

11.457

Initiative parlementaire

Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle

Avant-projet et rapport explicatif de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national

du 24 mai 2013

Condensé

Le présent projet vise à préciser quelles sont les dispositions de la LPP applicables aux fondations patronales qui accordent des prestations discrétionnaires (ou à bien plaisir), aussi appelées « fonds patronaux ou fonds de bienfaisance ». Il fait suite à l'initiative parlementaire « Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle ». En effet, l'actuel art. 89a du code civil (CC) énumère quelles sont les dispositions de la LPP applicables aux fondations de prévoyance en faveur du personnel mais il ne fait aucune distinction entre les fondations qui accordent des prestations réglementaires et celles qui accordent seulement des prestations discrétionnaires. Il y a donc actuellement une certaine insécurité juridique sur la question de savoir dans quelle mesure les différentes dispositions énumérées dans la liste de l'actuel art. 89a al. 6 CC s'appliquent aussi aux fondations patronales à prestations discrétionnaires. Le but du présent projet est donc de remédier à cette problématique en introduisant les nouveaux alinéas 7 et 8 qui précisent quelles sont les dispositions applicables aux fondations patronales à prestations discrétionnaires. La liste spécifique aux fondations patronales à prestations discrétionnaires est plus courte que celle de l'alinéa 6 applicable aux fondations à prestations réglementaires, car certaines dispositions énumérées par l'al. 6 ne sont pas adaptées aux particularités des fondations patronales à prestations discrétionnaires (absence de droit réglementaire, prestations versées seulement à bien plaisir à des bénéficiaires, pas de système d'assurance, absence de financement par des cotisations paritaires). Par conséquent, il se justifie de renoncer à l'application de certaines dispositions qui ne sont pas appropriées pour ce type de fondations. Par ailleurs, le nombre de fondations patronales à prestations discrétionnaires a tendance à baisser. En allégeant le cadre juridique applicable à celles-ci, le présent projet vise aussi la pérennité des fondations patronales à prestations discrétionnaires.

Rapport

1

Genèse du projet

Le 17 juin 2011, le conseiller national Fulvio Pelli a déposé une initiative parlementaire intitulée « Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle » (11.457) ; celle-ci vise à modifier l'art. 89^{bis} du code civil (CC) de manière à réduire le nombre des dispositions de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)¹ et de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP2)² applicables aux fonds de bienfaisance fournissant des prestations discrétionnaires. En effet, lors de la première révision de la LPP (00.027), les fonds de bienfaisance n'avaient pas été pris en considération, ce qui, par le biais des renvois à la LPP figurant dans le CC, a conduit à une augmentation involontaire du nombre de dispositions applicables à ces fonds. L'initiative 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.

Le 13 janvier 2012, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) a procédé à l'examen préalable de l'initiative parlementaire et a décidé, par 17 voix contre 0 et 5 abstentions, d'y donner suite. Elle a également chargé l'administration d'analyser, dans un rapport, quelles sont les dispositions de l'art. 89^{bis}, al. 6, CC qui devraient réellement s'appliquer aux fondations patronales. Réunie le 22 mai 2012, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats (CSSS-E) a approuvé, à l'unanimité, la décision de la CSSS-N. À sa séance du 29 juin 2012, cette dernière a chargé la sous-commission « LPP » (Prévoyance professionnelle) d'élaborer un projet d'acte répondant à l'initiative parlementaire. La sous-commission s'est réunie pour la première fois sur ce sujet le 24 août 2012 et a décidé, à cette occasion, de fonder ses travaux sur le rapport publié par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS). Le 26 octobre 2012, elle a procédé à l'audition de représentants de l'économie privée, d'une caisse de compensation AVS cantonale, de l'Association suisse des institutions de prévoyance, de l'Union syndicale suisse ainsi que d'une société d'audit. La sous-commission « LPP » a poursuivi ses discussions le 17 décembre 2012, en se concentrant sur le point central de l'initiative, à savoir la dérégulation du domaine des prestations discrétionnaires des fonds de bienfaisance. S'appuyant sur les propositions de réglementation détaillées présentées par l'OFAS les membres de la sous-commission se sont accordés sur un projet de loi définitif.

A noter que, sur un plan strictement rédactionnel, l'art. 89^{bis} CC est devenu, au 1^{er} janvier 2013, l'art. 89a CC.

¹ RS 831.40

² RS 831.441.1

A sa séance du 24 mai 2013, la CSSS-N a approuvé à l'unanimité l'avant-projet présenté par la sous-commission et a décidé d'envoyer cet avant-projet en procédure de consultation.

2 Grandes lignes du projet

2.1 Situation actuelle et problématique

2.1.1 Introduction: historique et notion de fondation patronale

Les fonds patronaux de bienfaisance s'inscrivent dans une histoire déjà ancienne. Leur importance était particulièrement marquée de la première moitié du XX^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 ». 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 servent aussi parfois à assainir la caisse de pensions de l'entreprise.

Les fonds de bienfaisance sont en constante diminution année après année : tandis qu'en 1992, il y avait plus de 8'000 fonds de bienfaisance, leur nombre a baissé à 5'000 en 2002 puis à 2'631 en 2010. La fortune totale gérée par les fonds de bienfaisance 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). La publication de l'Office fédéral de la statistique « Les fonds de bienfaisance en Suisse en 2010 » fournit des statistiques détaillées à ce sujet.

La notion de « fondation patronale » (ou « fonds de bienfaisance ») est généralement utilisée pour désigner des fonds patronaux de bienfaisance fournissant des prestations discrétionnaires dans le domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité. Comment son nom l'indique, il s'agit d'une fondation exclusivement financée par l'employeur, d'où la qualification de « patronale »³. Au-delà de ce point commun que constitue le caractère exclusivement patronal de leur financement, les fondations patronales renvoient dans les faits à un éventail très hétérogène d'institutions répondant à des objectifs tout aussi divers⁴. Ces fondations

³ Bur Bürgin, Franziska, Wohlfahrtsfonds in: Festschrift „25 Jahre BVG“, Bâle 2009, p. 56.

⁴ Cf. la réponse du Conseil fédéral à la motion 06.3802 (motion Baader) du 20 décembre 2006.

peuvent prévoir des prestations servant à la prévoyance professionnelle au sens large ou à des motifs d'assistance, par exemple des prestations destinées au rachat d'une réduction de rente en cas de retraite anticipée, des prestations pour vieillesse, décès ou invalidité dans des cas de rigueur, ou encore des aides financières pour une formation. En pratique, il existe aussi des fondations patronales qui ont un rôle de financement et remplissent la fonction de réserves de cotisations de l'employeur (voir le ch. 3.2.16).

Les prestations allouées par les fondations patronales de bienfaisance ne sont pas des prestations réglementaires, mais uniquement des prestations discrétionnaires. Cette distinction est essentielle. Elle signifie que ces fondations ne versent pas des prestations qu'un assuré serait en droit d'exiger sur la base de prescriptions réglementaires au sens de l'art. 1, al. 2, LFLP, mais qu'elles octroient au contraire des prestations au cas par cas, sur la base de décisions de leur conseil de fondation. Ce dernier doit prendre ses décisions en tenant compte des buts de la fondation mais aussi des principes du droit de la prévoyance, notamment le principe de l'égalité de traitement⁵. Outre les fondations patronales à prestations discrétionnaires, certains fonds exclusivement patronaux versent aussi des prestations réglementaires, mais leur nombre est nettement plus restreint.

2.1.2 Origine de la question : la 1^{re} révision de la LPP

La 1^{re} révision de la LPP a complété la liste de l'art. 89a, 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* »). De ce fait, la situation actuelle est problématique dans la mesure où il n'est pas clair si la liste des dispositions de l'art. 89a, al. 6, CC, est 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 paritaire, 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).

L'actuel art. 89a CC a la teneur suivante :

« 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.

⁵ Bur Bürgin, op. cit.

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 ...⁶

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.

⁶ Les fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité sont en outre régies par les dispositions suivantes de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité sur:

1. la définition et les principes de la prévoyance professionnelle et le salaire ou le revenu assuré (art. 1, 33a et 33b),
2. les versements supplémentaires pour la retraite anticipée (art. 13a, al. 8⁷),
3. les bénéficiaires de prestations de survivants (art. 20a),
- 3a. 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),
4. l'adaptation à l'évolution des prix des prestations réglementaires (art. 36, al. 2 à 4),
5. la prescription des droits et la conservation des pièces (art. 41),
- 5a. 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}),
6. la responsabilité (art. 52),
7. l'agrément et les tâches des organes de contrôle (art. 52a à 52e),
8. 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),
9. la liquidation partielle ou totale (art. 53b à 53d),
10. la résiliation de contrats (art. 53e et 53f),
11. le fonds de garantie (art. 56, al. 1, let. c, al. 2 à 5, art. 56a, 57 et 59),
12. la surveillance et la haute surveillance (art. 61 à 62a et 64 à 64c),
13. ...⁸
14. la sécurité financière (art. 65, al. 1, 3 et 4, 66, al. 4, 67 et 72a à 72g),
15. la transparence (art. 65a),
16. les réserves (art. 65b),

⁶ Abrogé par le chiffre III de la LF du 21 juin 1996 (RO **1996** 3067; FF **1996** I 516 533).

⁷ L'art. 13a est devenu sans objet suite au rejet de la 11^e révision de l'AVS du 3 oct. 2003 (FF **2004** 3727).

⁸ Abrogé par le chiffre II 1 de la LF du 19 mars 2010 (Réforme structurelle), avec effet au 1^{er} janv. 2012 (RO **2011** 3393; FF **2007** 5381).

17. les contrats d'assurance entre institutions de prévoyance et institutions d'assurance (art. 68, al. 3 et 4),
18. l'administration de la fortune (art. 71),
19. le contentieux (art. 73 et 74),
20. les dispositions pénales (art. 75 à 79),
21. le rachat (art. 79b),
22. le salaire et le revenu assurable (art. 79c),
23. l'information des assurés (art. 86b) ».

Les fondations patronales ne peuvent être assimilées ni aux institutions de prévoyance enregistrées au sens de l'art. 48 LPP, ni aux institutions relevant de la prévoyance surobligatoire au sens de l'art. 49, al. 2, LPP. Elles relèvent au contraire de la catégorie des institutions de prévoyance hors obligatoire⁹, c'est-à-dire des institutions de prévoyance qui ne participent pas à l'application de la prévoyance professionnelle *obligatoire* et qui, pour cette raison, ne font pas partie du champ d'application des dispositions de la LPP. Ces institutions ne doivent tenir compte que des dispositions de la LPP qui sont énumérées à l'art. 89^{bis}, al. 6, CC.

Signalons également que l'art. 59, let. b, OPP 2 (placements) fait référence aux « fonds patronaux de prévoyance » mais sans distinguer entre les fonds à prestations réglementaires et les fonds à prestations discrétionnaires. Voir aussi le commentaire de l'alinéa 8 ch. 1.

2.1.3 Jurisprudence

Le *Tribunal administratif fédéral* a jugé 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) est aussi valable pour ce type de fondations (cf. arrêts du TAF des 25.10.2011, 17.11.2011 et 2.12.2011 : C-5780/2008, C-1171/2009 et C-5282/2010).

Dans son arrêt de principe 9C_2/2012 du 30 août 2012, le *Tribunal fédéral* a confirmé l'arrêt du TAF C-1171/2009 : l'art. 53b LPP, y compris l'exigence du règlement de liquidation partielle, est applicable par analogie aux fondations patronales à prestations discrétionnaires ; voir aussi les arrêts 9C_125/2012 du 12 octobre 2012, 9C_902/2011 du 26 novembre 2012 et 9C_36/2012 du 3 décembre 2012 (cf. également les arrêts plus anciens ATF 130 V 80 et 9C_193/2008 en relation avec les art. 73 et 74 LPP ; dans ces deux arrêts, 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

⁹ Bur Bürgin, op. cit. p. 57.

la voie de droit prévue à l'art. 73 LPP n'est 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).

2.1.4 Doctrine

La doctrine est divisée en ce qui concerne l'application de l'art. 89a, al. 6, CC aux fondations patronales à prestations discrétionnaires. Selon une partie de la doctrine suivie par le TAF, les fondations patronales à prestations discrétionnaires sont plus proches des fondations en faveur du personnel au sens de l'art. 89a, al. 6, CC que des fondations classiques, de sorte qu'il se justifie de continuer de leur appliquer par analogie les dispositions de la LPP énumérées par cet alinéa¹⁰. Selon l'autre partie de la doctrine, les fondations patronales à prestations discrétionnaires ne constituent pas des fondations de prévoyance au sens de l'art. 89a, al. 6, CC, lequel ne s'appliquerait donc qu'aux fondations avec des prestations réglementaires¹¹.

L'initiative soulève donc à juste titre la problématique de l'applicabilité aux fondations patronales à prestations discrétionnaires des différentes dispositions énumérées à l'art. 89a, al. 6, CC. En pratique, la controverse porte en particulier sur les dispositions en matière de liquidation partielle, notamment l'exigence d'un règlement de liquidation partielle.

2.2 Solution proposée

La solution proposée consiste à introduire une liste précise des dispositions applicables aux fondations patronales à prestations discrétionnaires, afin de mettre fin à l'insécurité juridique actuelle. Pour établir cette liste, la CSSS-N a passé en revue les différentes dispositions de la LPP énumérées par l'actuel al. 6 de l'art. 89a CC et analysé pour chacune d'entre elles si leur application aux fondations patronales à prestations discrétionnaires est justifiée ou pas (voir le commentaire ci-dessous).

La liste raccourcie de l'al. 7 assouplit le cadre juridique applicable aux fondations patronales à prestations discrétionnaires afin que celles-ci disposent de suffisamment de marge de manœuvre pour pouvoir continuer leur activité dans de bonnes conditions à l'avenir. Le présent projet vise donc à renforcer les fondations patronales à prestations discrétionnaires.

¹⁰ Cf. notamment Christina Ruggli-Wüest, *Wohlfahrtsfonds heute: ein Auslaufmodell, oder ... ?* in : BVG-Tagung 2009, Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge, pp. 166 ss; 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*, p. 823 N 6 ad art. 53b ; Hans-Ulrich Stauffer, *Berufliche Vorsorge*, Zürich 2005, p. 149, n° 401.

¹¹ 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.

3 **Commentaire de la modification de l'art. 89a CC**

3.1 **Commentaire de l'alinéa 6**

La liste de l'actuel al. 6 s'appliquera désormais aux seules fondations de prévoyance en faveur du personnel à *prestations réglementaires, qui sont soumises à la loi fédérale sur le libre passage (LFLP)* tandis que la liste du nouvel alinéa 7 s'appliquera spécifiquement aux fondations de prévoyance en faveur du personnel à prestations discrétionnaires, qui ne sont pas soumises à la LFLP. Cette précision permet de mettre fin à l'insécurité juridique actuelle. Sur le plan de la technique législative, il est plus judicieux de faire référence aux fondations qui sont soumises ou pas à la LFLP plutôt que de faire mention des fondations « à prestations discrétionnaires » ou à « prestations réglementaires ». En effet, d'après l'art. 1, al. 2, LFLP, cette loi « s'applique à tous les rapports de prévoyance où une institution de prévoyance de droit privé ou de droit public accorde, sur la base de ses prescriptions (règlement), un droit à des prestations lors de l'atteinte de la limite d'âge, ou en cas de décès ou d'invalidité (cas de prévoyance) ». Les fondations patronales à prestations réglementaires sont soumises à la LFLP sur la base de l'art. 1, al. 2, LFLP tandis que les fondations patronales à prestations discrétionnaires ne le sont pas.

La liste de l'actuel alinéa 6 est complétée uniquement par l'ajout d'un *chiffre 2* qui fait référence à l'assujettissement à l'AVS (art. 5, al. 1, LPP). Le présent projet ajoute la mention de l'art. 5, al. 1 LPP (assujettissement des personnes à l'AVS tant dans la liste de l'alinéa 6 (fondations patronales à prestations réglementaires) que dans celle du nouvel alinéa 7 (fondations patronales à prestations discrétionnaires), afin d'éviter que des personnes non assurées à l'AVS suisse puissent être bénéficiaires de fondations patronales à prestations réglementaires ou à prestations discrétionnaires. Cela résulte du principe constitutionnel des trois piliers. Cet ajout vise à réduire les risques d'abus dans la pratique.

En ce qui concerne la référence de l'art. 89a, al. 6, *chiffre 2*, CC à l'art. 13a, al. 8 (versements supplémentaires pour la retraite anticipée), il s'agit d'un renvoi caduc à une disposition légale inexistante. En effet, un projet d'art. 13a, al. 8, LPP avait été introduit dans le cadre de l'ancienne mouture de la 11^e révision de l'AVS du 3 octobre 2003 rejetée par le peuple en 2004. La note de bas de page à l'art. 89a, al. 6, ch. 2, CC précise que l'art. 13a est devenu sans objet suite au rejet de cette révision (cf. FF 2003 6089 et 2004 3727). Le nouveau projet de 11^e révision de l'AVS (05.093) rejeté par le Conseil national en 2010 ne contenait plus une telle disposition. De toute façon, cette disposition ne concernait manifestement que les prestations *réglementaires* (de retraite anticipée) des institutions de prévoyance, et non pas les prestations discrétionnaires des fonds de bienfaisance. Il faut donc abroger ce renvoi caduc.

3.2 **Commentaire de l'alinéa 7**

3.2.1 **Introduction**

Le présent commentaire passe en revue les dispositions énumérées par l'actuel alinéa 6 de l'art. 89a CC et examine, pour chacune de ces dispositions, s'il se justifie ou pas de les appliquer aux fondations qui octroient seulement des prestations discrétionnaires.

Les nouveaux alinéas 7 et 8 fixent la liste des dispositions qu'il se justifie d'appliquer aux fondations patronales à *prestations discrétionnaires*, qui ne sont pas soumises à la LFLP.

3.2.2 **Dispositions visant exclusivement les institutions à prestations légales et réglementaires**

Il y a tout d'abord une série de dispositions, à l'art. 89a, al. 6, qui ne concernent manifestement que les institutions de prévoyance octroyant des *prestations légales et réglementaires*, en reconnaissant un *droit* aux prestations pour les assurés qui remplissent les conditions légales et réglementaires. Il s'agit des dispositions suivantes :

- définition et principes de la prévoyance professionnelle, salaire ou revenu assuré, mesures en faveur des travailleurs âgés (art. 1, 33a et 33b) ;
- bénéficiaires de prestations de survivants (art. 20a) ;
- 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) ;
- adaptation à l'évolution des prix des prestations réglementaires (art. 36 al. 2 à 4)¹² ;
- prescription des droits et conservation des pièces (art. 41) ;
- résiliation des contrats (art. 53e et 53f) ;
- fonds de garantie (art. 56, al. 1, let. c, al. 2 à 5, art. 56a, 57 et 59) ;
- contrats d'assurance entre institutions de prévoyance et institutions d'assurance (art. 68, al. 3 et 4) ;
- rachat (art. 79b) ;
- salaire et revenu assurable (art. 79c).

Ces dispositions n'ont pas de sens pour les fondations patronales qui versent des prestations discrétionnaires, c.-à-d. *sans caractère réglementaire*, et qui sont

¹² Le message de la 1^{re} révision de la LPP précise que « cela ne concerne pas les fonds de bienfaisance, qui ne versent que des prestations à bien plaisir » (FF 2000 2562 ch. 4.3.1).

financées exclusivement par l'employeur. Il n'y a en effet *pas de droit légal ou réglementaire* à de telles prestations. De plus, dans les fondations patronales à prestations discrétionnaires, il n'y a ni salaire/revenu assuré (art. 1, al. 2, LPP), ni salaire/revenu assurable (art. 79c LPP). L'art. 79b LPP sur les rachats n'est pas non plus applicable aux fondations patronales à prestations discrétionnaires, car les rachats se calculent toujours par rapport à des prestations réglementaires et que les bénéficiaires ne peuvent pas effectuer des rachats dans les fondations patronales à prestations discrétionnaires. En outre, pour examiner le but du maintien approprié du niveau de vie antérieur (art. 1, al. 1, LPP), il faut prendre en compte les prestations *prévues* par la LPP et le règlement de l'institution de prévoyance et les ajouter aux prestations de l'AVS/AI ; par contre, les prestations discrétionnaires ne peuvent pas être prises en considération, car leur versement n'est *pas prévisible* mais incertain, non garanti par la loi ou le règlement. Les prestations discrétionnaires sont en effet caractérisées par l'absence de définition préalable des bénéficiaires individuels et/ou du montant des prestations¹³. Dans le même ordre d'idées, l'examen des principes d'adéquation, de collectivité, d'égalité de traitement, de planification et d'assurance se fait toujours sur la base du *règlement* de l'institution de prévoyance ; les art. 1 ss OPP 2 font en effet référence au règlement ; ces principes présupposent donc l'existence de dispositions réglementaires (sur les prestations, les cotisations, les ayants droit, etc.). Comme ces fondations patronales versent des prestations non réglementaires (discrétionnaires, à bien plaisir), il ne se justifie pas d'appliquer ces principes à ce type de fondations¹⁴.

3.2.3 Utilisation, traitement et communication du numéro d'assuré AVS (art. 48, al. 4, 85a, let. f, et 86a, al. 2, let. b)

Il se justifie de mentionner ces dispositions dans la liste du nouvel alinéa 7 applicable aux fondations patronales à prestations discrétionnaires, car l'utilisation du numéro AVS permet de faciliter la gestion des cas aussi dans ce type de fondations¹⁵. Si ces dispositions de la LPP ne s'appliquaient plus aux fondations patronales à prestations discrétionnaires, ces dernières ne pourraient plus continuer d'utiliser le numéro AVS. Bien entendu, la mention de ces dispositions ne rend pas obligatoire l'utilisation du numéro AVS.

3.2.4 Responsabilité (art. 52)

Cette disposition sur la responsabilité doit également s'appliquer aux institutions non enregistrées en faveur du personnel, et pas seulement aux institutions de prévoyance enregistrées. En effet, comme les fondations patronales à prestations discrétionnaires ne sont pas à l'abri d'un dommage causé par les personnes chargées de leur administration, gestion ou contrôle, il se justifie de mentionner aussi l'art.

¹³ Cf. Jacques-André Schneider, Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010, p. 82 N 229.

¹⁴ Cf. Isabelle Vetter-Schreiber, BVG Kommentar, Zurich 2009 p. 296 N 3 et p. 297 N 3.

¹⁵ Cf. Message du 23.11.2005 relatif à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (Nouveau numéro d'assuré AVS) : FF **2006** 529.

52 LPP dans la liste des dispositions applicables aux fondations patronales à prestations discrétionnaires. La doctrine¹⁶ s'est déjà prononcée en faveur de l'application par analogie de cet article aux fondations patronales à prestations discrétionnaires.

Cet article fait matériellement partie des dispositions sur la gouvernance (voir le ch. 3.2.5). Du moment que l'on décide de soumettre aussi les fondations patronales à prestations discrétionnaires aux dispositions sur la gouvernance, il faut notamment leur appliquer l'art. 52 LPP.

3.2.5 Intégrité et loyauté des responsables, actes juridiques passés avec des personnes proches et conflits d'intérêts (art. 51b, 51c et 53a)

Vu le rôle important des fondations patronales à prestations discrétionnaires dans la pratique, il faut veiller à assurer une bonne gouvernance aussi dans ce genre de fondations. En effet, dans ces fondations-là, les risques de conflits d'intérêts et de gestion déloyale existent aussi. Il se justifie par conséquent d'appliquer à celles-ci les dispositions des art. 51b, 51c et 53a LPP et des art. 48f à 48l OPP 2.

3.2.6 Agrément et tâches des organes de contrôle (art. 52a, 52b, 52c, al. 1, let. a à d et g, al. 2 et 3)

Pour assurer un contrôle concret des exigences légales posées par l'art. 89a CC, notamment en matière de bonne gouvernance et de transparence, il est indispensable que les fondations patronales à prestations discrétionnaires disposent, elles aussi, d'un *organe de révision*. La vérification par l'organe de révision devra toutefois s'effectuer avec une certaine souplesse, compte tenu des spécificités de ce genre de fondations (pas d'obligation de verser des prestations légales ou réglementaires, pas de degré de couverture, pas de gestion paritaire, etc.).

Par contre, il ne se justifie *pas* d'exiger aussi un *expert* en matière de prévoyance professionnelle pour de telles fondations, car elles ne versent aucune prestation légale ou réglementaire, qu'il n'y a pas de taux de couverture ni de taux technique dans ce type de fondations. Vu que ces fondations sont soumises à un nombre beaucoup plus restreint de dispositions légales que les institutions de prévoyance enregistrées, le contrôle par l'organe de révision s'avère suffisant. Un double contrôle par un organe de révision et un expert serait donc disproportionné.

Il n'y a pas lieu non plus de mentionner les lettres e et f de l'al. 1 de l'art. 52c dans la liste de l'al. 7, car ces dispositions ne sont pas adaptées aux fondations patronales à prestations discrétionnaires, car ces dernières ne sont pas financées selon le système de la capitalisation comme c'est le cas dans les institutions de prévoyance à prestations réglementaires.

¹⁶ Cf. Hans Michael Riemer, Die patronalen Wohlfahrtsfonds nach der 1. BVG-Revision, in SZS/RSAS 2007, p. 552.

3.2.7

Liquidation (art. 53b à 53d)

Il ne se justifie *pas* de mentionner les dispositions sur la liquidation *partielle* (art. 53b) dans la liste du nouvel alinéa 7, en particulier l'exigence d'un règlement de liquidation partielle, car la liquidation partielle va à l'encontre de la nature de ce type de fondation qui offre exclusivement des prestations à bien plaisir. Une fondation patronale de ce type n'a ni prestation, ni obligation prévue par un règlement et les bénéficiaires ne disposent nullement d'un droit réglementaire aux prestations. En outre, c'est l'acte de fondation de la fondation patronale à prestations discrétionnaires qui désigne les buts de la fondation et donc quels peuvent être les bénéficiaires des fonds. Contraindre une répartition des avoirs de la fondation au seul motif d'une restructuration de l'entreprise, par exemple, créerait une catégorie artificielle de bénéficiaires des avoirs, pas forcément nécessaires aux termes des statuts de la fondation. Dans le cadre d'une liquidation partielle, des personnes pourraient en effet obtenir un droit, alors qu'ils n'ont pas ce droit dans une situation ordinaire.

Pour éviter une telle incohérence et permettre des solutions adaptées à la situation concrète de chaque fondation patronale à prestations discrétionnaires, il est préférable de laisser à l'autorité de surveillance la compétence de régler chaque cas avec suffisamment de souplesse et de marge de manœuvre, sans être liée par un règlement de liquidation partielle. Le retour à l'ancienne pratique d'avant la 1^{re} révision de la LPP pour les fondations patronales à prestations discrétionnaires permettrait d'avoir une solution souple, « sur mesure » qui tienne compte de toutes les spécificités de ce type de fondation patronale dans le cas d'espèce. Sur la base du nouvel alinéa 8, chiffre 2, le conseil de fondation d'une fondation patronale à prestations discrétionnaires pourra saisir son autorité de surveillance afin qu'elle rende une décision adaptée. Le fait que les dispositions sur la liquidation partielle ne figurent pas dans la liste des dispositions applicables aux fondations patronales à prestations discrétionnaires n'empêchera évidemment pas l'autorité de surveillance de s'inspirer des principes de la liquidation. L'autorité de surveillance veillera notamment à ce que la fortune restante de la fondation patronale n'aille pas à l'entreprise reprenneuse/groupe reprenneur, ni ne retournera à l'ancien employeur, ce qui est déjà exclu actuellement¹⁷. Voir également ci-dessous le commentaire du nouvel alinéa 8, chiffre 2.

Il se justifie en revanche d'appliquer les règles sur la liquidation *totale* aux fondations patronales à prestations discrétionnaires, afin d'avoir un garde-fou pour éviter les abus et les inégalités de traitement en cas de dissolution d'une telle fondation. Par exemple, lors de départs successifs de salariés, une allocation manifestement abusive de fortune, clairement non conforme au but de telles fondations, c.-à-d. que le ou les derniers salariés de l'entreprise empochent l'entier des fonds, peut être évitée par l'application des règles sur la liquidation *totale*. Si la fondation devait être dissoute, il conviendrait, lors de la répartition de la fortune, d'inclure les personnes qui ont quitté l'entreprise pendant les 3 à 5 ans dernières années. Ce procédé correspond d'ailleurs à une règle bien établie lors de la liquidation des fondations de prévoyance.

¹⁷ Arrêt du TAF C-5282/2010 du 2.12.2011 consid. 4.3.1

3.2.8 Surveillance et haute surveillance (art. 61 à 62a et 64 à 64c)

En raison de l'importance pratique des fondations patronales à prestations discrétionnaires, qui jouent un rôle complémentaire à celui des institutions de prévoyance classiques, il se justifie que ces fondations soient aussi surveillées par l'autorité de surveillance LPP afin que celle-ci exerce son contrôle en ayant une vision globale de la pratique de prévoyance. Sinon, la surveillance risquerait de ne pas être complète et coordonnée.

3.2.9 Sécurité financière (art. 65, al. 1, 3 et 4, 66, al. 4, 67 et 72a à 72g)

L'art. 65 LPP n'est pas adapté aux particularités des fondations patronales à prestations discrétionnaires qui, par définition, ne s'engagent pas à l'avance à verser des prestations et qui ne sont pas financées par des cotisations.

Les exigences de couverture posées par l'art. 65 LPP seraient disproportionnées pour les fondations patronales à prestations discrétionnaires, sans droit réglementaire pour les éventuels bénéficiaires et sans système de cotisations. Dans ce type de fondations, seules les prestations en cours constituent des engagements de prévoyance. Comme les engagements des fondations patronales à prestations discrétionnaires sont très limités, qu'il n'y a pas de droit réglementaire à celles-ci et qu'elles ne sont pas financées par des cotisations, il serait excessif de leur appliquer le système de couverture et d'assainissement des art. 65, 65c et 65d LPP. Pour ces mêmes raisons, il serait également disproportionné d'appliquer l'art. 65, al. 3, LPP sur la transparence des frais administratifs à ce type de fondations. Pour assurer la pérennité de ces fondations, il faut éviter que la gestion de celles-ci devienne trop lourde et coûteuse. La CSSS-N a toujours considéré qu'il serait excessif de rendre obligatoire pour toutes ces fondations les recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26. Pour les fondations patronales à prestations discrétionnaires, les exigences comptables du Code des obligations s'avèrent suffisantes (cf. art. 957 ss CO).

L'art. 65, al. 4, LPP traite de la création des institutions de prévoyance collectives ou communes. Il ne concerne donc pas les fondations patronales à prestations discrétionnaires.

L'art. 66 LPP sur les cotisations réglementaires de l'employeur et des salariés est sans objet en ce qui concerne les fondations patronales à prestations discrétionnaires, car dans celles-ci, il n'y a pas de système de cotisations paritaires. Ces fondations sont financées exclusivement par l'employeur.

L'art. 67 LPP ne concerne pas non plus les fondations patronales à prestations discrétionnaires, car elles ne concluent pas de contrats avec des institutions d'assurances pour la couverture des risques. D'ailleurs, le fait de verser des prestations discrétionnaires, à bien plaisir s'écarte du principe d'assurance.

Les art. 72a à 72g LPP visent les institutions de prévoyance de corporations de droit public. Ils ne doivent donc pas s'appliquer aux fondations patronales à prestations discrétionnaires. Il n'existe pas d'institution qui serait à la fois une institution de prévoyance d'une corporation de droit public et une fondation patronale à prestations discrétionnaires.

3.2.10 Transparence (art. 65a)

La CSSS-N considère que l'art. 65a LPP n'est pas adapté aux spécificités des fondations patronales à prestations discrétionnaires, car celles-ci n'ont pas de financement par cotisations, pas d'organe paritaire, pas de degré de couverture, ni d'obligation légale ou réglementaire d'octroyer des prestations. Compte tenu des particularités de ces fondations, il est préférable de laisser à celles-ci suffisamment d'autonomie et de souplesse dans la manière dont elles veulent mettre en œuvre la transparence, cela de manière adaptée à leur situation concrète. Elles 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.

3.2.11 Réserves (art. 65b)

La nécessité de constituer des réserves découle de l'obligation des institutions de prévoyance d'offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent couvrir leurs *engagements* (cf. art. 65, al. 1, LPP). Dans les fondations patronales à prestations discrétionnaires, les prestations *en cours* (rentes versées pendant une certaine période) constituent certes des engagements de prévoyance. Toutefois, comme il ne s'agit pas de prestations légales ou réglementaires financées paritairement, mais seulement de prestations versées volontairement et financées exclusivement par l'employeur, il ne se justifie pas de soumettre ces fondations aux exigences des art. 65b LPP et 48e OPP 2 en matière de réserves (voir aussi l'annexe de l'art. 44, al. 1, OPP 2 concernant le degré de couverture). Compte tenu de ces spécificités, il est préférable de leur laisser la liberté de se financer comme elles le jugent opportun, en décidant librement de constituer ou pas des réserves si elles l'estiment nécessaire, sans leur imposer un règlement sur les réserves (art. 48e OPP 2). C'est pourquoi, l'art. 65b ne doit pas s'appliquer aux fondations patronales à prestations discrétionnaires.

3.2.12 Contentieux (art. 73 et 74)

Par définition, les prestations discrétionnaires ne confèrent aucun droit légal ou réglementaire à leurs bénéficiaires, de sorte que ceux-ci ne peuvent pas exiger en justice le versement de prestations discrétionnaires.

Toutefois, d'éventuels litiges peuvent survenir, notamment en cas de liquidation de la fondation patronale (voir la jurisprudence du ch. 2.1.3 ci-dessus). Il peut aussi y

avoir des prétentions en matière de responsabilité¹⁸ (art. 52 et 73, al. 1, let. c, LPP ; ch. 3.2.4 ci-dessus). Il se pourrait également qu'une fondation patronale à prestations discrétionnaires conteste la décision de son autorité de surveillance, en particulier en ce qui concerne les émoluments. Pour ces motifs, il se justifie de mentionner les art. 73 et 74 LPP sur le contentieux dans la liste des dispositions applicables aux fondations patronales à prestations discrétionnaires. On assure ainsi que toutes les institutions actives dans la prévoyance professionnelle soient soumises à la même autorité judiciaire.

3.2.13 Dispositions pénales (art. 75 à 79)

L'application des dispositions pénales des art. 75 à 79 LPP aux fondations patronales à prestations discrétionnaires et à leurs bénéficiaires se justifie dans la mesure où des abus sont aussi possibles dans ce genre de fondations, notamment l'obtention de prestations discrétionnaires sur la base d'indications mensongères ou d'actes de gestion déloyale vis-à-vis de la fondation (voir le ch. 3.2.5 ci-dessus).

3.2.14 Information des assurés (art. 86b)

L'art. 86b LPP n'est pas adapté aux fondations patronales à prestations discrétionnaires : en effet, dans ce genre de fondations, il n'y a pas d'assurés, pas de droit aux prestations, ni de salaire coordonné, pas de financement par cotisations ni d'avoir de vieillesse (cf. art. 86b, al. 1, let. a, LPP). Il y a seulement des bénéficiaires, qui ne disposent pas d'un droit réglementaire aux prestations et qui ne versent pas de contributions. De plus, les fondations patronales n'ont pas d'organe paritaire. Comme les assurés ne participent ni à l'organisation ni au financement des fondations patronales à prestations discrétionnaires, il ne se justifie pas non plus d'appliquer à celles-ci l'art. 86b, al. 1, let. b, LPP. La 2^e phrase de l'al. 2 de l'art. 86b LPP n'est pas non plus adaptée à ce type de fondations, car elles n'ont pas de degré de couverture, etc. L'al. 3 ne doit pas non s'appliquer aux fondations patronales à prestations discrétionnaires, car dans celles-ci il n'y a pas de versement de cotisations réglementaires.

La première phrase de l'al. 2 de l'art. 86b LPP (remise des comptes annuels et du rapport annuel) n'est pas non plus nécessaire, car il y a déjà les art. 89a, al. 2, CC et 331, al. 4, CO. Selon cette disposition du Code civil, les organes de la fondation doivent donner aux bénéficiaires les renseignements nécessaires sur l'organisation, l'activité et la situation financière de la fondation. Et selon la disposition précitée du Code des obligations, l'employeur donne au travailleur les renseignements nécessaires sur ses droits envers une institution de prévoyance professionnelle ou en faveur du personnel ou envers un assureur.

¹⁸ Cf. arrêt 9C_193/2008 déjà cité et résumé dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 108 ch. 670.

3.2.15

Traitement fiscal (art. 80, 81, al. 1, et 83)

La CSSS-N propose d'ajouter les dispositions d'ordre fiscal dans la liste des dispositions applicables aux fondations patronales à prestations discrétionnaires pour poser une base légale claire et précise en ce qui concerne leur traitement fiscal. Il est ressorti de la discussion en commission que des fondations ont parfois eu des difficultés à se voir reconnaître leur exonération fiscale de la part de certaines autorités fiscales cantonales. Sur le plan fiscal, elles devront ainsi être traitées de la même manière que les autres institutions de prévoyance.

3.2.16

Fondations patronales de financement

La CSSS-N propose de faire aussi mention des fondations de financement à l'al. 7, car les fondations patronales ont souvent une double fonction de versement de prestations discrétionnaires et de financement de l'institution de prévoyance principale. Elles servent surtout à couvrir des contributions réglementaires d'employeur (réserves de cotisations d'employeur)¹⁹, à financer collectivement certaines prestations supplémentaires de l'institution de prévoyance à caractère réglementaire ou encore, en cas de découvert, à fournir une garantie évitant les mesures d'assainissement²⁰. Du moment que l'institution de prévoyance accordant des prestations réglementaires est déjà soumise à la LFLP et à la LPP et que la fondation patronale mixte ne verse pas elle-même des prestations réglementaires, il ne se justifie pas de soumettre la fondation mixte à la liste étendue de l'art. 89a, al. 6, CC mais à la liste limitée des nouveaux al. 7 et 8. Voir également ci-dessous le commentaire de l'al. 8, chiffre 1.

3.3

Commentaire de l'alinéa 8

3.3.1

Al. 8 chiffre 1

Le nouvel alinéa 8, chiffre 1, est lié à la question de l'application de l'art. 71 LPP aux fondations patronales à prestations discrétionnaires. Pour la CSSS-N, une application stricte des art. 71, al. 1, LPP et 49 ss OPP 2 sur l'administration de la fortune est disproportionnée et ne tient pas compte des spécificités susmentionnées qui différencient les fondations patronales à prestations discrétionnaires par rapport aux institutions de prévoyance à prestations réglementaires. Il faut certes appliquer par analogie les principes de placement qui doivent guider les institutions de prévoyance dans l'administration de leur fortune – à savoir la sécurité des placements, l'obtention d'un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidités mais les dispositions des art. 49 ss OPP 2 doivent servir d'orientation (« *Orientierungshilfe* ») pour les fondations patronales à prestations discrétionnaires (cf. ATF 124 III 97).

¹⁹ Selon l'arrêt du TF 9C_804/2010 du 20 décembre 2010, le capital d'un fonds patronal peut être transféré dans une réserve de cotisation d'employeur si les travailleurs n'ont jamais versé de cotisations à ce fonds, l'art. 331 al. 3 CO étant alors inapplicable.

²⁰ Cf. Jacques-André Schneider, Commentaire LPP et LFLP, Berne 2010, p. 80 N 222 et 223.

Selon l'arrêt 9C_125/2012 du Tribunal fédéral du 12 octobre 2012, l'exigence du règlement de placement vaut actuellement aussi pour les fondations patronales (y compris celles à prestations discrétionnaires) mais il faut tenir compte de la taille de la fondation : plus la fortune de la fondation est grande et plus elle verse de prestations, plus le règlement de placement doit être détaillé (cf. art. 49, al. 2, let. a, et 59 OPP 2 ; voir aussi l'arrêt 9C_902/2011 du 26 novembre 2012 concernant les placements chez l'employeur, en relation avec l'art. 57 OPP 2).

Mais la CSSS-N considère que l'exigence d'un règlement de placement s'avère trop lourde et contraignante pour les fondations patronales à prestations discrétionnaires et risque de dissuader les employeurs de continuer à financer ce type de fondations.

Le *nouvel alinéa 8, ch. 1*, vise précisément à laisser une certaine autonomie à ce type de fondation dans la gestion de sa fortune. Le présent projet propose une disposition plus souple et mieux adaptée aux fondations patronales à prestations discrétionnaires qu'une application rigide des art. 71 LPP et 49 ss OPP 2.

Avant l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2009 des nouvelles prescriptions de placement de l'OPP 2, le commentaire de ces nouvelles dispositions avait été publié dans le Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 108, ch. 665 : s'agissant du champ d'application des prescriptions de placement à d'autres institutions de la prévoyance professionnelle, ce commentaire précise que « l'application *par analogie* doit être comprise dans un sens large en particulier pour les fonds patronaux de prévoyance ». Comme déjà indiqué dans ce Bulletin, puisque les fondations patronales à prestations discrétionnaires n'ont guère d'engagements fixes à respecter, elles devraient 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 y a d'autres points encore pour lesquels une application stricte des prescriptions de l'OPP 2 aux fondations patronales à prestations discrétionnaires et aux fondations de financement ne se justifie pas, car ces fondations n'ont pas d'obligations réglementaires à garantir. Il n'est notamment 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 appropriée des risques et, de façon générale, en matière de règlement des placements 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. Comme une telle fondation n'a 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.

Quant à l'art. 71, al. 2, LPP, il ne concerne pas les fondations patronales à prestations discrétionnaires, car elles ne concluent pas de contrat d'assurance collective sur la vie ou de contrat de réassurance.

3.3.2

Al. 8 chiffre 2

La question de l'application des art. 53b à 53d LPP sur la liquidation a déjà été traitée ci-dessus (cf. ch. 3.2.7) : comme déjà exposé, les dispositions sur la liquidation partielle s'avèrent trop rigides pour les fondations patronales à prestations discrétionnaires. Le nouvel alinéa 8, ch. 2, permet une solution qui tient mieux compte des spécificités de ce type de fondation, sous la supervision de l'autorité de surveillance. Il introduit une base légale claire pour la compétence de l'autorité de surveillance de rendre une décision en présence de faits constitutifs d'une *liquidation partielle* et d'aboutir ainsi à une solution adaptée aux circonstances concrètes du cas d'espèce, en collaboration avec le conseil de fondation de la fondation patronale à prestations discrétionnaires.

3.4

Synthèse

En résumé, il se justifie d'appliquer les dispositions suivantes de la LPP aux fondations patronales à prestations discrétionnaires, car elles ont aussi leur raison d'être et leur utilité avec ce type de fondations :

- l'assujettissement 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, 52c, al. 1, let. a à d et g, al. 2 et 3) mais pas d'expert au sens des art. 52d et 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 *totale* (art. 53c),
- la surveillance et la haute surveillance (art. 61 à 62a et 64 à 64c),
- le contentieux (art. 73 et 74),
- les dispositions pénales (art. 75 à 79).
- les dispositions d'ordre fiscal (art. 80, 81 al. 1 et 83).

Les dispositions susmentionnées font donc partie de la liste du nouvel alinéa 7.

Par contre, l'application des dispositions suivantes aux fondations patronales à prestations discrétionnaires ne se justifie pas, car elles n'ont pas de sens pour de telles fondations et ne sont pas adaptées aux caractéristiques de celles-ci (pas de droit réglementaire aux prestations pour les bénéficiaires qui ne sont donc pas des assurés, pas de système d'assurance, pas de financement par cotisations paritaires, absence de système de capitalisation) :

- la définition et les principes de la prévoyance professionnelle et le salaire ou le revenu assuré (art. 1, 33a et 33b),
- 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),
- la liquidation *partielle*, notamment l'exigence du règlement de liquidation partielle (art. 53b et 53d) ; le nouvel *alinéa 8, ch. 2*, permet une solution mieux adaptée aux spécificités de ce type de fondation, sous la supervision de l'autorité de surveillance.
- 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),
- l'administration de la *fortune*, en particulier l'exigence d'un règlement de placement (art. 71 LPP) ; la formulation plus souple du nouvel *alinéa 8, ch. 1*, est préférable à une applicable stricte de l'art. 71 LPP et des art. 49 ss OPP 2,
- 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),
- le rachat (art. 79b),
- le salaire et le revenu assurable (art. 79c),
- l'information des assurés (art. 86b).

4 Conséquences

4.1 Conséquences financières et effet sur l'état du personnel

Le présent projet n'entraîne aucune conséquence financière et aucun effet sur l'état du personnel ni pour la Confédération, ni pour les cantons.

4.2 Mise en œuvre

Aucun problème de mise en œuvre n'est à prévoir. Le présent projet vise au contraire à faciliter la gestion pratique des fonds de bienfaisance.

4.3 Autres conséquences

Le présent projet vise à assurer la pérennité des fonds patronaux en rendant moins compliquée et moins onéreuse la gestion de ceux-ci. Il s'agit d'encourager de telles initiatives à caractère social de la part des employeurs en faveur de leur personnel. Le projet n'a aucune autre incidence particulière, notamment sur l'économie ou la société.

5 Relation avec le droit international

Le droit européen n'établit pas de normes particulières dans le domaine que traite le présent projet de modification. Le présent projet est compatible avec les engagements internationaux de la Suisse.

6 Bases légales

6.1 Constitutionnalité et légalité

Le présent projet se fonde sur les art. 113 et 122 de la Constitution²¹ qui confèrent à la Confédération la compétence de légiférer en matière de prévoyance professionnelle et de droit civil.

6.2 Délégation de compétences législatives

Le présent projet ne comprend pas de nouvelle délégation de compétences législatives.

6.3 Forme de l'acte

Le présent projet consiste en la révision d'un article du code civil suisse.

²¹ RS 101