Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 63 (1944)

Artikel: Les fonds de bienfausance d'après le nouveau CO

Autor: Senarclens, Jean de

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896443

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 09.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Les fonds de bienfaisance d'après le nouveau CO

par

Jean de Senarclens, docteur en droit,
à Berne.

TABLE DES MATIÈRES

Page

I. Généralités et historique 34
1. Les institutions de prévoyance en Suisse 34
2. Intérêts en cause 36
3. Les fonds de bienfaisance d'après l'ACO 39
4. Travaux préparatoires du CO relatifs aux fonds de bienfaisance 40

II. Les fonds de bienfaisance d'après le CO 43
1. Art. 673 al. 1, 862 al. 1 43
2. Art. 673 al. 2, 862 al. 2 44
a) Si des biens sont affectés d'une façon reconnaissable 44
b) ils sont distraits des biens de la société . . . 46
c) et convertis en une fondation 47
d) Autres formes juridiques autorisées par le code . . 48
e) Quels sont les droits des assurés dans une institution de bienfaisance à personnalité juridique et quelle en est la garantie? 54
f) Comment crée-t-on une institution de bienfaisance à personnalité juridique? 58
g) Quelles sont les conséquences d'une inobservation de l'art. 673 al. 2 ou 862 al. 2 CO? 59
3. Art. 673 al. 3, 862 al. 3 61
4. Art. 673 al. 4, 862 al. 4 64

III. Critique des solutions adoptées par le CO 66

BIBLIOGRAPHIE:

Alder, A., Pensionskassen, Handbuch der schweiz. Volkswirtschaft, Berne 1939, p. 223; Berger, H., Die Stellung des Versicherten bei privaten Pensionskassen, thèse jur. Berne 1939 (Abhandlungen zum schweiz. Recht, n. F. 155);

Binet, Edmond, Fondations, Fiches juridiques suisses n° 79, 80; Brägger, Ernst Hans, Die Wohlfahrtsfonds nach neuem Recht, thèse jur. Berne 1940; Eberle, R., Die Behandlung der Stiftungen im schweiz. Recht, thèse jur. Berne 1929; Ermatinger, G., Wohlfahrtseinrichtungen der privaten Unternehmungen, Handbuch der schweiz. Volkswirtschaft, Berne 1939; Folliet, Edouard, Le bilan, p. 394 ss.; Gautschi, W., Über die Beaufsichtigung der Stiftungen, Schweiz. Zbl. f. Staats- und Gemeindeverwaltung 26 (1925), p. 418 ss.; Greiner, Karl, Die Personalversicherung als Ergänzung der staatlichen Sozialversicherung, Zeitschr. f. schweiz. Statistik und Volkswirtschaft 1930, p. 362 ss.; Guhl, Theo, Die rechtlichen Formen für die Organisation der Wohlfahrtseinrichtungen bei AG. und Genossenschaften, „La S. A. suisse" 10 (1937/38), p. 209 ss.; Les réserves de la S. A., Fiches jur. suisses n° 397, S. A. IX; Guise, Arnold, Die Alters- und Invalidenversicherung im schweiz. Handel und in der schweiz. Industrie, Brugg 1916; Halblützel, Albert, Die Angestellten- und Arbeiter-Wohlfahrtseinrichtungen der zürcherischen Maschinen- und Textilindustrie, thèse sc. éc. Zurich 1929; Herzfeld, O., Die freiwilligen Reservefonds sowie die Wohlfahrtseinrichtungen im Konkurs der AG., thèse jur. Berne 1925; Lyner, Hans, Die Personalfürsorge im schweiz. Bankwesen, thèse sc. éc. Zurich 1930; Meister, Hans, Die Pensionskassen als Wohlfahrtsfonds der AG., insbesondere in Form der Stiftung, thèse jur. Zurich 1941; Meyer, Ed., Die Bilanz, thèse jur. Berne 1934, p. 95 ss.; Der statutarische Reservefonds zu Wohlfahrtszwecken für Angestellte und Arbeiter bei der AG., Revue suisse des sc. com. 27 (1933), p. 48 ss.; Office fédéral des Assurances sociales, Les institutions d'assurance-vieillesse, invalidité et survivants existant en Suisse à la fin de l'année 1925, Statistique des Caisses de secours, Berne 1929; Reber, Hermann, Die Fonds zu Wohlfahrtszwecken nach dem schweiz. OR, thèse jur. Berne 1943; Schweingruber, E., Fürsorgefonds und Pensionskassen nach dem neuen schweiz. OR, Gewerkschaftliche Rundschau 34 (1942), p. 60 ss.; Schweizer, R., Die Beaufsichtigung der Stiftungen nach schweiz. Recht, thèse jur. Zurich 1927; Siegwart, A., Die Behandlung der Fonds zu Wohlfahrtszwecken für Arbeiter und Angestellte im kommenden schweiz. Aktienrecht, Festgabe Ulrich Lampert, Fribourg 1925, p. 100 ss.; Die Aktiengesellschaft, Kommentar zum OR von Egger etc., Zurich 1939..., n° 275 ss., p. 103 ss.;

Stauffer, W., Schluss- und Übergangsbestimmungen, Kommentar zum OR von Gmür etc., Berne 1940; Temperli, H., Die rechtliche Natur der industriellen Pensionskassen nach schweiz. OR, Bâle 1936; Union centrale des Associations patronales suisses, Les institutions privées de prévoyance vieillesse, invalidité et survivants, Bulletins de l'U.C.A.P.S. n° 26, Zurich 1928; Valèr, Paul, Die Stiftungen und Wohlfahrtsfonds gemäss dem Entwurf zum revidierten OR, Bâle 1936; Vereinigung Schweiz. Angestelltenverbände, Die Sicherstellung der Wohlfahrtsfonds. Eine grundsätzliche Stellungnahme mit Vorschlägen für die Revisionsvorlage zu Titel 24 bis 33 OR, Schweiz. Werkmeisterztg., Zurich 1928; Wolfensberger, Max, Die Wohlfahrtsfonds industrieller Unternehmungen im schweiz. Recht, thèse jur. Zurich 1927; Zimmermann-Locher, Aktienrechtstabellen, Zurich 1939, n° 31 A, p. 107.

Les fonds de bienfaisance créés aux termes des art. 673 et 862 CO sont à l'ordre du jour: la plupart des sociétés y affectent depuis quelques mois des montants considérables, qui dépassent même parfois les sommes distribuées aux actionnaires, que ce soit pour éviter une charge fiscale ou pour remplir un devoir social.

L'objet de cette étude n'est pas d'embrasser le sujet entier des fonds de bienfaisance, mais plutôt d'envisager certains problèmes juridiques intéressant plus particulièrement les sociétés qui se préparent à modifier leurs statuts pour les adapter au nouveau code.

I. Généralités et historique.

1. Les institutions de prévoyance en Suisse.

La création d'institutions de bienfaisance a commencé au début du siècle et a pris rapidement des proportions considérables, spécialement depuis la dernière guerre; l'exonération, à ce moment-là, de l'impôt sur les bénéfices de guerre pour la partie des bénéfices attribuée auxdites

institutions[1]), répétée depuis pour l'impôt de crise[2]), l'impôt pour la défense nationale[3]), l'impôt de sacrifice pour la défense nationale[4]) et l'impôt fédéral sur les bénéfices de guerre[5]), ainsi que pour certains impôts cantonaux[6]), a certainement encouragé les sociétés anonymes à multiplier et à enrichir considérablement leurs institutions de prévoyance en faveur de leur personnel.

L'Union centrale des Associations patronales suisses, dans une enquête menée en 1926 et en 1927[7]), de pair avec l'office fédéral des Assurances sociales[8]), et qui a

---

[1]) ACF 18 septembre 1916 (RO 32, p. 355), art. 7, ch. 4, litt. b. Cf. à ce sujet la décision du département des Finances du 3 juillet 1918 (RO 34, p. 779) et le rapport du Conseil fédéral du 10 janvier 1922 (FF 1922 I 102). Cf. en outre Henggeler, Stille Rückstellungen und Reserven in der schweiz. Steuerpraxis, „La S. A. suisse" 2 (1938/39), p. 127 ss.; Schweingruber, op. cit., p. 61; Commentaire officiel de l'impôt de sacrifice pour la défense nationale, art. 12, ch. 4 et 4bis.

[2]) Cf. Impôt de crise 1939/1941, art. 49, al. 2.

[3]) ACF 9 décembre 1940 (RO 56, p. 2021), art. 16.

[4]) ACF 19 juillet 1940 (RO 56, p. 1269), art. 12.

[5]) ACF 12 janvier 1940 (RO 56, p. 47), art. 5, al. 2b, et Modification 5 à l'ACF du 18 novembre 1941, al. 3b.

[6]) Cf. p. ex. le décret vaudois du 10 décembre 1941 sur la perception, pour 1942, d'une contribution extraordinaire destinée à aider à la lutte contre le chômage et au financement partiel des dépenses de mobilisation, art. 4, ch. 1, al. 2. Pour le Canton de Zurich, cf. Zimmermann-Locher, Aktienrechtstabellen, n° 31 A, p. 107.

[7]) Bulletins de l'U.C.A.P.S., n° 26, Zurich 1928; cf. également les évaluations plus récentes d'Alder, op. cit., p. 225.

[8]) Cf. l'excellent rapport publié par l'Office fédéral des assurances sociales: Les institutions d'assurance-vieillesse, invalidité et survivants existant en Suisse à la fin de l'année 1925, Statistique des caisses de secours, Berne 1929, qui résume l'enquête de l'Union centrale des associations patronales suisses en y ajoutant les résultats de l'enquête qu'il a menée lui-même au sujet des caisses de prévoyance des corporations de droit public et des entreprises de transport concessionnaires, et conclut par des appréciations intéressantes sur l'assistance facultative en Suisse en 1925.

porté sur 80 à 85% de toutes les institutions privées de prévoyance sociale en Suisse, en a dénombré 982 se répartissant sur 904 maisons. En comptant les caisses fondées par des corporations de droit public, on obtient un total de 1221 caisses ou fonds de prévoyance, embrassant le 11 ½% de la population adulte de la Suisse, et le cinquième environ de la population salariée[9]).

L'Union centrale conclut: „Si le mouvement dont notre enquête sur les institutions privées de prévoyance sociale a permis de dresser le tableau est de date relativement récente, il s'est par contre développé très rapidement. Il y a un quart de siècle, il était bien rare de voir une entreprise privée introduire des mesures de prévoyance vieillesse et invalidité en faveur de son personnel... A l'heure actuelle, les mesures de prévoyance des employeurs en faveur de leur personnel et de leur famille se sont largement répandues. Un esprit de solidarité marqué s'affirme toujours plus et les employeurs ont déjà consenti dans ce but des sacrifices considérables... Les institutions privées de prévoyance accomplissent une mission importante, aussi bien d'ordre économique que d'ordre social. Ce mouvement mérite donc qu'on lui prête conseil, appui et collaboration de façon à ce qu'il puisse se développer largement encore sur un plan plus rationnel. Il faut que les institutions elles-mêmes s'organisent et se développent sur une base plus uniforme et que des liens s'établissent entre elles, permettant d'améliorer les effets bienfaisants de la prévoyance."[10])

2. Intérêts en cause.

Les institutions de bienfaisance posent un certain nombre de problèmes dont la solution diffère, suivant que

---

[9]) Message du Conseil fédéral du 27 août 1929 relatif à un projet de loi sur l'assurance-vieillesse et l'assurance survivants, p. 177, relatant les constatations publiées aux p. 42 ss. de la Statistique des caisses de secours publiée en 1929 par l'Office fédéral des assurances sociales. Cf. surtout p. 46.

[10]) Bulletins de l'U.C.A.P.S. n° 26, p. 36 s.

l'on se place au point de vue de la société ou à celui de son personnel[11]).

La société considère généralement ces institutions comme des manifestations de libéralité de sa part[12]), et cherche à éviter une séparation entre leurs biens et l'avoir social. Elle a consenti des sacrifices en consacrant à son personnel une partie de ses bénéfices, mais elle ne peut le faire qu'en gardant ces montants dans son capital productif. Elle désire d'autre part exercer des droits de contrôle et d'administration sur ces institutions, leur donner la forme et l'organisation qu'elle entend, être libre enfin d'augmenter ou de réduire les prestations selon ses possibilités financières[13]).

Les travailleurs considèrent les institutions de prévoyance, non pas comme de pures libéralités que veulent bien leur consentir les employeurs, mais comme un devoir moral qui s'impose à eux, une compensation des efforts accrus qu'ils exigent de leur personnel[14]). Ils demandent

---

[11]) Le point de vue des créanciers a aussi son intérêt: ils voudraient garder des droits sur les biens du fonds de bienfaisance en cas de faillite de la société. Mais le législateur n'en tient pas compte, car les créanciers engagent leurs biens en connaissance de cause et se préoccupent alors de savoir si les fonds de bienfaisance font partie ou non de l'avoir social qui leur sert de garantie.

[12]) Le 72 % des caisses privées n'exigent aucune prestation de la part du personnel, tandis que les autres prélèvent des cotisations allant de 2 à 5 % du traitement, que les sociétés complètent dans une très forte mesure (Bulletins de l'U.C.A.P.S. n° 26, p. 23 s.). Cf. en outre note 58, p. 55.

[13]) „Wir sind nach wie vor der Ansicht, man könne einem Schenkgeber nicht Vorschriften darüber machen, auf welche Weise er schenken müsse, wenn er doch einfach die Schenkung unterlassen kann" (Thalmann, Bull. stén. CE 1935, p. 261). „Wer zahlt, diktiert" (Meister, p. 38). „Dem geschenkten Gaul schaut man nicht ins Maul" (Gautschi, Schweiz. Zbl. f. Staats- und Gem.-Verw. 26 (1925), p. 424).

[14]) Vereinigung schweiz. Angestelltenverbände, Die Sicherstellung der Wohlfahrtsfonds, Zurich 1928. Dans ce sens: Temperli, p. 11; Lyner, p. 113; Greiner, p. 380 ss.;

donc des garanties, d'une part sur l'existence et l'alimentation de ces fonds, d'autre part sur leur gestion, à laquelle ils cherchent à participier, ou qu'ils voudraient faire contrôler par un organe étatique, enfin sur les prestations qu'ils toucheront lorsqu'ils satisferont aux conditions posées ou que la société entrera en dissolution.

Ces deux intérêts sont également dignes de protection: la société ne peut être obligée à se désaisir totalement de montants qu'elle a consacrés bénévolement au bien-être de son personnel, et qu'elle s'engage à employer conformément à leur affectation; le travailleur, de son côté, est en droit d'exiger que ces montants soient effectivement utilisés à son profit: même s'il n'a pas contribué par des primes à l'alimentation de ces fonds, il s'est contenté d'un traitement minime, qui lui assurait de quoi vivre au jour le jour, avec l'assurance de toucher en cas d'invalidité, de retraite, de maladie, de décès, une rente ou des subsides qui compenseraient les économies qu'il n'aurait pu réaliser[15]).

Nous nous proposons d'étudier la position adoptée par le législateur en face de ces intérêts divergents[16]), en commençant par décrire l'évolution historique de l'art. 673 CO, qu'a suivie l'art. 862.

Reber, p. 12; ATF 51 II 473, Holliger c. Fürsorgefonds der Firma Holliger, JdT 1926, p. 453.

[15]) Cf. Folliet, Le bilan, p. 395. Il cite l'exemple du Comptoir d'Escompte de Paris, qui entra en liquidation par suite des spéculations de son directeur et ne versa pas un sou aux employés sur le montant de leur caisse de retraite. Cf. également ATF 61 II 171, Paulmes c. Caisse de retraite des employés du comptoir d'Escompte de Genève (9 avril 1935), JdT 1936, p. 447.

[16]) Au sujet des tendances sociales du CO, cf. en particulier Carry, Les principales réformes du CO rev. dans le droit des sociétés, Conférence aux journées d'études bancaires, Genève 1937, p. 86; Aeby, L'orientation nouvelle du droit suisse dans le domaine des sociétés, Conférence à l'A.G. de l'Ass. suisse des banquiers, Fribourg, 19 septembre 1936.

3. Les fonds de bienfaisance d'après l'ancien Code des obligations.

L'ACO ne contenait aucune disposition concernant les fonds de bienfaisance. Ceux-ci étaient régis, pour les sociétés de transport par chemins de fer et par bateaux à vapeur, par la loi du 28 juin 1889 concernant les caisses de secours des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur, et pour les fabriques, par la loi du 18 juin 1914/ 27 juin 1919 sur le travail dans les fabriques, art. 79 et 80. Les autres entreprises n'étaient soumises à aucune disposition légale régissant leurs institutions de bienfaisance.

La situation des institutions privées de bienfaisance, sous l'empire de l'ACO, était la suivante, toujours d'après la statistique de l'Union centrale des Associations patronales suisses: sur le total de 982, 401 de ces institutions de prévoyance étaient de simples réserves statutaires ou extraordinaires, dont l'avoir n'était pas séparé des actifs sociaux et répondait par conséquent des dettes de la société, tandis que 581 jouissaient de l'indépendance financière (527 fondations, 44 sociétés coopératives, 10 associations).

On se trouvait donc, au point de vue juridique, en présence d'une grande variété d'institutions, dont plus de la moitié avaient été constituées en fondations, sociétés coopératives ou associations, et les autres avaient le caractère, soit de simples réserves spéciales, soit de dettes, échues ou non, lorsque la société s'était engagée envers son personnel, par un contrat, à lui verser certaines prestations[17]).

En outre, on constate que le 58% des institutions de bienfaisance dénombrées par l'Union centrale des Associations patronales suisses est régi selon le principe de l'auto-assurance, ou „assurance autonome, c'est-à-dire la caisse de pension créée directement pour le personnel d'une seule entreprise", le 23% est affilié à des fédérations de bienfaisance, ou caisses de prévoyance ou d'assurance créées par une association (Fürsorgeverbände), et le 19% est

[17]) Cf. Wolfensberger, p. 43—77; Meyer, Die Bilanz, p. 95 ss.; Rev. suisse sc. com. 27 (1933), p. 48 ss.

basé sur un contrat passé avec une société d'assurance concessionnaire[18]).

4. Travaux préparatoires du CO relatifs aux fonds de bienfaisance.

Le projet Huber de 1919, à l'art. 724, s'attache avant tout à protéger les intérêts des travailleurs. Il donne aux institutions de bienfaisance facultatives le caractère de fondations sans autre formalité. Leur avoir est séparé du patrimoine social. L'administration en est cependant laissée, sauf disposition contraire des statuts, à la société. Afin d'adoucir ces dispositions et d'en faciliter l'adoption par les milieux industriels, le projet dispense les fondations de bienfaisance du contrôle des autorités de surveillance prévu à l'art. 84 CCS.

Le projet Hoffmann de 1923, à l'art. 690, prévoit dans l'intérêt des sociétés que les biens de la fondation, au lieu d'être séparés du patrimoine social, peuvent consister en une créance contre la société, et par conséquent faire partie du capital productif. Une telle mesure serait manifestement contraire à l'intérêt des travaileurs, pour lesquels elle constituerait un danger en cas de faillite de la société, si le projet ne modifiait en même temps l'art. 219 LP, colloquant cette créance en deuxième classe par privilège en cas de faillite. Les travailleurs ne courent pratiquement aucun risque: Il faudrait un désastre sans précédent pour que les créanciers de cette classe ne fussent pas désintéressés.

Le projet du Conseil fédéral de 1928, à l'art. 674, renonce à l'érection automatique ex lege du fonds de bienfaisance en fondation. Il stipule que les sociétés peuvent

[18]) Cf. Bulletins de l'U.C.A.P.S. n° 26, p. 13 ss. Les 401 fonds de bienfaisance ne jouissant pas de l'indépendance financière sont régis selon le principe de l'auto-assurance. Sur les 581 institutions indépendantes, 174 font de l'auto-assurance, 228 sont groupées en fédérations de bienfaisance, et 179 sont assurées auprès d'une société d'assurance concessionnaire. Il faut remarquer que ces trois méthodes d'assurance s'appliquent à toutes les formes juridiques indépendantes d'institutions de bienfaisance (fondation, coopérative, association).

passer un acte de fondation conforme à celui que prescrit l'art. 81 CCS, et que l'institution qui en découle échappe à l'ingérence des autorités de surveillance, sauf s'il s'agit d'en modifier l'organisation ou le but.

Quelques corporations privées ont cherché à exercer une pression sur nos pouvoirs législatifs: l'Association des sociétés suisses d'employés, dans son rapport du 10 décembre 1928, demande la représentation des travailleurs dans les organes de la fondation, l'obligation pour la société de préciser dans l'acte de fondation les droits et les devoirs de ses bénéficiaires, l'obligation d'amortir en dix ans la dette éventuelle de la société envers la fondation[19]). Le Vorort suisse du commerce et de l'industrie y répond le 11 février 1929, défendant le point de vue opposé. Il flétrit en particulier une proposition du Dr. Huber à la commission du Conseil national, tendant à obliger les sociétés à séparer dans l'espace de dix ans les biens à but de prévoyance de leur avoir social et à faire administrer les fondations ainsi constituées, pour moitié par les sociétés, pour moitié par les assurés[20]).

---

[19]) L'Association des sociétés suisses d'employés, comme elle l'avait déjà demandé dans ses rapports du 9 novembre 1921 et du 20 février 1922 au Conseil fédéral, appuyés par le Dr. Brodbeck en 1923 au Conseil national, propose une réglementation fédérale des fonds de bienfaisance prévoyant:

1. Le droit de contrôle de la Confédération et des cantons;
2. Le droit de représentation des travailleurs dans les organes des institutions de prévoyance;
3. Le droit à des prestations du fonds de bienfaisance en quittant la société (Freizügigkeit);
4. Le droit d'exiger l'application de la volonté du fondateur ou du règlement du fonds;
5. La séparation des biens du fonds de l'avoir social et la désignation du personnel comme créancier en cas de faillite;
6. Un privilège en cas de faillite;
7. L'exemption de toute charge fiscale au profit de la Confédération, du canton ou de la commune.

[20]) Procès-verbal de Sils, p. 68; cf. aussi: 2. Bericht des Justizdepartements an die Kommission des NR über die zurückgelegten Artikel (Aktienrecht), 16 août 1933, p. 15 s. (inédit).

Les Chambres fédérales ont été profondément divisées au sujet du fonds de bienfaisance. Elles ne sont arrivées à une entente qu'à force de compromis qui n'ont accru ni la clarté, ni la logique du texte[21]).

Le 19 juin 1931, le Conseil des Etats[22]) accepte le postulat Wettstein, invitant le Conseil fédéral „à présenter un rapport et des propositions sur la question de savoir s'il n'y aurait pas lieu d'édicter des dispositions légales sur l'administration des fondations et des fonds de bienfaisance en faveur d'employés et d'ouvriers; ces dispositions seraient destinées notamment à garantir la fortune et le revenu de ces fonds et à assurer la participation des bénéficiaires à l'administration et à la surveillance". Ce postulat part du point de vue que des dispositions doivent être édictées qui régissent toutes les entreprises, et non seulement les sociétés anonymes. Dans cette même séance, le Conseil des Etats supprime la disposition du Conseil fédéral dispensant les fondations à but de bienfaisance du contrôle de l'autorité de surveillance.

Le 19 juin 1934, le Conseil national[23]) introduit l'obligation d'ériger en fondations les institutions de bienfaisance, avec latitude de faire consister leurs biens en une créance contre la société.

Le 2 avril[24]) et le 16 septembre[25]) 1935, le Conseil des Etats maintient son point de vue, craignant qu'une législation sévère ne décourage les entrepreneurs et ne desserve par conséquent les travailleurs, du moment que la con-

---

[21]) Cf. au sujet des préoccupations qui se sont fait jour aux Chambres et de la mentalité qui y régnait, Aeby, L'orientation nouvelle du droit suisse dans le domaine des sociétés, Conférence à l'A.G. de l'Ass. suisse des banquiers, Fribourg, 19 septembre 1936, p. 14.

[22]) Bull. stén. CE 1931, p. 401 ss.

[23]) Bull. stén. CN 1934, p. 303 s.

[24]) Bull. stén. CE 1935, p. 96.

[25]) Bull. stén. CE 1935, p. 261.

stitution de ces fonds est facultative[26]); le 4 juin[27]) et le 20 septembre[28]) 1936, le Conseil national défend le sien, estimant „qu'il importe de soustraire les biens affectés au fonds de bienfaisance du sort commun des biens de la société anonyme"[29]).

Le 22 janvier 1936[30]) le Conseil des Etats adhère aux propositions du Conseil national, en les complétant de deux mesures: l'une prévoit qu'en cas de résiliation des rapports de service, les employés et ouvriers ont droit aux versements éventuels qu'ils auront faits au fonds de bienfaisance, à moins qu'une faute grave ne leur soit imputable; l'autre prescrit la non-rétroactivité des dispositions légales sur le fonds de bienfaisance. Le 14 avril 1936[31]) le Conseil national supprime la condition posée par le Conseil des Etats au remboursement des primes payées par les assurés, ainsi que la non-rétroactivité de l'art. 674 du projet, emportant l'adhésion du Conseil des Etats le 21 avril 1936[32]).

II. Les fonds de bienfaisance d'après le CO.

1. „Les statuts peuvent prévoir notamment la constitution de fonds destinés à créer et à soutenir des oeuvres de bienfaisance au profit d'employés et d'ouvriers de l'entreprise." (Art. 673, al. 1, 862, al. 1 CO)[33]).

Les sociétés sont donc libres dans leur politique de bienfaisance, la loi ne les oblige pas à prendre des mesures

[26]) ... „weil es bis jetzt gut schweizerisches Recht war, dass bei freiwilligen Schenkungen der Schenker die Bedingungen aufstellt, nicht der Gesetzgeber. Sonst kann die Wirkung leicht die sein, dass der Schenker auf Schenkungen überhaupt verzichtet" (Keller, Bull. stén. CE 1936, p. 79). Dans ce sens: Gautschi, p. 424.

[27]) Bull. stén. CN 1935, p. 183.

[28]) Bull. stén. CN 1935, p. 374.

[29]) Aeby, Bull. stén. CN 1935, p. 374.

[30]) Bull. stén. CE 1936, p. 77 s.

[31]) Bull. stén. CN 1936, p. 762.

[32]) Bull. stén. CE 1936, p. 197 s.

[33]) L'art. 862, al. 1 ajoute: „...soit à favoriser des associés."

de prévoyance au profit de leurs employés et ouvriers. Seules les entreprises de chemins de fer sont tenues, dans la plupart des cas, en vertu de leur concession, de créer des caisses de secours pour leur personnel[34]).

On aurait bien voulu, dans les milieux ouvriers, que les sociétés fussent tenues à certaines mesures de prévoyance, mais la grande diversité des entreprises, dont les conditions sociales varient infiniment suivant le genre d'activité, le salaire, la situation géographique et une quantité d'autres facteurs, rendent une telle obligation difficilement réalisable[35]). Il ne suffirait pas, en effet, d'obliger les statuts à prévoir la constitution d'un fonds de bienfaisance, mesure parfaitement platonique. Il faudrait fixer des limites à ce fonds, et en prescrire l'emploi, comme pour la réserve légale. La seule façon praticable d'obliger les sociétés à prendre des mesures en faveur de leur personnel consisterait, à notre avis, à soumettre leurs dispositions statutaires au contrôle et à l'approbation du Conseil fédéral, comme pour les entreprises concessionnaires.

2. „Si des biens sont affectés d'une façon reconnaissable à des buts de bienfaisance, ils sont distraits des biens de la société et convertis en une fondation."
(Art. 673, al. 2, 862, al. 2 CO).

a) „Si des biens sont affectés d'une façon reconnaissable"...

Quel critère permet de juger si cette condition est remplie?

N'importe lequel. Pourvu que l'affectation de ces biens à des buts de bienfaisance, autrement dit le fait qu'ils sont „destinés à créer et à soutenir des oeuvres de bienfaisance au profit d'employés et d'ouvriers de l'entreprise" (art. 673, al. 1) et à favoriser les associés (art. 862,

[34]) Siegwart, Die AG., n° 140.
[35]) Siegwart, Festgabe Lampert, p. 100 ss.

al. 1), ressorte indiscutablement d'un document, ou même d'une simple déclaration, la condition se trouve remplie, et l'al. 2 de l'art. 673 ou 862 est applicable.

Il peut s'agir en conséquence d'une disposition statutaire, d'une décision de l'assemblée générale, ou même d'une simple indication au bilan[36]).

---

[36]) Dans ce sens: Wetter, Bull. stén. CN 1936, p. 771, qui se demande si l'al. 5 est applicable „auf die bisher bilanzmässig ausgeschiedenen Wohlfahrtsfonds"; Stauffer (art. 3, rem. 6, p. 43) pose cependant comme condition que la volonté de l'assemblée générale soit conforme aux indications du bilan. Il va sans dire, pensons-nous, qu'une indication au bilan ne peut être prise en considération que lorsqu'elle a été approuvée par l'assemblée générale, et qu'elle fait alors foi de la volonté de cette assemblée.

Contra: Valèr, p. 11: il faut une décision de l'assemblée générale protocolée; Brägger, p. 47 ss.: „Die Wohlfahrtszwecken gewidmeten Vermögensteile sind dann aus dem Vermögen auszuscheiden und in eine Stiftung überzuführen, d. h. erkennbar gewidmet, wenn dem einzelnen Arbeiter von der Gesellschaft vertraglich ein Rechtsanspruch auf Leistungen aus dem künftigen Stiftungsvermögen zugesichert ist" (p. 50); Vereinigung der schweiz. Angestelltenverbände, p. 27: „Die Zwangsbestimmung zur Errichtung der Stiftung soll erst dann in Wirksamkeit treten, wenn schon einigermassen ausreichende Mittel zur Sicherstellung des Fürsorgezwecks da sind"; Wolfensberger, p. 98 ss.; Schweingruber, p. 97; Schucany (Kommentar, art. 673, rem. 2); Meister, p. 23 s., exige d'une part une disposition statutaire ou une décision protocolée de l'assemblée générale, d'autre part une exécution reconnaissable. Mais il rejoint en fait notre point de vue, car il reconnaît que la décision d'approbation du bilan par l'assemblée générale remplit ces conditions (note 11, p. 16). Il suffit donc, en pratique, qu'un compte de réserve affecté à des buts de bienfaisance figure au passif du bilan. Reber, p. 30 ss., considère que le code établit une présomption en faveur de l'érection en fondation, invoquant à l'appui de cette opinion celle de Siegwart (Zeitschr. f. schweiz. Recht, n. F. 45 (1926), p. 282a), et que pour détruire cette présomption les sociétés doivent, d'une part le mentionner expressément en constituant une réserve de bienfaisance, d'autre part se garder de préciser l'affectation de cette réserve. Il nous semble que la seule mention dont il est question a pour effet d'en rendre l'affectation reconnaissable.

Certaines sociétés, pour éviter que leurs versements à des institutions de bienfaisance ne dépendent des résultats de leur exploitation, inscrivent leurs dépenses d'assistance au compte de frais généraux[37]). Elles procèdent par répartition et non par capitalisation. Il n'y a donc pas création d'un fonds convertible en fondation. Mais le procédé est exceptionnel et s'applique généralement à des sommes négligeables. Dans la plupart des cas, ces montants alimentent un fonds de bienfaisance, dont les biens doivent être distraits de ceux de la société aux termes de l'art. 673, al. 2, ou 862, al. 2 CO.

Il pourrait arriver qu'une société destinât secrétement une réserve générale ou latente au bien-être de ses employés et ouvriers et qu'elle l'utilisât effectivement dans ce but, sans avoir pris d'engagement vis-à-vis de son personnel. Il n'y aurait pas affectation reconnaissable; la réserve conserverait son caractère de réserve et sa destination officielle. Mais les allégements consentis par le fisc en faveur des fonds de bienfaisance à patrimoine distinct rendent cette hypothèse peu vraisemblable en pratique.

b) „... ils sont distraits des biens de la société..."

Cette proposition, que la conversion obligatoire en fondation rend inutile, et que vient contredire l'al. 3 de l'art. 673 (possibilité de faire consister les biens de la fondation en une créance contre la société)[38]), a été introduite parce qu'elle concrétise la réalisation des voeux des milieux travailleurs — la séparation entre la fortune de l'entreprise et celle du fonds de bienfaisance, qui ne répond plus, de cette façon, des dettes sociales et n'est plus soumis aux aléas de l'affaire — et parce qu'une disposition analogue avait été jugée indispensable par les autorités lorsqu'il s'était agi de porter en déduction du revenu net servant de base à la perception de l'impôt sur le bénéfice

---

[37]) Cf. Reber, p. 29.

[38]) Valèr, p. 11; Reber, p. 38 s.

de guerre institué en 1916, les sommes destinées à des buts de bienfaisance[39]).

c) „... et convertis en une fondation."[40])

Nous avons vu, au début de ce paragraphe, qu'à côté d'un grand nombre de fondations, il existe des sociétés coopératives et des associations d'assistance du personnel. Doivent-elles aussi être converties en fondations? Une réponse négative à cette question signifierait que la conversion en fondation n'est pas imposée aux sociétés comme une disposition de droit impératif et que par conséquent elles peuvent aussi, sous l'empire du CO, créer de nouvelles sociétés coopératives ou des associations de prévoyance, ou encore conclure des contrats avec des sociétés d'assurance concessionnaires.

Les auteurs sont unanimes à nier le caractère impératif de cette disposition[41]); elle vise uniquement à garantir

---

[39]) Décision du département des Finances du 3 juillet 1918 (RO 34, p. 758), ch. 3, litt. c. Cf. également le rapport du Conseil fédéral du 10 janvier 1922 (FF 1922 I 107 ss.).

[40]) Les institutions de bienfaisance visées à l'art. 7, ch. 4, litt. b de l'ACF du 18 septembre 1916 sur l'impôt sur le bénéfice de guerre devaient être „constituées en personnes juridiques indépendantes". (Décision du département des Finances du 3 juillet 1918 (RO 34, p. 779), ch. 2, litt. c; du 15 octobre 1921 (RO 37, p. 758), ch. 3, litt. a. Le rapport du Conseil fédéral du 10 janvier 1922 s'exprime à ce sujet comme il suit: „Comme méthode particulièrement appropriée pour garantir l'affectation exclusive des versements aux buts de bienfaisance s'offrait la constitution de fondations. Il se présentait toutefois d'autres possibilités encore. C'est pourquoi on se décida à exiger que le fonds affecté à des buts de bianfaisance reçût une personnalité juridique indépendante." (FF 1922 I 103).

[41]) Vereinigung der schweiz. Angestelltenverbände, p.16 s.: „Es geht folglich nicht an, bei der Betriebsfürsorge stets nur von Stiftungen zu reden"; Valèr, p. 11 ss., s'élève contre cette disposition légale et indique un moyen pour la tourner: créer une fondation dont les biens consisteraient en une créance contre la caisse de prévoyance; mais Guhl, „La S. A. suisse", 10 (1937/38), p. 211 ss., suivi de Brägger, p. 51 s., Siegwart, Die AG., n° 275, Schweingruber, p. 98, Reber, p. 36 ss., affirme le

l'indépendance financière des institutions de bienfaisance en leur donnant une personnalité juridique et un patrimoine indépendant, qui ne répond pas des dettes sociales. Il va sans dire que toute forme juridique qui assurerait aux travailleurs des avantages équivalents ou supérieurs serait licite. Le législateur n'a mentionné que la fondation, parce que la création en est plus aisée que celle de toute autre corporation[42]), et que le fondateur, en l'occurence la société anonyme, est libre de prévoir dans l'acte de fondation le but et l'organisation qui lui conviennent, dans les limites du droit et des bonnes moeurs (art. 88 CCS).

d) Quelles sont les autres formes juridiques autorisées par le code?

Une réserve facultative de bienfaisance est en tout cas proscrite, puisque les art. 673 et 862 CO ont pré-

caractère dispositif de la conversion en fondation, expliquant ainsi le choix de cette forme juridique par le législateur: le Tribunal fédéral dans l'arrêt Holliger c. Fürsorgefonds der Firma Holliger (ATF 51 II 465, JdT 1926, p. 450) a traité le cas d'un fonds érigé en fondation; les fondations sont d'autre part plus nombreuses que les autres formes de fonds de bienfaisance revêtus de la personnalité juridique. D'après le message du Conseil fédéral du 10 janvier 1922, „le 90 % environ des fonds de bienfaisance exemptés définitivement jusqu'ici de l'impôt sur les bénéfices de guerre ont été constitués en personnes juridiques indépendantes sous forme de fondations" (FF 1922 I 108). C'est donc en quelque sorte le hasard d'un arrêt, et des raisons de statistique, qui ont décidé, d'après Guhl, du choix de cette forme, qui, logiquement et téléogiquement, ne doit pas exclure les autres. Meister (p. 12 ss.) révèle pour quelle raison le législateur a réellement choisi la forme de la fondation de préférence à toute autre: seule, elle peut être créée par la société sans faire appel à d'autres membres. Le code ne pouvait pas obliger les sociétés anonymes à fonder une société coopérative, par exemple, qui se compose de 7 membres au moins, et qui suppose par conséquent une entente préalable entre patrons et employés, qui peut faire défaut. Mais „das Selbstverständliche braucht übrigens im Gesetz nicht gesagt zu werden", et toute forme juridique qui assure au personnel les mêmes avantages que la fondation est licite.

[42]) Cf. ci-dessus, note 41, le point de vue de Meister.

cisément pour but de l'éliminer, en même temps que les fonds de bienfaisance à caractère de provisions ou de dettes.

Un fonds de bienfaisance sans personnalité juridique peut également revêtir la forme d'une fondation fiduciaire, ou subordonnée (unselbständige Stiftung)[43], „une fondation dépendant de la corporation qui en est titulaire mais qui, du moment qu'il s'agit de biens de fondation, n'a pas le droit d'en modifier la destination par une revision des statuts de la communauté"[44]. Il s'agit donc d'une affectation immuable de biens à un certain but, sans création d'un sujet de droit nouveau, avec possibilité de séparer ces biens et de les administrer spécialement. Les règles de la fondation ne s'appliquent pas à ce fonds qui tombe, en cas de faillite, dans la masse des biens sociaux. Il n'est donc pas conforme aux exigences contenues aux art. 673 et 862 CO.

Une association régie par les art. 60 ss. CCS n'entre en ligne de compte qu'en tant qu'elle poursuit un but idéal, et non pas un but économique. Or une institution de bienfaisance poursuit un but économique lorsqu'elle assure les travailleurs contre certains risques selon certains principes établis („planmässig")[45]; en revanche, si elle vise à secourir l'un ou l'autre de ses employés lorsqu'il lui semble digne d'intérêt, et n'est liée par aucune règle précise (principe de l'allocation „von Fall zu Fall"), elle poursuit

---

[43]) Cf. Hafter, Ernst, Personenrecht (Commentaire de Gmür au CCS), 2me éd., Berne 1919, art. 80, rem. 10 s., p. 289 s.; Egger, August, Personenrecht (Commentaire de Egger, Escher, Haab, Oser au CCS), 2me éd., Zurich 1930, art. 80 rem. 2 s., p. 463; Tuor, Pierre, Le code civil suisse, traduction H. Deschenaux, Zurich 1942, p. 113; Lyner, p. 23 ss.

[44]) ATF 48 II 165, Fehr c. Fondation de la Communauté Suisse-Allemande de Genève, 1/15 juin 1922. Cf. également ATF 46 II 227, Sozialdemokratische Partei Grenchen c. Schweizerischer Grütliverein, 30 juin 1920.

[45]) „Wirtschaftliche Tätigkeit ist eine auf planvolle Güterversorgung gerichtete Tätigkeit" (Meister, p. 30 s.).

un but idéal et peut se constituer en association. Ce ne sont pas ces institutions-là que visent spécialement les art. 673 et 862 CO, mais les caisses de pension, de retraite, de prévoyance, qui toutes poursuivent un but économique et ne remplissent par conséquent pas les conditions posées à l'art. 60 CCS pour constituer une association[46]). Une société anonyme serait cependant libre de créer une association de bienfaisance ayant pour but de venir en aide aux employés et ouvriers nécessiteux et à leurs familles, et qui serait organisée conformément à l'art. 60 CCS (assemblée générale des sociétaires, direction...).

Une fédération de bienfaisance (Fürsorgeverband) n'est pas une forme juridique particulière que peuvent revêtir les institutions de prévoyance, mais un système d'assurance qui permet à plusieurs sociétés anonymes ou coopératives de réunir les biens qu'elles destinent au même but. Il ne résulte en tous cas pas de l'affiliation d'une société anonyme à une de ces fédérations des droits spéciaux des travailleurs sur ses biens, qui restent propriété de la société et répondent de ses dettes. Cette affiliation ne peut donc être compatible avec les exigences de l'art. 673 ou de l'art. 862, mais elle permet aux petites sociétés de s'unir pour augmenter leurs ressources et répartir leurs risques[47]), évitant ainsi que leur personnel ne les quitte pour s'engager chez des concurrents assez puissants pour avoir leur propre caisse de prévoyance.[48]).

Elles revêtent généralement la forme coopérative, les entreprises participantes en étant les coopérateurs. Mais elles résultent le plus souvent de la réunion de plusieurs sociétés coopératives en une fédération coopérative, au

---

[46]) Dans ce sens: Meister, p. 30 s.; Schweingruber, p. 98; Egger, Personenrecht, art. 60, rem. 5; ATF 44 II 80.

[47]) L'Union centrale des Associations patronales suisses dénombrait en 1925 228 entreprises affiliées à des fédérations de bienfaisance, dont la moitié appartenait aux arts et métiers (Bulletins de l'U. C. A. P. S. n° 26, p. 15).

[48]) Guise, p. 33; Reber, p. 35.

sens de l'art. 921 CO. On peut également concevoir une réunion de plusieurs fondations basée sur un contrat[49]).

Les prestations sont les mêmes pour les employés de toutes les entreprises affiliées; les cotisations sont réglées uniformément par les statuts et sont versées par les entreprises, leur personnel ou les deux à la fois.

Ce système fédératif présente pour les travailleurs, nous le verrons sous ch. 4 ci-dessous, le grand avantage de leur permettre de passer d'une des entreprises affiliées à la fédération à l'autre tout en restant bénéficiaires d'une seule et même caisse de prévoyance et en conservant leurs droits sur cette caisse.

Un contrat d'assurance de groupes[50]) (Gruppenversicherung) passé par la société au profit de ses employés,

---

[49]) Reber, p. 35, n. 6.

[50]) Bibliographie en matière d'assurances collectives: Asch, H., Die Gruppenlebensversicherung, thèse jur. Bâle 1930; König, Willy, Gegenstand der Versicherung, Abhandlungen zum schweiz. Recht, n. F. 63, Berne 1931; Contrat d'assurance, Fiches jur. suisses, n° 133, 134, Genève 1941; Moser, H. F., Die Versicherung für fremde Rechnung und die Versicherung zugunsten Dritter, Zeitschr. f. schweiz. Recht, n. F. 58 (1939), p. 163 ss.; Personalfürsorge und Versicherung, Mitteilungen der kantonalbernischen Handels- und Gewerbekammer 31 (1942), p. 95 ss.; Roelli-Jaeger, Kommentar zum VVG, 1914/1933; Roth, M., Die rechtliche Natur der Gruppenversicherung in der Schweiz, thèse jur. Berne 1935 (Abhandl. zum schweiz. Recht, n. F. 103); Schweiz. Lebensversicherung und Rentenanstalt Zürich, Blätter für Angestellten- und Arbeiterfürsorge, Zürich 1921; Betrachtungen über die Gruppenversicherung, 75 Jahre Lebensversicherung und Rentenanstalt, Zürich 1857—1932; Simond, W., Loi fédérale suisse du 18 décembre 1936, Revue gén. des ass. terrestres 8 (1937), p. 590 ss.; Valèr, Paul, Die Zustimmung der Versicherten zum Vertragsabschluss bei der Versicherung auf fremdes Leben, insbesondere bei der Gruppenversicherung, Schweiz. Vers.Zeitschr. 2 (1917/18), p. 139; Die rechtliche Natur des Gruppenversicherungsvertrages in der Schweiz, Schweiz. Vers.-Zeitschr. 3 (1918/19), p. 294; Der Begriff der Kollektivver-

qui est une assurance sur la vie d'autrui au profit du contractant, c'est-à-dire de la société, ne présente pas pour le travailleur les mêmes garanties que la fondation: l'assureur ne s'engage à des prestations que vis-à-vis de la société, qui est seule ayant droit à l'assurance. En cas de faillite, la créance de l'entreprise découlant du contrat d'assurance tombe dans la masse de la faillite sans privilège en faveur du personnel. Ce dernier n'a en effet de droits sur les prestations de l'assureur qu'en vertu d'un contrat interne entre son employeur et lui, qui ne modifie en rien les droits résultant du contrat d'assurance[50a]).

Dans l'assurance au profit de tiers (zugunsten Dritter) l'employé a bien un droit personnel de créance contre l'assureur, lorsque s'est produit l'événement en vue duquel le contrat avait été conclu, mais en dehors de ce cas, c'est l'employeur qui peut faire valoir tous les droits contre l'assureur, et en cas de faillite la créance tombe, comme pour l'assurance de groupes, dans la masse de la faillite[51]).

On peut encore envisager une assurance pour le compte d'autrui (für fremde Rechnung) où l'employé est lui-même contractant. C'est lui qui a la jouissance et l'exercice des droits découlant du contrat d'assurance. Ce contrat, passé par la société avec une société d'assurances concessionnaire, présente des garanties au moins aussi sûres pour le personnel que la constitution d'une fondation. Il est donc compatible avec l'art. 673, al. 2 et l'art. 862, al. 2 CO[52]).

Mais cette dernière forme d'assurance est rare et malcommode. C'est de loin l'assurance de groupes qui pré-

---

sicherung mit besonderer Berücksichtigung der Gruppenversicherung, Zeitschr. f. schweiz. Recht, n. F. 60 (1941), p. 112 ss.

[50a]) Dans ce sens: Brägger, p. 52 s.; Meister, p. 31 s. Contra: Guhl, „La S. A. suisse" 10 (1937/38), p. 240 ss.

[51]) Dans ce sens: Brägger, p. 53.

[52]) Dans ce sens: Brägger, p. 54.

sente le maximum d'avantages pour l'entreprise contractante[53]). Il ne reste donc qu'une solution aux sociétés qui veulent en faire usage: créer une fondation ou une société coopérative qui passera avec une compagnie d'assurance concessionnaire un contrat d'assurance de groupes et aura la jouissance et l'exercice de tous les droits découlant de ce contrat.

La forme de la société coopérative[54]) offre indiscutablement à ses membres, les travailleurs, de sérieux avantages. Ils ont la qualité d'associés et constituent l'assemblée générale, pouvoir suprême de la société, qui adopte et modifie les statuts, nomme administrateurs et contrôleurs (art. 879 CO)[55]). Les statuts peuvent, et cela est essentiel, conférer aux associés sortants ou à leurs héritiers des droits sur la fortune sociale et déterminer

---

[53]) Cf. La statistique des caisses de secours publiée par l'office fédéral des assurances, p. 53. La Schweizerische Lebensversicherung und Rentenanstalt, Zurich, qui détient le 60 à 70 % des contrats d'assurances de groupes, en avait 1542 en 1940 (Dr. P. Nabholz: N.Z.Z. n° 921 du 11 juin 1943).

[54]) C'est une société „qui poursuit principalement le but de favoriser ou de garantir, par une action commune, des intérêts économiques déterminés par ses membres" (art. 828 CO), qui sont au nombre de 7 au moins (831), jouissent des mêmes droits et des mêmes obligations (854), exercent leurs droits à l'assemblée générale (855) où ils ont une voix chacun (885) et où les décisions sont prises à la majorité (888). Chaque associé a en outre un droit de contrôle (857) et une action contre les décisions de l'assemblée générale (891). L'administration se compose de 3 membres au moins, en majorité des associés (894, al. 1). L'assemblée générale ou l'administration ne peuvent faire appel à des gérants ou des directeurs qui n'ont la qualité d'associés que s'ils y sont autorisés par les statuts (898).

[55]) Ces avantages sont cependant compensés par le fait que rarement une coopérative est constituée sans l'appui financier de l'entrepreneur, qui s'assure en même temps une influence déterminante sur la conduite des affaires (art. 898 CO) et impose sa conception pour la rédaction des statuts. Ce n'est donc pas la forme juridique qui importe, mais le contenu des statuts (cf. Meister, p. 38 s.).

l'étendue de ces droits (art. 864 CO). Les entreprises sont donc indiscutablement légitimées à créer, d'entente avec leur personnel, des coopératives de prévoyance en vertu de l'art. 673, al. 2, ou 862, al. 2 CO.

On peut affirmer en conclusion que les trois formes juridiques autorisées par le législateur pour les institutions de bienfaisance sont la fondation, la société coopérative et l'association en tant que cette dernière poursuit un but compatible avec l'art. 60 CCS, c'est-à-dire dans un nombre infime de cas. Les sociétés peuvent en outre conclure avec une société d'assurance concessionnaire un contrat d'assurance pour le compte d'autrui.

e) Quels sont les droits des assurés dans une institution de bienfaisance à personnalité juridique, et quelle en est la garantie?

Nous avons vu que l'Association des sociétés suisses d'employés revendiquait pour les travailleurs une participation à l'administration de l'institution de bienfaisance[56]), un droit reconnu à des prestations fixes[57]), et la détermination des primes à payer[58]).

[56]) En 1925, d'après l'enquête de l'Union centrale des associations patronales suisses (p. 35), „le personnel intéressé participe à l'administration dans plus de la moitié des institutions de prévoyance, alors qu'il ne verse des contributions que dans 275 cas sur 982. La forme sous laquelle s'exerce ce droit d'administration et la mesure dans laquelle il s'applique varient considérablement suivant les caisses. Il est exercé par des représentants désignés, soit par la direction de l'entreprise, soit en partie par elle et en partie par le personnel, soit enfin uniquement par le personnel. Suivant les cas, les représentants de l'entreprise constituent la majorité ou la minorité au sein de l'administration. Dans certains cas, ce sont les représentants du personnel qui administrent seuls la caisse."

[57]) „L'on peut constater que, d'une manière générale, la plupart des institutions de prévoyance assurent au bénéficiaire un droit formel aux prestations (Bulletin de l'U.C.A.P.S., p. 30).

[58]) „Les contributions des assurés eux-mêmes sont relativement peu élevées. Elles ne constituent que le $^1/_8$ des recettes

En ce qui concerne la fondation, „les art. 80 ss. CCS laissent le fondateur absolument libre d'organiser la fondation comme il l'entend, sous deux réserves seulement: L'organisation doit correspondre au but de la fondation; elle ne doit être ni illicite, ni contraire aux bonnes moeurs"[59]. Les droits des assurés varient donc beaucoup d'une fondation à l'autre, suivant les dispositions de l'acte de fondation[60].

L'observation de ces dispositions est assurée par le contrôle de l'autorité de surveillance institué aux art. 84 ss. CCS[61]. Les assurés peuvent déposer une plainte auprès de cette autorité en cas de violation de l'acte de fondation[62], mais ils ne peuvent recourir en justice contre les décisions qu'elle aurait prises relativement à l'emploi des biens de la fondation[63]; ils ne peuvent attaquer en

---

totales." Nous avons vu (note 12, p. 37) que le 72 % des caisses ne prélèvent aucune prime des assurés. Ceux-ci payent en moyenne 146 fr. par an aux autres caisses (Bulletins de l'U.C.A.P.S., p. 23 s.). En tenant compte des versements de prévoyance des corporation de droit public, la part des employeurs est de 61 %, celle des salariés de 39 %. (Message du CF du 29 août 1929 à l'appui d'un projet de loi sur l'assurance-vieillesse et l'assurance-survivants, p. 179.)

[59]) ATF 61 II 289 ss., Boder-Koenig c. Birseckbahn, JdT 1936, p. 207. Le jugement a décrété licite une disposition du fondateur excluant tout recours des assurés aux tribunaux: „Le fait que les organes de la fondation décident souverainement des obligations de celle-ci n'est pas contraire au droit ni aux bonnes moeurs" (JdT 1936, p. 208).

[60]) Cf. Schweingruber, p. 99 s.

[61]) Cf. Gautschi, Schweiz. Zbl. f. Staats- und Gem.-Verw. 26 (1925), p. 418 ss.; Reber, p. 42 ss.; Circulaire du 17 mars 1921 du Département fédéral de l'Intérieur aux gouvernements cantonaux concernant l'interprétation de l'art. 84 CCS (Surveillance des fondations, choix de l'autorité compétente pour exercer la surveillance, contenu et portée du droit de surveillance) (FF 1921 II 307).

[62]) Cf. Schweingruber, p. 102; Binet, p. 5.

[63]) ATF 48 II 166, Fehr c. Fondation de la Communauté Suisse-Allemande de Genève.

justice qu'une disposition de l'acte de fondation contraire à la loi ou aux bonnes moeurs, pour autant qu'ils contribuent par des primes à la fortune de la fondation[64]).

La société coopérative assure à ses membres, de par la loi, des droits beaucoup plus étendus que la fondation: ils forment l'assemblée générale et déterminent eux-mêmes, dans les statuts, leurs droits et leurs obligations pécuniaires[65]).

„L'administration et chaque associé peuvent attaquer en justice les décisions de l'assemblée générale..." (art. 891 CO). Le contrôle de l'autorité de surveillance se trouve donc remplacé par celui des membres de la coopérative (art. 857 CO)[66]).

L'association est également basée sur un principe démocratique (art. 64 s. CCS). Les membres constitués en assemblée générale fixent eux-mêmes leurs droits et obligations statutaires.

„Tout sociétaire est autorisé de par la loi à attaquer en justice, dans le mois à compter du jour où il en a eu connaissance, les décisions auxquelles il n'a pas adhéré et qui violent des dispositions légales ou statutaires" (art. 75 CCS)[66]).

La plupart de ces institutions pratiquent l'auto-assurance, c'est-à-dire qu'elles assurent elles-mêmes leurs

---

[64]) ATF 61 II 289 ss., Boder-Koenig c. Birseckbahn, JdT 1936, p. 203.

[65]) Cf. Schweingruber, p. 100.

[66]) L'opinion de Reber (p. 44), selon laquelle les coopératives de bienfaisance seraient elles aussi soumises au contrôle de l'autorité de surveillance est, selon nous, totalement insoutenable. L'autorité nommée par l'Etat n'est pas en mesure d'étendre sa surveillance à d'autres formes juridiques, qui d'ailleurs s'en passent fort bien, étant constituées selon le principe démocratique en vertu duquel les membres exercent eux-mêmes la surveillance de leur caisse.

membres contre les conséquence de la maladie, de l'invalidité, de la vieillesse ou du décès, en s'inspirant souvent de la technique et des règles comptables qui prévalent en matière d'assurances. Elles échappent cependant, d'une façon générale, à la surveillance du Conseil fédéral, en vertu de l'art. 1, al. 2, de la loi du 25 juin 1885 sur la surveillance des entreprises privées en matière d'assurance[67]), bien que dans ces petites caisses le danger d'une gestion défectueuse soit beaucoup plus grand qu'ailleurs[68]). Il faut remarquer cependant que les conséquences en sont moins lourdes et que, dans un régime de libre constitution tel qu'il est prévu par le CO, si l'on soumettait ces caisses aux conditions applicables aux sociétés d'assurances concessionnaires, on en compromettrait souvent l'existence même.

Les caisses mutuelles d'assurance contre la maladie reconnues par la Confédération sont contrôlées par l'Office fédéral des assurances sociales, en vertu de la loi du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladies et d'accidents.

Les institutions de prévoyance des entreprises publiques de transport sont soumises à la surveillance du département des Postes et des Chemins de fer.

Un certain nombre de cantons autorisent leur organe de surveillance à faire contrôler par des experts les bases techniques des fondations, lorsqu'elles sont constituées en caisses d'assurance[69]).

En cas d'assurance pour le compte d'autrui, c'est la société contractante qui, avec l'assentiment de son personnel, fixe les prestations et les primes dans le contrat d'assurance. La gestion des biens versés à la compagnie relève, bien entendu, d'elle seule. Le contrat est soumis,

---

[67]) „La présente loi n'est pas applicable aux assurances dont le champ d'application est localement restreint, telles que les caisses de secours en cas de maladie, de décès, etc."

[68]) Greiner, Zeitschr. f. schweiz. Stat. u. Volksw. 1930, p. 384.

[69]) Reber, p. 44; Gautschi, Schweiz. Zbl. f. Staats- und Gem.-Verw. 26 (1925), p. 424.

pour son exécution, aux règles générales du CO (art. 68 ss., 97 ss.).

La société d'assurance, elle, est surveillée par le Conseil fédéral.

„D'ailleurs, ce qui importe en dernière analyse à l'assuré, c'est moins l'existence de droits formels inscrits dans un règlement ou des statuts que la garantie des ressources suffisantes de la caisse[70]).

f) Comment crée-t-on une institution de bienfaisance à personnalité juridique?

Dans tous les cas, il faut une décision de l'assemblée générale qui charge l'administration, par exemple, de faire les démarches nécessaires[71]).

„La fondation a pour objet l'affectation de biens en faveur d'un but spécial" (art. 80 CCS). Pour convertir un fonds de bienfaisance en fondation, il faut un acte authentique et l'inscription de la fondation au registre du commerce, à teneur de l'acte de fondation (art. 81 CCS).

Pour constituer une société coopérative, les fondateurs doivent rédiger les statuts et les soumettre pour approbation à une assemblée constitutive (art. 834 CO), puis inscrire la société au Registre du commerce.

Une association acquiert la personnalité juridique par le seul fait qu'elle exprime dans ses statuts la volonté d'être organisée corporativement (art. 60 CCS). L'inscription au Registre du commerce est facultative (art. 61 CCS).

Un contrat d'assurance est parfait „lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté" (art. 1 CO).

---

[70]) Bulletins de l'U.C.A.P.S. n° 26, p. 30.

[71]) ATF 51 II 468 s., Holliger c. Fürsorgefonds der Firma Holliger: le président du conseil d'administration, auquel les statuts confèrent le droit de représenter la société, est compétent pour constituer une fondation.

g) Quelles sont les conséquences d'une inobservation de l'art. 673, al. 2, ou de l'art. 862, al. 2 CO?

Alors que le projet Huber (art. 724) prévoyait l'érection automatique, sans autre formalité, du fonds de bienfaisance en fondation, les art. 673 et 862 CO imposent à la société l'obligation de le convertir. Quid si elle ne le fait pas?[72])

De deux choses l'une: ou bien l'assemblée générale a voté la conversion et l'organe exécutif ne l'a pas réalisée; il est responsable à l'égard des bénéficiaires du fonds, en cas de faillite survenant entre temps, du dommage qu'ils éprouvent du fait de cette omission (art. 754, al. 1, 917, al. 1 CO); ou bien l'assemblée générale n'a pris aucune décision tendant à séparer de l'avoir social les biens du fonds de bienfaisance.

Dans ce cas, les actionnaires ou les associés peuvent intervenir en vertu de leur droit de vote (art. 692, 855 CO) et de leur droit d'attaquer les décisions de l'assemblée générale (art. 706, 891 CO). Il leur faut alors attaquer le bilan où figure le fonds de bienfaisance comme bien social[73]).

Les intéressés, c'est-à-dire les bénéficiaires du fonds peuvent dans tous les cas intenter une action contre la

---

[72]) L'ACF du 4 octobre 1943 a prolongé jusqu'au 30 juin 1947 le délai d'adaptation des statuts des sociétés anonymes, des sociétés en commandite par actions et des sociétés coopératives au nouveau CO, reporté déjà par ACF du 31 octobre 1941, du 30 juin 1942 au 30 juin 1944. Cette prolongation, contrairement à l'opinion de Binet (Fiches juridiques suisses, n° 80), s'applique également aux fonds de bienfaisance.

[73]) Dans ce sens: Siegwart, Die AG., n° 276, p. 203; Reber, p. 40. Contra: Meister, p. 25, qui prétend, contrairement à l'art. 706 CO, que les actionnaires ne peuvent intenter cette action que s'ils y ont intérêt. Le Tribunal fédéral, dans l'arrêt Steinhauser c. Solothurner Handelsbank (ATF 53 II 46, JdT 1927, p. 342 ss.), a déclaré expressément que tout actionnaire peut attaquer une décision de l'assemblée générale qui viole la loi ou les statuts, même si cette décision ne le concerne pas personnellement.

société en exécution des prescriptions légales[74]). Ils ne peuvent adresser de plainte à l'autorité de surveillance, qui n'a aucun moyen d'agir par elle-même[75]).

L'autorité de surveillance peut intenter une action contre la société en exécution des prescriptions légales[76]).

Le préposé au Registre du commerce ne peut prononcer la dissolution, en vertu de l'art. 2, al. 3 Disp. fin. et trans. CO, des sociétés qui n'ont pas converti leurs fonds de bienfaisance en fondations[77]). Cette solution ressort des délibérations des Chambres[78]), qui n'ont pas osé prendre nettement position, mais n'ont en tous cas pas autorisé l'application extensive de l'art. 2 al. 3 Disp. fin. Elle découle également de considérations juridiques et logiques: le rôle du préposé au Registre du commerce consiste à examiner les statuts, non le fonds de bienfaisance, qui échappe à sa compétence[79]). L'art. 3 Disp. fin., qui s'applique spécialement au fonds de bienfaisance, constitue une lex specialis par rapport à l'art. 2; du moment qu'il ne renvoie pas à cet article, l'al. 3 de l'art. 2 n'est pas applicable en l'espèce[80]). Les sociétés qui enfreignent

---

[74]) Dans ce sens: Stauffer, OR art. 3, rem. 23 ss.; Brägger, p. 57 s.; Meister, p. 26; Reber, p. 39 s.; Contra: Siegwart, Die AG., n° 276, p. 103 s., estime que les bénéficiaires ne sont légitimés à porter plainte que s'ils ont contribué par des versements à la fortune du fonds; cette règle ne vaut que durant l'existence de la fondation, mais non avant sa création.

[75]) Contra: Siegwart, Die AG., n° 276, p. 104, qui étend à ce cas l'application de l'art. 83, al. 2 CCS.

[76]) Dans ce sens: Stauffer, OR art. 3, rem. 23 s. Contra: Brägger, p. 58 s.; Meister, p. 26.

[77]) Contra: Guhl, „La S. A. suisse" 10 (1937/38), p. 245; Dans ce sens: Stauffer, OR art. 3, rem. 16 ss.; Brägger, p. 54 ss.; Meister, p. 24 s.; Reber, p. 41 s., 45 ss.

[78]) „Une dissolution d'office, dira-t-on... mais, Messieurs, qui donc osera faire une telle proposition?" (Aeby, Bull. stén. CN 1936, p. 766. Ibidem, Baumann, p. 768.)

[79]) Stauffer, OR art. 3, rem. 19.

[80]) Meister, p. 25; Stauffer, OR art. 3, rem. 17.

l'obligation contenue à l'art. 673 ou 862, al. 2, sont celles qui ont pris des dispositions en faveur de leur personnel. Il serait pour le moins curieux de les en punir par la dissolution, tandis que les sociétés n'ayant prévu aucun fonds de bienfaisance continueraient paisiblement leur exploitation[81]). Enfin, il n'est pas nécessaire de prévoir la dissolution d'office là où une action en justice est possible; or, nous avons vu que les intéressés et l'autorité de surveillance peuvent obtenir du juge, sur plainte, la conversion d'un fonds de bienfaisance en fondation[82]).

D'ailleurs, le fisc n'exonère d'impôts que les institutions de bienfaisance dont l'avoir est séparé des actifs sociaux, encourageant peut-être davantage les sociétés à opérer cette séparation que les sanctions les plus sévères[83]).

3. „L'acte de fondation peut prescrire que les biens de la fondation consisteront en une créance contre la société."

(Art. 673, al. 3, 862, al. 3 CO.)

Cette disposition ne modifie en rien l'état de fait existant avant l'entrée en vigueur du CO: le Tribunal fédéral, dans l'arrêt Holliger c. Fürsorgefonds der Firma Holliger[84]), a décrété que l'affectation de biens

---

[81]) Stauffer, OR art. 3, rem. 17; Reber, p. 47; Bull. stén. CN 1936, p. 768.

[82]) Stauffer, OR art. 3, rem. 21 s.

[83]) Meister, p. 27.

[84]) ATF 51 II 469 s., JdT 1926, p. 450. Le Tribunal fédéral n'a d'ailleurs fait que se conformer à l'opinion dominante (Hafter, Personenrecht, art. 80, rem. 1 et 2), qui avait déjà reçu force de loi dans les prescriptions d'application de l'ACF du 18 décembre 1916 sur l'impôt sur le bénéfice de guerre, art. 7, ch. 4, litt. b (Décision du département des Finances du 15 octobre 1921 (RO 37, p. 759), ch. 3, litt. c). Le Conseil fédéral, dans son message du 10 janvier 1922, s'exprime de la façon suivante: „Le Conseil fédéral a acquis la conviction qu'il n'est pas nécessaire que la séparation des fonds de bienfaisance (spécialement de la fortune de la fondation) ... ait lieu sous forme de séparation effective et de remise de numéraire ou de titres. Il estime, au con-

en faveur d'un but spécial, exigée par l'art. 80 CCS pour la création d'une fondation, pouvait fort bien consister en une créance contre le fondateur. Le CO n'a donc fait que confirmer l'application aux fondations de bienfaisance d'une jurisprudence valable pour toutes les fondations[85]).

Il ne s'agit donc pas d'une forme particulière de fonds de bienfaisance, mais bien d'une véritable fondation dont l'avoir n'est pas distrait des biens de la société, mais consiste en une créance contre elle.

Cette disposition présente cet immense avantage, qu'elle permet aux sociétés de garder les biens de la fondation dans leur capital productif. Elles peuvent ainsi, sans inconvénient, consacrer des montants considérables au bien-être de leur personnel.

„D'ailleurs, une séparation complète entre la fortune de la caisse et celle de l'entreprise dont elle dépend, n'est pas toujours justifiée et n'est pas non plus toujours dans l'intérêt du personnel lui-même. Tout d'abord, le chef d'entreprise a plus ou moins droit à ce que les fonds de la caisse, qui proviennent pour la plus grande partie de ses propres versements, puissent continuer à être utiles à son entreprise. D'autre part, le placement de ces fonds dans l'entreprise est souvent plus ou tout aussi avantageux pour le personnel qu'un placement dans une banque ou qu'un placement en titres publics. Enfin, l'utilisation de ce capital dans l'entreprise elle-même rend indirecte-

---

traire, que dans le cas où une séparation sous cette forme se révèle impraticable, on peut se contenter, comme condition de l'exemption définitive de l'impôt, de la création, de la part de l'entreprise contribuable, d'une dette exigible vis-à-vis de la fondation.“ (FF 1922 I 108.)

[85]) Tuor, Le CCS, Traduction H. Deschenaux, p. 112; Egger, August, Kommentar zum Personenrecht, 2me éd., Zurich 1929/30. Contra: Fehr, Hans, Zeitschr. f. das ges. Handels- und Konkursrecht 104 (1937), p. 275 ss.; Kuhn, H., Zeitschr. d. bern. Juristenvereins 69 (1933), p. 49; Berger, p. 9 et 12 ss.; Kopf, N.Z.Z. 21 avril 1936, n° 677; Ordonnance sur la surveillance des fondations, Berne art. 8, Zurich art. 7.

ment service aux employés et ouvriers qui y sont occupés. En exigeant une séparation complète du capital affecté aux institutions de prévoyance, le fisc ou les organes de surveillance de l'Etat peuvent, en dernière analyse, porter atteinte aux intérêts mêmes du personnel, car l'entreprise peut être amenée à renoncer à affecter à ces institutions de nouvelles sommes, qu'elle ne peut ou qu'elle ne veut pas enlever à son fonds de roulement."[86])

Mais le fait de ne pas exiger cette séparation comporterait un grave danger pour les travailleurs si leur créance ne se trouvait pas colloquée en deuxième classe en cas de faillite de la société, ce qui en garantit le remboursement d'une façon presque absolue. Là non plus, le CO n'a pas innové en ajoutant une lettre e) à l'art. 219 LP:

„Les créances que possèdent contre l'employeur les fonds destinées à créer et à soutenir des oeuvres de bienfaisance au profit d'employés et d'ouvriers de l'entreprise, ainsi que les créances des fonds créés en faveur d'associés, en tant que la personnalité a été conférée à ces fonds."

Le Tribunal fédéral, dans l'arrêt Holliger c. Fürsorgefonds der Firma Holliger[87]), avait déjà déduit ce privilège de l'art. 219, litt. b) LP:

„Les créances des caisses d'ouvriers pour le montant dû par le patron."

Il est à remarquer que l'art. 219, litt. e) LP ne parle pas de fondations de bienfaisance, mais de tous les fonds à personnalité juridique. Les biens d'une société coopérative ou d'une association peuvent donc aussi consister en une créance contre la société, si leurs statuts le prévoient, sans préjudice pour les travailleurs dont la créance est colloquée en deuxième classe.

Cette disposition s'applique, d'après Reber, aux institutions de bienfaisance de toutes les formes d'entre-

[86]) Bulletins de l'U. C. A. P. S., n° 26, p. 34 s.

[87]) ATF 51 II 472, JdT 1926, p. 450. Cf. aussi Gautschi, Schw. Zeitschr. f. Staats- und Gem.-Verw. 26 (1925), p. 424.

prises, qu'il s'agisse de personnes physiques ou juridiques, ou de sociétés commerciales sans personnalité juridique[88]).

Quelles sont les conséquences d'une faillite intervenant avant que les biens affectés à des buts de bienfaisance aient été distraits des biens de la société? Schucany estime que dans ce cas la créance des bénéficiaires se trouve colloquée en cinquième classe[89]). Reber fait remarquer à juste titre, croyons-nous, que les travailleurs n'ont aucun droit à faire valoir contre l'entreprise, mais contre le fonds, si son patrimoine est distrait des biens sociaux et que les statuts qui le régissent reconnaissent à ses bénéficiaires un droit formel à certaines prestations. Ils ne peuvent donc qu'actionner la société, avant la faillite, en exécution de l'art. 673, al. 2, ou 862, al. 2 CO, comme nous l'avons vu sous ch. 2, litt. g ci-dessus, ou actionner les administrateurs, après la faillite, en dommages-intérêts, en se fondant sur l'art. 754 ou 917 CO[90]).

Il est à remarquer que cette disposition permet à une société de famille en difficultés de soustraire des biens de la masse et d'en faire bénéficier des membres de la famille employés dans l'entreprise, qui font valoir en cas de faillite leurs droits sur le fonds de bienfaisance[91]).

4. „Si, à côté des contributions de la société, il est prélevé pour alimenter des fonds de bienfaisance des versements des employés ou ouvriers, ceux-ci sont mis au bénéfice d'au moins les versements qu'ils ont effectués, en tant qu'ils n'entrent pas en jouissance du fonds de bienfaisance conformément aux dispositions régissant la fondation.“ (Art. 673, al. 4, 862, al. 4 CO.)

C'est là une disposition équitable qui a été instituée, nous l'avons indiqué, par la Commission du Conseil des Etats[92]). Elle s'applique à toutes les institutions de bien-

[88]) P. 49.
[89]) Kommentar, art. 673, rem. 2.
[90]) Reber, p. 42.
[91]) Valèr, p. 15; Reber, p. 49.
[92]) Bull. stén. CE 1936, p. 77.

faisance, quelle qu'en soit la forme, et prévoit que les employés et ouvriers qui quittent, volontairement ou non, une place, doivent être crédités des versements qu'ils ont éventuellement effectués au fonds de bienfaisance „en tant qu'ils ne reçoivent pas les prestations prévues par les dispositions de la fondation"[93]).

Il arrive fréquemment qu'un employé change plusieurs fois de place au cours de sa carrière, sans qu'on puisse lui reprocher ses fréquentes mutations. Il est juste de lui reconnaître un droit, au moins sur les versements qu'il a effectués au fonds de bienfaisance[94]), malgré les objections que peuvent faire valoir les spécialistes[95]). Il ne perd pas, ainsi, tout le bénéfice des institutions de prévoyance en quittant sa place.

Le droit de libre passage (Freizügigkeit)[96]) que revendiquent les milieux travailleurs, est difficile à réaliser,

---

[93]) Folliet, Le bilan, p. 400.

[94]) „Einst war die ‚lebenslängliche' Anstellung, die sogenannte Lebensstellung, ein Merkmal des Dienstverhältnisses der Angestellten. In vielen Erwerbszweigen nimmt dagegen seit Jahren der gelegentliche Stellenwechsel den Vorrang ein, nicht etwa einzig aus dem Willen des Angestellten heraus, der eine Verbesserung seiner Existenz damit zu verwirklichen sucht, sondern weil für gewisse Angestelltenkategorien zu lange Anstellungsdauer vom Betrieb aus verschiedenen Gründen nicht mehr gewünscht wird... Deshalb muss die ‚Freizügigkeit' gefordert werden... Der aus einem Betriebe ausscheidende Bezugsberechtigte soll nicht nur die unrechtlich zustehende Rückzahlung der geleisteten eigenen Beträge an die Fürsorgeeinrichtung verlangen können, sondern einen Annäherungswert an die für ihn aufgelaufene ‚Amortisationsquote'. Dies zum Zwecke, um die Fortsetzung seiner Fürsorge im bisherigen Ausmasse beim neuen Arbeitgeber erleichtern zu können, oder um bei einer konzessionierten Anstalt mit dieser Quote eine entsprechende Fürsorge sich verschaffen zu können" (Vereinigung schweiz. Angestelltenverbände, p. 11 s.).

[95]) Valèr, p. 12, se basant sur la technique des assurances, estime que le travailleur doit contribuer aux risques de la caisse. Reber, p. 49 ss., émet contre cette disposition certaines critiques de forme, et en donne une interprétation très précise.

[96]) Cf. Grütter-Mojon, Die Freizügigkeit zwischen Pensionskassen, Festgabe Moser, Berne 1931, p. 261 ss.

sauf à l'intérieur des fédérations de bienfaisance (Fürsorgeverbände) qui assurent les employés de plusieurs sociétés entre lesquelles ils peuvent librement permuter sans modifier leurs droits sur l'avoir de la fédération. Le système des assurances de groupe présente également cet avantage qu'elles ont la possibilité de remettre aux employés sortants une police d'assurance personnelle qui le suivra durant toute sa carrière, s'il ne la réalise pas[97]).

Sous quelle forme doit avoir lieu le remboursement? Normalement sous forme de numéraire, mais également sous une autre forme, avec l'assentiment du bénéficiaire[98]). La remise d'une police d'assurance, que nous venons de signaler, est donc licite[99]).

Nous souscrivons à l'opinion de Meister[100]) qui reconnaît à la disposition contenue à l'art. 673, al. 4 un caractère coercitif. En vertu des art. 2 Titre final CCS et 1 Disp. fin. CO, elle entre immédiatement en vigueur pour tous les fonds de bienfaisance, financièrement indépendants ou non, quelque forme juridique qu'ils aient, au moment où un employé quitte la société. L'art. 3 Disp. fin. est donc inapplicable en l'espèce.

III. Critique des solutions adoptées par le CO.

Le législateur suisse se trouvait en face d'une alternative: fallait-il imposer aux sociétés la constitution d'un

---

[97]) Cf. Bulletins de l'U.C.A.P.S. n° 26, p. 71 s., qui traite des avantages de l'assurance de groupes et remarque que les travailleurs qui reçoivent une police la réalisent dans la plupart des cas en quittant l'entreprise; Statistique des caisses de secours de l'Office fédéral des assurances sociales, p. 53.

[98]) Guhl, „La S. A. suisse" 10 (1937/38), p. 241: „Dem austretenden Arbeitnehmer soll eine Leistung zukommen, die dem Werte nach mindestens den Betrag erreicht, der allen von ihm geleisteten Zahlungen entspricht."

[99]) Dans ce sens: Alder, p. 23 s.; Schweingruber, p. 103; Meister, p. 19 s.; Blätter für Angestelltenfürsorge, n° 5.

Contra: Valèr, p. 13; Brägger, p. 61.

[100]) P. 17 s.

fonds de bienfaisance ou en laisser l'initiative à leurs impulsions généreuses? Il l'a résolue dans le sens de la liberté pour plusieurs raisons: les sociétés anonymes sont diverses et ne peuvent s'accomoder toutes des mêmes mesures de bienfaisance; le rôle d'un code des obligations n'est pas d'obliger les sociétés qu'il régit à adopter une certaine attitude en face des problèmes sociaux; cette tâche incombe plutôt à une législation spéciale du travail s'appliquant à toutes les formes de sociétés et d'entreprises privées[101]); des dispositions impératives découragent la bonne volonté des sociétés et prescrivent des mesures souvent moins favorables aux travailleurs que celles que prévoient d'elles-mêmes ces sociétés.

Du moment qu'il se borne à conseiller des mesures facultatives, le législateur doit faciliter autant que possible aux sociétés l'élaboration de ces mesures: „On ne peut", affirmait Thalmann[102]) au Conseil des Etats, „obliger un donateur à donner d'une certaine manière, puisqu'il lui est loisible de renoncer à donner quoi que ce soit." Häberlin[103]), président de la Confédération, et bien d'autres esprits distingués, ont dénoncé l'erreur que commettaient certains milieux ouvriers en voulant régler par des dispositions impératives l'organisation de fonds dont ils laissent libre la constitution[104]).

Nous souhaitons qu'une législation spéciale vienne imposer en Suisse à toutes les entreprises la constitution d'institutions de bienfaisance réglées selon la technique des assurances et contrôlées par un organe officiel composé de spécialistes[105]). Ce sera la seule façon d'assurer l'égalité

---

[101]) C'est l'idée qui a poussé Wettstein à présenter son postulat: Bull. stén. CE 1931, p. 401.

[102]) Bull. stén. CE 1935, p. 261.

[103]) Bull. stén. CE 1931, p. 403.

[104]) Le Libro del lavoro italien de 1941/1942 prévoit, à l'art. 2429, un fonds de prévoyance vieillesse et invalidité, mais il se borne à en recommander la constitution sans en déterminer la forme ni le mode d'alimentation.

[105]) Dans ce sens: Alder, p. 225.

entre entreprises et entre travailleurs, et de donner à ces derniers de sérieuses garanties pour l'avenir. En attendant, sous le régime facultatif en vigueur, l'essentiel est d'alléger les prescriptions formelles attachées à la constitution du fonds de bienfaisance tout en garantissant à ses bénéficiaires le maximum de sécurité[106]).

Valèr[107]) élève une série de véhémentes critiques contre l'art. 673 CO, auxquelles Meister[108]) répond d'une façon que nous jugeons pertinente et convaincante. Nous complétons ses arguments en remarquant que le contrôle des fondations par l'autorité de surveillance et les droits des membres des sociétés coopératives et des associations compensent dans une large mesure les lacunes du code, en particulier son silence relatif aux clauses de l'acte de fondation[108]).

Il est vrai que les art. 673 et 862 CO contiennent de nombreuses imperfections rédactionnelles, que nous avons signalées au fur et à mesure de notre examen exégétique. Néanmoins, les obligations des sociétés et les droits des travailleurs ne pouvaient guère être réglées, dans un code des obligations, de façon plus satisfaisante. Tout au plus aurait-on pu remplacer, dans les fondations, le contrôle de l'autorité de surveillance par une participation des bénéficiaires à l'administration de la fondation, ce qui leur eût procuré une haute satisfaction morale sans constituer pour les sociétés une gêne appréciable[109]).

[106]) Une proposition faite par Scherer à la commission du Conseil national (procès-verbal de Sils, p. 69) mérite d'être relevée: elle visait à introduire un al. 2bis obligeant à fixer dans les statuts du fonds les droits des différents destinataires.

[107]) P. 10 ss.

[108]) P. 12 ss.

[109]) Le département de Justice et Police estime qu'une prescription imposant cette participation serait superflue dans la plupart des cas „weil erfahrungsgemäss, sobald einmal eine Stiftung bestellt ist, freiwillig auch die Vertretung der Destinatäre konzediert zu werden pflegt". (Zweiter Bericht des Justizdepartements an die Kommission des Nationalrates über die zurückgelegten Artikel [Aktienrecht], 16 août 1933, p. 16 [inédit.])

Nous considérons les art. 673 et 862 CO, interprétés de la façon que nous venons de voir, supérieurs aux dispositions qui les ont précédés dans les différents projets de revision, et susceptibles de recevoir une application satisfaisante dans les sociétés anonymes et coopératives, dans les sociétés à responsabilité limitée et dans les sociétés en commandite par actions[110]).

---

[110]) Le bel ouvrage de Moser, H. F., Personalfürsorge, Bâle 1943, est paru tandis que cet article se trouvait déjà sous presse. Nous ne pouvons donc que recommander la lecture d'un livre qui éclaire de façon très heureuse toute la question de l'assistance du personnel et qui jette sur le domaine que nous traitons de précieuses lumières. Nous pensons en particulier aux pages consacrées à la nature juridique de l'assistance (p. 13 ss.); à la forme que doit revêtir un fonds de bienfaisance et aux inconvénients liés à chaque forme envisagée (p. 43 ss.); aux versements abusifs effectués à son fonds de bienfaisance par une société se trouvant à la veille d'une faillite (p. 49 s.); aux fédérations de bienfaisance (Fürsorgeverbände) (p. 50 ss.); aux contrats de libre passage (Freizügigkeit) conclus entre entreprises de la même branche économique (p. 53); aux contrats d'assurance de groupes (p. 53 ss.) et au contrat interne conclu entre l'employeur et l'employé et cédant à ce dernier les droits à l'assurance (p. 58 ss.), qui n'est pas opposable au créancier en cas de liquidation (p. 59, 64); au contrôle de l'Etat (p. 65 ss.); au rôle de l'Etat comme soutien de l'assistance privée (p. 81 ss.). Moser se prononce contre toute entrave à l'assistance libre du personnel par chaque société selon ses moyens, et par conséquent aussi contre l'obligation contenue aux art. 673 et 862 CO d'ériger les fonds de bienfaisance en fondations. Il suffirait, d'après lui, d'en prévoir l'érection automatique en cas de dissolution de la société (p. 48).

Il en est de même de l'étude de Zingg, Ernst, Die Rechtsstellung des Destinatärs bei Personal-Fürsorge-Stiftungen von privaten Unternehmungen, thèse jur. Zurich 1943.