

LIVRE 6 / THÈME 7

PLANIFICATION PATRIMONIALE : LA FONDATION PRIVÉE BELGE RÉGIME CIVIL

Gabriela DE PIERPONT

Assistante à l'Université catholique de Louvain (CRIDES)

Assistante aux Facultés universitaires Saint-Louis

LIVRE 6
THÈME 7

INTRODUCTION

La loi du 2 mai 2002 ¹ a permis l'introduction dans le droit belge d'un nouvel instrument dans le cadre de la planification patrimoniale et successorale : la fondation privée. Cette loi a modifié en profondeur la loi du 27 juin 1921 et étendu son champ d'application ².

Les pays limitrophes du nôtre connaissent cette forme juridique depuis plus longtemps. La fondation des Pays-Bas, en combinaison avec la certification de titres suivant le droit hollandais, a attiré de nombreux entrepreneurs belges parce qu'elle permet de régler la continuité de leur entreprise et la planification successorale qui s'y attache le plus souvent.

Rappelons que la faculté de certifier des titres a été introduite dans notre droit des sociétés dès 1998, par la loi du 15 juillet 1998 ³. Par la fondation privée, une personnalité juridique reçoit une forme adéquate pour mettre en œuvre la certification dans la pratique ⁴.

Cette contribution vise à examiner les nombreuses facettes de cet instrument relativement récent de planification et l'intérêt éventuel de la

¹ Loi du 2 mai 2002 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, *M.B.*, 18 octobre 2002, p. 47772.

² La mention «loi», ci-après, fait référence aux dispositions de la nouvelle loi du 27 juin 1921.

³ *M.B.*, 5 septembre 1998; art. 503, C. soc., en ce qui concerne la société anonyme, art. 242 concernant la société privée à responsabilité limitée. Les titres de la société en commandite par action peuvent aussi faire l'objet de certification.

⁴ Voy. L. STOLLE, «De private stichting : een grabbelton voor creatieve vermogenplanners», in *De Belgische stichting als controlevehikel in het kader van successieplanning*, M & D Seminars, Gand, 2002, p. 1.

constitution d'une fondation privée (par opposition à la fondation d'utilité publique) à des fins de programmation patrimoniale.

Si la fondation semble avant tout une nouvelle forme juridique permettant d'utiliser en droit belge la technique de certification de titres (dans le but, par exemple, de transmettre une entreprise familiale), il est important de noter que certification d'actions et fondation ne sont pas des concepts inséparables. La fondation offre d'autres possibilités d'utilisation, telles que, entre autres, de distribuer des fonds aux futurs enfants, petits-enfants de tel fondateur dans le cadre de leurs études; de subvenir aux besoins d'enfant handicapés; de sauvegarder une collection d'œuvres d'art; de créer un fonds pour les aînés de la famille, etc.

C'est pourquoi cette contribution sera divisée en deux parties. Dans un premier temps, nous analyserons l'utilité de la fondation en tant que bureau d'administration, en abordant brièvement les principes primordiaux de la certification de titres dans le cadre des dispositions juridiques qui régissent la fondation privée.

Nous nous pencherons ensuite, à travers des exemples concrets, sur les diverses autres utilisations de la fondation dans le but de donner à tout ou partie d'un patrimoine une destination non lucrative et d'assurer la pérennité de celui-ci. Seuls les aspects civils seront abordés ici ⁵.

A. GÉNÉRALITÉS

La loi du 2 mai 2002 institue une forme juridique unique de fondation en Belgique, à l'instar de ce qui existe dans certaines législations étrangères, et plus particulièrement, celle des PaysBas. Elle crée un nouveau droit privé des fondations et définit les contours de la nouvelle entité juridique que constitue la fondation belge, en soumettant les fondations privées et les établissements d'utilité publique à un tronc commun de règles ⁶.

C'est ainsi que l'alinéa 1^{er} de l'article 27 de la loi dispose que «la création d'une fondation est le résultat d'un acte juridique émanant d'une ou de plusieurs personnes physiques ou morales consistant à affecter un patrimoine à la réalisation d'un but désintéressé déterminé».

⁵ Pour une étude des aspects fiscaux, voy. not. A. VAN ZANTBEEK, «Behoud van controle door familie – De Belgische Private Stichting», *Handboek Estate Planning*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 42-67.

⁶ Projet de loi modifiant la loi du 27 juin 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 1301/022.

Selon l'article 27 de la loi, une fondation est une entité créée par une ou plusieurs personnes physiques ou morales consistant à affecter un patrimoine à la réalisation d'un but désintéressé déterminé.

Cette définition reprend les trois éléments essentiels de toute fondation : une volonté unilatérale, l'affectation d'un bien et la poursuite d'un objectif défini ⁷. D'une manière générale, l'on peut donc définir la fondation comme un patrimoine affecté à un but ou à une œuvre, «patrimoine auquel la loi reconnaît un régime juridique spécifique, qui inclut l'octroi de la personnalité morale» ⁸.

La fondation jouit de la personnalité juridique ⁹.

La disposition légale ajoute que la fondation est reconnue d'utilité publique lorsqu'elle tend à la réalisation d'une œuvre à caractère philanthropique, philosophique, religieux, scientifique, artistique, pédagogique ou culturel ⁴⁹⁶. Remarquons que cette énumération est limitative.

Nous ne nous intéressons, dans le cadre de cette contribution, qu'à la fondation dite «privée».

B. CONSTITUTION

1. FORMALITÉS DE CONSTITUTION

a) *Conditions de forme*

Contrairement à l'association sans but lucratif, la fondation doit être constituée par acte authentique, sous peine de nullité ¹⁰. Ceci signifie qu'il n'est dorénavant plus possible de constituer une fondation par simple testament olographe ¹¹. Son siège doit être situé en Belgique ¹². L'acte

⁷ P. NICAISE, «Actualités en droit des A.S.B.L., A.I.S.B.L. et fondations», *Dr. aff. – Actualités et perspectives*, Liège, ECCI, 2006, p. 372.

⁸ S. NUDELHOLE, «Le régime civil et fiscal de la fondation privée belge», *Rev. gén. fisc.*, 2004, n° 8-9, p. 16.

⁹ Art. 27, al. 4, de la loi. ⁴⁹⁶

Art. 27, al 4, de la loi.

¹⁰ La loi ne prévoit aucune disposition particulière quant aux effets de cette nullité. Il y a donc lieu d'appliquer les règles de droit commun.

¹¹ Cette possibilité a été supprimée en raison des problèmes pratiques qu'elle suscitait (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-283/16, p. 124); P. NICAISE, «Actualités en droit des A.S.B.L., A.I.S.B.L. et fondations», *op. cit.*, p. 379.

¹² L'art. 45 de la loi prévoit la possibilité pour une fondation valablement constituée à l'étranger d'ouvrir un siège d'opérations en Belgique.

mentionnera notamment la destination du patrimoine de la fondation en cas de dissolution : celui-ci doit être affecté à une fin désintéressée¹³.

b) *Publicité*

À l'instar de ce qui est prévu pour les A.S.B.L., toute fondation (d'utilité publique ou privée) est tenue de constituer un dossier et de le déposer au greffe du tribunal de commerce compétent, c'est-à-dire le tribunal situé dans l'arrondissement dans lequel se trouve le siège de la fondation, ou le siège d'opération pour les fondations valablement constituées à l'étranger conformément à la loi de l'État dont elles relèvent¹⁴.

c) *Acquisition de la personnalité juridique*

La personnalité juridique de la fondation privée est acquise à dater du jour du dépôt des statuts et des actes relatifs à la nomination des administrateurs au dossier tenu au greffe du tribunal de commerce compétent¹⁵.

C. FONCTIONNEMENT

1. NI MEMBRES, NI ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

La principale différence entre la fondation, d'une part, et les sociétés civiles ou commerciales et l'A.S.B.L., d'autre part, réside dans le fait que la première ne compte ni membres ni associés et n'a pas d'assemblée générale. La fondation n'est qu'une institution abstraite, destinée à poursuivre l'œuvre désignée par son ou ses fondateur(s)¹⁶. Contrairement à l'A.S.B.L., dont l'objectif peut être atteint par les activités de ses membres, sans nécessité de patrimoine, la fondation dépend d'un patrimoine lui permettant de réaliser son œuvre¹⁷.

¹³ Les mentions statutaires obligatoires sont reprises à l'art. 28 de la loi. Celle-ci n'interdit cependant pas que d'autres mentions figurent dans les statuts.

¹⁴ Art. 29, §1^{er}, de la loi.

¹⁵ Art. 29, §1^{er}, de la loi. À la différence du régime de la fondation privée, la personnalité juridique d'une fondation d'utilité publique est acquise par arrêté royal de reconnaissance après communication des statuts au ministre de la Justice (art. 29, §2, de la loi).

¹⁶ P. NICAISE, «Actualités en droit des A.S.B.L., A.I.S.B.L. et fondations», *op. cit.*, p. 373.

¹⁷ P. NICAISE, «Actualités en droit des A.S.B.L., A.I.S.B.L. et fondations», *op. cit.*, p. 371.

Remarquons également que, contrairement aux sociétés civiles ou commerciales, le fondateur ne reçoit aucun droit, en échange de son apport, sur le patrimoine qu'il affecte ¹⁸.

2. CONSEIL D'ADMINISTRATION

a) Composition et compétences

Pour assurer son fonctionnement, la fondation est dotée d'un conseil d'administration, auquel revient le pouvoir d'accomplir seul tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de ses objectifs. Cette particularité en fait un véhicule adéquat pour la certification d'actions (*cf. D, infra*).

Le conseil d'administration de la fondation est composé de trois membres au moins, exerçant leur fonction de manière collégiale et pouvant, si les statuts l'autorisent, prendre leurs décisions par écrit ⁵⁰⁶.

La modification des statuts n'est possible que dans les cas et aux modalités prévues par le fondateur (art. 28, 7^o, de la loi). En principe, les statuts donnent pouvoirs au conseil d'administration pour mener à bien les éventuelles modifications des statuts. Le tribunal de première instance peut également, à la demande d'un administrateur au moins ou à la requête du ministère public, modifier les statuts, dans le cas où ils ne seraient plus en conformité avec l'intention des fondateurs et que les personnes habilitées à les modifier négligeraient de le faire. Il veille à s'écarter le moins possible des statuts existants ¹⁹.

La gestion journalière peut être déléguée ²⁰. La collégialité n'est pas inconciliable avec la nomination d'administrateurs de différentes catégories.

À ce sujet, bien que la loi ne le prévoit pas, nous croyons, à l'instar de S. Nudelhole, qu'il est possible de prévoir dans les statuts que certaines décisions importantes ne pourront être prises que sur avis favorable préalable de certaines personnes, extérieures au conseil d'administration et nommément énumérées dans les statuts. Ces personnes pourraient ainsi

¹⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 1, 3^e éd., 1962, n° 528. ⁵⁰⁶ Art. 34, §4, de la loi.

¹⁹ Art. 30, §3, de la loi.

²⁰ Art. 35 de la loi.

jouer le rôle du *protector* utilisé fréquemment dans les *trusts de common law*²¹.

b) Révocation

Le tribunal de première instance de l'arrondissement où le siège de la fondation est établi est compétent à l'heure de remplacer ou révoquer les administrateurs qui auraient fait preuve de négligence manifeste, qui ne rempliraient pas les obligations qui leur sont imposées par la loi ou par les statuts, ou qui disposeraient des biens de la fondation contrairement à leur destination ou pour des fins contraires aux statuts, à la loi ou à l'ordre public⁵¹⁰. Dans ce cas, les nouveaux administrateurs seront nommés par le tribunal en se conformant aux statuts.

3. OBLIGATIONS COMPTABLES

a) Comptabilité

À partir d'un certain seuil, les fondations doivent tenir une comptabilité conforme aux règles de la comptabilité des entreprises²². Il en sera ainsi si deux des trois seuils suivants sont atteints à la clôture de l'exercice :

- une moyenne annuelle de cinq travailleurs employés à plein temps par la fondation;
- 250 000 € hors T.V.A. pour le total des recettes autresqu'exceptionnelles;
- 1 000 000 € pour le total du bilan²³.

À défaut, la fondation tient une comptabilité simplifiée portant au minimum sur les mouvements des disponibilités en espèces et en comptes, selon un modèle établi par arrêté royal²⁴.

L'extension des règles de tenue de comptabilité et de publicité aux fondations et aux A.I.S.B.L. était indispensable pour éviter l'adoption «abusive» de ces formes juridiques, d'autant plus que la constitution des

²¹ S. NUDELHOLC, «Le régime civil et fiscal de la fondation privée belge», *op. cit.*, p. 18. ⁵¹⁰ Art. 43 de la loi.

²² Ph. 'T KINT, «Les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations (commentaire de la loi du 2 mai 2002)», *J.T.*, 13/2005, n° 6175, p. 225.

²³ A.R. du 19 décembre 2003 relatif aux obligations comptables et à la publicité des comptes annuels de certaines associations sans but lucratif, associations internationales sans but lucratif et fondations, *M.B.*, 30 décembre 2003.

²⁴ Art. 37 de la loi; A.R. du 26 juin 2003 relatif à la comptabilité simplifiée des A.S.B.L., fondations et A.I.S.B.L., *M.B.*, 11 juillet 2003.

fondations privées est facilitée, puisqu'elle ne nécessite plus d'arrêté royal d'approbation²⁵.

b) *Contrôle*

Un commissaire doit être désigné lorsque deux des trois chiffres suivants sont dépassés :

- une moyenne annuelle de 50 travailleurs employés à plein temps par la fondation;
- 6 250 000 € hors TVA pour le total des recettes autresqu'exceptionnelles;
- 3 125 000 € de total du bilan.

Les comptes annuels des fondations privées dont l'actif à la fin de l'exercice dépasse 25 000 € sont déposés à la Banque Nationale de Belgique²⁶. En toute hypothèse, les comptes annuels sont déposés au dossier de la fondation, auprès du greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement où le siège de la fondation est établi²⁷.

4. CAUSES DE DISSOLUTION

La fondation a en principe vocation à s'inscrire dans le temps. Selon l'article 39 de la loi, le tribunal peut prononcer la dissolution de la fondation, à la requête d'un fondateur ou d'un de ses ayants droit, d'un ou de plusieurs administrateurs ou du ministère public, dans les cas suivants²⁸ :

- son but a été réalisé;
- elle n'est plus en mesure de poursuivre son but;
- elle affecte son patrimoine ou ses revenus à des buts autresque celui en vue duquel elle a été constituée;
- elle contrevient gravement à ses statuts, à la loi ou à l'ordrepublic;
- elle reste en défaut de déposer ses comptes annuels pour troisexercices successifs.

La disposition prévoit en outre que la fondation pourra être dissoute si sa «durée vient à échéance ». *A contrario*, l'article implique que le fondateur

²⁵ Ph. 'T KINT, «Les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations (commentaire de la loi du 2 mai 2002)», *op. cit.*, p. 230.

²⁶ Pour un examen détaillé des règles comptables applicables à la fondation, voy. D. VAN GERVEN, «De private stichting en de stichting van openbare nut», *R.G.D.C.*, 2006, n° 6, ch. II, sect. 9 à 11.

²⁷ Art. 31, §3, de la loi.

²⁸ Art. 39 de la loi.

ne peut se réserver le droit de dissoudre *ad nutum* la fondation privée. Cette contrainte distingue la fondation de structures telles que le *trust* ou certaines fondations de droit étranger, pouvant être dissoutes *ad nutum* au gré du fondateur. La dissolution doit en tout état de cause être prononcée par le tribunal ²⁹.

Le tribunal, même s'il rejette la demande de dissolution, peut prononcer l'annulation de l'acte incriminé. Il peut révoquer les administrateurs manifestement négligents, ne remplissant pas leurs obligations ou disposant des biens de la fondation contrairement à leur destination ³⁰.

En cas de dissolution, les biens de la fondation seront affectés à une fin désintéressée déterminée prévue dans les statuts ³¹. La loi du 2 mai 2002 prévoit cependant, moyennant le respect de certaines conditions, la faculté de reprise du patrimoine par le fondateur ou ses ayants droit.

L'article 28-6° de la loi (énumérant les mentions statutaires obligatoires) stipule en effet que «[...] Toutefois, les statuts peuvent prévoir que lorsque le but désintéressé de la fondation est réalisé, le fondateur ou ses ayants droit pourront reprendre une somme égale à la valeur des biens ou les biens mêmes que le fondateur a affectés à la réalisation de ce but» ³². Cette faculté avait été prévue par le législateur pour les cas de fondations créées par des parents pour subvenir aux besoins de leur enfant handicapé. En cas du décès de ce dernier, l'équité veut que les fondateurs puissent récupérer les biens apportés ou une somme équivalente ³³.

D. UTILISATION DE LA FONDATION COMME PATRIMOINE AFFECTÉ À UN BUT DÉSINTÉRESSÉ DÉTERMINÉ

La fondation privée peut être utilisée comme un patrimoine affecté à un but déterminé, par analogie au *trust* anglo-saxon et autres entités apparentées.

²⁹ Art. 39 de la loi.

³⁰ Art. 43 de la loi.

³¹ D. VAN GERVEN, «De private stichting en de stichting van openbare nut», *op. cit.*, p. 366, §8, n° 42.

³² Pour une analyse détaillée des conditions d'application de la faculté de reprise, voy. F. DEREME, «La nouvelle fondation privée de droit belge comme véhicule de détention et de transmission d'un château ou d'une collection d'œuvres d'art. Aspects de droit civil», *Rev. not. belge*, 2003, pp. 557 et s.

³³ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-283/13, p. 35.

Cette institution permet, par exemple, à des parents de doter un enfant handicapé, ou à une famille d'assurer la pérennité d'un bien ou d'un patrimoine familial destiné à un usage collectif, tel qu'un château, une collection d'objets d'art ou une propriété de vacances.

1. UN BUT DÉSINTÉRESSÉ DÉTERMINÉ

L'utilisation de la fondation privée à des fins de programmation patrimoniale, sans certification, ne va pas de soi. Elle dépend en grande partie de l'accomplissement de la notion de «but désintéressé»³⁴. Une lecture combinée des termes de la loi (art. 27 et 28, 6°), d'une part, et de l'intention du législateur, d'autre part, s'impose³⁵. L'essentiel est la volonté du fondateur de destiner tout ou partie de son patrimoine à un but désintéressé; la recherche de son propre profit par le(s) fondateur(s) ou le(s) administrateur(s) est exclue.

L'article 27 de la loi renforce cette vocation altruiste de la fondation en indiquant que la fondation ne peut procurer un gain matériel ni aux fondateurs, ni aux administrateurs, ni à toute autre personne. Le législateur entend par «gain matériel» tout avantage patrimonial direct, étant entendu que les économies (avantage patrimonial indirect) ne sont pas exclues³⁶. Par exemple, l'économie que constituent, pour un châtelain, la prise en charge et l'entretien de son château par une fondation privée ne constitue pas nécessairement, au sens de la loi, un gain matériel direct dans son chef³⁷.

Il convient de nuancer le principe, le texte de loi admettant l'octroi d'un avantage patrimonial à un tiers (ni fondateur, ni administrateur) dès lors que cette attribution entre dans la réalisation même du but désintéressé³⁸. L'hypothèse envisagée ici est celle de la fondation créée en vue d'assurer l'entretien d'un enfant handicapé. Dans ce cas, le versement d'une rente est possible, puisque cela remplit l'objectif même de la fondation.

³⁴ A. VAN ZANTBEEK, «Behoud van controle door familie – De Belgische Private Stichting», *Handboek Estate Planning*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 37.

³⁵ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1998-1999, n° 1854/1, p. 24; A. VAN ZANTBEEK, «Behoud van controle door familie – De Belgische Private Stichting», *op. cit.*, p. 37.

³⁶ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-283/13, p. 35.

³⁷ F. DEREME, «La nouvelle fondation privée de droit belge comme véhicule de détention et de transmission d'un château ou d'une collection d'œuvres d'art. Aspects de droit civil», *op. cit.*, p. 547.

³⁸ Art. 27, al. 1, de la loi; *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-283/13, p. 35.

Pour reprendre l'exemple de la fondation créée pour la conservation d'un château, il pourrait être imaginé que la fondation, dont le but désintéressé principal est la conservation de la propriété familiale, ait également pour but de financer la formation des descendants du fondateur, qui serait en rapport avec le but principal, par le biais de la distribution de prix, bourses, etc.³⁹.

Parmi les buts désintéressés, citons plus particulièrement :

- les soins apportés à un enfant handicapé;
- la conservation d'un château ou d'une collection d'objets d'art;– la création et remise d'un prix;
- les soins apportés aux membres d'une famille citée nommément (cette mesure permettant par exemple de réserver une partie du patrimoine du *pater familias* en faveur des générations suivantes);
- le soutien de recherches médicales déterminées⁴⁰.

2. BUT OU OBJET DE LA FONDATION?

Il convient de distinguer le but de l'objet de la fondation. Si le but s'entend comme ce que la fondation cherche à réaliser (par exemple, la sauvegarde du caractère familial d'une entreprise), l'objet est l'activité mise en œuvre par la fondation pour réaliser ce but (par exemple, la certification de titres). Nous savons que le but de la fondation doit être désintéressé; ses activités peuvent, quant à elles, avoir un caractère commercial, à condition que le bénéficiaire qui en découle soit affecté à la réalisation du but de la fondation⁴¹. «La nature même de la fondation, qui consiste en la gestion d'un capital en vue de la réalisation d'un but désintéressé, doit pouvoir lui permettre de réaliser des activités de nature économique pourvu que les bénéficiaires ainsi dégagés soient affectés à la réalisation du but désintéressé de la fondation»⁵³¹.

Dans le cadre de la problématique de planification patrimoniale examinée ici, la fondation pourrait se voir fixer comme objectif la sauvegarde et

³⁹ F. DEREME, «La nouvelle fondation privée de droit belge comme véhicule de détention et de transmission d'un château ou d'une collection d'œuvres d'art. Aspects de droit civil», *op. cit.*, p. 548.

⁴⁰ P. NICAISE et I. BANMEYER, «Les fondations», in *Le nouveau droit des A.S.B.L. et des fondations – La loi du 2 mai 2002*, Actes de la journée d'étude organisée par le Centre d'Études Jean Renauld, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 244 et 245; voy. égal., pour des applications concrètes, A. NUIS, «De Belgische private stichting in het kader van successieplanning», *Fiscoloog Tribune – De private Stichting*, 26 novembre 2002, p. 20.

⁴¹ P. NICAISE, «Actualités en droit des A.S.B.L., A.I.S.B.L. et fondations», *op. cit.*, p. 373.⁵³¹ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-283/13, p. 35.

l'entretien d'un domaine familial ou d'une collection d'objets d'art. L'objet, c'est-à-dire l'ensemble des moyens que la fondation mettra en œuvre pour réaliser son but, pourra comprendre des visites guidées, des expositions, la rénovation ou la restauration de l'immeuble.

Un patrimoine peut donc être réservé, mis en sécurité et utilisé afin de réaliser un but bien déterminé et conforme à la volonté du fondateur (comme, par exemple, s'occuper de sa famille et veiller à la défense de ses intérêts, aussi bien en faveur de la génération actuelle qu'en faveur des générations futures). Par le biais de la fondation, le fondateur obtient la certitude que la partie déterminée de son patrimoine sera bel et bien affectée à la destination qu'il souhaite lui-même en faire, même après son décès.

Le fondateur devra veiller à maintenir une certaine proportionnalité entre le but de la fondation et les activités commerciales qu'elle pourrait exercer, de manière à respecter le principe de spécialité légale de la fondation ⁴².

3. PATRIMOINE AFFECTÉ

Pour réaliser ce but désintéressé, les fondateurs peuvent apporter des biens tant matériels qu'immatériels : des liquidités, des biens meubles, des œuvres d'art, des droits de propriété industrielle, etc. L'apport peut être de pleine propriété, d'usufruit, de jouissance, etc.

Étant donné que la fondation privée ne connaît pas d'associés auxquels reviendraient les droits patrimoniaux de la fondation, il est dit qu'elle concerne un «patrimoine flottant» ⁴³.

a) Types d'apports

Les fondateurs peuvent apporter des biens tant meubles (corporels ou incorporels) qu'immeubles.

⁴² À ce sujet, voy. not. Prés. Comm. Hasselt, 10 décembre 2004, *R.D.C.*, n° 6/2005, p. 692, et la note de H. DE WUUF : «Du fait que la partie défenderesse exerce une activité économique avec but lucratif où l'activité commerciale est quantitativement plus importante que l'activité non commerciale au niveau de l'allocation des moyens, elle détourne la forme de la "fondation privée" de l'objectif visé par le législateur (certification des actions et la possibilité pour les parents d'enfants handicapés d'offrir un avenir à leurs enfants en leur réservant un patrimoine distinct sous la forme d'une fondation) et elle serait en fait mieux logée dans une forme sociétaire»; F. DEREME, «La nouvelle fondation privée de droit belge comme véhicule de détention et de transmission d'un château ou d'un collection d'œuvres d'art. Aspects de droit civil», *op. cit.*, p. 549.

⁴³ L. STOLLE, «De private stichting : een grabbelton voor creatieve vermogenplanners», in *De Belgische stichting als controlevehikel in het kader van successieplanning*, Gand, M & D Seminars, 2002, p. 17.

Parmi les meubles corporels, citons les meubles meublants, les collections d'art, les archives, portraits ou souvenirs de famille, bibliothèques, ainsi que des biens immeubles, tels qu'un château ou un domaine de famille, des bois ou des terres, des garages ou emplacements de parking.

Depuis le 2 juillet 2003, les fondations peuvent être propriétaires d'immeubles autres que ceux nécessaires à l'accomplissement de leur mission. La restriction prévue par le législateur a été supprimée, car elle était de nature à porter atteinte à la viabilité de nombreux projets. La fondation propriétaire d'un château de famille peut donc être en même temps propriétaire d'un immeuble n'ayant aucun lien direct avec son objectif (par exemple, un appartement, un bureau), mais dont les revenus contribueront à financer l'objectif fixé dans les statuts de la fondation.

b) *Irrévocabilité de l'affectation*

L'affectation des biens à la fondation est en principe irrévocable. Les biens apportés n'entrent plus dans le patrimoine des fondateurs et ne feront en principe plus jamais partie du patrimoine familial, à moins que les fondateurs ne le prévoient, conformément à l'article 28, 6°, *in fine*, de la loi.

Toutefois, le législateur a prévu que «lorsque le but désintéressé de la fondation est réalisé, le fondateur ou ses ayants droit pourront reprendre une somme égale à la valeur des biens ou les biens mêmes que le fondateur a affectés à la réalisation de ce but»⁴⁴.

Dans certaines situations, l'on pourrait s'interroger sur l'intérêt de la distinction dans les faits entre la propriété et l'administration d'un patrimoine. Prenons le cas d'une collection d'objets d'art. Est-il nécessaire d'être propriétaire d'œuvres d'art pour pouvoir profiter d'un beau tableau? La création d'une fondation serait un moyen permettant de conserver la collection intacte à travers les générations, sans crainte pour le fondateur de voir les œuvres transmises à des héritiers qui ne sauraient les apprécier⁴⁵.

En conclusion, la réussite ou l'échec de la fondation créée, sans recours au mécanisme de certification, dans une optique de planification successorale dépendra de deux facteurs : le patrimoine et le conseil

⁴⁴ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-283/13, p. 35.

⁴⁵ Voy. à ce sujet A. NUS et F. SWENNEN, «Vermogensplanning van particuliere kunstverzamelingen», *Handboek Estate Planning – Bijzonder deel*, n° 3, Gand, Larcier, 2009, 78 p.; L. STOLLE, «De private stichting : een grabbelton voor creatieve vermogenplanners», *op. cit.*, p. 17.

d'administration. Les actifs composant le patrimoine doivent suffire pour supporter les charges et les dépenses générées par le fonctionnement de la fondation, à défaut de quoi la fondation risque de mourir d'étouffement financier. Le conseil d'administration doit être composé de personnes aptes à remplir leur mission et, surtout, des règles statutaires adéquates doivent avoir été prévues pour assurer la continuité du conseil à travers le temps, au-delà d'une génération (cf. B ci-dessus).

E. UTILISATION DE LA FONDATION COMME INSTRUMENT RELATIF À LA CERTIFICATION DE TITRES

La fondation privée peut aussi être utilisée pour transmettre une entreprise familiale. Dans ce dernier cas, elle sera combinée avec une autre institution : la certification d'actions ou de parts. La fondation offre une alternative belge à la *Stichting-Administratiekantoor* de droit néerlandais, un instrument juridique relatif à la certification de titres ⁴⁶.

1. GÉNÉRALITÉS

Traditionnellement, par la technique de la certification d'actions, le propriétaire transmettait les actions à titre de gestion (*ten titel van beheer*) à un bureau d'administration, qui pouvait être constitué sous la forme d'une fondation néerlandaise, et qui s'interposait entre la société et les actionnaires ⁴⁷.

Dans le but de rapatrier en Belgique la certification des titres émis par des sociétés belges, la loi du 15 juillet 1998 ⁴⁸ permet la certification des parts d'une société privée à responsabilité limitée (art. 242, C. soc.), ainsi que la certification d'actions, parts bénéficiaires, obligations convertibles ou droits de souscription émis par une société anonyme (art. 503, C. soc.). La plupart des auteurs considéraient que cette loi était difficilement applicable à

⁴⁶ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1997-1998, n^{os} 1430/1 et 1431/1, p. 2; voy. *Manuel de planification patrimoniale*, livre 6, thème 4.

⁴⁷ J. MALHERBE et O. HERMAND, «Formes étrangères de transmission du patrimoine : le *trust* et le bureau d'administration», in *Les sociétés et le patrimoine familial – Convergences et confrontations*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1996, p. 325.

⁴⁸ Loi du 15 juillet 1998 relative à la certification des titres émis par une société commerciale, *M.B.*, 5 septembre 1998, p. 28677.

défaut d'un véhicule de certification comparable à la *stichting* de droit néerlandais⁴⁹.

Grâce à la nouvelle définition de la fondation établie par l'article 27, alinéa 1^{er}, de la loi, il est désormais possible pour les fondations de droit belge d'émettre des certificats à l'instar des *stichting administratiekantoor* néerlandaises⁵⁰ : la loi autorise des détenteurs à céder des actions à une fondation, à charge pour elle de les gérer pour leur compte et à leurs risques à condition, cependant, que cette gestion se fasse dans un but désintéressé⁵¹.

2. MÉCANISME

La certification est l'acte juridique par lequel une personne transfère la propriété de titres – en l'occurrence les parts ou actions d'une société – à une fondation privée, en contrepartie de quoi celle-ci s'engage à remettre au cédant tous les produits et revenus de ces titres. Les droits du cédant vis-à-vis de la fondation sont représentés par des certificats. Ces certificats peuvent ensuite être cédés à la génération suivante, par exemple, par le biais d'une donation. La propriété juridique des titres est exercée par la fondation privée par le biais de son conseil d'administration où siège le plus souvent l'actuel *pater familias*.

Il semble important de noter que les conséquences de la certification ne sont pas à attribuer à la fondation même. La scission entre propriété juridique (qui revient à la fondation) et propriété économique (qui demeure chez le propriétaire initial des titres) est l'effet de la certification. La fondation sert de moyen. Le bureau d'administration (la fondation) est propriétaire des titres et exerce les droits de vote qui y sont rattachés, alors que les certificats remis au titulaire antérieur lui permettent de maintenir

⁴⁹ Voy. not. H.-P. LEMAITRE et M. DALLE, «La certification de titres émis par des sociétés commerciales», *J.T.*, 1999, p. 427, n° 52.

⁵⁰ «La certification de titres est le contrat par lequel une personne morale, appelée l'émetteur, s'engage à remettre à une autre personne, le titulaire, tout produit et revenu de titres [...] qu'elle a ou dont le porteur lui transfère la propriété» (Définition du Conseil d'État reprise par H.-P. LEMAITRE et M. DALLE dans «La certification de titres émis par des sociétés commerciales», *op. cit.*, p. 417).

⁵¹ Le caractère désintéressé du but poursuivi peut être exposé comme suit : «La fondation fera usage des droits liés aux actions de telle manière que les intérêts de la "stichtingadministratiekantoor" soient garantis au mieux» : J. MALHERBE et O. HERMAND, «Formes étrangères de transmission du patrimoine : le *trust* et le bureau d'administration», *op. cit.*, p. 346.

les droits patrimoniaux qui en découlent⁵². Ce démembrement de propriété s'apparente à celui qui résulte d'un *trust* de *common law*⁵³.

L'usage combiné de la fondation et de la certification permet d'assurer la pérennité ou la stabilité, à la fois, des «avantages économiques» et du «contrôle juridique» des actions et, surtout, de la société concernée : le titulaire de certificats jouira des revenus de la société, mais c'est le conseil d'administration de la fondation qui exercera les pouvoirs de l'actionnaire au sein de celle-ci⁵⁴.

3. PRÉSERVATION DU CONTRÔLE PAR LA FAMILLE

La notion de «but désintéressé» analysée plus haut ne fait pas obstacle à ce que la fondation puisse sauvegarder le caractère familial d'une entreprise par le biais de l'émission et de la gestion de certificats de titres à titre d'activité principale⁵⁵. Dans ce cas, en effet, le but de la fondation ne sera pas de certifier les titres, mais bien de maintenir le caractère familial d'une société. La fondation est, dans ce cadre, «simplement un outil de gestion qui en tant que tel n'a pas pour objet de générer des bénéficiaires»⁵⁶. En étant le véhicule de la certification, la fondation exécute un contrat qui lui permet de réaliser son but : le maintien du caractère familial.

La certification est donc une technique qui peut permettre, par exemple, à un dirigeant de garder les actions de la société ou de les confier à une personne de confiance, dans le but de maintenir un contrôle unique sur la société, tout en distribuant à ses enfants ou autres héritiers des certificats leur donnant droit à une part des revenus de cette société. La fondation offre également la possibilité d'y insérer des actions ou des parts de sociétés, mais aussi d'administrer des biens tels que des œuvres d'art, des

⁵² J. MALHERBE et O. HERMAND, «Formes étrangères de transmission du patrimoine : le *trust* et le bureau d'administration», *op. cit.*, p. 325.

⁵³ Voy. D. VAN GERVEN, «De private stichting en de stichting van openbare nut», *op. cit.*, n° 271.

⁵⁴ Voy., concernant le recours à l'*administratiekantoor* ou à la fondation comme techniques de planification successorale, B. SARTEAU, «Les fondations privées», *Rev. not. b.*, 2003, pp. 6-60; X. THIEBAUT, «La fondation privée : l'instrument qui manquait en droit belge pour la transmission des PME», *C & F.P.*, 2003/02, pp. 107-112; S. VAN BREEDAM et R. ACKERMANS, *Het administratiekantoor. Techniek van estate- en successieplanning*, Série «Fiscale Praktijkstudies», Malines, Ced. Samsom, 2002.

⁵⁵ De nombreux articles ont été consacrés à cette matière de la certification de titres. Voy. not. H.-P. LEMAITRE et M. DALLE, «La certification de titres émis par des sociétés commerciales», *op. cit.*, pp. 417 et s.; J. MALHERBE et M. FYON, «La certification de titres émis par des sociétés anonymes dans le Code des sociétés», in *Le nouveau Code des Sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 363 et s.

⁵⁶ J. MALHERBE et O. HERMAND, «Formes étrangères de transmission du patrimoine : le *trust* et le bureau d'administration», *op. cit.*, p. 346.

biens immobiliers, ou tout bien que le fondateur souhaiterait maintenir au sein de la famille au-delà de son décès.

4. AVANTAGES DU MÉCANISME

Il est possible d'étaler dans le temps l'apport de patrimoine à la fondation, d'une part, et la remise des certificats aux enfants par des donations successives intervenues selon un *planning* fiscal, d'autre part. Cette structure présente également, dans certains cas, la possibilité d'un retrait partiel de fonds, par le biais de la conversion des certificats.

Le contrat de certification peut interdire d'échanger les certificats contre les titres sous-jacents, cette interdiction ne doit plus être limitée dans le temps⁵⁷.

Au sein du conseil, il est possible de prévoir une diminution progressive du droit de vote des parents au profit des enfants siégeant au conseil. Au décès des parents, le conseil serait composé des enfants.

Le fondateur fixe seul les modalités de fonctionnement de sa fondation et peut même déjà nommer son successeur. La fondation privée, qui détient les actions de la société, en a le contrôle, puisqu'elle a le droit de vote à l'assemblée générale. Par contre, la valeur économique de l'entreprise est aux mains des détenteurs des certificats, car les dividendes, bonis de liquidités ou autres, doivent être immédiatement redistribués. Pour revenir à la succession de la société familiale, la fondation – totalement non taxée si son objet se limite à la certification – ne fait pas partie du patrimoine. Cette structure est intéressante pour autant que les certificats d'actions aient fait l'objet d'une donation avant les trois ans qui précèdent le décès du fondateur.

F. RECONNAISSANCE EN BELGIQUE DES FONDATIONS DE DROIT ÉTRANGER⁵⁸

L'entrée en vigueur de la législation belge sur la fondation privée n'influence pas la reconnaissance en Belgique des fondations constituées à

⁵⁷ Loi du 28 janvier 2003 modifiant le Code des sociétés afin de supprimer l'obligation de limiter dans le temps l'interdiction d'échanger des certificats, *M.B.*, 21 février 2003, p. 8585.

⁵⁸ J. MALHERBE et M. DE LA SERNA, «Fondation belge, trust et fondation étrangère – régime fiscal», in *Le nouveau droit des Asbl et des Fondations – la loi du 2 mai 2002*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 2002, p. 398.

l'étranger. La validité de la constitution d'une personne morale étrangère est rattachée par la loi belge à la loi du siège de cette personne morale (*lex societatis* ou *lex institutionis*)⁵⁹. La création de la fondation étrangère ne peut être contraire à l'ordre public international belge. On ne voit pas pourquoi elle le serait⁶⁰.

La Belgique a d'ailleurs signé la convention de La Haye relative à la reconnaissance des sociétés, associations et fondations étrangères⁶¹, traité qui n'est jamais entré en vigueur à défaut de ratification par cinq pays, mais dont la signature établit que l'ordre public international belge ne s'oppose pas à la reconnaissance de fondations étrangères⁶².

L'existence de la fondation sera bien entendu écartée dans l'hypothèse d'une simulation qui peut porter soit sur sa constitution même soit sur la localisation de son siège. Si son siège était situé en Belgique, le droit belge serait applicable à sa constitution, ce qui, jadis, aurait fait obstacle à toute reconnaissance, puisqu'une fondation privée ne pouvait être constituée en Belgique. L'entrée en vigueur de la loi sur les fondations privées permet, dans cette hypothèse, l'application de la même règle à l'égard de fondations étrangères qu'en matière de sociétés : réception avec adaptation des statuts.

On s'est demandé enfin si la fondation étrangère pourrait se voir refuser la reconnaissance sur la base de la théorie de la fraude à la loi, dans l'hypothèse où sa constitution est inspirée par le désir d'éviter les droits de succession. Cette question, controversée, dépasse le cadre de la présente contribution⁶³. Traditionnellement, l'application de la théorie de la fraude à la loi est écartée en matière fiscale. Il n'en reste pas moins que l'arrêt de la Cour de cassation cité du 13 janvier 1978 lie la reconnaissance d'une *Anstalt* du Liechtenstein à la circonstance que sa constitution ne soit pas

⁵⁹ Voy. not. Ph. DE PAGE et B. VAN DE WALLE DE GHELCKE, «Les personnes morales étrangères et l'ordre public international belge», *R.P.S.*, 1979, p. 6; pour la reconnaissance implicite d'une fondation de famille du Liechtenstein : Bruxelles, 28 février 1985, *R.P.S.*, 1985, p. 191.

⁶⁰ R. PRIoux, «L'admissibilité en Belgique de l'*Administratiekantoor*, de la Fiducie et du Trust portant sur des actions d'une société belge», *J.T.*, 1996, p. 453.

⁶¹ Loi du 14 mars 1962, *M.B.*, 26 octobre 1966.

⁶² Voy., pour un raisonnement analogue relatif à la reconnaissance d'un établissement (*Anstalt*) du Liechtenstein par référence à la convention de Bruxelles du 29 février 1968 concernant la reconnaissance mutuelle des sociétés et personnes morales, Cass., 13 janvier 1978, *Pas.*, 78, I, p. 543; *R.W.*, 1977-1978, col. 1946, obs. B. VAN BRUYSTEGHEM.

⁶³ Voy. Th. AFSCHRIFT, «La constitution d'une personne morale de droit étranger dans l'unique but d'éviter l'impôt belge», in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, p. 37.

contraire à l'ordre public pour fraude à la loi, simulation ou pour d'autres motifs.

En tout état de cause, les fondations étrangères peuvent ouvrir en Belgique un siège d'opération. Les règles régissant les associations et fondations belges leur sont applicables par extension. Cela semble constituer la suite logique de l'introduction de règles plus strictes pour les associations et fondations belges. À défaut, la tentation de passer la frontière pour établir à l'étranger une association qui exerce ses activités en Belgique eût été trop importante ⁶⁴.

CONCLUSION

Programmer la transmission de son patrimoine plonge inévitablement tant le particulier que le dirigeant d'entreprise dans les méandres de la législation. Car la transmission d'un patrimoine ou d'une société familiale est une question principalement juridique et fiscale, une matière complexe, indissociable du droit des successions et des donations, et variable dans l'espace et le temps. C'est donc longtemps à l'avance qu'il convient d'étudier la question de la succession familiale, afin de choisir la formule de transmission la mieux adaptée.

La création d'une fondation privée est l'une des options ouvertes depuis peu par le législateur, à côté d'autres mécanismes utilisés traditionnellement : la donation à taux réduit, la donation manuelle ou indirecte en indivision, la donation avec réserve d'usufruit, ou encore la création d'une société en commandite par actions, afin de préserver le pouvoir de gestion des personnes nommées.

La fondation privée a d'abord été proposée afin de rendre possible en Belgique la certification d'actions. Le but ainsi poursuivi était, par exemple, de permettre le maintien du caractère familial d'une entreprise. Il s'agit dans ce cas d'un instrument de contrôle, et non d'un instrument fiscal. La certification des parts d'une société familiale est souvent un préalable à leur transmission à la génération future ⁶⁵. En pratique, la fondation ainsi utilisée comme véhicule de certification permet au père de famille dirigeant d'entreprise de se réserver le contrôle sur les décisions prises au sein de

⁶⁴ Ph. 't KINT, «Les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations (commentaire de la loi du 2 mai 2002)», *op. cit.*, p. 230.

⁶⁵ S. NUDELHOLE, «Le régime civil et fiscal de la fondation privée belge», *op. cit.*, p. 22.

l'entreprise, tout en lui permettant de déjà procéder à la donation des certificats d'actions qui incorporent la propriété économique.

Vu qu'il n'existe pas de liste limitative des buts pouvant être poursuivis par une fondation privée, la question fondamentale à se poser est celle de l'aspect désintéressé ou, selon les débats parlementaires, de «l'absence d'avantage patrimonial direct».

La transmission d'un patrimoine autrement que par héritage est-elle rendue possible par la fondation privée belge? Cela fait encore aujourd'hui l'objet de bien des débats, mais force est de constater que l'exemple de l'enfant handicapé que des parents souhaitent protéger au-delà de leur propre disparition démontre qu'elle pourrait servir à attribuer des allocations à des descendants du fondateur. Un autre point intéressant reste la possibilité pour le fondateur de prévoir le retour des biens vers lui-même ou ses héritiers lorsque le but est atteint ou réalisé.

La fondation peut aussi être utilisée afin d'empêcher la dispersion de certaines collections ou propriétés, au fil des partages successoraux. Il ne s'agit pas ici de transmettre, mais de conserver.

Même si elle retient l'attention de bien des commentateurs, il est encore tôt pour évaluer si la fondation privée constitue ou non une solution de remplacement intéressante à certaines structures étrangères plus anciennes, telles que le *trust* anglo-saxon. On peut considérer que, sous réserve de quelques imperfections mineures, la fondation répond à l'objectif initial du législateur, en dotant notre droit d'un véhicule efficace de certification, à la hauteur de la *stichting-administratiekantoor* néerlandaise. Cependant, l'avenir nous montrera si l'instrument est apte à jouer le rôle traditionnellement dévolu au *trust* dans d'autres systèmes juridiques, s'il est adapté à la transmission différée d'un patrimoine et à la planification successorale⁶⁶.

⁶⁶ Dans ce sens, S. NUDELHOLE, *op. cit.*, p. 16.