

Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen

Wichtiges Etappenziel erreicht

Im Zug der parlamentarischen Initiative Pelli (11.457) beschloss das Parlament am 25. September letzten Jahres Änderungen im ZGB. Diese sollen den patronalen Wohlfahrtsstiftungen (WFS) das Leben leichter machen.

IN KÜRZE

Die Erleichterungen aufgrund der ZGB-Revision sind für Wohlfahrtsfonds erfreulich. Ungelöst ist nach wie vor die AHV-Problematik.

Der bisherige umfangreiche Katalog der auch auf patronale Wohlfahrtsstiftungen anwendbaren BVG-Bestimmungen wurde entschlackt. Die entsprechende Revision von Art. 89a ZGB trat per 1. April 2016 in Kraft.¹ Hervorzuheben sind die folgenden Neuerungen.

Wesentliche administrative Erleichterungen (Art. 89a Abs. 7 und 8 ZGB)

Bei der Vermögensverwaltung stehen Sicherheit, genügender Ertrag und ausreichende Liquidität im Vordergrund.² Auf das Kriterium der Diversifikation wird hingegen verzichtet. Die Anlagevorschriften gemäss Art. 49 ff. BVV 2 sind weder direkt noch sinngemäss anwendbar, sondern dienen lediglich als Orientierungshilfe. Damit steht den Wohlfahrtsfonds bei der Vermögensanlage mehr Autonomie und Flexibilität zu, nicht zuletzt auch im Hinblick auf Anlagen beim Arbeitgeber, Investitionen in Immobilien oder deren Belehnung. Die allgemeinen Grundsätze wie beispielsweise die Berücksichtigung der Bonität der Schuldner sind weiterhin zu beachten.

Die Pflicht zur Erstellung eines Anlage-/Rückstellungsreglements entfällt neu.³ Verzichtet der Stiftungsrat auf den Erlass eines eigentlichen Anlagereglements,

sind darin stipulierte Bestimmungen zur Integrität und Loyalität der Verantwortlichen und zu Rechtsgeschäften mit Nahestehenden und Interessenkonflikten in anderer, nicht minder verbindlicher Form zu regeln.⁴

Teilliquidationen sind neu durch die Aufsichtsbehörde auf Antrag des Stiftungsrats zu verfügen. Dies erlaubt flexiblere Lösungen, die den besonderen Gegebenheiten im Einzelfall besser Rechnung tragen. Ein Teilliquidationsreglement entfällt deshalb.⁵ Führt die Pensionskasse eines Unternehmens eine Teilliquidation durch, wird regelmässig zu prüfen sein, ob auch beim entsprechenden Wohlfahrtsfonds ein Teilliquidationssachverhalt vorliegt. Keiner Teilliquidation unterliegen dagegen reine Finanzierungsstiftungen, stellen diese doch eine Art verselbständigte Arbeitgeberbeitragsreserve dar.⁶

Schliesslich wurde auf die Anwendbarkeit der BVG-Vorschriften über die Transparenz, finanzielle Sicherheit und Rückstellungen verzichtet.⁷ Demnach besteht keine Rechnungslegungspflicht

Yolanda Müller
Rechtsanwältin, Partnerin,
DUFOR Advokatur
Notariat Basel,
Vorstandsmitglied
PatronFonds



Markus Moser
Dr. iur., Geschäftsführer
Pensionskassen
Novartis, Basel,
Vorstandsmitglied
PatronFonds



¹ Vgl. zum Ganzen: Hans Michael RIEMER, Die patronalen Wohlfahrtsfonds (mit Ermessensleistungen) der beruflichen Vorsorge nach der Revision von Art. 89a ZGB, SZS 2016 S. 2 ff.; Yolanda MUELLER / Anne-Florence BOCK, Die Revision von Art. 89a ZGB aus der Sicht des Praktikers, SZS 2016, S.146 ff.

² Vgl. Art. 89a Abs. 8 Ziff. 1 ZGB. Der bisherige Verweis in (alt) Art. 59 BVV 2 auf die «sinngemässe Anwendung» der BVV 2-Vorschriften für Wohlfahrtsfonds und Finanzierungsstiftungen wurde aufgehoben.

³ Zum alten Recht vgl. BGE 138 V 420, 423 f., E. 3.1.

⁴ Vgl. Art. 89a Abs. 7 Ziff. 5 ZGB. Bei kleineren Stiftungen sollte ein einfacher Stiftungsratsbeschluss statt eines eigentlichen Reglements hierfür ausreichen.

⁵ Vgl. Art. 89a Abs. 8 Ziff. 2 ZGB sowie zur alten Rechtslage BGE 138 V 346 ff.

⁶ Arbeitgeberbeitragsreserven werden bei einer Teilliquidation in der Regel nicht aufgeteilt. Zur nachträglichen Aussonderung von Arbeitgeberbeitragsreserven aus freien Mitteln bei einem patronalen Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistung vgl. BGER 9C_707/2014, E. 4.2, vom 15. April 2015, und BGER 9C_509/2015, E. 3, vom 15. Februar 2016 (Lockerung der bisherigen Rechtsprechung).

⁷ Vgl. Art. 89a Abs. 6 Ziff. 14, 15 und 16 (alt) ZGB mit Verweis auf Art. 65 Abs. 3, 65a sowie Art. 65b BVG.

nach Swiss GAAP FER 26 mehr. Vielmehr kann die Rechnungslegung nach den allgemeinen Regeln der kaufmännischen Buchführung (OR) erfolgen. Damit entfällt auch die Pflicht, die Vermögensverwaltungskosten von Kollektivanlagen gemäss den Vorschriften der Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge (OAK BV) im Anhang offenzulegen.⁸

Wichtige Klärungen

Art. 89a Abs. 7 Ziff. 10 ZGB hält nunmehr ausdrücklich fest, dass die in Art. 80 Abs. 1 und 2 BVG statuierte Steuerbefreiung auch für Wohlfahrtsfonds gilt. Die Steuerbehörden knüpfen die Steuerprivilegierung in der Regel daran, dass die Leistungen dem Grundkonzept der beruflichen Vorsorge entsprechen.⁹ Das bedeutet unter anderem, dass dem Arbeitgeber auferlegte Verpflichtungen nicht von der Vorsorgestiftung übernommen werden dürfen.

Zudem stehen die Rechtswege des BVG auch für Streitigkeiten mit Wohlfahrtsfonds ohne Versicherungscharakter offen.¹⁰ Zu denken ist zum Beispiel an Verantwortlichkeitsansprüche, an Streitigkeiten über zugesprochene Leistungen¹¹ oder an eine Teilliquidation.

Damit eine auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätige Personalfürsorgestiftung von den neuen gesetzlichen Sonderbestimmungen für patronale Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen und Finanzierungsstiftungen profitiert, darf sie nicht dem Freizügigkeitsgesetz (FZG) unterstehen. Dieses findet definitionsgemäss auf alle Vorsorgeverhältnisse Anwendung, in denen eine Vorsorgeeinrichtung

aufgrund ihrer Vorschriften (Reglement) im Vorsorgefall einen festen, klagbaren Leistungsanspruch gewährt (Art. 1 Abs. 1 FZG). Der Begriff des «Reglements» wird dabei weit ausgelegt.¹² Abgrenzungsfragen können sich bei freiwilligen Rentenleistungen für die Risiken Alter, Tod, Invalidität stellen. Das Bundesgericht stellte zur Qualifikation eines Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen auf den reglementarischen Stiftungszweck und die stiftungsrechtlich vorgesehene Finanzierung der Stiftungsaufgaben ab.¹³ Gemäss der Konferenz der kantonalen BVG- und Stiftungsaufsichtsbehörden bleiben auch über längere Zeit gewährte Ermessensleistungen, die zu klagbaren Ansprüchen werden, ihrer Natur nach freiwillige Ermessensleistungen.¹⁴ Dieser Auffassung ist zu folgen. In der Praxis empfiehlt sich dennoch, Ermessensleistungen in Form von Einmalzahlungen zu gewähren oder die Dauer wiederkehrender Leistungen klar zu befristen.

Die Krux mit den (Härtefall-)Leistungen

Leistungen an einzelne Destinatäre müssen dem Stiftungszweck und dem Grundkonzept der beruflichen Vorsorge entsprechen. Das versteht sich von selbst. Neu ist hingegen die Restriktion, wonach Leistungen nur an Personen ausgerichtet werden dürfen, die der AHV unterstellt sind.¹⁵ Eine missbräuchliche Inanspruchnahme des schweizerischen Sozialversicherungssystems durch Personen, die zur Schweiz

keinerlei Bezug haben, soll vermieden werden. Das Requisit der AHV-Unterstellung ist nicht gleichbedeutend mit der AHV-Beitragspflicht, sondern deutlich weiter gefasst.

Wichtig zu wissen ist, dass die Grundsätze der (relativen) Gleichbehandlung und der Angemessenheit für patronale Wohlfahrtsstiftungen «sinngemäss» gelten.¹⁶ Das vorsorgerechtliche Kriterium der Angemessenheit (Art. 1 BVV 2) bezieht sich bekanntlich auf einen Prozentsatz des letzten versicherbaren AHV-pflichtigen Lohns oder Einkommens vor der Pensionierung und gibt planmässige Ersatzquoten bis zu 70 Prozent respektive 85 Prozent aus 1. und 2. Säule vor. Es erweist sich für Ermessensleistungen in einzelnen Härtefällen von vornherein als zu restriktiv. Dies gilt auch für die bundesrätlich postulierte Limite von 100 Prozent des letzten Nettolohns. Arbeitnehmer/innen und Rentenbezüger/innen erhalten oftmals bereits 100 Prozent ihres früheren AHV-pflichtigen Lohns und leben dennoch in finanziell angespannten Verhältnissen. Ohne eine tolerante, «sinngemässe» Auslegung bestünde die Gefahr, dass in solchen und manch anderen sozialen Härtefällen keine Leistungen mehr zugesprochen werden könnten.

Die Problematik von Art. 8quater AHVV

Ermessensleistungen von Wohlfahrtsfonds unterliegen grundsätzlich der paritätischen AHV-Beitragspflicht.¹⁷ Diese trifft den Arbeitgeber, nicht den Wohlfahrtsfonds. Zur Lösung der kontroversen Thematik der AHV-Beitragspflicht auf WFS-Leistungen¹⁸ war eine punktuelle Anpassung des einschlägigen Verordnungsrechts initiiert worden. Eine entsprechende Motion wurde am 13. Juni 2014 verabschiedet. Der Bundesrat war damit gehalten, die Verordnung anzupassen. Die einschlägige AHVV-Revision trat auf den 1. Januar 2015 in Kraft.

⁸ Vgl. Weisungen OAK BV W-02/2013, Ausweis der Vermögensverwaltungskosten, vom 23. April 2013.

⁹ Das heisst primär Leistungen in den Vorsorgefällen Alter, Tod, Invalidität; in Notlagen zudem bei Krankheit, Unfall, Arbeitslosigkeit, Ausbildung etc.

¹⁰ Vgl. Art. 89a Abs. 7 Ziff. 8 ZGB mit Verweis auf Art. 73 BVG (Zuständigkeit der kantonalen Berufsvorsorgegerichte) und Art. 74 BVG (Überprüfung aufsichtsbehördlicher Entscheidungen).

¹¹ Ermessensleistungen können dagegen in Ermangelung eines Leistungsanspruchs nicht gerichtlich eingeklagt werden. Gegebenenfalls ist der aufsichtsrechtliche Weg zu beschreiten.

¹² OFK-VETTER, Art. 1 FZG Rz. 1 f.; Hans-Ulrich STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl. 2012, Rz. 1216 ff.; vgl. zudem Botschaft FZG, BBl 1992 III 533, 570.

¹³ BGE 138 V 346, E. 3.1.3 ff.

¹⁴ Vgl. Vernehmlassung vom 27. August 2013, Parlamentarische Initiative 11.457. Stärkung der Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen, 2, abrufbar unter <http://www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/11-457/Documents/stellungnahmen-weitere-sgk-n-11-457.pdf>.

¹⁵ Vgl. Art. 89a Abs. 6 Ziff. 2 und Abs. 7 Ziff. 1 ZGB. Die versicherten Personen werden in Art. 1a und 2 AHVG geregelt. Versichert sind, neben gewissen Sonderfällen, natürliche Personen mit Wohnsitz in der Schweiz und natürliche Personen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben. Gemäss den parlamentarischen Beratungen ist der AHV unterstellt, wer eine AHV-Nummer aufweist.

¹⁶ Vgl. Art. 89a Abs. 8 Ziff. 3 ZGB. Wohlfahrtsfonds ohne reglementarische Leistungen werden damit unter FATCA- und AIA-Aspekten weiterhin wie die übrigen Vorsorgeeinrichtungen behandelt.

¹⁷ BGE 137 V 321 ff.

¹⁸ Vgl. MOSER/MUELLER, Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen – Wie weiter in der AHV-Problematik?, SPV 2013, 91 f.

Indem jedoch im revidierten Art. 8quater Abs. 1 AHVV nicht von einer finanziellen «Härtefallsituation» sondern von einer eigentlichen «Not» (und nur mit Bezug auf den «Arbeitnehmer», nicht zum Beispiel auch auf dessen Angehörige oder die Hinterbliebenen) die Rede ist, und zudem diese «finanzielle Not» in Abs. 2 mit dem Existenzbedarf gleichgesetzt wird, ist die Regelung ungleich restriktiver als die bisherige Praxis. Sie missachtet die Stossrichtung der parlamentarischen Motion. Zudem wurde in Abs. 3 eine Informations- und Auskunftspflicht von Arbeitgeber und -nehmern gegenüber der AHV-Ausgleichskasse eingeführt. Von Vertretern des BSV wurde beteuert, solche Ermessensleistungen seien bisher von den Ausgleichskassen in der Praxis (zum Beispiel bei AHV-Revisionen) nie beanstandet worden, und daran solle sich auch künftig nichts ändern. Sollte jedoch die

zu Ermessensleistungen legitimierende «grosse Härte» im Sinn von Art. 5 ATSV und damit nach den Kriterien der Ergänzungsleistungen interpretiert und berechnet werden müssen, wie der Verordnungswortlaut nahelegt, würden Härtefallleistungen faktisch auf den Existenzbedarf reduziert. Den Wohlfahrtsfonds wäre eine verantwortungsvolle, rasche und unbürokratische Hilfestellung an in Not geratene Menschen vielfach verwehrt.

Papiertiger

Die Erleichterungen der ZGB-Revision sind für Wohlfahrtsfonds erfreulich. Die Praxis wird zeigen, wie die einzelnen Bestimmungen umgesetzt werden. Ungelöst ist nach wie vor die AHV-Problematik. Mit der neuen, letztlich verschärften AHVV-Bestimmung werden Wohlfahrtsfonds von der Erfüllung ihrer sozialpolitisch wichtigen Aufgaben abge-

halten. Es bleibt zu hoffen, dass diesem bürokratischen Papiertiger die (leider alles andere als papierernen) Zähne gezogen werden. |

Willkommene Vereinfachungen für Wohlfahrtsfonds

- BW 2-Vermögensanlagevorschriften bloss Orientierungshilfe
- Rechnungslegung nach Swiss GAAP FER 26 nicht mehr zwingend
- Anlage-/Rückstellungsreglement nicht erforderlich
- Teilliquidationsreglement entfällt

Ungelöste Problematik von Härtefallleistungen und deren potenzieller AHV-Beitragspflicht.

Fondations de prévoyance à prestations discrétionnaires

Un objectif intermédiaire important a été atteint

Dans le sillage de l'initiative parlementaire Pelli (11.457), le Parlement a décidé le 25 septembre 2015 de modifier le CC pour simplifier la vie des fondations patronales de prévoyance (FPP).

Le catalogue conséquent des dispositions de la LPP applicables aux fondations patronales de prévoyance a été allégé. La révision correspondante de l'art. 89a CC est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016.¹ Les nouveautés suivantes sont à souligner.

Allègements administratifs essentiels (art. 89a al. 7 et 8 CC)

La gestion de fortune accorde la priorité à la sécurité, à un rendement raisonnable et à une liquidité suffisante.² Le critère de la diversification est en revanche abandonné. Les prescriptions en matière de placement selon les art. 49 ss de l'OPP 2 ne sont applicables ni directement, ni par analogie, mais ont une fonction purement informative. Les fondations de prévoyance jouissent ainsi d'une autonomie et d'une flexibilité accrues, ne serait-ce que dans la perspective des placements chez l'employeur, des investissements immobiliers ou de leur nantissement. Les principes généraux tels que la prise en compte de la solvabilité des débiteurs doivent continuer à être respectés.

L'obligation d'établir un règlement relatif aux placements/aux provisions est désormais supprimée.³ Si le conseil de

fondation renonce à édicter un règlement relatif aux placements à proprement parler, les dispositions qui auraient dû y être énoncées à propos de l'intégrité et de la loyauté des responsables et des actes juridiques passés avec des personnes proches ainsi que des conflits d'intérêts doivent être réglés sous une autre forme qui n'est pas moins contraignante.⁴

Les liquidations partielles doivent désormais être décidées par l'autorité de surveillance sur demande du conseil de fondation. Des solutions plus flexibles, qui tiennent davantage compte des circonstances particulières, sont ainsi possibles. C'est la raison pour laquelle le règlement sur la liquidation partielle est supprimé.⁵ Si la caisse de pension d'une entreprise procède à une liquidation partielle, il faudra régulièrement vérifier que la fondation de prévoyance correspondante présente bien les conditions d'une liquidation partielle. Les fondations de financement pures ne sont en revanche pas soumises à une liquidation partielle, puisqu'elles constituent en quelque sorte une réserve de contributions patronales indépendante.⁶

⁴ Cf. l'art. 89a al. 7 ch. 5 CC. Dans le cas des fondations de moindre envergure, une simple décision du conseil de fondation devrait être suffisante en lieu et place d'un règlement.

⁵ Cf. l'art. 89a al. 8 ch. 2 CC et, à propos de l'ancien droit, ATF 138 V 346 ss.

⁶ Les réserves de contributions de l'employeur n'étaient généralement pas réparties lors d'une liquidation partielle. À propos de la séparation a posteriori des réserves de contributions patronales des fonds libres dans le cas d'une fondation patronale de prévoyance, cf. l'arrêt du TF 9C_707/2014, consid. 4.2, du 15 avril 2015, et l'arrêt du TF 9C_509/2015, consid. 3, du 15 février 2016 (assouplissement de la jurisprudence antérieure).

EN BREF

Les allègements résultant de la révision du CC sont positives pour les fondations de prévoyance. La problématique AVS n'est toujours pas résolue.

Pour finir, il a été renoncé à l'applicabilité des prescriptions de la LPP concernant la transparence, la sécurité financière et les provisions.⁷ Il n'y a donc plus d'obligation de présentation des comptes selon la Swiss GAAP RPC 26, mais les comptes peuvent être présentés conformément aux règles générales de la comptabilité commerciale (CO). L'obligation de divulguer les frais de gestion de fortune des placements collectifs dans l'annexe, conformément aux prescriptions de la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (CHS PP), est donc également supprimée.⁸

Clarifications importantes

L'art. 89a al. 7 ch. 10 CC établit désormais expressément que l'exonération fiscale prévue à l'art. 80 al. 1 et 2 LPP s'applique aussi aux fondations de prévoyance. Les autorités fiscales associent généralement le privilège fiscal au fait que les prestations soient conformes aux principes de base de la prévoyance pro-

⁷ Cf. l'art. 89a al. 6 ch. 14, 15 et 16 (ancien) CC avec un renvoi à l'art. 65 al. 3, à l'art. 65a et à l'art. 65b LPP.

⁸ Cf. la directive CHS PP W-02/2013 «Indication des frais de gestion de la fortune» du 23 avril 2013.

¹ Cf. de façon générale: Hans Michael RIEMER, Die patronalen Wohlfahrtsfonds (mit Ermessensleistungen) der beruflichen Vorsorge nach der Revision von Art. 89a ZGB, SZS 2016, pp. 2 ss; Yolanda MUELLER / Anne-Florence BOCK, Die Revision von Art. 89a ZGB aus der Sicht des Praktikers, SZS 2016, pp. 146 ss.

² Cf. l'art. 89a al. 8 ch. 1 CC. Le renvoi à l'«application par analogie» des prescriptions de l'OPP 2 aux fonds de prévoyance et aux fondations de financement qui figurait à l'art. 59 OPP 2 (ancien) a été supprimé.

³ À propos de l'ancien droit, cf. ATF 138 V 420, 423 s., consid. 3.1.

fessionnelle.⁹ Cela signifie notamment que les obligations imposées à l'employeur ne peuvent pas être assumées par la fondation de prévoyance.

Les voies de recours de la LPP sont par ailleurs également ouvertes pour des contestations avec des fondations de prévoyance sans caractère d'assurance.¹⁰ On peut par exemple penser aux contestations en matière de responsabilité, aux litiges portant sur des prestations octroyées¹¹ ou à une liquidation partielle.

Une fondation de prévoyance active dans le domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité ne doit pas être assujettie à la loi sur le libre passage (LFLP) pour profiter des nouvelles dispositions légales spéciales pour les fondations patronales de prévoyance et les fondations de financement. La LFLP s'applique par définition à toutes les relations de prévoyance dans lesquelles une institution de prévoyance accorde, en vertu de ses prescriptions (règlement), un droit aux prestations ferme et exigible en justice dans un cas de prévoyance (art. 1 al. 1 LFLP). La notion de «règlement» est interprétée au sens large.¹² Des questions de délimitation peuvent se poser pour les prestations de rente facultatives concernant les risques de vieillesse, de décès et d'invalidité. Pour la qualification d'une fondation de prévoyance à prestations discrétionnaires, le Tribunal fédéral s'est appuyé sur le but réglementaire de la fondation et le financement des dépenses de la fondation prévu par le droit des fondations.¹³ Selon la Conférence des autorités

cantonales de surveillance de la LPP et des fondations, les prestations discrétionnaires, même accordées pendant une période prolongée, qui se transforment en prétentions exigibles en justice restent par nature des prestations discrétionnaires facultatives.¹⁴ Cet avis doit être suivi. Dans la pratique, il est néanmoins conseillé d'octroyer des prestations discrétionnaires sous la forme de versements uniques ou de délimiter clairement la durée de prestations récurrentes.

Le problème des prestations (en cas de rigueur)

Les prestations prévues pour certains bénéficiaires doivent être conformes au but de la fondation et au concept de base de la prévoyance professionnelle. Cela va de soi. La restriction selon laquelle des prestations ne peuvent être versées qu'à des personnes assujetties à l'AVS constitue, en revanche, une nouveauté.¹⁵ Il s'agit d'éviter que des personnes sans aucun lien avec la Suisse ne recourent abusivement au système suisse d'assurances sociales. L'exigence de l'assujettissement à l'AVS n'est pas synonyme d'obligation de cotisation à l'AVS et a une portée nettement plus large.

Il est important de savoir que les principes de l'égalité de traitement (relative) et du caractère adéquat s'appliquent «par analogie» aux fondations patronales de prévoyance.¹⁶ Comme on le sait, le critère de l'adéquation énoncé dans le droit de la prévoyance (art. 1 OPP 2) se réfère à un pourcentage du dernier salaire ou revenu AVS assurables perçus avant la retraite et

prescrit des pourcentages de remplacement allant jusqu'à 70% ou 85% au titre des 1^{er} et 2^e piliers. Il s'avère d'emblée être trop restrictif pour des prestations discrétionnaires dans certains cas de rigueur. Il en va de même de la limite de 100% du dernier salaire net postulée par le Conseil fédéral. Les travailleurs et les bénéficiaires de rentes perçoivent déjà souvent 100% de leur ancien salaire soumis à l'AVS et vivent malgré tout dans une situation financière précaire. Sans une interprétation tolérante «par analogie», il y aurait un risque que plus aucune prestation ne puisse être accordée dans de tels cas de rigueur et dans un certain nombre d'autres cas sociaux délicats.

La problématique de l'art. 8^{quater} RAVS

Les prestations discrétionnaires de fondations de prévoyance sont en principe soumises à l'obligation de verser des cotisations paritaires AVS.¹⁷ Cela concerne l'employeur, et non la fondation de prévoyance. Une adaptation ponctuelle des ordonnances d'application a été initiée afin de résoudre la controverse de l'obligation de verser des cotisations AVS sur les prestations des FPP.¹⁸ Une motion correspondante a été adoptée le 13 juin 2014. Le Conseil fédéral était ainsi tenu d'adapter l'ordonnance. La révision déterminante du

¹⁷ ATF 137 V 321 ss.

¹⁸ Cf. MOSER/MUELLER, Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen – Wie weiter in der AHV-Problematik?, SPV 2013, 91 s.

⁹ Il s'agit principalement des prestations allouées dans les cas de prévoyance que sont la vieillesse, le décès et l'invalidité, ainsi que dans des situations d'urgence en cas de maladie, d'accident, de chômage, de formation, etc.

¹⁰ Cf. l'art. 89a al. 7 ch. 8 CC avec un renvoi à l'art. 73 LPP (compétence des tribunaux cantonaux de la prévoyance professionnelle) et l'art. 74 LPP (examen des décisions de l'autorité de surveillance).

¹¹ Des prestations discrétionnaires ne peuvent, en revanche, pas être réclamées en justice, faute de droit aux prestations. Le cas échéant, la voie prudentielle doit être empruntée.

¹² OFK-VETTER, Art. 1 FZG Rz. 1 f.; Hans-Ulrich STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2^e éd. 2012, Cm 1216 ss; cf. également le message LFLP, FF 1992 III 529, 567.

¹³ ATF 138 V 346, consid. 3.1.3 ss.

¹⁴ Cf. la consultation du 27 août 2013, Initiative parlementaire 11.457. Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle, 2, consultable sur www.parlament.ch/d/dokumentation/berichte/vernehmlassungen/11-457/Documents/stellungnahmen-wei-tere-sgk-n-11-457.pdf.

¹⁵ Cf. l'art. 89a al. 6 ch. 2 et al. 7 ch. 1 CC. Les personnes assurées sont définies aux art. 1a et 2 LAVS. Certains cas particuliers mis à part, sont assurées les personnes physiques domiciliées en Suisse et les personnes physiques qui exercent en Suisse une activité lucrative. Conformément aux consultations parlementaires, est assujetti à l'AVS quiconque possède un numéro AVS.

¹⁶ Cf. l'art. 89a al. 8 ch. 3 CC. Les fondations de prévoyance sans prestations réglementaires continuent ainsi d'être traitées à l'instar des autres institutions de prévoyance sous l'angle de la FATCA et de l'EAR.

Des simplifications bienvenues pour les fondations de prévoyance

- Les prescriptions de l'OPP 2 concernant le placement de fortune n'ont qu'un caractère informatif
- L'établissement des comptes selon la Swiss GAAP RPC 26 n'est plus obligatoire
- Aucun règlement sur les placements/les provisions n'est requis
- Le règlement sur la liquidation partielle est supprimé

Problématique non résolue des prestations versées dans des cas de rigueur et de leur assujettissement potentiel aux cotisations AVS.

RAVS est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2015.

Étant donné que l'art. 8^{quater} al. 1 RAVS remanié ne parle cependant pas d'une «situation de rigueur» financière, mais littéralement d'une «détresse» (et uniquement en relation avec le «salarié», et non par exemple avec ses proches ou survivants) et que cette «détresse financière» est en outre assimilée à l'al. 2 aux besoins vitaux, la réglementation est nettement plus restrictive que la pratique antérieure. Elle ne respecte pas l'orientation de la motion parlementaire. L'al. 3 introduit en outre une obligation d'information et de renseignement de l'employeur et du salarié envers la caisse de compensation AVS. Des représentants de l'OFAS ont assuré que de telles prestations discrétionnaires n'avaient jamais été contestées en pratique par les caisses de compensation (par exemple lors des révisions de l'AVS) et que cela ne changerait pas à l'avenir. Au cas où la «situation difficile» justifiant les prestations discrétionnaires devrait toutefois être interprétée au sens de l'art. 5 OPGA et, par conséquent, calculée selon les critères régissant les prestations complémentaires, ainsi que le suggère le règlement, les prestations en cas de rigueur seraient réduites dans les faits à la couverture des besoins vitaux. Les fondations de prévoyance seraient ainsi dans l'impossibilité d'apporter une aide responsable, rapide et informelle aux personnes en situation de détresse.

Tigre de papier

Les allègements résultant de la révision du CC sont positives pour les fondations de prévoyance. La pratique montrera comment les différentes dispositions seront mises en œuvre. La problématique AVS n'est toujours pas résolue. La nouvelle disposition du RAVS qui vient d'être durcie empêche les fondations de prévoyance de satisfaire à leurs missions sociopolitiques. Il reste à espérer que ce tigre de papier bureaucratique se fera arracher les dents (qui sont malheureusement tout sauf en papier). **I**

Yolanda Müller
Markus Moser