des appels au changement de la législation ne se retrouvent pas en France de la part des autorités

²²³ Monsieur Knowles affirme : « Quand j'ai commencé à travailler dans le New Hampshire, il y avait environ 1100 *charities* étaient Aujourd'hui, il y en a près de 7000. Nous sommes cependant l'un des plus petits Etats. », dans *Attorney General and Nonprofits*, Nonprofit Quarterly 44, 21 décembre 2004 (2005)

²²⁴ HEALY Beth, *Foundations' tax returns left unchecked*, Boston Globe, December 29, 2003

²²⁵ *Attorney General and Nonprofits*, Nonprofit Quarterly 44, 21 décembre 2004 (2005)

²²⁶ *Ibid*

²²⁷ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014, p12

administratives. Cela est révélateur d'une tradition forte d'un contrôle administratif organisé. Tout en se rapprochant du modèle étasunien en adoptant un système de contrôle *a posteriori* décentralisé, le droit français reste conforme à sa tradition qui accorde une place importante au contrôle par les autorités administratives.

Néanmoins, des détournements du fonds de dotation aussi bien que de l'*endowment fund* se produisent. Ainsi, le fonds est utilisé ou créé à des fins privées, et non pas réellement pour contribuer à l'intérêt général ou pour un *charitable purpose*. Le fonds de dotation perd alors son élément essentiel, la dimension d'intérêt général.

Premièrement, les ressources d'un fonds sont parfois utilisées à des fins privées comme l'a montré le *Boston Globe*. Des utilisations à des fins privées d'*endowment funds* finançant des fondations ont lieu régulièrement en Floride. Par exemple, une fondation avait utilisé une partie de son *endowment fund* pour acheter un jet privé d'une valeur de 36 millions de dollars. L'AG avait précisé qu'il utiliserait ses pouvoirs d'investigation seulement s'il recevait des plaintes. Le journal souligne une opacité de gestion des *endowment funds* gérés par les fondations qui permet aux dirigeants de l'utiliser à des fins privées, le public ne sachant pas réellement que ces *endowment funds* sont pour leur bénéfice.²²⁸ En France, d'après l'instruction fiscale du 18 décembre 2006²²⁹, le fonds de dotation est un des organismes sans but lucratif (OSBL). A ce titre, il est par principe exonéré des impôts commerciaux, c'est-à-dire l'impôt sur les sociétés (IS) de droit commun et de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA). Comme aux États-Unis, le fonds de dotation bénéficie de l'exemption fiscale. C'est ce qui peut encourager les dirigeants à faire des transactions pour leur bénéfice à travers le fonds de dotation. Le préfet, le conseil d'administration et le commissaire aux comptes le cas échéant vérifient que cela ne se produise pas. Toutefois, de telles situations peuvent se présenter.

D'autre part, le fonds est parfois détourné dans la mesure où il est constitué à des fins privées. Il peut arriver qu'il soit créé par legs ou par donation afin de contourner les droits de mutation à titre gratuit prévus à l'article 777 du CGI. Ceux-ci peuvent être élevés en fonction du lien avec le défunt puisque l'impôt correspondant à un legs ou une donation à un particulier qui n'est pas un parent ni le conjoint est de soixante pour cent. On l'a vu, la création du fonds de dotation est avantageuse fiscalement. Un fonds de dotation dissimulant une telle libéralité faite à un individu plutôt que réalisée pour contribuer à l'intérêt général est une réelle possibilité car, on l'a dit, « le fondateur peut être un dictateur ». Celui-ci, en rédigeant les statuts, peut donner un droit de *veto* à une personne, peut garder le contrôle du fonds durant sa vie ou le donner à quelqu'un en particulier. Le fonds de dotation est administré par un président et un conseil

²²⁸ HEALY Beth, *Foundations' tax returns left unchecked*, Boston Globe, December 29, 2003

²²⁹ BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20-20120912 (BOFIP)

d'administration, comprenant au moins trois membres, dont les pouvoirs sont librement fixés par les statuts. Le fondateur, rédacteur de ces derniers, peut ainsi en garder une parfaite maîtrise. Cela permettrait à une famille de conserver des biens. Elle en garderait le contrôle tout en affectant une partie à l'intérêt général puisqu'il suffit, comme on le verra plus loin, que cela soit son activité principale, et non pas exclusive, qui promeut l'intérêt général. La conservation du contrôle de la famille du fondateur était une demande en raison de la jurisprudence du Conseil d'État concernant les fondations reconnues d'utilité publique qui évinçait parfois la famille du fondateur au profit d'autres dirigeants.²³⁰ La loi LME voulait répondre à une attente, mais a créé un risque de détournement du fonds. C'est pourquoi la loi ESS a ajouté une exigence quant à la dotation initiale. Cette loi a été réécrite car elle fait perdre une partie de son caractère libéral au fonds de dotation et l'éloigne de l'*endowment fund*. Toutefois, c'est une solution pour lutter contre les « coquilles vides » utilisées seulement à des fins d'optimisation fiscale. Aux États-Unis, les mêmes détournements de l'*endowment fund* existent. Les abattements sur les libéralités créant les *endowment funds* incitent des personnes mal intentionnées à les utiliser comme un outil de planification fiscale.²³¹ De plus, le même problème surgit à propos de la gestion. Le fondateur peut décider de l'affectation de la dotation. Sa volonté doit être respectée autant que possible lors du fonctionnement de l'*endowment fund*. Cela a été accentué avec l'UMIFA qui conditionne tout son fonctionnement à la volonté du fondateur. L'*endowment fund* et le fonds de dotation ont l'inconvénient qui correspond à ce qui fait leur attractivité et leur originalité ; la protection de la volonté du créateur peut être à l'origine du détournement du mécanisme.

Enfin, en France, certains fonds de dotation sont créés avant des cessions d'entreprises. Au moment de sa transmission, un chef d'entreprise peut donner une fraction des titres de l'entreprise à un fonds de dotation. Il le fera s'il a un double objectif : la transmission de son entreprise et l'affectation de tout ou partie du produit de la cession de ses titres à un projet d'intérêt général. Cette possibilité a été vue comme un "véritable montage « gagnant-gagnant »"²³² car la donation par l'entrepreneur de tout ou partie de ses titres au fonds de dotation, à charge pour ce dernier de les céder ensuite à un tiers ou de les apporter à une société, ne génère pas d'imposition au titre de la plus-value. Le fonds de dotation lui-même bénéficie du prix « brut » de cession des titres, et éventuellement de dividendes perçus entre la donation et la cession. On peut considérer que cette dotation du fonds au moyen du prix « brut » des titres constitue également un avantage indirect pour l'entrepreneur-donateur. Indubitablement, s'il avait cédé son entreprise puis affecté le produit de la cession à un organisme sans but lucratif, il

²³⁰ Par exemple, CE 16 avril 2010, *Mme Postel-Vinay*, req n°305649

²³¹ KLEIN Peter, BERRIE Angelica, *A passion for giving : tools and inspiration for creating a charitable foundation*, Wiley, 2012

²³² CONSEIL SUPERIEUR DU NOTARIAT, *Guide des générosités*, 2015

n'aurait pu consacrer à son projet philanthropique qu'une somme moindre, celle du prix de cession auquel est soustraite la plus-value.²³³ Cette possibilité, si elle est bien utilisée, facilite la philanthropie par les chefs d'entreprise et constitue véritablement un "montage gagnant-gagnant". Cependant, une fois encore, en raison de la concentration des pouvoirs de gestion et de l'importance de la volonté du créateur du fonds, le chef d'entreprise peut garder le contrôle des titres tout en bénéficiant de la purge de l'imposition sur la plus-value. Il s'agirait alors d'un détournement du fonds de dotation à des fins privées. Une telle possibilité n'est pas prévue par le droit étasunien.

Le contrôle *a posteriori* du fonctionnement du fonds de dotation et de l'*endowment fund* est donc impuissant face aux détournements du mécanisme à des fins privées, en raison des difficultés auxquelles sont confrontées les autorités administratives et des possibilités juridiques concernant la création ou l'utilisation du fonds qui peuvent être utilisées dans un objectif qui n'est pas l'intérêt général ou un *charitable purpose*. Il s'agit d'une malheureuse manifestation de l'évolution du droit français vers le modèle étasunien. Le contrôle du fonctionnement du fonds est également parfois impuissant dans la mesure où la réglementation elle-même permet des résultats paradoxaux.

B - Le résultat paradoxal de la réglementation du fonds

La réglementation du fonds de dotation et de l'*endowment fund* rend leur contrôle impuissant car il permet des situations paradoxales. Ainsi, la dimension d'intérêt général ou de *charitable* peut n'être qu'en partie présente et il devient plus simple de contribuer à un fonds, personne morale, que d'aider directement une personne physique qui serait aidée par le fonds. Mais encore plus paradoxal est le fait que la législation incite à la création de fonds qui contribuent aux problèmes qu'ils veulent résoudre ou auxquels ses fondateurs qui participent.

La dimension d'intérêt général ou de *charitable* peut être en partie occultée, car des activités lucratives sont parfois exercées par le fonds. Trois possibilités sont prévues pour les activités lucratives du fonds de dotation. Tout d'abord, d'après l'instruction fiscale du 18 décembre 2006²³⁴, une franchise permet d'exonérer les recettes lucratives, mais accessoires des organismes sans but lucratif qui ne dépassent pas le seuil annuel de 60000 euros. Il faut cependant que la gestion de l'organisme reste désintéressée, que l'activité non lucrative demeure significativement prépondérante et que le montant des recettes d'exploitation lucrative au cours de l'année civile n'excède pas le seuil de 60000 euros. Pour calculer ce seuil, on retient toutes les

²³³ *Ibid*

²³⁴ Instruction fiscale du 18 décembre 2006, BOI 4 H-5-06 n°144

sommes encaissées, et non pas les créances acquises, provenant d'activités théoriquement assujétissables aux taxes et impôts commerciaux.²³⁵ Ensuite, lorsque les activités lucratives sont plus importantes mais toujours accessoires, les instructions fiscales du 15 septembre 1998, 4 H-1-99 du 16 février 1999 et 4 H-06-01 prévues pour les associations mais s'appliquant également aux fonds de dotation reconnaissent la possibilité de créer un secteur comptable distinct au sein de l'organisme dans lequel est regroupé l'ensemble des activités lucratives. Cela est fait dans le but de permettre de limiter l'application de l'IS au seul secteur lucratif. D'après ces textes, deux conditions cumulatives doivent être remplies. Premièrement, les activités lucratives doivent par nature être dissociables de l'activité non lucrative, même si elles peuvent être complémentaires, et, deuxièmement, l'activité non lucrative doit demeurer significativement prépondérante. Enfin, dès que les recettes lucratives ne sont plus accessoires, d'après l'instruction fiscale du 18 septembre 2006²³⁶, une filialisation des activités lucratives au sein d'une société est possible. On sort alors ces activités du fonds de dotation.²³⁷ Ces possibilités permettent aux fonds de dotation d'exercer des activités lucratives et d'optimiser leurs recettes fiscalement. On peut se demander si cela n'est pas paradoxal dans la mesure où le fonds de dotation est un organisme sans but lucratif qui contribue à l'intérêt général. L'exercice d'activités lucratives, bien que limité, atténue le caractère d'intérêt général du fonds.

Aux Etats-Unis, on a vu que les fondations étaient tenues à des *minimum distributions* de leur *endowment funds*. Cela signifie que d'autres dépenses peuvent être faites pour un objectif qui n'est pas *charitable*. Plus généralement, d'après la section 501(c)(3) de l'IRC, l'organisme financé par un ou des *endowment funds* doit remplir les conditions qui permettent de le qualifier de « *charitable* » pour bénéficier du régime fiscal avantageux décrit dans la première partie de ce mémoire. Cela n'empêche pas d'autres activités mineures. Les standards étant souples, c'est une réelle possibilité.

La réglementation du fonds de dotation et de l'*endowment fund* leur permet de se rapprocher du fonctionnement des entreprises. Il s'agit d'une dérive du mécanisme. C'est pourquoi certains auteurs ont pu parler d'une concurrence apportée aux entreprises lucratives.²³⁸ Les droits français et étasunien sont similaires sur ce point. On assiste ainsi à une évolution de la notion d'intérêt général en France, ce dernier pouvant être un objectif partiel des fonds de dotation. Cela est dû au contexte de la société française qui fait siennes les conceptions étasuniennes. Conformément au modèle étasunien, on met en avant une démarche et une

²³⁵ DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2nde édition, Juris éditions, 2014, p149

²³⁶ Instruction fiscale 4H-1-99 du 18 septembre 2006

²³⁷ AMBLARD Colas, *Fonds de dotation, Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2nde édition, Wolters Kluwer, collection Lamy Axe droit, novembre 2015, p183 et suivantes

²³⁸ AMBLARD Colas, *Fonds de dotation, Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2nde édition, Wolters Kluwer, collection Lamy Axe droit, novembre 2015, p161 et suivantes

initiative individuelles plutôt que des "actions collectives parfois perçues comme moins efficaces et porteuses de l'image d'un État trop lourd et tentaculaire".²³⁹ La frontière entre le secteur sans but lucratif et le secteur concurrentiel devient floue. Cela est paradoxal pour les réglementations du fonds de dotation et de l'*endowment fund* qui ont pour objectif de favoriser la philanthropie.

D'autre part, la réglementation du fonds de dotation et de l'*endowment fund* incite fortement à la philanthropie. La création et le fonctionnement sont simples, voire aidés, et les donateurs et testateurs ainsi que l'organisme lui-même bénéficient d'avantages fiscaux. Le résultat d'une telle faveur accordée à ces deux organismes est qu'il est plus simple de créer ou de contribuer à ces derniers que d'aider directement des personnes physiques, comme le souligne Madame Marie-Aimée Latournerie. Par exemple, si quelqu'un veut aider des personnes sans domicile fixe, il sera plus efficace et avantageux de créer un fonds de dotation ou un *endowment fund* qui aidera ces personnes que de leur faire directement une donation. En France, d'après l'article 777 du CGI, les droits de mutation à titre gratuit entre personnes non parentes est de soixante pour cent. Cela peut dissuader de faire une donation, alors que les donations à un fonds de dotation sont déduites d'impôts. Ces dernières sont beaucoup plus avantageuses pour le donateur et le donataire. Aux Etats-Unis, les déductions fiscales des donations et legs au profit d'*endowment funds* encouragent de même à en créer un, plutôt que de faire directement une donation aux personnes concernées, car de telles déductions n'existent pas pour les donataires ou légataires personnes physiques. Le résultat de la réglementation du fonds de dotation et de l'*endowment fund* est qu'il est plus simple d'aider ces personnes morales que des personnes physiques directement. Ce résultat est paradoxal et la surveillance de la philanthropie telle que matérialisée par le contrôle du fonds est impuissante en la matière car c'est le résultat de la réglementation.

Enfin, les fonds de dotation et *endowment funds* contribuent aux problèmes qu'ils sont destinés à résoudre. La réglementation de ces organismes incite la philanthropie et l'État participe indirectement aux causes défendues par les fonds. La finalité de la réglementation du fonds est par conséquent de satisfaire l'intérêt général ou à un *charitable purpose*. Le contrôle du fonctionnement du fonds vise à s'assurer que ce denier respecte bien cet objectif. Toutefois, intrinsèquement, le fonds de dotation et l'*endowment funds* concourent à la dégradation de l'intérêt général. Le contrôle est impuissant face à cela car elle participe du fonds lui-même. Par définition et en principe, la dotation du fonds de dotation et de l'*endowment fund* n'est pas consommée mais doit être investie et seuls ses revenus seront utilisés pour contribuer à l'intérêt général ou au *charitable purpose*. On l'a vu, l'investissement est un élément essentiel du mécanisme. C'est ce qui en fait sa particularité. De plus, on a vu que cet élément a pris une plus

²³⁹ BERNARD André, *Fiscalité associative - Acte II : Les raisons des dérives*, Juris associations, 2012, n°453, p37

grande importance ces dernières années et que le retour sur investissement est crucial. D'une part, il est contradictoire d'imposer une condition de fond qui est l'intérêt général ou le *charitable purpose* si le fonctionnement du fonds est ensuite financé par l'investissement, c'est-à-dire, par définition, prendre part à l'intérêt particulier d'entreprises ; un intérêt qui n'est donc ni général ni caritatif. D'autre part, aujourd'hui, les revenus des *endowment funds* et fonds de dotation peuvent atteindre les quinze pour cent par an. La prise de risque dans l'investissement est valorisée et les lois fédérées ainsi que l'UPMIFA ont entériné cela, par exemple en supprimant l'HDV. Ainsi, des placements de sommes d'argent importantes audacieux sont courants et encouragés. Cela est dangereux car cela contribue à créer une bulle financière qui, lorsqu'elle explose, ravage l'économie mondiale. Monsieur Joshua Humphreys expose dans un dossier comment, d'après lui, les *endowment funds* des universités étasuniennes ont concouru à la crise financière de 2007.²⁴⁰ Or, les fonds ont pour objectif la satisfaction de l'intérêt général ou un *charitable purpose*. Cet objectif semble difficile à atteindre dès lors que la crise économique cause une plus grande pauvreté. On peut reprendre l'exemple d'un fonds qui aiderait les sans domiciles fixes. Ce fonds serait financé grâce à la dotation initiale qui serait investie et éventuellement des libéralités ultérieures. Par ces investissements, le fonds contribuerait au système financier dont la crise a eu pour conséquence le fait que les personnes n'ont plus de domicile fixe. C'est aussi le cas pour les autres secteurs. De manière un peu différente, on peut voir un paradoxe à travers l'exemple de la fondation Bill et Melinda Gates. Cette très importante fondation utilise un *endowment fund* pour améliorer la santé mondiale. C'est son *charitable purpose*. Toutefois, les sommes ont été investies notamment en achetant des actions de la firme agrochimique Monsanto qui utilise des pesticides fortement suspectés de causer des maladies aux populations bénéficiant des soins de la fondation. Cela est contradictoire, mais ne viole aucune disposition légale. Le contrôle du fonds est impuissant à cet égard. On pourrait aller plus loin et penser que les mécanismes que sont le fonds de dotation et l'*endowment fund* sont eux-mêmes paradoxaux. Ils sont définis par deux éléments contradictoires. Premièrement, leur objectif est la contribution à l'intérêt général ou un *charitable purpose*, c'est-à-dire aider la société dans son ensemble en corrigeant les excès du capitalisme. Deuxièmement, leur fonctionnement repose sur l'investissement, contribuant ainsi aux excès du capitalisme. Cet aspect excessif s'est accru depuis que la prise de risque et le déplacement rapide de grosses sommes d'argent sont privilégiés dans la gestion des fonds de dotation et *endowment funds*, c'est-à-dire avec l'apparition de l'*Endowment Model of Investing*. Depuis lors, les dérives de l'*endowment fund* et des fonds de dotation sont possibles voire habituelles. Le contrôle du fonds est impuissant car cela est conforme à la réglementation du

²⁴⁰ HUMPHREYS Joshua, *Educational Endowments and the Financial Crisis: Social Costs and Systemic Risks in the Shadow Banking System*, Center for Social Philanthropy, Tellus Institute, Boston, 2010

fonds de dotation et de l'*endowment fund* et même encouragé. La réglementation du fonds de dotation et de l'*endowment fund* s'est nourri du contexte. Les nouveaux philanthropes ne veulent plus corriger les excès du capitalisme par son contraire, mais plutôt que leur fonds devienne un de ses aspects les plus avancés et les plus innovants. Selon l'anthropologue Marcel Hénaff, « donner c'est désormais assurer un retour social sur investissement ». ²⁴¹ C'est ce qui explique le résultat paradoxal de la réglementation du fonds.

Ce résultat paradoxal face auquel le contrôle se montre impuissant a plusieurs branches. Le fonds de dotation et l'*endowment fund* ont la possibilité de ne contribuer à l'intérêt général ou à un *charitable purpose* que partiellement alors-même qu'il est plus aisé et encouragé d'aider ces fonds que d'aider directement des personnes physiques et ces fonds contribuent aux problèmes qu'ils ont pour objectif de résoudre. Ces dérives se trouvent en France et aux Etats-Unis, où elles sont cependant plus nombreuses en raison de l'ancienneté du mécanisme et de la forte incitation à sa création. Elles sont présentes dans les deux Etats car elles sont la conséquence de la nature ambiguë du mécanisme. En cela, le droit français s'est rapproché du modèle étasunien où la philanthropie est vue de plus en plus comme une entreprise. Cette conception se répand en France et c'est pour cela que le fonds de dotation a eu du succès. La mentalité française selon laquelle l'Etat redistribue les richesses a évolué et la vision étasunienne est adoptée de manière croissante. Le fonds de dotation n'est que la traduction juridique de ce changement de mentalité et le symbole d'un mouvement plus large qui est celui du rapprochement du droit français vers le modèle juridique des Etats-Unis qui considère la philanthropie comme une partie intégrante du capitalisme et donc les organismes caritatifs comme des entreprises.

²⁴¹ HÉNAFF Marcel, « La nouvelle philanthropie capitaliste. », *L'Homme* 3/2003 (n° 167-168), p 307-313

Conclusion

Le fonds de dotation à la française et l'*endowment fund* aux États-Unis sont basés sur deux principes, la liberté et la responsabilité.²⁴² La liberté s'applique à leur création et à leur gestion, la responsabilité à leur fonctionnement. Ces deux principes fondent la réglementation de leur vie, de leur création à leur dissolution. Les deux mécanismes, français et étasunien, sont articulés de la même manière, avec cependant des variantes sur des points précis.

Les droits français et étasunien cherchent tous deux à inciter la philanthropie par la liberté de création du fonds. Cela se traduit par des conditions de fond et de forme souples pour la création du fonds. Les conditions de fond sont légères sur le plan civil, puisqu'elles restent peu nombreuses et liées à la définition-même du fonds, et incitatives sur le plan fiscal. Elles révèlent la participation indirecte de l'État qui renonce à des recettes fiscales pour favoriser des actions d'intérêt général ou caritatives, donc un État providence dissimulé, *hidden welfare state*. Le droit français, en adoptant cette position, se détache de sa tradition d'État providence classique pour adopter le modèle étasunien de philanthropie comprenant le *hidden welfare state*. Une condition particulière de fond quant au montant de la dotation initiale en France existe cependant pour limiter la liberté de création. Une seconde quant à l'utilisation de la dotation initiale, sa consommation, persiste aux États-Unis aussi bien qu'en France. Toutefois, les conditions de fond de la création sont souples dans les deux États.

Il en est de même pour les conditions de forme. Le droit français a fait une réelle avancée vers le modèle étasunien en créant un système de déclaration et non d'autorisation du fonds, la création pouvant même être *postmortem* dans les deux États. Cependant, la différence la plus importante entre le fonds de dotation et l'*endowment fund* tient à leur nature. Le fonds de dotation à la française est une personne morale et parfois un groupement de personnes alors que l'*endowment fund* aux États-Unis est un mécanisme de financement sans personnalité juridique. En France comme aux États-Unis, la nature du fonds dépendra du choix du créateur qui engendrera une différence de fonctionnement. C'est la difficulté du fonds de dotation et de l'*endowment fund*. La base, c'est-à-dire les conditions de création, est la même, mais selon la volonté du créateur, la nature du mécanisme change. Le fonds de dotation, à l'instar de l'*endowment fund*, devient un véritable métamorphe. Il pourra s'apparenter à une société à but lucratif ou au contraire à une fondation, être une très grosse structure ou de taille modeste selon la volonté du fondateur. C'est ce qui fait l'attractivité de ces fonds : la place très importante du choix du créateur et son extrême souplesse. Les droits français et étasunien ont ainsi voulu

²⁴² Pour le fonds de dotation français : LAGARDE Christine, Discours d'ouverture du colloque des fonds de dotation, Bercy, 19 novembre 2008

favoriser la philanthropie à toutes les échelles.

La philanthropie est toutefois surveillée étroitement, mais lors du fonctionnement du fonds, et non de sa création. Le principe, dans les deux États, est celui de la liberté de gestion générale du fonds qui est le prolongement de la liberté de création. Il a une importance accrue aux États-Unis en raison de l'évolution de la pratique philanthropique elle-même qui s'oriente vers une logique d'efficacité.²⁴³ Cette liberté de gestion est toutefois moindre que la liberté de création car le fonds est tenu à une obligation de transparence. De plus, la gestion financière du fonds est particulièrement encadrée car c'est ce qui fait la particularité du mécanisme. En outre, aux États-Unis, l'investissement a une place très importante, c'est pour ça qu'on y trouvera plus de règles, même si éparses. Ces dernières donnent une base juridique et légitime aux nouvelles méthodes d'investissement plus ouvertes la notion de risque.²⁴⁴ La logique, aux États-Unis plus qu'en France, est que l'investissement doit être à terme rentable dans la sphère sociale et vise un changement en profondeur de la société.²⁴⁵ Les dépenses sont aussi encadrées dans les deux États, pour vérifier que le fonds suit bien son objectif de contribution à l'intérêt général ou son *charitable purpose*. Le contrôle s'opère *a posteriori*, le droit français suivant ainsi le modèle étasunien, pour surveiller la philanthropie tout en l'incitant. Les acteurs sont libres et le contrôle n'intervient que dans un second temps. Cela est accentué par le fait que le contrôle se veut dissuasif donc prévenir les abus des fonds existants en donnant de grandes prérogatives aux autorités administratives ainsi qu'une fonction comptable à une personne spécifique. Le contrôle veut également dissuader les fonds qui auraient envisagé de tels abus en sanctionnant fortement. Les sanctions sont exemplaires mais proportionnelles.

Toutefois, le contrôle est parfois impuissant. D'une part, on observe des détournements du fonds par les acteurs économiques qui créent ou utilisent le fonds pour un objectif qui n'est l'intérêt général ou un *charitable purpose*, le fonds perdant alors son élément principal. D'autre part, on constate des dérives qui sont le résultat des dispositions légales elles-mêmes. Des situations paradoxales se produisent alors. Elles amènent à réfléchir sur la nature paradoxale du fonds de dotation et de l'*endowment fund*. Ce paradoxe est matérialisé par la contradiction entre la condition de création qui est la satisfaction de l'intérêt général ou un *charitable purpose* et le fonctionnement du fonds basé sur l'investissement, opération qui est par définition dans l'intérêt particulier d'entreprises, un intérêt commercial et non caritatif. La réglementation requiert un aspect qui sera ensuite éludé.

Ce paradoxe provient du fait que l'*endowment fund* a ses racines dans la philanthropie et

²⁴³ PERETZ Pauline, *Pratiques du don La philanthropie en France et aux États-Unis*, La Vie des idées, 2012

²⁴⁴ *Ibid*

²⁴⁵ HÉNAFF Marcel, « La nouvelle philanthropie capitaliste. », *L'Homme* 3/2003 (n° 167-168), p. 307-313

donc dans le capitalisme. Il suit les évolutions de ce dernier. Son objectif était au départ de réparer ses conséquences. Mais aujourd'hui, il s'inscrit parfaitement dans sa logique. Comme l'affirme Madame le Professeur Jauffret-Spinosi, « il n'y a pas de génération spontanée dans le droit ; les institutions, comme les plantes et les arbres, naissent et se développent sur des terreaux propices ».²⁴⁶ Les racines de la philanthropie étasunienne remontent loin et sont plantées dans les traditions culturelles et religieuses des États-Uniens, qui étaient à la fois autonomes et liés à la communauté lors de la création de l'État. L'*endowment fund* est né en Angleterre et s'est développé en Angleterre et aux États-Unis car ces États étaient un « terreau propice ». Il a ses racines dans la tradition philanthropique qui s'est mise en place aux États-Unis pendant de la création de l'État lorsque les États-Uniens étaient à la fois autonomes et liés à la communauté. Ses racines sont les traditions culturelles et religieuses des États-Uniens. L'*endowment fund* s'y est développé en raison des valeurs étasuniennes : l'opportunité, l'entrepreneuriat, la création des richesses²⁴⁷, le localisme et l'efficacité du marché.²⁴⁸

La philanthropie est depuis longtemps une force puissante du changement social aux États-Unis, souvent vue comme une voie parallèle au capitalisme et rarement comprise comme une entité jumelle du capitalisme étasunien. D'après certains auteurs, néanmoins, tous deux émanent du système capitaliste et nourrissent continuellement ce dernier. Elle est un produit de celui-ci, une autre manière dont les industriels ont cherché à façonner la société et les valeurs étasuniennes. Les philanthropes ont investi des fortunes dans des écoles, des universités, des bibliothèques et des centres de recherche. « La puissance du capitalisme étasunien dépend de la santé de ces institutions et de leur habilité à produire de nouvelles idées et à former des nouveaux travailleurs pour le marché. Ainsi, la philanthropie et le capitalisme sont symbiotiques, la force de l'un renforçant la force de l'autre et vice versa. »²⁴⁹ L'*endowment fund* s'est répandu et a pris l'immense proportion qu'il a aujourd'hui dans ce contexte. En France, avec l'introduction du fonds de dotation par la loi LME, le législateur a voulu implanter cette « culture du don ».²⁵⁰ La France avait davantage des valeurs de solidarité, de redistribution par l'État et non par des personnes privées des richesses. Le terme « fraternité » fait d'ailleurs partie de la devise de la France. Mais aujourd'hui, la société française fait de plus en plus siennes les valeurs étasuniennes. Un État fort est de moins en moins bien vu et l'initiative privée mise en valeur.²⁵¹ Par conséquent, le droit français est sensible de manière croissante à ces idées. Une réelle avancée vers le modèle

²⁴⁶ JAUFFRET-SPINOSI Camille, *Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger*, Petites Affiches, 20 novembre 2002, n°232, p8

²⁴⁷ ACS Zoltan J., *Why Philanthropy Matters*, Princeton University Press, 2013

²⁴⁸ ZUNZ Olivier, *Philanthropy in America : A History*, Princeton University Press, 2012

²⁴⁹ ACS Zoltan J., *Why Philanthropy Matters*, Princeton University Press, 2013

²⁵⁰ REICHENBACH Inge T., Les fonds de dotation « à la française » vus des États-Unis, *Fonds de dotation*, Courrier juridique des finances et de l'industrie, La Documentation française, Octobre 2010

²⁵¹ BERNARD André, *Fiscalité associative - Acte II : Les raisons des dérives*, Juris associations, 2012, n°453, p37

étasunien s'est produite en adoptant le fonds de dotation. Ce mécanisme est révélateur d'un mouvement de fond, celui du rapprochement du droit français vers le modèle juridique étasunien de philanthropie caractérisé par la charité.

Toutefois, à la suite d'abus, la loi ESS a limité quelque peu la liberté de création du fonds. Le rapprochement n'est donc pas complet. Les sources de droit sont condensées dans plusieurs lois et textes réglementaires. L'usage de la *soft law* s'est accentué pour le fonds de dotation. Il s'agit d'un effort supplémentaire de rapprochement vers le modèle étasunien. Aux États-Unis, les organismes privés, comme l'ULC, ont un rôle important dans la création du droit et l'autorégulation importante. Toutes ces dispositions non contraignantes aident les créateurs et administrateurs de fonds et constituent une forte incitation à la philanthropie et donc à la charité ; Il y a donc un rapprochement du droit français, auparavant davantage caractérisé par la solidarité et une justice sociale d'État, vers le modèle étasunien caractérisé par la charité. L'introduction du fonds de dotation en droit français traduit une volonté du législateur d'encourager la redistribution des richesses par les acteurs privés dans un contexte de baisse des subventions publiques. On peut se demander s'il n'y a pas déficit démocratique et s'il faut réellement laisser aux créateurs et administrateurs de fonds de dotation le rôle de « redistributeur » des richesses plutôt qu'à l'État qui a une légitimité démocratique. Cela est marquant pour des fonds de dotation qui gèrent des sommes très importantes. On peut se demander si leurs créateurs, souvent de riches industriels, ont une légitimité à redistribuer les richesses en raison du fait qu'ils les ont acquises.

Finalement, la raison d'être du fonds de dotation et de l'*endowment fund* est la notion de progrès. Ils ne se conçoivent que dans un système où il existe des inégalités. Ces inégalités peuvent exister entre les hommes et, dans ce cadre, les fonds seront par exemple destinés à lutter contre les inégalités sociales ou améliorer la santé des enfants. Elles peuvent également exister entre des situations et, dans ce cadre, les fonds seront par exemple destinés à protéger l'environnement. Au-delà du *charitable purpose* ou de la satisfaction de l'intérêt général, l'essence du fonds de dotation et de l'*endowment fund* est la quête du progrès par la réduction des inégalités. Cela se ressent d'autant plus depuis ces dernières années avec les nouveaux philanthropes. On peut se demander si les fonds de dotation et les *endowment funds* permettent réellement d'arriver à ce résultat-là. Des études ont montré qu'ils ont plutôt un effet inverse. Dans leur ouvrage, Messieurs Barry Karl et Stanley Katz allèguent que l'essentiel des *endowment funds* finançant les fondations contribue principalement à l'entretien des structures bénéficiant à une élite fortunée.²⁵² Plus frappante encore est l'étude sociologique, menée par Monsieur Nicolas Duvoux, d'une fondation dans un quartier pauvre de Boston. Elle montre comment la promotion

²⁵² KARL Barry D., KATZ Stanley N., *Foundation and the Ruling Class Elites*, Daedalus, Vol 116 n°1, 1987

de la philanthropie et de la participation des habitants constituent une politique qui contribue en réalité à reproduire et à légitimer les hiérarchies raciales et sociales.²⁵³

Le fonds de dotation et l'*endowment fund*, mécanismes juridiques métamorphes et pleins de contradictions, sont l'emblème et le témoin de l'évolution du droit français caractérisé par la solidarité vers le modèle juridique de philanthropie des États-Unis caractérisé par la charité.

²⁵³ DUVOUX Nicolas, *Les Oubliés du rêve américain Philanthropie, Etat et pauvreté urbaine aux Etats-Unis*, Collection le lien social PUF 2015

Bibliographie

Ouvrages

Ouvrages en langue française

ABELES Marc, *Les Nouveaux riches : un ethnologue dans la Silicon Valley*, Paris, Odile Jacob, 2008

AMBLARD Colas, *Fonds de dotation, Une révolution dans le monde des institutions sans but lucratif*, 2^{de} édition, Wolters Kluwer, collection Lamy Axe droit, novembre 2015

AUBRY Charles, RAU Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français*, 1869

BUHLER Pierre, LIGHT Paul C., CHARHON Francis : *Le Centre français sur les Etats-Unis, L'Economie du don et la philanthropie aux Etats-Unis et en France : Analyse comparée*, Ifri, 2003

CHARHON Francis, COMBES Isabelle, *Fondations Fonds de dotation*, Dalloz, Juris éditions, août 2011

DE CHARDON Véronique, *Guide du routard des fondations et associations*, Hachette, 2009

DE TOCQUEVILLE Alexis, *De la démocratie en Amérique*, 1835, 1840

DE TOCQUEVILLE Alexis, *L'Ancien Régime et la Révolution*, 1856

DEVIC Lionel, *Fonds de dotation, Création, Gestion, Évolution*, 2^{de} édition, Juris éditions, 2014

DOUCET Michel, VANDERLINDEN Jacques, *La réception des systèmes juridiques : implantation et destin*, Bruxelles, Bruylant, 1994

DUVOUX Nicolas, *Les Oubliés du rêve américain Philanthropie, Etat et pauvreté urbaine aux Etats-Unis*, PUF, Collection le lien social, 2015

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Du Contrat Social ou Principes du droit politique*, 1762

Ouvrages en langue anglaise

ACS Zoltan J., *Why Philanthropy Matters*, Princeton University Press, 2013

ADLER Betsy Buchalter, *The Rules of the Road A Guide to Law of Charities in the United States*, Council on Foundations, 1999

AGARWALL Monty, *The Future of Hedge Fund Investing, A Regulatory and Structural solution for a Fallen Industry*, Wiley Finance collection, 2009

BELIN Daniel N., *Charitable Foundations The Essential guide to Giving and Compliance*, 1^e édition, Five Columns Press, 2015

- BRIDGE Michael G., *Personal Property Law*, Clarendon law series, Oxford University press, 3e édition, 2002
- CHESTER Ronald, *From Here to Eternity? Property and the Dead Hand*, Vandeplass Publishing, 2007
- EDIE John A., *Family Foundations and the Law*, Council for Foundations, 1999
- FABER Mebane T., RICHARDSON Eric W., *The Ivy Portfolio : How to Invest Like the Top Endowments and Avoid Bear Markets*, Hoboken, N.J., Wiley, 2009
- FISHMAN James J., SCHWARZ Stephen, *Nonprofit organizations : cases and materials*, New York, Foundation Press Thomson Reuters, 2010, 4e édition
- GARDINER Nanacy Bader, MARX Frederic J, ALLEN Richard C et al, *Charitable Giving Conference Major Issues Facing Donors and Families ; Latest Legislative Developments*, MCLE Inc, 2005
- HOPKINS Bruce R., GROSS Virginia C., SCHENKELBERG Thomas J., *Nonprofit Law for Colleges and Universities: Essential Questions and Answers for Officers, Directors, and Advisors*, Wiley, 2012
- HOPKINS Bruce R., *Nonprofit law made easy*, Hoboken, N.J. John Wiley & Sons, 2005
- HOPKINS Bruce R., *Private foundation law made easy*, Hoboken, N.J. : John Wiley & Sons, Inc., 2008
- HOPKINS Bruce R., *Tax-exempt organizations and constitutional law : nonprofit law as shaped by the U.S. Supreme Court*, Hoboken, New Jersey : John Wiley & Sons, Inc., 2012
- HYLAND Richard, *Gifts A Study in Comparative Law*, Oxford University Press, 2009
- KENT James, *Commentaries on American Law*, New York Halsted, 1826-1830
- KLEIN Peter, BERRIE Angelica, *A passion for giving : tools and inspiration for creating a charitable foundation*, Wiley, 2012
- KOCHARD Lawrence, RITTEREISER Cathleen, *Foundation and Endowment Investing: Philosophies and Strategies of Top Investors and Institutions*, Wiley, 2008
- LAWYERS CO-OPERATIVE PUB. CO. SAN FRANCISCO, *American Jurisprudence : A Modern Comprehensive Text Statement of American Law, State and Federal*, 2nde édition, Rochester, 1998
- LOCKE John, *Two Treatises on Government*, 1690
- MADOFF Ray D., *Immortality and the Law The Rising Power of the American Dead*, Yale University Press, 2010
- MARSH Lucy A, *Contemporary Issues in Wills, Trusts and Estates*, Vandeplass Publishing, 2013
- MCAVOY Jerry J, MIREE Kathryn W, *Family Foundation Handbook*, Wolters Kluwer, 2015

MCGOVERN William M, KURTZ Sheldon F, ENGLISH David M, *Wills, Trusts and Estates Including Taxation and Future Interests*, West Publishing, 4e edition, 2010

MOORE Jonathon A., *A Practical Guide to International Philanthropy*, Cambridge University Press, 2010

PAYTON Robert L., MOODY Michael P., *Understanding Philanthropy*, Indiana University Press, 2008

RUSHTON Simon, WILLIAMS Owain David, *Partnerships and Foundations in Global Health Governance*, Houndmills Basingstoke, 2011

SCHMIDT Elizabeth, *Nonprofit Law : the Life Cycle of a Charitable Organization*, New York : Wolters Kluwer Law & Business, 2011

SOROKIN Cheryl *et al.*, *Nonprofit governance and management*, 3e édition, American Society of Corporate Secretaries ; Chicago, Ill. : Section of Business Law, American Bar Association, 2011

SWIFT Jonathan, *A Modest Proposal: For Preventing the Children of Poor People in Ireland from Being a Burden to Their Parents or Country, and for Making Them Beneficial to the Public*, 1729

WATSON Alan, *Legal Transplants : An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, 1974

ZUNZ Olivier, *Philanthropy in America : A History*, Princeton University Press, 2012

Ouvrage en langue latine

CICÉRON, *De finibus bonorum et malorum*, 45 avant J.C.

Dictionnaires

CAMPBELL BLACK Henry, *A Law Dictionary*, 2008

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 10e édition, Quadrigue, PUF, 2014

HOPKINS Bruce R., *Nonprofit Law Dictionary*, Hoboken, New Jersey Wiley, 2015

LAROUSSE, *Dictionnaire*, 2015

Articles de doctrine

Articles de doctrine française

AMBLARD Colas, *Le fonds de dotation fait-il (vraiment) partie de l'ESS ?*, Juris associations 2015, n°526, p33

BERGEAL Catherine « N'ayez pas peur des fonds de dotation! », *Fonds de dotation : Paroles d'acteurs*, Dossier JA n°395/2009, p14

BERNARD André *Fiscalité associative - Acte II : Les raisons des dérives*, Juris associations, 2012, n°453, p37

CLAVAGNIER Brigitte, *Fonds de dotation : une liberté limitée*, Juris associations, Dalloz, 2014, n°510, p3

DELPECH Xavier, *Fonds de dotation : le ticket d'entrée est fixé à 15 000 euros*, Dalloz actualités 3 février 2015

FAUCHER Daniel, *Fonds de dotation : Mode d'emploi et régime fiscal*, dans La revue fiscale du patrimoine n° 4, Lexis Nexis, Avril 2009, étude 5

FIEVET Rudi, *Commissaire aux comptes - Une nomination doublement précisée*, juris associations 2013, n°481, p8

GAUDINEAU Brigitte, *Fonds de dotation - Acte de dotation : quelle qualification ?*, Juris associations 2013, n°474, p38

HÉNAFF Marcel, « La nouvelle philanthropie capitaliste. », *L'Homme* 3/2003 (n° 167-168), p 307-313

JAUFFRET-SPINOSI Camille, *Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger*, Petites Affiches, 20 novembre 2002, n°232, p8

LATOURNERIE Marie-Aimée, *Du Droit de donner et de léguer au droit de fonder Réflexions sur le régime français des fondations*, dans *Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa La conscience des droits*, Dalloz, 2011

PERETZ Pauline, *Pratiques du don La philanthropie en France et aux États-Unis*, La Vie des idées, 2012

RIPERT Marion, *La philanthropie aux Etats-Unis, un puissant réseau d'influence*, Portail de l'IE Centre national de ressources et d'information sur l'intelligence économique et stratégique, 21 novembre 2013

TRUFFINET Nicolas, *Géopolitique des fondations philanthropiques américaines*, La Revue géopolitique, 21 juillet 2011

VACCARO Antoine, « Le renouveau de la philanthropie. », *Le journal de l'école de Paris du management* 4/2012 (N° 96), p 31-37

VINCENT Yannick, *Le fonds de dotation ou comment concilier philanthropie et optimisation fiscale : un outil à (re)découvrir*, Revue de droit des sociétés n° 1, Lexis Nexis, Janvier 2014, étude 1, p5

Articles de doctrine étasunienne

BAKIJIA Jon M., GALE William G., *Effects of Estate Tax Reform on Charitable Giving*, Tax Policy Issues and Options, Urban-Brookings Tax Policy Center, 2003

BHATTI Ayesha, ASHRAF Junaid, AKHTAR M. Farhan, *Understanding Endowment Funds (Technical Note)*, Sage Journals, 2014

BRODY Evelyn, *U.S. Nonprofit Law Reform: The Role of Private Organizations*, Sage Journal, Sage Publications, 2012

CASTEEL Stephanie, *Charitable Giving Techniques : From the Simple to the Sophisticated*, Estate Planning Course Materials Journal, American Law Institute, décembre 2015, volume 21, n°6, p4

KARL Barry D., KATZ Stanley N., *Foundation and the Ruling Class Elites*, Daedalus, Vol 116 n°1, 1987

MILLER Charles, MUNSON Lynne, *University Endowment Reform, A Dialogue*, Remarks from the American Enterprise Institute conference “University Endowments: Their Role in Higher Education and Possibilities for Reform,”, Center for College Affordability and Productivity, 1er février 2008

OWENS Marcus S, *Federal Oversight : The Role of the IRS*, Conference Proceedings at NYU Center for Philanthropy and the Law, 2007

RANDOLPH William C., « Charitable Deductions », *The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy*, Washington DC, Urban Institute, 1999

Articles de doctrine de droit comparé

KAHN-FREUND Otto, « On Uses and Misuses of Comparative Law », *Modern Law Review*, 37, 1974

LEGRAND Pierre, *The Impossibility of “Legal Transplants”*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, 4, 1997

MONATERI Pier Giuseppe, *The Weak Law: Contaminations and Legal Cultures*, Global Jurist Advances, Issue 3, Article 5, 2001

SACCO Rodolfo, *La circulation des modèles juridiques*, dans Rapports généraux au XIIe Congrès international de droit comparé, Montreal 1990, 1992

Dossiers et rapports

Dossiers et rapports en langue française

BUTSTRAEN Laurent, GUAY Philippe, *Le fonds de dotation Nouveau souffle du mécénat*, Deloitte, décembre 2010

CONSEIL SUPERIEUR DU NOTARIAT, *Guide des générosités*, 2015

DIRECTION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE, DES FINANCES ET DE L'INDUSTRIE ET DU MINISTÈRE DU BUDGET, DES COMPTES PUBLICS, DE LA FONCTION PUBLIQUE ET DE LA RÉFORME DE L'ÉTAT, *Fonds de dotation*, Courrier juridique des finances et de l'industrie, La Documentation française, Octobre 2010

Dossier et rapports en langue anglaise

FREMONT-SMITH Marion, *Attorney General Oversight of Charities*, Hauser Center for Nonprofit Organizations, Working Paper 41, 2007

HUMPHREYS Joshua, *Educational Endowments and the Financial Crisis: Social Costs and Systemic Risks in the Shadow Banking System*, Center for Social Philanthropy, Tellus Institute, Boston, 2010

NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Commentaire du *Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act (UPMIFA)*, Conférence annuelle, 14 juillet 2006

Colloques

Une philanthropie à la française ?, Journée d'études 9 avril 2015, Coordonnée par Nicolas Duvoux

Fonds de dotation, organisé par France Générosités, 28 avril 2009

Colloque sur le développement des fonds de dotation, Bercy, 19 novembre 2008

Articles de journal

Attorney General and Nonprofits, Nonprofit Quarterly 44, 21 décembre 2004,

Harvard disclosure, 11 septembre 2012

LEONARD H. Jeffrey, "Cabot's First Two Edicts", *Harvard Crimson*, 13 avril 1974

HEALY Beth, *Foundations' tax returns left unchecked*, Boston Globe, 29 décembre, 2003

UCHITELLE Louis, *The Richest of the Rich Proud of a New Gilded Age*, New York Times, 15 juillet 2007

Sources normatives

Sources normatives françaises

Code des associations et des fondations, 6e édition, Dalloz, 2014

Code civil

Code général des impôts

Code monétaire et financier

Loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat

Loi n° 2003-709 du 1 août 2003 relative au mécénat, aux associations et aux fondations

Loi n° 2008-776 du 4 août 2008, JO du 5, Modernisation de l'économie

Loi n°2015-433 du 17 avril 2015

Décret n° 2009-158 du 11 février 2009 : Fonds de dotation

Décret n° 2015-49 du 22 janvier 2015 relatif aux fonds de dotation

Circulaire du 19 mai 2009 : Organisation, fonctionnement et contrôle des fonds de dotation

Circulaire du 22 janvier 2010 : objet des fonds de dotation

Instructions fiscale du 15 septembre 1998

Instructions fiscale du 4 H-1-99 du 16 février 1999

Instruction fiscale 4H-1-99 du 18 septembre 2006

Instruction fiscale du 18 décembre 2006 BOI-IS-CHAMP-10-50-10-20-20120912 (BOFIP)

CNCC Communication EJ 2012-42 du 14 mars 2013

Sources normatives étasuniennes

Droit fédéral

Financial Accounting Statements

Internal Revenue Code

Model Nonprofit Corporation Act, 2008

Model Protection of Charitable Assets Act, 2011

Pension Protection Act, 2006

Principles of the Law of Nonprofit Organizations, 2014

Tax Reform Act, 1969

Tax Relief Reconciliation Act, 2001

Uniform Electronic Transactions Act, 1999

Uniform Management of Institutional Funds Act, 1972

Uniform Prudent Management of Institutional Funds Act, 2006

Droit fédéré

California Corporations Code

California Foundation Diversity and Transparency Act, 2007

California Nonprofit Integrity Act, 2004

New Hampshire Revised Statutes Annotated

New York Nonprofit Revitalization Act, 2013

New York Not-for-profit Corporations Law

Pennsylvania Prudent Investor Rule, 2011

Jurisprudence et avis

Jurisprudence et avis français

Cass com. 7 juillet 2009 n° 07-21.957

Conseil d'État 16 avril 2010, *Mme Postel-Vinay*, req n°305649

Conseil d'État, Section de l'intérieur et section des finances réunies, Avis n°384577 du 27 octobre 2010

Fonds de dotation « Vivent les enfants du monde » JO assoc n°20120013 31 mars 2012 numéro d'annonce : 2104

Jurisprudence et avis étasuniens

Massachusetts Supreme Court, *Harvard College v. Amory* (1830)

New Hampshire Supreme Court, Opinion of the Justices, Request of the Senate No. 6667, 113 N.H. 287, 306 A.2d 55 (1973)

United States Tax Court , *Thorne v. Commissioner*, 99 T.C. No. 4 (1992)

Colorado Supreme Court, *Re Estate of DeWitt*, 54 P. 3d 849 (2002)

Sites internet

Site internet de l'Université de Caroline du Nord, *North Carolina State University*

Site internet de l'Université de Cornell, *Cornell Law School*

Site internet de l'Université de Harvard, *Harvard University*

Annexe

Etude de cas

Les *endowment funds* en fonctionnement : l'exemple de *Yale Law School* et du *Arthur Liman Public Interest Program*

Un exemple pour comprendre comment fonctionnent concrètement les endowment funds

Les informations ont été recueillies auprès de Madame le Professeur Judith Resnik, directrice et fondatrice du programme, Madame Mary Briese Matheron, Doyenne associée pour le Développement de *Yale Law School*, et Madame le Professeur Johanna Kalb, directrice du programme et qui gère le budget du programme.

La *legal entity* est l'université de Yale, *Yale University* à laquelle est rattachée l'école de droit de Yale, *Yale Law School*. Au sein de *Yale Law School*, plusieurs centres, comme le centre pour les droits humains internationaux ou le centre pour le droit de l'environnement, existent. Le *Arthur Liman Public Interest Program* est un de ses centres.

Au sens fiscal, c'est *Yale University* qui correspond à la définition de la section 501(c)(3) de l'IRC. Elle est « *charitable* » et correspond plus précisément à la branche « *education* » de la définition de cette section. Les *endowment funds* sont faits à *Yale University* qui les gère et distribue les revenus de leur *principal* aux différents programmes. C'est cette dernière qui donnera le récépissé aux donateurs ou aux héritiers pour qu'ils bénéficient de la déduction fiscale de la section 170(h) de l'IRC. L'université s'assure que le donateur n'a plus de contrôle sur le ou les biens afin qu'il soit réellement qualifié de « *gift* ».

Pour les donations, on rédige un « *endowment fund agreement* », un « *indenture* » ou un « *statement of intent* ». Cela a pour but d'informer le donateur de la manière dont l'*endowment fund* sera utilisé. Celui-ci le signe. On y trouve une clause de *cy pres*. L'université essaie d'éviter de demander à une juridiction des modifications. Elle souhaite donc que cette clause soit aussi large que possible. D'autant plus que certains *endowment funds* sont très anciens. L'université regarde vers le futur et voit à long terme. Lors de la création d'*endowment funds*, elle s'assure que dans de nombreuses années, les revenus seront toujours utilisables. Elle est donc très prudente quant aux termes utilisés. Le terme « *financial aid* », aide financière, sera préféré à « *scholarship* », bourse, car il permet de financer, en plus des bourses *stricto sensu* lors de la scolarité, le *Career Assistance Options Program*, c'est-à-dire le programme qui aide les jeunes diplômés lors de leur premier emploi faiblement rémunéré ou bien lors d'un stage non rémunéré.

De plus, « *with preference for* » sera l'expression consacrée. Le créateur, dans l'écrit, ne dira pas que ses biens seront utilisés pour certaines catégories d'étudiants par exemple, mais qu'ils seront utilisés « de préférence pour » ces étudiants. De cette manière, si de tels étudiants ne sont pas à l'université durant une année, les fonds pourront être utilisés autrement. L'université cherche à avoir la plus grande flexibilité. Enfin, parfois, le testateur utilise une « *side letter* » pour mieux expliquer le but du fonds et précise dans son testament qu'elle sera attachée à ce dernier. Ainsi la *side letter* devra-t-elle être respectée au même titre que le testament.

L'expérience a montré que les personnes qui donnent en petite quantité durant leur vie régulièrement lèguent une grosse somme à l'université. Toutefois, les libéralités faites à l'université sont en baisse car les anciens étudiants, *alumni*, préfèrent donner à une cause telle que la protection de l'environnement ou les droits de l'homme. La fondation *Giving USA* vient de publier son rapport selon lequel l'année 2015 est un record en termes de donations aux associations. Les libéralités sont davantage faites aux associations qu'aux universités.

Dans la gestion des fonds, le point essentiel est le respect de la volonté du créateur. Le terme « *donor intent* » est très important en pratique. C'est assez difficile car certains *endowment funds* de l'université remontent au XVIII^{ème} siècle. L'université de Yale a commencé le *fundraising*, collecte de fonds, très tôt car elle est une université privée, n'ayant pas d'aide directe de l'État. Les dépenses de l'université sont planifiées sur trois ans. Ce sont ces trois années qui servent de référence pour le budget. L'université suit des principes directeurs. Les administrateurs essaient de mettre en balance le devoir fiduciaire envers le donateur ou le testateur et le devoir fiduciaire envers l'université. Plus les *endowment funds* sont anciens, plus ils produisent des revenus. La valeur marchande, *market value*, est très importante à cet égard.

Il est intéressant de noter, que contrairement au système français, aux États-Unis, il existe des « *endowed professorships* ». Ce sont des chaires qui sont créées par un donateur ou testateur qui précise que son *endowment fund* sera utilisé pour financer une chaire en particulier, généralement en mémoire de quelqu'un. Le nom de cette personne sera utilisé pour désigner cette chaire. Les revenus de l'*endowment fund* seront utilisés pour financer cette chaire. C'est le cas du *Arthur Liman Public Interest Program*. Madame le Professeur Judith Resnik est le professeur qui occupe cette place.

Le *Arthur Liman Public Interest Program* est un programme qui forme des étudiants à travailler pour l'intérêt public, par exemple avec le procureur ou pour des associations. L'objectif est de faire se rencontrer des anciens étudiants du programme, des étudiants actuels et des

professionnels autour d'un projet. Des ateliers et des colloques sont organisés en rapport avec l'intérêt public et la justice sociale, qui étaient les causes défendues par Monsieur Arthur Liman. Des rapports sont publiés tous les six mois. Ils indiquent leurs activités. En outre, des publications sur des questions spécifiques leur sont demandées par différentes personnes telles que le gouvernement. Elles ont des sujets comme la détention ou l'accès à la justice. La publication de l'automne 2015, par exemple, était intitulée « *Detention on a Global Scale : Punishment and Beyond* ». C'est donc une source de connaissance. De plus, le programme propose des bourses pour six à douze personnes par an. Lors de sa création en 1997, il n'y en avait qu'une. C'est le signe que le programme s'étend et fonctionne bien. Ses bourses sont considérées par Madame le Professeur Judith Resnik comme le moyen le plus efficace de promouvoir l'intérêt public. Former des étudiants est la meilleure solution pour l'avenir.

Deux *endowment funds* financent les dépenses de ce programme. Ils ont un objectif spécifique. Le premier est destiné aux bourses des étudiants du programme et le second, moins important et plus récent, pour la bourse d'été d'un étudiant du programme. De manière subsidiaire, des fonds de *Yale Law School* sont utilisés et, parfois, des collectes de fonds sont organisées.