

N° 6595⁴**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2014-2015

PROJET DE LOI**relative à la fondation patrimoniale et portant modification:**

- de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu;
- de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune;
- de la loi modifiée du 1er décembre 1936 sur l'impôt commercial;
- de la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés;
- de la loi modifiée d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934;
- de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises

* * *

**RAPPORT DE LA COMMISSION DES FINANCES
ET DU BUDGET**

(3.11.2014)

La Commission se compose de: M. Eugène BERGER, Président; Mme Joëlle ELVINGER, Rapporteur; MM. Guy ARENDT, Alex BODRY, Franz FAYOT, Gast GIBERYEN, Claude HAAGEN, Henri KOX, Mme Viviane LOSCHETTER, MM. Laurent MOSAR, Gilles ROTH, Claude WISELER et Michel WOLTER, Membres.

*

1. ANTECEDENTS

Le projet de loi n° 6595 a été déposé par le Ministre des Finances le 22 juillet 2013.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles du projet de loi et une fiche financière.

Le Conseil d'Etat a émis son avis le 29 avril 2014.

Lors de la réunion de la Commission des Finances et du Budget (COFIBU) du 13 mai 2014, Madame Joëlle Elvinger a été désignée rapporteur du projet de loi.

La COFIBU a procédé à l'examen du projet de loi et de l'avis du Conseil d'Etat au cours de cette même réunion, ainsi qu'au cours de celles du 27 mai et du 3 juin 2014.

La COFIBU a soumis des amendements parlementaires au Conseil d'Etat en date du 5 juin 2014. Le 19 juin 2014 l'examen du projet de loi en commission a été continué.

Le 7 octobre 2014 le Conseil d'Etat a rendu son avis complémentaire qui a été examiné en commission le 21 octobre 2014.

La COFIBU a adopté le projet de rapport au cours de la réunion du 3 novembre 2014.

2. OBJET DU PROJET DE LOI

Le projet de loi sous rubrique a comme objet d'introduire en droit luxembourgeois un moyen financier de type orphelin, appelé „*fondation patrimoniale*“. Ce produit de structuration et de planification patrimoniale et successorale s'ajoute aux véhicules sociétaires ou contractuels existants, comme par exemple les contrats fiduciaires ou les contrats d'assurances. Déjà connue dans de nombreuses juridictions telles que l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, les Pays-Bas et la Suisse, l'institution de la fondation patrimoniale figurera ainsi également parmi la gamme des instruments juridiques luxembourgeois.

Consolidation de la place financière

Le projet de loi s'inscrit dans la volonté du gouvernement, indiquée dans le programme gouvernemental, de prendre „*les mesures nécessaires pour pérenniser et développer les activités du secteur financier dans l'intérêt et au service de notre pays et de ses citoyens*“. Déjà en position compétitive dans ce domaine, le Luxembourg bénéficiera ainsi d'un développement encore plus poussé des activités dites de „*private banking*“. Le projet contribuera à consolider la position de la place financière du Grand-Duché comme un centre d'excellence pour la gestion de patrimoines familiaux.

Ce véhicule répond en effet à un besoin grandissant de la clientèle privée appréciant la cohésion de leur patrimoine et la continuité de la gestion de leur entreprise. En outre, la fondation patrimoniale ajoutera une dimension européenne aux structures nationales existantes, dans la mesure où elle s'adresse principalement aux entrepreneurs et familles opérant ou vivant quotidiennement à une échelle transfrontalière.

Gestion et administration d'un patrimoine

Il convient de préciser que les caractéristiques de la fondation patrimoniale sont telles qu'elle est un instrument réservé à des personnes physiques ou à des entités patrimoniales ayant comme objet l'administration d'un patrimoine privé et qu'elle ne pourra donc exercer ni d'activité commerciale, industrielle ou agricole, ni de profession libérale. Elle a pour objet la gestion et l'administration d'un patrimoine au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou au profit d'un ou de plusieurs buts, autres que ceux réservés aux fondations sans but lucratif. Il n'est pas interdit pour autant à la fondation patrimoniale d'avoir accessoirement des activités charitables et non lucratives, mais elle ne doit pas être constituée dans un but réservé aux fondations sans but lucratif.

Ainsi, par exemple, la promotion d'œuvres d'art en général serait du ressort d'une fondation sans but lucratif. La sauvegarde d'une collection particulière faisant partie d'un patrimoine privé par contre serait du ressort de la fondation patrimoniale. Enfin, la fondation patrimoniale n'est pas soumise au contrôle du Ministre de la Justice.

Particularités de la fondation patrimoniale

Si les dispositions régissant la fondation patrimoniale s'inspirent dans une large mesure de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales et plus particulièrement de celles applicables aux sociétés anonymes, la différence fondamentale par rapport aux sociétés est que la fondation patrimoniale est une structure orpheline, donc qui n'a pas d'actionnaires, d'associés ou de membres. Cette caractéristique a des répercussions au niveau de la transmission successorale: alors que les actions ou les parts d'une société restent dans le patrimoine des défunts, les dotations en capital d'une fondation patrimoniale sont considérées comme sorties du patrimoine du fondateur de son vivant.

Régime fiscal applicable

Le projet de loi sous rubrique définit le régime fiscal auquel sont assujetties les fondations patrimoniales. En matière d'impôts indirects, il est notamment proposé d'introduire un droit d'enregistrement proportionnel spécifique dont les taux s'inspirent de ceux prévus actuellement en matière de droits de succession afin d'éviter une disparité de traitement entre des personnes dont le patrimoine entier tombe au moment de leur décès dans la succession et des personnes qui ont choisi de faire entrer de leur vivant une partie de leur patrimoine dans une fondation patrimoniale. Il s'ensuit que le droit d'enre-

gistroment spécifique devient exigible sur l'actif net de la fondation patrimoniale au moment du décès du fondateur. Il y a lieu de noter que cet actif se réduit à l'actif immobilier situé au Luxembourg en cas du décès d'un fondateur ayant habité à l'étranger. L'entrée de biens meubles ou immeubles dans la fondation patrimoniale ne donne lieu qu'à la perception du droit fixe d'enregistrement. Concernant la sortie de biens, elle est imposée en tant que donation à condition qu'elle se fasse du vivant du fondateur: le régime commun actuellement prévu en matière de droits de donation s'applique dans ce cas.

En matière d'impôts directs, le projet de loi établit la fondation patrimoniale en tant que sujet fiscal autonome distinct du fondateur ou de ses ayants droit, des bénéficiaires ou des administrateurs.

Principe du „step up“

Le projet de loi introduit également de manière transversale le principe du „step up“ en ce qui concerne les titres faisant partie d'une participation importante détenue au patrimoine d'une personne physique qui, de contribuable non résident, devient contribuable résident du Luxembourg et cède ces titres par après. L'objectif de ce principe consiste à éviter la double imposition de la plus-value de cession dans la mesure où celle-ci a été générée avant la date de l'établissement de la résidence fiscale au Luxembourg.

Attraits de la fondation patrimoniale

La fondation patrimoniale présente un certain nombre d'attraits, ces derniers pouvant être catégorisés en quatre branches:

- la cohésion du patrimoine familial: en cas de décès d'un des membres de la famille, la fondation patrimoniale peut être utilisée comme instrument visant à éviter l'éparpillement du patrimoine, conservant et/ou mettant en valeur à long terme ce patrimoine familial;
- la continuité dans la gestion de l'entreprise: la fondation patrimoniale permet de dissocier la propriété économique du patrimoine familial et le pouvoir de direction de l'entreprise familiale. Ceci est notamment utile lorsque le fondateur est sans enfants ou lorsqu'il estime que certains de ses héritiers ne sont pas aptes ou lorsque ces derniers ne souhaitent pas diriger l'entreprise familiale. De plus elle peut permettre à une entreprise familiale d'évoluer vers une structure plus ouverte apte à attirer de nouveaux capitaux et talents;
- la protection de la vie privée et de la sécurité des familles: la fondation patrimoniale permet de rencontrer le besoin des familles de limiter la visibilité sur leur patrimoine afin d'assurer leur sécurité et celle de leurs enfants;
- la réalisation d'un but déterminé en relation avec la famille: le patrimoine familial peut être affecté à un but déterminé. Des exemples constituent l'assurance des besoins financiers d'un enfant ou d'un parent handicapé ou encore le financement des études d'un enfant.

Transparence garantie

Le législateur luxembourgeois a porté une attention toute particulière à rendre la fondation patrimoniale conforme aux exigences du Groupe d'action financière (GAFI) et du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales. Le projet de loi sous rubrique contient ainsi des obligations précises concernant l'identification des bénéficiaires effectifs des fondations patrimoniales, la disponibilité et la conservation des informations relatives à cette identification et des documents comptables ainsi que la coopération avec les autorités compétentes. Le projet de loi tient compte des exigences contenues dans les Recommandations révisées adoptées par la Plénière du GAFI au mois de février 2012, tendant notamment à améliorer la transparence des personnes morales (recommandation numéro 24).

3. AVIS DU CONSEIL D'ETAT

Dans son avis du 29 avril 2014, le Conseil d'Etat émet une série de commentaires au sujet du projet de loi sous avis.

D'abord, il s'interroge sur la nature juridique du moyen financier de la fondation patrimoniale. Il remarque dès le départ qu'il s'agit d'une entité juridique „*sui generis*“ d'inspiration purement luxembourgeoise. Ce statut à part incite le Conseil d'Etat à demander au législateur de bien vouloir expliciter s'il s'agit d'une institution de droit privé ou de droit public.

Puis, le Conseil d'Etat félicite le législateur d'avoir arrangé les dispositions du projet de loi à ce qu'elles soient conformes aux exigences internationales en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et de transparence fiscale.

Ensuite, il se penche sur la manière selon laquelle il sera assuré que les dispositions d'ordre public en matière de réserve héréditaire seront respectées par la fondation patrimoniale. Il ajoute que le projet de loi sous rubrique reste muet quant aux conséquences d'un tel non-respect. Toujours selon son avis, le Conseil d'Etat estime qu'une violation ne saurait entraîner la nullité de la fondation elle-même, mais devrait être sanctionnée par un droit de recours de la part des personnes lésées. Il recommande de préciser ce point dans le projet.

Il pose le même type de question quant au respect des droits d'autres personnes protégées par des dispositions spécifiques de droit civil, notamment en ce qui concerne les personnes divorcées et les droits des enfants mineurs ainsi que les droits des créanciers lors d'une procédure de liquidation judiciaire. Le Conseil d'Etat recommande de clarifier cet aspect du régime du nouveau véhicule. Selon lui, il convient également d'inclure dans le projet de loi des dispositions destinées à éviter des dérives susceptibles de porter ombrage à un instrument juridique légitime en soi.

Dans le même ordre d'idées, le Conseil d'Etat juge essentiel, qu'en cas de besoin, toutes les informations sur l'identité du ou des fondateur(s), du ou des bénéficiaire(s), et toutes autres personnes liées à la fondation et qui peuvent se retrouver dans le champ d'application des règles dites „*know your customer*“, soient disponibles et accessibles aux personnes et autorités ayant un intérêt légitime, voire une obligation à les connaître, comme notamment la banque teneur de compte, le domiciliataire, le notaire instrumentant et, le cas échéant, les autorités judiciaires, voire fiscales ayant la compétence requise pour accéder ou requérir ces informations.

Enfin, le Conseil d'Etat s'interroge sur le traitement fiscal applicable à une fondation comparable de droit étranger, dans l'hypothèse où une telle fondation comporte des points de rattachement à la fiscalité luxembourgeoise. Suite à des discussions se référant sur l'article 12 de la loi d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934, le Conseil d'Etat invite le Gouvernement à abroger ledit article 12 et à le remplacer par des dispositions nouvelles, à insérer dans la loi en projet. Pour le détail des remarques émises, il est renvoyé au commentaire des articles.

Lors de la réunion de la Commission des Finances et du Budget du 27 mai 2014, celle-ci décide de donner suite aux remarques du Conseil d'Etat et d'amender le projet de loi de manière conséquente. Le 3 juin 2014, une série de 15 amendements est adoptée en commission de manière unanime.

Dans son avis complémentaire du 7 octobre 2014, le Conseil d'Etat marque d'une manière générale son accord avec les amendements sous examen. Il juge que bon nombre d'eux donnent en effet suite aux recommandations les plus fondamentales du Conseil d'Etat. Pour le détail, il est renvoyé au commentaire des articles.

*

4. COMMENTAIRE DES ARTICLES

Observation générale du Conseil d'Etat

Quant à la légistique formelle, le Conseil d'Etat relève que, dans un texte de loi, l'emploi de tirets est à éviter. Lorsqu'il s'agit d'une énumération, il y a lieu de remplacer ces tirets par des points énumératifs. L'observation vaut pour les articles 6, paragraphe 1er; 7, 9 initial (devenu article 10), paragraphe 1er; 10 initial (devenu article 7); 12, paragraphe 3; 23; 26, paragraphe 3 et 28.

Ensuite, le groupement usuel d'articles se fait en chapitres, et non pas en titres. Comme il est recouru à la seule subdivision en chapitres, ceux-ci sont numérotés en chiffres cardinaux arabes. L'ensemble de la loi en projet est à revoir.

La Commission des Finances et du Budget suit ces recommandations du Conseil d'Etat.

Chapitre 1er (ancien Titre I)

Article 1er

La fondation patrimoniale est un véhicule juridique essentiellement réservé aux personnes physiques agissant dans le cadre de l'administration de leur patrimoine. La fondation patrimoniale peut être créée par un ou plusieurs fondateurs. Afin de rencontrer tous les cas de figure, la création d'une fondation patrimoniale est également possible pour les entités dites patrimoniales agissant dans le cadre de l'administration du patrimoine d'une ou de plusieurs personnes physiques (patrimoine privé). Sont visées les entités, pourvues ou non de la personnalité juridique, telles que les trusts, les „*stichting administratiekantoor*“ ou entités similaires dont l'objet ou la fonction est la gestion de tout ou partie du patrimoine d'une ou de plusieurs personnes physiques ou bien les personnes morales agissant à titre fiduciaire pour le compte d'une ou de plusieurs personnes physiques ou d'une personne morale dont l'objet ou la fonction est la gestion de tout ou partie du patrimoine d'une ou de plusieurs personnes physiques.

La personnalité morale naît avec la passation de l'acte constitutif sauf la possibilité pour le fondateur de différer la date d'attribution de la personnalité morale. Cet article reprend le principe appliqué en matière de sociétés commerciales qui consiste à dire que c'est à la date de la passation de l'acte notarié que naît la personne juridique et non pas à la date de publication de l'acte ou à la date de l'immatriculation de la personne au registre de commerce et des sociétés. Cet article prévoit néanmoins la possibilité pour le fondateur de stipuler dans l'acte notarié une autre date que celle de l'acte, à l'instar de ce qui est prévu à l'article 1843 du Code civil.

L'attribution de la personnalité juridique à la fondation patrimoniale par l'effet de la loi constitue la grande différence de ce véhicule orphelin avec l'institution du trust. C'est cette personnalité distincte qui permet l'existence du patrimoine propre de la fondation patrimoniale, distinct de celui du fondateur, des administrateurs ou des bénéficiaires.

La Commission des Finances et du Budget propose de remplacer, au premier alinéa de l'article 1er, le mot „époque“ (repris de l'article 1.843 du Code civil) par celui de „date“ (**amendement 1**). Elle est d'avis que le terme „date“ est plus approprié, car plus actuel, que le terme „époque“.

Elle décide ensuite de compléter l'article 1er par un nouveau deuxième alinéa (**amendement 2**) afin de donner suite à la demande du Conseil d'Etat qui recommande, dans ses considérations générales, d'écrire expressément dans le texte du projet que la nouvelle forme de fondation est un véhicule de droit privé, régi par les dispositions applicables du droit luxembourgeois pour autant qu'il n'est pas disposé autrement par le projet sous avis.

Le présent article appelle trois ordres d'observation du Conseil d'Etat. En premier lieu, il recommande de préciser, voire définir la notion d'entité patrimoniale dans le texte même du projet, à l'instar de la loi du 21 décembre 2012 relative à l'activité de Family Office. En effet, le commentaire des articles livre quelques précisions sur ce qu'il faut entendre par là, mais elles ne sont aux yeux du Conseil d'Etat pas suffisamment précises s'agissant d'une des hypothèses pour être fondateur du nouveau véhicule. A supposer que la définition soit la même que dans la loi précitée, le Conseil d'Etat recommande de la reprendre expressément dans le projet sous avis.

Par le biais d'un amendement parlementaire, la Commission des Finances et du Budget décide de compléter l'article 1er par un nouveau quatrième alinéa (**amendement 4**) pour donner suite à cette recommandation du Conseil d'Etat.

En deuxième lieu, selon le Conseil d'Etat, une des caractéristiques principales distinguant la fondation patrimoniale de la fiducie est que la première dispose de la personnalité juridique en tant que véhicule, alors que la dernière crée un patrimoine d'affectation certes séparé du reste de la masse patrimoniale du constituant, et donc à l'abri de procédures collectives ou de saisies contre le constituant, sans pour autant disposer d'une personnalité juridique à part.

Enfin, le Conseil d'Etat ne voit pas trop quel est l'intérêt de prévoir la naissance de la personnalité juridique à un moment autre que celui de la signature de l'acte constitutif. Notamment, quels seraient le sort et le statut juridique de biens apportés entre l'acte constitutif et une acquisition retardée de la personnalité juridique du véhicule, d'ailleurs que celle-ci vienne effectivement à naître par la suite ou non? En l'absence d'explications convaincantes, le bout de phrase „sauf si cet acte désigne une époque ultérieure“ est ainsi à supprimer.

La Commission des Finances et du Budget précise que le bout de phrase „sauf si cet acte désigne une époque ultérieure“ s’inspire de l’article 1843 du Code civil selon lequel „La société commence à l’instant même du contrat, s’il ne désigne une autre époque.“. Il n’est pas possible d’apporter des biens dans la fondation patrimoniale avant qu’elle n’ait acquis sa personnalité juridique.

Pour faire bénéficier le fondateur d’une fondation patrimoniale de la même flexibilité que l’associé d’une société visée aux articles 1843 et suivants du Code civil, la Commission des Finances et du Budget décide de maintenir le bout de phrase „sauf si cet acte désigne une époque ultérieure“. Des dispositions similaires sont d’ailleurs également prévues dans la législation étrangère instaurant des instruments similaires à la fondation patrimoniale visée par le présent projet de loi.

Le Conseil d’Etat recommande finalement de préciser à cet endroit que la fondation patrimoniale ne peut pas être créée *propter mortem*, c’est-à-dire par disposition testamentaire ne prenant effet qu’au décès du fondateur. Il devrait s’agir d’une disposition d’ordre public dont le non-respect serait frappé par la nullité de la fondation.

Par le biais de **l’amendement 3**, la Commission des Finances et du Budget complète l’article 1er par un nouveau troisième alinéa afin de réserver une suite favorable à cette recommandation du Conseil d’Etat.

Dans son avis complémentaire du 7 octobre 2014, le Conseil d’Etat émet les remarques suivantes à l’égard des 4 amendements présentés ci-dessus:

Amendement 1:

Le Conseil d’Etat réitère l’interrogation soulevée dans son premier avis sur le statut juridique des dotations faites à la fondation avant l’acquisition retardée de la personnalité juridique du véhicule.

Amendements 2 à 4:

Le Conseil d’Etat marque d’une manière générale son accord avec les amendements sous examen.

Selon lui, il y a lieu de remplacer à l’amendement 3 l’expression latine „*propter mortem*“ par „par disposition testamentaire ne prenant effet qu’au décès du fondateur“. Il considère que les expressions latines sont à éviter dans un texte de loi, même si leur utilisation est courante en doctrine.

La Commission des Finances et du Budget décide de reprendre l’expression proposée par le Conseil d’Etat.

Article 2

La fondation patrimoniale peut être constituée pour une durée déterminée ou indéterminée, à l’instar de ce qui est le cas pour d’autres personnes morales de droit luxembourgeois.

Le Conseil d’Etat observe que le verbe „pouvoir“ est à utiliser avec circonspection dans un texte de loi. Il propose de rédiger l’article comme suit:

„**Art. 2.** La durée de la fondation patrimoniale est indéterminée ou déterminée“.

La Commission des Finances et du Budget reprend la rédaction proposée par le Conseil d’Etat.

Article 3

Afin d’assurer un contrôle sur les fondations patrimoniales créées et soumises à la présente loi, il est prévu que celles-ci doivent avoir leur siège au Grand-Duché de Luxembourg. Dans les configurations qui peuvent se présenter à l’avenir, il peut arriver que certaines aient plusieurs liens avec le Luxembourg et que dans d’autres, le fondateur ou des administrateurs ou membres du conseil de surveillance soient des non-résidents ou que les actifs détenus ne soient pas localisés au Luxembourg.

Dans un tel contexte, il est important de clarifier que quelle que soit la configuration de fait il existera toujours nécessairement un lien avec le Luxembourg et que le siège de toute fondation patrimoniale régie par la loi devra toujours être situé au Luxembourg.

Le Conseil d’Etat n’a pas d’observation particulière quant à cet article.

Article 4

La création d’une fondation patrimoniale n’a de sens que si la valeur d’un patrimoine ou sa complexité le justifie. Afin d’éviter une prolifération de petites fondations patrimoniales dont l’actif est jugé insuffisant pour maintenir une structure juridique en état sur une certaine durée ou bien que des

fondations patrimoniales soient créées comme véhicules vides en attendant une planification successorale plus déterminée, une dotation initiale de minimum 50.000 euros est prévue.

Cette dotation initiale, tout comme celles ultérieures à la création de la fondation patrimoniale, peuvent être en numéraire ou en nature. Lors de la dotation initiale de la fondation, toute libération en nature se fera sous la responsabilité du fondateur qui sera donc responsable de l'évaluation des actifs ainsi transférés à la fondation patrimoniale.

L'évaluation des actifs transférés à la fondation patrimoniale dans le cadre de dotations ultérieures se fera sous la responsabilité du conseil d'administration de la fondation patrimoniale.

Les biens affectés à la fondation patrimoniale constituent le patrimoine de la fondation patrimoniale. Ce patrimoine est distinct du patrimoine du fondateur et les biens affectés par le fondateur ou ultérieurement par un tiers ont définitivement quitté le patrimoine respectivement du fondateur et du tiers. Même dans le cas où le fondateur s'est réservé dans l'acte constitutif le pouvoir de dissoudre la fondation patrimoniale avant son terme, les biens affectés seront la propriété exclusive de la fondation patrimoniale pendant toute la durée de vie de la fondation patrimoniale et retourneront, le cas échéant si l'acte constitutif le prévoit, et après apurement du passif, au fondateur suite à la dissolution de la fondation patrimoniale.

Quant à l'utilisation du verbe „pouvoir“ au paragraphe 1er, le Conseil d'Etat renvoie à son observation sous l'article 2.

La Commission des Finances et du Budget décide cependant de maintenir le verbe „pouvoir“ à l'article 4 dans la mesure où des dotations supplémentaires peuvent être faites, mais ne doivent pas nécessairement être faites.

Le Conseil d'Etat note par ailleurs que la dotation initiale doit être d'une valeur de 50.000 euros au moins, mais qu'il n'y a pas de conséquences si cette valeur venait à baisser en cours de vie de la fondation patrimoniale, notamment en cas de dotations en nature, de devises ou de valeurs mobilières.

La Commission des Finances et du Budget confirme que le Conseil d'Etat a vu juste. Il est précisé que cette disposition s'inspire du régime des sociétés où il n'existe pas d'obligation de recapitalisation si leur actif net tombe en dessous de la valeur de leur capital.

Article 5

L'objet de la fondation patrimoniale est d'administrer son patrimoine au bénéfice d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou dans un ou plusieurs buts, à l'exclusion de toute activité commerciale, industrielle ou agricole ou de l'exercice d'une profession libérale.

Le bénéficiaire peut avoir des liens de parenté avec le fondateur, sans que l'existence de pareils liens ne soit requise. Le patrimoine de la fondation patrimoniale étant nécessairement issu du patrimoine d'une personne physique, il est clair que les bénéficiaires forment nécessairement un cercle restreint de personnes ayant un lien avec le fondateur mais ce lien peut être d'une nature autre que familiale. La désignation nominative du bénéficiaire ou la relation avec le fondateur ne doit pas nécessairement être indiquée dans l'acte constitutif.

L'acte constitutif de la fondation patrimoniale ou un autre document pris en exécution des stipulations de l'acte constitutif peut prévoir que la fondation patrimoniale ne distribuera que les revenus du patrimoine au bénéficiaire et à la réalisation de son but. Ils peuvent cependant également prévoir que la distribution concernera tout ou partie du patrimoine de la fondation patrimoniale.

L'exclusion de toute activité commerciale, industrielle et agricole et de l'exercice d'une profession libérale implique l'interdiction de toute activité de négoce d'actifs financiers ou autres actifs détenus par la fondation patrimoniale et de toute activité de services. La notion d'activité commerciale est à entendre dans son sens fiscal et les critères définis par l'article 14 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu pour délimiter l'activité commerciale sont applicables.

Il n'est pas exclu que la fondation patrimoniale puisse également avoir accessoirement des activités charitables et non lucratives, mais elle ne doit pas être constituée dans un but réservé aux fondations sans but lucratif. Ainsi, p. ex., la promotion d'oeuvres d'art en général serait du ressort d'une fondation sans but lucratif. La sauvegarde d'une collection particulière faisant partie d'un patrimoine privé par contre serait du ressort de la fondation patrimoniale.

Afin de tenir compte des réflexions exposées au commentaire des articles et qui font plein sens, à savoir que le but premier de la constitution d'une fondation patrimoniale doit être autre que ceux

régissant la constitution d'associations sans but lucratif et de fondations au sens de la loi de 1928 précitée, tout en pouvant accessoirement inclure de telles activités, le Conseil d'Etat attire l'attention sur une erreur logique dans la rédaction du texte de l'article: en effet, les buts visés ne sont pas „exclusivement réservés“ aux véhicules régis par la loi de 1928 précitée – en effet une société commerciale peut aussi et accessoirement exercer des activités philanthropiques et culturelles, par exemple – mais il s'agit de ne pas constituer la fondation patrimoniale exclusivement dans un de ces buts. Il convient dès lors de dire: „... ou au profit d'un ou de plusieurs buts principaux autres que ceux réservés aux fondations ...“. Ceci correspond d'ailleurs à ce qui est énoncé dans l'exposé des motifs.

La Commission des Finances et du Budget reprend le libellé proposé par le Conseil d'Etat.

Article 6

Cet article dispose que l'acte constitutif et tout acte ultérieur de modification de l'acte constitutif d'une fondation patrimoniale seront nécessairement établis dans la forme d'un acte notarié spécial passé devant un notaire établi au Grand-Duché de Luxembourg. Il énumère les éléments qui doivent figurer dans l'acte. Cet article vise à renforcer le contrôle sur la création des fondations patrimoniales alors que le notaire instrumentant vérifiera le respect des indications énumérées par ledit article.

Les éléments indiqués sont notamment ceux nécessaires à l'identification d'une personne morale et à l'identification des personnes susceptibles respectivement d'engager et de représenter une personne morale.

L'indication de l'objet peut être tenue en termes généraux et ne doit pas nécessairement inclure la désignation nominative du bénéficiaire ou du but mais doit contenir les critères pour déterminer les bénéficiaires ou les buts, ou les personnes et organes habilités à les désigner ainsi que la forme de leur désignation. La désignation nominative des bénéficiaires ou des buts peut se faire dans un acte ultérieur pour autant que l'acte constitutif prévoit les critères de détermination ou les personnes ou organes susceptibles de déterminer les bénéficiaires ou les buts.

Le Conseil d'Etat ne formule pas d'observation à l'égard de cet article.

Article 7 initial (article 8 final)

Cet article prévoit les cas dans lesquels la nullité d'une fondation patrimoniale peut être prononcée et s'inspire des cas prévus par la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. Ledit article énumère limitativement ces cas dans un souci de sécurité juridique.

Le Conseil d'Etat rappelle son observation quant à la nullité d'une fondation constituée *propter mortem* (voir article 1er amendement 3).

Il revient par ailleurs sur la nécessité de définir plus clairement la notion d'entité patrimoniale, alors que l'existence et l'identification d'au moins un fondateur valablement engagé est une condition de validité du véhicule.

La Commission des Finances et du Budget décide de compléter l'article 7 par deux nouveaux alinéas (**amendement 5**) afin de répondre aux soucis formulés par le Conseil d'Etat qui constate, dans ses considérations générales, qu'il n'est dit nulle part de quelle manière il sera assuré que les dispositions d'ordre public en matière de réserve héréditaire sont respectées. Ces alinéas renforceront également la protection des créanciers.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat marque d'une manière générale son accord avec l'amendement sous examen. Il ajoute qu'il convient d'écrire à l'article 8, alinéa 1er „... à l'application de dispositions d'ordre public relatives à la succession du fondateur“. La partie de phrase „en vertu de la loi successorale applicable à sa succession“ est à supprimer comme étant superfétatoire.

Pour des raisons de sécurité juridique, la Commission des Finances et du Budget décide cependant de maintenir le texte dans sa version initiale (voir amendement 5).

Dans un souci de cohérence avec l'article 4 du texte coordonné de la loi en projet, le Conseil d'Etat estime qu'il y a lieu de remplacer à l'alinéa 2 de l'article 8 le mot „apport“ par „dotation“.

La Commission des Finances et du Budget décide de procéder à la modification proposée par le Conseil d'Etat.

Quant à la question de la reconnaissance d'un ordre public étranger en matière successorale, le Conseil d'Etat note que la doctrine estime que le for luxembourgeois l'admet en principe. Cependant, en cas de conflit entre un ordre public étranger et l'ordre public du for, il faut partir de l'hypothèse que la jurisprudence donnerait la préséance à ce dernier.

Toujours concernant l'amendement 5, le Conseil d'Etat attire l'attention sur le fait que l'effet d'une action en restitution sera le retour de l'apport (dotation) dans le patrimoine de la fondation même, ce qui ne signifie pas nécessairement que les créanciers lésés aient un droit de recours ou soient par la suite rétablis dans leurs droits.

Article 8 initial (article 9 final)

Cet article définit le régime des nullités applicable aux fondations patrimoniales en s'inspirant des dispositions de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales.

Quant à la légistique formelle, le Conseil d'Etat soulève que le renvoi aux paragraphes se fait sans l'utilisation de parenthèses. Le renvoi au premier paragraphe d'un article s'opère en écrivant „paragraphe 1er“. L'ensemble de l'article 8 est à revoir.

La Commission des Finances et du Budget modifie les renvois opérés dans cet article conformément aux instructions du Conseil d'Etat.

Article 9 initial (article 10 final)

Etant donné que la fondation patrimoniale trouve son origine dans une décision d'administrer le patrimoine d'une ou de plusieurs personnes physiques, les informations accessibles publiquement sur le patrimoine de la fondation patrimoniale doivent être limitées pour des raisons de protection de la vie privée. Toute activité commerciale est interdite à la fondation patrimoniale; aussi, l'accès du public à certaines informations financières ne se justifie pas pour des raisons de protection des contreparties ou créanciers. L'accessibilité publique des informations financières d'une fondation patrimoniale est ainsi alignée à l'accessibilité des informations financières du patrimoine d'une personne privée.

Cet article reprend le principe que les actes constitutifs de fondations patrimoniales ainsi que les modifications à ces actes sont publiés par extraits et déposés par extraits dans le mois au registre de commerce et des sociétés. Il spécifie quelles sont les informations publiées et déposées par extrait. La publication en entier a été jugée incompatible avec les besoins de protection de la vie privée des personnes utilisant la fondation patrimoniale.

Cet article prévoit également que lorsqu'une modification à l'acte constitutif concerne un élément qui n'est pas visé dans la liste des stipulations devant faire l'objet d'une publication par extrait, il sera néanmoins procédé à une publication de la mention que l'acte a été modifié. Cette publication par mention servira également pour faire démarrer les prescriptions prévues à l'article précédent.

Pour des raisons de bonne administration et de gouvernance et afin d'assurer le respect du standard international en matière de transparence et d'échange de renseignements à des fins fiscales, la loi exige toutefois que la plupart des informations financières et les principaux documents juridiques soient disponibles au siège de la fondation patrimoniale.

Enfin, la décision de dissolution et de mise en liquidation de la fondation patrimoniale est également publiée par extrait et déposée par extrait au registre de commerce et des sociétés. Cette obligation incombe au liquidateur, les administrateurs n'ayant plus le pouvoir de représenter la fondation patrimoniale après sa dissolution.

En ce qui concerne la publication de l'acte constitutif de la fondation patrimoniale ainsi que des modifications à cet acte par extraits au Mémorial C, Recueil des Sociétés et Associations, le Conseil d'Etat renvoie au projet de loi portant réforme du régime de publication légale relatif aux sociétés et associations (doc. parl. n° 6624) qui prévoit de remplacer le Mémorial C par une publication sur une plate-forme électronique. Le texte de l'article sous examen serait à adapter le cas échéant.

Article 10 initial (article 7 final)

Cet article reprend de manière non limitative d'autres éléments qui peuvent être contenus dans les actes constitutifs ou les règlements extrastatutaires.

Il reprend la possibilité donnée au fondateur de prendre un certain nombre de stipulations qui ne sont pas impératives mais qui sont susceptibles d'avoir des conséquences juridiques importantes sur le fonctionnement de la fondation patrimoniale. La liste de l'article 10 n'est pas limitative et confirme le principe de la liberté donnée au fondateur qui peut prévoir toutes autres stipulations qui lui semblent opportunes ou nécessaires pour la bonne administration de la fondation patrimoniale, le tout dans le respect des dispositions de la loi. Ainsi, le fondateur a par exemple la possibilité de réserver certains droits au fondateur, ou d'aménager le droit d'information des bénéficiaires, mais également de prévoir

des documents extrastatutaires ayant une vocation réglementaire dans la sphère interne de fonctionnement de la fondation patrimoniale, de créer des organes ou comités et de définir leur mode de fonctionnement, de prévoir le mode d'administration du patrimoine de la fondation patrimoniale et de déterminer le régime des distributions.

D'après le Conseil d'Etat, l'article est, le cas échéant, superfétatoire dans la mesure où les dispositions sont de nature purement exemplative, ce qui leur enlève toute valeur normative. En tout état de cause, il convient d'écrire expressément que les règlements statutaires ne peuvent en aucun cas déroger aux statuts du véhicule. Par ailleurs, ils ne sont opposables qu'aux personnes qui ont pu ou dû en avoir connaissance.

La Commission des Finances et du Budget ajoute l'alinéa suivant en fin d'article (**amendement 6**) afin de suivre l'avis du Conseil d'Etat:

„Les règlements extrastatutaires ne peuvent pas déroger à l'acte constitutif de la fondation patrimoniale.“.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat marque son accord avec l'amendement 6.

Article 11

Cet article précise que certains droits que le fondateur se voit attribuer par le présent texte lui sont personnels et ne se transmettent donc pas. Le fondateur reste toutefois libre de stipuler dans l'acte constitutif qu'un ou plusieurs de ses droits sont transmissibles et les conditions de cette transmission.

Le Conseil d'Etat est d'avis, en premier lieu, que cette disposition figurerait mieux dans les titres concernés, ou de manière générale à leur suite, à supposer qu'elle ne soit pas superfétatoire, alors que bon nombre des articles concernés la reprennent explicitement.

Ensuite, le Conseil d'Etat se demande quelle est la conséquence de la nature „personnelle“ de ces droits? En partant de l'hypothèse que la qualité de fondateur ne saurait en elle-même être ni cessible, ni transférable à des ayants droit, il convient de définir plus clairement et de circonscrire la nature „personnelle“ de ces droits. Que veut dire dans cette optique „sauf stipulation contraire“? Quelle en est la portée notamment par rapport aux héritiers qui, à admettre que les droits „personnels“ sont de nature *intuitu personae* et donc non transférables, ne peuvent pas reprendre ces droits?

Enfin, et quant au fond, le Conseil d'Etat soulève que la plupart des droits comprennent une ou plusieurs obligations correspondantes parfois dans le chef du même titulaire, de sorte qu'une précision explicite en ce sens pourrait être utile dans la mesure où le transfert concerné n'est pas contraire à l'ordre public.

La Commission des Finances et du Budget précise que la conséquence de la spécification est que les droits personnels ne tombent pas dans la succession du fondateur. Cette disposition permet, par exemple, d'éviter que les héritiers du fondateur changent les bénéficiaires de la fondation patrimoniale, lorsque le fondateur s'était réservé ce droit.

Cette précision était l'une des principales modifications apportées en 2009 à la loi sur les fondations au Liechtenstein, alors qu'auparavant ces questions faisaient l'objet d'importants litiges.

Dans un souci de sécurité juridique et en tenant compte de l'expérience acquise au Liechtenstein avec sa loi sur les fondations, la Commission des Finances et du Budget maintient l'article 11 du projet de loi en l'état.

Article 12

La fondation patrimoniale peut détenir tout bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel. Elle peut détenir toutes valeurs mobilières, titres ou actifs financiers, produits structurés ou dérivés, options sur titres, indices, devises, prise de positions de change, titres de créances, brevets, droit d'auteur et autres droits intellectuels, objets et œuvres d'art, métaux précieux, immeubles. Comme toute personne morale, elle peut prendre des engagements dans la limite des stipulations de ses actes constitutifs. L'idée est de permettre à la fondation patrimoniale de détenir tous actifs et de prendre tous engagements qu'une personne physique pourrait prendre dans le cadre de l'administration de son patrimoine, le tout évidemment dans le respect de la loi et des documents constitutifs de la fondation patrimoniale.

L'exclusion de toute activité commerciale implique l'interdiction de toute activité de négoce d'actifs financiers ou autres actifs détenus par la fondation patrimoniale et de toute activité de services. La notion d'activité commerciale est à entendre dans son sens fiscal et les critères définis par l'article 14

de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu pour délimiter l'activité commerciale sont applicables.

La fondation patrimoniale peut détenir une participation, même majoritaire au niveau du capital ou des droits de vote, dans une société pour autant que la fondation patrimoniale ne s'immisce pas dans la gestion de celle-ci. La fondation patrimoniale peut toutefois exercer ses droits d'actionnaire (droit de vote, droit aux dividendes) dans la participation qu'elle détient. En revanche, elle ne peut pas exercer une fonction de dirigeant dans les organes de la société ou lui rendre des services de quelque nature que ce soit.

La fondation patrimoniale peut émettre des certificats représentatifs de certains droits (pécuniaires) en relation avec des actifs détenus et peut ainsi remplir une fonction similaire à celle d'un „*administratiekantoor*“ connu en droit néerlandais et belge. Cette institution permet de garder le contrôle juridique d'un actif dans la fondation patrimoniale tout en donnant certains droits économiques sur cet actif au titulaire des certificats.

Les certificats sont nominatifs et leur cessibilité est restreinte aux personnes mentionnées au paragraphe (6). Enfin, afin de pouvoir assurer le suivi des cessions éventuelles, la fondation patrimoniale doit tenir un registre de certificats dont le fonctionnement s'inspire de celui des registres d'actions nominatives des sociétés anonymes.

Le Conseil d'Etat constate, dans son avis, qu'en énumérant au paragraphe 1er les actifs qu'une fondation patrimoniale peut détenir, le projet sous avis mentionne les „fondations patrimoniales privées ou publiques“ dont une fondation patrimoniale peut être fondateur ou bénéficiaire. Il propose de supprimer les termes „privées ou publiques“, alors qu'en droit luxembourgeois, la fondation patrimoniale est nécessairement privée et que la notion sans précision inclut aussi des véhicules publics s'ils devaient exister dans le droit d'un autre régime juridique. Cette première phrase de l'article 12 soulève cependant encore une autre interrogation, à savoir si on peut imaginer des structures de „fondations de fondations“, à l'instar de fonds de fonds. Quel serait le but d'une telle structure, quelles en seraient les conséquences juridiques?

La Commission des Finances et du Budget précise que la fondation patrimoniale peut être fondateur ou bénéficiaire de fondations patrimoniales ou de trusts. La loi prévoit cette possibilité pour laisser un maximum de flexibilité au fondateur. A noter que cette possibilité est également prévue dans la législation d'autres Etats qui connaissent l'institution de la fondation.

Le Conseil d'Etat constate ensuite que le projet fait référence au trust, alors qu'une fiducie, de droit luxembourgeois notamment, n'est pas visée.

A moins d'entendre la notion de trust dans un sens générique, ce qui serait de mauvaise technique juridique, le Conseil d'Etat estime qu'il convient d'être explicite et complet sur ce point.

Il regrette de toute façon le recours au terme „notamment“ pour lancer la liste non exhaustive des détentions et participations accessibles à une fondation patrimoniale, d'autant plus que le commentaire des articles est quant à lui beaucoup plus explicite.

Les autres paragraphes de l'article 12 traitent de l'émission de certificats. A titre préliminaire, il convient de noter que l'émission de tels certificats n'est pas nécessaire pour procurer des fruits ou revenus aux bénéficiaires. Il serait cependant curieux, si dans une même fondation, certains bénéficiaires disposaient de certificats, d'autres non. A la lecture combinée des articles 10 et 12, il appert d'ailleurs qu'une fondation doit pouvoir commencer à émettre des certificats à tout moment de son existence, sur base de la loi même (article 12), et sans qu'il soit besoin de le prévoir au préalable ni dans les statuts, ni dans le règlement extrastatutaire.

Vu que la cession peut se faire uniquement dans les conditions du paragraphe 6, les titulaires sont à tout moment connus ou „connaissables“, ce qui répond aux exigences en matière de transparence et de traçabilité, y compris dans une optique où tous les titres de société devraient être nominatifs ou enregistrés.

La cession n'opère d'ailleurs que transfert d'un droit de créance, donc d'un droit personnel, étant donné que le paragraphe 4 précise que la fondation conserve la propriété des actifs certifiés. Il n'y a donc pas transfert de droits réels et la question d'un éventuel démembrement du droit de propriété ne se pose pas.

La Commission des Finances et du Budget propose de modifier la première phrase du paragraphe 1er de l'article 12 (**amendement 7**) afin de se référer à la fondation plutôt qu'à la fondation patrimoniale,

alors que la fondation est le terme générique généralement utilisé à l'étranger et que la fondation patrimoniale est une dénomination utilisée au Luxembourg pour les fondations de droit privé.

Dans un souci de sécurité juridique et de transparence et afin de donner suite à la recommandation du Conseil d'Etat, la Commission des Finances et du Budget suggère de mentionner explicitement le contrat fiduciaire au paragraphe 1er de l'article 12.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat marque son accord avec l'amendement 6.

Chapitre 2 (ancien Titre II)

Article 13

Cet article et les suivants sont consacrés à la gouvernance et au mode de fonctionnement de la fondation patrimoniale. Il est important de relever que la fondation patrimoniale comprend en général 3 parties:

- le fondateur;
- un administrateur ou un conseil d'administration;
- des bénéficiaires.

Il convient de noter que les trois fonctions ne sont pas incompatibles l'une avec l'autre. Ainsi le fondateur peut-il être administrateur et également le premier bénéficiaire de la fondation patrimoniale.

Un ou plusieurs bénéficiaires peuvent être administrateurs.

Le fondateur doit rester libre d'organiser la gouvernance de sa fondation patrimoniale comme il l'entend sauf pour la loi de prévoir que la fondation patrimoniale sera au moins gérée par un administrateur. Le fondateur peut ainsi instituer un conseil d'administration composé de plusieurs membres, qui exercent leurs fonctions de manière collégiale.

Il peut aussi placer la fondation patrimoniale sous la supervision d'un conseil de surveillance, dont il réglera le mode de nomination, de révocation ainsi que les pouvoirs et les responsabilités dans l'acte constitutif ou dans un règlement extrastatutaire si l'acte constitutif le prévoit ainsi.

Les règles d'une gouvernance saine s'appliquent à la fondation patrimoniale. Ainsi, en vertu de l'article 19, les mandats d'administrateur et de membre du conseil de surveillance sont incompatibles. Par contre le fondateur ou un ou plusieurs bénéficiaires peuvent être membres du conseil de surveillance, sauf s'ils sont déjà membres du conseil d'administration.

Sur ce point la fondation patrimoniale ne se distingue guère d'un *trust*, où le *trustee* remplit une fonction correspondant à celle du/des administrateurs et le protecteur remplit le rôle d'un conseil de surveillance.

Le Conseil d'Etat est d'avis qu'à l'article 13, paragraphe 1er, il serait utile d'ajouter *in fine* „dans les conditions des articles 18 et suivants ci-après“. Il recommande par ailleurs de dire que „la fondation patrimoniale est gérée par un conseil d'administration, comprenant un ou plusieurs administrateurs, ... Le Conseil d'administration peut être placé sous ...“.

Il estime que, d'une manière générale et à plusieurs endroits du texte, la notion d'„administrateurs“ est à remplacer par celle de „conseil d'administration“, sauf dans les cas où des administrateurs individuels sont visés.

La Commission des Finances et du Budget reprend les propositions du Conseil d'Etat.

Article 14

Cet article règle le mode de nomination et de révocation des administrateurs. Cette importante disposition doit viser toutes les situations qui peuvent se présenter au cours de la vie de la fondation patrimoniale même ou surtout si elles ne sont pas réglées dans les actes constitutifs. Ceci est d'autant plus important que la fondation patrimoniale est une structure orpheline qui ne dispose pas de l'institution des assemblées générales comme c'est le cas en matière de sociétés. La loi doit donc prévoir comment se règlent des situations non prévues dans les actes ou non réalisables dans les faits.

En principe, et sauf s'il en a été stipulé autrement par le fondateur dans l'acte constitutif, c'est le fondateur qui nomme et révoque les administrateurs.

L'article prévoit également la possibilité pour le fondateur d'établir préalablement une liste de candidats-administrateurs dans laquelle les futurs administrateurs seront repris et désignés automatiquement.

ment, en cas de vacance de postes et en suivant l'ordre chronologique de la liste. Pour être valable, ce mécanisme devra avoir été prévu dans l'acte constitutif et la liste devra exister au moment de la vacance sous la signature du fondateur. La loi n'exige pas que la liste doive exister au moment de l'acte constitutif et elle pourra être dressée ultérieurement par le fondateur. Cette possibilité permet au fondateur d'influencer le choix et la nomination des administrateurs au-delà de son propre décès. La prise d'effet de la nomination est soumise à la seule condition de l'acceptation du mandat par le candidat-administrateur.

Dans l'hypothèse où le fondateur ne se serait pas réservé le pouvoir de nommer ou de révoquer les administrateurs ou dans l'hypothèse où le fondateur serait décédé et n'aurait pas prévu de liste préétablie, les administrateurs sont nommés par le conseil de surveillance.

A défaut de conseil de surveillance, les administrateurs sont cooptés par les administrateurs restant en fonction. A défaut de décision de cooptation, que ce soit en raison de l'absence d'administrateurs restant en fonction ou par défaut de décision, les administrateurs sont nommés par la voie judiciaire sur requête du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou du ministère public.

Selon le Conseil d'Etat, il n'est pas clair quelle est la suite logique des „à défaut“ énoncés à cet article. De son avis, les trois hypothèses de défaut se rapportent toutes et à niveau égal aux dispositions des alinéas 1er et 2, et ne constituent pas des niveaux de défaut subséquents entre eux. Dès lors, il conviendrait de regrouper les alinéas 1er et 2 dans un paragraphe 1er, les trois défauts dans un paragraphe 2, suivi d'un paragraphe 3 comprenant le seul alinéa 6 actuel. A l'intérieur du paragraphe 2, il conviendrait d'énoncer une seule fois „à défaut“ et de faire suivre les trois hypothèses.

La Commission des Finances et du Budget décide cependant de ne pas suivre l'avis du Conseil d'Etat, car il s'agit de niveaux de défaut subséquents.

Article 15

Cet article vise au paragraphe (1) les pouvoirs du conseil d'administration. Le conseil d'administration a les pouvoirs d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet de la fondation patrimoniale. Toutefois, étant donné que la fondation patrimoniale ne dispose pas de l'institution des assemblées générales et donc pas de la possibilité pour le conseil d'administration de soumettre sa gestion à un organe supérieur, il est important que le conseil d'administration voie ses pouvoirs clairement délimités et définis dans les actes constitutifs et les règlements extrastatutaires. Cette limitation est importante dans un souci de protection du fondateur et des bénéficiaires.

Les stipulations des règlements extrastatutaires peuvent poser des problèmes d'opposabilité vis-à-vis des tiers mais également vis-à-vis des administrateurs.

Pour les tiers, la question de l'opposabilité se pose clairement et les stipulations ne peuvent pas leur être opposables alors qu'ils n'ont pas connaissance de ces stipulations.

Pour les administrateurs, la question se pose différemment, car les règlements extrastatutaires peuvent avoir été pris par d'autres organes que les administrateurs, le cas échéant suivant ce qui est prévu dans les actes constitutifs.

Le respect par les administrateurs des règlements extrastatutaires étant très important, le législateur a prévu que leurs sont opposables les stipulations des règlements qui ont été arrêtés par eux ou portés à leur connaissance. La loi ne prévoit pas de formalisme pour la prise de connaissance et la communication peut donc avoir pour origine le fondateur, le conseil de surveillance, un bénéficiaire ou un tiers. Les documents communiqués ne produisent d'effets que s'ils ont été valablement pris dans le respect des stipulations des actes constitutifs et que du jour de leur communication aux administrateurs.

Cet article règle encore au paragraphe (2) la représentation de la fondation patrimoniale qui, à défaut de stipulations spécifiques des actes constitutifs, est assurée par l'administrateur unique ou, en cas de pluralité d'administrateurs, par deux administrateurs agissant conjointement.

Enfin, cet article prévoit au paragraphe (3) la possibilité de la délégation de la gestion journalière à un administrateur, en cas de pluralité d'administrateurs, ou à un agent qui n'est pas un administrateur.

Article 16

Cet article arrête le régime de la responsabilité des administrateurs.

Il est construit sur le modèle du régime de responsabilité prévu par la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales pour les administrateurs de sociétés anonymes.

A l'identique de cette loi, il dispose d'abord que les administrateurs ne contractent aucune obligation personnelle relative aux engagements de la fondation patrimoniale. Les administrateurs ne sont que les mandataires de la personne morale et les droits et obligations existent dans le chef de la personne morale et non pas dans le chef de ses représentants ou mandataires.

Il prévoit ensuite que les administrateurs sont responsables envers la personne morale de l'exécution de leur mandat et des fautes commises dans leur gestion. Tout comme l'actio mandati en matière de sociétés commerciales, cette responsabilité n'existe qu'envers la fondation patrimoniale.

Se pose ici la question de savoir qui met cette responsabilité en jeu alors que la fondation patrimoniale est représentée par ses administrateurs et que l'institution de l'assemblée générale n'existe pas, puisque la structure est orpheline. A la différence de ce qui est prévu en matière de droit des sociétés, l'action en responsabilité dirigée contre les administrateurs d'une fondation patrimoniale peut être initiée pour le compte de la fondation patrimoniale par un fondateur, un bénéficiaire, un autre administrateur, le conseil de surveillance, du liquidateur ou un tiers désigné à cet effet dans les actes constitutifs. Le tiers désigné à cet effet dans les actes constitutifs est une particularité de cette loi qui fait référence à l'institution de l'„*enforcer*“ qui existe dans certaines législations régissant les trusts. Il s'agit ici d'une personne désignée dans les actes constitutifs dont le rôle consiste à exercer certains droits du fondateur pour le cas où ce dernier serait dans l'impossibilité de le faire lui-même.

Le cercle des personnes capables d'initier une action en responsabilité des administrateurs a été laissé délibérément large alors qu'il est important que cette action soit ouverte à toutes les personnes intéressées par la fondation patrimoniale et ceci dans un but de protection du fondateur et des bénéficiaires ou du but de la fondation patrimoniale. Au vu de la grande variété de situations pouvant se présenter en pratique, l'article laisse la possibilité à l'acte constitutif d'adapter le cercle des personnes pouvant initier l'action en responsabilité. Les stipulations de l'acte constitutif ne devraient évidemment pas avoir pour effet de vider de leur substance les dispositions de la loi en restreignant excessivement le cercle de ces personnes au point de rendre l'action en responsabilité impossible.

A souligner que la responsabilité des administrateurs existe uniquement envers la fondation patrimoniale et non pas envers le fondateur ou un ou plusieurs, voire l'ensemble, des bénéficiaires. Ce raisonnement a comme fondement que la gestion des administrateurs, et donc leur responsabilité et leurs éventuelles fautes de gestion, portent sur le patrimoine de la fondation patrimoniale, personne morale autonome, et non pas sur le patrimoine du fondateur ou des bénéficiaires.

A l'instar de ce qui est prévu en matière de sociétés commerciales, il est prévu que les administrateurs sont encore responsables envers la fondation patrimoniale, le fondateur, le bénéficiaire ou tous tiers d'une violation des dispositions de la présente loi, des actes constitutifs et des règlements extra-statutaires qui leur sont opposables dans les conditions arrêtées à l'article précédent. Toutefois, et contrairement à ce qui est prévu en matière de sociétés commerciales, cette responsabilité n'est pas solidaire. En effet, en l'absence d'une assemblée générale à laquelle les administrateurs pourraient dénoncer d'éventuelles infractions afin de se décharger de leur responsabilité, il n'a pas paru opportun de prévoir une telle responsabilité solidaire pour les administrateurs de fondations patrimoniales.

Selon le Conseil d'Etat, à l'article 16, à la dernière ligne du paragraphe 1er, tout comme au paragraphe 2, il convient de parler de „le ou les fondateur(s)“. (La même observation s'applique à l'article 19, paragraphe 2, troisième et dernier alinéas.) Pour ce qui est des dispositions énonçant le droit de lancer une action en justice, il est d'ailleurs préférable de dire „un ou plusieurs“ au lieu de „le ou les“, afin d'éviter, en cas de pluralité de personnes d'une même catégorie, comme notamment les fondateurs, elles doivent toutes se joindre à l'action afin de lui donner effet.

La Commission des Finances et du Budget procède aux modifications proposées par le Conseil d'Etat (voir également article 19 dans ce contexte).

Article 17

Cet article vise le cas où la fondation patrimoniale commet une faute par l'intermédiaire de ses organes ou de ses préposés, auquel cas elle est considérée comme étant directement responsable.

Le Conseil d'Etat se demande qui sont les „préposés ou autres organes ou personnes“ qui représentent la fondation.

La Commission des Finances et du Budget précise que sont, par exemple, visés les employés de la fondation patrimoniale, les mandataires spéciaux, les membres du conseil de surveillance.

Article 18

Cet article prévoit l'institution du conseil de surveillance, facultatif en principe pour les fondations patrimoniales, mais rendu obligatoire dans un souci de protection des bénéficiaires pour les fondations patrimoniales qui atteignent l'un des deux critères arrêtés par cet article. Les critères retenus sont d'une part le niveau du patrimoine de la fondation patrimoniale justifiant une surveillance accrue et d'autre part le nombre de bénéficiaires et donc d'intérêts divergents justifiant également une surveillance accrue.

Le Conseil d'Etat estime qu'à l'article 18, tout comme aux articles 19 et 22, il convient de préciser s'il suffit que le seuil de 20 millions d'euros soit franchi à la constitution, ou bien s'il faut suivre cette évolution tout au cours de la vie du véhicule pour en tirer le cas échéant les conséquences découlant des articles 18, 19 et 22. Il ajoute qu'il convient d'ailleurs de préciser par qui et selon quelles modalités ces évaluations sont opérées.

La Commission des Finances et du Budget précise que dès lors que l'article se réfère à un patrimoine d'au moins 20 millions euros, sont visés à la fois les dépassements de seuil au moment de la constitution et les dépassements post constitution. Si l'article n'avait visé que la situation patrimoniale au moment de la constitution de la fondation patrimoniale, il aurait fallu le préciser. L'évaluation du patrimoine est de la responsabilité du conseil d'administration.

Article 19

Cet article règle le mode de nomination et de révocation, ainsi que les pouvoirs et les responsabilités du conseil de surveillance.

Le projet de loi laisse une grande flexibilité aux rédacteurs de l'acte constitutif en ce qui concerne la définition des pouvoirs du conseil de surveillance. Le conseil de surveillance étant, contrairement au conseil d'administration, en principe un organe facultatif, il a en effet semblé opportun de laisser aux rédacteurs de l'acte constitutif une certaine latitude pour pouvoir adapter les pouvoirs du conseil de surveillance aux particularités des cas concrets pouvant se présenter.

Le projet de loi précise toutefois que pour les fondations patrimoniales pour lesquelles la nomination d'un conseil de surveillance est obligatoire, les pouvoirs de celui-ci doivent obligatoirement comprendre le contrôle sur la gestion de la fondation patrimoniale par les administrateurs, bien évidemment sans préjudice de pouvoirs plus étendus.

Dans une logique de bonne gouvernance, l'article 19 précise ensuite que les mandats d'administrateur et de membres du conseil de surveillance sont incompatibles.

Les dispositions concernant le régime de responsabilité des membres du conseil de surveillance sont calquées sur celles relatives à la responsabilité des administrateurs. La mise en œuvre pratique des règles relatives à la responsabilité des membres du conseil de surveillance sera évidemment fonction de la définition de leurs pouvoirs dans l'acte constitutif.

Une différence notable par rapport aux dispositions relatives aux administrateurs est qu'un membre du conseil de surveillance doit toujours être une personne physique. Cette limitation a comme fondement qu'il n'a pas paru souhaitable de créer la possibilité pour une fondation patrimoniale luxembourgeoise d'avoir une gouvernance n'impliquant que des personnes morales dont la responsabilité peut être limitée par ailleurs.

Enfin, concernant la nomination des membres du conseil de surveillance, à défaut de stipulations dans les actes constitutifs, ils sont nommés par le fondateur, à défaut cooptés par les membres restant en fonction et, à défaut, par la voie judiciaire.

Selon le Conseil d'Etat, à l'article 16, à la dernière ligne du paragraphe 1er, tout comme au paragraphe 2, il convient de parler de „le ou les fondateur(s)“. La même observation s'applique à l'article 19, paragraphe 2, troisième et dernier alinéas. Pour ce qui est des dispositions énonçant le droit de lancer une action en justice, il est d'ailleurs préférable de dire „un ou plusieurs“ au lieu de „le ou les“, afin d'éviter, en cas de pluralité de personnes d'une même catégorie, comme notamment les fondateurs, elles doivent toutes se joindre à l'action afin de lui donner effet.

A l'article 19, paragraphe 1er *in fine*, il convient d'ajouter „ou de représentant permanent d'un administrateur personne morale“.

Egalement à l'article 19, paragraphe 2 relatif aux membres du conseil de surveillance, et en comparaison avec l'article 16, paragraphe 1er, qui énonce les dispositions correspondantes pour les administrateurs, le Conseil d'Etat constate une divergence dans la présentation. En effet, pour les administrateurs, est constituée en paragraphe 2 à part la même disposition qui ne fait que l'objet d'un alinéa pour les membres du conseil de surveillance. Le Conseil d'Etat recommande d'harmoniser les deux présentations et de procéder le cas échéant à une réorganisation interne des deux articles.

Par ailleurs, et toujours concernant les deux mêmes dispositions, il est conseillé de mettre „sauf stipulation“ au singulier, afin d'éviter de songer à l'exigence de plus d'une stipulation pour lui donner l'effet voulu.

Enfin, à l'article 19, paragraphe 3, et dans l'hypothèse que la disposition joue si un des deux critères est dépassé, et non pas si aucun des deux critères n'est dépassé, il convient de dire „qui remplissent un seul des deux critères définis à l'article 18“.

Quant à l'utilisation du verbe „pouvoir“ aux articles sous examen, le Conseil d'Etat renvoie à son observation sous l'article 2.

La Commission des Finances et du Budget procède aux modifications proposées par le Conseil d'Etat.

Article 20

Cet article arrête le mode de décision en cas de formations collégiales ou de pluralité de personnes devant intervenir dans une décision. Cette règle s'applique à toutes les formations collégiales visées par la loi ou créées en application des actes constitutifs ou des règlements extrastatutaires. A titre d'illustration, on peut citer un organe consultatif créé par un règlement extrastatutaire tel un *advisory board*, qui fonctionnerait, sauf stipulations contraires, suivant les règles édictées par cet article.

Article 21

Cet article permet la révocation judiciaire d'un ou de plusieurs administrateurs ou membres du conseil de surveillance en cas de fautes graves et permet aussi le remplacement par la voie judiciaire des membres révoqués.

Etant donné que la fondation patrimoniale est une structure orpheline, l'existence de ce mécanisme est indispensable. Dans un souci de protection des bénéficiaires, il est prévu que l'action soit aussi ouverte à un bénéficiaire et au ministère public.

Dans un but de protection des intentions du fondateur, le législateur a prévu qu'en cas de remplacement d'un organe par la voie judiciaire suite à une révocation, il doit être tenu compte des stipulations incluses dans les actes constitutifs ou les règlements de la fondation patrimoniale. Ceci vise le cas où le fondateur aurait prévu une liste et qu'il reste des candidats disponibles sur cette liste, auquel cas la décision de remplacement doit tenir compte de cette stipulation du fondateur. Un autre cas visé est celui où les actes constitutifs arrêtent des critères d'éligibilité des administrateurs de la fondation patrimoniale, tels que par exemple une formation académique précise, un lien familial ou une absence de lien familial avec le fondateur ou un critère d'indépendance déterminé.

Article 22

Cet article impose l'institution du réviseur d'entreprises agréé pour les fondations patrimoniales qui remplissent l'un des critères déterminés à l'article 18.

Chapitre 3 (ancien Titre III)

Articles 23 et 24

Ces articles revêtent une importance particulière dans le cadre d'une structure orpheline.

Ils répondent au besoin du respect de la volonté du fondateur dans une structure néanmoins amenée à évoluer dans le temps et, quelquefois, pour une durée très longue pouvant dépasser plusieurs générations.

L'article 23 régit la question du droit de modification des clauses des actes constitutifs par le fondateur lui-même et notamment le droit de dissolution anticipée du fondateur existant dans d'autres juridictions connaissant l'institution de la fondation patrimoniale dans une forme similaire mais non identique sous le concept de droit de révocation du fondateur.

Le principe de l'autonomie de la volonté voudra que les actes constitutifs règlent la manière dont les actes sont modifiés. Ce principe requiert également que le fondateur puisse se réserver le droit de modifier toutes les clauses, y compris certaines stipulations fondamentales telles que l'objet, la durée ou la désignation des bénéficiaires de la fondation patrimoniale. Pour autant que le fondateur ait exprimé ce désir au moment de la constitution de la fondation patrimoniale, le fondateur doit pouvoir revenir sur sa décision de constituer durablement la fondation patrimoniale et décider la dissolution anticipée de la fondation patrimoniale. Il s'agira alors non pas d'une révocation de la fondation patrimoniale mais d'une décision de modification des actes constitutifs et d'une dissolution volontaire suivie d'une liquidation de la fondation patrimoniale.

Etant donné le caractère exceptionnel des modifications portant sur des clauses fondamentales telles que la modification de l'objet, de la durée et de la détermination des bénéficiaires il a été jugé indispensable que cette faculté soit personnelle au fondateur, sauf stipulation contraire de l'acte constitutif. Cette faculté ne peut donc pas être cédée, ni déléguée, ni être exercée par les ayants cause du fondateur.

Le Conseil d'Etat observe que le verbe „pouvoir“, tout comme le terme „notamment“ à l'alinéa 2, doivent être utilisés avec circonspection. Leur utilisation est en effet susceptible de faire naître dans certains cas une insécurité juridique, voire l'arbitraire. En l'occurrence, ces termes pourraient laisser entendre que le fondateur puisse agir ou compléter le texte législatif à sa guise.

L'article 23 permet par ailleurs au fondateur de modifier le régime de responsabilité des administrateurs. Dans la mesure où, en matière de régimes de responsabilité, de nombreuses dispositions sont d'ordre public, le Conseil d'Etat estime que la latitude devrait être limitée.

Il est finalement d'avis que le tiret qui suit est à compléter par la précision „sauf obligation légale d'instituer un conseil de surveillance“.

La Commission des Finances et du Budget complète le tiret (point f)) en question.

L'article 24 vise les cas de modification des actes par d'autres organes que le fondateur, en l'absence de droits réservés de ce dernier, et réserve ce droit au conseil d'administration sur proposition, le cas échéant, du conseil de surveillance.

Le principe de protection du patrimoine de la fondation patrimoniale, le respect de la volonté du fondateur et la protection des bénéficiaires impliquent toutefois que certaines clauses fondamentales ne puissent être modifiées que si cette faculté est prévue dans les actes constitutifs et pour des motifs graves.

Les motifs graves énumérés dans le texte légal sont indiqués à titre non limitatif. Par exemple, il paraît évident que dans le cas où il n'y a plus de bénéficiaires ou de bénéficiaires déterminables suivant les critères retenus dans les actes constitutifs mais néanmoins encore des bénéficiaires de la famille du fondateur ou des bénéficiaires déterminables en suivant d'autres critères que ceux d'origine, le conseil d'administration doit pouvoir changer les clauses des actes constitutifs en modifiant l'objet ou en changeant les critères de détermination des bénéficiaires.

A l'article 24, alinéa 2, 4e ligne avant la fin, il convient, selon le Conseil d'Etat, de dire „dans l'impossibilité de réalisation soit de l'objet de la fondation patrimoniale, soit d'absence de but ou de bénéficiaires déterminés ou déterminables“, alors que sur base de l'article 5 du projet, une fondation patrimoniale doit avoir un objet et un/des bénéficiaire(s) ou un/plusieurs but(s).

Enfin, à l'article 24, alinéa 2, avant-dernière ligne, tout comme à l'alinéa 3 qui suit, il faut préciser „sur proposition unanime de tous les membres du conseil de surveillance, afin d'exclure le cas où chaque membre aura fait une proposition, mais que celles-ci soient divergentes.

La Commission des Finances et du Budget suit l'argumentation du Conseil d'Etat tout en modifiant légèrement le texte proposé afin d'en faciliter la compréhension (**amendement 8**).

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat ne formule pas d'observation à l'égard de cet amendement.

Chapitre 4 (ancien Titre IV)

Article 25

Cet article rappelle le caractère civil de la fondation patrimoniale malgré son immatriculation au registre de commerce et des sociétés.

Le Conseil d'Etat juge cette clarification cohérente par rapport à la définition de l'objet inscrite à l'article 5, qui exclut toute activité commerciale. Selon lui, il est d'autant plus surprenant que l'article 36 soumet les fondations patrimoniales à l'impôt commercial communal. Le commentaire des articles précise d'ailleurs que „la fondation patrimoniale est toujours considérée comme entreprise commerciale pour l'ensemble de ses activités“. De même, l'article 34, paragraphe 8 dispose que les revenus d'une fondation patrimoniale sont toujours à considérer comme un bénéfice commercial. Le Conseil d'Etat a des difficultés à admettre ces qualifications alors que le Code fiscal définit le bénéfice commercial dans des termes comparables au Code de commerce. Le droit fiscal ne gagne pas en cohérence lorsque le législateur confère à certaines activités, et à certaines catégories de revenus, des qualifications contraires à leur nature.

Article 26

Cet article reprend les obligations comptables des fondations patrimoniales et spécifie que les comptes de la fondation patrimoniale sont établis suivant le schéma simplifié des sociétés de participations financières.

Pour des raisons de protection de la vie privée, il est prévu que les comptes annuels des fondations patrimoniales ne soient pas déposés au registre de commerce et des sociétés et ne soient pas publiés.

Pour des raisons de gouvernance et de bonne administration et afin d'assurer le respect du standard international en matière de transparence et d'échange de renseignements à des fins fiscales, les administrateurs sont soumis à une obligation de tenue et de mise à disposition au siège de la fondation patrimoniale d'un certain nombre de documents énumérés à cet article et qui constituent les documents les plus importants de la fondation patrimoniale. Cette disposition est impérative et les actes constitutifs ne peuvent pas en limiter la portée.

Cet article règle en même temps la question de l'accès aux documents et spécifie que ces documents sont librement accessibles au fondateur et aux organes de la fondation patrimoniale. Le droit d'information des bénéficiaires est réglé au niveau de cet article et encadré par les stipulations des actes constitutifs. Cet article donne une définition des bénéficiaires habilités à obtenir des informations, même en l'absence de stipulations des actes constitutifs, ainsi que les conditions de l'accès à ces informations. Evidemment, les actes constitutifs peuvent prévoir des droits d'informations plus larges en faveur des bénéficiaires en incluant notamment des bénéficiaires potentiels ou dont les droits sont conditionnels ou des bénéficiaires certains, mais dont les droits ne peuvent pas être évalués dans leur montant.

Sur le plan formel, le Conseil d'Etat constate qu'il y a lieu de mentionner à l'article 26 du projet l'intitulé de la loi modifiée du 19 décembre 2002 de manière complète pour écrire „loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises“.

Ensuite, il rappelle que le renvoi à des actes d'une intensité normative inférieure ne respecte pas le principe de la hiérarchie des normes, qui interdit de se référer dans une norme à des sources de droit d'un niveau inférieur. En opérant un tel renvoi, se pose en effet la question de savoir si l'autorité dont émane l'acte référé pourra encore le modifier ou l'abroger ultérieurement. Le renvoi à un acte normatif inférieur doit donc, en principe, se limiter à indiquer la nature de cet acte. En l'occurrence, le Conseil d'Etat s'oppose formellement à la disposition selon laquelle la loi en projet renvoie au règlement grand-ducal du 29 juin 1984 déterminant le schéma, selon lequel les sociétés de participation financière doivent établir leurs comptes annuels. Il y a lieu de se référer au „règlement grand-ducal pris en exécution de l'article 31 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises“.

Le Conseil d'Etat observe encore que l'article 26 utilise à plusieurs reprises la notion „d'administrateurs“, alors qu'il conviendrait de faire référence au conseil d'administration.

La Commission des Finances et du Budget reprend les modifications rédactionnelles proposées par le Conseil d'Etat.

Quant au fond le Conseil d'Etat constate qu'en vertu de l'article 26, la fondation patrimoniale établit ses comptes suivant le schéma défini par le règlement grand-ducal du 29 juin 1984 déterminant le schéma selon lequel les sociétés de participation financière doivent établir leurs comptes annuels. Ce schéma particulier avait été introduit à l'époque pour tenir compte du contexte particulier des sociétés dites „holding“ basées sur la loi modifiée du 31 juillet 1929, entretemps abolie. Dans ce contexte, le schéma poursuit trois objectifs:

- Comme les sociétés holding avaient un objet social très restrictif et que leur politique d'investissement était strictement encadrée par la loi, le schéma simplifie amplement les rubriques du bilan et du compte de pertes et profits.
- Comme les sociétés holding étaient soumises à un impôt spécifique, à savoir la taxe d'abonnement, le schéma présente les comptes avec des rubriques permettant un calcul aisé de la base imposable.
- Comme les sociétés holding évoluaient historiquement dans un contexte particulier, marqué par la recherche d'une grande discrétion, le schéma des comptes annuels visait à limiter au strict minimum la présentation des informations financières.

Le rapprochement des fondations patrimoniales avec les anciennes sociétés holding peut surprendre alors que le schéma des comptes annuels prévu au règlement grand-ducal du 29 juin 1984 semble tomber en désuétude depuis l'abolition du régime des sociétés holding. Il convient d'ailleurs de noter que les sociétés de participation financière dites „soparfi“ établissent et publient leurs comptes annuels suivant le schéma standard des sociétés commerciales. Aussi le Conseil d'Etat s'interroge-t-il sur les raisons pour lesquelles les auteurs de la loi en projet jugent ce schéma particulièrement adapté aux besoins d'information des destinataires des comptes annuels.

Les comptes annuels sont préparés par le conseil d'administration de la fondation, sans que la loi en projet ne fixe de délai pour l'adoption des comptes annuels. La loi en projet n'impose pas l'obligation de faire vérifier les comptes annuels par un réviseur d'entreprises agréé. Les comptes annuels ne doivent pas être déposés au registre de commerce et des sociétés. Alors que les comptes annuels se composent traditionnellement du bilan, du compte de pertes et profits et d'une annexe expliquant les méthodes d'évaluation et présentant des informations financières complémentaires, les fondations patrimoniales sont dispensées de l'établissement d'une telle annexe.

Le commentaire des articles motive cette approche minimaliste par „des raisons de protection de la vie privée“. Le Conseil d'Etat ignore si cette approche se retrouve également, dans la même mesure, dans d'autres Etats membres de l'Union européenne ayant une législation spécifique sur les fondations patrimoniales. Il appartiendra au gouvernement et aux acteurs économiques concernés de faire en sorte à éviter des interprétations négatives des dispositions afférentes dans le contexte financier international marqué par un souci de transparence financière.

Article 27

L'article 27 pose l'obligation pour les fondations patrimoniales ne disposant pas de locaux propres d'établir leur siège auprès d'un domiciliataire visé par la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation de sociétés.

Du point de vue de la réglementation de l'activité de domiciliation, il n'a en effet pas paru souhaitable d'adopter un traitement différent pour les fondations patrimoniales et les sociétés, de sorte que le projet de loi étend, dans une très large mesure, les exigences posées par la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation de sociétés aux fondations patrimoniales. L'article 27 doit dans ce contexte être lu ensemble avec l'article 37 du projet de loi, qui apporte certaines adaptations à la loi de 1999, rendues nécessaires par les spécificités de la fondation patrimoniale par rapport aux sociétés, ainsi qu'avec l'article 31, paragraphe (4), relatif aux sanctions pénales.

D'autre part, l'intervention d'un domiciliataire visé par la loi de 1999 pour les fondations patrimoniales ne disposant pas de locaux propres doit contribuer à une mise en œuvre efficace de certaines autres obligations posées par le projet de loi, notamment aux articles 26 et 28, et au contrôle de cette mise en œuvre.

Le Conseil d'Etat examine ensemble les articles 27 et 31, alors qu'il convient de les lire conjointement. Ils introduisent en effet tous deux des sanctions, civiles pour l'article 27, pénales pour l'article 31.

Le texte de l'article 27 est dans son état actuel incohérent alors qu'il ne ressort pas du paragraphe 2 s'il y a lieu de faire une distinction entre le non-respect du paragraphe 1er, alinéa 1er et celui du para-

graphie 1er, alinéa 2. A l'intérieur du paragraphe 1er, alinéa 1er, la fondation patrimoniale qui ne nomme pas de domiciliataire du tout se verrait exposée aux sanctions civiles de l'article 30, alors que la fondation patrimoniale qui en nomme un, mais où le domiciliataire ne se conforme pas aux exigences de la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation de sociétés encourrait les sanctions pénales de l'article 31. Enfin, le paragraphe 4 de l'article 31 n'est pas cohérent avec le paragraphe 2 de l'article 27, ce dernier comportant une sanction civile, le premier une sanction pénale.

Par le biais de l'**amendement 9**, la Commission des Finances et du Budget apporte la précision manquante.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat ne formule pas d'observation à l'égard de cet amendement.

Article 28

L'article 28 pose les obligations liées à l'identification des bénéficiaires effectifs de la fondation patrimoniale et s'inscrit ainsi dans le contexte de la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

L'article vise à assurer que les bénéficiaires effectifs soient correctement identifiés et qu'une information à jour y relative soit disponible à un endroit déterminé au Luxembourg. Il pose en outre des obligations de conservation des documents d'identification des bénéficiaires effectifs et une obligation de coopération avec les autorités compétentes à charge des administrateurs.

La rédaction de l'article tient compte des dernières évolutions au niveau des Recommandations du Groupe d'Action Financière (GAFI), qui constituent le standard international en la matière. L'article reprend en particulier les exigences formulées dans la Recommandation 24 (ancienne Recommandation 33) concernant la transparence des personnes morales et la Note Interprétative y relative. Il résulte notamment de la Note Interprétative de la Recommandation 242 que les Etats doivent disposer d'un mécanisme visant à assurer la disponibilité des informations actualisées concernant les bénéficiaires effectifs. Le présent projet de loi opte pour le mécanisme exigeant que les informations sur l'identité des bénéficiaires effectifs soient disponibles au siège de la fondation patrimoniale ou à un autre endroit au Luxembourg. Ce mécanisme semble en effet adapté dans le contexte de la fondation patrimoniale, au vu du caractère innovant de cet instrument, qui se distingue des sociétés classiques connues en droit luxembourgeois. On peut ainsi relever notamment la structure „orpheline“ de la fondation patrimoniale et la variété des intervenants potentiels qui en découle. Le caractère innovant de la fondation patrimoniale et la complexité de son fonctionnement rendent difficile la transposition d'enseignements tirés de l'expérience acquise en matière de droit des sociétés avec d'autres types de personnes morales. Afin d'écartier tout risque d'abus de ce nouvel instrument à des fins de blanchiment ou de financement du terrorisme, il a donc été opté pour un mécanisme exigeant que les informations sur l'identité des bénéficiaires effectifs soient disponibles au siège de la fondation patrimoniale ou à un autre endroit au Luxembourg.

Concernant les personnes à identifier, il y a lieu de rappeler que la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme (ci-après la „Loi de 2004“) définit la notion de „bénéficiaire effectif“ à l'article 1er, paragraphe (7). Le présent projet de loi, qui a par ailleurs un champ d'application différent de celui de la Loi de 2004, n'entend pas modifier ni restreindre cette définition, mais apporte des précisions supplémentaires pour le cas spécifique des fondations patrimoniales.

L'article 28, paragraphe (1) contient en effet une référence générale aux personnes visées à l'article 1er, paragraphe (7) de la Loi de 2004 et énumère en outre un certain nombre de personnes particulières intervenant dans le cas spécifique d'une fondation patrimoniale.

Sont ainsi énumérées, outre les personnes visées à l'article 1er, paragraphe (7) de la Loi de 2004, les personnes suivantes:

- la ou les personne(s) physique(s) dont le patrimoine ou une partie du patrimoine est administré(e) à travers la fondation patrimoniale;
- toute autre personne physique dont des biens sont affectés à une fondation patrimoniale;
- les personnes physiques qui sont en droit de bénéficier de la fondation patrimoniale. Sont visés les bénéficiaires qui disposent d'un droit certain, déterminé ou déterminable dans son montant, définitivement acquis par eux et non soumis à la réalisation d'une condition.

L'article 28 ne décharge bien évidemment pas les personnes tombant dans le champ d'application de la Loi de 2004 des obligations professionnelles leur incombant en vertu de celle-ci, qui continue de s'appliquer en parallèle.

Afin de garantir que les autorités puissent avoir rapidement accès aux informations relatives à l'identité des bénéficiaires effectifs, l'article exige que celles-ci soient tenues au siège de la fondation ou à un autre endroit au Luxembourg, indiqué au siège.

Enfin, une obligation de coopération avec les autorités est prévue au paragraphe (3).

Le Conseil d'Etat ne formule pas d'observation à l'égard de cet article.

Chapitre 5 (ancien Titre V)

Article 29

Cet article règle le régime de dissolution et de liquidation volontaire de la fondation patrimoniale ainsi que le régime de responsabilité des liquidateurs. En l'absence d'une assemblée générale, ce sont les administrateurs qui décident de la dissolution et de la liquidation de la fondation patrimoniale.

Il y a lieu de préciser qu'il n'est pas interdit de désigner un administrateur comme liquidateur.

La mission du liquidateur d'une fondation patrimoniale consiste à payer les dettes de la fondation et à affecter l'actif restant en conformité avec l'acte constitutif et les règlements statutaires respectivement, en l'absence de stipulations, de rechercher l'affectation la plus proche possible de l'objet de la fondation patrimoniale.

La responsabilité des liquidateurs est similaire à celle des liquidateurs de sociétés commerciales.

Enfin, l'on peut rappeler que la publicité de la décision de dissolution et de mise en liquidation est assurée par l'article 9, paragraphe (2).

Le Conseil d'Etat constate que les articles 29 et 30 traitent de la dissolution et de la liquidation de la fondation patrimoniale.

Selon lui, il convient d'écrire à l'article 29, paragraphe 1er „sauf stipulation“ au singulier.

Il note que l'article 29, paragraphe 1er ne reprend pas les trois hypothèses prévues à l'article 24, alinéa 2, pour permettre une dissolution anticipée de la fondation patrimoniale. Il souhaite savoir s'il s'agit d'un oubli en ce qui concerne respectivement la réalisation du/des but(s) de la fondation patrimoniale ou la transmission de l'ensemble du patrimoine à un ou plusieurs bénéficiaires.

La Commission des Finances et du Budget indique qu'il ne s'agit pas d'un oubli. Au contraire, la dissolution et la liquidation de la fondation patrimoniale devrait constituer l'exception, la fondation patrimoniale étant constituée pour préserver le patrimoine d'une personne physique ou d'une famille dans le temps. La dissolution et la liquidation de la fondation patrimoniale n'est dès lors possible que dans un nombre restreint de circonstances. La modification de l'acte constitutif doit certes également constituer une exception. Les circonstances dans lesquelles une telle modification peut intervenir sont cependant en partie d'une autre nature étant donné qu'il s'agit notamment d'assurer la pérennité de la fondation patrimoniale.

Article 30

Cet article vise la dissolution judiciaire de la fondation patrimoniale à la demande du ministère public, à l'instar de ce qui est prévu pour les sociétés commerciales. Etant donné l'absence de dispositions de droit commun régissant la dissolution et la liquidation judiciaire des personnes morales, il est proposé un régime spécifique pour la dissolution judiciaire des fondations patrimoniales qui s'inspire de dispositions analogues contenues dans la loi sur les sociétés commerciales mais qui tient compte du caractère civil de la fondation patrimoniale.

Chapitre 6 (ancien Titre VI)

Article 31

Cet article fixe au paragraphe (1) les peines pénales sanctionnant les violations des obligations posées par les articles 9 et 26.

Le paragraphe (2) vise les violations des obligations liées à l'identification des bénéficiaires effectifs, posées à l'article 28. Les sanctions sont alignées à celles de l'article 9 de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

Les paragraphes (3) et (4) étendent aux fondations patrimoniales les dispositions des articles 4 (1) b) et 4 (2) de la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation de sociétés.

Le Conseil d'Etat constate que cet article est largement inspiré de la loi sur les domiciliations. Il convient cependant, selon lui, de préciser, aux paragraphes 2, 3 et 4 qui sont les personnes visées („ceux qui /celui qui“). Dans le cadre du paragraphe 4 se pose d'ailleurs la question qui paierait cette amende alors que la fondation concernée risque d'être liquidée.

La Commission des Finances et du Budget souhaite s'en tenir à „ceux qui/celui qui“ dans la mesure où il s'agit d'une formulation largement utilisée, notamment dans le domaine anti-blanchiment et lutte contre le financement du terrorisme. Cette formulation évite d'ailleurs d'omettre une ou des personnes visées.

Chapitre 7 (ancien Titre VII)

Article 32

Aucun droit d'enregistrement proportionnel n'est dû lors de la mise en place d'une fondation patrimoniale, ni lors de la dotation ultérieure de celle-ci. Par contre, un droit d'enregistrement proportionnel devient exigible en cas de transmission du vivant du fondateur de biens respectivement de droits figurant à l'actif de la fondation patrimoniale aux bénéficiaires de la fondation patrimoniale: dans la mesure où une telle transmission est assimilée à une mutation à titre gratuit, le droit commun du droit des donations est applicable avec des taux différents suivant les liens existant au jour de la transmission entre le fondateur et le bénéficiaire respectif. Le cas de la liquidation respectivement de la dissolution de la fondation patrimoniale fait l'objet d'un traitement analogue.

Par contre, au cas où les biens apportés par le fondateur à la fondation patrimoniale figurent toujours à son actif au jour du décès de ce dernier, il y a lieu de soumettre cet actif à un droit proportionnel d'enregistrement spécifique dont les taux s'inspirent des taux déjà prévus en matière de droits de succession. L'introduction d'un tel droit d'enregistrement *sui generis* est nécessaire dans la mesure où une application des droits de succession n'est pas possible en raison de l'existence de la fondation patrimoniale en tant que personne morale distincte du fondateur. Même s'il s'agit donc de deux personnes juridiques distinctes, l'actif de la fondation patrimoniale trouve néanmoins directement son origine dans le patrimoine du fondateur. Le droit d'enregistrement *sui generis* vise ainsi à reconstituer dans une certaine mesure fiscalement l'unité du patrimoine du fondateur décédé afin d'éviter de trop fortes disparités de traitement entre des personnes dont le patrimoine entier tombe dans la succession et des personnes dont une partie du patrimoine a été affectée préalablement à la fondation patrimoniale en échappant ainsi à la masse successorale proprement dite. Le droit d'enregistrement *sui generis* suit donc largement le régime existant en matière de droits de succession en tenant notamment compte des liens existant au jour du décès entre le fondateur et le bénéficiaire respectif: c'est ainsi que des taux de faveur s'appliquent en fonction de l'intensité de ces liens à condition que le bénéficiaire ait été définitivement et irrévocablement désigné au jour du décès du fondateur. Si le fondateur est une personne morale, le taux de 40% est toujours applicable. Si l'actif imposé se voit toujours évalué au jour du décès du fondateur, sa composition varie cependant entre un habitant et un non-habitant du Grand-Duché. Si le fondateur n'habite pas au Luxembourg au jour de son décès, seul l'actif immobilier de la fondation patrimoniale situé au Luxembourg se trouve soumis au droit d'enregistrement *sui generis*: cette approche ne fait que refléter la distinction existant déjà actuellement entre droits de succession et droits de mutation par décès.

Il y a lieu de reprendre dans le cadre de ce droit d'enregistrement *sui generis* certaines dispositions qui figurent déjà actuellement dans le droit commun applicable en matière de droits d'enregistrement: il s'agit notamment des délais de prescription spécifiques ainsi que de l'expertise de contrôle au cas où l'administration de l'enregistrement conclut à l'insuffisance de la valeur déclarée par la fondation patrimoniale pour un bien.

A noter qu'une disposition spécifique vise le cas particulier où les biens de plusieurs fondateurs entrent dans le patrimoine d'une même fondation patrimoniale: dans ce cas, une présomption est établie en faveur de l'administration de l'enregistrement afin de garantir l'efficacité de son contrôle quant à l'origine de ces biens.

Finalement la remise à une personne autre que le fondateur et la cession de certificats émis par une fondation patrimoniale sont dans une certaine mesure assimilées à une mutation à titre gratuit en don-

nant lieu à la perception de droits de donation sur les immeubles situés au Luxembourg et détenus par la fondation patrimoniale.

Le Conseil d'Etat constate que le transfert de biens par les fondateurs à la fondation est soumis au seul droit fixe d'enregistrement. Le transfert de biens par la fondation à un bénéficiaire du vivant du fondateur est enregistré suivant les règles ordinaires applicables aux donateurs, comme si la donation avait été faite en direct par le fondateur aux bénéficiaires. Le Conseil d'Etat s'interroge sur l'application de ces principes dans l'hypothèse où le fondateur est une „entité patrimoniale“ au sens de l'article 1er, telle une société civile ou commerciale, une société de gestion de patrimoine familial au sens de la loi modifiée du 11 mai 2007, une autre fondation, ou une structure faisant intervenir un contrat fiduciaire ou un trust. Il relève que les auteurs de la loi en projet semblent admettre que, dans une telle hypothèse, un droit d'enregistrement n'est pas perçu tant que l'entité patrimoniale reste en vie, quelle que soit par ailleurs la situation au niveau des personnes physiques ayant créé l'entité patrimoniale concernée. Selon le Conseil d'Etat, une telle interprétation serait de nature à limiter le champ d'application de la disposition spécifique visant la perception de droits d'enregistrement le jour du décès du fondateur.

L'Administration de l'Enregistrement et des Domaines a apporté l'explication suivante à la Commission des Finances et du Budget:

Si le fondateur est une „entité patrimoniale“, le transfert de biens par la fondation à un bénéficiaire est toujours à enregistrer suivant les règles ordinaires applicables aux donations en matière de droits d'enregistrement. En effet, il n'y a jamais perception de droits de succession dans le cadre d'une personne morale (entité patrimoniale). Ce constat vaut aussi pour l'hypothèse d'une fondation patrimoniale créée par une telle entité. La disparition de cette entité par sa dissolution ne rend donc pas exigibles les droits d'enregistrement *sui generis* visés aux paragraphes 5 et 6 nouveaux (paragraphes 4 et 5 anciens) de l'article 32 du projet de loi.

Le Conseil d'Etat constate, de plus, qu'au jour du décès du fondateur, les droits d'enregistrement opèrent une distinction suivant que le fondateur habite au Grand-Duché ou à l'étranger au moment du décès. Pour les besoins de cette disposition, la notion d'„habitant“ vise toute personne qui a établi son domicile ou le siège de sa fortune au Luxembourg (article 1er de la loi modifiée du 27 décembre 1817 sur les droits de succession). En ce qui concerne un fondateur résident au moment de son décès, le projet de loi dispose que les droits de succession sur les biens transmis entre conjoints sans enfants sont perçus au taux de 0%, alors qu'en droit commun les successions entre époux mariés ou liés par un partenariat, sans enfant commun, sont imposées au taux de 5% majoré par les dixièmes additionnels en fonction du montant de la succession. Il se pose le cas échéant un problème d'égalité devant la loi au sens de l'article 10bis de la Constitution.

Sur le plan rédactionnel et par analogie au Code civil, le Conseil d'Etat demande de remplacer la notion de „bru“ par celle de „belle-fille“.

Le Conseil d'Etat note que les droits de donation sont également perçus lors de l'émission de certificats portant sur un ou plusieurs immeubles situés au Luxembourg. D'après les auteurs, la certification permet de garder le contrôle juridique d'un actif dans la fondation patrimoniale tout en donnant certains droits économiques sur cet actif au titulaire des certificats. Cette disposition constitue une entorse au principe suivant lequel „la loi fiscale fixe le tarif et règle la base de perception tandis que l'exigibilité de l'impôt est déterminée par le droit civil“. D'après le commentaire des articles, l'introduction d'un tel droit d'enregistrement *sui generis* est nécessaire dans la mesure où une application des droits de succession n'est pas possible en raison de l'existence de la fondation patrimoniale en tant que personne morale distincte du fondateur.

La Commission des Finances et du Budget a été informée par l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines que cette dernière considère que l'existence de ce principe ne constitue pas pour autant un obstacle à la mise en place de droits particuliers dont l'exigibilité n'est pas directement fonction du droit civil. Dans ce contexte, il est noté que la fondation patrimoniale introduit un nouveau concept juridique dans le droit civil et fiscal luxembourgeois justifiant ainsi la mise en place d'un régime fiscal spécifique.

Le Conseil d'Etat observe qu'aux termes du paragraphe 4, le droit proportionnel d'enregistrement serait également perçu au taux de 40% au jour du décès du fondateur habitant au Grand-Duché dans l'hypothèse où certains actifs de la fondation patrimoniale sont définitivement et irrévocablement affectés à un établissement d'utilité publique ou à une association sans but lucratif reconnue d'intérêt général. Le Conseil d'Etat se demande si ce traitement correspond à l'intention des auteurs, alors que

l'article 23 de la loi modifiée du 7 août 1920 portant majoration des droits d'enregistrement, de timbre, de succession, etc. prévoit que les donations faites entre autres à des établissements publics et associations sans but lucratif sont grevées d'un droit perçu au taux de 4%.

L'Administration de l'Enregistrement et des Domaines a expliqué à la Commission des Finances et du Budget qu'il est vrai que le projet de loi ne prévoit pas de dispositions spécifiques régissant le transfert de biens par la fondation à des fondations publiques respectivement à des associations. L'absence de telles dispositions ne constitue pas pour autant une lacune dans la mesure où la fondation patrimoniale met en place un régime de faveur se distinguant de celui existant déjà pour d'autres entités fiscalement avantagées comme, par exemple, les fondations publiques ou les associations. Il appartient donc aux contribuables de choisir eux-mêmes le régime fiscal le plus approprié à leurs intentions respectives.

Le Conseil d'Etat relève que le paragraphe 11 dispose que les documents comptables visés à l'article 26 sont accessibles à l'Administration de l'enregistrement et des domaines au siège de la fondation patrimoniale. Le Conseil d'Etat propose de biffer cette disposition alors que l'administration dispose naturellement de tous les pouvoirs d'investigation et notamment du droit de demander la production de tous les documents utiles, et que la fondation est également soumise à toutes les obligations de coopération avec l'administration, suivant les règles de procédure gouvernant la perception des droits d'enregistrement.

L'Administration de l'Enregistrement et des Domaines a informé la Commission des Finances et du Budget du fait qu'elle doit avoir un accès aux documents comptables visés à l'article 26 du projet de loi à des fins de contrôle fiscal. Or, un tel accès n'est pas garanti à l'heure actuelle par le cadre législatif existant: d'où la nécessité de le prévoir expressément dans le présent projet de loi.

La Commission des Finances et du Budget décide, pour cette raison, de maintenir cette disposition dans le projet de loi.

Le Conseil d'Etat observe encore que l'intitulé de la loi modifiée du 27 décembre 1817 s'énonce „loi modifiée du 27 décembre 1817 pour la perception du Droit de Succession“.

Sur le plan formel, il est répété que le renvoi aux paragraphes se fait sans l'utilisation de parenthèses et le renvoi à l'article 1 doit s'écrire „article 1er“. Le symbole „%“ est à écrire en toutes lettres. L'ensemble de l'article sous examen est à revoir.

A la deuxième phrase du paragraphe 4, il convient de lire „loi précitée du 27 décembre 1817“ ou de reprendre l'intitulé complet. La même observation vaut pour les paragraphes 5 et 8.

Concernant l'énumération au sein de la deuxième phrase du paragraphe 4, il y a lieu de remplacer les chiffres placés entre parenthèses par une séquence alphabétique a), b), c). Cette dernière observation vaut également pour la troisième phrase du paragraphe 5.

Au paragraphe 7, il échet d'écrire „Administration de l'enregistrement et des domaines“. La même observation vaut pour le paragraphe 11.

Au paragraphe 8, il convient d'utiliser l'intitulé officiel de la loi du 23 décembre 1913 pour écrire „loi modifiée du 23 décembre 1913 concernant la révision de la législation qui régit les impôts dont le recouvrement est attribué à l'administration de l'enregistrement et des domaines“.

Concernant la loi du 22 frimaire an VII, il y a lieu d'ajouter l'intitulé pour écrire „loi modifiée du 22 frimaire an VII (12 décembre 1798) sur l'enregistrement“.

Par le biais de l'**amendement 10**, la Commission des Finances et du Budget apporte des modifications à l'article 32 prises à la suite des observations du Conseil d'Etat. L'objectif est de clarifier les règles applicables en matière d'enregistrement aux transferts par la fondation patrimoniale de biens après la disparition du fondateur en tant que personne morale. Il est nécessaire de prévoir des dispositions spéciales à cet effet dans la mesure où une donation ne peut se faire, en principe, qu'entre vifs: donc aussi longtemps que le donateur – en tant que personne physique ou morale – est en vie respectivement existe. Dans ce contexte, il est devenu nécessaire d'uniformiser les bases d'imposition respectives prévues aux paragraphes 2 et 3.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat constate que l'amendement 10 fait suite à une suggestion émise par le Conseil d'Etat dans son avis du 29 avril 2014.

En ce qui concerne les autres observations faites par le Conseil d'Etat dans son premier avis au niveau de la rédaction respectivement de la forme de l'article 32, l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines estime qu'elles ne pourront être concrétisées que dans le cadre d'une adaptation de

l'ensemble des textes légaux et réglementaires en matière de droits d'enregistrement. Cette adaptation permettra de tenir compte de ces observations tout en préservant une parfaite cohérence importante en matière de législation fiscale.

La Commission des Finances et du Budget se rallie à ce point de vue.

Article 33

L'imposition des revenus réalisés par la fondation patrimoniale en matière de l'impôt sur le revenu des collectivités fait l'objet de l'article 33. Alors que le trust et la fiducie sont dotés de la transparence fiscale, avec comme corollaire l'imposition du revenu ou du patrimoine au niveau du bénéficiaire économique, il est proposé de considérer que la fondation patrimoniale constitue elle-même un sujet fiscal tombant dans le champ d'application de l'impôt sur le revenu des collectivités et constituant ainsi un organisme à caractère collectif pleinement imposable au sens de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu („L.I.R.“).

Seuls les revenus perçus sur certains actifs limitativement énumérés et utilisés dans le cadre de la gestion patrimoniale moderne sont proposés pour être exonérés dans le chef de la fondation patrimoniale. En vertu du paragraphe 1er de l'article 33, l'exonération s'applique aux revenus provenant de capitaux mobiliers au sens de l'article 97 L.I.R., notamment les intérêts de créances et les dividendes, ainsi qu'aux plus-values issues de la cession des biens générant ces revenus, notamment les participations. Sont également exonérés, dans les mêmes conditions applicables dans le chef d'une personne physique, les plus-values issues de la cession de biens meubles corporels lorsque cette cession se fait en dehors de la période des bénéfices de spéculation définis à l'article 99bis L.I.R., ainsi que le capital et la valeur de rachat touchés du chef d'un contrat d'assurance contracté à titre individuel en cas de vie, d'invalidité ou de décès. Il s'agit notamment de contrats d'assurance en cas de vie qui désignent la fondation patrimoniale comme bénéficiaire appelé à recueillir le bénéfice du contrat.

Par cette mesure, l'imposition de ces revenus est reportée, puisque ces revenus sont imposés ultérieurement dans le chef des bénéficiaires de la fondation patrimoniale ou de son fondateur ou ses ayants droit lorsqu'ils sont versés à ceux-ci.

Il y a lieu de remarquer que les moins-values de cession, de même que les déductions pour dépréciation ne sont pas déductibles fiscalement. Il en est de même des différences de change en relation avec les revenus exonérés et les moins-values non déductibles.

Le traitement fiscal des autres revenus réalisés par la fondation patrimoniale, notamment les revenus locatifs et les plus-values réalisées lors de la cession d'immeubles sont imposables dans les conditions de droit commun en tant que bénéfice commercial.

Dans la mesure où des revenus de la fondation patrimoniale sont attribués aux détenteurs de certificats, les dispositions de l'article 108bis de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu s'appliquent.

Le paragraphe (2) de l'article 33 du projet de loi vise la cession par la fondation patrimoniale de biens lui appartenant aux bénéficiaires, aux détenteurs de certificats ou au fondateur et à ses ayants droit. Il est proposé que la transmission opérée se réalise en neutralité fiscale dans le chef de la fondation patrimoniale, c'est-à-dire à la valeur comptable fiscale. Il s'ensuit qu'une éventuelle plus-value latente n'est pas découverte dans le chef de la fondation, mais reportée dans le chef du nouveau propriétaire qui, en vertu de l'article 34, alinéa 1er, 1° du présent projet de loi, reprend aussi bien la date d'acquisition que le prix d'acquisition comptabilisés auprès de la fondation patrimoniale. La transmission est donc assimilée à une transmission à titre gratuit comme si, en l'absence de son appartenance à la fondation patrimoniale, le bien avait été transmis par donation ou succession. Alors que les cessionnaires figurent en principe parmi les bénéficiaires ou les détenteurs de certificats, il n'est pas exclu que ce soient aussi le fondateur ou ses ayants droit, notamment lorsqu'à l'occasion de la dissolution de la fondation, les biens retournent au fondateur ou à ses ayants droit, par exemple ses héritiers.

Si, par contre, les biens sont transmis par la fondation patrimoniale à une personne qui n'a pas la qualité de bénéficiaire, de détenteur de certificats, de fondateur ou de ses ayants droit, la transmission est à opérer conformément au droit commun. Il en est de même si le cessionnaire est une personne morale.

L'article 12, alinéa 5 du présent projet de loi prévoit que les certificats peuvent, dans les conditions prévues dans l'acte d'émission, être échangeables contre tout ou partie des actifs auxquels ils se rapportent. Etant donné qu'aux termes de l'article 22, alinéa 5 L.I.R., l'échange de biens est à considérer

comme cession à titre onéreux du bien donné en échange, suivie de l'acquisition à titre onéreux du bien reçu en échange, il est précisé à la deuxième phrase de l'alinéa 2 que la neutralité fiscale préconisée à la première phrase s'applique de manière correspondante à la transmission par la fondation patrimoniale d'un bien lui appartenant à un détenteur de certificat. Le dispositif de l'alinéa 2 diffère donc fondamentalement de celui de l'article 22, alinéa 5 L.I.R., ce qui est justifié par le rôle spécifique qu'assume la fondation patrimoniale dans le cadre de la gestion du patrimoine familial et de la planification successorale.

Il est aussi renvoyé au commentaire de l'article 102, alinéa 4b L.I.R. qui traite de la date et du prix d'acquisition du bien transmis à retenir dans le chef du cessionnaire.

Enfin, le paragraphe (3) de l'article 33 du projet de loi prévoit que la retenue d'impôt à la source dont sont passibles les revenus indigènes exonérés en vertu de l'alinéa 1er, 1ère phrase, reste acquise au Trésor et, par conséquent, n'est ni imputée, ni remboursée à la fondation patrimoniale. Cette disposition applique le même principe que celui inséré à l'article 161, alinéa 2 L.I.R.

Le Conseil d'Etat constate que l'article 33 précise le traitement des revenus générés par la fondation à l'égard de l'impôt sur le revenu. Aux termes de cette disposition, certains revenus „ne constituent pas des revenus imposables“. Suivant l'article 159 LIR, paragraphe 2, „l'impôt sur le revenu des collectivités porte sur l'ensemble des revenus du contribuable“. La qualification de certains revenus comme „non imposables“ créerait donc une entorse au principe général mentionné à l'article 159 LIR prémentionné. Mais peut-être les auteurs du projet de loi n'avaient pas cette intention. Le commentaire des articles explique en effet que ces revenus sont „exonérés“. Il existe pourtant une différence conceptuelle entre ces deux termes: un revenu non imposable reste hors champ d'application de l'impôt sur le revenu, tandis qu'un revenu exonéré relève d'abord de l'assiette de l'impôt pour être ensuite retranché du revenu imposable. Cette différence n'est pas seulement sémantique, elle a également d'autres implications pratiques au niveau de l'application du droit fiscal.

Le paragraphe 1er de l'article sous avis comporte une disposition spécifique au sujet des revenus attachés à des biens de l'actif grevés de certificats au sens de l'article 12, paragraphe 1er de la loi en projet. Aux termes de l'article 33, paragraphe 1er, l'article 108*bis* LIR est applicable „dans la mesure où les revenus de la fondation sont attribués aux détenteurs de certificats“. Cette disposition soulève une série de problèmes d'interprétation:

- L'article 108*bis* LIR relatif au démembrement de propriété dispose que le nu-propiétaire est réputé acquérir les revenus d'un bien et les céder à l'usufruitier. Le droit fiscal comporte une définition spécifique de l'usufruit, qui peut d'ailleurs s'écarter des concepts du droit civil¹. Comment les concepts très spécifiques de l'article 108*bis* LIR peuvent-ils être appliqués d'une façon générale aux revenus de la fondation attribués aux détenteurs de certificats?
- L'article 12 reconnaît à la fondation le droit de définir les droits attachés à des certificats nominatifs sans que la loi fixe de restrictions à cette liberté. Quelles sont les implications d'une disposition légale rendant applicables les règles d'imposition de l'article 108*bis* LIR à un instrument juridique dont les modalités sont déterminées librement par les contribuables, sans que la loi fixe au départ de limites à l'imagination des parties concernées?
- Dans le cadre de l'article 108*bis* LIR, l'usufruitier est imposé sur des revenus qui sont mis à sa disposition au cours de la même année d'imposition au cours de laquelle le nu-propiétaire est réputé toucher ces revenus. Tel n'est pas nécessairement le cas pour les certificats émis par la fondation, qui peuvent prévoir un décalage dans le temps entre l'année où la fondation reçoit un revenu et l'année où le revenu est mis à disposition du bénéficiaire du certificat. Rien n'empêche une fondation d'émettre un certificat au profit d'une personne sans que cette personne soit même informée de l'existence du certificat: dans ce cas, le bénéficiaire du certificat serait redevable d'un impôt alors qu'il n'aurait pas touché le revenu, et qu'il ignorerait même l'existence de ce revenu. Un certificat peut également être émis au profit d'une personne, telle un enfant mineur, n'assumant pas elle-même les charges fiscales relatives à ses revenus. Il est difficile de prévoir l'impact pratique de cette disposition face à des situations familiales complexes.
- Comme les certificats peuvent être dotés de droits spécifiques, il convient d'analyser cet instrument juridique par rapport au concept de propriété économique au sens de l'article 11 de la loi d'adaptation

¹ Voir notamment les jugements de la Cour administrative dans les affaires 11565C et 11566 datés du 23 mars 2000.

fiscale. La propriété fiscale d'un bien régi par un tel certificat est-elle déterminée par l'article 11 précité, ou l'article sous examen prévaut-il en tant que règle spéciale?

Le paragraphe 3 est difficile à interpréter dans la formulation proposée. Cette disposition se réfère à l'exemption prévue au paragraphe 1er, alors que, précisément, cette disposition ne comporte pas d'exemption (voir ci-avant). A supposer que le paragraphe 1er vise à exonérer certains revenus, alors cette disposition introduit une exception à l'exonération, et soumet donc ces revenus à une imposition effective. Reste à savoir si l'imposition est limitée à la retenue à la source, ou si, au contraire, ces revenus sont intégrés à l'assiette imposable à l'impôt sur le revenu des collectivités. L'intention des auteurs du projet de loi, telle qu'affichée au commentaire des articles, se limite à garantir que les retenues à la source perçues sur les revenus de la fondation ne sont pas remboursées et restent donc acquises au Trésor. La disposition en cause est reprise textuellement de l'article 161, paragraphe 2 LIR. Malheureusement, le contexte des deux dispositions légales n'est pas comparable: l'article 161 LIR introduit une exemption subjective en faveur de certaines collectivités, alors que l'article 33 sous avis se limite soit à déclarer non imposables certains revenus, soit à accorder une exonération objective en faveur de certains revenus. L'article 161 LIR est à rapprocher de l'article 160 LIR, qui précisément rend ces collectivités passibles de la retenue d'impôt à la source. En copiant un passage de texte retiré d'un contexte très spécifique et en l'insérant dans un contexte différent, les auteurs de la loi en projet aboutissent en effet à un résultat qui ne semble pas correspondre à leurs intentions. De l'avis du Conseil d'Etat, la formulation du paragraphe 3 limite la portée du paragraphe 1er, et a donc comme résultat que les revenus indigènes soumis à une retenue à la source sont soumis à l'impôt sur le revenu suivant les règles de droit commun.

Si les auteurs de la disposition sous avis entendent maintenir l'exonération desdits revenus, alors il conviendrait de reformuler le texte en conséquence. Dans cette hypothèse, il conviendrait aussi de clarifier l'interaction entre l'article 33 sous avis et le régime d'imputation des retenues à la source inscrit aux articles 134 et 134*bis* LIR. Si, par contre, les auteurs souhaitent aligner les paragraphes 1 et 3 de l'article 33, le Conseil d'Etat propose que:

- soit les auteurs qualifient les revenus de non imposables, et dans ce cas, il conviendrait de reformuler le paragraphe 3 en supprimant le bout de phrase „l'exemption prévue à“,
- soit les auteurs qualifient les revenus d'exonérés, et dans ce cas le premier paragraphe devrait commencer par „Ne constituent pas des revenus exonérés“.

Quant à la forme, au paragraphe 1er de l'article sous avis, le chiffre „6“ doit s'écrire en toutes lettres.

Par le biais des **amendements 11 et 12**, la Commission des Finances et du Budget reprend les propositions formulées par le Conseil d'Etat afin de mieux clarifier l'intention du législateur. Ainsi, il est assuré que les revenus indigènes provenant de capitaux mobiliers au sens de l'article 97 L.I.R. et soumis à une retenue d'impôt à la source sont exonérés et ne rentrent pas dans la base imposable de la fondation patrimoniale. Quant à la retenue d'impôt à la source dûment opérée à charge de ces revenus, le nouveau libellé du paragraphe 3 clarifie sans équivoque que cette retenue n'est pas remboursée et reste donc acquise au Trésor. L'emploi en toutes lettres du chiffre 6 est une modification de pure forme.

La Commission des Finances et du Budget est informée du fait que les auteurs du projet de loi sont d'avis que la disposition de la dernière phrase du paragraphe 1er de l'article 33 du projet de loi est absolument nécessaire. En effet, elle assure que les revenus générés par un bien détenu en nue-propriété par la fondation patrimoniale continuent à être imposés lorsque ces revenus ne sont plus attribués à l'usufruitier, mais au détenteur de certificats. Autrement dit, l'imposition des revenus générés par un droit d'usufruit ne peut pas être contournée par la simple émission de certificats. Ainsi, le loyer versé par un locataire transite par les livres comptables de la fondation patrimoniale qui doit le céder soit à l'usufruitier, soit au détenteur de certificats, ceux-ci étant redevables de l'impôt conformément à l'article 108bis L.I.R.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat ne formule pas d'observation à l'égard de ces amendements.

Article 34

ad point 1°

L'introduction de la fondation patrimoniale nécessite l'adaptation et la modification de certaines dispositions en matière de la L.I.R. qui font l'objet de l'alinéa 1er de l'article 34.

La fondation patrimoniale étant une structure orpheline, c'est-à-dire sans actionnaires, associés ou membres, les allocations de toute nature, tels les versements d'argent ou les avantages en nature, effectuées par la fondation patrimoniale au profit de ses bénéficiaires, de son fondateur ou de ses ayants droit ne peuvent pas être qualifiées de dividendes au sens de l'article 97 L.I.R. Il est proposé de les englober parmi les revenus divers spécifiés par l'article 99 L.I.R. par l'ajout d'un nouveau numéro 6. Par cette classification, les allocations sous rubrique ne sont pas passibles de la retenue d'impôt à la source sur les revenus de capitaux mobiliers au sens de l'article 146 L.I.R. Afin de compléter le régime fiscal du nouveau numéro 6, il est également renvoyé au numéro 5° ci-après.

A l'état actuel de la législation fiscale nationale et communautaire en matière de la retenue d'impôt à la source libératoire sur certains intérêts produits par l'épargne mobilière, les versements effectués par la fondation patrimoniale ne sont soumis, en principe, ni à la loi du 21 juin 2005 transposant en droit luxembourgeois la directive 2003/48/CE du 3 juin 2003 du Conseil de l'Union européenne en matière de fiscalité des revenus de l'épargne sous forme de paiement d'intérêts, ni à la loi modifiée du 23 décembre 2005 portant introduction d'une retenue à la source libératoire sur certains intérêts produits par l'épargne mobilière.

Il est encore précisé que les revenus de l'article 99, numéro 6 L.I.R. ne figurent pas parmi les revenus indigènes des contribuables non résidents tels que ces revenus sont énumérés limitativement par l'article 156 L.I.R. Par conséquent, sur la base du régime fiscal interne, ces revenus ne sont pas imposables au Luxembourg, mais sont soumis au régime fiscal applicable dans l'Etat de résidence du contribuable non résident.

Par avantage en nature, il y a lieu d'entendre notamment la mise à la disposition d'une voiture, d'un bien immobilier, d'un crédit, etc. Dans ce contexte, il est également renvoyé au numéro 9° ci-après.

Il est encore précisé que la disposition du numéro 1° et celle du numéro 2° visent deux opérations nettement distinctes et aux conséquences fiscales différentes.

Le Conseil d'Etat constate que le point 1 de l'article 34 qualifie de „revenus divers“, au sens de l'article 99 LIR, „les versements effectués et les avantages en nature conférés par une fondation patrimoniale à ses bénéficiaires, à son fondateur, ou à ses ayants droit“. A ce sujet, il rappelle une évidence, à savoir que l'impôt sur le revenu repose sur une définition de la notion de revenu: ne sont soumis à l'impôt sur le revenu que les revenus relevant d'une des huit catégories de revenus définis à l'article 10 LIR. En principe, les valeurs et biens reçus au titre de libéralité, de don ou de succession ne qualifient de revenu imposable sous aucune de ces huit catégories, et ne sont donc pas soumis à l'impôt sur le revenu. Le Conseil d'Etat conclut que la disposition proposée comporte un élargissement de la notion de revenu imposable. Aux termes de la disposition inscrite au paragraphe 1er, le montant intégral des versements effectués par une fondation acquiert la qualification de revenus divers. Les versements effectués par une fondation sont alimentés par les apports faits par les fondateurs, les revenus courants générés par les actifs de la fondation et les plus-values, réalisées ou non réalisées, sur les actifs transférés aux bénéficiaires. Le Conseil d'Etat se demande si l'intention des auteurs de la loi en projet est vraiment de soumettre à l'impôt sur le revenu l'intégralité des versements effectués par une fondation. A titre d'exemple, il semblerait anormal que les fonds apportés par un fondateur soient soumis à l'impôt sur le revenu au moment où ces fonds sont versés par la fondation au fondateur lui-même, à son conjoint, ou à ses descendants. Si l'intention des auteurs est d'assurer une „neutralité fiscale“ aux biens apportés par le fondateur et transférés à des bénéficiaires par la fondation, il conviendrait de limiter l'assujettissement à l'impôt sur le revenu aux versements faits par la fondation et alimentés par les produits générés pendant la durée de détention par la fondation patrimoniale. Dans cette hypothèse, il conviendrait de compléter le paragraphe 1er par une disposition en ce sens. Une telle disposition pourrait utilement s'inspirer de l'article 97 LIR qui établit également une distinction entre les revenus de capitaux mobiliers et les allocations qui sont la contrepartie d'une réduction de capital d'un organisme à caractère collectif.

Par le biais de l'**amendement 13**, la Commission des Finances et du Budget répond aux observations faites par le Conseil d'Etat de ne pas considérer comme revenu au sens de l'article 99 L.I.R. l'apport initial ou ultérieur du fondateur lorsque cet apport est alloué à un bénéficiaire ou détenteur de certificat dans le cadre d'une réduction de la dotation en capital de la fondation patrimoniale. Il en est de même lorsque ces allocations sont attribuées au fondateur ou à ses ayants droit.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat constate que la modification proposée fait suite à une observation émise par lui dans son avis du 29 avril 2014. Le texte de l'amendement n'appelle pas

d'observations, sauf à écrire *in fine* „d'une réduction de la dotation initiale ou ultérieure en capital de la fondation patrimoniale constituée par le fondateur“.

La Commission des Finances et du Budget reprend la proposition du Conseil d'Etat.

ad point 2°

Le point 2° introduit à l'article 102 L.I.R. un nouvel alinéa 4a qui transpose dans le chef soit du bénéficiaire, soit du détenteur de certificats, soit du fondateur et de ses ayants droit le principe faisant l'objet de l'article 33, alinéa 2 du présent projet de loi: la cession en neutralité fiscale d'un bien par la fondation patrimoniale implique que le cessionnaire visé par l'alinéa 4a reprend sans changement le prix d'acquisition et la date d'acquisition du bien transmis tels qu'ils résultent des livres de la fondation patrimoniale. Ainsi, la transmission est opérée dans des conditions exposant la plus-value latente à une imposition ultérieure dans le chef du cessionnaire. En fin de compte, le cessionnaire se trouve du point de vue fiscal dans la même situation comme si le bien transmis n'avait jamais été apporté à la fondation patrimoniale et que le fondateur le lui avait cédé à titre gratuit soit dès la date de l'apport à la fondation patrimoniale, soit ultérieurement, soit dans le cadre de sa succession. Il en est de même si le cessionnaire au sens de l'alinéa 4a reçoit un bien en échange d'un certificat.

Si, par contre, le cessionnaire n'est pas visé par l'alinéa 4a, la transmission est à opérer conformément au droit commun. Il en est de même si le cessionnaire est une personne morale.

Le Conseil d'Etat constate que la disposition du point 2 est le corollaire du paragraphe 2 de l'article 33 qui prévoit une cession des biens par la fondation patrimoniale à leur valeur comptable.

ad point 3°

Le point 3° comporte une novation en matière des impôts directs en proposant d'introduire dans la L.I.R. le principe dit „step up“. Dans le chef d'une personne physique non résidente qui établit son domicile fiscal au Luxembourg, ce principe prévoit la réévaluation du prix d'acquisition de titres faisant partie d'une participation importante au sens de l'article 100 L.I.R., ainsi que d'emprunts convertibles lorsque le contribuable détient une participation importante au sens de l'article 100 L.I.R. dans l'organisme ayant émis l'emprunt.

Par cette mesure, les auteurs du présent projet de loi veulent éviter une éventuelle double imposition de la fraction de la plus-value de cession accumulée à l'étranger, notamment lorsque l'Etat de sortie pratique une imposition à la sortie.

La réévaluation s'applique, d'une part, aux participations importantes appartenant au patrimoine privé du contribuable. Les titres visés sont les actions, les parts de capital, les parts bénéficiaires et les autres participations de toute nature détenues dans des organismes à caractère collectif à condition de répondre aux critères d'une participation dite importante telle que définie par l'article 100 L.I.R. D'autre part, sont également visés les emprunts convertibles lorsque le contribuable détient une participation importante au sens de l'article 100 L.I.R. dans l'organisme émetteur de l'emprunt. Il y a lieu de remarquer que, dans le même contexte, le principe de la réévaluation est actuellement réservé aux seuls biens appartenant au patrimoine d'exploitation en vertu de l'article 35 L.I.R. Le nouvel alinéa 4b de l'article 102 L.I.R. complète ainsi le dispositif du „step up“.

Conformément à ce principe, un résident fiscal d'un autre Etat qui établit sa résidence fiscale au Luxembourg et qui ultérieurement à ce changement de domicile vend, par exemple, des titres faisant partie d'une participation importante et acquis pendant la période où il était contribuable non résident, est réputé avoir acquis ces titres à la valeur estimée de réalisation à attribuer à ces titres au jour où il est devenu résident fiscal du Luxembourg. Le nouvel alinéa 4b que le présent projet de loi propose d'insérer à l'article 102 L.I.R. déroge donc aux dispositions des alinéas 2, 3 et du nouvel alinéa 4a. De manière unilatérale, le Luxembourg renonce ainsi à son droit d'imposer la partie de la plus-value de cession accumulée dans l'Etat de sortie.

La date d'acquisition des titres visés ci-avant n'est pas affectée par le changement de la résidence fiscale. Il s'ensuit qu'en cas de cession ultérieure à titre onéreux des titres ou des emprunts convertibles, le délai de détention est à déterminer par référence à la date d'acquisition. Le coefficient de réévaluation au sens de l'article 102, alinéa 6 L.I.R. correspond à celui de l'année pendant laquelle le contribuable est devenu résident fiscal du Luxembourg.

Le nouvel alinéa 4b déroge également à l'article 102, alinéa 3 L.I.R. en ce qui concerne le prix d'acquisition d'un bien acquis à titre gratuit par le cédant. Il s'ensuit que le prix d'acquisition n'est

pas celui payé par le détenteur antérieur ayant acquis le bien en dernier lieu à titre onéreux, mais le prix d'acquisition réévalué lors du „step up“. Ainsi, lors de la cession de titres ou d'emprunts convertibles visés par le nouvel alinéa 4b par un contribuable qui les a acquis à titre gratuit, par exemple par donation ou par succession, le prix d'acquisition à mettre en compte est celui retenu par le nouvel alinéa 4b. La date d'acquisition au sens de l'alinéa 4 n'est pas affectée et continue à être celle retenue auprès de ce même détenteur antérieur. Le coefficient de réévaluation au sens de l'article 102, alinéa 6 L.I.R. correspond à celui de l'année pendant laquelle le contribuable est devenu résident fiscal du Luxembourg.

La dernière dérogation concerne le nouvel alinéa 4a que le présent projet de loi propose d'ajouter. Ainsi, le contribuable qui remplit les critères du „step up“ et auquel une fondation patrimoniale a transmis avant le transfert de sa résidence fiscale au Luxembourg des titres ou emprunts convertibles visés par le nouvel alinéa 4b, détermine leur prix et leur date d'acquisition conformément aux critères du „step up“ et non pas par référence à ceux du nouvel alinéa 4a.

Afin d'éviter des abus, l'alinéa 4b ne s'applique pas au cas où, avant la date du transfert de sa résidence fiscale au Luxembourg, le contribuable a été résident pendant plus de quinze ans, puis non-résident pendant moins de cinq ans. Dans ce cas, les dispositions des alinéas 2, 3 et 4a continuent à être appliquées. Le libellé du nouvel alinéa 4b reprend à cet effet dans les grandes lignes celui de l'article 156, numéro 8, lettre b L.I.R.

Le Conseil d'Etat constate que le point 3 introduit une nouvelle règle d'évaluation, applicable dans un cadre très général, indépendamment de toute transaction impliquant une fondation patrimoniale, lorsqu'une personne physique non résidente devient résidente au Luxembourg. A ce sujet, il renvoie à ses observations générales faites dans la première partie de son avis.

ad point 4°

L'objectif du point 4° est de clarifier que la dotation initiale ou ultérieure à une fondation patrimoniale entraîne les mêmes conséquences fiscales qu'une cession à titre onéreux. La dotation peut donc déclencher dans le chef du fondateur la découverte des plus-values latentes inhérentes aux biens apportés, tels les immeubles situés sur le territoire du Luxembourg ou les titres faisant partie d'une participation importante. Aux fins de la détermination d'une éventuelle plus-value de cession au sens de l'article 99 L.I.R., le bien apporté à la fondation patrimoniale est à évaluer à sa valeur estimée de réalisation, définie par l'article 27, alinéa 2 L.I.R., au jour de l'apport. De son côté, la fondation patrimoniale reprend dans ses livres cette même valeur et retient comme date d'acquisition celle du transfert de propriété.

Dans l'hypothèse où les biens apportés par le fondateur font partie de son actif net investi, le prélèvement est à évaluer à la valeur d'exploitation définie par l'article 27, alinéa 1er L.I.R. conformément aux critères de l'article 43 L.I.R.

Le Conseil d'Etat observe que la disposition du point 4° est contraire au principe de la neutralité fiscale. Il relève également que ce choix diverge de l'approche proposée en matière de droits d'enregistrement, où l'apport à la fondation est imposé au seul droit fixe. Selon lui, les dispositions des articles 33 et 34 conduisent dans certaines situations à des traitements fiscaux surprenants, incompatibles avec l'ambition des auteurs de créer un cadre fiscal neutre, ainsi qu'il résulte de deux exemples suivants:

Exemple A:

Prenons une famille composée d'un couple marié, A et B, ayant un enfant adulte C. A et B sont propriétaires d'une maison, qu'ils habitent eux-mêmes, d'un appartement habité par l'enfant C sans paiement de loyer et d'un appartement donné en location à des tiers. Les parents décident d'apporter ces trois immeubles à une fondation en désignant C comme bénéficiaire et en précisant que la fondation est appelée à gérer ces trois immeubles et à les transférer à C au moment du décès des parents. Suivant le principe de neutralité fiscale, l'interposition de la fondation devrait aboutir à un traitement fiscal comparable à l'impôt sur le revenu perçu dans les mêmes hypothèses si les parents avaient organisé une transmission de leur patrimoine en direct à leur enfant, sans interposer une fondation. En fait, la loi en projet aboutit à des conséquences surprenantes:

1. Au moment de l'apport, les plus-values latentes sont découvertes sur les immeubles apportés dans le chef des parents. Les plus-values sont imposées sur l'appartement habité par l'enfant C et l'appar-

tement loué à un tiers. Les plus-values sur la maison habitée par les parents ne sont pas imposables aux termes de l'article 99^{ter} paragraphe 6 LIR.

Au moment de la cession des trois immeubles par la fondation à son bénéficiaire, C devient propriétaire des trois immeubles avec un prix d'acquisition fiscal et une date d'acquisition fiscale correspondant à la valeur de l'apport au moment de l'apport par A et B à la fondation. Les plus-values non réalisées deviennent imposables au moment de celui-ci.

Ce traitement fiscal s'écarte notablement du régime d'imposition des plus-values qui serait applicable en l'absence de la fondation patrimoniale.

2. Pendant la durée de détention des trois logements par la fondation, celle-ci est imposable sur le loyer reçu. Dans la mesure où A et B, les fondateurs, et C ne paient pas de loyer, il convient d'inclure dans le revenu imposable un loyer théorique conforme au prix du marché. Il est à noter que A et B ne sont pas imposés sur un loyer conforme au prix du marché s'ils habitent eux-mêmes un logement et mettent un autre à la disposition gratuite de C. Sur ce point, l'interposition de la fondation génère une charge fiscale significative, qui est loin d'une neutralité fiscale.

Exemple B:

Une personne physique résidente apporte un portefeuille de valeurs mobilières à une fondation en disposant dans l'acte de constitution que le fondateur sera bénéficiaire des revenus de capitaux pendant sa durée de vie.

Si la personne physique détient un compte auprès d'une banque établie au Luxembourg, les intérêts sont soumis à une retenue libératoire au taux de 10% inscrite dans loi modifiée du 23 décembre 2005 portant introduction de cette retenue libératoire. Les dividendes sont imposés au taux normal sous réserve de l'exonération de 50% inscrite à l'article 115, paragraphe 15a LIR. La personne physique bénéficie de retenues à la source réduites sur les revenus de capitaux d'origine étrangère, conformément aux conventions fiscales applicables, et les retenues restantes sont imputables sur l'impôt sur le revenu.

Si la fondation touche les mêmes revenus, les intérêts et les dividendes ne sont pas imposables au niveau de la fondation en vertu de l'article 33. La retenue à la source libératoire n'est pas perçue sur les intérêts, vu que la fondation est bénéficiaire des revenus et que la fondation n'est pas une personne physique. Les retenues à la source perçues sur les intérêts et dividende d'origine étrangère risquent de ne pas bénéficier des retenues à la source réduites inscrites dans les différentes conventions fiscales: l'application des conventions préventives de la double imposition est en effet incertaine au vu du fait que lesdits revenus ne sont pas imposables au Luxembourg. Lorsque la fondation verse au fondateur-bénéficiaire le produit correspondant aux intérêts et aux dividendes perçus après déduction des frais encourus, ces versements sont qualifiés de revenus divers au sens de l'article 99 LIR et ne sont pas soumis à une retenue à la source. En contrepartie, ces revenus divers sont imposables au taux plein dans le chef du fondateur-bénéficiaire, sous réserve de l'exonération de 50% des revenus. En conclusion l'interposition de la fondation patrimoniale augmente de façon très significative les charges fiscales grevant le revenu de capitaux dans les hypothèses de cet exemple.

La situation devient encore plus complexe dans l'hypothèse où le fondateur et/ou le bénéficiaire habitent dans un autre Etat, que la fondation détient des actifs, tels des immeubles, soumis au droit fiscal d'un autre Etat, ou que le fondateur ou le bénéficiaire changent de domicile fiscal. Il existe également des fondations patrimoniales à l'étranger qui appliquent un modèle de gestion de leurs actifs plus complexe, comportant la création d'un établissement stable dans un autre Etat, ou la création de sociétés filiales, soit au Luxembourg, soit dans un autre Etat, ou le recours à des instruments financiers bénéficiant d'une fiscalité privilégiée, telle l'assurance-vie.

Si l'intention des auteurs est d'assurer la neutralité fiscale de la fondation patrimoniale, le Conseil d'Etat est obligé de conclure que ce résultat n'est pas atteint pour les contribuables résidents dans les hypothèses des exemples ci-avant. En ce qui concerne les contribuables non résidents, le traitement fiscal sera largement influencé par le droit fiscal applicable dans l'Etat de résidence du contribuable.

ad point 5°

Afin d'atténuer la double imposition économique dans le chef des bénéficiaires, du fondateur ou de ses ayants droit imposables au Luxembourg, il est proposé de modifier la disposition de l'article 115 L.I.R. par l'ajout d'un nouveau numéro 15b qui étend dans le même esprit l'exonération de la moitié des dividendes conformément au numéro 15a du même article aux revenus du nouveau numéro 6 de l'article 99 L.I.R.

ad point 6°

La précision apportée au numéro 6 de l'article 159, alinéa 1er, lettre A. L.I.R. devient nécessaire afin d'éviter toute confusion entre, d'une part, la fondation sans but lucratif au sens de la loi modifiée du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif et, d'autre part, la fondation patrimoniale que le présent projet de loi propose d'introduire.

ad point 7°

Voir le commentaire du numéro 6° ci-avant.

ad point 8°

Dans un souci de clarification et afin d'écartier tous les doutes quant à l'assujettissement à l'impôt de la fondation patrimoniale, il est proposé de l'intégrer à l'énumération des collectivités dont les revenus provenant de l'ensemble de leurs activités sont toujours à considérer comme bénéfice commercial.

ad point 9°

L'ajout du nouvel alinéa 4 a pour objet de clarifier que la détermination du revenu imposable de la fondation patrimoniale, en tant qu'organisme à caractère collectif pleinement imposable et nonobstant sa structure orpheline dépourvue d'actionnaires, d'associés ou de membres, doit être conforme aux principes de l'article 164 L.I.R., notamment en ce qui concerne l'imposition des distributions cachées de bénéfices.

Article 35

Par souci de simplification et afin de ne pas pénaliser une personne physique gérant son patrimoine par le biais d'une fondation patrimoniale par rapport à une personne physique détenant en direct les éléments de son patrimoine, il est proposé que la fondation patrimoniale ne soit pas soumise à l'impôt sur la fortune.

Le Conseil d'Etat ne formule pas d'observation à l'égard du présent article.

Article 36

L'ajout qu'il est proposé d'apporter au paragraphe (2), numéro 2 de la loi modifiée du 1er décembre 1936 sur l'impôt commercial a pour objet de préciser que l'activité de la fondation patrimoniale est toujours considérée comme entreprise commerciale pour l'ensemble de ses activités et, partant, est soumise à l'impôt commercial.

Le Conseil d'Etat ne formule pas d'observation à l'égard du présent article.

Article 37 nouveau

Dans son avis, le Conseil d'Etat s'interroge sur le traitement fiscal applicable à une fondation comparable de droit étranger, dans l'hypothèse où une telle fondation comporte des points de rattachement à la fiscalité luxembourgeoise. En effet, le projet de loi ne comporte pas de disposition explicite au sujet du régime d'imposition dans le chef d'un contribuable qui touche des revenus générés par une fondation de droit étranger. Le Conseil d'Etat renvoie au paragraphe 12 de la loi modifiée d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934 qui établit une règle de transparence fiscale à l'égard des fondations de droit étranger qui peut néanmoins se heurter au régime fiscal opaque de la fondation patrimoniale par une divergence de traitement fiscal entre des revenus provenant de fondations de droit luxembourgeois ou étranger. Par le biais de l'**amendement 14**, la Commission des Finances et du Budget suit la recommandation du Conseil d'Etat d'abroger le paragraphe 12 en question.

L'intitulé du projet de loi est par conséquent complété par la référence à la loi d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934 et les articles suivants sont renumérotés.

En présence de revenus alloués par une fondation de droit étranger à un contribuable imposable au Luxembourg, il convient de déterminer sur la base de certains critères d'appréciation (*Rechtstypenvergleich*) si la fondation de droit étranger peut être assimilée à la fondation patrimoniale par référence aux caractéristiques propres de la fondation étrangère telles qu'elles résultent des dispositions légales et statutaires applicables.

Le commentaire des articles du projet de loi portant réforme de l'impôt sur le revenu (doc. parl. n° 571⁴ ad article 114) précise à cet égard que „Les sociétés étrangères, qui ont une forme juridique inconnue en droit luxembourgeois, sont à ranger dans le groupe des exploitations collectives et des sociétés assimilées ou dans l'autre groupe, suivant qu'elles accusent une affinité plus ou moins prononcée avec une forme de société de l'un des deux groupes existant au Grand-Duché sans que la désignation même de la forme de société doive jouer un rôle.“. Par ailleurs, ce principe a été confirmé par la jurisprudence luxembourgeoise.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat ne formule pas d'observation à l'égard de cet amendement.

Chapitre 8 (ancien Titre VIII)

Article 38 (article 37 initial)

Comme la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés traitera dorénavant également de la domiciliation des fondations patrimoniales, le projet de loi prévoit d'ajuster l'intitulé de la loi pour refléter ce fait.

Par ailleurs, la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés est complétée par l'ajout d'un nouvel article 5bis précisant les obligations incombant au domiciliataire et à la fondation patrimoniale dans le cadre des conventions de domiciliation.

Le nouvel article 5bis reprend pour l'essentiel les dispositions applicables aux sociétés, en les adaptant simplement aux spécificités des fondations patrimoniales.

L'article 37 du projet de loi doit être lu ensemble avec les articles 27 et 31, paragraphe (4) du projet de loi.

Quant à la référence au Mémorial C au paragraphe 4, le Conseil d'Etat renvoie à son observation sous l'article 9 initial (article 10 final).

Quant à la légistique formelle, le Conseil d'Etat rappelle que le renvoi aux paragraphes se fait sans l'utilisation de parenthèses.

La Commission des Finances et du Budget procède aux corrections rédactionnelles proposées par le Conseil d'Etat.

Article 39 nouveau

Par le biais de l'**amendement 15**, la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales est modifiée par le biais d'un nouvel article 39.

Le présent projet de loi prévoit en son article 25 l'immatriculation des fondations patrimoniales au registre de commerce et des sociétés. Il serait néanmoins utile, sinon nécessaire, de modifier également l'article 1er de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et modifiant certaines autres dispositions légales (ci-après la „Loi RCS“). Certes, le point 14° de l'article 1er de la Loi RCS dispose qu'„*Il est tenu un registre de commerce et des sociétés, dans lequel sont immatriculés sur leur déclaration ou sur la déclaration d'un mandataire (...) les autres personnes morales dont l'immatriculation est prévue par la loi.*“ Ainsi, on pourrait argumenter que le point 14° couvre l'immatriculation des fondations patrimoniales.

Toutefois, dans un souci de clarté et de sécurité juridique, il est préférable de prévoir un point spécialement consacré à l'immatriculation des fondations patrimoniales.

Par conséquent, un nouveau point 14° est créé et l'actuel point 14° devient le point 15°.

L'ajout de l'article 11bis est la suite logique de la consécration du principe d'immatriculation de la fondation patrimoniale à l'article 1 de la Loi RCS. A l'instar de ce qui est prévu pour toutes les autres personnes et entités inscrites au RCS, il convient de préciser dans la Loi RCS quelles informations doivent être inscrites lors de l'immatriculation. Celles-ci découlent des Chapitres 1er et 2 du projet de loi.

L'intitulé du projet de loi est complété en conséquence.

Dans son avis complémentaire, le Conseil d'Etat constate que l'amendement 15 constitue la suite logique et utile de l'article 25 du projet de loi, qui prévoit qu'une fondation patrimoniale doit requérir son immatriculation au registre de commerce et des sociétés.

Il se rallie à l'amendement pour une autre raison encore, à savoir qu'il répond au souci de rendre la fondation patrimoniale transparente et accessible au public dans la mesure du nécessaire tout en conservant sa nature propre de véhicule privé. Le Conseil d'Etat avait insisté dans son avis du 29 avril 2014 sur cette considération relevant du domaine de la régularité et de la transparence auxquelles le législateur accorde une attention primordiale.

Article 40 (article 38 initial)

Eu égard à l'intitulé très long de la présente loi, il s'avère utile de prévoir la possibilité de pouvoir s'y référer sous une forme abrégée.

Selon le Conseil d'Etat, l'article est à rédiger sans utiliser le verbe „pouvoir“ pour écrire: „La référence à la présente loi se fait sous la forme suivante: „loi du ... relative à la fondation patrimoniale“.

La Commission des Finances et du Budget reprend le libellé proposé par le Conseil d'Etat.

*

5. TEXTE PROPOSE PAR LA COMMISSION PARLEMENTAIRE

Compte tenu de ce qui précède, la Commission des Finances et du Budget recommande à la Chambre des Députés d'adopter le projet de loi 6595 dans la teneur qui suit:

*

PROJET DE LOI

relative à la fondation patrimoniale et portant modification:

- de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu;
- de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune;
- de la loi modifiée du 1er décembre 1936 sur l'impôt commercial;
- de la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés;
- de la loi modifiée d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934;
- de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises

Chapitre 1er: De la constitution de la fondation patrimoniale

Art. 1er. Toute personne physique ou toute entité patrimoniale agissant dans le cadre de l'administration du patrimoine d'une ou de plusieurs personnes physiques, peut affecter des biens à la création d'une fondation patrimoniale qui jouit de la personnalité juridique à partir de l'acte constitutif, sauf si cet acte désigne une date ultérieure.

La fondation patrimoniale est un véhicule de droit privé régi par les dispositions applicables du droit luxembourgeois pour autant qu'il n'est pas disposé autrement par la présente loi.

La fondation patrimoniale ne peut pas être constituée par disposition testamentaire ne prenant effet qu'au décès du fondateur.

Aux fins de la présente loi on entend par „entité patrimoniale“ toute structure sociétaire, contractuelle, fondation ou trust, qui appartient directement ou indirectement à une seule personne physique ou à une seule famille ou dont elles sont fondatrices ou bénéficiaires.

Art. 2. La durée de la fondation patrimoniale est indéterminée ou déterminée.

Art. 3. Le siège de la fondation patrimoniale doit être fixé au Grand-Duché de Luxembourg.

Art. 4. (1) La dotation initiale d'une fondation patrimoniale est de 50.000 euros au minimum, libérée en numéraire ou en nature. La fondation patrimoniale peut, en cours de vie, recevoir d'autres dotations en numéraire ou en nature.

(2) Les biens affectés à une fondation patrimoniale appartiennent exclusivement à la fondation patrimoniale à partir du jour de leur affectation et forment le patrimoine de la fondation patrimoniale.

Art. 5. L'objet de la fondation patrimoniale est de gérer et d'administrer son patrimoine au profit d'un ou de plusieurs bénéficiaires ou au profit d'un ou de plusieurs buts principaux autres que ceux exclusivement réservés aux fondations régies par la loi modifiée du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif, et à l'exclusion de l'exercice de toute profession libérale, activité commerciale, industrielle ou agricole.

Art. 6. (1) L'acte constitutif de la fondation patrimoniale est établi dans la forme d'un acte authentique spécial passé devant un notaire établi au Grand-Duché de Luxembourg et indique:

- a) l'identité du ou des fondateurs qui ont signé l'acte ou au nom desquels l'acte a été signé;
- b) la dénomination de la fondation patrimoniale;
- c) la durée de la fondation patrimoniale;
- d) le siège de la fondation patrimoniale;
- e) l'objet de la fondation patrimoniale;
- f) le montant de la dotation initiale;
- g) les noms, prénoms, date et lieu de naissance, la fonction et l'adresse privée ou professionnelle précise des personnes chargées d'administrer la fondation patrimoniale, ainsi que la détermination de leurs pouvoirs de représentation. S'il s'agit de personnes morales, l'acte indiquera en outre la dénomination sociale ou la raison sociale, la date et le lieu de constitution, le numéro d'immatriculation au registre de commerce et des sociétés si la législation de l'Etat dont la société relève prévoit un tel numéro, ainsi que le représentant permanent désigné conformément à l'article 13;
- h) les noms, prénoms, date et lieu de naissance, la fonction et l'adresse privée ou professionnelle précise des membres du conseil de surveillance de la fondation patrimoniale, s'il en existe un, ainsi que les pouvoirs du conseil de surveillance;
- i) la désignation du ou des bénéficiaires ou du ou des buts de la fondation patrimoniale ou les critères pour les déterminer ou les organes ou personnes de la fondation patrimoniale habilités à les déterminer, ainsi que la forme de leur désignation.

(2) Le notaire, rédacteur de l'acte, vérifiera l'existence de la dotation initiale.

(3) Toute modification conventionnelle à l'acte constitutif de la fondation patrimoniale doit, à peine de nullité, être faite en la forme requise pour l'acte constitutif.

Art. 7. L'acte constitutif de la fondation patrimoniale ou, le cas échéant les règlements extrastatutaires pris dans les conditions prévues par cet acte, peuvent notamment contenir des stipulations sur les points suivants:

- a) les modalités de nomination et de révocation des administrateurs et leurs pouvoirs;
- b) les modalités de nomination et de révocation des membres du conseil de surveillance;
- c) les modalités de l'exercice de l'action en responsabilité contre les administrateurs et les membres du conseil de surveillance;
- d) les rémunérations des administrateurs et des membres du conseil de surveillance;
- e) les pouvoirs réservés au(x) fondateur(s);
- f) les droits et obligations du(es) fondateur(s) et des bénéficiaires ainsi que l'étendue de leur droit d'information;
- g) la désignation d'un réviseur d'entreprises agréé chargé du contrôle des comptes.

Les règlements extrastatutaires ne peuvent pas déroger à l'acte constitutif de la fondation patrimoniale.

Art. 8. La nullité d'une fondation patrimoniale ne peut être prononcée que dans les cas suivants:

- a) si l'acte constitutif n'est pas établi en la forme notariée;
- b) si cet acte ne contient aucune indication au sujet de la dénomination de la fondation patrimoniale, de son siège, de son objet ou du montant de sa dotation initiale;
- c) si l'objet de la fondation patrimoniale est illicite ou contraire à l'ordre public;
- d) si la fondation patrimoniale ne comprend pas au moins un fondateur valablement engagé.

La constitution d'une fondation patrimoniale ne fait pas échec à l'application de dispositions d'ordre public applicable à la succession du fondateur en vertu de la loi successorale applicable à sa succession.

Toute dotation faite à une fondation patrimoniale en fraude des droits des créanciers peut faire l'objet d'une action en restitution.

Art. 9. (1) La nullité d'une fondation patrimoniale doit être prononcée par une décision judiciaire.

Cette nullité produit ses effets à dater de la décision qui la prononce. Toutefois, elle n'est opposable aux tiers, même par voie d'exception, qu'à partir de la publication de la décision au Mémorial C, Recueil des Sociétés et Associations.

(2) Le paragraphe 1er est applicable à la nullité des modifications apportées à l'acte constitutif de la fondation patrimoniale.

(3) La nullité d'une fondation patrimoniale prononcée par une décision judiciaire conformément au paragraphe 1er entraîne la liquidation de la fondation patrimoniale comme dans le cas d'une dissolution.

La nullité ne porte pas atteinte par elle-même à la validité des engagements de la fondation patrimoniale ou de ceux pris envers elle, sans préjudice des effets de l'état de liquidation.

Les tribunaux peuvent déterminer le mode de liquidation et nommer les liquidateurs.

(4) La tierce opposition formée contre une décision judiciaire prononçant la nullité d'une fondation patrimoniale ou d'une modification à l'acte constitutif d'une fondation patrimoniale n'est plus recevable après l'expiration d'un délai de six mois à compter de la publication de la décision judiciaire, faite conformément au paragraphe 1er.

(5) Les actions en nullité d'une fondation patrimoniale sont prescrites cinq ans après la publication de l'extrait visé à l'article 9, sans préjudice des dommages et intérêts qui seraient dus, sauf celles fondées sur l'article 7, lettres c) et d), qui se prescrivent selon les règles de droit commun.

Les actions en nullité d'une modification à l'acte constitutif se prescrivent cinq ans après la publication de la mention qu'une modification de l'acte constitutif a été effectuée ou de la publication par extrait de la modification faite conformément à l'article 9, sauf celles fondées sur l'article 7, lettres c) et d), qui se prescrivent selon les règles de droit commun.

Art. 10. (1) Les administrateurs doivent faire publier l'acte constitutif de la fondation patrimoniale ainsi que les modifications à cet acte par extraits au Mémorial C, Recueil des Sociétés et Associations.

De même, ils doivent faire déposer ces extraits au registre de commerce et des sociétés dans le mois des actes définitifs, sous peine des sanctions pénales prévues à l'article 31.

L'extrait contient:

- a) la dénomination de la fondation patrimoniale, précédée ou suivie de la mention en toutes lettres de „fondation patrimoniale“;
- b) la durée de la fondation patrimoniale;
- c) le siège de la fondation patrimoniale;
- d) l'objet de la fondation patrimoniale;
- e) les noms, prénoms, date et lieu de naissance, la fonction et l'adresse privée ou professionnelle précise des personnes chargées d'administrer la fondation patrimoniale, ainsi que la détermination de leurs pouvoirs de représentation. S'il s'agit de personnes morales, l'acte indiquera en outre la dénomina-

tion sociale ou la raison sociale, la date et le lieu de constitution, le numéro d'immatriculation au registre de commerce et des sociétés si la législation de l'Etat dont la société relève prévoit un tel numéro, ainsi que le représentant permanent désigné conformément à l'article 13;

- f) les noms, prénoms, date et lieu de naissance, la fonction et l'adresse privée ou professionnelle précise des membres du conseil de surveillance de la fondation patrimoniale, s'il en existe un, ainsi que les pouvoirs du conseil de surveillance. En cas de modification de l'acte constitutif de la fondation patrimoniale sur un point autre que ceux renseignés à l'alinéa précédent, seuls le dépôt et la publication d'une mention que l'acte constitutif a été modifié et la date de l'acte modificatif sont requis.

(2) Les liquidateurs doivent faire publier la décision de dissolution et de mise en liquidation de la fondation patrimoniale visée à l'article 29 par extrait au Mémorial C, Recueil des Sociétés et Associations. De même, ils doivent faire déposer cet extrait au registre de commerce et des sociétés dans le mois de l'acte définitif, sous peine des sanctions pénales prévues à l'article 31. L'extrait contient la date de la décision et les noms, prénoms, date et lieu de naissance, la fonction et l'adresse privée ou professionnelle précise des liquidateurs ou, s'il s'agit de personnes morales, la dénomination sociale ou la raison sociale, la date et le lieu de constitution et le numéro d'immatriculation au registre de commerce et des sociétés si la législation de l'Etat dont la société relève prévoit un tel numéro.

Art. 11. Les droits du fondateur visés aux chapitres 2 à 5 de la présente loi lui sont personnels, sauf stipulation contraire de l'acte constitutif de la fondation patrimoniale.

Art. 12. (1) La fondation patrimoniale peut notamment détenir tout bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel, être souscripteur ou bénéficiaire de contrats d'assurance, fondateur ou bénéficiaire de fondations ou de trusts, être fiduciaire ou bénéficiaire de contrats de fiducie. La fondation patrimoniale est admise à détenir une participation dans une société à condition de ne pas s'immiscer dans la gestion de cette société.

(2) La fondation patrimoniale peut émettre des certificats nominatifs à toute personne physique ou toute entité patrimoniale agissant dans le cadre de l'administration du patrimoine d'une ou de plusieurs personnes physiques en relation avec des actifs dont elle est propriétaire, représentatifs de droits définis dans l'acte constitutif ou les règlements extrastatutaires ou les documents d'émission de certificats.

(3) La fondation patrimoniale tient un registre des certificats contenant:

- a) la désignation précise de chaque détenteur de certificats et l'indication du nombre de certificats détenus;
- b) le cas échéant, la catégorie de certificats;
- c) l'indication des versements effectués;
- d) les transferts de certificats et la date de ces transferts.

La propriété des certificats s'établit par une inscription sur le registre.

(4) La fondation patrimoniale conserve la propriété des actifs certifiés et est tenue, dans les limites et les conditions prévues lors de l'émission, à attribuer les produits ou revenus de ces actifs au titulaire des certificats. La fondation patrimoniale continuera à exercer tous les droits attachés aux actifs auxquels se rapportent les certificats, notamment le droit de vote en cas de certification d'actions. Sauf stipulation contraire de son acte constitutif ou des règlements extrastatutaires ou des conditions d'émission des certificats, la fondation ne peut céder les actifs auxquels se rapportent les certificats.

(5) Les certificats peuvent, dans les conditions prévues dans l'acte d'émission, être échangeables contre tout ou partie des actifs auxquels ils se rapportent.

(6) Les certificats peuvent être cédés uniquement entre la personne qui s'est vu remettre les certificats lors de l'émission, le fondateur, un ou plusieurs bénéficiaires, leurs entités patrimoniales et leurs ayants droit. La cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur le registre des certificats, datée et signée par le cédant et le cessionnaire ou par leurs fondés de pouvoirs, ainsi que suivant les règles sur le transport des créances établies par l'article 1690 du Code civil. Il est loisible à la fondation patrimoniale d'accepter et d'inscrire sur le registre un transfert qui serait constaté par la correspondance ou d'autres documents établissant l'accord du cédant et du cessionnaire.

Chapitre 2: De la gouvernance de la fondation patrimoniale

Art. 13. (1) La fondation patrimoniale est gérée par un conseil d'administration comprenant un ou plusieurs administrateurs, personnes physiques ou morales. Le conseil d'administration peut être placé sous la surveillance d'un conseil de surveillance dans les conditions des articles 18 et suivants ci-après.

(2) Lorsqu'une personne morale est nommée administrateur, celle-ci est tenue de désigner un représentant permanent chargé de l'exécution de cette mission au nom et pour le compte de la personne morale.

Ce représentant est soumis aux mêmes conditions et encourt la même responsabilité civile que s'il exerçait cette mission en nom propre et pour compte propre, sans préjudice de sa responsabilité solidaire avec la personne morale qu'il représente. Celle-ci ne peut révoquer son représentant qu'en désignant simultanément son successeur.

La désignation et la cessation des fonctions du représentant permanent sont soumises aux mêmes règles de publicité que s'il exerçait cette mission en nom propre et pour compte propre.

Art. 14. Sauf stipulations contraires de l'acte constitutif de la fondation patrimoniale, les administrateurs sont nommés par résolution du fondateur et, en cas de pluralité de fondateurs, par résolution prise à l'unanimité des fondateurs.

En cas de vacance d'un ou de plusieurs postes d'administrateur, leurs remplaçants sont, sauf stipulation contraire de l'acte constitutif, nommés par le ou les fondateurs ou pris sur une liste préétablie et signée par eux. Dans ce cas, leur nomination prend effet le jour d'acceptation par écrit de leur mandat.

A défaut, les administrateurs sont nommés par le conseil de surveillance.

A défaut, les administrateurs qui cessent d'exercer leur mandat sont remplacés et cooptés par le ou les membres du conseil d'administration restant en fonction.

A défaut, le tribunal d'arrondissement du siège de la fondation patrimoniale procède à la nomination du ou des nouveaux administrateurs sur requête du conseil d'administration ou du conseil de surveillance ou du ministère public.

Les administrateurs sont révoqués dans les conditions prévues par l'acte constitutif de la fondation patrimoniale.

Art. 15. (1) Le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet de la fondation patrimoniale, le tout dans le cadre des stipulations figurant dans l'acte constitutif ou dans les règlements extrastatutaires arrêtés par le conseil d'administration ou portés à sa connaissance.

Les restrictions apportées, le cas échéant, aux pouvoirs du conseil d'administration par les règlements extrastatutaires sont inopposables aux tiers.

(2) Le conseil d'administration représente la fondation patrimoniale dans tous les actes judiciaires et extrajudiciaires. Les exploits pour ou contre la fondation patrimoniale sont valablement faits au nom de la fondation patrimoniale seule. Sauf stipulation contraire de l'acte constitutif, la fondation patrimoniale est valablement engagée par la signature isolée de l'administrateur unique ou, en cas de pluralité d'administrateurs, par la signature conjointe de deux administrateurs. Les restrictions apportées aux pouvoirs de signature des administrateurs par l'acte constitutif ou, le cas échéant, les règlements extrastatutaires, sont inopposables aux tiers, sauf celles indiquées dans l'extrait publié conformément à l'article 9.

(3) Sauf stipulation contraire de l'acte constitutif, le conseil d'administration peut déléguer la gestion journalière et la représentation de la fondation patrimoniale dans le cadre de la gestion journalière à un administrateur ou à un autre agent.

Art. 16. Les administrateurs ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la fondation patrimoniale.

Les administrateurs sont responsables, conformément au droit commun, envers la fondation patrimoniale de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.

Sauf stipulation contraire de l'acte constitutif, l'action en responsabilité contre un administrateur est exercée par les autres administrateurs, le conseil de surveillance, une personne désignée à cet effet dans l'acte constitutif, un ou plusieurs fondateur(s), le liquidateur ou un bénéficiaire de la fondation patrimoniale.

Les administrateurs sont encore responsables envers la fondation patrimoniale, le ou les fondateur(s), un bénéficiaire et tous tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi, de l'acte constitutif et des règlements extrastatutaires arrêtés par eux ou portés à leur connaissance.

Art. 17. La fondation patrimoniale est responsable, conformément au droit commun, des fautes imputables à ses administrateurs, préposés ou autres organes ou personnes qui la représentent.

Art. 18. La fondation patrimoniale peut être placée sous le contrôle d'un conseil de surveillance composé uniquement de personnes physiques. Pour les fondations patrimoniales qui comptent plus de cinq bénéficiaires ou dont le patrimoine dépasse 20.000.000 euros, la nomination d'un conseil de surveillance est obligatoire.

Art. 19. (1) L'institution d'un conseil de surveillance et ses pouvoirs sont arrêtés dans l'acte constitutif de la fondation patrimoniale. Les modalités de nomination et de révocation des membres du conseil de surveillance sont arrêtées dans les règlements extrastatutaires.

A défaut de stipulations dans l'acte constitutif, le conseil de surveillance exerce le contrôle sur la gestion de la fondation patrimoniale par les administrateurs. Ce contrôle est obligatoire pour les fondations patrimoniales qui comptent plus de cinq bénéficiaires ou dont le patrimoine dépasse 20.000.000 euros.

Le mandat de membre du conseil de surveillance est incompatible avec le mandat d'administrateur ou de représentant permanent d'un administrateur personne morale.

(2) Les membres du conseil de surveillance ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de la fondation patrimoniale, sauf stipulations contraires de l'acte constitutif.

Les membres du conseil de surveillance sont responsables, conformément au droit commun, envers la fondation patrimoniale de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu.

Sauf stipulation contraire de l'acte constitutif, l'action en responsabilité contre un membre du conseil de surveillance est exercée par les autres membres du conseil de surveillance, un ou plusieurs fondateur(s), le liquidateur ou un bénéficiaire de la fondation patrimoniale.

Les membres du conseil de surveillance sont encore responsables envers la fondation patrimoniale, le ou les fondateur(s), un bénéficiaire et tous tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions de la présente loi, de l'acte constitutif et des règlements extrastatutaires arrêtés par eux ou portés à leur connaissance.

(3) Le conseil de surveillance est composé d'au moins trois personnes physiques. Ce nombre peut être réduit à une personne pour les fondations patrimoniales qui remplissent un seul des deux critères définis à l'article 18.

Sauf stipulation contraire de l'acte constitutif, les membres du conseil de surveillance qui cessent d'exercer leur mandat sont remplacés par résolution du fondateur ou, en cas de pluralité de fondateurs, par résolution prise à l'unanimité par les fondateurs et, à défaut, cooptés par les membres du conseil de surveillance restant en fonction.

A défaut, le tribunal d'arrondissement du siège de la fondation patrimoniale procède à la nomination du ou des nouveaux membres du conseil de surveillance sur requête du conseil de surveillance, du conseil d'administration ou du ministère public.

(4) En l'absence de conseil de surveillance, l'acte constitutif de la fondation patrimoniale peut prévoir que le contrôle de la fondation patrimoniale est exercé par le fondateur.

Art. 20. Sauf stipulations contraires de l'acte constitutif de la fondation patrimoniale ou des règlements extrastatutaires et sauf dispositions contraires de la présente loi, le conseil d'administration et le conseil de surveillance délibèrent selon les règles de la majorité simple sans exigence de quorum.

Le membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, qui a un intérêt opposé à celui de la fondation patrimoniale dans une opération soumise à l'approbation d'une de ces formations collégiales, est tenu d'en prévenir la formation et de faire mentionner cette déclaration au procès-verbal de la séance. Il ne peut prendre part à cette délibération.

L'alinéa qui précède n'est pas applicable lorsque les décisions du conseil d'administration ou du conseil de surveillance concernent des opérations courantes et conclues dans des conditions normales.

Art. 21. Le tribunal d'arrondissement du siège de la fondation patrimoniale peut, à la requête du fondateur, d'un administrateur, d'un membre du conseil de surveillance, d'un bénéficiaire ou du ministère public, prononcer la révocation d'un ou de tous les administrateurs ou d'un ou de tous les membres du conseil de surveillance, qui auront commis des fautes graves dans l'exécution de leur mandat ou la gestion de la fondation patrimoniale.

En cas de révocation d'un ou de plusieurs administrateurs ou d'un ou de plusieurs membres du conseil de surveillance, le tribunal peut procéder au remplacement du ou des membres révoqués en tenant compte des stipulations de l'acte constitutif de la fondation patrimoniale ou des règlements extrastatutaires.

Art. 22. Pour les fondations patrimoniales qui comptent plus de cinq bénéficiaires ou dont le patrimoine dépasse 20.000.000 euros, les administrateurs doivent désigner un réviseur d'entreprises agréé chargé du contrôle des comptes.

Chapitre 3: De la modification de l'acte constitutif et des règlements extrastatutaires

Art. 23. L'acte constitutif de la fondation patrimoniale arrête les conditions et modalités suivant lesquelles l'acte constitutif et les règlements extrastatutaires sont modifiés.

Le fondateur peut dans l'acte constitutif se réserver le droit de modifier toutes les clauses de l'acte constitutif et notamment celles traitant:

- a) de la durée de la fondation patrimoniale et de sa dissolution et liquidation;
- b) de l'objet de la fondation patrimoniale;
- c) du (des) but(s) de la fondation patrimoniale et de la désignation du ou des bénéficiaires ou des critères pour les désigner ou des organes ou personnes de la fondation patrimoniale habilités à le faire;
- d) des stipulations relatives aux règlements extrastatutaires;
- e) du régime de nomination et de révocation des administrateurs, de leurs pouvoirs ainsi que de leur régime de responsabilité;
- f) de la mise en place d'un conseil de surveillance et de ses pouvoirs sauf obligation légale d'instituer un conseil de surveillance.

Le droit ainsi réservé est personnel au fondateur, sauf stipulation contraire de l'acte constitutif.

En cas de pluralité de fondateurs, ce droit s'exerce conformément aux stipulations de l'acte constitutif de la fondation patrimoniale et, à défaut d'indication, par accord unanime entre eux.

En cas de résolutions prises par le(s) fondateur(s), les modifications correspondantes à l'acte constitutif de la fondation patrimoniale sont effectuées par le conseil d'administration dans la forme requise à l'article 6.

Art. 24. En l'absence de droits réservés du fondateur et sauf stipulations contraires de l'acte constitutif, l'acte constitutif de la fondation patrimoniale est modifié par le conseil d'administration, sur proposition du conseil de surveillance, les deux statuant par vote majoritaire et, en l'absence de conseil de surveillance, par vote majoritaire des administrateurs.

La modification de l'objet de la fondation patrimoniale, sa dissolution avant terme, la modification de la désignation du ou des bénéficiaires ou du ou des buts de la fondation patrimoniale ou des critères pour les déterminer ou des organes ou personnes de la fondation patrimoniale habilités à le faire n'est possible que si elle est expressément prévue dans l'acte constitutif et uniquement pour des motifs

graves, consistant notamment soit dans l'impossibilité de réalisation de l'objet de la fondation patrimoniale, soit dans l'absence de but ou de bénéficiaires déterminés ou déterminables. Dans ces cas, la décision est prise à l'unanimité de tous les administrateurs sur proposition unanime de tous les membres du conseil de surveillance, s'il en existe un.

Sauf stipulations contraires de l'acte constitutif, le changement de nationalité de la fondation patrimoniale est décidé à l'unanimité de tous les administrateurs, sur proposition unanime de tous les membres du conseil de surveillance, s'il en existe un.

Chapitre 4: De la publicité, des dispositions comptables et des autres obligations

Art. 25. La fondation patrimoniale est immatriculée au registre de commerce et des sociétés. Elle maintient son caractère civil et n'acquiert pas la qualité de commerçante du fait de son immatriculation au registre de commerce et des sociétés.

Art. 26. (1) La fondation patrimoniale tient une comptabilité et établit ses comptes annuels selon le schéma applicable aux sociétés de participations financières tel que prévu par l'article 31 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises et par le règlement grand-ducal pris en exécution de l'article 31 de la loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises.

(2) Les comptes annuels de la fondation patrimoniale ne sont pas déposés au registre de commerce et des sociétés et ne sont pas publiés.

(3) Les administrateurs doivent assurer la tenue des documents suivants au siège de la fondation patrimoniale:

- a) l'acte constitutif, les actes modificatifs de l'acte constitutif et, le cas échéant, le(s) règlement(s) extrastatutaire(s) et les actes d'émission de certificats;
- b) le cas échéant, le registre des certificats visé à l'article 12;
- c) les résolutions prises par le conseil d'administration, le conseil de surveillance et le fondateur;
- d) les documents de désignation du ou des bénéficiaires ou du ou des buts de la fondation patrimoniale ou des critères pour les déterminer ou des organes ou personnes de la fondation patrimoniale habilités à les déterminer.

Les administrateurs doivent assurer en outre la tenue des documents suivants au siège de la fondation patrimoniale pendant dix ans à partir de la clôture de l'exercice auquel ils se rapportent:

- e) les comptes annuels ainsi que les pièces justificatives;
- f) le cas échéant, le rapport du réviseur d'entreprises agréé.

(4) Les documents visés au paragraphe 3 sont accessibles à tous les membres du conseil d'administration et du conseil de surveillance, au fondateur et, sauf stipulation contraire du fondateur dans l'acte constitutif, à tous les bénéficiaires disposant d'un droit certain, déterminé ou déterminable dans son montant, définitivement acquis par eux et non soumis à la réalisation d'une condition. Les informations disponibles pour un bénéficiaire sont limitées aux informations qui concernent directement ses droits.

La communication des documents aux personnes visées au premier alinéa se fait sous la responsabilité des administrateurs.

Art. 27. (1) Les fondations patrimoniales qui ne disposent pas de locaux propres doivent établir leur siège auprès d'un domiciliataire visé par la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation de sociétés.

Lorsque le domiciliataire preste des services quelconques liés à l'établissement du siège de la fondation patrimoniale, celle-ci et le domiciliataire sont tenus de conclure par écrit une convention de domiciliation.

(2) Le non-respect des dispositions du paragraphe 1er, 1er alinéa constitue dans le chef de la fondation patrimoniale une contravention grave à la loi, susceptible de lui faire encourir la dissolution et la liquidation conformément à l'article 30.

Art. 28. (1) La fondation patrimoniale doit assurer que des informations satisfaisantes, exactes et à jour sur l'identité des bénéficiaires effectifs sont disponibles au siège de la fondation patrimoniale ou à un autre endroit au Luxembourg, indiqué au siège.

Sont visées les personnes suivantes:

- a) la ou les personne(s) physique(s) dont le patrimoine ou une partie du patrimoine est administré(e) à travers la fondation patrimoniale;
- b) toute autre personne physique dont des biens sont affectés à la fondation patrimoniale;
- c) les personnes physiques qui sont en droit de bénéficier de la fondation patrimoniale;
- d) toute autre personne visée à l'article 1, paragraphe 7 de la loi modifiée du 12 novembre 2004 relative à la lutte contre le blanchiment et contre le financement du terrorisme.

(2) Les administrateurs doivent conserver pendant 5 ans à partir de la liquidation de la fondation patrimoniale les informations visées au paragraphe 1er tenues au siège ou à un autre endroit au Luxembourg, sans préjudice des délais de conservation plus longs prescrits par d'autres lois.

(3) La fondation patrimoniale et ses administrateurs sont obligés de fournir une réponse et une coopération aussi complètes que possible à toute demande légale que les autorités luxembourgeoises chargées de l'application des lois leur adressent dans l'exercice de leurs compétences.

Chapitre 5: De la dissolution et de la liquidation de la fondation patrimoniale

Art. 29. (1) En cas de réalisation de l'objet ou d'impossibilité de réalisation de l'objet, en cas d'arrivée de son terme ou de décision de dissolution avant terme, la fondation patrimoniale est dissoute et liquidée. Sauf stipulation contraire de l'acte constitutif, la décision de dissolution et de mise en liquidation prise par les administrateurs dans les conditions prévues à l'article 24 détermine le mode de liquidation et nomme un ou plusieurs liquidateurs.

(2) Les actifs de la fondation patrimoniale sont, après apurement des passifs, affectés par les liquidateurs en conformité avec l'acte constitutif et les règlements extrastatutaires.

En l'absence de stipulations dans l'acte constitutif et dans les règlements extrastatutaires, les liquidateurs recherchent l'affectation la plus proche possible de l'objet de la fondation patrimoniale.

(3) Les liquidateurs sont responsables envers la fondation patrimoniale, le fondateur, les bénéficiaires et tous tiers de l'exécution de leur mandat et des fautes commises dans l'exécution de celui-ci.

Art. 30. (1) Le tribunal d'arrondissement du siège de la fondation patrimoniale peut à la requête du ministère public prononcer la dissolution et ordonner la liquidation de toute fondation patrimoniale qui poursuit des activités contraires à la loi pénale ou qui contrevient gravement à la présente loi.

(2) La requête et les actes de procédure sont notifiés par la voie du greffe. Lorsque la fondation patrimoniale ne peut être touchée à son siège au Grand-Duché de Luxembourg, la requête est publiée par extrait dans deux journaux imprimés au pays.

(3) En ordonnant la liquidation, le tribunal nomme un juge-commissaire ainsi qu'un ou plusieurs liquidateurs. Il arrête le mode de liquidation. Il peut rendre applicables, dans la mesure qu'il détermine, les règles régissant la liquidation de la faillite. Le mode de liquidation peut être modifié par décision ultérieure, soit d'office, soit sur requête du ou des liquidateurs.

(4) Les décisions judiciaires prononçant la dissolution et ordonnant la liquidation d'une fondation patrimoniale sont publiées par extrait au Mémorial. Le tribunal peut en outre et en dehors des publications à faire dans les journaux imprimés au pays en ordonner la publication par extrait dans des journaux étrangers qu'il désigne.

Les publications sont faites à la diligence du ou des liquidateurs.

(5) Le tribunal peut décider que le jugement prononçant la dissolution et ordonnant la liquidation est exécutoire par provision.

(6) En cas d'absence ou d'insuffisance d'actif, constatée par le juge-commissaire, les frais et honoraires des liquidateurs qui sont arbitrés par le tribunal sont à charge de l'Etat et liquidés comme frais judiciaires.

(7) La clôture de la liquidation est publiée par extrait conformément aux dispositions de l'article 9 et comprend l'indication de l'endroit où les livres et documents sociaux sont déposés et conservés pendant 5 ans au moins.

(8) Les actions contre les liquidateurs se prescrivent par cinq ans à partir de la publication de la clôture de la liquidation.

Chapitre 6: *Des sanctions pénales*

Art. 31. (1) Sont punis d'une amende de 500 euros à 25.000 euros les administrateurs qui ont contrevenu sciemment aux dispositions des articles 9 et 26.

(2) Sont punis d'une amende de 1.250 euros à 1.250.000 euros ceux qui ont contrevenu sciemment aux dispositions de l'article 28.

(3) Est puni d'un emprisonnement de huit jours à cinq ans et d'une amende de 1.250 euros à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement, celui qui, agissant de mauvaise foi, établit un siège d'une fondation patrimoniale au Grand-Duché de Luxembourg auprès d'un domiciliataire qui n'exerce pas légalement l'une des professions visées aux paragraphes 1er et 2 de l'article 1er de la loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation de sociétés.

(4) Est puni d'une amende de 1.250 euros à 125.000 euros celui qui établit un siège d'une fondation patrimoniale au Grand-Duché de Luxembourg auprès d'un domiciliataire sans conclure une convention de domiciliation écrite.

Chapitre 7: *Des dispositions fiscales*

Art. 32. (1) Les actes constitutifs ou modificatifs d'une fondation patrimoniale, ainsi que sa dotation initiale ou ultérieure sont soumis au droit fixe d'enregistrement. Il en est de même des actes assurant le retour d'un bien ou d'un droit à la personne ayant effectué la dotation.

(2) Le transfert par la fondation patrimoniale du vivant du fondateur d'un bien ou d'un droit meuble ou immeuble à un tiers bénéficiaire est à enregistrer suivant les règles ordinaires applicables aux donations comme si la donation avait été faite directement par le fondateur au bénéficiaire, et suivant la valeur du bien et l'existence de liens parentaux ou autres entre le fondateur et le bénéficiaire au jour du transfert. Le droit de donation est à acquitter par la fondation patrimoniale.

(3) En cas de liquidation ou de dissolution de la fondation patrimoniale du vivant du fondateur, le transfert d'un bien ou d'un droit meuble ou immeuble à un tiers autre que le fondateur est à enregistrer suivant les règles ordinaires applicables aux donations comme si la donation avait été faite directement par le fondateur au tiers, et suivant la valeur du bien et l'existence de liens parentaux ou autres entre le fondateur et le tiers au jour du transfert. Le droit de donation est à acquitter par le tiers.

(4) Si le fondateur est une personne morale, le transfert d'un bien ou d'un droit meuble ou immeuble visé aux paragraphes (2) et (3) du présent article par la fondation patrimoniale à un tiers est à enregistrer suivant les règles ordinaires applicables aux donations, même si ce transfert se fait après la dissolution du fondateur.

(5) Au jour du décès du fondateur habitant du Grand-Duché au sens de l'article 1 de la loi modifiée du 27 décembre 1817 sur le droit de succession, les biens et droits meubles et immeubles constituant l'actif de la fondation patrimoniale sont soumis à un droit proportionnel d'enregistrement au taux de 40%. Le droit d'enregistrement est perçu sur la valeur vénale de l'actif au sens de l'article 11 de la loi modifiée du 27 décembre 1817 diminuée du passif en relation avec cet actif. Ce taux de 40% est rem-

placé par un taux de 0% sur la quote-part de l'actif de la fondation patrimoniale correspondant aux droits de bénéficiaires définitivement et irrévocablement déterminés au jour du décès du fondateur qui sont (1) soit le conjoint du fondateur, (2) soit le partenaire du fondateur au sens de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats et liés depuis au moins 3 ans par une déclaration de partenariat inscrite conformément aux dispositions de cette loi, (3) soit l'ascendant ou le descendant en ligne directe du fondateur. Ce taux de 40% est remplacé par un taux de 12% sur la quote-part de l'actif de la fondation patrimoniale correspondant aux droits de bénéficiaires définitivement et irrévocablement déterminés au jour du décès du fondateur qui sont liés au fondateur comme frère, sœur, oncle, tante, neveu, nièce, grand-oncle, grand-tante, petit-neveu, petite-nièce, adopté ou adoptant et leurs descendants et ascendants, ou comme beau-père, belle-mère, gendre ou bru si le conjoint duquel l'alliance procède est en vie, sans laisser d'enfants communs ou de descendants d'eux.

L'actif se voit augmenter des biens transférés à titre gratuit pendant un délai d'une année antérieure au décès du fondateur à toute personne différente du fondateur si ces biens n'ont pas donné lieu à la perception d'un droit de donation au sens du paragraphe (2) du présent article. Les dispositions figurant aux sections 3 et 4 de la loi modifiée du 28 janvier 1948 tendant à assurer la juste et exacte perception des droits d'enregistrement et de succession sont applicables au présent paragraphe.

(6) Au jour du décès du fondateur non habitant du Grand-Duché, l'actif immobilier situé au Luxembourg est soumis à un droit proportionnel d'enregistrement au taux de 40%. Le droit d'enregistrement est perçu sur la valeur vénale de l'actif immobilier au sens de l'article 11 de la loi modifiée du 27 décembre 1817 diminuée du passif en relation avec cet actif. Ce taux de 40% est remplacé par un taux de 0% sur la quote-part de l'actif de la fondation patrimoniale correspondant aux droits de bénéficiaires définitivement et irrévocablement déterminés au jour du décès du fondateur qui sont (1) soit le conjoint du fondateur, (2) soit le partenaire du fondateur au sens de la loi modifiée du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats et liés depuis au moins 3 ans par une déclaration de partenariat inscrite conformément aux dispositions de cette loi, (3) soit l'ascendant ou le descendant en ligne directe du fondateur. Ce taux de 40% est remplacé par un taux de 12% sur la quote-part de l'actif de la fondation patrimoniale correspondant aux droits de bénéficiaires définitivement et irrévocablement déterminés au jour du décès du fondateur qui sont liés au fondateur comme frère, sœur, oncle, tante, neveu, nièce, grand-oncle, grand-tante, petit-neveu, petite-nièce, adopté ou adoptant et leurs descendants et ascendants, ou comme beau-père, belle-mère, gendre ou bru si le conjoint duquel l'alliance procède est en vie, sans laisser d'enfants communs ou de descendants d'eux.

(7) L'émission au profit d'une personne autre que le fondateur et la cession de certificats émis par une fondation patrimoniale dont le patrimoine comporte un actif immobilier situé au Luxembourg, sont censées avoir pour objet ledit actif immobilier même, correspondant aux certificats émis respectivement cédés et sont assimilées à la donation de biens immeubles pour la perception des droits d'enregistrement. Le droit commun en matière de droits de donation est applicable avec l'obligation d'enregistrement dans un délai de trois mois à partir de la date de l'émission ou de la cession sous peine d'une majoration de 10% du droit dû en cas de présentation tardive.

(8) La déclaration portant sur l'actif et le passif visés aux paragraphes (5) et (6) du présent article est faite dans un délai de trois mois à partir du jour du décès du fondateur par la fondation patrimoniale à l'administration de l'enregistrement et des domaines sous peine d'une majoration de 10% du droit d'enregistrement dû en cas de présentation tardive. Il est dû à titre d'amende la somme de 100 euros pour chaque jour de retard à partir du jour de l'écoulement du délai de trois mois. En cas de fausse déclaration respectivement d'omission dans la déclaration au détriment du trésor public, une amende égale au droit éludé est due en sus du droit d'enregistrement, sauf preuve d'absence de faute de la part de la fondation patrimoniale en tant que partie déclarante. Le droit d'enregistrement ainsi que les amendes sont à acquitter par la fondation patrimoniale. Les poursuites en recouvrement du droit d'enregistrement et des amendes ont lieu suivant les principes de droit commun en cette matière.

(9) Si la valeur des immeubles situés au Grand-Duché paraît n'avoir pas été déclarée conformément à l'article 11 de la loi modifiée du 27 décembre 1817, les dispositions prévues en matière d'expertise de contrôle à l'article 16 de la loi modifiée du 27 décembre 1817 et à l'article 45 de la loi modifiée du 23 décembre 1913 traitant des droits d'enregistrement sont applicables dans le cadre des paragraphes (5), (6) et (8) du présent article. La prescription de deux ans prévue en matière d'enregistrement

à l'article 61 de la loi modifiée du 22 frimaire an VII est applicable dans le cadre du présent article. La même prescription s'applique aux amendes prévues au présent article à partir du jour de leur prononcé par les receveurs. Une modification des bénéficiaires visés aux paragraphes (5) et (6) du présent article dans un délai de trente ans suivant le décès du fondateur donne lieu à une nouvelle déclaration au sens du présent article avec une nouvelle perception des droits d'enregistrement se substituant à la perception initiale.

(10) En cas de dotations par plusieurs fondateurs dans une même fondation patrimoniale, l'actif visé aux paragraphes (5) et (6) du présent article est présumé avoir été apporté par le fondateur décédé, à moins qu'il ne soit prouvé par la fondation patrimoniale que l'actif a été apporté par un autre fondateur ou que l'actif a déjà été antérieurement soumis aux droits d'enregistrement visés aux paragraphes (5) et (6) du présent article.

(11) Les dispositions du présent article s'appliquent de façon correspondante aux entités régies par un droit étranger présentant les caractéristiques juridiques essentielles équivalentes ou similaires à une fondation patrimoniale régie par la présente loi.

(12) Les documents visés à l'article 26 de la présente loi sont accessibles à l'administration de l'enregistrement et des domaines au siège de la fondation patrimoniale.

Art. 33. (1) Sont exonérés dans le chef d'une fondation patrimoniale les revenus provenant de capitaux mobiliers au sens de l'article 97 de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu, les revenus dégagés par la cession des biens qui sont à la base de ces revenus de capitaux mobiliers, les revenus dégagés par la cession de tous biens meubles corporels lorsque cette cession se fait plus de six mois suivant leur date d'acquisition, ainsi que le capital et la valeur de rachat touchés du chef d'un contrat d'assurance contracté à titre individuel en cas de vie, d'invalidité ou de décès. Les moins-values réalisées lors de la cession de ces biens, ainsi que les moins-values non réalisées mais comptabilisées par la suite de la réduction de valeur de ces biens ne peuvent pas être déduites du revenu imposable de la fondation patrimoniale. Les différences de change relatives à ces revenus non imposables et à ces moins-values non déductibles ne peuvent pas être déduites du revenu imposable de la fondation patrimoniale. Dans la mesure où des revenus de la fondation patrimoniale sont attribués aux détenteurs de certificats, les dispositions de l'article 108bis de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu s'appliquent.

(2) La cession de biens par la fondation patrimoniale à une personne physique qui figure parmi ses bénéficiaires ou ses détenteurs de certificats, ainsi qu'à son fondateur et à ses ayants droit, est à opérer à la valeur comptable déterminée conformément aux dispositions de la loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu. L'échange des certificats conformément à l'article 12, alinéa 5 est assimilé à une cession au sens de la phrase qui précède.

(3) Les retenues d'impôt à la source dûment opérées ne sont pas sujettes à restitution.

Art. 34. La loi modifiée du 4 décembre 1967 concernant l'impôt sur le revenu est modifiée comme suit:

1° à l'article 99, le point final du numéro 5 est remplacé par un point-virgule suivi d'un nouveau numéro 6 ayant la teneur suivante:

„6. les versements effectués ou les avantages en nature conférés par une fondation patrimoniale à ses bénéficiaires, à son fondateur ou ses ayants droit.

Ne constituent pas des revenus les allocations mises à la disposition par une fondation patrimoniale à une personne physique qui figure parmi ses bénéficiaires ou ses détenteurs de certificats, ou à son fondateur ou à ses ayants droit, et qui sont la contrepartie d'une réduction de la dotation initiale ou ultérieure en capital de la fondation patrimoniale constituée par le fondateur.“

2° à l'article 102 est inséré un nouvel alinéa 4a ayant la teneur suivante:

„En cas de cession d'un bien par une fondation patrimoniale à une personne physique figurant parmi ses bénéficiaires ou ses détenteurs de certificats, ou à son fondateur ou à ses ayants droit, la date d'entrée de ce bien dans le patrimoine de la personne physique est réputée être la date à laquelle

ce bien a été acquis par la fondation patrimoniale. Le prix d'acquisition de ce bien à mettre en compte correspond à celui acté auprès de la fondation patrimoniale. L'échange d'un certificat contre un bien auquel il se rapporte est assimilé à une cession au sens du présent alinéa.“

3° à l'article 102 est inséré un nouvel alinéa 4b ayant la teneur suivante:

„Par dérogation aux alinéas 2, 3 et 4a, le prix d'acquisition d'actions, de parts de capital, de parts bénéficiaires et d'autres participations de toute nature détenues dans des organismes à caractère collectif et considérées comme participation importante au sens de l'article 100, ainsi que le prix d'acquisition d'un emprunt convertible lorsque le contribuable détient une participation importante au sens de l'article 100 dans l'organisme ayant émis l'emprunt, correspondent à la valeur estimée de réalisation de ces titres et de cet emprunt convertible à la date à laquelle une personne physique non résidente devient résidente au Luxembourg. La dérogation n'est pas applicable lorsque, avant cette date, le contribuable a été résident pendant plus de quinze ans et puis non-résident pendant moins de cinq ans.“

4° à l'article 102 est inséré un nouvel alinéa 4c ayant la teneur suivante:

„La dotation effectuée à une fondation patrimoniale est assimilée à une cession à titre onéreux. Les biens faisant l'objet de la dotation sont à évaluer à leur valeur estimée de réalisation au jour de leur transfert à la fondation patrimoniale.“

5° à l'article 115, numéro 15 est inséré un nouveau numéro 15b libellé comme suit:

„50% des revenus divers spécifiés à l'article 99, numéro 6;“

6° à l'article 159, alinéa 1er, lettre A., le numéro 5 est modifié comme suit:

„5. les établissements d'utilité publique et autres fondations définis par la loi modifiée du 21 avril 1928 sur les associations et les fondations sans but lucratif;“

7° à l'article 159, alinéa 1er, la lettre A. est complétée par l'ajout d'un nouveau numéro 8 libellé comme suit:

„8. les fondations patrimoniales.“

8° à l'article 162, alinéa 3, les termes „numéros 1 et 2“ sont remplacés par les termes „numéros 1, 2 et 8“

9° l'article 164 est complété par un nouvel alinéa 4 libellé comme suit:

„Les dispositions des alinéas qui précèdent s'appliquent de manière correspondante aux distributions ou versements faits par une fondation patrimoniale à ses bénéficiaires, à ses détenteurs de certificats et à son fondateur ou à ses ayants droit.“

Art. 35. Au paragraphe (3), alinéa 1er de la loi modifiée du 16 octobre 1934 concernant l'impôt sur la fortune, le point final du numéro 8 est remplacé par un point-virgule suivi de l'ajout d'un nouveau numéro 9 libellé comme suit:

„9. les fondations patrimoniales.“

Art. 36. Au paragraphe (2), alinéa 2, numéro 2 de la loi modifiée du 1er décembre 1936 sur l'impôt commercial, les termes „les sociétés coopératives européennes et des associations d'assurance mutuelle“ sont remplacés par les termes „les sociétés coopératives européennes, des associations d'assurance mutuelle et des fondations patrimoniales“.

Art. 37. Le paragraphe 12 de la loi modifiée d'adaptation fiscale du 16 octobre 1934 est abrogé.

Chapitre 8: Autre disposition modificative et disposition finale

Art. 38. La loi modifiée du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés est modifiée comme suit:

1° L'intitulé de la loi est changé en „loi du 31 mai 1999 régissant la domiciliation des sociétés et des fondations patrimoniales“.

2° Il est ajouté à la loi un nouvel article 5bis de la teneur suivante:

„**Art. 5bis.** (1) Tout domiciliataire d'une fondation patrimoniale au sens de la loi du XX/XX/XXXX relative à la fondation patrimoniale est tenu de conclure par écrit une convention de domi-

ciliation avec toute fondation patrimoniale qui établit son siège auprès de lui et à laquelle il preste des services quelconques liés à l'établissement de ce siège auprès de lui.

(2) Tout domiciliataire d'une fondation patrimoniale en vertu de l'article 27 de la loi du XX/XX/XXXX relative à la fondation patrimoniale est tenu de respecter les obligations professionnelles suivantes:

- a) Avant de conclure avec une fondation patrimoniale une convention en vertu de laquelle le siège de la fondation patrimoniale est établi auprès de lui et en vertu de laquelle il est chargé de la prestation de services quelconques liés à l'établissement de ce siège auprès de lui, il est obligé de connaître l'identité réelle des membres des organes de la fondation patrimoniale domiciliée auprès de lui, de conserver la documentation afférente et de la maintenir à jour. En cas de doute sur le point de savoir si ces personnes, en leur qualité de membres des organes, agissent pour leur propre compte ou en cas de certitude qu'ils n'agissent pas pour leur propre compte, le domiciliataire prend des mesures raisonnables en vue d'obtenir des informations sur l'identité réelle des personnes pour le compte desquelles ces personnes agissent. La documentation servant à l'identification des personnes précitées doit être conservée pendant une période d'au moins 5 ans après la fin des relations de la société avec ces personnes, sans préjudice des délais de conservation plus longs prescrits par d'autres lois.
- b) Au cas où le domiciliataire constaterait que les organes statutaires et les mandataires de la fondation patrimoniale contreviendraient aux dispositions de la loi du XX/XX/XXXX relative à la fondation patrimoniale, il pourra dénoncer avec effet immédiat le contrat de domiciliation par lettre recommandée en indiquant les dispositions légales qui n'auraient pas été respectées.

La dénonciation prendra effet à partir de la date de son dépôt par les soins du domiciliataire au registre de commerce et des sociétés.

(3) Le domiciliataire d'une fondation patrimoniale ne peut encourir une responsabilité pénale ou civile du seul fait de s'être conformé aux obligations légales imposées par le paragraphe 2.

(4) Lorsqu'il est mis fin avant terme à la convention de domiciliation d'une fondation patrimoniale ou lorsque la convention arrive à échéance sans être renouvelée, les effets de la convention sont maintenus et le domiciliataire d'une fondation patrimoniale reste tenu des obligations qui en découlent pour lui ainsi que des obligations prescrites par le paragraphe 2, jusqu'à la date du dépôt de la dénonciation au registre de commerce et des sociétés. Le gestionnaire du registre de commerce et des sociétés qui reçoit le dépôt en informe sans délai le Procureur d'Etat du ressort du siège de la fondation patrimoniale. La cessation de la domiciliation est en outre publiée à la diligence du domiciliataire au Mémorial C, suivant les règles prescrites pour le dépôt et la publicité des actes ou indications relatifs aux sociétés commerciales.

(5) Est puni d'un emprisonnement de huit jours à cinq ans et d'une amende de 1.250 à 125.000 euros ou d'une de ces peines seulement, celui qui sert de domiciliataire pour une ou plusieurs fondations patrimoniales sans exercer légalement l'une des professions visées aux paragraphes 1er et 2 de l'article 1er.

(6) Est puni d'une amende de 1.250 à 125.000 euros le domiciliataire d'une fondation patrimoniale qui:

- a) en violation du paragraphe 1er ne conclut pas de convention de domiciliation écrite ou ne procède pas à la publication requise;
- b) viole une des dispositions du paragraphe 2.“

Art. 39. La loi modifiée du 19 décembre 2002 concernant le registre de commerce et des sociétés ainsi que la comptabilité et les comptes annuels des entreprises est modifiée comme suit:

- (1) A l'article 1er il est inséré un nouveau point 14° libellé comme suit „14° les fondations patrimoniales“ à la suite du point 13°, et le point 14° actuel est renuméroté en point 15°.
- (2) Un nouvel article 11bis est ajouté dont la teneur est la suivante:

„**Art. 11bis.** Toute fondation patrimoniale, est tenue de requérir son immatriculation. Celle-ci indique:

- 1° la dénomination;

- 2° l'objet;
- 3° la durée pour laquelle la fondation patrimoniale est constituée, lorsqu'elle n'est pas illimitée;
- 4° l'adresse précise du siège de la fondation patrimoniale;
- 5° les nom, prénoms, date et lieu de naissance ou, s'il s'agit de personnes morales, la dénomination sociale ou la raison sociale, et l'adresse privée ou professionnelle précise des personnes autorisées à gérer, administrer et signer pour la fondation patrimoniale avec indication de la nature et de l'étendue de leurs pouvoirs;
s'il s'agit de personnes morales, le numéro d'immatriculation au registre de commerce et des sociétés doit être indiqué si la législation de l'Etat dont la société relève prévoit un tel numéro.
doivent également être indiqués les nom, prénoms, date et lieu de naissance et adresse professionnelle ou privée précise des représentants permanents, personnes physiques, désignées par celles-ci.“ “.

Art. 40. La référence à la présente loi se fait sous la forme suivante: „loi du XX/XX/XXXX relative à la fondation patrimoniale“.

Luxembourg, le 3 novembre 2014

Le Président,
Eugène BERGER

Le Rapporteur,
Joëlle ELVINGER