

## Patronale Wohlfahrtsfonds

# Fortbestehende und neue Unsicherheiten

Klassische patronale Wohlfahrtsfonds sind ausschliesslich durch Zuwendungen des Arbeitgebers finanziert und richten Leistungen nach Ermessen des Stiftungsrats in den zentralen Vorsorgefällen und möglicherweise ähnlichen Bedarfssituationen aus. Welche Auswirkungen die 1. BVG-Revision auf sie hat, ist noch nicht abschliessend geklärt.

Wesensmerkmal der beruflichen Vorsorge ist deren Planmässigkeit (Art. 1 Abs. 3 BVG). Dieser Grundsatz gilt nach Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 Ziff. 1 ZGB auch für Personalfürsorgeeinrichtungen, die auf dem Gebiet der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge tätig sind. Eine These, wonach der Gesetzgeber generell im Bereich der beruflichen Vorsorge mit Einführung dieser Bestimmung nur noch reglementarische Leistungen habe zulassen und damit Ermessensleistungen abschaffen wollen, wird hier verworfen. Dafür, dass er einen derart weit reichenden Eingriff beabsichtigt hätte, lassen sich den Materialien keine Hinweise entnehmen, im Gegenteil ist davon auszugehen, dass er dabei nicht an die patronalen Wohlfahrtsfonds dachte.<sup>1</sup> Eine solcher Systemeingriff hätte sich in einer weit ausdrücklicheren Meinungsäusserung niederschlagen müssen.

### Analoge Anwendbarkeit von BVG-Vorschriften

Weit überzeugender, wenn auch argumentativ nicht optimal gesichert, erscheint die andere Auffassung, wonach jedenfalls seit dem Inkrafttreten des 3. Pakets der 1. BVG-Revision (1. Januar 2006) Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 ZGB und als Folge davon das BVG auf patronale Wohlfahrtsfonds

nicht mehr direkt anwendbar sei<sup>2</sup>, sie vom BVG abgekoppelt worden seien.<sup>3</sup> Die Folgerung, wonach das in Art. 1 BVG verankerte und in Art. 1 bis 1i BVV 2 konkretisierte Versicherungsprinzip eine Unterstellung von patronalen Wohlfahrtsfonds nunmehr ausschliesse, bedeutet eine Neudefinition des Begriffs Personalfürsorgeeinrichtung, wie er in Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 ZGB verwendet wird.<sup>4</sup> Demnach ist einzig eine analoge Anwendung gewisser der im Katalog von Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 Ziff. 1 – 23 ZGB genannten Bestimmungen möglich.<sup>5</sup>

Die Rechtsgrundlage für die Durchführung einer Teil- oder Gesamtliquidation eines patronalen Wohlfahrtsfonds ergibt sich somit allein aus der analogen Anwendung von Art. 53b bis 53d BVG.<sup>6</sup> Dass die materiellen Grundsätze – namentlich derjenige der Gleichbehandlung – zu beachten sind, ist seit Längerem höchststrichter-

lich entschieden<sup>7</sup> und anerkannt. Problematisch erscheint aber eine Übernahme der formellen Vorschriften auf patronale Wohlfahrtsfonds, mit anderen Worten erscheint die Rechtsgrundlage dafür, dass auch von patronalen Wohlfahrtsfonds der Erlass eines Teilliquidationsreglements gefordert wird, zumindest als dürftig. Insofern ist eine frühere Aussage, wonach patronale Wohlfahrtsfonds als Personalfürsorgeeinrichtungen ein Teilliquidationsreglement zu erlassen hätten, zu relativieren.<sup>8</sup>

### In Kürze

- > Sobald ein Wohlfahrtsfonds Leistungsverpflichtungen übernimmt, ist er kein reiner Wohlfahrtsfonds mehr
- > Der Zweck der Arbeitgeberbeitragsreserven im weiteren Sinne muss neu diskutiert werden

Eine analoge Anwendbarkeit insbesondere der Bestimmungen über Gesamtliquidationen lässt Raum für eine Einhaltung davon abweichender, stiftungsrechtlich zulässiger urkundlicher Liquidationsbestimmungen.

Auf der gesetzlichen Grundlage der Transparenzbestimmung von Art. 65a Abs. 5 BVG hat der Bundesrat in Art. 47 BVV 2 die Ordnungsmässigkeit des Rechnungswesens und der Rechnungslegung geregelt. Demnach haben die Vorsorgeein-

<sup>7</sup> BGE 110 II 436 ff.

<sup>8</sup> Kurt C. Schweizer, Patronale Wohlfahrtsfonds: Wird ihre Existenzberechtigung in Frage gestellt?, in SPV 11/2006 S. 77.

<sup>2</sup> Hans Michael Riemer/Gabriela Riemer Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. A., Bern 2006, § 2 N 26, S. 37 f.

<sup>3</sup> Riemer (zit. Fn 1), S. 550.

<sup>4</sup> Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 ZGB in der früheren Fassung war auch auf patronale Wohlfahrtsfonds anwendbar; s. Hans Michael Riemer, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 1. A., Bern 1985, § 1 N 43, S.40.

<sup>5</sup> Siehe dazu Riemer (zit. Fn 1), S. 551 f.

<sup>6</sup> Siehe dazu Riemer (zit. Fn 1), S. 552, 4. Lemma.

### Autor

**Kurt C. Schweizer**  
Dr. iur., Schweizer  
Neuenschwander &  
Partner, Zollikon



<sup>1</sup> Hans Michael Riemer, Die patronalen Wohlfahrtsfonds nach der 1. BVG-Revision, in: SZS 51/2007, S. 550 f. m.w.H. in Fn 5.

richtungen die Jahresrechnung nach den Fachempfehlungen zur Rechnungslegung Swiss GAAP FER 26 aufzustellen und zu gliedern. Diese Bestimmung ist auch anwendbar für Einrichtungen der weiter gehenden (Art. 49 Abs. 2 Ziff. 17 BVG) und der überobligatorischen Vorsorge (Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 Ziff. 15 ZGB). Sie ist nicht aufgeführt im Katalog der auf patronale Wohlfahrtsfonds analog anwendbaren Regelungen<sup>9</sup>, doch verlangt Art. 47 Abs. 2 BVV 2 von anderen Einrichtungen, die der beruflichen Vorsorge dienen, die sinngemässe Anwendung der Fachempfehlungen. Soweit aber die Gesetzesauslegung keine analoge Anwendung von Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 Ziff. 15 ZGB auf patronale Wohlfahrtsfonds verlangen sollte, kann eine solche auch nicht auf Verordnungsebene, in einem Erlass tieferer Stufe, angeordnet werden.

### Leistungsverpflichtungen des patronalen Fonds

Sobald eine Vorsorgeeinrichtung Leistungszusicherungen abgibt und künftige Leistungsverpflichtungen insbesondere in Rentenform übernimmt, ist sie kein rein patronaler Wohlfahrtsfonds mehr.<sup>10</sup> Diesbezüglich besteht somit aufgrund von Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 Ziff. 15 und 16 ZGB die direkte Pflicht zur Rechnungslegung nach Swiss GAAP FER 26<sup>11</sup> und zum Erlass eines Reglements über die Bildung von Rückstellungen und Schwankungsreserven.<sup>12</sup> Auch wenn in einem solchen Fall das Gesamtvermögen ausreichend Sicherheit bietet, ist dies vorgeschrieben sowie von Kontrollstelle und Aufsichtsbehörde zu überwachen. Immerhin dürfte es sich rechtfertigen, ein solches Reglement knapp zu halten.

Will ein patronaler Wohlfahrtsfonds diesen Bestimmungen nicht unterstellt sein, so bleibt nichts anderes übrig, als auf die Ausrichtung von Leistungen in einer Form zu verzichten, die ihn als Personalfürsorgestiftung im Sinne von Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 ZGB qualifiziert. Dennoch können Leistun-

gen ausgerichtet werden, indem etwa durch eine vom patronalen Wohlfahrtsfonds finanzierte Einmaleinlage das von der registrierten Vorsorgeeinrichtung verwaltete Vorsorgekapital der betreffenden Person erhöht wird. In der Bilanz des Wohlfahrtsfonds ist im Fall, in dem die Leistung unmittelbar nach der Beschlussfassung durch den Stiftungsrat, im selben Rechnungsjahr, ausgerichtet wird, keine entsprechende Verpflichtung mehr auszuweisen. Bestehen keine Verpflichtungen zur Ausrichtung künftiger Leistungen, so erübrigt sich die Bildung von Rückstellungen und Wertschwankungsreserven, und auch eine analoge Anwendung von Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 Ziff. 16 ZGB greift nicht.

### Dauerbrenner Arbeitgeberbeitragsreserve

Der Gesetzgeber wollte im Rahmen der 1. BVG-Revision hauptsächlich die reglementarischen Ansprüche der Versicherten absichern und beschränkt ausbauen. Eine Gesamtbetrachtung aller Aspekte der beruflichen Vorsorge unter Einbezug der patronalen Wohlfahrtsfonds unterblieb. Unter diesen Umständen erstaunt es nicht, dass eine Frage, die in der Praxis immer wieder Anlass zu Unsicherheiten gibt, nicht thematisiert wurde, nämlich diejenige der Behandlung von Arbeitgeberbeitragsreserven, die vor 1985 gebildet wurden.

Die aufsichtsbehördliche Praxis bezeichnet Arbeitgeberbeitragsreserven, die vor 1985 zulässigerweise aus Mutationsgewinnen geäuft wurden und die als solche ausgesondert sind<sup>13</sup>, als solche im weiteren Sinn, und deren Verwendung führt immer wieder zu Meinungsverschiedenheiten. Des Eindrucks, das Konstrukt von Arbeitgeberbeitragsreserven im weiteren Sinne wolle eine Rückwirkung der Beschränkungen erreichen, die mit der Einführung des BVG erlassen wurden, kann sich der Verfasser nicht erwehren. Auch patronale Wohlfahrtsfonds, die nie Beiträge von Arbeitnehmern erhoben und die immer nur Ermessensleistungen gewährten, wurden im Zusammenhang mit ausgesonderten Arbeitgeberbeitragsreserven schon aufgefordert, deren ausschliessliche Äufnung durch den Arbeitgeber zu belegen, was wegen der auf zehn

Jahre beschränkten Aufbewahrungspflicht schwierig werden kann.

### Positionen aufweichen

Es ist an der Zeit, die festgefahrenen Positionen aufzuweichen. Bei allem Verständnis für das Interesse an der Erhaltung von Arbeitgeberbeitragsreserven, die Frage dürfte berechtigt sein, ob eine unbefristete Zweckbindung mehr steuerlichen Aspekten und weniger der Personalvorsorge diene. Arbeitgeberbeitragsreserven werden im Hinblick auf eine künftige Entlastung des Arbeitgebers von seiner Beitragspflicht geäuft, und sie verlieren unter Vorsorgegesichtspunkten ihre Berechtigung, wenn sich der Arbeitgeber nicht innert einer vernünftigen Frist entlasten will. In diesem Sinne kann man sich fragen, ob die Berechtigung, Zuwendungen des Arbeitgebers als Arbeitgeberbeitragsreserve auszuweisen, sinnvollerweise befristet werden kann, beispielsweise auf zehn Jahre. Zuwendungen zur Äufnung der Arbeitgeberbeitragsreserve würden demnach zu allgemeinen Mitteln des patronalen Wohlfahrtsfonds, wenn sie nicht innert dieser Frist zur Erbringung von Arbeitgeberbeiträgen – oder mit Einwilligung des Arbeitgebers zu einem anderen Vorsorgezweck – eingesetzt würden. Das Recht des Arbeitgebers, über den Einsatz solcher Stiftungsmittel zu entscheiden, würde nach dieser Frist auf den Stiftungsrat übergehen.

### Ermessensspielraum ist bedeutend

Patronale Wohlfahrtsfonds leben vom Ermessensspielraum, der dem Stiftungsrat zugestanden wird, und sie sind empfindlich gegenüber gesetzgeberischen Regulierungsbestrebungen. In diesem Sinne und trotz verbesserungsfähiger Rechtssicherheit hat eine allfällige gesetzliche Verankerung der analog anwendbaren Bestimmungen von Art. 89<sup>bis</sup> Abs. 6 ZGB auf patronale Wohlfahrtsfonds<sup>14</sup> mit grösster Vorsicht zu erfolgen. Sollte ein Bedürfnis zur Klärung der Verwendung von Arbeitgeberbeitragsreserven bestehen, so wäre ein punktueller Eingriff des Gesetzgebers wohl nicht zu vermeiden. ■

<sup>9</sup> Riemer (zit. Fn 1), S. 551 f., bezeichnet diesen Katalog allerdings nicht als abschliessend.

<sup>10</sup> Riemer/Riemer (zit. Fn 2), § 2 N 29 a.E., S. 39, behandeln eine solche Konstellation als Kombination.

<sup>11</sup> Art. 47 Abs. 2 BVV 2.

<sup>12</sup> Art. 48e BVV 2.

<sup>13</sup> Siehe dazu auch Schweizer (zit. Fn 8), S. 78.

<sup>14</sup> Postuliert von Riemer (zit. Fn 1), S. 551.

## Fonds de secours patronaux

# Incertitudes anciennes et nouvelles

Les fonds de secours patronaux classiques sont financés exclusivement par des affectations de l'employeur et versent leurs prestations selon la libre appréciation du conseil de fondation dans les cas de prévoyance essentiels, voire éventuellement dans des situations de besoin similaires. A l'heure qu'il est, on ne peut pas encore juger définitivement de l'impact de la 1<sup>re</sup> révision de la LPP sur ces fonds.

La caractéristique essentielle de la prévoyance professionnelle, c'est qu'elle est planifiée (art. 1 al. 2 LPP). En vertu de l'art. 89<sup>bis</sup> al. 6 chif. 1 CC, ce principe de la planification est également applicable aux institutions de prévoyance en faveur du personnel dont les activités s'étendent au domaine de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité. Une thèse voulant que par l'introduction de cette disposition le législateur ait cherché à admettre exclusivement les prestations réglementaires et donc à supprimer les prestations discrétionnaires, est réfutée ici. En effet, aucun indice matériel ne permet de conclure à une telle volonté d'ingérence, il faut au contraire partir du principe que le législateur en ce faisant ne pensait pas aux fonds de secours patronaux.<sup>1</sup> Car s'il avait effectivement voulu s'ingérer de la sorte dans le système, il aurait dû exprimer cette intention de manière beaucoup plus explicite.

### Applicabilité par analogie des prescriptions de la LPP

Un autre point de vue paraît beaucoup plus probable, même à défaut d'une argu-

mentation optimale pour l'étayer, à savoir qu'en tout cas depuis l'entrée en vigueur du 3<sup>e</sup> paquet de la 1<sup>re</sup> révision de la LPP (1<sup>er</sup> janvier 2006), l'art. 89<sup>bis</sup> al. 6 CC, et par conséquent aussi la LPP, n'est plus directement applicable aux fonds de secours patronaux<sup>2</sup>, qu'ils ont été détachés de la LPP.<sup>3</sup> Si on adhère à la conclusion qu'en raison du principe d'assurance ancré à l'art. 1 LPP et concrétisé à l'art. 1 à 1i OPP 2 la subordination des fonds de secours patronaux est désormais exclue, cela signifie que la notion d'institution de prévoyance en faveur du personnel telle qu'employée à l'art. 89<sup>bis</sup> al. 6 CC a été redéfinie.<sup>4</sup> De ce fait, une application par analogie n'est possible que pour un nombre restreint de dispositions figurant dans le catalogue de l'art. 89<sup>bis</sup> al. 6 chif. 1–23 CC.<sup>5</sup>

En conséquence de quoi, la base légale pour l'exécution d'une liquidation partielle ou totale d'un fonds de secours pa-

tronal découle uniquement de l'application par analogie de l'art. 53b à 53d LPP<sup>6</sup>. Le fait que les principes matériels, en particulier celui de l'égalité de traitement, doivent être observés, a été décidé et reconnu par le tribunal fédéral depuis pas mal de temps

### En bref

- > Dès qu'un fonds de secours assume des obligations de prestations, il ne s'agit plus d'un fonds de secours au sens strict du terme
- > Il faut réexaminer le but des réserves de cotisations de l'employeur au sens plus large

déjà.<sup>7</sup> Ce qui semble pourtant problématique, c'est de vouloir greffer les prescriptions formelles sur les fonds de secours patronaux. En d'autres termes, la base légale pour exiger des fonds de secours patronaux qu'ils se dotent eux aussi d'un règlement de liquidation partielle semble pour le moins fragile. De ce point de vue là, il convient de relativiser une affirmation antérieure comme quoi les fonds de secours patronaux en tant que fondations de prévoyance en faveur du personnel étaient également tenus de décréter un règlement de liquidation partielle.<sup>8</sup>

Une applicabilité par analogie, en particulier des dispositions sur les liquidations totales, laisse de la marge pour l'observation de dispositions de liquidation déroga-

<sup>6</sup> Voir à ce sujet Riemer (cit. note 1) p. 552, 4. Lemma.

<sup>7</sup> ATF 110 II 436 ss.

<sup>8</sup> Kurt C. Schweizer, Les fonds de secours patronaux: leur droit d'exister est-il remis en question? dans PPS/11/2006 p. 77.

<sup>1</sup> Hans Michael Riemer, Die patronalen Wohlfahrtsfonds nach der 1. BVG-Revision, in: RSAS 51/2007 p. 550 s. avec autres réf. dans note 5.

<sup>2</sup> Hans Michael Riemer/Gabriela Riemer Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2.A., Berne 2006, § 2 N 26, p. 37 s.

<sup>3</sup> Riemer (cit. note 1), p. 550.

<sup>4</sup> L'art. 89<sup>bis</sup> al. 6 CC dans son ancienne version était également applicable aux fonds de secours patronaux; cf. Michael Riemer, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 1. A., Berne 1985, § 1 N 43, p. 40.

<sup>5</sup> Voir à ce sujet Riemer (cit. note 1) p. 551 ss.

toires fixées par contrat, pour autant qu'elles soient admissibles aux termes du droit des fondations. Sur la base légale de la disposition de transparence stipulée à l'art. 65a al. 5 LPP, le Conseil fédéral a réglé à l'art. 47 OPP 2 la régularité de la comptabilité et de la présentation des comptes.

En foi de quoi, les institutions de prévoyance doivent présenter et structurer leurs comptes annuels selon les directives de la norme comptable Swiss GAAP RPC 26. Cette disposition est également applicable aux institutions exécutant la prévoyance plus étendue (art. 49 al. 2 chif. 17 LPP) et subrogatoire (art. 89<sup>bis</sup> al. 6 chif. 15 CC). Elle ne figure pas dans le catalogue des réglementations applicables aux fonds de secours patronaux<sup>9</sup>, mais l'art. 47 al. 2 OPP 2 exige de la part des autres institutions servant à l'exécution de la prévoyance professionnelle l'application par analogie des recommandations techniques. Dans la mesure où l'interprétation de la loi n'exigerait pas l'application par analogie de l'art. 89<sup>bis</sup> al. 6 chif. aux fonds de secours patronaux, on ne peut cependant pas non plus le faire par ordonnance, puisqu'il s'agit d'un décret de niveau inférieur.

### Les obligations de prestations du fonds patronal

Dès lors qu'une institution de prévoyance fait des promesses de prestations et assume des engagements de prestations, notamment sous forme de rentes, il ne s'agit plus d'un fonds de secours patronal au sens strict du terme.<sup>10</sup> De ce point de vue là, il existe donc, en vertu de l'art. 89<sup>bis</sup> al. 6 chif. 15 et 16 CC une obligation directe de présenter les comptes selon la norme comptable Swiss GAAP RPC 26<sup>11</sup> et de décréter un règlement sur la constitution de provisions et de réserves de fluctuations.<sup>12</sup> Même si la fortune globale offre une sécurité suffisante, l'établissement d'un règlement est obligatoire dans un pareil cas et doit être

surveillée par l'organe de contrôle et l'autorité de surveillance. Cependant, il semble justifiable de ne donner qu'une forme très sommaire à un tel règlement.

Si un fonds de secours patronal ne veut pas être subordonné à ces dispositions, il n'a d'autre ressort que de renoncer à servir des prestations sous une forme lui donnant qualité de fondation de prévoyance en faveur du personnel au sens de l'art. 89<sup>bis</sup> al. 6 CC. Des prestations pourront quand même être servies, par exemple sous forme d'un dépôt unique financé par le fonds de secours patronal pour augmenter le capital de prévoyance géré par l'institution de prévoyance enregistrée pour le compte de la personne intéressée. Dans le bilan du fonds de secours, il ne restera plus d'engagement à déclarer si la prestation est versée immédiatement après la décision du conseil de fondation, au cours de la même année comptable. Et comme il ne subsistera aucune obligation à verser des prestations futures, il ne sera pas non plus nécessaire de constituer des provisions et des réserves de fluctuations de valeurs, de même que l'art. 89<sup>bis</sup> al. 6 chif. 16 CC ne sera pas applicable par analogie.

### L'éternelle question de la réserve de cotisations de l'employeur

Dans le cadre de la 1<sup>re</sup> révision de la LPP, le législateur a surtout tenu à garantir les droits réglementaires des assurés et à les étendre dans une certaine mesure. Il l'a fait sans adopter une vision globale de la prévoyance professionnelle et a omis d'inclure tous les aspects, y compris celui des fonds de secours patronaux. Ceci dit, il n'est pas surprenant qu'un casse-tête qui donne régulièrement du fil à retordre dans la pratique n'ait pas été thématiqué, en l'occurrence la manière de traiter les réserves de cotisations de l'employeur constituées avant 1985.

Dans la pratique des autorités de surveillance, les réserves de cotisations de l'employeur qui ont été thésaurisées avant 1985 avec les bénéfices des mutations, ce qui était parfaitement admissible à l'époque<sup>13</sup>, et qui ont été mises à part comme telles, sont désignées comme ré-

servées de cotisations de l'employeur au sens plus large, et leur utilisation soulève régulièrement des discussions. L'auteur ne peut s'empêcher de penser qu'en construisant cette catégorie des réserves de cotisations de l'employeur au sens plus large, on ait voulu imposer avec effet rétroactif les restrictions qui sont allées de pair avec l'introduction de la LPP. Même des fonds patronaux qui ont toujours été alimentés exclusivement par les dotations patronales et dont les prestations reposent toutes sur le libre arbitre ont déjà été sommés de prouver, en relation avec des réserves de cotisation de l'employeur déclarées à part, qu'ils avaient effectivement et exclusivement été thésaurisés par l'employeur, preuve qui peut être difficile à apporter quand on sait que l'obligation de garde de documents se limite à dix ans.

### Une marge de manoeuvre importante

Les fonds de secours patronaux vivent de la marge discrétionnaire dont dispose le conseil de fondation et ils réagissent très sensiblement aux tentatives de régulation législative. Dans cet esprit, et même en sachant que la sécurité de droit pourrait être améliorée, il faudra faire preuve d'une extrême prudence dans le choix des dispositions de l'art. 89<sup>bis</sup> al. 6 CC que l'on veut éventuellement rendre applicables aux fonds de secours de par la loi. Si un éclaircissement de l'utilisation des réserves de cotisations de l'employeur devait s'avérer nécessaire, une intervention ponctuelle du législateur serait sans doute inévitable. ■

**Kurt C. Schweizer**

<sup>9</sup> Riemer (cit. note 1) p. 551 s. affirme cependant que ce catalogue n'est pas exhaustif.

<sup>10</sup> Riemer/Riemer (cit. note 2), § 2 N 29 autre cons. p. 39, traitent une telle constellation comme combinaison.

<sup>11</sup> Art. 47 al. 2 OPP 2.

<sup>12</sup> Art. 48e OPP 2.

<sup>13</sup> Voir aussi à ce sujet Schweizer (cit. note 8), p. 78.