



27 avril 2016

Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 141

Indication

- 934 Initiative parlementaire « Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle » - Entrée en vigueur des nouvelles dispositions au 1^{er} avril 2016..... 2

Prise de position

- 935 Questions-réponses sur l'art. 89a CC révisé par l'initiative « Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle » 7

Excursus

- 936 Chronologie de l'initiative Pelli 11

Indication

934 Initiative parlementaire « Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle » - entrée en vigueur des nouvelles dispositions au 1^{er} avril 2016

Le Conseil fédéral a allégé le cadre juridique pour les fondations patronales de bienfaisance, ce qui facilitera leur gestion. La modification d'un article du Code civil suisse (CC) est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016 pour permettre la mise en œuvre de l'initiative parlementaire « Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle ».

L'initiative parlementaire Pelli « Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle » (11.457) demandait de réviser l'art. 89a CC pour réduire le nombre de dispositions de la LPP applicables à ces fonds. Dans son avis du 20 août 2014, le Conseil fédéral s'est prononcé en faveur d'une telle modification. Celle-ci a aussi été approuvée par la très grande majorité des participants à la procédure de consultation.

Cette modification allège le cadre juridique applicable aux fonds patronaux de bienfaisance. La liste des dispositions légales applicables à ce type de fonds a été révisée pour mieux tenir compte des spécificités de ceux-ci : les fonds patronaux de bienfaisance sont des institutions de prévoyance financées exclusivement par les employeurs sur une base volontaire et les prestations de prévoyance versées par ces fonds aux bénéficiaires ont un caractère discrétionnaire. L'art 89a CC révisé maintient toutefois pour ces fonds une liste d'exigences minimales afin de prévenir les abus.

L'administration de la fortune ne sera désormais plus réglée dans l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (art. 59 OPP 2). Reste que les fonds patronaux doivent administrer leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable et à disposer des liquidités nécessaires à l'exécution de leurs tâches (art. 89a, al. 8, ch. 1, CC).

L'Assemblée fédérale a adopté le 25 septembre 2015 la modification susmentionnée du CC permettant de mettre en œuvre l'initiative. Le délai référendaire a expiré sans avoir été utilisé.

Tous les documents concernant cette initiative sont disponibles sur la page internet suivante (Curiavista): http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20110457

Lien internet pour le communiqué de presse du 24 février 2016:

<https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=fr&msg-id=60744>

Nous publions ci-après les modifications des art. 89a CC et 59 OPP 2 (seule fait foi la version publiée dans le [RO 2016 935/975](#)):

Code civil suisse
(Fondations de prévoyance en faveur du personnel)

Modification du 25 septembre 2015

version non officielle

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,

vu le [rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du](#)

[Conseil national du 26 mai 2014](#)¹,

vu l'[avis du Conseil fédéral du 20 août 2014](#)²,

arrête:

I

Le code civil³ est modifié comme suit:

Art. 89a, al. 6, phrase introductive, et ch. 2, al. 7 et 8

⁶ Les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité et qui sont soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP)⁴ sont en outre régies par les dispositions suivantes de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)⁵ sur:

2. l'assujettissement des personnes à l'AVS (art. 5, al. 1),

⁷ Les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité mais qui ne sont pas soumises à la LFLP, comme les fonds patronaux de prévoyance à prestations discrétionnaires et les fondations de financement, sont régies exclusivement par les dispositions suivantes de la LPP sur:

1. l'assujettissement des personnes à l'AVS (art. 5, al. 1),

2. l'utilisation, le traitement et la communication du numéro d'assuré AVS (art. 48, al. 4, 85a, let. f, et 86a, al. 2, let. b^{bis}),

3. la responsabilité (art. 52),

4. l'agrément et les tâches de l'organe de révision (art. 52a, 52b et 52c, al. 1, let. a à d et g, al. 2 et 3),

5. l'intégrité et la loyauté des responsables, les actes juridiques passés avec des personnes proches et les conflits d'intérêts (art. 51b, 51c et 53a),

6. la liquidation totale (art. 53c),

7. la surveillance et la haute surveillance (art. 61 à 62a et 64 à 64b),

8. le contentieux (art. 73 et 74),

9. les dispositions pénales (art. 75 à 79),

10. le traitement fiscal (art. 80, 81, al. 1, et 83).

⁸ Les fondations de prévoyance visées à l'al. 7 sont en outre régies par les dispositions suivantes:

¹ [FF 2014 5929](#)

² [FF 2014 6399](#)

³ [RS 210](#)

⁴ [RS 831.42](#)

⁵ [RS 831.40](#)

1. elles administrent leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable et à disposer des liquidités nécessaires à l'exécution de leurs tâches,
2. l'autorité de surveillance décide, sur demande du conseil de fondation, de la liquidation partielle des fonds patronaux de prévoyance à prestations discrétionnaires,
3. elles tiennent compte, par analogie, des principes de l'égalité de traitement et de l'adéquation.

II

¹ La présente loi est sujette au référendum.

² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

Conseil national, 25 septembre 2015

Le président: Stéphane Rossini
Le secrétaire: Pierre-Hervé Freléchoz

Conseil des Etats, 25 septembre 2015

Le président: Claude Hêche
La secrétaire: Martina Buol

Expiration du délai référendaire et entrée en vigueur

¹ Le délai référendaire s'appliquant à la présente loi a expiré le 14 janvier 2016 sans avoir été utilisé.⁶

² La présente loi entre en vigueur le 1^{er} avril 2016.

24 février 2016

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Johann N. Schneider-Ammann
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

⁶ [FF 2015 6517](#)

**Ordonnance
sur la prévoyance professionnelle vieillesse,
survivants et invalidité
(OPP 2)**

Modification du 24 février 2016

version non officielle

Le Conseil fédéral suisse

arrête:

I

L'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité⁷ est modifiée comme suit:

Art. 59 Application des prescriptions de placement à d'autres institutions de la prévoyance professionnelle
(art. 71, al. 1, LPP)

Les dispositions de la présente section s'appliquent par analogie :

- a. aux fondations de prévoyance visées à l'art. 89a, al. 6, du code civil⁸ ;
- b. au fonds de garantie.

II

La présente ordonnance entre en vigueur le 1^{er} avril 2016.

24 février 2016

Au nom du Conseil fédéral suisse :

Le président de la Confédération, Johann N. Schneider-Ammann
Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

⁷ RS 831.441.1

⁸ RS 210

Commentaire de la modification de l'art. 59 OPP 2

L'Assemblée fédérale a adopté le 25 septembre 2015⁹ une modification de l'art. 89a du code civil (CC) dans le cadre de l'initiative parlementaire « Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle » (11.457)¹⁰. D'après l'actuel art. 59 OPP 2 (application des prescriptions de placement à d'autres institutions de la prévoyance professionnelle), basé sur l'art. 71 LPP, les dispositions de la section 3 (art. 49-59 OPP 2) s'appliquent par analogie:

a. aux fondations de financement; b. aux fonds patronaux de prévoyance; c. au fonds de garantie.

Il est nécessaire d'adapter l'art. 59 OPP 2, car sa teneur actuelle n'est plus compatible avec cette modification de l'art. 89a CC. En effet, pour les fonds patronaux de prévoyance à prestations discrétionnaires et les fondations de financement, c'est désormais la nouvelle disposition de l'art. 89a, al. 8, ch. 1, CC qui s'applique, en lieu et place de l'art. 71, al. 1, LPP et de l'art. 59 OPP 2, qui est une disposition d'ordonnance basée sur l'art. 71, al. 1, LPP. Par conséquent, l'actuelle let. a de l'art. 59 OPP 2 qui se réfère aux fondations de financement doit être abrogée. A l'actuelle let. b de ce même article, qui devient la nouvelle let. a, les termes « fonds patronaux de prévoyance » doivent être remplacés par « fondations de prévoyance visées à l'art. 89a, al. 6, du code civil ». L'actuelle let. c relative au fonds de garantie devient la nouvelle let. b.

La teneur révisée de l'art. 89a CC procède en effet désormais à la distinction suivante : d'une part, les fondations de prévoyance en faveur du personnel qui accordent un droit réglementaire à des prestations et qui sont soumises à ce titre à la loi fédérale sur le libre passage (cf. art. 89a, al. 6, CC en relation avec l'art. 1, al. 2, LFLP); d'autre part, les fondations de prévoyance qui accordent seulement des prestations discrétionnaires, c'est-à-dire sans droit réglementaire pour les bénéficiaires et qui ne sont donc pas soumises à la LFLP (cf. art. 89a, al. 7, CC). Les fonds patronaux de prévoyance et les fondations de financement font partie de cette seconde catégorie, d'après l'art. 89a, al. 7, CC. Pour ces deux catégories de fondations, l'art. 89a CC fixe deux listes distinctes. La liste des dispositions de la LPP applicables aux fondations visées par l'art. 89a, al. 7, CC est plus courte que celle applicable aux fondations visées par l'art. 89a, al. 6, CC en raison des particularités des fondations selon l'al. 7, notamment l'absence de droit réglementaire aux prestations et de financement des assurés, contrairement aux institutions de prévoyance ordinaires.

Or, selon l'alinéa 6 de l'art. 89a CC, l'art. 71 LPP sur l'administration de la fortune et donc les dispositions des art. 49 à 59 OPP 2 basées sur l'art. 71 LPP s'appliquent désormais uniquement aux fondations de prévoyance à prestations réglementaires soumises à la LFLP. Par contre, d'après l'alinéa 7 de l'art. 89a CC, l'art. 71 LPP et donc les dispositions des art. 49 à 59 OPP 2 basées sur ce même article ne sont plus applicables aux fondations de prévoyance en faveur du personnel qui ne sont pas soumises à la LFLP, tels les fonds patronaux à prestations discrétionnaires ou les fondations de financement. En effet, pour les fondations visées à l'al. 7 de l'art. 89a CC, le Parlement a adopté la nouvelle disposition suivante (chiffre 1 de l'art. 89a, al. 8, CC) : « elles administrent leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable et à disposer des liquidités nécessaires à l'exécution de leurs tâches ». Cette nouvelle disposition remplace donc pour ces fondations l'art. 71 LPP et les art. 49 à 59 OPP 2. Pour le commentaire de l'art. 89a, al. 8, ch. 1, voir ch. 3.3.1 du rapport de la Commission de sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 26 mai 2014 ([FF 2014 5929](#)). La modification de l'art. 59 OPP 2 entre en vigueur le 1^{er} avril 2016, en même temps que la modification de l'art. 89a CC.

⁹ [FF 2015 6517](#)

¹⁰ Le rapport de la Commission de sécurité sociale et de la santé du Conseil national du 26 mai 2014 a été publié dans la [FF 2014 5929](#). L'avis du Conseil fédéral du 20 août 2014 a été publié dans la [FF 2014 6399](#). Tous les documents sont disponibles dans Curivista : http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?qesch_id=20110457

Prise de position

935 Questions-réponses sur l'art. 89a CC révisé par l'initiative « Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle »

1. *Quelles différences y a-t-il entre la liste raccourcie des dispositions applicables aux fondations patronales à prestations discrétionnaires (art. 89a, al. 7, CC) et la liste des dispositions applicables aux institutions de prévoyance avec un droit à des prestations réglementaires (art. 89a, al. 6, CC) ?*

Le tableau ci-après montre les différences suivantes :

Institutions de prévoyance avec prestations réglementaires	Fondations patronales à prestations discrétionnaires
<ul style="list-style-type: none"> - la définition et les principes de la prévoyance professionnelle et le salaire ou le revenu assuré (art. 1, 33a et 33b) - l'assujettissement des personnes à l'AVS (art. 5, al. 1) - les bénéficiaires de prestations de survivants (art. 20a) - le maintien provisoire de l'assurance et du droit aux prestations en cas de réduction ou de suppression de la rente de l'assurance-invalidité (art. 26a) - l'adaptation à l'évolution des prix des prestations réglementaires (art. 36, al. 2 à 4) - la prescription des droits et la conservation des pièces (art. 41) - l'utilisation, le traitement et la communication du numéro d'assuré AVS (art. 48, al. 4, 85a, let. f, et 86a, al. 2, let. b^{bis}) - la responsabilité (art. 52) - l'agrément et les tâches des organes de contrôle (art. 52a à 52e) - l'intégrité et la loyauté des responsables, les actes juridiques passés avec des personnes proches et les conflits d'intérêts (art. 51b, 51c et 53a) - la liquidation partielle ou totale (art. 53b à 53d) - la résiliation de contrats (art. 53e et 53f) - le fonds de garantie (art. 56, al. 1, let. c, al. 2 à 5, art. 56a, 57 et 59) - la surveillance et la haute surveillance (art. 61 à 62a et 64 à 64c) - la sécurité financière (art. 65, al. 1, 3 et 4, 66, al. 4, 67 et 72a à 72g) - la transparence (art. 65a) - les réserves (art. 65b) - les contrats d'assurance entre institutions de prévoyance et institutions d'assurance (art. 68, al. 3 et 4) - l'administration de la fortune (art. 71) - le contentieux (art. 73 et 74) - les dispositions pénales (art. 75 à 79) - le rachat (art. 79b) - le salaire et le revenu assurable (art. 79c) - l'information des assurés (art. 86b) 	<ul style="list-style-type: none"> - l'assujettissement des personnes à l'AVS (art. 5, al. 1) - l'utilisation, le traitement et la communication du numéro d'assuré AVS (art. 48, al. 4, 85a, let. f, et 86a, al. 2, let. b^{bis}) - la responsabilité (art. 52) - l'agrément et les tâches de l'organe de révision (art. 52a, 52b et 52c, al. 1, let. a à d et g, al. 2 et 3) - l'intégrité et la loyauté des responsables, les actes juridiques passés avec des personnes proches et les conflits d'intérêts (art. 51b, 51c et 53a) - la liquidation totale (art. 53c) - la surveillance et la haute surveillance (art. 61 à 62a et 64 à 64b) - le contentieux (art. 73 et 74) - les dispositions pénales (art. 75 à 79) - le traitement fiscal (art. 80, 81, al. 1, et 83)

Il y a également lieu de préciser que les fondations à prestations discrétionnaires visées par les al. 7 et 8 de l'art. 89a CC ne sont pas régies par les al. 3 et 5 de l'art. 89a CC, car ces deux alinéas ne sont applicables que s'il y a une participation des travailleurs au financement, respectivement que s'il

existe un droit aux prestations¹¹. Pour ce type de fondations, seuls les al. 1 et 2 de l'art. 89a CC entrent donc en ligne de compte (d'après l'al. 2, la fondation doit renseigner les bénéficiaires sur l'organisation, l'activité et la situation financière de celle-ci). Par contre, l'ensemble des al. 1, 2, 3 et 5 de l'art. 89a CC s'appliquent aux fondations à prestations réglementaires visées par l'al. 6 de l'art. 89a CC, étant donné qu'elles sont financées paritairement et que les assurés y disposent d'un droit aux prestations.

2. *Quelle est la portée de l'al. 8, ch. 1, sur l'administration de la fortune des fondations patronales à prestations discrétionnaires ?*

D'après le nouvel al. 8, ch. 1, de l'art. 89a CC, les fondations visées à l'al. 7 (à savoir les fondations patronales qui versent des prestations discrétionnaires) administrent leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable et à disposer des liquidités nécessaires à l'exécution de leurs tâches. D'après le [rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national \(CSSS-N\) du 26 mai 2014 \(FF 2014 5945, ch. 3.3.1\)](#) et l'[avis du Conseil fédéral du 20 août 2014 \(FF 2014 6402\)](#), cette nouvelle disposition s'applique à la place des art. 71, al. 1, LPP et 49 ss OPP 2, car une application stricte de ces dispositions serait disproportionnée et ne tiendrait pas compte des spécificités de ces fondations patronales qui ne versent pas de prestations réglementaires et qui ne sont pas financées paritairement mais exclusivement par l'employeur. Le nouvel al. 8, ch. 1, vise précisément à laisser une certaine autonomie à ce type de fondation dans la gestion de sa fortune. En outre, un règlement de placement n'est plus obligatoire pour les fondations patronales à prestations discrétionnaires. Il faudrait toutefois réserver le cas exceptionnel où celui-ci se justifierait comme mesure de surveillance au sens de l'art. 62a LPP si la situation effective de la fondation patronale en matière de placement de sa fortune devait s'avérer problématique. Enfin, les fondations patronales qui le souhaitent pourront toujours maintenir ou adopter un règlement de placement.

Déjà avant la présente révision, le commentaire de l'art. 59 OPP 2 précisait déjà que l'application *par analogie* doit être comprise dans un sens large pour les fonds patronaux de prévoyance et pour les fondations de financement (cf. [Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 108, ch. 665 p. 21](#)). Comme de tels fonds n'ont pas d'obligation légale ou réglementaire de verser des prestations, il n'y a pas lieu d'appliquer les mêmes exigences en matière d'administration de la fortune que pour les institutions de prévoyance. Comme déjà indiqué dans le Bulletin susmentionné, ils doivent par exemple pouvoir étendre les limites de placement prévues à l'art. 50, al. 4, OPP 2 et l'interprétation « dans un sens large » devrait aussi tenir compte du fait que ces fonds ont souvent une part élevée de valeurs immobilières. Il n'est en outre pas indiqué de soumettre les placements chez l'employeur aux mêmes restrictions que celles qui s'appliquent aux institutions de prévoyance : des limites plus élevées devraient être autorisées pour de telles fondations. De même, les exigences en matière de répartition des risques devraient être interprétées de façon moins stricte. Par exemple, on ne voit pas pour quel motif objectif, il faudrait interdire à une fondation patronale à prestations discrétionnaires de disposer d'un immeuble comme seul actif.

¹¹ Le texte de l'art. 89a, al. 1, 2, 3 et 5, CC est le suivant:

«¹ Les institutions de prévoyance en faveur du personnel constituées sous forme de fondations en vertu de l'art. 331 du code des obligations sont en outre régies par les dispositions suivantes.

² Les organes de la fondation doivent donner aux bénéficiaires les renseignements nécessaires sur l'organisation, l'activité et la situation financière de la fondation.

³ Si les travailleurs versent des contributions à la fondation, ils participent à l'administration dans la mesure au moins de ces versements. Dans la mesure du possible, ils élisent eux-mêmes des représentants choisis dans le sein du personnel.

⁴ ... (abrogé depuis le 1.1.1997)

⁵ Les bénéficiaires peuvent exiger en justice des prestations de la fondation, lorsqu'ils lui ont versé des contributions ou que les dispositions régissant la fondation leur donnent un droit à des prestations. »

3. *Qu'en est-il de la liquidation partielle ?*

Selon le nouvel al. 8, ch. 2, de l'art. 89a CC, l'autorité de surveillance décide, sur demande du conseil de fondation, de la liquidation partielle des fonds patronaux de prévoyance à prestations discrétionnaires. Désormais, un règlement de liquidation partielle n'est plus obligatoire. Ce retour à la pratique d'avant la 1^{re} révision de la LPP pour les fondations patronales à prestations discrétionnaires permettra d'avoir une solution qui tienne compte de toutes les spécificités de ce type de fondation (cf. [rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 26 mai 2014, FF 2014 5946, ch. 3.2.7 et 3.3.2](#)). Conformément à la pratique antérieure à la 1^{re} révision de la LPP, le conseil de fondation doit informer l'autorité de surveillance lorsqu'il y a survenance d'un cas de liquidation partielle. Selon le nouvel al. 8, ch. 2, l'autorité de surveillance ne pourra rendre une décision que si elle est saisie d'une demande du conseil de fondation, et non plus d'office, ce qui exclut l'intervention d'autres personnes.

4. *Que veut dire une application « par analogie » des principes d'adéquation et d'égalité de traitement (al. 8, ch. 3, de l'art. 89a CC) ?*

L'application par analogie des principes d'adéquation et d'égalité de traitement se justifie en raison du fait que dans les fonds patronaux à prestations discrétionnaires, les bénéficiaires ne disposent pas d'un droit réglementaire à des prestations, qui sont seulement versées à bien plaisir. De plus, ces bénéficiaires ne versent aucune cotisation. En outre, dans ces fonds, il n'y a pas de collectif d'assurés mais seulement d'éventuels bénéficiaires potentiels. Compte tenu de ces particularités, ces principes doivent servir de lignes directrices lors de l'octroi des prestations des fonds patronaux, mais sans devoir appliquer les dispositions détaillées de l'OPP 2 sur l'adéquation (art. 1 à 1b OPP 2) et sur l'égalité de traitement (art. 1f OPP 2), car ces dispositions ont été conçues pour des fondations qui octroient des prestations réglementaires à des assurés/ayants droit et qui sont financées par des cotisations paritaires.

Conformément au principe d'adéquation applicable par analogie, les prestations versées par la fondation patronale, ajoutées aux autres prestations d'assurances sociales, ne doivent globalement pas dépasser le dernier revenu net de la personne bénéficiaire avant la survenance du cas de prévoyance ou de détresse (cf. [avis du Conseil fédéral du 20 août 2014, FF 2014 6404](#)). Le but essentiel de la fondation patronale est en effet de compenser la perte de revenu causée par le cas de prévoyance ou de détresse. Il s'agit donc d'éviter une disproportion entre la prestation versée par la fondation patronale par rapport au revenu antérieur de la personne bénéficiaire.

En ce qui concerne le principe d'égalité de traitement, même s'il n'y a pas de collectif d'assurés dans les fondations patronales à prestations discrétionnaires mais seulement d'éventuels bénéficiaires, ces fondations ne doivent pas agir de manière arbitraire en faisant des différences de traitement entre des personnes qui se trouvent dans une situation identique (cf. [avis du Conseil fédéral du 20 août 2014, FF 2014 6405](#)).

5. *Selon quelles dispositions les fondations patronales à prestations discrétionnaires devront-elles tenir leur comptabilité ?*

Les fondations patronales à prestations discrétionnaires auront la possibilité mais pas l'obligation d'appliquer les normes comptables Swiss GAAP RPC 26, car les art. 65a LPP et 47 OPP 2 ne font pas partie des dispositions impératives pour ces fondations d'après la nouvelle liste de l'art. 89a, al. 7, CC. En revanche, dans son [rapport](#) (FF 2014 5943, ch. 3.2.10), la CSSS-N a considéré que lesdites fondations veilleront notamment à faire apparaître leur situation financière effective et devront être en mesure de prouver la réalisation des buts de prévoyance conformément à leurs statuts. L'art. 89a, al. 7, ch. 4, CC exige un organe de révision au sens de l'art. 52b LPP et non pas un organe de révision au sens de l'art. 727 CO. L'organe de révision LPP de la fondation patronale devra procéder

aux vérifications prévues par l'art. 52c, al. 1, let. a à d et g, al. 2 et 3, LPP, notamment en matière de loyauté (cf. art. 52c, al. 1, let. c, LPP et 48/, al. 1, 3^e phrase, OPP 2). Il ne s'agira donc pas d'un simple contrôle restreint au sens des art. 729a ss CO.

Excursus

936 Chronologie de l'initiative Pelli

Auteur: Jérôme Piegai, docteur en droit, titulaire du brevet d'avocat, juriste à l'OFAS

1. Introduction

Le 17 juin 2011, le conseiller national Fulvio Pelli¹² déposa une initiative intitulée « Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle » ([11.457](#)).

Selon l'auteur de l'initiative, celle-ci « vise à permettre aux fonds de bienfaisance de continuer de jouer leur rôle, de façon qu'ils puissent apporter une aide d'urgence aux salariés ou anciens salariés et aux survivants qui font face à des difficultés, accélérer l'assainissement de la caisse de pension de l'entreprise, ou encore atténuer les effets d'une restructuration. A ce jour, malheureusement, le droit n'a pas réservé au fonds de bienfaisance la place à laquelle il aurait pu prétendre en raison de sa nature particulière ».

L'objectif essentiel de l'initiative est d'enrayer la diminution du nombre de fonds patronaux. En effet, tandis qu'en 1992, il y avait plus de 8'000 fonds patronaux, leur nombre a baissé à 5'000 en 2002 puis à 2'631 en 2010. La fortune totale gérée par ces fonds était de 16,813 milliards de francs en 2010 (en 2002, la fortune totale de ceux-ci s'élevait à 24,037 milliards de francs)¹³. La publication de l'Office fédéral de la statistique « [Les fonds de bienfaisance en Suisse en 2010](#) » fournit des statistiques détaillées à ce sujet. Les fonds patronaux de bienfaisance s'inscrivent dans une histoire déjà ancienne. Leur importance était particulièrement marquée de la première moitié du 20^e siècle jusqu'à l'entrée en vigueur de la LPP en 1985. La prévoyance personnelle reposait alors en majeure partie sur ces institutions de prévoyance en faveur du personnel, constituées par les employeurs sur une base volontaire. Afin d'encourager l'initiative privée, une exonération fiscale avait été accordée à ces institutions, à condition qu'elles soient dotées d'une personnalité juridique distincte de celle de l'employeur. Avec l'entrée en vigueur de la LPP, nombre de ces fondations ont transféré une partie au moins de leur fortune aux institutions de prévoyance (enregistrées) constituées en application de la nouvelle loi. Dans le régime actuel, les fonds de bienfaisance qui fournissent des prestations discrétionnaires se voient attribuer une sorte de fonction « supplétive », puisque, contrairement à la prévoyance professionnelle réglementaire, ils peuvent allouer des prestations qui n'ont pas été planifiées. Les fondations patronales à prestations discrétionnaires constituent un aspect important de la responsabilité sociale de l'employeur. Elles interviennent non seulement lors de situations individuelles difficiles (par exemple accident, décès, etc.), mais également en cas de difficultés économiques de l'entreprise pour en atténuer les effets sur le personnel (plan social, mises à la retraite anticipée, etc.). Elles peuvent aussi servir à assainir la caisse de pensions de l'entreprise¹⁴.

Simultanément à cette initiative, une association « [PatronFonds](#) » s'est constituée dans le but de promouvoir les fonds patronaux.

2. Point de départ: la 1^{re} révision de la LPP

La 1^{re} révision de la LPP avait complété la liste de l'art. 89^{bis}, al. 6, CC suite à l'introduction de nouveaux articles dans la LPP, mais sans faire de distinction entre les fondations qui accordent des prestations réglementaires au sens de l'art. 1 al. 2 LFLP et celles qui octroient seulement des prestations discrétionnaires, à bien plaisir (« Ermessensleistungen »). Dès lors, la situation s'est avérée problématique dans la mesure où il n'était pas clair si la liste des dispositions de

¹² M. Fulvio Pelli a été conseiller national du 4 décembre 1995 au 6 mars 2014.

¹³ Cf. rapport du 26 mai 2014 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) relatif à l'initiative parlementaire Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle, ch. 2.1.1 ([FF 2014 5929](#)).

¹⁴ Cf. rapport de la CSSS-N relatif à l'initiative parlementaire Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle, ch. 2.1.1.

l'art. 89a, al. 6, CC, était applicable ou pas aux fondations patronales de prévoyance qui versent des prestations discrétionnaires. Les fondations patronales à prestations discrétionnaires se caractérisent par l'absence d'un droit réglementaire aux prestations pour les bénéficiaires potentiels, qui ne sont donc pas des assurés. Il ne s'agit donc pas d'un système d'assurance. De plus, il n'y a pas de financement des assurés, lesdites prestations étant financées exclusivement par l'employeur. Dans les fondations patronales à prestations discrétionnaires, il n'y a pas non plus de système de capitalisation comme dans les institutions de prévoyance (cf. art. 65 LPP)¹⁵.

Sur un plan strictement rédactionnel, l'ancien art. 89^{bis} CC est devenu l'actuel art. 89a CC depuis le 1^{er} janvier 2013 (sans modification matérielle par rapport à la 1^{re} révision de la LPP).

3. *Jurisprudence et doctrine*

En 2011, le Tribunal administratif fédéral (TAF) jugea que l'art. 89a, al. 6, CC était applicable par analogie aux fondations patronales qui allouent des prestations discrétionnaires, notamment en cas de liquidation ; selon le TAF, l'obligation d'adopter un règlement de liquidation partielle (art. 53b LPP) valait aussi pour ce type de fondations¹⁶.

Dans son arrêt de principe du 30 août 2012 (ATF 138 V 346, 9C 2/2012), le Tribunal fédéral (TF) confirma la jurisprudence du TAF : l'art. 53b LPP, y compris l'exigence du règlement de liquidation partielle, était applicable par analogie aux fondations patronales à prestations discrétionnaires (changement de jurisprudence : cf. arrêt 2A.402/2005)¹⁷.

Le TF avait aussi jugé qu'un fonds patronal de bienfaisance était tenu d'édicter un règlement relatif aux placements (ATF 138 V 420 consid. 3.1 et 3.2). Il convenait de procéder à une interprétation large des dispositions des art. 49 ss OPP 2 dans le cadre de leur application par analogie. Les circonstances concrètes du cas pouvaient être prises en considération au moment de concevoir le règlement (par exemple différenciation en fonction de la taille du fonds et des prestations versées; consid. 3.3). Toujours selon le TF, les limites en matière de placements de l'art. 57 OPP 2 étaient également applicables à un fonds patronal de bienfaisance (ATF 138 V 502 consid. 6.2).

Le TF a aussi considéré que l'art. 52 LPP en matière de responsabilité s'applique par analogie aux fonds patronaux de bienfaisance (ATF 140 V 304). Le tribunal cantonal chargé des contestations en matière de prévoyance professionnelle est compétent pour connaître d'une action en responsabilité fondée sur l'art. 52 LPP dirigée contre les organes d'un fonds patronal de bienfaisance (cf. art. 73 al. 1 let. c LPP; consid. 2-4).

Dans des arrêts plus anciens¹⁸, le TF s'était demandé dans quelles situations les litiges portant sur les prestations des fonds de bienfaisance devaient suivre la procédure prévue à l'art. 73 LPP ou au contraire passer par les autorités de surveillance au sens de l'art. 74 LPP. Il était arrivé à la conclusion que la voie de droit prévue à l'art. 73 LPP n'était possible que si le recourant avait versé des cotisations à l'institution de prévoyance ou s'il pouvait se prévaloir d'un droit à des prestations.

La doctrine s'était montrée divisée en ce qui concerne l'application de l'ancien art. 89^{bis}, al. 6, CC aux fondations patronales à prestations discrétionnaires. Selon une partie de la doctrine, les fondations patronales à prestations discrétionnaires étaient plus proches des fondations en faveur du personnel au sens de l'ancien art. 89^{bis}, al. 6, CC que des fondations classiques, de sorte qu'il se justifiait de continuer de leur appliquer par analogie les dispositions de la LPP énumérées par cet alinéa¹⁹. Selon

¹⁵ Cf. rapport de la CSSS-N relatif à l'initiative parlementaire Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle, ch. 2.1.2.

¹⁶ Arrêts du 25.10.2011, 17.11.2011 et 2.12.2011 : [C-5780/2008](#), [C-1171/2009](#) et [C-5282/2010](#). Ces jugements du TAF ont fait l'objet de recours au TF, qui n'a pas encore rendu de décisions dans ces litiges.

¹⁷ Cf. également [ATF 139 V 407](#)

¹⁸ [ATF 130 V 80](#) et [9C 193/2008](#)

¹⁹ Cf. notamment Franziska Bur Bürgin, Wohlfahrtsfonds, Vorsorgeeinrichtungen im luftleeren Raum? in: Festschrift « 25 Jahre BVG », pp. 64 ss; Ueli Kieser, in: Schneider/Geiser/Gächter, Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010, p. 823 N 6 ad art. 53b; Christina

l'autre partie de la doctrine, les fondations patronales à prestations discrétionnaires ne constituaient pas des fondations de prévoyance au sens de l'ancien art. 89^{bis}, al. 6, CC, lequel ne s'appliquerait donc qu'aux fondations avec des prestations réglementaires²⁰.

4. Débats parlementaires

Le 13 janvier 2012, la CSSS-N a décidé de donner suite à l'initiative. Ce fut ensuite au tour de la commission homologue du Conseil des Etats (CSSS-E) d'adhérer à l'initiative en date du 22 mai 2012.

L'avant-projet de modification de l'art. 89a CC a été accueilli très favorablement par tous les participants à la [procédure de consultation](#) qui s'est déroulée du 6 juin au 18 octobre 2013.

Le 26 mai 2014, la CSSS-N a adopté à l'unanimité le projet présenté par sa sous-commission LPP ainsi que le rapport sur cette initiative ([FF 2014 5929](#)).

Dans son avis du 20 août 2014 ([FF 2014 6399](#)), le Conseil fédéral s'est prononcé en faveur de cette initiative, en proposant toutefois les compléments ponctuels suivants :

- Ajout à l'al. 7 de l'art. 89a CC des dispositions sur la transparence avec les normes comptables Swiss GAAP RPC 26,
- Ajout à l'al. 8 des principes d'adéquation et d'égalité de traitement, avec une délimitation du cercle des bénéficiaires, à respecter par les fonds patronaux pour pouvoir bénéficier de l'exonération fiscale.

Le 10 septembre 2014, le Conseil national est entré en matière sur le projet. Il a adopté la disposition proposée par le Conseil fédéral sur l'assujettissement des personnes à l'AVS (al. 7, ch. 1) par 94 voix contre 83 (rejetant ainsi une proposition de minorité Pezzatti). Il a en revanche rejeté les autres propositions du Conseil fédéral (soutenues par la minorité Schenker) :

- Rejet de la disposition sur la transparence (al. 7, ch. 7^{bis}) par 129 voix contre 59 (et 1 abstention),
- Rejet des dispositions sur l'exonération fiscale avec les principes d'adéquation et d'égalité de traitement (al. 8, ch. 1a, 1b, 1c) par 130 voix contre 59.

Le 24 octobre 2014, la CSSS-E est entrée en matière à l'unanimité sur le projet. Le 11 février 2015, elle a approuvé, toujours à l'unanimité, le projet d'acte visant à mettre en œuvre l'initiative. Elle s'est ainsi largement ralliée aux décisions du Conseil national visant à simplifier la réglementation afin d'améliorer l'attractivité des fonds de bienfaisance qui octroient des prestations discrétionnaires. Cependant, contrairement au Conseil national, la CSSS-E a adhéré aux deux propositions du Conseil fédéral susmentionnées: la CSSS-E a approuvé, par 7 voix contre 3 (et 3 abstentions), l'intégration d'une disposition sur la transparence et elle a proposé, par 11 voix contre 0 (et 2 abstentions), que les principes d'égalité de traitement et d'adéquation soient mentionnés explicitement dans le projet de loi,

Ruggli-Wüest, Wohlfahrtsfonds heute: ein Auslaufmodell, oder ... ? in : BVG-Tagung 2009, Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge, St-Gall 2009, pp. 166 ss; Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, p. 149, n° 401.

²⁰ Cf. notamment Jacques-André Schneider, Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010, p. 78 N 217; Hans Michael Riemer/Gabriela Riemer-Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, Berne 2006, pp. 35 et 38; Hans Michael Riemer, Die patronalen Wohlfahrtsfonds nach der 1. BVG-Revision, in: SZS/RSAS 2007 pp. 550-551; voir aussi du même auteur: Die patronalen Wohlfahrtsfonds (mit Ermessensleistungen) der beruflichen Vorsorge nach der Revision von Art. 89a ZGB vom 25. September 2015, in: SZS/RSAS 2016 pp. 2 ss; Viktor Ackermann, Verwendung der freien Mittel bei patronalen Wohlfahrtsfonds, in: Schweizer Personalvorsorge/Prévoyance Professionnelle Suisse 9/2008 p. 57; Thomas Geiser, Teilliquidation bei Pensionskassen, in: Der Schweizer Treuhänder 1-2/2007 p. 83; Yolanda Müller, Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen: ein Auslaufmodell ? in: Schweizer Personalvorsorge/Prévoyance Professionnelle Suisse 5/2011 p. 79; voir aussi: Yolanda Müller/Anne-Florence Bock, Die Revision von Art. 89a ZGB aus der Sicht des Praktikers, in: SZS/RSAS 2016 pp. 146 ss.

afin notamment d'éviter tout différend dans le cadre de l'accord fiscal FATCA (« Foreign Account Tax Compliance Act») conclu entre la Suisse et les Etats-Unis.

Le 2 mars 2015, le Conseil des Etats a accepté à l'unanimité tous les compléments proposés par le Conseil fédéral.

Le 17 avril 2015, la CSSS-N a rejeté les propositions du Conseil fédéral et du Conseil des Etats. Par 14 voix contre 8 (et 3 abstentions), elle a biffé la disposition sur la transparence (al. 7 ch. 7^{bis}) adoptée par le Conseil des Etats. Elle a également biffé, par 13 voix contre 9 (et 3 abstentions), les dispositions du Conseil fédéral et du Conseil des Etats (al. 8, ch. 1a, 1b et 1c) relatives au cercle des bénéficiaires, à l'adéquation et à l'égalité de traitement, et les a remplacées par un nouveau ch. 3 à l'al. 8 du projet :

« 3. Elles tiennent compte, par analogie, des principes de l'égalité de traitement et de l'adéquation. »

Le 26 juin 2015, la CSSS-N a de nouveau examiné les divergences relatives à cette initiative ; par 17 voix contre 8, elle a décidé de maintenir inchangée la version du Conseil national.

Par la suite, le Conseil national et le Conseil des Etats ont campé sur leurs positions le 2 juin, le 9 juin et le 7 septembre 2015.

Le 15 septembre 2015, le Conseil des Etats s'est finalement rallié par 27 voix contre 17 au projet du Conseil national (application par analogie des principes de transparence et d'adéquation).

La modification de l'art. 89a CC a été adoptée en vote final le 25 septembre 2015 par les deux Chambres de l'Assemblée fédérale ([FF 2015 6517](#)).

Il n'y a eu aucune demande de référendum à l'expiration du délai en date du 14 janvier 2016.

La date d'entrée en vigueur a été fixée au 1^{er} avril 2016 par le Conseil fédéral. Ainsi, l'initiative Pelli a pu être concrétisée moins de 5 ans après son dépôt.