

# PLANIFICATION PATRIMONIALE FRANCO-BELGE : LES ATOUTS D'UNE FONDATION PRIVÉE DE DROIT BELGE

GRÉGORY HOMANS<sup>1</sup>

ASSOCIÉ DU CABINET DEKEYSER & ASSOCIÉS, CHARGÉ DE COURS À L'UCLouvain (UDA)  
AVEC LA PARTICIPATION DE ME BAPTISTE VERBRUGGEN

## INTRODUCTION

1. En introduisant la fondation privée dans l'ordre juridique belge en 2002<sup>2</sup>, le législateur a souhaité répondre « aux attentes des professionnels soucieux de disposer des meilleurs atouts permettant d'organiser des opérations de planification successorale et de certification de titres<sup>3</sup> ».

Depuis la décision anticipée du 29 novembre 2011<sup>4,5</sup>, cette structure est devenue un outil de planification patrimoniale particulièrement attrayant.

Au sujet de cette décision anticipée, M. Petit l'estime « d'autant plus fondamentale qu'elle lève une zone d'ombre [...] pour les fondations privées belges ayant [...] un patrimoine qui devra ensuite être distribué à un certain nombre de bénéficiaires<sup>6</sup> ». Il précise qu'« en tant qu'outil efficace de planification patrimoniale et successorale, la fondation privée belge est appelée à jouer un rôle analogue à celui rempli par le trust dans les pays du Common law, du moins en ce qui concerne le patrimoine mobilier<sup>7</sup> ».

À la suite de cette évolution, de nombreux Belges ont été séduits par les vertus civiles et fiscales de la fondation. En effet, correctement utilisée, elle permet de rencontrer les principaux objectifs recherchés dans le cadre d'une organisation patrimoniale, et ce, dans des conditions fiscales favorables.

2. La fondation privée n'est pas connue dans l'ordre juridique français.

Le recours à une fondation privée de droit belge dans le cadre d'une planification patrimoniale franco-belge suppose une vigilance particulière, au regard des nombreuses questions fiscales qu'il soulève.

3. La présente contribution sera structurée de la manière suivante :

- Tout d'abord, nous exposerons les principales caractéristiques de la fondation privée de droit belge, en y intégrant les nouveautés apportées par le Code des sociétés et des associations en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> mai 2019 (chapitre 1).
- Nous analyserons ensuite le traitement fiscal des distributions d'avoirs financiers belges réalisées par une fondation privée belge constituée et alimentée par un particulier résident belge de son vivant en faveur d'un bénéficiaire résident fiscal français (les aspects belges seront traités au chapitre 2 et les aspects français au chapitre 3).
- Enfin, nous illustrerons au moyen d'un cas concret les atouts d'une fondation privée de droit belge dans une planification patrimoniale franco-belge (chapitre 4).

## CHAPITRE 1 : ASPECTS CIVILS BELGES - RAPPEL<sup>8</sup>

### Section 1 : Fondation - principales caractéristiques

1. La fondation privée de droit belge est définie de la manière suivante : « une personne morale dépourvue de membres, constituée par un acte juridique par une ou plusieurs personnes, dénommées fondateurs. Son patri-

1. Les développements ci-après dressent un état du droit et de son interprétation au 28 septembre 2020. Les auteurs remercient M. Claudio CAVALERI pour son amitié et sa relecture scientifique ; les auteurs peuvent être contactés à l'adresse suivante : office@dekeyser-associés.com

2. Loi du 2 mai 2002 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, *M. B.*, 11 décembre 2002.

3. Doc. Parl., Ch. Repr., sess. Ord. 2001-2002, n° 1301/022.

4. Beaucoup l'ont commentée, notre cabinet l'a obtenue. Compte tenu de l'impact de cette décision en matière de planification patrimoniale, les auteurs ont souhaité dresser un état des lieux des principales évolutions intervenues depuis lors dans cette matière.

5. Décision anticipée n° 2011.275 du 29 novembre 2011, [www.fisconetplus.be](http://www.fisconetplus.be); *Rec. gén. enr. not.*, n° 26.376, 2012, p. 176 ; pour un commentaire de cette décision voir notamment : A. VAN ZANTBEEK et P. POPPE, « Distribution par une fondation privée belge : l'article 8 C. succ. n'est plus applicable », *Info Droits de succession* 2012/6-7, 1-5 ; A. VAN ZANTBEEK et P. POPPE, « *Uitkering uit een Belgische private stichting : artikel 8 W. Succ. niet van toepassing* », *Successierechten*, 2012/6, pp. 1-6 ; M. PETIT, « La fondation privée belge comme outil de planification patrimoniale et successorale », *Rec. gén. enr. not.*, n° 26.371, 2012, pp. 142-148 ; H. CASIER, « *Registratie- en successierechten en de private stichting : de rulingcommissie spreekt zich uit* », *Registratierechten*, 2012/2, pp. 9-12 ; M. PETIT, « Fondation privée belge - Actualité », *Info Droits de succession*, 2013/1, pp. 7-11 ; N. GEELHAND DE MERXEM, « Un deuxième ruling en matière de fondation privée de droit belge », *TEP*, 2013/5, pp. 30 et s.

6. M. PETIT, « La fondation privée belge comme outil de planification patrimoniale et successorale », *op. cit.*, p. 144.

7. *Idem*.

8. Les auteurs remercient Me Antoine DEKEYSER pour son amitié et sa relecture scientifique de cette section.

moine est affecté à la poursuite d'un but désintéressé [...]. Elle ne peut distribuer ni procurer, directement ou indirectement, un quelconque avantage patrimonial à ses fondateurs, ses administrateurs ni à toute autre personne, sauf dans le but désintéressé déterminé par les statuts.<sup>9</sup> »

2. La fondation privée de droit belge (ci-après la « fondation ») est constituée *via* un acte juridique unilatéral par lequel le fondateur affecte, de son vivant ou par testament<sup>10</sup>, tout ou partie de son patrimoine (en propriété entière ou en démembrement) à la réalisation d'un but déterminé<sup>11,12</sup>. Cet acte doit prendre la forme d'un acte authentique<sup>13</sup>.

3. La fondation dispose de la personnalité juridique et d'un patrimoine propre (distinct de celui du fondateur<sup>14</sup>), qui doit être affecté à un but désintéressé (défini comme la « vocation altruiste » en vertu de laquelle la fondation profite aux bénéficiaires<sup>15</sup>). Cette affectation est irrévocable<sup>16</sup> – sans préjudice du maintien d'une faculté de retrait<sup>17</sup> –, intervient à titre gratuit et en principe sans *animus donandi*<sup>18</sup>.

Parmi les buts fréquemment rencontrés figure celui de garantir le bien-être et l'éducation de ses descendants<sup>19</sup>, l'assistance matérielle d'une personne (par exemple une personne handicapée), le regroupement des actions d'une société familiale, la conservation d'un patrimoine familial, la gestion d'une collection privée et le maintien de l'intégralité de celle-ci, le soutien d'organisations philanthropiques, etc.<sup>20</sup>.

4. La fondation est gérée par un ou plusieurs administrateurs (personnes physiques ou morales<sup>21</sup>). Le fondateur peut être le (ou l'un des) administrateur(s).

5. La fondation ne peut pas octroyer d'avantages directs ou indirects à son fondateur et à ses administrateurs, et ce, sous réserve des développements repris au point 2,2) de la section 2 du présent chapitre.

6. La dissolution d'une fondation est prononcée par le Tribunal de l'entreprise, et ce, dans certains cas énumérés par la loi<sup>22</sup>.

### Section 2 : Fondation – nouveautés introduites par le Code des sociétés et associations

Depuis l'entrée en vigueur du Code des sociétés et associations (ci-après « CSA »), les règles applicables aux fondations ont été transposées dans ce code<sup>23</sup>. Le législateur en a profité pour apporter plusieurs nouveautés. Parmi celles-ci :

#### 1. Nombre minimal d'administrateurs

Initialement, la fondation devait être gérée par un conseil d'administration constitué d'au moins trois administrateurs<sup>24</sup>. Cette exigence était jugée lourde et peu pratique dans le cadre d'une planification patrimoniale<sup>25</sup>. Un seul administrateur est désormais suffisant<sup>26</sup>.

9. Art. 1:3 Code des sociétés et associations (CSA).

10. Art. 2:5, §3, CSA.

11. NUDELHOLC S., « Le régime civil et fiscal de la fondation privée belge », *RGF*, 2008/8-9, p. 17.

12. Art. 1:3 CSA.

13. Art. 2:5, §3, CSA.

14. Dans une récente décision anticipée, Vlabel remet toutefois en cause le « dépouillement » d'une donation (décision anticipée n° 20041 du 31 août 2020, [www.belastingen.vlaanderen.be](http://www.belastingen.vlaanderen.be)).

15. P. MINNE et C. KESTELOOT, « La fondation privée belge : aspects fiscaux », in *Les Entités de gestion et de transmission patrimoniales : aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2014, p. 35 ; P. DE PAGE, « La fondation privée belge : entité de transfert, de gestion et de conservation de patrimoine », in *Les Entités de gestion et de transmission patrimoniale : aspects civils et fiscaux*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 14-18.

16. P. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 7, 13 et 14.

17. Il est possible d'aménager, sous certaines conditions, un droit de reprise permettant au fondateur (ou à ses ayants droit s'il vient à décéder) de récupérer les avoirs qu'il a apportés à la fondation en cas de liquidation de celle-ci (cf. art. 11:2, al. 2, CSA).

18. Si le fondateur désire indirectement avantager une personne, il pourrait, selon certains du moins, être question d'une donation indirecte (D. VAN GERVEN, « *De stichtingen in het nieuwe WVV* », *Bericht aan het notariaat*, 2020/1, p. 6) ; voir développements au point 1.1. de la section 2 du présent chapitre.

19. P. NICAISE, « Les fondations », in *Planification successorale et structures sociétaires : comment choisir, optimiser, gérer et... liquider ?*, Limal, Anthemis, 2009, p. 143 ; DE PAGE P., *op. cit.*, pp. 27 et s.

20. 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, exposé des motifs, *Doc. parl.*, ch., 1998-1999, n° 1854/1, p. 24 ; S. NUDELHOLC, *op. cit.*, p. 17 ; D. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 4 ; D. VAN GERVEN, « *De private stichting als instrument voor familiale regelingen* », *T.Not.*, 2020, p. 443 ; P. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 14-15 ; S. SEYNS et G. CEENAEME, « *De private stichting in de praktijk doorgelicht* », *V.I.P.*, 2016/3, p. 13.

21. Art. 11:6 CSA.

22. Cf. art. 2:114, §1, du CSA.

23. Ces règles s'appliquent à toutes les fondations constituées à partir de cette date. Pour les fondations constituées avant cette date, les nouvelles règles du CSA leur sont d'application depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020, sauf si elles ont opté pour une application anticipée.

24. Art. 34, al. 1, de la loi du 27 juin 1921.

25. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, ch., 2017-2018, 3119/001, p. 293.

26. Art. 11:6 CSA.

## 2. Distributions effectuées par la fondation dans le cadre de son but désintéressé

### 1) « Gain matériel » versus « avantage patrimonial »

Selon l'ancienne législation, « la fondation ne peut procurer un gain matériel ni aux fondateurs ni aux administrateurs ni à toute autre personne sauf, dans ce dernier cas, s'il s'agit de la réalisation du but désintéressé<sup>27</sup> ».

Ce gain matériel visait les avantages patrimoniaux directs<sup>28</sup>. En revanche, l'octroi d'avantages patrimoniaux indirects était en principe possible<sup>29</sup>.

Toutefois, déjà à ce moment, l'octroi d'un tel avantage indirect était circonscrit :

- Les actes posés par la fondation et l'affectation de son patrimoine ne pouvaient pas avoir lieu en contrariété avec le but désintéressé de la fondation<sup>30</sup>.

- Une certaine doctrine affirme qu'à l'instar de l'avantage direct aux fondateurs et administrateurs<sup>31</sup>, la fondation ne pouvait avoir pour but d'octroyer des avantages patrimoniaux indirects aux fondateurs et administrateurs<sup>32</sup>.

Toutefois, il n'était pas exclu que la fondation puisse indirectement procurer, dans le cadre de la réalisation de son but désintéressé, un avantage aux fondateurs et aux administrateurs<sup>33</sup>.

Ainsi, le but désintéressé d'une fondation à laquelle (une partie d') une entreprise familiale était apportée ne pouvait être d'accroître le patrimoine familial (ce qui serait un avantage indirect pour le fondateur). Cependant, si en réalisant son but désintéressé (par

exemple, le maintien du caractère familial de l'entreprise était un but désintéressé admis<sup>34</sup>), la fondation venait indirectement à augmenter la valeur de l'entreprise, et donc celle du patrimoine familial, cet avantage était admis<sup>35</sup>.

Le CSA précise à présent que la fondation « ne peut distribuer ni procurer, directement ou indirectement, un quelconque avantage patrimonial à ses fondateurs, ses administrateurs ni à toute autre personne, sauf dans le but désintéressé déterminé par les statuts ».

L'avantage patrimonial indirect – précédemment admis dans les limites expliquées ci-dessus – semble donc maintenant exclu.

L'avantage indirect interdit est défini comme « toute opération par laquelle les actifs de l'association ou de la fondation diminuent ou les passifs augmentent et pour laquelle celle-ci soit ne reçoit pas de contrepartie soit reçoit une contrepartie manifestement trop faible par rapport à sa prestation<sup>36</sup> ».

L'exemple classique de l'avantage indirect prohibé est celui d'un contrat conclu avec les fondateurs ou administrateurs à des conditions désavantageuses pour la fondation<sup>37</sup>. On peut se demander dans quelle mesure un tel avantage n'était pas déjà interdit sous l'ancienne législation, et ce, au vu du but désintéressé de la fondation<sup>38</sup>.

En revanche, l'avantage patrimonial indirect dans le chef du fondateur ou administrateur qui n'entraîne ni diminution de l'actif ni augmentation du passif ne devrait, a priori, pas être prohibé<sup>39 40</sup>.

27. Art. 27, al. 1, de la loi du 27 juin 1921 ; les auteurs mettent en évidence.

28. Projet de loi sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, Amendement n° 243, Doc. parl., 2000-2001, n° 2-283/13, p. 45.

29. P. NICAISE, « Les fondations », op. cit., p. 142.

30. Dans le cas contraire, des sanctions étaient prévues (la nullité de la fondation aurait pu être prononcée ou ses administrateurs auraient pu être destitués – art. 39, 4° et 43 de la loi du 27 juin 1921).

31. P. DE PAGE, op. cit., p. 14 ; V. SIMONART, *Associations sans but lucratif, associations internationales sans but lucratif et fondations*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 59-60 ; D. VAN GERVEN, « Onderscheid vennootschap vereniging stichting » in *Handboek Vennootschappen – Algemeen deel*, Gand, Larcier, 2020, p. 30 ; R. VAN BOVEN, « De wettelijke specialiteit van de stichting », in *Belgische stichting*, Gand, Larcier, 2011, p. 24 ; J. VAN DEN MEUTTER, *De private stichting en het zorgkind*, Malines, Malines, 2004, p. 583 ; Les travaux préparatoires de l'ancienne législation définissaient a contrario le but désintéressé comme l'absence d'avantage patrimonial direct (Projet de loi sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, Amendement n° 243, Doc. parl., 2000-2001, n° 2-283/13, pp. 45-46) ; ainsi, certains considéraient que le but désintéressé et l'absence de distribution constituent les deux faces d'une même médaille – le but de la fondation ne pouvant consister en la distribution d'avantage direct à son fondateur (B. VAN BAELEN, « Commentaar bij art. 1:4 WVV » in *Vennootschappen en verenigingen. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, partie 55 (20 février 2020), p. 147).

32. V. SIMONART, op. cit., p. 60.

33. V. SIMONART, op. cit., p. 61.

34. Voir à ce sujet R. VAN BOVEN, qui indique que la fondation peut avoir pour but la gestion d'un patrimoine familial (ce qui à notre sens entraîne un avantage indirect au fondateur), pour autant que le but (principal) ne soit pas le meilleur rendement de ce patrimoine, mais bien, par exemple, le maintien du caractère familial de ce patrimoine (R. VAN BOVEN, op. cit., p. 25).

35. H. DE WULF, op. cit., p. 586.

36. Art. 1:4 CSA ; les auteurs mettent en évidence.

37. Pour d'autres exemples, voir B. VAN BAELEN, op. cit., pp. 143-144.

38. Déjà sous l'ancienne législation, le remboursement de frais d'un administrateur était admis pour autant que les frais soient justifiés et proportionnés quant aux buts de la fondation (voir NICAISE P., « Les fondations », op. cit., pp. 141-143, note de bas de page 30).

39. Sous réserve des limites déjà applicables sous l'ancienne législation.

40. B. VAN BAELEN prend l'exemple d'une salle de fête d'une association d'étudiants mise à disposition de ces membres une fois l'an (B. VAN BAELEN, op. cit., pp. 144-145) ; nous pourrions également penser à l'exemple repris ci-dessus de la valeur du patrimoine familial, qui augmente dès lors que la fondation assure le maintien du caractère familial de l'entreprise.

En outre, un avantage patrimonial indirect peut toujours être octroyé s'il intervient dans la réalisation du but désintéressé de la fondation<sup>41</sup>.

## 2) Distribution au profit du fondateur, des administrateurs et/ou des bénéficiaires ?

Selon l'ancienne législation, les distributions par la fondation au bénéficiaire étaient permises si elles intervenaient dans le cadre de la réalisation du but désintéressé de la fondation. En revanche, les distributions en faveur du (des) fondateur(s) et/ou du (des) administrateur(s) étaient interdites (« la fondation ne peut procurer un gain matériel ni aux fondateurs ni aux administrateurs ni à toute autre personne sauf, dans ce dernier cas, s'il s'agit de la réalisation du but désintéressé<sup>42</sup> »).

La nouvelle législation est désormais moins restrictive. Selon l'article 1:3 du CSA, la fondation « ne peut distribuer ni procurer, directement ou indirectement, un quelconque avantage patrimonial **à ses fondateurs, ses administrateurs ni à toute autre personne, sauf dans le but désintéressé déterminé par les statuts**<sup>43</sup> ».

À la lecture de cette disposition, il semblerait qu'une fondation puisse désormais distribuer des biens à son (ses) fondateur(s), à son (ses) administrateur(s) et/ou à son (ses) bénéficiaire(s), et ce, à condition que cette distribution s'inscrive dans la réalisation de son but désintéressé<sup>44</sup>.

Pour appréhender les conséquences de cette évolution législative, il convient de tenir compte des éléments suivants :

- Les travaux préparatoires du CSA rappellent néanmoins « que les fondations ne peuvent procéder à des distributions [...] au profit des fondateurs ou des administrateurs<sup>45</sup> ».
- L'apport à une fondation demeure un acte de dépouillement irrévocable<sup>46</sup>, ce qui ne serait plus le cas si le

fondateur pouvait à tout moment *via* une distribution réalisée à son profit par la fondation, récupérer tout ou partie des biens apportés.

- Le but désintéressé de la fondation devrait généralement s'opposer à ce que la fondation octroie des avantages directs ou indirects à ses fondateurs ou administrateurs<sup>47</sup>.

### Section 3 : Fondation – comptabilité, publicité et reporting

1. Les statuts de la fondation et les décisions de nomination (ou de démission) des administrateurs sont publiés aux Annexes du *Moniteur belge*<sup>48</sup>. Une publication par extrait est autorisée.

L'identité du fondateur, des administrateurs, les buts désintéressés de la fondation, etc.<sup>49</sup> sont ainsi librement consultables sur le site du *Moniteur belge*.

2. Les fondations doivent également remplir certaines obligations comptables<sup>50</sup> qui diffèrent selon certains critères. Leurs comptes annuels doivent parfois être déposés à la Banque Nationale de Belgique<sup>51</sup>.

3. La fondation est soumise aux exigences en matière de registre UBO<sup>52</sup>. Les administrateurs, la personne chargée de la gestion journalière, le fondateur et les bénéficiaires de la fondation doivent y être renseignés comme « bénéficiaires effectifs<sup>53</sup> ».

4. En vertu d'une nouvelle directive européenne « DAC 6<sup>54</sup> », les « dispositifs transfrontières potentiellement agressifs sur le plan fiscal » doivent faire l'objet d'un *reporting* particulier<sup>55</sup>.

La constitution d'une fondation par un résident belge au profit d'un résident français constitue un dispositif transfrontière au sens de cette nouvelle législation<sup>56</sup>. Le recours

41. Ainsi, comme c'était déjà le cas précédemment, si une fondation chargée d'assurer le caractère familial d'une entreprise permet, de ce fait, d'accroître la valeur de l'entreprise, il n'y a selon nous aucun avantage prohibé. C'est en effet en réalisant son but désintéressé qu'elle permet l'avantage indirect au profit du fondateur.

42. Art. 27, al. 1, de la loi du 27 juin 1921 ; les auteurs mettent en évidence.

43. Art. 1:3 CSA ; les auteurs mettent en évidence.

44. P. NICAISE, « La Fondation : premiers commentaires et statuts », *op. cit.*, p. 260.

45. Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *Doc. parl.*, ch., 2017-2018, 3119/001, p. 29.

46. P. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 7, 13 et 14.

47. Voir *supra* à ce sujet, point 2.1), de la présente section.

48. Art. 2:11, 2:13 et 2:17 CSA.

49. Art. 2:17 CSA.

50. Art. 3:51 CSA.

51. Art. 3:51 CSA.

52. Art. 1:35 CSA.

53. Art. 4, 27<sup>o</sup>, c), de la loi du 18 septembre 2017 relative à la prévention du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme et à la limitation de l'utilisation des espèces.

54. Loi du 20 décembre 2019 transposant la Directive (UE) 2018/822 du Conseil du 25 mai 2018 modifiant la Directive 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal en rapport avec les dispositifs transfrontières devant faire l'objet d'une déclaration.

55. G. HOMANS et B. VERBRUGGEN, « DAC 6 : les assurances-vie luxembourgeoises sont-elles visées ? », *L'Assurance au présent*, 2020/7, pp. 10-11.

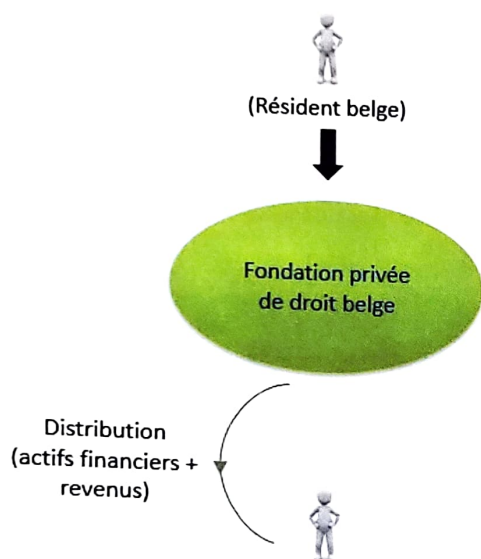
56. L'administration fiscale belge considère que la constitution d'une filiale ou l'adoption d'une structure constituent un dispositif (FAQ : Dac6 – Déclaration des dispositifs transfrontières – articles 326/1 à 326/10 du Code des impôts sur les revenus, mise à jour au 15 juin 2020, <http://finances.belgium.be>, p. 11) ; par

à une fondation devra ainsi être reporté si l'un des « mar- queurs » repris en annexe de la directive<sup>57</sup> visant à démon- trer un potentiel risque d'évasion fiscale est rencontré<sup>58</sup>.

## CHAPITRE 2 : ASPECTS FISCAUX BELGES<sup>59</sup>

Le présent chapitre est dédié au traitement fiscal des distributions d'avoirs (actifs financiers de la fondation et revenus produits par ceux-ci) réalisées par la fondation au profit d'un bénéficiaire<sup>60</sup>.

### Section 1 : distributions réalisées par la fondation au profit de son bénéficiaire, et ce, du vivant du fondateur



## 1. Droits d'enregistrement et de succession

### 1.1. Droits d'enregistrement

1. *L'attribution de biens par la fondation, du vivant du fon- dateur, en faveur de son bénéficiaire, ne constitue pas une donation<sup>61</sup>. En effet, une donation en prin- cipe suppose l'appauvrissement du donateur, l'enrichissement de la per- sonne gratifiée et une intention libérale<sup>62</sup>. Cette intention fait défaut notamment pour les raisons suivantes :*

- la distribution est décidée par l'organe d'administration de la fondation ;
- la distribution s'inscrit dans le cadre de la réalisation du but désintéressé de la fondation.

2. *Selon certains, la distribution pourrait constituer une donation indirecte du fondateur en faveur du bénéficiaire de la fondation, et ce, si le fondateur entend gratifier une personne déterminée par le recours à la fondation<sup>63</sup>. Cette position trouve un certain écho dans une récente jurispru- dence de la Cour de cassation française<sup>64</sup>.*

*Bien que les auteurs ne l'indiquent pas expressément, nous supposons que les indices d'une telle intention libérale pourraient se rencontrer lorsque le fondateur est l'unique administrateur de la fondation, lorsque l'unique but de la fondation est de veiller au bien-être d'une seule personne, lorsque la fondation a l'obligation d'attribuer chaque année certains actifs à une personne déterminée, etc.*

*Ce raisonnement est cependant à nuancer, notamment sur la base des éléments suivants :*

- la fondation poursuit un but désintéressé, et les distribu- tions décidées par l'organe d'administration ont lieu en exécution de ce but ;
- le fondateur peut se réserver, sous certaines conditions, la faculté de reprendre le bien apporté, ce qui va à l'en- contre du dépouillement inhérent à la donation ;
- etc.

Compte tenu de la doctrine précitée, il ne peut toutefois pas être exclu que l'administration fiscale belge puisse tenter de soutenir, dans certains cas, qu'une telle distribution

ailleurs, le dispositif est transfrontière lorsque les participants, auxquels l'administration assimile les contribuables d'une opération (FAQ : Dac6 – Déclaration des dispositifs transfrontières – articles 326/1 à 326/10 du Code des impôts sur les revenus, mise à jour au 15 juin 2020, <http://finances.belgium.be>, p. 13), ont leur résidence fiscale dans des états différents (art. 326/1, al. 1, 1<sup>er</sup>, a), CIR92).

57. Voir article 326/2 CIR92.

58. Pour un commentaire complet de ce régime, voir SCARNA S., « Les obligations de transparence au regard du registre des bénéficiaires effectifs (UBO) et des dispositifs potentiellement agressifs (DAC 6) », R.P.P., 2020/1-2, pp. 79-103.

59. Les auteurs remercient Me Sébastien THIRY pour son amitié et sa relecture scientifique de cette partie

60. N. GEEHLAND, « Un deuxième ruling en matière de fondation privée de droit belge », *TEP*, 2013/5, p. 36 ; P. MINNE et C. KESTELOOT, *op. cit.*, p. 47 ; Décision anticipée n° 2011.275 du 29 novembre 2011, [www.fisconetplus.be](http://www.fisconetplus.be).

61. N. GEEHLAND, *op. cit.*, p. 36 ; P. MINNE et C. KESTELOOT, *op. cit.*, p. 47 ; A. HAELTERMAN et R. NEYT, « De familiale stichting als instrument voor vermogensplanning », in *Notariële actualiteit 2013-2014*, Anvers, Intersentia, 2014, p. 59 ; Décision anticipée n° 2011.275 du 29 novembre 2011, [www.fisconetplus.be](http://www.fisconetplus.be). (« Le conseil effectuant une distribution, ledit conseil d'administration se limite à exécuter une mission définie dans l'acte constitutif de la fondation privée. Il ne peut être en question de droits de donation. »)

62. E. DE WILDE D'ESTMAEL, B. DELAHAYE, G. HOLLANDERS DE OUDERAEN et F. TAINMONT, « Donations », *Rép. not.*, Tome III, Les successions, donations et testaments, Livre 7, Bruxelles, Larcier, 2019, n° 2.

63. N. GEEHLAND, *op. cit.*, p. 36 ; VAN GERVEN D., « De stichtingen in het nieuwe WVV », *op. cit.*, p. 6 ; contra MINNE P. et C. KESTELOOT, *op. cit.*, p. 49.

64. Cass. fr. (Chambre commerciale), 6 novembre 2019, 17-26.985 ; la décision concerne les distributions réalisées par un trust *inter vivos* discrétionnaire.

constituerait une donation indirecte réalisée par le fondateur en faveur du bénéficiaire de la fondation. Même dans ce cas, la perception du droit d'enregistrement supposerait qu'un titre de la donation – comprenant l'acceptation par le bénéficiaire – soit présenté spontanément à l'enregistrement ou doive être constaté dans un acte notarié belge<sup>65</sup>. Cette situation est peu susceptible d'être rencontrée dans la pratique.

## 1.2. Droits de succession en cas de distribution dans les trois ans précédant le décès du fondateur

Il convient de déterminer si, en cas de décès du fondateur dans les trois ans de la distribution réalisée par la fondation au profit de son bénéficiaire, celui-ci serait redevable de droits de succession à concurrence des avoirs alloués par la fondation.

### 1. Article 7 du C. succ.

Selon l'article 7 du C. succ.<sup>66</sup>, « les biens dont l'administration établit que le défunt a disposé à titre gratuit dans les trois années précédant son décès, sont considérés comme faisant partie de sa succession si la libéralité n'a pas été assujettie au droit d'enregistrement établi pour les donations<sup>67</sup> ».

Bien que cette disposition fasse référence aux biens dont le défunt a disposé à titre gratuit, il ressort des travaux préparatoires et de la doctrine que seules les donations seraient prises en considération pour l'application de cette fiction légale<sup>68</sup>.

Comme indiqué au point 1.1.1 ci-dessus, la distribution ne constitue pas une donation. Elle sort ainsi du champ d'application de la fiction fiscale de l'article 7 du C. succ.<sup>69</sup>.

### 2. Article 8 du C. succ.

Selon l'article 8, al. 2, du C. succ.<sup>70</sup>, « sont [...] considérées comme recueillies à titre de legs les sommes [...] qu'une personne a été appelée à recevoir à titre gratuit **dans les trois ans précédant** le décès du défunt [...], en vertu d'une stipulation faite à son profit dans **un contrat** conclu par le défunt<sup>71</sup> ».

Les fictions fiscales – l'article 8 du C. succ. en particulier – sont d'interprétation restrictive<sup>72</sup>.

Pour être applicable, la fiction fiscale prévue par l'article 8 du C. succ. suppose un contrat renfermant une stipulation pour autrui. Or, la fondation est un acte unilatéral (et non un contrat)<sup>73</sup>. La distribution par la fondation sort ainsi du champ d'application de l'article 8 du C. succ.

## 2. Impôt sur les revenus

1. Il convient de déterminer si la distribution par la fondation au bénéficiaire est susceptible de constituer, dans son chef, un revenu taxable à l'impôt des personnes physiques (ci-après « IPP »). Tel pourrait notamment être le cas si le bénéficiaire disposait d'une créance envers la fondation. En effet, les revenus produits par les créances constituent un intérêt taxable à l'IPP<sup>74</sup>.

Or, le bénéficiaire ne dispose *a priori* pas du droit d'exiger un quelconque paiement de la part de la fondation<sup>75</sup>. À défaut de disposer d'une créance envers la fondation, les distributions réalisées par la fondation à son profit ne donnent pas lieu à la perception de l'IPP. Cela a été confirmé à plusieurs reprises par la doctrine<sup>76</sup>.

65. F. WERDEFROY, *Droits de succession 2016-2017*, Waterloo, Kluwer, 2016, pp. 1618-1619.

66. Art. 2.71.0.5 CFF (en ce qui concerne la Région flamande).

67. Le délai passera prochainement à quatre ans en Région flamande pour les donations qui interviendront à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2021 (*Voorontwerp van decreet tot wijziging van de Vlaamse Codex Fiscaliteit van 13 december 2013, wat betreft de verlenging van de verdachte periode, de tariefverlaging voor non-profit legaten en non-profit schenkingen, en de invoering van de vriendenerfenis*, VR 2020 1809 DOC.1016/2TER, 22 septembre 2020, <https://beslissingenvlaamseregering.vlaanderen.be>).

68. L'article 7 du C. succ. ne mentionne pas, en son début, les donations mais les dispositions à titre gratuit. Toutefois, la même disposition fait, par la suite, référence aux termes « libéralité » et « donation ». De plus, les travaux préparatoires de cet article précisent que la fiction de legs concerne les donations (GEEHAND N., *op. cit.*, p. 35). Seules les donations doivent être prises en compte (MAYEUR A. et PETIT M., *Droits de succession 2016-2017*, Waterloo, Kluwer, 2016, p. 382).

69. Notons que certains considèrent que l'article 7 du C. succ. pourrait être applicable si la distribution constitue une donation indirecte au profit du bénéficiaire (GEEHAND N., *op. cit.*, p. 36).

70. Art. 2.71.0.6, al. 2 et 3, CFF (en ce qui concerne la Région flamande) ; cette disposition prévoit également que le délai est de sept ans (et non de trois) lorsque la donation porte sur des titres d'une entreprise familiale ; ce délai de trois ans devrait prochainement être augmenté à quatre ans (*Voorontwerp van decreet tot wijziging van de Vlaamse Codex Fiscaliteit van 13 december 2013, wat betreft de verlenging van de verdachte periode, de tariefverlaging voor non-profit legaten en non-profitschenkingen, en de invoering van de vriendenerfenis*, VR 2020 1809 DOC.1016/2TER, [www.beslissingenvlaamseregering.vlaanderen.be](http://www.beslissingenvlaamseregering.vlaanderen.be)).

71. Les auteurs mettent en évidence.

72. Décision anticipée n° 2014.665 du 03.02.2015 ; C.E., 12 juin 2018 (n° 241761), <http://www.roadvst-consetat.be> ; S. SÉGIER et M. BENTLEY, « Le droit fiscal se fonde sur des réalités : une fiction ? », *RGF*, 2009, n° 5, p. 15sq.

73. Pour plus de développements, voir la sous-section 1 du chapitre 1.

74. Art. 1, §1, 2°, *juncto* art. 19, §1, 1°, du CIR92.

75. S. VAN HÆLST et M. GOSSIAUX, « La planification successorale via trust et fondation est-elle efficace ? État de la question à la suite, notamment, du vote de la taxe Caiman », in *La Planification successorale*, 2<sup>e</sup> éd., Limal, Anthernis, 2015, p. 196 ; Décision anticipée n° 2011.275 du 29 novembre 2011, [www.fisconetplus.be](http://www.fisconetplus.be) (« Sur la base des informations communiquées par le demandeur et du projet d'acte constitutif de la fondation, il y a lieu de considérer que les bénéficiaires ne disposeront d'aucune créance à l'égard de la fondation ni d'aucun droit d'exiger un paiement quelconque de sa part ») ; Décision anticipée n° 2014.507 du 17 mars 2015, [www.fisconetplus.be](http://www.fisconetplus.be).

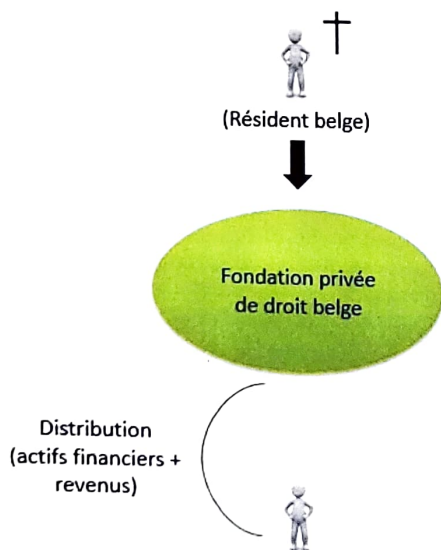
76. S. VAN HÆLST et M. GOSSIAUX, « La planification successorale via trust et fondation est-elle efficace ? État de la question à la suite, notamment, du vote de la taxe Caiman », *op. cit.*, p. 196 ; P. MINNE et C. KESTELOOT, *op. cit.*, p. 50.

2. Notons toutefois que le service des décisions anticipées (ci-après SDA) a pris une décision contraire au sujet d'un trust dont la gestion n'était pas discrétionnaire<sup>77</sup>.

Le SDA a considéré que le bénéficiaire était titulaire d'une créance à l'égard du trust dont le paiement était soumis à l'IPP<sup>78</sup>.

Compte tenu de cette position, il ne peut être exclu que l'administration fiscale tente de soutenir, dans certains cas, que le bénéficiaire de la fondation disposerait d'une créance sur cette dernière<sup>79</sup>. Tel pourrait éventuellement être le cas si l'acte constitutif, un règlement d'ordre intérieur ou d'autres documents imposaient une distribution périodique et automatique par la fondation au profit d'un bénéficiaire déterminé, etc. Pour éviter cet écueil, il est préférable, selon certains, que le conseil d'administration prenne systématiquement une nouvelle décision concernant la distribution, et ce, dans le cadre de la gestion journalière<sup>80</sup>.

**Section 2 : les distributions réalisées par la fondation au profit de son bénéficiaire, et ce, au ou après le décès du fondateur**



## 1. Droits d'enregistrement et de succession

### 1.1. Droits de donation

La perception de droits de donation après le décès du fondateur est exclue en l'absence d'*animus donandi*<sup>81</sup>. Les arguments évoqués au point 1.1. de la section 1 du présent chapitre sont transposables aux distributions effectuées au ou après le décès du fondateur.

### 1.2. Article 7 du C. succ.<sup>82</sup>

L'article 7 du C. succ. précise que « les biens dont l'administration établit que le défunt a disposé à titre gratuit dans les trois années précédant son décès, sont considérés comme faisant partie de sa succession si la libéralité n'a pas été assujettie au droit d'enregistrement établi pour les donations ».

Selon le SDA, la fiction fiscale de l'article 7 du C. succ. serait applicable en cas de distribution après le décès du fondateur s'il intervient dans les trois ans de l'apport initial à la fondation et si celui-ci n'est pas enregistré<sup>83</sup>. Cette position soulève les critiques suivantes :

- Cette fiction vise les donations<sup>84</sup>. Or, la distribution par la fondation au profit du bénéficiaire ne constitue pas une donation<sup>85</sup>.
- Le SDA tient compte de la date de l'apport à la fondation. Or, même à supposer – *quod non* – que la distribution par la fondation constituerait une donation du fondateur au profit du bénéficiaire, cette libéralité interviendrait lors de l'enrichissement du bénéficiaire (soit lors de la distribution<sup>86</sup>). Étant donné que la distribution envisagée interviendrait après le décès, elle sortirait du champ d'application de la fiction fiscale contenue à l'article 7 du C. succ.<sup>87</sup>.

### 1.3. Article 8 du C. succ.<sup>88</sup>

1. Selon l'article 8 du C. succ., « sont considérées comme recueillies à titre de legs les sommes [...] qu'une personne est appelée à recevoir à titre gratuit au décès du

77. S. VAN HAELEST et M. GOSSIAUX, *op. cit.*, p. 187.

78. Voir à cet égard S. VAN HAELEST et M. GOSSIAUX, *op. cit.*, p. 182sq ; entre-temps, le régime de taxation des trusts a évolué avec l'introduction de la taxe Caiman (D.E. PHILIPPE, « Taxe Caiman : le législateur s'attaque en douceur aux doubles structures », *La Semaine fiscale*, n° 319, 2018, p. 1).

79. A. HAELTERMAN et R. NEYT, *op. cit.*, p. 61 ; D. COVELIERS, « De private stichting als vehikel voor een vermogensplanning voor een kind met een mentale beperking », *N.N.K.*, 2014/4, pp. 8-9.

80. D. COVELIERS, *op. cit.*, p. 9.

81. N. GEEHLAND, *op. cit.*, p. 36 ; MINNE P. et C. KESTELOOT, *op. cit.*, p. 47.

82. Art. 2.7.1.0.5 CFF (en ce qui concerne la Région flamande).

83. Décision anticipée n° 2012.311 du 4 décembre 2012, [www.fisconetplus.be](http://www.fisconetplus.be) ; Décision anticipée n° 2011.275 du 29 novembre 2011, [www.fisconetplus.be](http://www.fisconetplus.be) qui précise que la fiction est écartée si l'apport est enregistré (« L'article 7 du C. succ. sera d'application si des apports à la fondation privée ont lieu via d'autres techniques que l'acte notarié à savoir le don manuel ou la donation indirecte par virement bancaire. Encore faut-il que l'apporteur décède dans les trois ans de l'apport »).

84. Cf. point 1.2 de la section 2 du chapitre 3.

85. Voir développements au point 1 de la section 1 du chapitre 2.

86. N. GEEHLAND, *op. cit.*, p. 37 ; P. MINNE et C. KESTELOOT, *op. cit.*, p. 49.

87. *Ibid.*

88. Art. 2.7.1.0.6, al. 1, CFF (pour ce qui concerne la Région flamande).

défunt en vertu d'un contrat renfermant une stipulation à son profit par le défunt ou par un tiers ».

À défaut de contrat (la fondation est constituée en vertu d'un acte unilatéral – voir point 1.1 de la section 1 du présent chapitre), les distributions réalisées par la fondation au profit du bénéficiaire consécutivement au décès du fondateur sortent du champ d'application de la fiction fiscale contenue à l'article 8 C. succ.<sup>89</sup>. Cela a été confirmé à plusieurs reprises par le SDA<sup>90</sup>.

2. Le Service des décisions anticipées de la Région flamande (ci-après « Vlabel ») semble toutefois s'écarter de la position de son homologue fédéral et apporter certaines nuances.

Selon Vlabel, la fiction fiscale contenue à l'article 2.71.0.6 du Code flamand de la fiscalité (ci-après « CFF ») (équivalent de l'article 8 du C. succ.) pourrait s'appliquer :

- Lorsque les distributions ne sont pas conformes au but désintéressé de la fondation<sup>91</sup>. Cette position semble toutefois *contra legem*<sup>92</sup>. En effet, le non-respect du but désintéressé ne suppose pas qu'il soit question d'un contrat (la fondation demeure un acte unilatéral)<sup>93</sup>.
- Pour des distributions réalisées par une fondation liechtensteinoise, lorsque le fondateur a rédigé une « lettre d'intention » reprenant les personnes au profit desquelles la fondation doit réaliser des distributions<sup>94</sup>. Vlabel a soutenu que cette lettre constituait un contrat du fondateur reprenant une stipulation au profit des bénéficiaires. Cette analyse, qui rappelle celle du SDA concernant les distributions effectuées par un trust non discrétionnaire<sup>95</sup>, a été confirmée par le Tribunal de pre-

mière instance de Flandre orientale<sup>96</sup>. Cette interprétation est toutefois critiquée en doctrine en raison du caractère discrétionnaire de la fondation (celle-ci n'est pas obligée de suivre la « lettre d'intention », et ce, à supposer que le fondateur n'ait pas un rôle prépondérant dans le conseil d'administration de la fondation)<sup>97</sup>.

## 2. Taxation sur la base d'une autre disposition ?

Le SDA a déjà écarté à plusieurs reprises l'application des articles 1<sup>er</sup> C. succ.<sup>98</sup> et 4, 3<sup>o</sup> C. succ.<sup>99</sup> aux distributions faites par une fondation à son bénéficiaire après le décès du fondateur<sup>100</sup>.

## 3. Dispositions anti-abus

Il convient de déterminer si la distribution par une fondation au profit de son bénéficiaire, après le décès du fondateur, pourrait constituer un abus fiscal.

L'abus fiscal suppose que le redevable des droits de succession pose un acte (ou un ensemble d'actes) qui lui permette d'éviter ces droits, et ce, en contrariété avec les objectifs d'une disposition taxatrice<sup>101</sup>.

Le redevable des droits de succession est l'héritier, le légataire ou le donataire (et non le défunt, auteur de l'acte potentiellement « abusif<sup>102</sup> »). Dans le cas de la distribution par la fondation, le redevable sera donc le bénéficiaire. Or, ce bénéficiaire ne pose aucun acte : la distribution est la conséquence des actes du fondateur (apport et rédaction des statuts) et de l'organe d'administration (qui décide la distribution). En principe le bénéficiaire ne sera ni le fondateur ni

89. Voir notamment N. GEELHAND, *op. cit.*, p. 37 ; P. MINNE et C. KESTELOOT, *op. cit.*, p. 49 ; M. PETIT M, « La fondation privée belge comme outil de planification patrimoniale et successorale », *Rec. gén. enr. not.*, 2012/4, p. 144 ; A. VAN ZANTBEEK A et P. POPPE, « Distribution par une fondation privée belge : l'article 8 C. succ. n'est pas applicable », *Info Droits de succession* 2012, 6-7, p. 3.

90. Voir not. Décision anticipée n° 2011.275 du 29 novembre 2011, [www.fisconetplus.be](http://www.fisconetplus.be) (« L'article 8 du C. succ. est hors de cause. Celui-ci exige en effet que la stipulation soit renfermée dans un contrat. Or, les droits des bénéficiaires d'une fondation privée résultent d'un acte juridique unilatéral et non d'un contrat. En outre, ledit article 8 instaure une fiction et doit être interprété restrictivement ») ; Décision anticipée n° 2012.049 du 29 août 2012, [www.fisconetplus.be](http://www.fisconetplus.be) ; Décision anticipée n° 2012.311 du 4 décembre 2012, [www.fisconetplus.be](http://www.fisconetplus.be) ; Décision anticipée n° 2015.083 du 13 mai 2015, [www.fisconetplus.be](http://www.fisconetplus.be).

91. Concernant l'article 2.71.0.6 du CFF (équivalent de l'article 8 du Code des droits de succession fédéral) ; Décision anticipée n° 16049 du 14 décembre 2016, [www.belastingen.vlaanderen.be](http://www.belastingen.vlaanderen.be) ; Décision anticipée n° 17040 du 27 novembre 2017, [www.belastingen.vlaanderen.be](http://www.belastingen.vlaanderen.be) ; certains auteurs soutiennent également l'application de l'article 8 du C. succ. à de telles distributions (A. VAN ZANTBEEK et P. POPPE, *op. cit.*, p. 4).

92. En ce sens, voir N. GEEHLAND, *op. cit.*, pp. 39-40 ; P. MINNE et C. KESTELOOT, p. 49.

93. Le non-respect du but désintéressé constitue cependant une cause de dissolution de la fondation (art. 2:114, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, CSA).

94. Décision anticipée n° 16025 du 27 juin 2016, [www.belastingen.vlaanderen.be](http://www.belastingen.vlaanderen.be) ; selon Vlabel, cette lettre d'intention doit être interprétée comme une stipulation du fondateur en faveur du bénéficiaire.

95. Décision anticipée n° 700.112 du 8 décembre 2009, [www.fisconetplus.be](http://www.fisconetplus.be) ; S. VAN HAELST et M. GOSSIAUX, *op. cit.*, p. 177.

96. Jugement cité par C. VANDENHOECK et L. STAS, « *Is de uitkering door een Liechtensteense stichting belastbaar in de erfbelasting* », *V.I.P.*, 2020/2, p. 43.

97. S. SEYNS et G. CEENAEME, *op. cit.*, p. 23 ; C. VANDENHOECK et L. STAS, *op. cit.*, p. 45 ; L. STAS et N. MEERT, « Fondation privée et droits d'enregistrement et de succession : le S.D.A. maintient le cap. Une tendance transposable au trust ? », *Info Droits d'enregistrement*, 2013/2, pp. 35-36 ; K. RAETS, « *De private stichting – voorafgaande beslissing d.d. 27 november 2017 en wat voorafging* », *Successierechten*, 2019/3, pp. 10-11 ; M. GEEROMS, W. VETTERS et J. BONNÉ, « *Geen erfbelasting verschuldigd bij uitkering door een Belgische private stichting... Andere conclusie bij 'exotische' stichtingen* », *Nieuwsbrief notariaat*, 2017/11-12, p. 8.

98. « Un droit de succession sur la valeur [...] de tout ce qui est recueilli dans la succession d'un habitant du royaume ».

99. « Sont considérées comme legs, pour la perception du droit de succession [...] toutes donations entre vifs de biens meubles faites par le défunt sous une condition suspensive qui s'est réalisée par suite du décès du donateur ».

100. Décision anticipée 2014.543 du 9 décembre 2014, [www.fisconetplus.be](http://www.fisconetplus.be).

101. Art. 106 C. succ. *juncto* art. 18, §2, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe ; art. 3:17.0.0.2. CFF.

102. Circulaire n° 5/2013 du 10.04.2013 ; G. DE FOY, « La cession de droits *post mortem* à l'épreuve de Service des décisions anticipées », *Info Droits d'enregistrement*, 2019, n° 2, p. 30.



l'administrateur de la fondation<sup>103</sup>. Sur cette base, l'application de la mesure anti-abus devrait pouvoir être écartée<sup>104</sup>.

En outre, rappelons que l'abus fiscal est exclu dès que l'acte ou l'ensemble d'actes est justifié par des motifs autres que fiscaux (notamment civils). Tel pourrait, *a priori*, être le cas d'une fondation qui poursuit un but désintéressé<sup>105</sup>.

#### 4. Impôt sur les revenus

Les développements repris au point 2 de la section 1 du présent chapitre s'appliquent *mutatis mutandis*.

### CHAPITRE 3 : ASPECTS FISCAUX FRANÇAIS<sup>106</sup>

**Remarques préliminaires : La fondation privée de droit belge est-elle assimilée à un trust au sens du droit fiscal français ?**

1. Un trust est défini, en droit fiscal français, comme étant « l'ensemble des relations juridiques créées dans le droit d'un État autre que la France par une personne [...] en vue d'y placer des biens ou droits, sous le contrôle d'un administrateur, dans l'intérêt d'un ou plusieurs bénéficiaires ou par la réalisation d'un objectif déterminé<sup>107</sup> ».

Comme indiqué au point 1 de la section 1 du chapitre 1, une fondation privée de droit belge est « constituée par un acte juridique par une ou plusieurs personnes [...] [dont le] patrimoine est affecté à la poursuite d'un but désintéressé<sup>108</sup> ».

À l'instar du trust au sens de la législation fiscale française, la fondation privée de droit belge émane d'une ou de plusieurs personnes qui affectent un patrimoine à la réalisation d'un but déterminé. Dans ces deux figures juridiques, ce patrimoine est géré par un ou plusieurs administrateurs.

La fondation privée de droit belge semble, dès lors, pouvoir être assimilée à un trust au sens du droit fiscal français. En ce sens, l'administration fiscale française a précisé que constituent un trust « toutes les relations juridiques répondant à cette définition, quelles que soient leur appellation effective ou les caractéristiques du trust (qu'il soit révocable ou non, discrétionnaire ou non, doté ou non de la personnalité morale, notamment). Ainsi, des entités ne reprenant pas l'appellation de "trust" entreront dans le champ d'application de la

loi dès lors que les relations créées en leur sein répondront à la définition de l'article 792-0 bis du CGI<sup>109</sup>. »

Cette conception extensive du trust a été défendue par le rapporteur public Romain Victor dans ses conclusions reprises sous l'arrêt du Conseil d'État français du 5 mars 2018<sup>110</sup>. À cette occasion, il a soutenu que l'article 792-0 bis du Code Général des Impôts français (CGI) s'étend aux trusts dotés de la personnalité morale, comme les fondations de droit suisse, liechtensteinois ou autres.

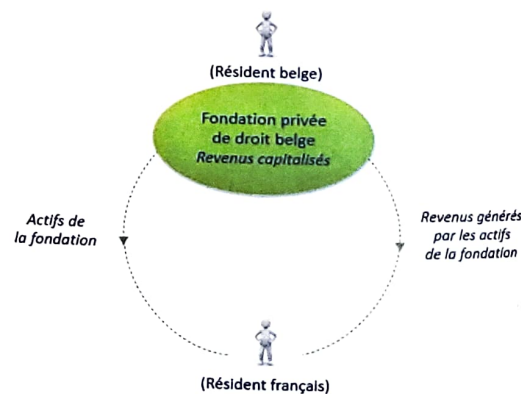
2. Dans le cadre de la présente contribution et au regard des développements ci-dessus, nous considérerons que la fondation privée de droit belge est assimilée à un trust au sens du droit fiscal français.

Ceci posé, nous nous intéresserons ci-dessous au traitement fiscal des distributions d'avoirs financiers belges réalisées par une fondation privée de droit belge constituée par un particulier résident fiscal belge en faveur de son bénéficiaire (particulier résident fiscal français). Les actifs de cette fondation seront exclusivement composés d'avoirs financiers belges.

**Section 1 : Distribution par la fondation de ses avoirs financiers au profit du bénéficiaire, et ce, du vivant du fondateur**

1. Lorsqu'une fondation distribue des biens, du vivant du fondateur, à son bénéficiaire (résident fiscal français), il convient de distinguer, au sein des versements, la part prélevée sur les actifs de la fondation et celle prélevée sur les revenus générés par ces actifs.

La charge de la preuve incombe au bénéficiaire ou à l'administrateur de la fondation<sup>111</sup>.



103. Voir développements au point 2 de la section 2 du chapitre 1.

104. En ce sens, voir Décision anticipée n° 2014,543 du 9 décembre 2014, [www.fisconetplus.be](http://www.fisconetplus.be); S. SEYNS et G. CEENAEME, *op. cit.*, p. 23, note de bas de page 70; P. MINNE et C. KESTELOOT, *op. cit.*, p. 56; N. GEELHAND, *op. cit.*, p. 42; *contra* A. VAN ZANTBEEK et P. POPPE, *op. cit.*, p. 4 (selon ces derniers auteurs, il pourra être question d'abus fiscal si la fondation a pour seule vocation de permettre le transfert successorale du patrimoine).

105. Cf. art. 1:3 CSA; N. GEELHAND, *op. cit.*, p. 42.

106. L'auteur remercie la notaire française Pascale SANSEAU ainsi que Madame Rosa RICHE (responsable de l'ingénierie patrimoniale auprès de Cholet Dupont) pour leur amitié et leur relecture scientifique des aspects français de la présente partie.

107. Définition fiscale introduite par la Loi de finances rectificative pour 2011 (2011-900 du 29 juillet 2011) et codifiée à l'article 792-0 bis du CGI.

108. Art. 1:3 CSA.

109. BOI-DJC-TRUST-20190502, <https://bofip.impots.gouv.fr>.

110. C.E. fr., 5 mars 2018, n° 405025, *RJF*, 6/18, n° C 675.

111. Paragraphe 170 du BOI-ENR-DMTG-30-20121016, <https://bofip.impots.gouv.fr> : « l'attributaire de ces produits ou l'administrateur du trust devra être en mesure d'apporter à l'administration fiscale les éléments permettant de justifier la qualification des sommes concernées ».

2. Concernant les revenus des actifs de la fondation distribués à son bénéficiaire (résident fiscal français), ils seront soumis à l'impôt sur le revenu français<sup>112</sup>. Ces revenus seront qualifiés de revenus de capitaux mobiliers<sup>113</sup> et, à ce titre, soumis à la flat tax de 30 %, et ce, sauf option pour le barème progressif<sup>114</sup> (en cas d'option pour le barème progressif, l'abattement de 40 % n'est pas applicable<sup>115</sup>).

3. Les transmissions d'actifs réalisées de la fondation à son bénéficiaire seront, en principe, qualifiées de donation indirecte. En effet :

- la donation suppose un dépouillement irrévocable et sans contrepartie de la part du (des) fondateur(s) ;
- l'acceptation par la personne gratifiée ne pourra pas être contestée dès lors que les sommes lui auront été transférées par la fondation ;
- la fondation ne peut procurer un gain matériel ni au(x) fondateur(s) ni à l'(aux) administrateur(s) ni à toute autre personne, sauf s'il s'agit de la réalisation de son but désintéressé<sup>116</sup>.

La transmission d'actifs interviendrait ainsi sans contrepartie. Il n'est toutefois pas exclu que l'*animus donandi* puisse faire défaut, et ce, dans la mesure où :

- la décision d'attribution ne dépend pas du seul fondateur<sup>117</sup> ;
- l'attribution correspond à la réalisation du but de la fondation.

Toutefois, l'efficacité de cet argument est à nuancer au regard de la manière très téléologique dont la jurisprudence française a pourvu aux lacunes de la législation fiscale française en la matière<sup>118</sup>, et de la doctrine administrative française qui précise que « toute transmission à titre gratuit réalisée via un trust est désormais soumise aux droits de mutation à titre gratuit qu'elles puissent être ou non qualifiées de donation ou de succession au regard des règles de droit commun<sup>119</sup> ».

En outre, cette qualification de donation indirecte a récemment été consacrée par la Cour de cassation française<sup>120</sup>.

Sur cette base, la distribution par la fondation de ses actifs, du vivant du fondateur, au profit de son bénéficiaire (résident fiscal français) sera soumise aux droits de mutation à titre gratuit français<sup>121</sup>, et ce, dès que le fondateur ou le bénéficiaire réside sur le plan fiscal en France<sup>122</sup> ou que les actifs distribués sont situés en France<sup>123</sup>.

Ces droits seront établis en fonction de la valeur vénale nette des biens transmis et du lien de parenté entre le fondateur et le bénéficiaire.

4. Il convient, par ailleurs, de s'interroger sur le traitement fiscal des revenus capitalisés dans la fondation.

En effet, pour lutter contre la capitalisation à l'étranger, au sein de structures interposées et faiblement taxées, des revenus financiers ayant vocation à bénéficier à des particuliers résidents français, l'administration fiscale française dispose du droit de considérer ces structures comme fiscalement transparentes lorsqu'un particulier résident français détient au moins 10 % de leurs droits financiers ou de vote<sup>124</sup>.

Selon la Cour administrative de Paris<sup>125</sup>, le bénéficiaire d'un trust irrévocable et discrétionnaire ne détient aucun droit financier ou de vote sur ce trust. À ce titre, la Cour en conclut que le bénéficiaire d'un tel trust ne peut pas être taxé par transparence à concurrence des revenus accumulés dans celui-ci<sup>126</sup>.

Ce raisonnement semble transposable, dans certains cas et moyennant certaines conditions, à une fondation privée de droit belge.

Un autre argument favorable à la non-application de la taxe par transparence des revenus accumulés dans la fondation ressort de la rédaction actuelle de l'article 120,9° du CGI. Cet article tend à imposer uniquement les revenus distribués par la fondation<sup>127</sup>. Cette dispo-

112. Art. 120,9° du CGI.

113. Et ce, quelle que soit la consistance des biens et droits logés dans la fondation (application de l'article 120,9° du CGI).

114. Paragraphe 130 du BOI RPPM-RCM-10-3010-10, <https://bofip.impots.gouv.fr>.

115. *Mémento Patrimoine 2019-2020*, éd. Francis Lefebvre, 2019, n° 33045.

116. Voir développements le point 2 de la section 2 du chapitre 1.

117. Notamment si le fondateur n'est pas l'unique administrateur de la fondation et n'a pas une quelconque voix prépondérante sur les décisions prises par le conseil d'administration.

118. Notamment, Cass. fr. (Chambre commerciale), 15 mai 2007, n° 05-18.268, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

119. Paragraphe 20 du BOI ENR-DMTG-30-20121016, <https://bofip.impots.gouv.fr>.

120. Cass. fr. (Chambre commerciale), 6 novembre 2019, 17-26.985.

121. Art. 792-0bis du CGI.

122. En ce qui concerne le bénéficiaire, il doit avoir été résident fiscal français depuis plus de six ans au cours des dix dernières années (art. 750 ter du CGI).

123. Les règles de territorialité applicables en matière de droits de mutation à titre gratuit (art. 750 ter du CGI) ont été adaptées pour inclure dans leur champ d'application les transmissions portant sur des « biens ou droits composant un trust défini à l'article 792-0 bis du CGI », dès que le constituant ou que le bénéficiaire réside en France ou que les avoirs y sont situés.

124. Art. 123bis, 1<sup>er</sup>, du CGI : « Lorsqu'une personne physique domiciliée en France détient directement ou indirectement 10 % au moins des actions, parts, droits financiers ou droits de vote dans une entité juridique-personne morale, organisme, fiducie ou institution comparable établie ou constituée hors de France et soumise à un régime fiscal privilégié, les bénéfices ou les revenus positifs de cette entité juridique sont réputés constituer un revenu de capitaux mobiliers de cette personne physique dans la proportion des actions, parts ou droits financiers qu'elle détient directement ou indirectement lorsque l'actif ou les biens de la personne morale, de l'organisme, de la fiducie ou de l'institution comparable sont principalement constitués de valeurs mobilières, de créances, de dépôts ou de comptes courants. »

125. Cour administrative de Paris (2<sup>e</sup> ch.), 24 juin 2020 (19PA00458), [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

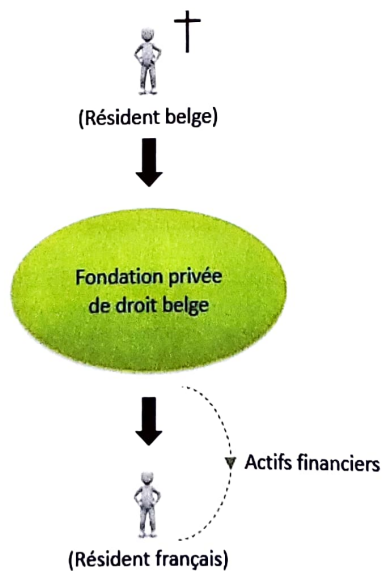
126. M. BORNHAUSSER, « Trust et article 123bis ne font pas bon ménage », 15 juillet 2020, [www.bornhausser-avocats.fr](http://www.bornhausser-avocats.fr).

127. *Mémento Patrimoine 2019-2020*, éd. Francis Lefebvre, 2019, n° 33050.

sition vise désormais les produits « distribués » alors qu'elle visait auparavant les « produits ». Cette modification a été présentée par le rapport du sénateur Marini comme permettant d'exonérer d'impôt sur le revenu les produits réinvestis dans la fondation<sup>128</sup>.

Si le bénéficiaire (résident français) d'une fondation devait toutefois être taxé par transparence sur les revenus capitalisés dans la fondation, cette taxation n'interviendrait que si l'interposition de la fondation privée de droit belge est « constitutive d'un montage artificiel dont le but serait de contourner la législation française<sup>129</sup> ». La démonstration de la nature artificielle du montage incombe à l'administration fiscale française. Notons que la Cour administrative de Paris a récemment consacré le fait qu'un schéma mis en œuvre sous l'empire d'une juridiction fiscale d'un autre pays peut difficilement être considéré comme ayant été constitué pour contourner la législation française<sup>130</sup>. À ce sujet, Me Bornhauser souligne qu'il est « remarquable que la Cour se soit livrée à cette analyse alors que l'économie de moyens lui permettait de s'en dispenser. À n'en pas douter, elle a voulu faire passer un message fort à l'administration<sup>131</sup>. »

**Section 2 : Distribution par la fondation de ses avoirs financiers au profit du bénéficiaire, et ce, au décès du fondateur**



1. Au décès du fondateur, les biens attribués par une fondation privée belge en faveur de son bénéficiaire (résident français) seront soumis aux droits de mutation par décès français, et ce, sous réserve de l'application d'une convention internationale<sup>132</sup>. Il en va de même pour les biens demeurant dans la fondation lors du décès du fondateur<sup>133</sup>.

Ces droits seront dus si le fondateur est résident fiscal français lors de son décès, ou si le bénéficiaire est résident fiscal français à ce moment et l'a été pendant au moins six des dix années précédant le décès<sup>134</sup>.

Dans ces cas, l'imposition interviendra de la manière suivante :

- Si, à la date du décès du constituant, la part due au bénéficiaire est déterminée, cette part est soumise aux droits de mutation par décès français selon le lien de parenté entre le constituant et le bénéficiaire<sup>135</sup>.
- Si, à la date du décès du constituant, une part est globalement due à des descendants du fondateur, cette part est soumise aux droits de mutation par décès français au taux maximum des droits de mutation par décès applicable en ligne directe (soit 45 %). Il s'agit de droits de mutation à titre gratuit *sui generis*<sup>136</sup>.
- Si, à la date du décès du constituant, les biens demeurent dans la fondation ou s'il y a une transmission globale à des personnes dont certaines ne sont pas des descendantes du fondateur, ces biens sont soumis à des droits de mutation par décès français au taux de 60 %. Il s'agit de droits de mutation à titre gratuit *sui generis*<sup>137</sup>.

Ces droits de mutation françaises doivent être versés aux autorités fiscales par l'administrateur de la fondation dans l'année qui suit le décès du fondateur (si le décès intervient à l'étranger). Il incombera toutefois au bénéficiaire d'assumer seul cette obligation lorsque la part lui revenant est déterminée<sup>138</sup>.

2. En présence de conventions préventives de la double imposition en matière de droits de succession, l'administration fiscale française reconnaît que : « lorsque les biens mis en trust sont transmis dans les cas visés au II de l'article 792-Obis du CGI, l'existence du trust n'a pas d'incidence sur l'application des conventions fiscales internationales en matière de succession [...]. Les modalités d'élimination des doubles impositions prévues par les conventions en matière de succession [...] trouvent donc à s'appliquer dans les conditions de droit commun,

128. Projet de loi de finances rectificative pour 2011, Rapport, Sénat (France), 2010-2011, n° 620, 15 juin 2011.

129. Art. 123 bis, 4bis, du CGI.

130. Cour administrative de Paris (2<sup>e</sup> ch.), 24 juin 2020 (19PA00458), [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

131. M. BORNHAUSER, *op. cit.*

132. Art. 792-Obis du CGI.

133. *Mémento Patrimoine 2019-2020*, éd. Francis Lefebvre, 2019, n° 33090.

134. *Ibid.*, n° 33080.

135. *Ibid.*, n° 33085.

136. *Ibid.*, n° 33092.

137. *Ibid.*, n° 33092.

138. Paragraphe 220 du BOI-ENR DMTG 30, <https://bofip.impots.gouv.fr>.

dès lors qu'une double imposition juridique est caractérisée, c'est-à-dire dans le cas où une même personne est imposable au titre des mêmes biens par plus d'un État<sup>139</sup>. »

Les conventions préventives de la double imposition en matière de succession devraient généralement priver la France du droit d'imposition lorsque le fondateur n'est pas domicilié en France et que ces biens ne sont pas situés en France, et ce même si le bénéficiaire y est fiscalement domicilié<sup>140</sup>.

En application du traité fiscal franco-belge du 20 janvier 1959<sup>141</sup>, le bénéficiaire (résident français) d'une fondation privée de droit belge constituée par un résident belge ne sera dès lors pas soumis, au décès du fondateur, à des droits de mutation par décès français :

- si le fondateur est résident belge à son décès ;
- si aucun bien immobilier ou mobilier de la fondation ne se situe en France.

### Section 3 : Distribution par la fondation de ses avoirs financiers au profit du bénéficiaire, et ce, après le décès du fondateur

1. Le bénéficiaire (résident français) deviendra « constituant réputé » à raison des avoirs se trouvant dans la fondation au décès du fondateur (résident belge), et ce, même s'ils n'ont pas été effectivement soumis aux droits de mutation français par décès par l'effet du traité fiscal franco-belge du 20 janvier 1959<sup>142</sup>.
2. Lors des distributions réalisées par la fondation en faveur du « constituant réputé » après le décès du fondateur, il convient – pour chaque versement – de distinguer<sup>143</sup> :
  - d'une part, la part prélevée sur les actifs du trust qui lui sera attribuée en franchise de droits (les actifs attribués correspondent aux biens pour lesquels des droits de mutation par décès ont été acquittés ou auraient été dus en l'absence de conventions internationales) ;
  - d'autre part, la part prélevée sur les revenus générés par les actifs de la fondation, qui sera soumise à l'impôt sur le revenu<sup>144</sup>.

Il appartient au bénéficiaire ou à l'administrateur de la fondation d'établir cette ventilation<sup>145</sup>. Ceux-ci devront également démontrer qu'il s'agit d'actifs pour lesquels le bénéficiaire « constituant réputé » aurait supporté

des droits de mutation par décès à défaut de convention internationale.

3. Concernant l'impact fiscal du décès du « constituant réputé », nous renvoyons aux développements de la section 2 du présent chapitre.

En effet, l'administration fiscale française a précisé que « l'article 792-Obis du CGI prévoit la taxation des trusts d'accumulation au décès du constituant puis, le cas échéant, au décès des bénéficiaires réputés constituants<sup>146</sup> ».

## CHAPITRE 4 : ATOUS D'UNE FONDATION PRIVÉE BELGE DANS LE CADRE D'UNE PLANIFICATION PATRIMONIALE FRANCO-BELGE - ILLUSTRATION PRATIQUE

Prenons le cas de M. Dupont, son épouse et de leurs deux enfants (un fils et une fille majeurs). Tous résident en Belgique sauf leur fils qui est résident fiscal français.

M. et Mme Dupont sont propriétaires d'avoirs financiers auprès d'institutions financières belges. Ils envisagent de constituer une fondation privée de droit belge, notamment pour garantir le bien-être et l'éducation de leur descendance.

Les époux Dupont décident de loger, de leur vivant, une partie de leurs avoirs financiers belges dans cette fondation. Cet apport pourra être aménagé pour permettre à M. et Mme Dupont, s'ils le souhaitent, de continuer à gérer les avoirs financiers et à bénéficier de leurs revenus.

Dans le cadre de la réalisation de son but désintéressé, la fondation attribuera des avoirs financiers aux enfants de M. et Mme Dupont (ou à certains d'entre eux).

1. Les distributions d'avoirs financiers belges réalisées par la fondation en faveur de la fille des époux Dupont (résidente fiscale belge) seront, moyennant certaines conditions, exonérées d'impôt belge, et ce, qu'elles interviennent du vivant des fondateurs, à leur décès ou après celui-ci.
2. Les distributions d'avoirs financiers belges réalisées par la fondation en faveur du fils des époux Dupont

139. Paragraphe 40 du BOI-ENR-DMTG 30-20121016, <https://bofip.impots.gouv.fr>.

140. *Mémento Patrimoine 2019-2020*, éd. Francis Lefebvre, 2019, n° 33105.

141. Convention du 20 janvier 1959 conclue entre la Belgique et la France, tendant à éviter les doubles impositions et à régler certaines autres questions en matière d'impôts sur les successions et de droits d'enregistrement, approuvée par la loi du 20 avril 1960. Au paragraphe 100 du BOI-DJC-V, <https://bofip.impots.gouv.fr>.

142. Au paragraphe 100 du BOI-DJC-TRUST-20190502 (<https://bofip.impots.gouv.fr>), il est notamment précisé que « Le bénéficiaire est réputé constituant du trust, y compris lorsque les biens et droits placés en trust n'ont pas été effectivement imposés en raison de l'application des conventions internationales. »

143. Paragraphe 150 et 160 du BOI-ENR-DMTG, <https://bofip.impots.gouv.fr>.

144. Art. 120, 9° du CGI.

145. Paragraphe 170 du BOI-ENR-DMTG-30-20121016 (<https://bofip.impots.gouv.fr>) qui dispose que « l'attributaire de ces produits ou l'administrateur du trust devra être en mesure d'apporter à l'administration fiscale les éléments permettant de justifier la qualification des sommes concernées ».

146. Paragraphe 100 du BOI-DJC-TRUST-20190502, <https://bofip.impots.gouv.fr>.

(résident fiscal français) seront, moyennant certaines conditions, exonérées d'impôt belge.

Quant au traitement fiscal français de ces distributions, il dépend de leur date de réalisation (du vivant des fondateurs, à leur décès ou après ceux-ci) et de la nature des avoirs attribués (actifs de la fondation ou revenus produits par ces actifs).

Distinguons trois cas :

- Les avoirs financiers belges attribués par la fondation, du vivant des fondateurs, en faveur de leur fils, seront soumis aux droits de mutation à titre gratuit français s'ils sont prélevés sur les actifs de la fondation, et à l'impôt sur le revenu français s'ils le sont sur les revenus produits par ces actifs.
  - L'administration fiscale française sera privée du droit d'imposer les avoirs financiers belges attribués par la fondation au décès des fondateurs (résidents fiscaux belges), et ce, en application du traité fiscal franco-belge du 20 janvier 1959.
  - Concernant les attributions réalisées par la fondation après le décès des fondateurs (résidents fiscaux belges), elles seront exonérées d'impôt, s'il est établi que les avoirs attribués sont prélevés sur les actifs de la fondation existant à la date du décès.
3. Dans le cadre d'une planification patrimoniale franco-belge, le recours à une fondation privée belge permet, dans certains cas et moyennant certaines conditions, d'attribuer des avoirs financiers belges à un particulier résident fiscal français en exonération d'impôt, belge et français.

## CONSIDÉRATIONS FINALES

1. À la suite des clarifications apportées par la décision anticipée du 29 novembre 2011<sup>147</sup> et des nouveautés introduites par le Code des sociétés et associations belges<sup>148</sup>, la fondation privée de droit belge constitue un outil de planification patrimoniale belgo-belge particulièrement moderne et attractif.
2. En droit fiscal belge, depuis « notre » décision anticipée du 29 novembre 2011, les attributions d'avoirs financiers réalisées par la fondation privée belge en exécution de son but désintéressé au profit de son bénéficiaire sont exonérées de droits de succession et d'enregistrement.
3. En droit fiscal français, il en ressort que la fondation peut être assimilée à un trust au sens du droit fiscal français.  
Sur base de cette assimilation, nous avons exposé les aspects fiscaux des distributions d'avoirs financiers réalisées par une fondation privée de droit belge, constituée par un particulier résident fiscal de ce pays en faveur d'un particulier résident fiscal français.  
Nous avons constaté que la fondation permet, sous certaines conditions, d'attribuer des avoirs financiers en faveur d'un particulier résident fiscal français, et ce, en exonération d'impôt.
4. Compte tenu notamment de la réforme du droit civil successoral belge au 1<sup>er</sup> septembre 2018, la fondation privée de droit belge constitue une excellente alternative aux techniques traditionnelles de planification patrimoniale franco-belge. ■

147. Notamment, la non-application de l'article 8 du Code des droits de succession/article 2.7.1.0.6 du CFF.

148. Notamment, la diminution du nombre minimal d'administrateurs.