

ad 11.457

Initiative parlementaire
Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle

**Rapport du 26 mai 2014 de la Commission de la sécurité sociale
et de la santé publique du Conseil national**

Avis du Conseil fédéral

du 20 août 2014

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Conformément à l’art. 112, al. 3, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement, nous nous prononçons comme suit sur le rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) du 26 mai 2014 concernant l’initiative parlementaire «Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle»¹.

Nous vous prions d’agréer, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l’assurance de notre haute considération.

20 août 2014

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Didier Burkhalter
La chancelière de la Confédération, Corina Casanova

¹ FF 2014 5929

1 Contexte

L'initiative parlementaire «Permettre aux fonds de bienfaisance de jouer leur rôle» (11.457), déposée le 17 juin 2011 par le conseiller national Fulvio Pelli, exige de raccourcir à l'art. 89^{bis} du code civil (CC)² la liste des dispositions applicables aux fondations patronales de prévoyance qui accordent seulement des prestations discrétionnaires, afin d'assurer le maintien de ce type de fondations dans le futur.

Sur le plan formel, l'art. 89^{bis} CC est devenu l'art. 89a CC depuis le 1^{er} janvier 2013. Actuellement, l'al. 6 de cet article fixe une liste des dispositions de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)³ applicables aux «fondations de prévoyance en faveur du personnel dont l'activité s'étend au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité», sans distinction entre les fondations qui accordent des prestations réglementaires à des ayants droit et celles qui accordent seulement des prestations discrétionnaires, c'est-à-dire à bien plaisir et sans que les bénéficiaires disposent d'un droit à de telles prestations.

Le 13 janvier 2012, la CSSS-N a décidé de donner suite à l'initiative. La Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats y a quant à elle adhéré le 22 mai 2012. En août 2012, l'Office fédéral des assurances sociales a remis à la sous-commission LPP de la CSSS-N un rapport analysant quelles dispositions de la LPP il se justifie d'appliquer aux fondations patronales à prestations discrétionnaires, le but étant d'introduire un nouvel al. 7 à l'art. 89a CC pour préciser les dispositions applicables à ce type de fondations. Le 17 décembre 2012, la sous-commission LPP s'est réunie pour élaborer un avant-projet de modification de l'art. 89a LPP. Le 24 mai 2013, la CSSS-N a adopté l'avant-projet de modification présenté par sa sous-commission LPP. La procédure de consultation s'est déroulée du 6 juin au 18 octobre 2013⁴. L'avant-projet a reçu un accueil très positif. Lors de sa séance du 9 avril 2014, la sous-commission LPP a examiné les résultats de la consultation⁵. Elle a biffé à l'al. 7, ch. 7, le renvoi à l'art. 64c LPP sur les coûts de la Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle. Elle a maintenu les dispositions sur l'assujettissement à l'AVS aux al. 6 et 7. Elle a renoncé à ajouter le principe de transparence dans la liste de l'al. 7 des dispositions applicables aux fondations patronales à prestations discrétionnaires. Elle a maintenu la référence au traitement fiscal (al. 7, ch. 10), mais elle n'a pas retenu la proposition de la Conférence suisse des impôts de compléter l'al. 8 avec une définition de ces fondations liée au respect des principes d'adéquation et d'égalité de traitement comme conditions pour l'exonération fiscale de celles-ci.

² RS 210

³ RS 831.40

⁴ FF 2013 3425

⁵ Le rapport sur les résultats de la consultation a été publié sur la page internet suivante: www.parlement.ch > Documentation > Rapports > Procédures de consultation > 2013 > 11.457

Lors de sa séance du 26 mai 2014, la CSSS-N a adopté à l'unanimité le projet et le rapport. Par lettre du 5 juin 2014, le président de la CSSS-N les a ensuite transmis pour avis au Conseil fédéral d'ici au 31 août 2014.

2 Avis du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral est d'accord avec la CSSS-N sur la nécessité de préciser à l'art. 89a CC quelles sont les dispositions applicables aux fondations patronales octroyant des prestations discrétionnaires. En effet, les particularités de ce type de fondations, à savoir l'absence de droit réglementaire aux prestations pour les bénéficiaires ainsi que l'absence de système d'assurance et de financement paritaire, ne sont pas prises en compte par certaines dispositions énumérées par l'actuel al. 6 de l'art. 89a CC, de sorte qu'une application de ces dispositions à ce type de fondations perd de son sens ou est inadaptée. De plus, il faut laisser une marge de manœuvre suffisamment grande aux fondations patronales à prestations discrétionnaires sur les plans organisationnel et financier, afin d'assurer leur pérennité, vu leur rôle important dans la pratique. Les nouveaux al. 7 et 8 à l'art. 89a CC proposés par la CSSS-N précisent quelles sont les dispositions de la LPP applicables aux fondations patronales qui accordent seulement des prestations discrétionnaires et qui, à ce titre, ne sont pas soumises à la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage (LFLP)⁶, tandis que la liste de l'art. 89a, al. 6, CC s'appliquera désormais aux fondations qui accordent des prestations réglementaires et qui sont donc soumises à la LFLP (cf. art. 1, al. 2, LFLP).

Selon le projet de la CSSS-N, les dispositions suivantes de la LPP sont applicables aux fondations patronales à prestations discrétionnaires, car elles sont adaptées aux particularités de celles-ci et ont toute leur raison d'être pour ce type de fondations également:

- 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 et 52c, al. 1, let. a à d et g, 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 64b),
- 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).

Par contre, selon la CSSS-N, il ne se justifie pas d'appliquer les dispositions suivantes de la LPP aux fondations à prestations discrétionnaires:

- la définition et les principes de la prévoyance professionnelle (art. 1, al. 1 et 3),
- le salaire ou le revenu assuré (art. 1, al. 2, 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 résiliation de contrats (art. 53e et 53f),
- le fonds de garantie (art. 56, al. 1, let. c, et 2 à 5, 56a, 57 et 59),
- la sécurité financière (art. 65, al. 1, 3 et 4, 66, al. 4, 67 et 72a à 72g),
- 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).

Avec le nouvel al. 8, ch. 1 et 2, la CSSS-N propose des solutions mieux adaptées aux spécificités des fondations patronales à prestations discrétionnaires que l'application des dispositions suivantes de la LPP sur:

- la liquidation partielle, notamment l'exigence du règlement de liquidation partielle (art. 53b et 53d),
- l'administration de la fortune, en particulier l'exigence d'un règlement de placement (art. 71).

Le Conseil fédéral adhère globalement au projet de la CSSS-N. Le Conseil fédéral se rallie notamment à la disposition proposée par la CSSS-N au sujet de la liquidation partielle (al. 8, ch. 2). Elle permet en effet d'avoir une solution adaptée aux spécificités de chaque fondation patronale à prestations discrétionnaires, cela en renonçant à l'exigence d'un règlement de liquidation partielle, tout en assurant un contrôle par l'autorité de surveillance, qui aura la compétence de rendre une décision dans le cas d'espèce. D'une part, pour assurer le maintien de telles fondations patronales, il faut éviter que la gestion de celles-ci ne devienne trop lourde et onéreuse, en laissant suffisamment de souplesse et d'autonomie à ce type de fondations. Mais d'autre part, il faut placer les fondations patronales à prestations discrétionnaires sous la même autorité de surveillance que les autres institutions de prévoyance, afin de garantir une surveillance globale dans le domaine de la prévoyance professionnelle.

Le Conseil fédéral soutient également le projet d'al. 8, ch. 1, relatif à l'administration de la fortune, car une application rigide des dispositions des art. 71, al. 1, LPP et 49 à 59 de l'ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieilles-

se, survivants et invalidité (OPP 2)⁷, en particulier l'exigence d'un règlement de placement, s'avère disproportionnée et inadaptée aux spécificités de ces fondations qui ne versent pas de prestations réglementaires à des ayants droit et qui ne sont pas financées paritairement mais exclusivement par l'employeur. La CSSS-N a également ajouté une référence à l'assujettissement à l'AVS (art. 5, al. 1, LPP) tant dans la liste de l'al. 6 (pour les fondations patronales à prestations réglementaires) que dans celle du nouvel al. 7 (pour les fondations patronales à prestations discrétionnaires). Le Conseil fédéral approuve cet ajout, car il est nécessaire pour prévenir les risques d'abus dans la pratique. Il s'agit d'éviter que ces fondations versent des prestations à des personnes qui n'ont aucun lien avec le système suisse de sécurité sociale. Le principe constitutionnel des trois piliers (art. 111, al. 1, et 113, al. 2, let. a, Cst.) exclut en effet qu'une personne puisse être assurée dans le deuxième pilier auprès d'une fondation patronale sans être assujettie préalablement au premier pilier. La prévoyance professionnelle, dont font partie les fondations patronales, doit donc être complémentaire à l'AVS. Cette condition se justifie aussi pour encadrer l'exonération fiscale dont bénéficient les employeurs pour les sommes versées à leurs fondations patronales.

Par ailleurs, l'avant-projet (AP)⁸ de réforme de la prévoyance vieillesse 2020 prévoit d'ajouter à l'art. 89a, al. 6, ch. 2, 2a et 14, AP-CC des dispositions sur l'âge minimal pour la perception de prestations de vieillesse (art. 13, al. 2, AP-LPP), le droit aux prestations de vieillesse (art. 13a AP-LPP) et le calcul par les institutions de prévoyance des cotisations pour la couverture des risques de décès et d'invalidité selon des principes collectifs (art. 65, al. 2^{bis}, AP-LPP). Le rapport explicatif sur l'avant-projet précise expressément que les art. 13 et 13a AP-LPP ne visent que les institutions de prévoyance dans lesquelles il existe un droit à des prestations réglementaires⁹. Comme ces articles ne s'appliquent pas aux fondations qui versent seulement des prestations discrétionnaires, ils ne figurent donc pas dans la liste de l'al. 7. Il en va de même pour les dispositions sur l'assurance des risques (art. 65, al. 2^{bis}, AP-LPP), car les fondations qui ne versent que des prestations discrétionnaires s'écarteraient du principe d'assurance et n'ont pas de cotisations pour la couverture des risques.

En outre, le message du Conseil fédéral du 29 mai 2013¹⁰ sur la révision du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce prévoit notamment d'introduire à l'al. 6 de l'art. 89a CC, sous les ch. 3a et 4a, les deux nouvelles dispositions suivantes de la LPP:

- 3a. l'adaptation de la rente d'invalidité après le partage de la prévoyance professionnelle (art. 24, al. 5),
- 4a. le consentement en cas de prestation en capital (art. 37a).

Toutefois, ces deux chiffres n'ont de sens que lorsqu'il existe un droit à des prestations de prévoyance. S'il existe un droit légal ou réglementaire de la personne assurée à des prestations de prévoyance, il se justifie d'exiger, durant le mariage, que le conjoint de l'ayant droit donne son accord en cas de versement en capital, et de

⁷ RS 831.441.1

⁸ FF 2013 8027. L'avant-projet et le rapport explicatif ont été publiés sur la page internet suivante: www.ofas.admin.ch > Actualité > Procédures de consultation > Procédures terminées > Procédure de consultation sur la réforme de la prévoyance vieillesse 2020

⁹ Rapport explicatif p. 149 s.

¹⁰ FF 2013 4341

soumettre cette prestation au partage en cas de divorce. Par contre, l'application de telles règles ne se justifie pas lorsque seules des prestations discrétionnaires sont accordées par des fondations patronales, car il n'y a alors aucun droit à celles-ci. Du moment que la personne bénéficiaire ne dispose d'aucun droit aux prestations discrétionnaires de la fondation patronale, il n'y a pas de raison d'accorder un tel droit au conjoint de celle-ci. C'est pourquoi les ch. 3a et 4a ne figurent pas dans la liste de l'al. 7 applicable aux fondations patronales à prestations discrétionnaires.

Les divergences entre la CSSS-N et le Conseil fédéral se limitent aux points suivants:

- *Conditions pour l'exonération fiscale:* le Conseil fédéral propose d'introduire à l'al. 8 une définition du cercle des bénéficiaires et d'ajouter que les fondations patronales à prestations discrétionnaires doivent aussi appliquer les principes d'adéquation et d'égalité de traitement (une telle proposition a été faite par la Conférence suisse des impôts lors de la procédure de consultation). Il est en effet nécessaire de préciser les exigences permettant aux fondations patronales de bénéficier de l'exonération fiscale et de fixer certaines limites pour prévenir les abus. Selon le principe d'adéquation, 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. Sans référence au principe d'adéquation, le projet de disposition de l'al. 7, ch. 10, sur le traitement fiscal pourrait être problématique en relation avec l'accord FATCA (FATCA = «Foreign Account Tax Compliance Act») signé par la Suisse et les Etats-Unis le 14 février 2013¹¹, adopté par le Parlement le 27 septembre 2013 et est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2014. En effet, les fondations patronales pourraient alors être considérées comme abusives fiscalement. Lors des négociations entre la Suisse et les Etats-Unis, il a été accepté d'exclure les institutions de prévoyance du champ d'application de l'accord FATCA à la condition que les contributions et les prestations restent en adéquation par rapport au revenu des personnes bénéficiaires. Le respect du principe d'adéquation a donc joué un rôle important dans ces négociations. Toutefois, dans son projet, la CSSS-N a renoncé à ajouter ce principe dans la liste des dispositions applicables aux fondations patronales à prestations discrétionnaires. Si l'on ne faisait pas référence au principe d'adéquation pour les fondations patronales à prestations discrétionnaires, l'accord FATCA risquerait alors d'être remis en question en ce qui concerne les institutions de prévoyance. Les institutions de prévoyance, y compris les fondations patronales, ont été exemptées de l'obligation d'informer les autorités fiscales américaines. Mais si l'on ne faisait aucune référence au principe d'adéquation en ce qui concerne les fondations patronales, l'exemption risquerait alors d'être remise en question pour l'ensemble des institutions de prévoyance suisses, qui seraient alors soumises à l'obligation de renseigner prévue par l'accord FATCA, avec pour conséquence un alourdissement considérable de la gestion du 2^e pilier et donc une hausse des frais administratifs. Un problème similaire pourrait

¹¹ FF 2013 2849. Cf. également le message du 10 avril 2013 relatif à l'approbation et à la mise en œuvre de l'accord FATCA entre la Suisse et les Etats-Unis: FF 2013 2789. Cf. aussi la page internet suivante du Secrétariat d'Etat aux questions financières internationales (SFI): www.sif.admin.ch > Français > Thèmes > Politique fiscale internationale > L'accord FATCA

également se poser en relation avec la norme de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) sur l'échange automatique de renseignements (EAR)¹². La non-application du principe d'adéquation risquerait aussi de remettre en cause l'exemption pour toutes les institutions de prévoyance helvétiques en ce qui concerne l'EAR. Les conséquences seraient donc similaires à celles liées à l'accord FATCA, mais elles seraient encore plus étendues, car les institutions de prévoyance devraient alors renseigner une quarantaine d'Etats. Par ailleurs, ces fondations doivent aussi respecter le principe de *l'égalité de traitement*. En effet, même s'il n'y a pas de collectif d'assurés dans les fondations patronales à prestations discrétionnaires mais seulement un cercle de bénéficiaires potentiels, ces fondations ne doivent pas agir de manière arbitraire en faisant des différences de traitement entre des bénéficiaires qui se trouvent dans une situation identique. Le but essentiel de ces fondations est de fournir une aide lors de la survenance d'un cas de prévoyance ou de détresse. Pour éviter les abus, il est également nécessaire de délimiter le cercle des bénéficiaires potentiels de prestations versées par ces fondations. Le Conseil fédéral propose la formulation suivante: «personnes entretenues par le défunt». Elle correspond mieux à la terminologie de la LPP (cf. art. 20a, al. 1, let. a, LPP) que la formulation «personnes dépendantes économiquement du défunt» proposée par la Conférence suisse des impôts.

- *Transparence*: vu l'importance pratique des fondations patronales à prestations discrétionnaires qui gèrent une fortune totale de plus de 16 milliards de francs, le Conseil fédéral estime indispensable d'assurer aussi la transparence dans ce type de fondations. Il propose d'ajouter dans la liste de l'al. 7 la mention du principe de transparence (art. 65a, al. 1, LPP), de la transparence comptable avec les recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26 (art. 65a, al. 5, LPP) et de la transparence dans les frais administratifs (art. 65, al. 3, LPP; voir aussi les art. 47, 48 et 48a OPP 2). Il se justifie d'appliquer aux fondations patronales les mêmes normes comptables que pour les institutions de prévoyance enregistrées, afin d'avoir une vision comptable globale de l'ensemble des institutions de prévoyance au sens large. Cela permet également de comparer, pour la même entreprise, la situation financière de la fondation patronale avec celle de l'institution de prévoyance enregistrée. Les recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26¹³ précisent elles-mêmes qu'elles conviennent aussi pour les fonds patronaux mais que dans les institutions sans promesse ferme de prestations (pas de capitaux de prévoyance ni de provision technique), on peut renoncer à une réserve de fluctuation de valeurs. Elles seront donc appliquées avec une certaine souplesse à ce type de fondations, vu qu'il n'y a pas de prestations réglementaires, pas de cotisations paritaires, ni de réserves obligatoires. Il ne serait pas possible d'avoir une vue comptable globale, consolidée, si l'on appliquait aux fondations patronales seulement les exigences comptables du code des obligations, à l'exclusion des normes Swiss GAAP RPC 26 qui se

¹² Cf. la page internet suivante du SFI: www.sif.admin.ch > Français > Thèmes > Politique fiscale internationale > Coopération multilatérale > Echange automatique de renseignements.

¹³ Ces recommandations peuvent être consultées sur le site internet de la Fondation pour les recommandations relatives à la présentation des comptes, à l'adresse suivante: www.fer.ch > Français > Recommandations > Swiss GAAP RPC 26.

limiteraient aux seules institutions de prévoyance. En pratique, l'application de ces normes aux fondations patronales à prestations discrétionnaires ne devrait pas poser de difficultés particulières, car celles-ci ont déjà souvent les mêmes outils informatiques de comptabilité que l'institution de prévoyance principale qui applique déjà les normes Swiss GAAP RPC 26. C'est aussi la position exprimée par la Conférence des autorités cantonales de surveillance LPP et des fondations lors de la procédure de consultation ainsi que par d'autres participants.

3 Propositions du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral propose d'ajouter dans la liste de l'al. 7 les dispositions sur la transparence (art. 65, al. 3, et 65a, al. 1 et 5, LPP) et de compléter l'al. 8 avec les principes d'adéquation et d'égalité de traitement ainsi qu'une définition du cercle des bénéficiaires. Le Conseil fédéral propose ainsi d'apporter les modifications suivantes au projet de la CSSS-N:

Art. 89a, al. 7, phrase introductive (ne concerne que le texte allemand) et ch. 8

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:

8. la transparence (art. 65, al. 3, et 65a, al. 1 et 5),

Les ch. 8 à 10 du projet de la CSSS-N deviennent les ch. 9 à 11.

Art. 89a, al. 8, ch. 1 à 3

⁸ Les fondations visées par l'al. 7 sont en outre soumises aux dispositions suivantes:

1. les bénéficiaires de celles-ci peuvent être les travailleurs, les retraités ou, en cas de décès de ces personnes, le conjoint survivant, le partenaire enregistré survivant ou les personnes entretenues par le défunt;
2. elles versent des prestations en cas de vieillesse, de décès, d'invalidité ou de détresse en respectant le principe d'adéquation;
3. elles assurent l'égalité de traitement de tous les bénéficiaires;

Les ch. 1 et 2 du projet de la CSSS-N deviennent les ch. 4 et 5.