

## Patronale Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen

# Wie weiter in der AHV-Problematik?

Gemäss Bundesgericht unterliegen Ermessensleistungen und -beiträge eines patronalen Wohlfahrtsfonds für Arbeitnehmer und Rentenbezüger grundsätzlich der AHV-Beitragspflicht – und zwar beim Arbeitgeber. Solche «individualisierten» Leistungen und Pensionskasseneinlagen bilden gemäss Bundesgericht massgebenden Lohn im Sinn von Art. 5 Abs. 2 AHVG.<sup>1,2</sup>

Der Bundesgerichtsentscheid BGE 137 V 321<sup>3</sup> stiess auf harsche Kritik, nicht zuletzt wegen einer unverständlichen Kehrtwende der Rechtsprechung.<sup>4</sup> Das Urteil wirft Fragen auf, da es keine Rücksicht auf die eigenständigen Rechtspersönlichkeiten von patronalem Wohlfahrtsfonds und Arbeitgeberfirma nimmt, und die patronalen Wohlfahrtsfonds bei der Wahrnehmung ihrer sozialpolitisch wichtigen Aufgaben behindert.<sup>5</sup> Die finanziellen Folgen, nämlich die AHV-Beitragspflicht, treten beim Arbeitgeber ein. Es stellen sich auch ungelöste datenschutzrechtliche Fragen.<sup>6</sup> Aus stiftungsrechtlicher Sicht ist die Übernahme dieser Beiträge durch den Wohl-

fahrtsfonds nicht unproblematisch. Die Überwälzung der Arbeitnehmerbeiträge ist zudem schwer verständlich zu machen und oft ein Ding der Unmöglichkeit.

### Ausnahmen von der AHV-Beitragspflicht

Um die AHV-Beitragspflicht beim Arbeitgeber zu vermeiden, müssten patronale Wohlfahrtsfonds – so der Tenor seitens der Ausgleichskassen<sup>7</sup> – ein Reglement für solche Ansprüche erstellen, wodurch diese allerdings in klagbare Rechtsansprüche transformiert würden.<sup>8</sup> Dies widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck eines Wohlfahrtsfonds, mit fallbezogenen Ermessensleistungen wirtschaftliche Härtesituationen gezielt zu mildern, sei es individuell, sei es im

### In Kürze

- > Individualisierte Leistungen und Pensionskasseneinlagen von patronalen Wohlfahrtsfonds unterliegen grundsätzlich der AHV-Beitragspflicht beim Arbeitgeber
- > Die Kosten vorzeitiger Pensionierungen ohne Leistungskürzungen erreichen rasch 0.5 Mio. Franken
- > Eine rasche und adäquate Anpassung des Ausnahmekatalogs der AHV ist vonnöten

Kontext von restrukturierungsbedingtem Stellenabbau.

Der Ausnahmekatalog der AHV<sup>9</sup> ist wiederum in keiner Weise auf die Belange patronaler Wohlfahrtsfonds zugeschnitten und viel zu restriktiv ausgestaltet, wie die nachfolgenden Beispiele zeigen.

### Leistungen bei betrieblichen Restrukturierungsmassnahmen

Im Rahmen betrieblicher Restrukturierungsmassnahmen sollen Mitarbeiter ab Alter 60 ohne Leistungskürzungen vorzeitig pensioniert werden können. Der Wohlfahrtsfonds soll bei der Finanzierung des nötigen Deckungskapitals mithelfen. Ge-

<sup>9</sup> Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.101.

<sup>1</sup> Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, SR 831.10.

<sup>2</sup> Der Entscheid wurde zwischenzeitlich mehrmals bestätigt, vgl. BGer 9C\_556/2010 vom 12. September 2011, BGer 9C\_135/2012 vom 4. April 2012.

<sup>3</sup> BGer 9C\_12/2011 vom 8. August 2011 (vgl. Urteilsbesprechung Moser/Stauffer, SPV 10/2011, S. 81 ff., Müller, AHV-Keule für patronale Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen. Der Gesetzgeber ist gefordert, ST 2012/4, S. 226 ff., Walsler, Patronale Wohlfahrtsfonds. Wie weiter mit den Wohlfahrtsfonds, SPV 4/2012, S. 85 ff.)

<sup>4</sup> Es hatte zuvor die Übernahme der Kosten für eine vorzeitige Pensionierung von drei Bankmitarbeitern im Rahmen einer Restrukturierung noch geschützt (BGer 9C\_435/2008 vom 21. Oktober 2008; vgl. Urteilsbesprechung Bur/Moser, SPV 12/2008, S. 79 ff.).

<sup>5</sup> Vgl. Müller, Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen. Ein Auslaufmodell?, SPV 5/2011, S. 79 f.

<sup>6</sup> Vgl. zum Beispiel BVerger A\_4467/2011 vom 10. April 2012.

<sup>7</sup> Vgl. Streitgespräch «Geld für die AHV oder für Sozialpläne?», SPV 12/2011, S. 16 f.

<sup>8</sup> Damit unterstützen die patronalen Wohlfahrtsfonds dem Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge (FZG, SR 831.42).

### Autoren

**Yolanda Müller**  
Advokatin,  
Partnerin,  
DUF0UR  
Advokatur  
Notariat, Basel,  
Vorstandsmitglied  
PatronFonds



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

mäss Angaben der Pensionskasse belaufen sich die Kosten pro Arbeitnehmer mit einem Jahreseinkommen um 80 000 Franken je nach Vorsorgeplan auf rund 180 000 bis 200 000 Franken. Für Einkommen um 100 000 Franken rechnet die Pensionskasse zur Finanzierung des nötigen Deckungskapitals mit einer Einlage in die Pensionskasse von 250 000 bis 300 000 Franken. Nicht eingeschlossen sind darin die Kosten für die Finanzierung einer Überbrückungsrente. Sie betragen pro vorzeitig entlassene Person ab Alter 58 bis zum Beginn der AHV-Rente zusätzlich ca. 120 000 Franken.

Art. 8<sup>ter</sup> AHV sieht für Sozialleistungen bei Entlassungen aus betrieblichen Gründen eine AHV-Freigrenze von derzeit rund 56 000 Franken für den Arbeitgeber und den Wohlfahrtsfonds zusammen vor. Die Freigrenze ist zudem an die Voraussetzung eines Sozialplans oder einer Teilliquidation bei der Pensionskasse geknüpft – Erfordernisse, die keineswegs immer vorliegen. Wie die Beispiele zeigen, ist die Freigrenze bei einem Finanzierungsbedarf von rasch 300 000 bis 500 000 Franken unrealistisch tief angesetzt. Auf dem überschüssenden Betrag wird der Arbeitgeber mit mehr als 10 Prozent zur Kasse gebeten. Dies ist für Arbeitgeber, zumal in wirtschaftlich schwierigen Situationen, kaum akzeptabel und dürfte oft ein Hinderungsgrund sein, zu solchen Massnahmen überhaupt Hand zu bieten.

Vorzeitig pensionierte Arbeitnehmer haben zudem AHV-Beiträge als Nichterwerbstätige zu berappen, die ihrerseits aufgrund des Vermögens und auf dem 20fachen Betrag des jährlichen Renteneinkommens berechnet werden<sup>10</sup> – just jenes Renteneinkommens also, dessen Verbesserung schon einmal mit namhaften AHV-Beiträgen belegt wurde.

### Zuschüsse bei Pensionierungen in Härtefällen

Eine Mitarbeiterin eines KMU steht vor der Pensionierung. Aufgrund von Teilzeitarbeit mit Unterbrüchen aus familiären Gründen steht ihr nur eine kleine Pensionskassenrente zu. Der patronale Wohlfahrtsfonds wird um eine angemessene Einlage in die Pensionskasse angefragt, deren Kosten mit bis zu 180 000 Franken bezif-

fert werden. Wie steht es mit der AHV-Beitragspflicht?

Ein langjähriger Angestellter mit einem Jahressalär von 80 000 Franken soll wegen Überforderung am Arbeitsplatz vorzeitig und ohne Leistungskürzung pensioniert werden. Lösen Leistungen des Wohlfahrtsfonds und des Arbeitgebers im Umfang von total rund 300 000 Franken (Überbrückungsrente/Einlage Rentendeckungskapital) beim Arbeitgeber zusätzlich die AHV-Beitragspflicht aus?

Da es bereits an der Voraussetzung eines Sozialplans oder einer Teilliquidation bei der Pensionskasse fehlt, kommt die (ungenügende) Freigrenze von rund 56 000 Franken gemäss Art. 8<sup>ter</sup> AHV von vornherein nicht zum Tragen.

Art. 8<sup>bis</sup> AHV sieht unter dem Titel «Sozialleistungen bei ungenügender beruflicher Vorsorge» eine AHV-befreite Einlage von lediglich 585 Franken pro Jahr und fehlendem Versicherungsjahr in der beruflichen Vorsorge vor. Er ist aufgrund der Lückenlosigkeit der Vorsorge im zweiten Beispiel a priori nicht anwendbar und – wie das erste Beispiel zeigt – in betraglicher Hinsicht ohnehin vollkommen unzureichend.

### Hilfe in weiteren Notlagen

Wohlfahrtsfonds leisten oft Hilfe in weiteren Notlagen wie beispielsweise bei der Begleichung der Zahnarztrechnung eines IV-Rentners, bei der Übernahme der Mehrkosten für ein technisch besseres Hörgerät als von der IV bezahlt, bei der Beteiligung an Pflegeheimkosten oder an Mietkosten eines in bescheidenen Verhältnissen lebenden Rentners. Diese Fälle sind in der AHV ebenfalls nicht klar geregelt.<sup>11</sup>

### Rasche und adäquate Änderung der AHV notwendig

Eine rasche, klare und adäquate Regelung durch den Gesetzgeber ist notwendig, damit die patronalen Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen nicht in ihrer Existenz bedroht werden und ihrem statutarischen Zweck ohne erhebliche Risiken für den Arbeitgeber weiterhin nachleben können. Es braucht Wohlfahrtsfonds mehr denn je, weil wir in wirtschaftlich schwierigen Zeiten leben, in denen Restrukturierungen und Stellenabbau an der Tagesordnung sind. Die Bedeutung der Wohlfahrtsfonds ist unbestritten. Sie sind Ausdruck eines sozialen Engagements von Arbeitge-

bern, die in guten Zeiten – mit dem Segen des Fiskus – im Interesse der Arbeitnehmenden Geld auf die Seite gelegt haben, um das Geld in schlechten Zeiten für diese einzusetzen.

Eine Revision der AHV-Gesetzgebung ist aus verschiedenen Gründen wohl nicht innert nützlicher Frist machbar. Es drängt sich deshalb eine Änderung auf Verordnungsstufe auf. Dabei können nicht alle Probleme gelöst werden. Unabdingbar ist jedoch, dass die Ausnahmebestimmungen ausgeweitet und die AHV-Freigrenzen erheblich erhöht werden. Es ist zu hoffen, dass den sozialpolitisch wichtigen Aufgaben der patronalen Wohlfahrtsfonds baldmöglichst und in genügender Weise Rechnung getragen wird. ■

<sup>10</sup> Vgl. Art. 28 AHV.

<sup>11</sup> In Betracht kämen zum Beispiel die Ausnahmebestimmungen von Art. 6 Abs. 2 lit. c AHV (Leistungen von Fürsorgeeinrichtungen, das heisst Gemeinwesen, Pro Infirmis u.ä.) oder von Art. 8 lit. d AHV (Leistungen des Arbeitgebers an Arzt-, Arznei-, Spital- oder Kurkosten, die nicht durch die obligatorische Krankenversicherung übernommen werden). Die Lesart der einschlägigen Wegleitung (WML RZ 2174 f., Stand 1. Januar 2012) spricht eher dagegen. In der Praxis der AHV-Behörden werden diese kleineren Fälle oft kulant behandelt. Vgl. auch Art. 34d und 6<sup>quater</sup> AHV zu beitragsfreiem Lohn.

# Fonds de bienfaisance patronaux avec prestations à bien plaisir Et maintenant dans la problématique de l'AVS?

Selon le Tribunal fédéral, les prestations et contributions à bien plaisir d'un fonds de bienfaisance patronal pour les employés et les bénéficiaires de rentes sont en principe soumises à l'obligation de cotiser à l'AVS et ce chez l'employeur. Selon le Tribunal fédéral, de telles prestations et apports dans la caisse de pension «personnalisés» constituent un salaire déterminant au sens de l'art. 5, al. 2 LAVS.<sup>1,2</sup>

L'arrêt du Tribunal fédéral ATF 137 V 321<sup>3</sup> a été vivement critiqué, ne serait-ce qu'en raison d'un retournement incompréhensible de la jurisprudence.<sup>4</sup> L'arrêt suscite des interrogations, car il ne tient aucun compte des personnalités juridiques indépendantes du fonds de bienfaisance patronal et de la société de l'employeur et gêne les fonds de bienfaisance patronaux dans l'accomplissement de leurs tâches essentielles dans le cadre de la politique sociale.<sup>5</sup> Les conséquences financières, à savoir l'obligation de cotiser à l'AVS, frappent l'employeur. Des questions non résolues concernant la protection des

données se posent également.<sup>6</sup> Dans l'optique du droit des fondations, la prise en charge de ces cotisations par le fonds de bienfaisance n'est pas dénuée de problèmes. Il est en outre difficile, voire souvent impossible de faire comprendre le transfert des cotisations salariales.

## Dérogations à l'obligation de cotiser

Pour éviter l'obligation de cotiser à l'AVS chez l'employeur, les fonds de bienfaisance patronaux devraient, si l'on en croit les caisses de compensation<sup>7</sup>, établir un règlement pour de telles prétentions, ce qui les transformerait toutefois en droits exigibles.<sup>8</sup> Or c'est contraire au but et à la finalité d'un fonds de bienfaisance qui consiste à atténuer de manière ciblée les cas de rigueur économique par des prestations à bien plaisir adaptées à la situation, que ce soit individuellement ou dans le cadre d'une réduction des effectifs occasionnée par une restructuration.

Le catalogue des exceptions du RAVS<sup>9</sup> n'est, quant à lui, aucunement adapté aux besoins des fonds de bienfaisance patro-

## En bref

- > Les prestations et apports dans la caisse de pension personnalisés des fonds de bienfaisance patronaux sont en principe soumis à l'obligation de cotiser à l'AVS chez l'employeur
- > Les coûts des départs anticipés à la retraite sans réductions de prestations ont tôt fait d'atteindre 0.5 million de francs
- > Une adaptation rapide et appropriée du catalogue des exceptions du RAVS est nécessaire

naux et sa conception est beaucoup trop restrictive, comme en attestent les exemples suivants.

## Prestations en cas de mesures de restructuration de l'entreprise

Les collaborateurs dès 60 ans doivent pouvoir partir en retraite anticipée sans réductions de prestations dans le cadre des mesures de restructuration de l'entreprise. Le fonds de bienfaisance doit contribuer au financement du capital de couverture nécessaire. D'après les indications de la caisse de pension, les coûts par salarié ayant un revenu annuel autour de 80 000 francs se situent entre 180 000 et 200 000 francs selon le plan de prévoyance. Pour les revenus autour de 100 000 francs, la caisse de pension pense devoir apporter de 250 000 à 300 000 francs pour le financement du capital de couverture nécessaire. Ne sont pas inclus les coûts du financement d'une rente transitoire. Ils représentent quelque 120 000 francs supplémentaires par personne licenciée prématurément, de l'âge de 58 ans au début de la rente AVS.

<sup>1</sup> Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.10.

<sup>2</sup> Entre-temps, la décision a été confirmée à plusieurs reprises, voir ATF 9C\_556/2010 du 12 septembre 2011, ATF 9C\_135/2012 du 4 avril 2012.

<sup>3</sup> ATF 9C\_12/2011 du 8 août 2011 (voir Urteilsbesprechung Moser/Stauffer, SPV 10/2011, p. 81 ss, Müller, AHV-Keule für patronale Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen. Der Gesetzgeber ist gefordert, ST 2012/4, p. 226 ss, Walser, Patronale Wohlfahrtsfonds. Wie weiter mit den Wohlfahrtsfonds, SPV 4/2012, p. 85 ss).

<sup>4</sup> Précédemment, il avait encore protégé la prise en charge des coûts d'une retraite anticipée de trois collaborateurs de banque dans le cadre d'une restructuration (ATF 9C\_435/2008 du 21 octobre 2008; voir Urteilsbesprechung Bur/Moser, SPV 12/2008, p. 79 ss).

<sup>5</sup> Voir Müller, Wohlfahrtsfonds mit Ermessensleistungen. Ein Auslaufmodell?, SPV 5/2011, p. 79 s.

<sup>6</sup> Voir à titre d'exemple ATF A\_4467/2011 du 10 avril 2012.

<sup>7</sup> Voir Streitgespräch «Geld für die AHV oder für Sozialpläne?», SPV 12/2011, p. 16 s.

<sup>8</sup> Les fonds de bienfaisance patronaux seraient ainsi soumis à la loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LFLP, RS 831.42).

<sup>9</sup> Règlement sur l'assurance-vieillesse et survivants, RS 831.101.

L'art. 8<sup>ter</sup> RAVS prévoit pour les prestations sociales versées suite à la résiliation des rapports de travail pour des impératifs d'exploitation un plafond d'exonération AVS qui est actuellement d'environ 56 000 francs pour l'employeur et le fonds de bienfaisance réunis. Le plafond d'exonération est en outre conditionné à un plan social ou à une liquidation partielle de la caisse de pension, autant d'exigences qui sont loin d'être toujours réunies. Comme le montrent ces exemples, le plafond d'exonération pour un besoin de financement qui peut rapidement atteindre 300 000 à 500 000 francs est bien trop bas et irréaliste. L'employeur devra s'acquitter de plus de 10% sur le montant excédentaire. C'est difficilement acceptable pour les employeurs, surtout dans des situations économiques difficiles, et devrait souvent constituer un empêchement à proposer de telles mesures.

Les salariés ayant bénéficié d'une retraite anticipée doivent en outre verser des cotisations AVS en tant qu'inactifs, calculées sur la base de la fortune et de 20 fois le montant du revenu annuel des rentes<sup>10</sup> – soit précisément le revenu des rentes, dont l'amélioration a déjà bénéficié une fois de cotisations AVS substantielles.

### Subsides dans les cas de rigueur

La collaboratrice d'une PME est sur le point de partir à la retraite. En raison d'un travail à temps partiel émaillé d'interruptions pour raisons familiales, elle n'a droit qu'à une petite rente de caisse de pension. Le fonds de bienfaisance patronal est sollicité en vue d'un apport approprié dans la caisse de pension, dont les coûts sont chiffrés à 180 000 francs au maximum. Qu'en est-il de l'obligation de cotiser à l'AVS?

Un employé de longue date avec un salaire annuel de 80 000 francs doit être mis à la retraite par anticipation et sans réduction de prestations, pour cause de surmenage à la place de travail. Les prestations du fonds de bienfaisance et de l'employeur qui représentent ensemble quelque 300 000 francs (rente transitoire/apport au capital de couverture des rentes) occasionnent-elles en plus une obligation de cotiser à l'AVS pour l'employeur?

Etant donné que la condition d'un plan social ou d'une liquidation partielle fait déjà souvent défaut pour une caisse de pen-

sion, le plafond d'exonération (insuffisant) d'environ 56 000 francs selon l'art. 8<sup>ter</sup> RAVS ne s'applique pas d'emblée.

Sous le titre de «Prestations sociales en cas de prévoyance professionnelle insuffisante», l'art. 8<sup>bis</sup> RAVS prévoit un apport exonéré d'AVS de seulement 585 francs par an et année d'assurance manquante dans la prévoyance professionnelle. En raison de l'absence de lacune de prévoyance dans le deuxième exemple, il n'est a priori pas applicable et comme le montre le premier exemple, son montant est de toute façon totalement insuffisant.

### Aide dans d'autres situations d'urgence

Les fonds de bienfaisance apportent souvent une aide dans d'autres situations d'urgence en réglant la facture du dentiste d'un rentier AI, en prenant en charge les coûts supplémentaires pour un appareil auditif de meilleure qualité que celui remboursé par l'AI, en participant aux coûts d'un EMS ou au loyer d'un rentier vivant dans des conditions modestes. Ces cas ne sont pas non plus réglés clairement par le RAVS.<sup>11</sup>

### Révision nécessaire du RAVS

Une réglementation rapide, claire et adéquate par le législateur est nécessaire pour que l'existence des fonds de bienfaisance patronaux versant des prestations à bien plaisir ne soit pas remise en cause et pour qu'ils puissent continuer à se conformer à leur but statutaire sans risques excessifs pour l'employeur. Les fonds de bienfaisance sont plus que jamais nécessaires, car nous vivons en des temps économiquement difficiles, dans lesquels les restructurations et les réductions d'effectifs sont à l'ordre du jour. L'importance des fonds de bienfaisance

est contestée. Elle est l'expression d'un engagement social des employeurs qui ont mis de l'argent de côté (avec la bénédiction du fisc) dans l'intérêt des employés et afin de le réutiliser pour eux en des temps difficiles.

Une révision de la législation AVS ne sera sans doute pas réalisable en temps utile pour diverses raisons. Une modification au niveau du règlement semble donc nécessaire. Tous les problèmes ne pourront pas être résolus de la sorte. Mais il est toutefois indispensable d'élargir les dispositions d'exception et de relever substantiellement les plafonds d'exonération AVS. Il est à espérer qu'il sera tenu compte suffisamment et dès que possible des missions importantes des fonds de bienfaisance patronaux dans la perspective de la politique sociale. ■

**Yolanda Müller**  
**Markus Moser**

<sup>11</sup> Seraient par exemple envisageables les dispositions d'exception de l'art. 6, al. 2, let. c RAVS (prestations d'institutions d'assistance et de secours, à savoir collectivités, Pro Infirmis, etc.) ou de l'art. 8, let. d RAVS (prestations patronales destinées à couvrir les frais médicaux, les frais pharmaceutiques, les frais d'hôpital ou de cure, s'ils ne sont pas déjà pris en charge par l'assurance obligatoire des soins). L'interprétation de la directive applicable (DSD note 2174 s, situation au 1<sup>er</sup> janvier 2012) plaide plutôt contre. Dans la pratique des autorités AVS, ces cas mineurs sont souvent réglés à l'amiable. Voir également l'art. 34d et 6<sup>quater</sup> AVS sur le salaire exonéré de cotisations.

<sup>10</sup> Voir l'art. 28 RAVS.