

# **REFGOV**

*Reflexive Governance in the Public Interest*

## *Corporate Governance*

**LA QUALIFICATION JURIDIQUE DE LA RELATION TRIANGULAIRE  
QU'ENTRETIENNENT LES PARTIES PRENANTES A UN REGIME DE  
RETRAITE ORGANISE VIA UN FONDS DE PENSION D'ENTREPRISE**

*Eléments de réflexion à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi du 27  
octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle*

By Alexia Autenne

Working paper series : REFGOV-CG-22

**LA QUALIFICATION JURIDIQUE DE LA RELATION TRIANGULAIRE  
QU'ENTRETIENNENT LES PARTIES PRENANTES A UN REGIME DE  
RETRAITE ORGANISE VIA UN FONDS DE PENSION D'ENTREPRISE**  
**Eléments de réflexion à l'occasion de l'entrée en vigueur de la  
loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite  
professionnelle**

**par Alexia Autenne\***

Depuis plusieurs années, les fonds de pension font l'objet d'un intérêt accru dans la littérature économique et sociopolitique. Les débats soulevés par ce mécanisme particulier s'articulent essentiellement autour d'une double question. Les régimes 'privés' de pensions complémentaires basés sur la capitalisation (par opposition aux régimes publics basés sur la répartition) constituent-ils des alternatives économiquement viables et socialement tenables pour faire face au problème du vieillissement dans un contexte sociodémographique en mutation ? Convient-il d'encourager les fonds de pension et autres techniques de retraite basées sur la capitalisation à raison de l'impact macro-économique favorable que ces véhicules de financement sont appelés à jouer dans le développement du marché européen des capitaux ?

Plus récemment, une interrogation supplémentaire a été mise en avant. Les fonds de pension permettent-ils de faire évoluer positivement le rapport capital-travail à raison du supposé 'capitalisme social' dont ils seraient porteurs ?

Etrangement, à l'exception notoire du droit anglo-américain, la doctrine juridique est restée très peu disserte en cette matière. Pourtant, les vertus annoncées des fonds de pension sont intimement liées à la manière dont les relations entre les différents intervenants sont organisées. Par exemple, s'agissant de la dernière question évoquée, avant d'affirmer que les fonds de pension sont les fers de lance d'un nouveau capitalisme populaire, il convient de s'interroger sur le point de savoir si les travailleurs-

---

\* *Chargée de recherches du FNRS, chargée de cours à l'UCL et maître de conférences à l'ULB. L'auteur tient à remercier tout particulièrement Hilde Daems de la CBFA et Pol Glineur pour leurs précieux commentaires. Elle reste toutefois entièrement responsable du contenu du texte ainsi que des erreurs éventuelles qui pourraient y subsister.*

bénéficiaires sont réellement détenteurs de droits leur permettant d'exercer un contrôle – à tout le moins résiduel- sur les actifs investis via le fonds, comme c'est le cas des actionnaires dans les sociétés commerciales.

Notre contribution s'inscrit dans le volet inexploité de cette problématique : elle étudie de manière critique la nature juridique des rapports entre les différentes parties intervenantes à un régime de pension complémentaire organisé par un employeur individuel et dont la gestion est confié à un fonds de pension. Elle s'intéresse plus particulièrement à la relation triangulaire qu'entretiennent respectivement l'entreprise organisatrice d'un régime de pension complémentaire, le fonds de pension et les affiliés (et les bénéficiaires). Quels sont les principes de base du régime d'organisation des fonds de pension en droit belge ? Quels sont les mécanismes juridiques de détermination des droits et responsabilités de ces trois parties prenantes ? Quelle est la nature juridique et quels sont le(s) titulaire(s) de la propriété des actifs détenus dans ces fonds ? Telles sont les préoccupations du présent exposé qui a par ailleurs une double visée, l'une descriptive, l'autre normative.

Dans sa visée descriptive, il décrypte, à la lumière des derniers développements légaux dans le domaine des institutions de retraite professionnelle (ci-après IRP), la nature juridique des rapports croisés qu'entretiennent l'entreprise, le fonds et les bénéficiaires dans le cadre d'un régime de pension complémentaire d'entreprise. Eu égard à leurs spécificités, les régimes sectoriels de pension complémentaires organisés via un mécanisme paritaire ne seront pas analysés dans la présente contribution.<sup>1</sup> Nous ne traiterons pas non plus des régimes sociaux de pension, ni des régimes pour les indépendants. Ceux-ci seront toutefois mentionnés là où cela s'avère nécessaire pour la compréhension de la matière. Le champ d'application de la présente étude se limite également aux fonds de pension établis en Belgique, les fonds de pension établis dans un autre Etat membre mais exerçant une activité en Belgique étant, quant à eux, soumis à un régime juridique spécifique impliquant tant le droit national (pour le volet droit social et droit du travail) que le droit étranger (pour certains aspects prudentiels). Notons que s'agissant de ce type de fonds (les fonds exerçant une activité transfrontalière), les questions de qualification juridique sont plus complexes puisque, ressortissant relevant à la fois du droit prudentiel et du droit social, elles mettent en jeu plusieurs droits nationaux. Nous ne nous aventurerons pas dans les développements propres à cette question qui fait appel à des considérations de droit international privé.

---

<sup>1</sup> A titre indicatif, notons que les régimes d'entreprise sont quantitativement plus importants que les régimes sectoriels, sociaux ou que les régimes adressés aux indépendants.

Dans sa visée normative, il démontre le caractère indispensable d'une intervention du législateur afin de dissiper certaines ambiguïtés. Cette clarification est d'autant plus importante que, dans le futur et dans un contexte de 'financiarisation' où les fonds de pension prennent une importance accrue tant dans leur rôle d'investisseur que dans leur rôle de dispensateurs de retraites complémentaires, divers problèmes se posent qui renvoient à la délicate question – non résolue – de la qualification de la relation triangulaire entre les différentes parties prenantes ainsi qu'à celle de la propriété des actifs investis via ces fonds.

Notre étude se propose de développer les points successifs suivants.

D'abord, nous tentons de définir ce qu'est un fonds de pension en droit belge.

Ensuite, nous exposons les principes de la réforme législative du 27 octobre 2006 relative aux institutions professionnelles de retraite (ci-après loi relative aux IRP)<sup>2</sup> qui régit l'organisation des fonds de pension et ce, à la lumière de l'évolution européenne récente dans ce domaine. Nous caractérisons la position juridique des trois parties intervenantes en tentant de mettre en relief la spécificité juridique des relations triangulaires que celles-ci entretiennent ainsi que les problèmes non résolus par le législateur. Certains développements sont également consacrés aux principes issus de la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale (ci-après LPC)<sup>3</sup>.

Nous nous interrogeons alors sur la qualification juridique de la relation triangulaire entre les parties intervenantes à un fonds de pension. Nous terminons enfin notre étude en tirant quelques conclusions pour conseiller le législateur à préciser la qualification de cette relation, ou à tout le moins éclaircir certains problèmes non résolus.

## I. Considérations liminaires sur les fonds de pension

La dénomination 'fond de pension'<sup>4</sup> n'est en réalité plus juridiquement reconnue comme telle puisque le législateur belge qui lui préfère désormais celle d' 'institution de retraite professionnelle'. Dans un

<sup>2</sup> Loi du 27 octobre 2006 concernant le contrôle des institutions de retraite professionnelle, M.B. du 10 nov. 2006, et [Arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif au contrôle prudentiel des institutions de retraite professionnelle](#), M.B. du 12 janv.2007.

<sup>3</sup> Loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale, M.B., 15 mai 2003, p.26407.

<sup>4</sup> Dans le présent article nous continuerons toutefois à utiliser le terme 'fonds de pension' qui, s'il n'est plus un concept juridiquement reconnu, continue à être utilisé dans la pratique.

souci de clarté pédagogique, nous continuerons toutefois à utiliser le terme ‘fonds de pension’ parce que celui-ci continue à être utilisé en pratique et qu’il est plus aisément compris par les observateurs étrangers. Les fonds de pension constituent, avec l’assurance-groupe, l’armature institutionnelle du deuxième pilier du régime de protection sociale comprenant les mécanismes de pension complémentaire élaborés et organisés au sein des entreprises, des branches d’activités ou au sein de certaines catégories professionnelles déterminées.<sup>5</sup>

En Belgique, la plupart des employeurs qui organisent un régime collectif de pension complémentaire dans le cadre du deuxième pilier confient l’exécution de leur engagement de pension à une compagnie d’assurance via le mécanisme devenu classique de l’assurance-groupe. Certains optent toutefois pour un autre type de régime en confiant l’exécution de leurs engagements de pension à un fonds autonome extérieur à l’entreprise, communément qualifié de ‘fonds de pension’. Des combinaisons entre ces deux techniques sont également possibles.

Comme son appellation le laisse transparaître, le mécanisme de l’assurance-groupe<sup>6</sup> ressort du domaine de l’assurance et donc du droit applicable à ce type de contrat.

Les fonds de pension, par contre, évoluent dans un cadre juridique plus ambigu qui ne ressort pas du droit des assurances au sens strict, à l’exception de la surveillance exercée par les autorités de contrôle.<sup>7</sup>

Un fonds de pension est une entité juridique distincte qui, chargée par l’entreprise d’allouer aux travailleurs un complément de retraite, assume elle-même un engagement de pension via la gestion en capitalisation d’un patrimoine constitué à cet effet.

Anciennement constitués sous la forme d’ASBL ou d’associations d’assurances mutuelles<sup>8</sup>, les ‘fonds de pension’ doivent désormais adopter une forme juridique nouvelle qu’est l’ ‘organisme de financement de pension’ dont nous définirons les contours ultérieurement. Même si celle-ci sera

---

<sup>5</sup> Ce deuxième pilier a pour particularité, contrairement au premier pilier qui est celui de la sécurité sociale organisée et contrôlé par les institutions publiques et axées autour d’un mécanisme de redistribution, d’être organisé et contrôlé par des institutions privées. Quant au troisième pilier, il est également organisé et contrôlé par le privé, mais contrairement au deuxième pilier, il est purement individuel et ne trouve pas son origine dans un contrat de travail ou dans une relation professionnelle.

<sup>6</sup> L’annexe 2, n°42 de l’AR du 14 novembre 2003 relatif à l’activité d’assurance sur la vie, communément appelé arrêté-vie, définit l’assurance de groupe comme « un contrat ou ensemble de contrats conclu(s) auprès d’une entreprise d’assurances par une ou plusieurs entreprises ou personnes morales de droit public au profit de tout ou partie de son (leur) personnel et/ou de ses (leurs) dirigeants ». L’assurance-groupe se présente ainsi comme une des formes de constitution de pensions complémentaires qui s’offre aux entreprises en alternative au recours à un fonds de pension. Pour une analyse du mécanisme de l’assurance-groupe, voir la partie qui y est consacrée dans l’ouvrage de C. DEVOET, *Les assurances de personnes*, Anthemis, Louvain-La-Neuve, pp. 1-618 (2006).

<sup>7</sup> Les fonds de pension sont soumis au même type de contrôle prudentiel que ne le sont les compagnies d’assurance. Et, avant la fusion des autorités de contrôle ayant donné naissance à la CBFA, les fonds de pension étaient contrôlés par l’office de contrôle des assurances.

<sup>8</sup> Voir à ce sujet l’AR du 14 mai 1985, désormais abrogé par la loi relative aux IRP, qui applique par analogie quoique avec des adaptations, aux institutions privées de prévoyance (sont visés les fonds de pension) la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d’assurances.

nuancée par la suite, une distinction peut être faite entre deux sortes d'obligations auxquelles s'engagent les fonds à l'égard de l'entreprise.

On qualifie d'obligation de résultat, le fait, pour un fonds, de garantir un résultat déterminé en fonction de contributions versées<sup>9</sup>. Le fonds gère alors un régime de pension dans lequel il s'engage vis-à-vis de l'entreprise à fournir un montant de pension déterminé *ex ante* en rente. Le financement de ce type de plan à obligations de résultat est déterminé en fonction des prestations à assumer.

On qualifie, par opposition, d'obligation de moyen, le fait, pour un fonds, de s'engager à gérer le mieux possible les actifs qui lui sont confiés en vue de l'exécution d'un régime de retraite.<sup>10</sup> Dans ce cas de figure, le plus fréquent, le fonds ne souscrit à aucune obligation de résultat, mais il s'engage à fournir un montant de pension dépendant de la capitalisation des actifs qui lui ont été versés et qu'il s'engage à gérer de manière prudente.<sup>11</sup>

Le patrimoine géré par un fonds de pension est constitué d'une part par les versements périodiques de l'entreprise organisatrice du régime (ci-après cotisations patronales) et d'autre part, par les contributions personnelles complémentaires des travailleurs dans le cas où le régime de pension prévoit cette possibilité. L'engagement de l'entreprise est qualifié d'engagement de type 'contributions définies' quand celle-ci s'engage à verser périodiquement des cotisations déterminées ou déterminables<sup>12</sup> au fonds de pension.<sup>13</sup> Cet engagement est défini dans le règlement ou la convention de pension de l'entreprise. L'engagement est de type 'prestations définies' lorsque l'entreprise s'engage à constituer au profit de ses travailleurs une pension déterminée en rente ou en capital.<sup>14</sup>

On trouve, également, des fonds basés sur des obligations à la fois de résultat et de moyen. Dans les régimes de pension qualifiés communément de 'cash balance', par exemple, l'entreprise prend l'engagement de verser une pension définie qui est déterminée sur base de la capitalisation des montants attribués aux affiliés à des échéances déterminées.<sup>15</sup>

## **II. Les fonds de pension en droit belge: aspects juridiques et prudentiels à la lumière de la nouvelle loi sur les institutions de retraite professionnelles**

<sup>9</sup> Art. 2, 12° de la loi relative aux IRP.

<sup>10</sup> Art. 2, 13° de la loi relative aux IRP.

<sup>11</sup> Nous expliquerons ce principe de gestion prudente dans la suite du texte.

<sup>12</sup> Par exemple, une prime forfaitaire ou un pourcentage du salaire.

<sup>13</sup> Art. 4-3 LPC.

<sup>14</sup> Art. 4-9 LPC

<sup>15</sup> Art. 4-10 LPC.

Depuis le 27 octobre 2006, date de la loi relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle, la Belgique dispose d'une nouvelle réglementation applicable au statut juridique, à la gouvernance ainsi qu'au régime prudentiel des fonds de pension. Cette nouvelle réglementation s'articule toutefois autour des obligations issues de la LPC du 28 avril 2003 qui s'applique à tous les régimes complémentaires de pension et définit, principalement, les conditions d'instauration, de sortie et d'affiliation à un plan de pension ainsi que les conditions d'information et de transparence. La présente contribution se centrera sur le cadre juridique issu de la loi sur les IRP, mais elle abordera aussi les dispositions de la LPC là où celles-ci s'avèrent pertinentes pour notre propos.

### **1. La réforme législative du 27 octobre 2006 et les développements européens récents dans le domaine des institutions professionnelles de retraite**

Les développements récents dans le domaine du droit des fonds de pension portent la trace des évolutions contemporaines qu'a connues, au niveau européen, le dossier des retraites professionnelles<sup>16</sup>. Le Parlement européen et le Conseil ont, en effet, sur proposition de la Commission, adopté en 2003 une Directive visant à encadrer les activités et à la surveillance des institutions de retraite professionnelles (ci-après IRP)<sup>17</sup>, dans la double perspective de l'achèvement du marché unique et de l'application du droit de la concurrence aux entités gestionnaires de régimes complémentaires de retraite.

Cette directive est articulée autour de deux axes majeurs<sup>18</sup>.

D'une part, elle vise à rapprocher les législations nationales en instaurant un cadre juridique prudentiel coordonné permettant d'assurer l'efficacité de l'activité des IRP tout en protégeant les droits des futurs retraités. Cet axe se décline autour de trois ensembles de normes : l'instauration de règles prudentielles applicables aux gestionnaires d'IRP, le respect de certaines règles de transparence aux profits des bénéficiaires et la mise en place de règles d'investissement suffisamment souples que pour être adaptées aux caractéristiques des IRP qui investissent à long-terme avec des contraintes de diversification de leurs actifs.

---

<sup>16</sup> Cette directive est le point d'aboutissement d'un long processus, marqué par un jeu politique complexe et des épisodes à rebondissement. Pour une analyse de ce processus, voir G. CORON, « Retraite par capitalisation et Union Européenne : retour sur la directive Institutions de retraite professionnelle », *Revue de l'IRE*, n°43, pp. 3-35 (2003).

<sup>17</sup> Directive 2003/14/CE du Parlement et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle, Journal officiel n° L 235 du 23/09/2003 p. 0010 – 0021.

<sup>18</sup> Voir à ce sujet, J-M. BINON, « La proposition de directive du 11 octobre 2000 sur les institutions de retraite professionnelle », *Euredia*, 2000/4, pp. 511-546. Voir aussi du même auteur, « Les évolutions récentes du droit européen dans le domaine des fonds de pension », in *Droit Bancaire et financier au Luxembourg*, Recueil de Doctrine, Vol IX – L'investissement collectif, Larquier, pp ; 1851-1897 (2004).

D'autre part, elle contribue à l'abolition des obstacles à la libre circulation des travailleurs résultant des régimes de retraite professionnelle (ces obstacles se matérialisent principalement dans les situations de mobilité professionnelle transfrontalières entraînant un changement de régime de retraite complémentaire) ainsi que des barrières à la libre prestation de services transfrontaliers par les institutions de retraite. Au cœur de ce second axe, on trouve, à l'instar du secteur des assurances, le principe de reconnaissance mutuelle selon lequel une IRP agréée par les autorités de contrôle et de surveillance compétentes d'un Etat membre<sup>19</sup> soit automatiquement reconnue dans les autres Etats membres.

S'agissant du champ d'application *rationae personae* de la directive, les termes retenus pour le circonscrire –« institutions de retraite professionnelle » traduisent le souci communautaire de viser l'ensemble des intervenants actifs dans le domaine des retraites professionnelles, fonctionnant par capitalisation et distincte de l'entreprise qui en est le support, à l'exception des institutions gérant des régimes légaux et obligatoires de sécurité sociale et à l'exception des établissements déjà couverts par une réglementation spécifique comme c'est le cas, par exemple, des assurances, des banques ou des OPCVM.<sup>20</sup>

Notons, qu'en coordonnant les règles prudentielles et financières relatives aux IRP, l'Union Européenne entend toutefois traiter sur pied d'égalité les IRP par rapport aux autres opérateurs agissant sur le marché des retraites complémentaires au premier rang desquels les compagnies d'assurance qui étaient déjà soumises à un régime prudentiel et financier coordonné au niveau

---

<sup>19</sup> Ce principe de reconnaissance mutuelle ne concerne pas les dispositions de droit social et de droit du travail qui restent de la compétence de l'Etat membre où l'activité est exercée.

<sup>20</sup> L'article 2 de la Directive stipule ainsi : « 1. La présente directive s'applique aux institutions de retraite professionnelle. Lorsque, conformément au droit national, les institutions de retraite professionnelle n'ont pas la personnalité juridique, les États membres appliquent la présente directive soit auxdites institutions, soit, sous réserve du paragraphe 2, aux entités autorisées qui sont chargées de leur gestion et qui agissent en leur nom. 2. La présente directive ne s'applique pas aux :

- a) institutions qui gèrent des régimes de sécurité sociale couverts par le règlement (CEE) n° 1408/71(5) et par le règlement (CEE) n° 574/72(6);
- b) institutions qui relèvent de la directive 73/239/CEE(7), de la directive 85/611/CEE(8), de la directive 93/22/CEE(9), de la directive 2000/12/CE(10) et de la directive 2002/83/CE(11);
- c) institutions qui fonctionnent par répartition;
- d) institutions où les employés des entreprises d'affiliation n'ont pas de droit légal à des prestations et où l'entreprise d'affiliation peut reprendre les actifs à tout moment sans nécessairement remplir ses obligations de paiement de prestations de retraite;
- e) entreprises qui constituent des provisions au bilan en vue du versement de retraites à leurs salariés. »



européen. Lors du processus d'élaboration de la directive, les lobbys représentatifs de ces dernières ont d'ailleurs été très attentifs à ce que les règles prudentielles applicables aux fonds de pension ne soient pas foncièrement plus favorables (au sens de plus flexible ou moins contraignantes) que les règles applicables aux assureurs qui opèrent sur le même marché. Même si le '*level playing field*' n'est pas parfaitement réalisé<sup>21</sup>, les autorités communautaires ont adopté certaines règles – que nous n'évoquons pas ici- visant à éviter les distorsions de concurrence.

Les autorités communautaires ont, s'agissant de la gestion des IRP, adopté une conception de nature qualitative et axée sur le précepte issu du droit anglo-américain du trust, de '*prudent man rule*'. Le principe de prudence postule que les gestionnaires et les responsables des activités de placement adoptent leurs décisions d'investissement en professionnels prudents, en étant attentifs à obtenir un rendement adéquat compte tenu de la durée des engagements (long-terme) et à la nature des prestations (retraite). Ce principe est indissociable de son corollaire inspiré également du droit des trust : la règle du bénéfice exclusif ('*exclusive benefit rule*') qui veut que tout choix d'investissement ou de gestion soit évalué à l'aune de sa conformité au seul intérêt des bénéficiaires. En l'état actuel du droit anglo-américain des fonds de pension, cet intérêt est compris comme étant de nature strictement financière.<sup>22</sup>

Le principe de prudence est contenu dans l'article 18 de la directive qui dispose : « les États membres exigent des institutions établies sur leur territoire qu'elles placent leurs actifs conformément au principe de prudence ("*prudent person rule*") ». L'article décrit ensuite les modalités d'application du principe de prudence, celui-ci reposant, pour l'essentiel, sur une diversification suffisante des actifs investis afin d'éviter une dépendance excessive à l'égard d'un actif, d'un émetteur ou d'un groupe d'entreprises particulier ainsi que des concentrations de risques dans l'ensemble du portefeuille. Compte tenu du fait que certains États sont moins familiers avec les régimes de placement axés autour de standards flexibles et qualitatifs (par opposition aux régimes plus quantitatifs qui prévoient la soumission de la politique de placement à des exigences quantitatives définies *ex ante* et donc avec une flexibilité beaucoup moins grande dans les choix d'investissement), la Directive offre la possibilité aux États de soumettre leurs IRP à des règles plus strictes<sup>23</sup>. Cette faculté est toutefois encadrée par la Directive qui interdit, par exemple aux États

---

<sup>21</sup> Les règles d'investissement posées par la directive IRP sont plus souples, à certains égards que celles contenues dans les directives assurance-vie. Il en va de même des règles en matière de provisions techniques.

<sup>22</sup> Voir à ce sujet, AUTENNE A, « The governance of ESOPs in United States: limits of and alternatives to the patrimonial model », 6 *The Journal of Corporate Law Studies*, pp.467-490 (2006)

<sup>23</sup> Voir à ce sujet l'article 18 de la directive.

membres d'imposer aux institutions établies sur leur territoire l'obligation d'effectuer leurs placements dans des catégories particulières d'actifs.

Avec l'adoption de la loi du 27 octobre 2006, le législateur belge a satisfait aux exigences de transposition des principes de la Directive précitée. Il a, en outre, profité de cette transposition pour réorganiser et adapter dans une législation spécifique les diverses dispositions relatives au contrôle et à la gouvernance des régimes de retraite qui se trouvaient éclatées dans des législations éparses.<sup>24</sup> Notons que la réforme belge ne modifie pas les compétences en matière de contrôle prudentiel qui restent dévolues à la Commission Financière, Bancaire et des Assurances (ci-après CBFA) Notons également que la réforme belge se combine avec la LPC qui régit les aspects sociaux et certains aspects fiscaux des plans de pension complémentaires, en ce compris les fonds de pension.

Avant d'examiner la manière dont le législateur belge de 2006 a réorganisé la matière des fonds de pension, il faut – à titre d'observation intermédiaire - souligner le fait que toute la nouvelle réforme est fondée sur le mode prudentiel de gestion (en référence au principe de prudence) des actifs placés dans les fonds. Cette orientation marque, à notre avis, un changement dans la conception antérieure qui voulait que, malgré la non-identification parfaite aux entreprises d'assurance, les fonds de pension étaient soumis, par analogie avec le secteur de l'assurance-groupe, à un cadre réglementaire plus structurant et quantitatif. Cette analogie avec l'assurance n'était d'ailleurs pas dénuée d'ambiguïté, ce qui a fait naître de nombreuses incertitudes quant au point de savoir si et dans quelle mesure l'intégralité de la « loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances aux institutions privées de prévoyance » était applicable dans un contexte où l'Arrêté Royal du 14 mai 1985 en avait étendu l'application IRP alors appelées institutions de prévoyance. Ce constat est confirmé par le Professeur H. Cousy qui assimile le rapport complexe entre les fonds de pension et les assurances à une relation de type « je t'aime, moi non plus »<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> Il s'agissait, principalement de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances, de l'AR du 14 mai 1985 concernant l'application aux institutions privées de prévoyance la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances, de l'AR du 15 mai 1985 relatif aux activités des institutions privées de prévoyance ainsi que de l'AR du 5 avril 1995 concernant l'application de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances aux caisses de pension (visant les indépendants dont nous ne traitons pas ici).

<sup>25</sup> H. COUSY, « Pensioenfondsen tussen specificiteit en convergentie », *R.D.C. – T.H.B.*, n°8, pp. 830-838 (2005)

Aujourd'hui, en raison de l'évolution européenne, le législateur belge a opté pour un cadre juridique spécifique qui prend plus radicalement distance avec le droit des assurances, comme en témoigne le régime d'organisation des fonds de pension décrit ci-dessous.

## **2. Triangulation entre les trois parties intervenantes à un régime de retraite organisé via un fonds de pension d'entreprise: l'entreprise organisatrice, le fonds et les bénéficiaires**

Le mécanisme des pensions complémentaires attribuées via un fonds de pension est juridiquement structuré à partir d'une relation triangulaire entre les trois parties prenantes qui sont : l'entreprise organisatrice (2-1), le fonds de pension, nouvellement nommé IRP (2-2) et les bénéficiaires, c'est-à-dire les travailleurs et leurs ayants-droits (2-3).

Les développements suivants caractérisent ces trois parties tout en tentant de mettre en lumière le caractère triangulaire de leurs relations, sachant que celles-ci n'ont fait l'objet d'aucune qualification explicite de la part du législateur.

### **(2-1) L'entreprise organisatrice ou entreprise d'affiliation**

L'entreprise organisatrice d'un régime de pension via un fonds de pension ou, selon les termes utilisés par l'article 2, 4° de la Loi relative au contrôle des IRP, l'« entreprise d'affiliation » est « toute entreprise ou tout autre organisme, qu'il comporte ou soit composé d'une ou plusieurs personnes morales ou physiques, qui agit en qualité d'employeur ou en qualité de travailleur indépendant ou d'une combinaison de ces deux qualités et qui verse des contributions à une institution de retraite professionnelle ». L'article poursuit en affirmant que l'entreprise peut être soit un employeur uni dans les liens de contrats de travail avec les travailleurs-bénéficiaires, soit un travailleur indépendant, cas de figure minoritaire dont ne traiterons pas dans cet article. En utilisant l'expression 'tout autre organisme', le législateur vise l'hypothèse prévue à l'article 5, § 1, 5°, a) de la LPC où un régime de pension est organisé au niveau sectoriel via une personne morale créée par une convention collective. Cette option ouverte par la LPC, qui aboutit à la création d'une institution paritaire, assimile les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs à l'organisateur du régime de pension.

L'entreprise est en règle l'instance qui finance le régime de pension par le versement de cotisations patronales, complétées, le cas échéant, par des contributions personnelles des travailleurs. C'est elle qui confie la gestion de ce régime à un organisme tiers, le fonds de pension, chargé de gérer et de faire fructifier le patrimoine constitué au départ des cotisations patronales et des contributions dans le seul

but de verser des prestations de retraite aux bénéficiaires (ou à leurs ayant-droits), quand ces derniers auront atteint l'âge de la pension.

L'entreprise qui contracte avec le fonds de pension a le choix entre les deux formules évoquées précédemment : il peut demander au fonds de contracter des obligations de résultats ou des obligations de moyen.<sup>26</sup> Dans la pratique, la plupart des IRP contractent des obligations de moyens. Les travaux préparatoires soulignent- et c'est là une particularité importante de la loi relative au contrôle des IRP - que ces obligations (résultat ou moyen) incombent au fonds et non à l'entreprise d'affiliation.<sup>27</sup> Vient dès lors immédiatement à l'esprit l'idée que le recours à un fonds de pension implique un transfert de propriété, mais une propriété limitée car devant être exclusivement et obligatoirement affectée à la poursuite de l'objectif qu'est la réalisation des engagements de retraite.

Là où le fonds contracte une obligation de résultat, celui-ci est juridiquement engagé et supporte le risque associé à la garantie de ce résultat. Là où il contracte une obligation de moyen, par contre, il ne supporte pas un tel risque. Selon que l'entreprise se soit engagée vis-à-vis de ses travailleurs à verser des cotisations périodiques ou un montant déterminé de pension, les affiliés au régime de pension seront plus ou moins exposés au risque de variabilité de leur prestations de retraite. Dans le chef des affiliés, ce risque est toutefois fortement réduit par la garantie minimale de rendement de l'article 24 de la LPC qui incombe, elle, à l'entreprise. En effet, la loi prévoit que, s'agissant des fonds qui contractent des obligations de moyens, les affiliés bénéficient d'une garantie de rendement minimum en cas de sortie du plan (départ à la retraite ou départ de l'entreprise) ou d'abrogation du régime de pension. Cette garantie de rendement, qui est par ailleurs assez généreusement définie, s'impose d'une part, dans les plans faisant appel à des cotisations à charge des affiliés où elle s'applique sur le montant de ces cotisations et d'autre part, dans les plans à contributions définies où elle s'applique sur les cotisations patronales. En limitant les risques pesant sur les travailleurs affiliés à un régime de pension de type obligation de moyens, la loi réintroduit en quelque sorte une obligation minimale de résultat dans les régimes de pension à contributions définies. En pratique, cette garantie opère comme garde-fou et il y a lieu de s'interroger sur le point de savoir si le droit permet la réalisation de plans qui seraient purement d'obligations de moyen, à l'instar de ce qui existe dans le système anglo-américain.

Dans les fonds à obligations de résultats dont les actifs sont insuffisants pour réaliser le résultat attendu, le règlement de pension de l'entreprise prévu par la LPC pallie souvent les conséquences en prévoyant, par exemple, une diminution du niveau des prestations ou du rendement ou une augmentation des cotisations patronales.

---

<sup>26</sup> Loi relative au contrôle des IRP, article 2, 12° et 13°.

Notons également qu'à raison de la mission particulière des fonds de pension et en vue de protéger les intérêts des bénéficiaires, l'arrêté royal d'application de la loi relative au contrôle des IRP,<sup>28</sup> décrit la marge de solvabilité que les IRP doivent constituer pour faire face à leurs engagements.

On notera également qu'aux engagements de moyens ou de résultats assumés par ces fonds, se superpose l'existence, dans le chef de l'entreprise-employeur, d'un engagement unilatéral de pension matérialisé dans un règlement de pension (engagement collectif de pension) ou dans une convention de pension (engagement individuel de pension)<sup>29</sup>L'article 5 §2 de la LPC rend un tel règlement ou une telle convention obligatoires là où l'entreprise prend un engagement de pension vis-à-vis de ses travailleurs. En vertu d'une jurisprudence et d'une doctrine constante en matière de pensions extra-légales<sup>30</sup>, la décision de l'employeur de verser, par hypothèse en dehors de toute obligation légale en ce sens, une pension complémentaire à tout ou partie de ses employés en reconnaissance des services rendus ne constitue pas une libéralité, mais l'exécution d'une obligation naturelle pour autant que la prime ou le capital versé soit proportionnel à un devoir de reconnaissance communément admis. Si l'obligation naturelle a pour effet de ne pas être obligatoire, c'est-à-dire qu'elle ne permet pas au créancier d'exiger du débiteur qu'il accomplisse cette obligation, une valeur juridique lui est néanmoins reconnue à un double niveau. L'obligation naturelle génère des effets juridiques, l'éloignant par là même de l'obligation simplement morale, par la valeur reconnue à son exécution volontaire : lorsque le débiteur l'a exécuté, il ne peut plus tirer argument du fait qu'il n'y est pas tenu. On estime que l'obligation naturelle s'est alors transformée en obligation civile et le créancier est assuré de pouvoir conserver le bénéfice de la prestation ainsi réalisée. En outre, le débiteur peut également faire de l'obligation naturelle une obligation civile par son engagement personnel unilatéral d'exécuter l'obligation naturelle. Ainsi, on peut considérer que l'employeur qui a édicté un règlement ou une convention de pension a unilatéralement voulu créer des effets de droits au profit de ses travailleurs en leur offrant un avantage de nature patrimoniale qui s'ajoute aux avantages prévus dans le contrat de travail. Dans un arrêt de 13 novembre 2006 portant sur un problème de prescription en

---

<sup>27</sup> Projet de loi relatif au contrôle des IRP, Chambre des Représentants, Travaux Préparatoires du 8 juin 2006, DOC 51-2534/001, commentaire de l'article 2, 13°.

<sup>28</sup> [Arrêté royal du 12 janvier 2007 relatif au contrôle prudentiel des institutions de retraite professionnelle](#), M.B., 28 déc.2006, p.75410.

<sup>29</sup> On distingue dans la LPC les régimes collectifs de pensions complémentaires organisés de manière systématique au niveau de l'entreprise ou du secteur au bénéfice de tout ou partie des travailleurs et les régimes individuels caractérisés par un engagement non systématique et individuel de l'entreprise au profit d'un ou plusieurs travailleurs. Les engagements collectifs sont régis par un règlement de pension tandis que les engagements individuels sont régis par une convention de pension. La présente contribution se concentre sur les régimes collectifs gérés par un fonds de pension, à l'exclusion des autres formules.

<sup>30</sup> C. T. Bruxelles, 18 nov. 1985, J.T., p.344 (1986) ; Comm. Bruxelles, 24 mai 1984, R.P.S., p.211 (1984). Voir aussi à ce sujet J-G. RENAULD, « L'octroi bénévole par une société de pensions ou de compléments de pensions à ses anciens administrateurs et préposés, R.P.S., p.297, n°4477 (1952) ; P. VAN OMMESLAGHE,

matière de pensions complémentaires, la Cour de Cassation a rappelé qu'un engagement de pension trouve son origine dans le contrat de travail, nonobstant le fait que l'échéance de cet engagement intervient après la fin du contrat.<sup>31</sup>

En principe, l'entreprise possède la compétence exclusive pour instaurer un plan de pension au profit de ses travailleurs. L'entreprise-employeur prend elle-même un engagement de pension vis-à-vis de son personnel, cet engagement étant obligatoirement matérialisé dans un règlement de pension qui définit les droits et obligations des différentes parties.<sup>32</sup> La compétence de l'employeur est toutefois modalisée, voire restreinte par la loi sur les pensions complémentaires<sup>33</sup> dans quatre hypothèses<sup>34</sup> :

- le conseil d'entreprise ou, à défaut le comité de prévention et de protection au travail ou, à défaut, la délégation syndicale doit, en toute hypothèse, rendre un avis sur certains aspects du régime de pension repris à l'article 39 de la LPC ;<sup>35</sup>
- là où il existe un engagement collectif de pension au niveau sectoriel, c'est la commission paritaire compétente qui décide d'instaurer un tel régime et qui en définit les contours via une convention collective ;
- là où le régime de pension est « social », en référence au volet 'solidarité' qui caractérise ce type de plan (accompagnés, pour ce faire, d'incitants fiscaux), celui-ci doit être mis en place soit par convention collective sectorielle si le régime est institué au niveau du secteur, soit dans des conditions similaires faisant appel à la concertation sociale si le plan est établi au niveau de l'entreprise.
- là où le régime de pension prévoit un financement personnel des affiliés et vaut pour tous les travailleurs de l'entreprise, la compétence de l'employeur est partagée et la décision doit être prise par convention collective lorsqu'il y a un conseil d'entreprise, un Comité pour la prévention et la protection du travail (CPPT) ou une délégation syndicale et via une procédure d'adhésion lorsque de telles instances font défaut au sein de l'entreprise. Si l'exécution du

---

« Les obligations – Examen de jurisprudence -1968 à 1973 », *R.C.J.B.*, p.625, n°74 (1975) ; S. STIJN, D. VAN GERVEN et P. WERY, « Les obligations : les sources – Chronique de jurisprudence », *J.T.*, p.690 n°5 (1996).

<sup>31</sup> Cass. 13 nov.2006, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>32</sup> LPC, art 5 §2.

<sup>33</sup> Voir à ce sujet, les articles 5 et suivants de la LPC.

<sup>34</sup> Pour une analyse détaillée de la LPC, voir J. BAETEN & C. DEVOET, *La nouvelle loi sur les pensions complémentaires – Cadre légal et aspects fiscaux en droits belge et européen*, Bruxelles, Larcier (2003) ; C. MERLA, *Le nouveau régime des pensions complémentaires, Aspects sociaux et fiscaux de la LPC*, Kluwer (2003) ; *Les pensions complémentaires en pratique*, Kluwer (2006) ; J-L. DAVAIN, C. MERLA & D. ECTORS, *Pensions complémentaires et mobilité internationale*, Kluwer (2006).

<sup>35</sup> Il en va ainsi, par exemple, du mode de financement du régime de pension, de la fixation des réserves, de l'interprétation ou de la modification du règlement de pension, etc.

régime de pension implique une participation financière des travailleurs, le conseil d'administration de l'IRP chargée de gérer le régime de pension devra être composé paritairement, à moins qu'il n'en soit décidé autrement.<sup>36</sup>

En somme, l'autonomie de l'entreprise d'affiliation dans l'instauration du plan de pension n'est forte que lorsqu'on se trouve dans le cadre d'un plan ordinaire (par opposition aux régimes sociaux) financé exclusivement par des contributions patronales. Elle l'est également lorsque le plan de pension ne vaut pas pour tous les travailleurs. En pratique, les entreprises préfèrent évidemment proposer ce genre de plans, parce que leur pouvoir de contrôle y est maximisé.

S'agissant du rôle de l'entreprise d'affiliation au sein de la relation triangulaire que celle-ci entretient avec le fonds et les bénéficiaires, il convient de se poser la délicate question de savoir quelle est la marge de manœuvre de cette dernière pour modifier ou abroger un engagement de pension.

L'entreprise, dont les représentants sont souvent désignés dans les organes de direction du fonds gérant les pensions complémentaires des salariés, a-t-elle le pouvoir de modifier en cours de route un engagement de pension : réduction des cotisations, modification de la clé de détermination des cotisations, incorporation des réserves au profit des retraités futurs et au détriment des retraités existants, etc ? Ces opérations de modification ne sont-elles pas potentiellement attentatoires aux intérêts de tout ou partie des bénéficiaires, en termes de non-discrimination ou de protection des droits acquis ? Vu la réponse positive qu'il convient de donner à cette dernière question, le législateur encadre les opérations de modification<sup>37</sup>. Dans le cas d'un régime sectoriel, c'est l'instance paritaire organisatrice au niveau du secteur qui est compétente. Au niveau de l'entreprise, si le régime de pension a été conclu par convention collective ou via le règlement de travail, l'employeur est tenu de conclure une nouvelle convention ou de modifier le règlement (articles 7 et suivants LPC). Dans les cas où l'employeur a une compétence exclusive pour instaurer un plan de pension (article 5 LPC), le pouvoir de modification unilatérale n'est cependant pas absolu. La LPC tient compte, de ce point de vue, des principes traditionnels de droit social et civil, principalement l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail qui régit la modification unilatérale du contrat de travail ainsi que l'article 1134 du C. Civ. (les conventions légalement formées tiennent lieu de loi entre les parties). Les limites au pouvoir de modification unilatérale s'analysent comme suit.

- En vertu de l'article 16 §2 LPC, la modification ne doit entraîner aucune réduction des prestations ou réserves acquises pour les exercices écoulés<sup>38</sup>, les modalités de calcul ayant été fixées par arrêté royal.

---

<sup>36</sup> LPC, article 41 § 1.

<sup>37</sup> LPC, articles 5 et suivants.

<sup>38</sup> LPC, article 16 § 2.



- L'article 16 §1 LPC prévoit que toute modification des obligations des affiliés dispense ces affiliés de participer à la modification de cet engagement et les autorise à continuer de bénéficier de l'engagement initial (cette possibilité n'est pas offerte dans le cas où le régime de pension est instauré via convention collective ou via le règlement de travail).
  
- Toute clause de modification doit être mentionnée dans le règlement de pension. L'article 5 LPC, qui autorise par ailleurs l'employeur à modifier ou abroger un engagement de pension, prévoit que tout engagement de pension est régi par un règlement ou une convention de pension. Quid si une telle clause fait défaut ? Faut-il appliquer alors les principes de droit social relatifs au *ius variandi* de l'employeur ? En d'autres termes, compte tenu du fait que l'engagement de pension extra-légale confirmé dans un règlement ou une convention de pension s'apparente à une obligation naturelle muée en obligation civile qui produit des effets juridiques à raison du contrat d'emploi qui lie le travailleur à l'employeur, se pose la question de savoir si et dans quelle mesure cet engagement est un élément essentiel du contrat que l'employeur n'aurait, à ce titre, pas le droit de modifier unilatéralement en vertu de l'article 25 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail. Selon la conception traditionnelle en doctrine et jurisprudence, l'employeur dispose, en effet, d'un *ius variandi* portant sur des conditions accessoires du contrat de travail et permettant d'adapter les conditions de travail à certaines circonstances telles que la survenance d'une nouvelle réglementation, la modification profonde des conditions du marché, etc. Il ne dispose, par contre, pas de ce même droit en ce qui concerne les éléments essentiels du contrat de travail (selon la théorie de l'acte équipollent à rupture, toute modification de ces éléments permettrait à l'employé d'arguer d'une rupture du contrat dans le chef de l'employeur). L'enjeu porte alors sur le point de savoir si l'offre d'un plan de pension complémentaire constitue ou non, un élément essentiel du contrat de travail en l'absence de laquelle ce contrat n'aurait jamais été conclu. La doctrine est, de ce point de vue, partagée.<sup>39</sup> Une partie d'entre elle soutient qu'il convient de distinguer le paiement des cotisations et des contributions qui serait un élément essentiel et du choix d'une IRP, par exemple, qui serait un élément non essentiel. Par ailleurs, la jurisprudence tend à devenir beaucoup plus sévère par rapport au *ius variandi* qu'elle enserre

---

<sup>39</sup> Voir, L. SOMMERIJNS & C. DE RIDDER, « Aspect sociaux », in *Les pensions complémentaires en pratique. Pourquoi ? Quoi ? Comment ? Combien ?*, Bruxelles, Kluwer, n°4820 et s. (2006). Voir aussi, P. DOYEN, *L'institution de retraite professionnelle – Mémento des nouveaux fonds de pension*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, p.120 (2007) ; *Aanvullende pensioenen voor werknemers*, Kluwer (2004).



dans des limites de plus en plus fortes. Cette conception rigide n'est pas sans poser problème dans la pratique, car elle offre peu de souplesse aux employeurs qui se trouvent dans une impasse financière rendant difficile le respect de leurs engagements de pension. A notre estime, une interprétation alternative peut être avancée pour contourner cette difficulté : même en l'absence de clause prévoyant cette possibilité, l'employeur dispose du pouvoir de modification, celui-ci n'étant qu'un prolongement logique du pouvoir d'instauration prévu par l'article 5 de la LPC qui s'analyse ici comme une dérogation à la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail. Toutefois, conformément à une certaine doctrine, là où il s'exerce, le pouvoir de modification de l'employeur ne peut s'exercer abusivement.<sup>40</sup> En d'autres termes, l'employeur qui exerce son *ius variandi* doit le faire de manière prudente et diligente. Une décision qui serait purement arbitraire, motivée par un caprice ou dénuée de toute justification objective pourrait, le cas échéant, être sanctionnée par les tribunaux.

- Notons que si le principe de protection des droits acquis de l'article 16 § 1 de la LPC empêche, dans toute la mesure du possible, que l'employeur réduise trop substantiellement ses engagements de pension à raison de la survenance de circonstances économiques et financières moins favorables, il emporte toutefois le risque que l'employeur préfère abroger son plan pour en instaurer un autre plutôt que de le modifier (exemple : modification du mode de calcul des cotisations ou modification de l'engagement du fonds). Les exigences de l'article 16 §1 ne sont, en effet, pas strictement applicables en cas d'abrogation d'un régime (même si, on le verra ci-dessous, d'autres exigences sont de mises). Toutefois, si on suit la logique évoquée dans le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 14 novembre 2003 relatif à l'assurance-vie<sup>41</sup>, « il n'est pas question d'abrogation définitive d'un régime de pensions si l'abrogation est suivie de l'instauration d'un nouveau plan. ». Par analogie, il y a lieu de s'interroger sur le point de savoir si l'abrogation suivie de l'instauration d'un nouveau plan n'est pas équivalente à une modification et déclencherait donc, à ce titre, la batterie de règles encadrant cette dernière opération.

A titre indicatif, la LPC assimile les changements d'organisme de pension, autres opérations susceptibles de porter atteinte aux intérêts des bénéficiaires, à une modification et organise une procédure particulière, dans les détails de laquelle il n'y a pas lieu de rentrer ici, visant à encadrer l'opération.

---

<sup>40</sup> , P. DOYEN, *L'institution de retraite professionnelle – Mémento des nouveaux fonds de pension*, Louvain-La-Neuve, Anthemis, p.122 (2007)

<sup>41</sup> *M.B.*, 14 nov.2003, 2<sup>o</sup>éd., p.55211.

S'agissant de l'abrogation ou de la dissolution d'un régime de pension d'entreprise, il convient d'appliquer les principes relatifs aux opérations de modification (les droits des bénéficiaires seront-ils préservés ?, l'employeur n'abuse-t-il pas de son pouvoir ? etc .)<sup>42</sup> Notons que, dans tous les cas, préalablement à toute procédure de modification ou de clôture définitive d'un plan de pension, l'employeur doit en informer les instances collectives compétentes (conseil d'entreprise ou à défaut CPPT ou à défaut délégation syndicale).<sup>43</sup> Dans le cas d'un régime sectoriel, celui-ci ayant été instauré par CCT, son abrogation ou sa dissolution nécessitera le passage par une nouvelle CCT. Notons que certaines règles spécifiques plus contraignantes sont prévues pour les plans 'sociaux'.<sup>44</sup> On traitera ultérieurement de la question de savoir ce qu'il advient des surplus, c'est-à-dire des avoirs détenus dans le fonds et qui ne sont plus nécessaires à la gestion des engagements de pension.

En conclusion de ce point, on peut considérer que si l'employeur dispose d'une liberté de principe pour instaurer, modifier ou supprimer un engagement de pension, cette liberté est néanmoins fortement balisée en raison des risques que de telles opérations font peser sur les bénéficiaires.

#### (2-2) Le fonds de pension, nouvellement englobé sous l'appellation IRP

Le fonds est le deuxième des trois intervenants de la relation triangulaire. Comme nous l'avons souligné, l'appellation de 'fonds de pension' n'existe plus en tant que telle puisqu'elle a été supprimée par la loi relative au contrôle des IRP qui utilise l'expression d'institution de retraite professionnelle. Celle-ci vise désormais tant les fonds de pension ou institutions de prévoyance (pour les prestations de retraite versées aux salariés et dirigeants) que les caisses de pension (pour les prestations de retraite en faveur des indépendants). Rappelons que, pour des raisons pédagogiques, nous continuerons à user de l'ancienne appellation parce que celle-ci est la plus connue, tant en Belgique qu'à l'étranger. Le fonds de pension est l'entité extérieure à l'entreprise qui est chargée par cette dernière de fournir des prestations de retraite au profit de tout ou partie des affiliés à un ou plusieurs régimes de retraite. Pour ce faire, il gère un portefeuille d'actifs via un mécanisme de capitalisation avec à la clé des obligations qui peuvent être soit de résultats soit de moyens, comme exposé précédemment.

Afin d'éviter les confusions de patrimoine, il doit obligatoirement être créé sous la forme d'une entité juridique<sup>2</sup> autonome et extérieure à l'entreprise d'affiliation<sup>45</sup>. L'article 9 § 2 de la loi du 9 juillet

---

<sup>42</sup> LPC, article 7.

<sup>43</sup> LPC, article 39.

<sup>44</sup> LPC, article 10.

<sup>45</sup> Dans le cas où une IRP gère plusieurs patrimoines de retraite, par exemple, au profit des salariés d'entreprises d'affiliation distinctes, celle-ci peut procéder à une distinction des patrimoines afin de s'éviter les glissements financiers entre patrimoines et identifier les valeurs représentatives correspondant à chaque plan de retraite géré par l'institution. Cette distinction de patrimoine est peu pratiquée par les gestionnaires qui tendent à considérer qu'elle génère une augmentation des coûts de gestion. Elle est toutefois obligatoire dans trois hypothèses reprises

1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances prévoyait que les institutions de prévoyance devaient être constituées sous la forme d'une ASBL, d'une association d'assurances mutuelles ou sous une autre forme légale. Dans la pratique, la plupart des fonds de pension étaient constitués sous la forme d'ASBL. La loi relative au contrôle des IRP a fondamentalement changé ce régime en créant une personne juridique nouvelle et *sui generis*, « l'organisme de financement de pension » (ci-après OFP) qui est censé refléter l'activité propre de ce type d'instance, à savoir le financement des pensions. Désormais, les fonds de pension doivent obligatoirement adopter cette forme juridique et adapter leurs statuts en conséquence.<sup>46</sup> L'objectif, en créant cette nouvelle figure, est de pallier aux défauts des formes antérieures qui, selon les termes des travaux préparatoires, n'étaient pas suffisamment identifiables au niveau international, dans un contexte où, à la faveur de la réforme européenne, la Belgique doit se positionner comme lieu de déploiement d'IRP transfrontalières. Un autre intérêt de ce changement réside dans la possibilité qui est offerte au législateur d'adapter, par ce biais, les règles de fonctionnement d'une IRP en fonction de la nature de ses activités. Une des difficultés de ce nouveau régime *sui generis* réside toutefois selon nous, dans l'absence de cohérence juridique des règles mobilisées puisque celles-ci s'inspirent à la fois du droit des ASBL (par héritage du régime antérieur), du droit des sociétés (principalement dans l'organisation de certains organes opérationnels), du droit des assurances (au travers des règles techniques sur la politique de placement et de provisionnement qui encadrent le principe de prudence) et, à titre subsidiaire du droit civil (l'IRP ressort de la sphère du droit civil, car elle n'est pas une entreprise commerciale s'adressant à des consommateurs)

C'est à l'entreprise d'affiliation que revient la compétence de choisir son fonds de pension, dans les limites évoquées précédemment.<sup>47</sup> Traditionnellement, les fonds étaient des ASBL émanant de l'entreprise d'affiliation dont les représentants exerçaient les fonctions de direction dans l'ASBL qui sous-traitait alors tout ou partie de ses activités de gestion ou d'administration (gestion actif/passif, gestion des placement, comptabilité, audit interne, gestion de données, ...) à des intervenants extérieurs (banques, gestionnaires de fonds, firmes d'audit, etc.). La nouvelle loi relative au contrôle des IRP tend à limiter ces techniques de sous-traitance ou de délégation en prévoyant une structure de

---

dans l'article 80 de la loi relative aux IRP, notamment là où une IRP gère à la fois un régime de retraite pour les salarié et un régime de retraite pour les indépendants.

<sup>46</sup> La loi prévoit que ce changement se déroule avec une continuité de personnalité juridique, c'est-à-dire sans nécessité de dissolution de l'ASBL existante.

<sup>47</sup> Voir ainsi l'article 39 de la LPC qui prévoit une consultation des représentants des travailleurs sur le choix ou le changement d'un organisme de pension.

gouvernance propre aux OFP et en précisant des conditions relatives au recours à la sous-traitance.<sup>48</sup> Cet aspect est également traité dans une circulaire de la CBFA relative à la gouvernance des IRP.<sup>49</sup>

A l'instar du système qui prévalait dans l'ancienne réglementation, les IRP belges doivent, pour opérer sur le marché belge, obtenir un agrément de la CBFA qui exerce également un contrôle prudentiel dont les contours sont prévus dans la loi. Notons que le contrôle prudentiel de la CBFA vise l'IRP et non les autres instances avec laquelle elle est en relation comme l'entreprise d'affiliation ou les sous-traitants. Il a pour objet la vérification de la situation financière, de la structure de gestion et de l'organisation administrative et comptable de l'IRP ainsi que du respect par cette dernière des engagements à l'égard des affiliés ou bénéficiaires.

### (2-3) Les affiliés et les bénéficiaires

Les affiliés et les bénéficiaires forment le troisième axe de la triangulation. La loi définit l'affilié comme « toute personne à laquelle son activité professionnelle donne ou donnera droit à des prestations de retraite conformément aux dispositions d'un régime de retraite » et le bénéficiaire comme étant « toute personne recevant des prestations de retraite » (principalement, les ayants-droits de l'affilié).<sup>50</sup> En d'autres termes, les affiliés et leurs bénéficiaires sont les personnes envers lesquelles l'entreprise d'affiliation s'est engagée à verser des prestations de retraite en vertu d'un engagement de pension complémentaire géré par un fonds de pension. Deux catégories d'affiliés doivent analytiquement être distinguées : d'une part ; les affiliés-travailleurs qui sont dans les liens d'un contrat d'emploi avec l'entreprise organisatrice et d'autre part, les autres affiliés à savoir les retraités et autres bénéficiaires qui ne possèdent pas ou plus de lien juridique d'emploi avec l'entreprise (les ayants-droits de l'affilié et les affiliés dormants, c'est-à-dire les affiliés qui ont quitté l'entreprise organisatrice mais qui n'ont pas transféré leurs réserves auprès d'un nouvel employeur ou dans une nouvelle structure). Nous reviendrons ultérieurement sur l'intérêt que peut présenter une telle distinction.

### **3. Principes d'organisation et de gouvernance des fonds de pension et contrôle prudentiel de la CBFA**

La loi relative au contrôle des IRP, mettant en cela en œuvre les principes de la directive européenne et reformulant les principes de l'ancienne loi de contrôle, prévoit que les IRP disposent d'une structure de gestion, d'une organisation administrative et comptable ainsi que d'un contrôle interne appropriés

---

<sup>48</sup> Loi relative au contrôle des IRP, article 31 et s.

<sup>49</sup> Circulaire CPP-2007-2-LIRP-relative à la gouvernance des IRP, CBFA, le 23 mai 2007, téléchargeable sur le site 'www.cbfa.be'.

aux activités qu'elles exercent. Cette structure et cette organisation doivent être telles qu'elles permettent à la CBFA d'exercer un contrôle adéquat.<sup>51</sup> Récemment, la CBFA a publié une circulaire dont l'objectif est de faciliter la mise en œuvre des obligations légales en assortissant les dispositions pertinentes en matière de gouvernance de commentaires explicatifs.<sup>52</sup> Ces règles de bonne gouvernance se veulent inspirées du principe de prudence évoqué précédemment et qui constitue la manifestation d'une approche plus qualitative de la gestion des IRP. A l'instar du droit des sociétés qui a connu de récents développements inspirés par les théories de la gouvernance (corporate governance), le droit des fonds de pension est également influencé par cette approche<sup>53</sup> Il n'y a pas lieu de la développer ici tant elle a fait l'objet de commentaires nourris.

Nous nous bornons simplement à énoncer les règles et principes fondamentaux de gouvernance de IRP, l'enjeu étant de comprendre quelles sont les instances qui exercent le pouvoir de gestion effectif, quelles sont les personnes qui composent ces instances et quelle est la nature du pouvoir de contrôle de la CBFA.

L'IRP, rappelons-le, prend obligatoirement la forme d'une personne juridique nouvelle qualifiée d'ONP. Cette personne juridique possède un caractère civil, à l'exclusion donc de tout caractère commercial.<sup>54</sup> Son objet social est limité aux activités de gestion et de versement des prestations de retraite et à celles qui en découlent. Cette activité ne peut procurer d'autre gain matériel que celui lié à la réalisation du but pour lequel il a été créé.<sup>55</sup>

La structure de gouvernance d'un ONP, qui est reprise dans ses statuts, doit reposer sur une distinction entre les fonctions opérationnelles et les missions de surveillance.<sup>56</sup> L'organe délibératif est l'assemblée générale (ci-après AG). L'organe exécutif est le conseil d'administration (ci-après CA) qui est secondé, le cas échéant par d'autres organes opérationnels chargés de certaines missions de mise en œuvre de la politique générale de l'ONP sous le contrôle du CA (délégation journalière, gestion actif/passif, audit interne, comptabilité, etc.).

L'AG est composé de membres ordinaires – chacun de ces membres disposant d'au moins une voix- et de membres extraordinaires –ces membres n'ayant pas de droit de vote sauf clause statutaire le

---

<sup>50</sup> Loi relative au contrôle des IRP, article 2, 5° et 6°.

<sup>51</sup> Loi relative au contrôle des IRP, article 77

<sup>52</sup> Circulaire CPP-2007-2-LIRP-relative à la gouvernance des IRP, CBFA, le 23 mai 2007, téléchargeable sur le site 'www.cbfa.be'.

<sup>53</sup> L'OCDE a d'ailleurs édicté en juillet 2002 des lignes de conduite en matière de gouvernance des fonds de pension qui ont été avalisées et brièvement commentées par l'Association belge des Institutions de pension. Voir à ce sujet, « Le point de vue de l'ABIP à la lumière des 'Pension Fund Guidelines' de l'OCDE de juillet 2002', Association belge des Institutions de Pension, Mai 2005.

<sup>54</sup> Loi relative au contrôle des IRP, article 9.

<sup>55</sup> Ibidem, article 10.

permettant- si les statuts le prévoient. Peuvent seuls être des membres les entreprises d'affiliation et les affiliés ou leurs bénéficiaires ainsi que leurs représentants. La présence des entreprises d'affiliation est même obligatoire à partir du moment où l'OFP tout ou partie des régimes de retraite de ces dernières. Par contre, la présence des affiliés ou bénéficiaires au CA reste facultative, sauf dans les cas où la gestion paritaire est prévue par la LPC.

Le législateur a donc avalisé la pratique voulant que, malgré la séparation de patrimoine qui va de pair avec l'extériorisation des engagements de pension dans une personne juridique distincte, l'IRP soit une émanation de l'entreprise d'affiliation, à la différence de ce qui se passe en matière d'assurance-groupe où l'assurance est une entreprise commerciale en concurrence avec les autres assureurs sur le marché des produits de retraite complémentaire. S'agissant des fonds emportant une gestion obligatoirement paritaire c'est-à-dire une composition paritaire de leur conseil d'administration, ils sont de mise dans quatre cas :

- là où l'exécution d'un régime de pension implique une participation financière personnelle des affiliés et qu'il existe dans l'entreprise un conseil d'entreprise ou à défaut un CPPT ou, à défaut une délégation syndicale. Dans ce cas, le CA de l'OFP doit être composé pour moitié de représentants du personnel<sup>57</sup>, à moins qu'il n'en soit décidé autrement ;<sup>58</sup>
- là où le régime de pension est organisé au niveau sectoriel via une personne morale créée par une convention collective qui joue alors, comme évoqué précédemment, le rôle d'organisateur ;<sup>59</sup>
- là où on se trouve en présence d'un régime de pension social (au niveau sectoriel ou de l'entreprise);
- là où l'employeur décide de ne pas cotiser à un régime sectoriel existant pour organiser lui-même, au niveau de l'entreprise, tout ou partie de l'exécution d'un régime de pension.<sup>60</sup>

En pratique, une des raisons du succès des fonds financés par les seules cotisations de l'employeur s'explique par la volonté patronale d'échapper au paritarisme de gestion qui reste minoritaire dans le paysage actuel des fonds de pension. La plupart d'entre ces derniers demeurent, dans leurs organes de gestion, intimement liés à la direction de l'entreprise organisatrice.

---

<sup>56</sup> Ibidem, article 77

<sup>57</sup> Les désignations s'opèrent selon les modalités prescrites dans l'article 41 de la LPC.

<sup>58</sup> LPC, article 41 § 1.

<sup>59</sup> C'est le régime de l'article 5, § 1, 5°, a) de la LPC.

<sup>60</sup> Cet '*opting out*' est toutefois interdit pour le volet social du plan.

A l'instar du droit des sociétés commerciales, une décision de l'AG est requise dans certains cas énumérés par la loi.<sup>61</sup> Elle conserve, en outre, les pouvoirs les plus étendus pour faire ou ratifier les actes qui intéressent l'IRP en ce compris la modification des statuts.

S'agissant du CA, il doit être constitué en majorité de représentants des entreprises d'affiliation et des représentants des affiliés.<sup>62</sup> Il peut éventuellement comprendre des experts, mais pas en majorité. Son pouvoir opérationnel et de représentation ainsi que le régime de responsabilité sont définis dans la loi et ils s'inspirent fortement de ce que le droit des sociétés prévoit pour les administrateurs de sociétés. Là où il y a une délégation de pouvoir au profit d'un autre organe, cette délégation ainsi que les modalités s'y appliquant doivent être prévues dans les statuts ou, à défaut de clause statutaire, par le conseil d'administration. Les membres des organes opérationnels ne contractent en cette qualité aucune obligation personnelle relativement aux engagements de l'OFP ; leur responsabilité se limite à l'exécution du mandat dont ils ont été chargés et aux fautes éventuelles commises dans leur gestion.<sup>63</sup> Toutefois, l'activité des IRP justifiant que des règles plus strictes que celles du droit commercial commun soient prévues en ce qui concerne leur gouvernance, le législateur a prévu un triple renforcement du régime de responsabilité des gestionnaires<sup>64</sup>. D'une part, la responsabilité éventuelle des administrateurs concerne toutes les règles applicables aux régimes de retraite gérés par le fonds et non uniquement les règles issues de la loi relative aux IRP. D'autre part, les membres des organes opérationnels endossent une responsabilité solidaire, envers les affiliés et bénéficiaires, de toute dommage résultant d'une violation des obligations légales. Enfin, cette responsabilité ne pourra être évitée que s'ils montrent qu'ils n'ont pas pris part aux infractions reprochées, qu'aucune faute ne leur est imputable et qu'ils ont mis tout en œuvre pour empêcher ou limiter le dommage.

La loi prévoit également la possibilité de recourir à des comités sociaux<sup>65</sup> qui, tout en ne devenant pas des organes opérationnels, ont pour mission de contrôler le respect des dispositions de droit social, principalement lorsqu'un OFP est appelé à gérer un régime de retraite d'une entreprise établie à l'étranger qui exerce ses activités en Belgique.<sup>66</sup>

---

<sup>61</sup> Loi relative au contrôle des IRP, article 20.

<sup>62</sup> AR du 12 janvier 2007 relatif au contrôle prudentiel des IRP, article 5.

<sup>63</sup> Loi relative au contrôle des IRP, article 26, §1.

<sup>64</sup> Loi relative au contrôle des IRP, article 26, §2 et § 3.

<sup>65</sup> Article 34 de la loi relative au contrôle des IRP.

<sup>66</sup> Cette possibilité est désormais ouverte par la Directive européenne transposée dans la loi. Rappelons qu'en dépit de la levée des obstacles à la mobilité transfrontalière des IRP, le droit social applicable reste celui de l'EM dans lequel l'activité est exercée.



Dans le cadre de sa mission de surveillance, le CA vérifie régulièrement si l'OFP dispose d'un audit interne adéquat et indépendant des activités auditées.<sup>67</sup> En outre, l'OFP doit, par l'intermédiaire de l'AG, désigner un ou plusieurs commissaires ou sociétés de réviseurs parmi les membres de l'IRE agréés par la CBFA<sup>68</sup>. Ce commissaire ou réviseur doit s'assurer que l'organisme a adopté les mesures adéquates d'organisation administrative, comptable et de contrôle interne en vue du respect de la réglementation. Il certifie annuellement les provisions techniques et rédige un rapport relatif aux comptes annuels dans lequel il donne son appréciation de la situation financière et de la gestion de l'organisme. Il en fait le rapport à la CBFA chaque fois que celle-ci en fait la demande et dans tous les cas au moins une fois par an. Il doit d'office faire rapport à la CBFA sur certains faits qu'il a constatés. On remarquera que les dispositions légales relatives aux commissaires agréés s'inspirent fortement des dispositions de la loi du 22 mars 1993 relative au statut des établissements de crédit et ce pour la double raison suivante. D'une part, il en va d'une meilleure coordination des règles applicables aux différents secteurs contrôlés par la CBFA. D'autre part, les textes bancaires plus récents ont été jugés mieux adaptés à la nature juridique des IRP que les anciens textes préalables à la réforme.

Pour procéder aux calculs permettant de planifier et de face aux engagements de pension, l'OFP doit également désigner un ou plusieurs actuaires répondant à certaines conditions légales ou réglementaires.<sup>69</sup>

Pour garantir la plus grande transparence possible dans le fonctionnement du mécanisme de gestion des engagements de pension, des obligations de transmission d'informations aux affiliés ainsi qu'à l'autorité de surveillance sont en outre prévues tant dans la loi relative au contrôle des IRP que dans la LPC.

Avant de clore ce point, nous voudrions revenir sur le principe de prudence qui est au cœur du modèle de gestion de la nouvelle loi. Si la règle de prudence repose, comme nous l'avons dit, sur le précepte, d'inspiration qualitative, selon lequel les actifs doivent être gérés au mieux des intérêts des bénéficiaires et dans le seul intérêt de ces derniers<sup>70</sup>, elle demeure toutefois encadrée par une série de contraintes visant à spécifier les normes techniques minimales s'imposant à tout gestionnaire prudent. Ces contraintes se trouvent énoncées dans la loi qui transpose ici les principes de la directive européenne, mais sont détaillées dans l'arrêté d'exécution.

---

<sup>67</sup> Loi relative au contrôle des IRP, article 77.

<sup>68</sup> Loi relative au contrôle des IRP, articles 103 et 108.

<sup>69</sup> Loi relative au contrôle des IRP, article 109.

<sup>70</sup> Loi relative au contrôle des IRP, article 91, 1°.



S'il n'y a pas lieu, ici, de rentrer dans la technicité de volet de la loi qui s'inspire directement des préceptes de la finance moderne, épinglons cependant les principales règles qui encadrent la politique de prudence<sup>71</sup>.

- les actifs doivent être placés de manière à garantir le sécurité, la qualité, la liquidité et la rentabilités du portefeuille dans son ensemble et en fonction de la nature et de la durée des engagements prévus ;
- les actifs doivent être majoritairement placés sur des marchés réglementés ;
- les placements en instruments dérivés sont permis mais leur usage doit être évalué avec prudence ;
- le portefeuille doit être correctement diversifié
- les placements dans les titres de l'entreprise d'affiliation et autres placements assimilés doivent être contenus dans des limites strictes (maximum 5% de l'ensemble du portefeuille ou 10% dans le cas de placements dans des entreprises appartenant au même groupe) ;
- les provisions techniques doivent obligatoirement être couvertes par des actifs appelés valeurs représentatives qui sont affecté à la garantie des obligations de l'IRP.<sup>72</sup>

En outre, l'OFP doit établir un plan de financement, le cas échéant en collaboration avec l'entreprise d'affiliation qui s'engage alors à le respecter dans une convention qu'il conclut avec l'OFP. Ce plan de financement, qui doit être communiqué à la CBFA précise de manière détaillée la manière dont l'entreprise d'affiliation va financer le régime. Il constitue, en cela, une spécification particulière de l'engagement que l'entreprise a pris au profit de ses travailleurs et qui se trouve, quant à lui, énoncé dans le règlement ou la convention de pension. Le plan de financement prévoit également le calcul et les modalités de comptabilisation des provisions techniques qui doivent obligatoirement être constituées et dont le calcul est prévu dans l'arrêté d'exécution.

En bref, la loi a encadré le principe de gestion prudentielle dans des limites fortes destinées à garantir la pérennité des engagements de pension au profit des affiliés. La liberté dont dispose l'OFP dans la gestion du patrimoine qui lui a été confié en vue du versement des prestations de retraite doit donc être relativisée.

---

<sup>71</sup> Loi relative au contrôle des IRP, article 91.

<sup>72</sup> Les aspects plus techniques de la fixation de ces valeurs représentatives sont fixés dans l'AR d'exécution.

Comme évoqué à plusieurs reprises dans les développements précédents, c'est la CBFA qui exerce le pouvoir de contrôle sur les IRP ainsi que le contrôle de l'application des lois sur les pensions complémentaires. Ce contrôle, de type prudentiel et social, a pour objectif de veiller à ce que ces établissements mènent une politique saine et prudente pour pouvoir respecter en permanence leurs obligations tant envers les affiliés et leurs bénéficiaires qu'envers l'entreprise organisatrice. Il a également pour objectif de faire des institutions de retraite professionnelle un véhicule sûr de financement des pensions complémentaires.

Pour ce faire, outre la compétence d'agrément des IRP, la CBFA dispose de toute une série de prérogatives<sup>73</sup> – dans le détail desquelles il n'y a pas lieu de rentrer ici – lui permettant d'effectuer sa mission de contrôle. Conformément aux exigences de la directive, c'est également elle qui est chargée de procéder à l'agrément des IRP belge à activités transfrontalières, moyennant le respect d'une procédure de notification aux autorités de contrôle étrangères. Dans le même, les autorités de contrôle étrangères doivent informer la CBFA des dispositions de droit étranger qui s'appliqueront à cette IRP à vocation transfrontalière. Cette procédure a pour objectif de permettre aux divers Etats membres et donc à la Belgique d'offrir aux multinationales des perspectives intéressantes pour la constitution de fonds de pension paneuropéens ou internationaux.

### **III. Quelle est la nature juridique de la relation triangulaire entre les parties intervenantes à un régime de retraite organisé via un fonds de pension d'entreprise ?**

Au travers des développements précédents, nous avons identifié les trois parties prenantes à un régime de retraite complémentaire géré via un dispositif de fonds de pension. Nous avons également décrit les principes d'organisation et de gouvernance des fonds prévus par le législateur et les autorités de contrôle.

Or, bien qu'il s'agisse d'un problème crucial, ni la nouvelle loi relative au contrôle des IRP (qui comprend les dispositions relatives à la nature juridique des IRP, à la gouvernance de ces mêmes IRP, au contrôle prudentiel de la CBFA, ainsi qu'aux aspects de reconnaissance des IRP à vocation transfrontalière), ni la LPC (qui comporte des dispositions de droit social relatives à l'instauration, la mise en œuvre et la dissolution d'un régime complémentaire de retraite ainsi que certains aspects fiscaux) ne fournissent de réponse claire quant au point de savoir à quel type de rapport juridique il

faut rattacher la fameuse triangulation qui caractérise la relation qu'entretiennent l'entreprise d'affiliation, les affiliés (et leurs bénéficiaires) et le fonds de pension.

La présente section a précisément pour objet de s'interroger sur cet aspect.

### **3-1. La relation triangulaire entre les parties intervenantes à un régime de retraite organisé via un fonds de pension d'entreprise : une nature juridique ambiguë, des questions irrésolues**

Reprenons, d'abord quelques uns des points essentiels permettant de mieux cerner la relation triangulaire caractérisant le mécanisme des fonds de pension.

- La technique des fonds de pension met en jeu une relation impliquant trois parties prenantes : l'entreprise organisatrice (ou entreprise d'affiliation), les affiliés et leurs bénéficiaires et le fonds de pension nouvellement qualifié d'IRP. L'entreprise d'affiliation met en place un régime de pension complémentaire au profit de ses travailleurs ; elle confie l'exécution des engagements de pension à un organisme extérieur, le fonds de pension, qui est chargé de gérer et de faire fructifier le patrimoine constitué via les cotisations de l'entreprise (et, le cas échéant via les cotisations personnelles des travailleurs) dans le seul but de verser des prestations de retraite aux bénéficiaires (ou à leurs ayant-droits), quand ces derniers auront atteint l'âge de la pension. Malgré sa proximité avec la technique de l'assurance-groupe, le mécanisme des fonds de pension ne s'analyse pas à proprement parlé comme une relation d'assurance entre un preneur, un assuré et un assureur. Pour le qualifier juridiquement, il faut donc faire appel à d'autres institutions civilistes.
- En principe, c'est l'entreprise d'affiliation qui est à l'origine de l'instauration d'un régime de pension complémentaire géré par un fonds de pension. Elle possède, en ce domaine une compétence exclusive, sauf dans les cas particuliers où le droit social exige le recours à une procédure de consultation sociale.
- L'entreprise conclut une convention avec le fonds de pension<sup>74</sup> par laquelle ce dernier s'engage à exécuter les engagements de pension moyennant le versement, par l'entreprise, des cotisations que l'entreprise s'est engagée à verser. Comme spécifié précédemment, l'IRP est juridiquement tenue d'honorer les engagements de résultat ou de moyen envers l'entreprise organisatrice. La garantie de rendement minimum prévue par l'article 24 de la LPC incombe,

---

<sup>73</sup> Ces prérogatives s'exercent tant a priori, c'est-à-dire avant que la situation d'une IRP ne soit problématique, qu'a posteriori c'est-à-dire à partir du moment où la situation d'une IRP s'avère problématique.

<sup>74</sup> Celle-ci est, le cas échéant, reprise dans les statuts de l'IRP.

elle, à l'entreprise qui a pris un engagement de pension vis-à-vis de ses travailleurs, celui se matérialisant dans un règlement ou une convention de pension.<sup>75</sup>

- Dans l'optique de protéger la pérennité des droits à la retraite des bénéficiaires, le législateur a strictement encadré les opérations de modification et d'abrogation d'un régime de pension complémentaire.
  
- Même si, reflétant en cela les exigences européennes, les travaux préparatoires de la loi relative au contrôle des IRP soutiennent que le régime de gestion fonds de pension est caractérisé par une plus grande souplesse parce qu'axé autour d'un principe de prudence, la gestion reste toutefois très encadrée. D'une part, les gestionnaires doivent respecter certains critères substantiels dans leurs choix d'investissement. D'autre part, les affiliés bénéficient d'une garantie de rendement minimale conformément à l'article 24 de la LPC décrit précédemment.
  
- La CBFA exerce un contrôle sur la constitution et sur les activités des IRP.

Evoquons maintenant quelques points posant des difficultés et qui font écho à la délicate question de la nature juridique de la relation triangulaire ainsi que, par extension, à celle de la nature du droit de propriété sur les actifs détenus via les fonds de pension.

- Quels sont les titulaires des recours visant à faire respecter les engagements de pension ? Quels sont les destinataires de ces recours ? Sur quelle base juridique doivent-ils être intentés ?
  - (i) Les affiliés dont les engagements de retraite ne sont pas honorés peuvent-ils intenter un recours contre l'IRP ? En vertu de l'extériorisation des engagements de pension via une instance extérieure (l'IRP) qui a été voulue par le législateur dans le but de protéger les affiliés et vertu du but assigné par le législateur aux IRP, à savoir la gestion des engagements de pension au profit des affiliés, il semble difficile de soutenir que ces derniers ne disposent d'aucun titre pour agir contre le fonds dans le cas où les droits à la retraite sont sources de discussion. Rappelons toutefois c'est envers l'entreprise organisatrice que l'IRP promet d'honorer des engagements - de résultat ou de moyen. La

---

<sup>75</sup> LPC, article 5 §2.

réponse à la question posée dépendra donc du point de savoir comment qualifier la relation que les affiliés entretiennent avec le fonds. Nous traiterons de cet aspect dans le point suivant. Signalons d'ores et déjà que si un tel recours devait être envisagé, la base juridique de ce dernier sera fonction de la convention existant entre le fonds et l'entreprise. Là où le fonds a des engagements de résultat, le bénéficiaire pourra aisément arguer que ces résultats ne sont pas atteints. Par contre, là où le fonds a des engagements de moyen, les affiliés devront démontrer que le principe de prudence a été violé, ce qui s'avère beaucoup plus difficile à démontrer.

- (ii) Les affiliés peuvent-ils intenter un recours direct contre l'entreprise organisatrice ? La position des affiliés-travailleurs peut ici être analytiquement distinguée de celle des autres affiliés (ayant-droits et affiliés dormants). S'agissant des travailleurs, l'obligation de l'entreprise à leur égard possède une double nature qui réside à la fois dans la garantie légale de rendement minimum de l'article 24 de la LPC<sup>76</sup> et dans les engagements unilatéraux de pension stipulés dans le règlement ou la convention de pension.<sup>77</sup> Dans le cadre d'un engagement à contributions définies, l'entreprise s'engage uniquement à verser une contribution définie dans le plan de pension et non sur une quelconque pension au terme. Dans le cadre d'un engagement de type prestations définies, par contre, l'entreprise s'engage à fournir une pension déterminée. S'agissant des affiliés non-travailleurs, ils peuvent revendiquer le bénéfice de la garantie de rendement de l'article 24 et peuvent, en outre, arguer que, nonobstant le fait qu'ils ne sont plus dans les liens d'un contrat d'emploi avec l'entreprise organisatrice, ils peuvent toujours intenter une action sur la base de l'engagement de pension né du contrat de travail parce que cet engagement se prolonge après la fin du contrat. Selon l'arrêt de la Cour de Cassation précité, une demande relative à un tel engagement doit toutefois être introduite endéans l'année à partir de l'échéance, c'est-à-dire la date où le capital devient exigible en vertu de l'engagement (par exemple, 65 ans).<sup>78</sup>
- (iii) Un fonds peut-il introduire un recours contre l'entreprise qui réduit ses engagements ? Quelle serait la nature juridique de ce recours ? En droit des assurances-vie, il est généralement admis que, le paiement de la prime est facultatif, sauf dans les cas où l'assurance est obligatoire ainsi que dans les cas visés par l'article 105 de la loi sur le

---

<sup>76</sup> Cfr. supra.

<sup>77</sup> Le fonds de pension qui est tenu à une garantie envers l'affilié bénéficie d'un privilège pour les sommes qui lui sont dues par l'organisateur et qui s'inscrivent à l'article 19, 4<sup>o</sup>ter de la loi hypothécaire.

<sup>78</sup> Cass. 13 nov. 2006, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

contrat d'assurance terrestre<sup>79</sup> qui prévoit que le preneur d'assurance peut conventionnellement s'engager à demeurer dans les liens du contrat d'assurance en payant les primes.<sup>80</sup>). L'assureur ne peut, en principe forcer l'assuré à payer ses primes. Cette règle se justifie par la longue durée que peut revêtir le contrat et la possibilité de changement des circonstances qui auraient amené à conclure la police.<sup>81</sup> Dans le cas de contrats d'assurance à primes périodiques, le non-paiement en cours de contrat entraîne tout au plus la réduction voire la résiliation des engagements. Dans la cadre de l'assurance groupe, l'Arrêté-vie<sup>82</sup> considère que nonobstant le caractère rémunérateur de l'allocation patronale d'assurance-groupe, l'employeur peut valablement prévoir qu'il y mettra fin si les circonstances l'y obligent (moyennant le respect de certaines formalités d'information aux travailleurs), la réduction des primes entraînant alors la réduction de l'assurance. En l'absence d'une telle clause dans le règlement ou la convention de pension, les travailleurs peuvent exciper du fait que la réduction voire la suppression des cotisations patronales équivaut à une modification d'un élément essentiel du contrat de travail. S'agissant de la relation qui lie le fonds de pension avec l'entreprise d'affiliation, elle est régie par la convention, le cas échéant reprise dans les statuts du fonds, par laquelle le fonds est chargé d'exécuter et de gérer des engagements de pension en échange du versement de cotisations permettant d'assurer ces engagements. Rien ne fait donc obstacle à ce qu'un recours de nature contractuelle soit introduit par le fonds à l'encontre de l'entreprise d'affiliation qui ne paierait plus ses cotisations. Notons toutefois qu'en raison des liens étroits qu'entretiennent les instances dirigeantes du fonds avec celles de l'entreprise, cette hypothèse demeure assez théorique, sauf peut-être dans le cas d'une faillite de l'entreprise ou d'une procédure de redressement du fonds.

- A qui reviennent les surplus des fonds une fois les engagements de pension honorés ? Les clauses de retour sont-elles licites ? A l'instar de certains problèmes évoqués précédemment, ces questions mettent en jeu la délicate question de la propriété des actifs. Par clauses de retour, nous entendons les clauses contenues dans les statuts de l'OFP (et reprises, le cas échéant dans le règlement ou la convention de pension) et qui prévoient qu'en cas de dissolution ou de liquidation ou de clôture d'un régime de pension, l'entreprise d'affiliation récupère les actifs contenus dans le fonds qui restent en surplus une fois que les affiliés et

---

<sup>79</sup> Loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre modifié par la loi du 16 mars 1994, M.B. du 20 août 1992 et du 4 mai 1994.

<sup>80</sup> Cet engagement doit alors se faire dans une convention autre que le contrat d'assurance lui-même.

<sup>81</sup> C. DEVOET, *Les assurances de personnes*, Anthemis, Louvain-La-Neuve, p. 313 (2006).

<sup>82</sup> A.R. du 14 nov. 2003 relatif à l'activité d'assurance sur la vie dit Arrêté-vie.

leurs bénéficiaires ont été complètement désintéressés. L'Arrêté Royal du 7 mai 2000 relatif aux activités des institutions de prévoyance ayant été abrogé<sup>83</sup>, ce sont désormais la loi relative au contrôle des IRP et la LPC, en ce compris leurs arrêtés d'application, qui déterminent la validité de ce genre de clauses. L'article 43 de la loi relative au contrôle des IRP prévoit qu'en cas de liquidation, les liquidateurs détermineront la destination de l'actif, après acquittement du passif. Cette destination pourra être prévue par les statuts ou à défaut par l'assemblée générale. A défaut de décision de l'assemblée générale, la destination devra se rapprocher autant que possible du but en vue duquel l'organisme a été constitué. En l'absence d'une telle clause et à défaut d'une décision de l'assemblée générale, la destination devra impérativement être conforme au but de l'OFP à savoir celui repris à l'article 2, 2° de la loi qui est la fourniture de prestations de retraite. Seraient autorisées, selon nous, un versement du surplus aux bénéficiaires en compléments des montants déjà versés, un transfert du surplus dans un autre fonds gérant les engagements de retraite de la même entreprise, un versement au profit du fonds de vieillissement. Par contre, un retour pur et simple à l'entreprise en l'absence de réaffectation de la part de cette dernière à un autre régime de retraite, semblerait problématique. Ce retour pur et simple est d'ailleurs prohibé par l'article 14-3 de l'AR du 14 novembre 2003 qui exécute la LPC qui interdit toute rétrocession des surplus de pension à l'employeur qui ne serait pas conforme à l'objectif de financement des engagements de pension.

- Quelle est l'instance qui est légalement titulaire des droits de votes attachés aux instruments financiers détenus dans le fonds de pension ? L'exercice de ces droits incombe-t-il au seul gestionnaire ? L'entreprise d'affiliation ou les travailleurs peuvent-ils, le cas échéant imposer des consignes de vote au gestionnaire. Les travailleurs doivent-ils, à tout le moins, être informés quant aux modalités d'exercice de ces droits par le gestionnaire ? Dans quelle mesure la valorisation financière immédiate constitue-t-elle un critère contraignant dans les choix d'investissement ? Un gestionnaire de fonds de pension peut-il, par exemple, valablement investir les actifs du fonds dans des produits financiers labellisés 'socialement responsables » ? La législation est muette à cet égard. Pourtant, cette question revêt une importance non négligeable si on considère, par exemple, le cas suivant. Parmi les actifs détenus par un fonds de pension se trouvent des titres de l'entreprise d'affiliation<sup>84</sup>. Cette

---

<sup>83</sup> Dans son article 18, cet arrêté autorisait les clauses de retour, mais dans certaines limites.

<sup>84</sup> L'article 91, 5° de la loi relative au contrôle des IRP impose une exigence de diversification et le 6° du même article qui prohibe les placements en instruments émis par l'entreprise d'affiliation qui excèdent 5 % de



dernière fait l'objet d'une tentative d'OPA hostile par un repreneur qui offre une surprime aux actionnaires de la société-cible. La question des modalités d'exercice des droits de vote devient, dans ce cas, critique. Outre la question de savoir si c'est le gestionnaire qui est le seul habilité à exercer ce droit, se pose aussi celle de savoir selon quels critères ces droits doivent être exercés. En d'autres termes, comment faut-il interpréter le principe de prudence ? Comme prônant une stratégie axée sur la seule maximisation financière immédiate ? Ou sur la maximisation financière à moyen ou long-terme compte tenu des risques évaluables en argent associés aux pertes d'emploi qu'entraînerait une restructuration consécutive à l'OPA ? Ou, sur d'autres critères ? D'autres exemples mettant en lumière le caractère potentiellement sensible, car vecteur de conflits d'intérêts, de la question des droits de vote peuvent être évoqués. Que faut-il penser du cas où un fonds de pension détient des parts dans une société qui fait l'objet d'une OPA hostile alors qu'elle est par ailleurs un des fournisseurs principal de l'entreprise d'affiliation ? Supposons que le repreneur hostile soit un concurrent immédiat de l'entreprise d'affiliation et qu'il envisage, à la faveur de son projet de reprise, de supprimer les liens commerciaux avec l'entreprise d'affiliation. Comment les droits de votes attachés aux parts doivent-ils être exercés compte tenu du fait que la maximisation de la valeur financière immédiate du portefeuille demanderait du gestionnaire qu'il cède ces parts en acceptant la surprime ? Le conflit d'intérêts est, ici, d'autant plus aigu que la plupart des fonds sont composés de dirigeants émanant directement de l'entreprise d'affiliation. Tentons d'apporter des éléments de réponse à ce problème délicat. D'abord, demandons-nous qui est légalement le détenteur des droits de vote ? Trois titulaires possibles doivent ici être envisagés : l'entreprise d'affiliation, les affiliés et leurs bénéficiaires ou le fonds de pension par l'intermédiaire de ses organes dirigeants. L'entreprise d'affiliation qui est à l'origine de l'instauration du régime de pension se borne à verser un montant en argent, les cotisations, permettant de financer les engagements de pension envers les affiliés et leurs bénéficiaires. Les versements sont obligatoirement faits à une entité extérieure, le fonds qui est le seul responsable des engagements (c'est l'obligation légale d'extériorisation des engagements de pension qui permet aux affiliés et à leurs bénéficiaires d'être protégés contre la faillite de l'entreprise d'affiliation). Le fonds gère, via une technique de capitalisation, le patrimoine ainsi constitué. Rien ne permet donc de penser que l'entreprise ait un quelconque titre pour revendiquer le droit d'exercer les droits de vote des titres détenus par le fonds. En pratique, elle possède toutefois un contrôle indirect sur la politique de gestion du fonds car, comme

---

l'ensemble du portefeuille. Lorsque l'entreprise d'affiliation appartient à un groupe, les placements en instruments émis par les entreprises appartenant au même groupe que l'entreprise d'affiliation ne peuvent pas dépasser 10 % du portefeuille.



spécifié précédemment, elle exerce un pouvoir sur la nomination des dirigeants des fonds (sauf dans les cas particuliers des fonds paritaires). Les travailleurs-affiliés et leurs bénéficiaires sont, quant à eux, titulaires de droits indivis sur un patrimoine composé du montant des réserves acquises majoré, le cas échéant du montant permettant d'assurer la garantie de rendement minimum prévue par la loi ainsi que l'attestent les dispositions de la loi relatives aux IRP ainsi que de la loi sur les PC portant sur les droits acquis des affiliés en cas de transfert ou d'abrogation d'un régime de retraite. Les affiliés ne sont donc pas à proprement parlé propriétaires et donc titulaire des droits de contrôle sur les parts détenues dans le fonds. Toutefois, dans les fonds où une représentation des affiliés est prévue, ces derniers peuvent être membres de l'OFP par l'intermédiaire de représentants et disposer, à ce titre du droit de participer à l'AG et d'y exercer les votes attachés à cette qualité. Dans ces fonds, les affiliés ou leurs représentants peuvent alors exprimer leur choix par rapport à la politique générale de vote reprise dans les statuts. Mais, les votes attachés aux parts détenues par le fonds seront, quant à eux, exercés par les organes opérationnels (le délégué à la gestion journalière ou le comité de direction sous la surveillance du CA), du moins dans les cas où ces derniers décident qu'il y a lieu de mener une politique de vote active. Compte tenu de ce qui vient d'être dit, il faut considérer, nous semble-t-il, que c'est bien le fonds lui-même qui est le titulaire des droits de vote attachés aux parts détenues. Cet élément semble montrer que la propriété juridique des titres appartient au fonds lui-même, même si, comme nous le préciserons ci-après, cette propriété est de nature particulière puisqu'elle est limitée dans son objet (elle sert exclusivement à financer des engagements de pension au profit des affiliés et de leurs bénéficiaires). Compte tenu de cet objet particulier, compte tenu du principe de prudence dans la gestion des actifs, compte tenu des principes de bonne gouvernance des fonds de pension édictés par l'OCDE<sup>85</sup> et en l'absence de consignes tant de la part du législateur que de la part de la CBFA, nous pensons toutefois que trois exigences devraient être imposées en matière d'exercice de ces droits de vote. D'une part, la politique de vote du fonds devrait être explicitement prévue dans un règlement ou une déclaration de gestion communiqué(e) tant à l'entreprise d'affiliation qu'aux affiliés ainsi qu'à la CBFA. Ce document devrait, selon nous, être approuvé par l'assemblée générale des participants au fonds qui pourrait également le modifier. Il déterminerait les cas et les conditions dans lesquels organes dirigeants seraient habilités à exercer les droits de vote attachés aux instruments financiers compris dans le fonds. Il devrait être accompagné d'indications sur la politique de vote et être, en outre, communiqué aux autorités de contrôle. En l'état actuel des normes en vigueur, le rapport annuel sur la gestion de l'engagement de pension qui doit

---

<sup>85</sup> Cfr. Supra.

obligatoirement être établi par l'organisme de pension pour être mis à la disposition des affiliés sur simple demande<sup>86</sup> informe simplement sur la stratégie globale d'investissement à long et court terme ainsi que sur la mesure dans laquelle sont pris en compte les aspects sociaux, éthiques et environnementaux. D'autre part, afin de ne pas entraver l'autonomie de gestion du fonds, de favoriser la pérennité des engagements de pension et de respecter le prescrit du principe de prudence, il devrait être prohibé à un fonds de pension d'acquérir une quantité de titres d'une même société, telle que, compte tenu de la structure et de la dispersion de l'actionnariat de celle-ci, ces titres lui permettraient d'exercer une influence sur la gestion de ladite société ou sur la désignation de ses dirigeants. Il devrait également être interdit à un fonds de s'engager à voter d'une manière déterminée avec les titres qu'il gère ou de voter selon les instructions d'autres personnes que les participants réunis en assemblée générale. Ces interdictions sont d'ores et déjà applicables aux organismes de placement collectif<sup>87</sup> ; elles devraient, selon nous, être transposées aux fonds de pension. Enfin, dans le cas où les instances dirigeantes du fonds se trouvent dans une situation de conflit d'intérêts comme c'est le cas dans les exemples que nous avons évoqués, les décisions de vote devraient être suffisamment informées et justifiées à l'aune de l'avis d'un expert indépendant qui attesterait de leur conformité avec la déclaration de gestion, avec l'objectif que le fonds est légalement tenu de remplir (le financement des engagements de pension) ainsi qu'avec le principe de prudence. Ce dernier aspect offre des éléments de réponse à notre interrogation portant sur les critères à l'aune desquels les choix de vote doivent être effectués. A titre indicatif, on notera que si ces questions n'ont pas réellement été problématisées en droit belge, elles ont par contre fait l'objet de développements jurisprudentiels et doctrinaux en droit anglo-américain.<sup>88</sup>

### **3-2. La relation juridique entre les parties prenantes à un régime de retraite organisé via un fonds de pension d'entreprise peut-elle s'analyser comme un mandat ? Une stipulation pour autrui ? Une fiducie ?**

La mise en œuvre d'un régime de retraite complémentaire via un fonds de pension fait intervenir des relations juridiques d'une nature double. Elle résulte d'abord du rapport entre l'entreprise-employeur et les travailleurs qui sont repris dans le contrat de travail doublé d'un règlement ou d'une convention de pension qui peut éventuellement être reprise dans une CCT. Dans ces instruments se trouve repris

---

<sup>86</sup> LPC, art.42.

<sup>87</sup> Voir à ce sujet, les articles 12 et 67 de la loi du 20 juillet 2004 relative à certaines formes de gestion collective de portefeuilles d'investissement.

<sup>88</sup> Voir à ce sujet, AUTENNE A, « The governance of ESOPs in United States: limits of and alternatives to the patrimonial model », 6 *The Journal of Corporate Law Studies*, pp.467-490 (2006)

l'engagement de l'employeur de verser des contributions financières dans un fonds de pension destiné à procurer des prestations de retraite aux salariés. Elle résulte ensuite du rapport entre l'entreprise-employeur considérée ici dans son rôle d'entreprise d'affiliation, les travailleurs et les autres bénéficiaires considérés dans leur rôle d'affiliés et le fonds de pension. Le versement des prestations de retraite s'effectue par l'entremise de cotisations versées par l'entreprise au fonds qui gère la patrimoine affecté au paiement de prestations de retraite aux affiliés. Dans les développements précédents, nous nous sommes concentrés sur cette relation triangulaire pour tenter d'en identifier quelques unes des caractéristiques marquante. L'intérêt de cet examen, réside, rappelons-le dans le fait que cette relation n'a pas fait l'objet d'une qualification explicite de la part du législateur qui convoque un corpus de règles d'origine diverse (droit des assurances, droit des sociétés commerciales, droit des ASBL, droit civil, droit social, etc.) sans grande cohérence juridique. Cette absence de cohérence est problématique d'une part du point de vue de la sécurité juridique et d'autre part du point de vue des questions qu'elle laisse irrésolues.

Compte tenu de ce constat, il convient à présent de s'interroger sur le point de savoir si le mécanisme peut s'expliquer via les cadres légaux classiques issus du droit civil, principalement le mandat (i) et de la stipulation pour autrui (ii). On se demandera également si l'institution de la fiducie (iii), qui n'est toutefois pas encore explicitement reconnue en droit belge, ne trouverait pas là à s'appliquer.

- (i) Le contrat de mandat visé par l'article 1984 du Code Civil est classiquement défini comme « le contrat par lequel une personne charge une autre personne d'accomplir un acte juridique pour elle en son nom. »<sup>89</sup> Ce type de mandat qualifié de représentatif s'oppose au mandat non-représentatif par lequel une personne accomplit un acte juridique en son nom propre mais pour compte d'une autre personne<sup>90</sup>. Le mécanisme des fonds de pension mérite d'être confronté à cette seconde variante qui, en droit commercial prend la forme du 'contrat de commission'. L'évocation des controverses doctrinales et jurisprudentielles sur l'admissibilité du mandat sans représentation paraît ici secondaire. La question, ici, est uniquement celle de savoir si la relation triangulaire qui est à la base d'un mécanisme de fonds de pension présente une parenté avec le mandat non représentatif. Il est admis que, sous réserve de certains usages commerciaux particuliers, le mandat non représentatif est régi par toutes les règles relatives au mandat, à l'exception de celle relative à la représentation (aucun rapport juridique direct ne naît donc entre le

---

<sup>89</sup> DE PAGE, t. V., n°355.

<sup>90</sup> Voir à ce sujet, P. A. FORIERS, « La fiducie en droit belge », in *Les opérations fiduciaires – Pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international*, Feduci – LGDJ, Paris, p. 299 (1985)

mandant et le tiers cocontractant du mandataire).<sup>91</sup> Dans le cas d'un fonds de pension l'analogie est toutefois fort imparfaite. D'abord, la conclusion d'actes juridiques pour le compte d'une autre personne n'est pas l'objectif premier des parties contractantes qui ont plutôt un objectif de gestion au bénéfice de tiers bénéficiaires. Ensuite, même s'il est vrai que le patrimoine à géré est composé de biens (des titres et autres instruments financiers) acquis par le fonds (supposément ici le mandataire) en son nom propre, le fonds de pension demeure juridiquement propriétaire alors que dans le cadre d'un mandat sans représentation, il est unanimement admis que le mandataire ne devient pas propriétaire des biens faisant l'objet de la transaction, ceux-ci passant directement dans le patrimoine du mandat.<sup>92</sup> Le principe d'extériorisation des engagements de pension couplé à la séparation des patrimoines qui est au cœur de la réglementation des fonds de pension constitue, semble-t-il un deuxième aspect qui rend la technique difficilement assimilable à celle du mandat. Par ailleurs, dans un contrat de mandat à des fins de gestion, le mandant reste propriétaire au moins économiquement du patrimoine géré. Le mandataire ne dispose d'aucun pouvoir exclusif sur les valeurs ou les biens qui lui sont confiés pour gestion, le mandant conservant la possibilité d'agir en dépit de la délégation qui a été opérée. Dans le cas des fonds de pension, on se trouve en présence d'une séparation organisée et permanente du patrimoine du fonds par rapport à celui de l'entreprise d'affiliation. Enfin, le mandat classique permet difficilement de réaliser une représentation lorsqu'il y a lieu d'exercer des droits extra-pécuniaires, comme la participation à une AG ou l'exercice de droits de vote, qui sont régis par des règles de participation très strictes.<sup>93</sup>

- (ii) Envisageons à présent l'hypothèse qui voit la relation entre les trois parties intervenantes à un fonds de pension s'analyser comme une stipulation pour autrui (article 1121 du Code civil). Les affiliés seraient alors assimilés à des tiers bénéficiaires d'une stipulation pour autrui qui verrait le fonds, considéré ici comme le promettant, s'engager envers l'entreprise, considérée ici comme le stipulant, à accomplir une prestation à leur profit. Dans le mécanisme traditionnel de la stipulation, cette dernière est toujours l'accessoire d'un contrat principal. Appliquée à la technique des fonds de pension, cette stipulation

---

<sup>91</sup> P. A. FORIERS, *op.cit.*, p.300.

<sup>92</sup> D. SCHMIDT et C. WITZ avec le concours de J-L. BISMUTH, « Les opérations fiduciaires en droit français », in *Les opérations fiduciaires – Pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international*, Feduci – LGDJ, Paris, p. 331 (1985)

<sup>93</sup> En France, le Rapport n° 3655 déposé le 1<sup>er</sup> février 2007 par M. [Xavier de Roux](#) dans le cadre des travaux parlementaires préalables à la [Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, expose brièvement que la fiducie comporte plusieurs avantages par rapport à l'institution classique du mandat de gestion.](#)

serait l'accessoire d'une convention principale de donation par laquelle l'entreprise verse des cotisations au fonds à charge pour ce dernier de payer des prestations de pension au profit des affiliés et de leurs bénéficiaires dans le cadre d'un régime de pension complémentaire que l'entreprise offre à ses travailleurs. Dans la stipulation pour autrui, le stipulant a la volonté de créer un droit direct et propre au profit du tiers bénéficiaire. Le bénéficiaire peut exercer son droit directement contre le promettant, sans que ce droit ne s'exerce par l'intermédiaire du patrimoine du stipulant.<sup>94</sup> Dans la stipulation, le bénéficiaire doit être tiers à la convention principale, c'est-à-dire qu'il ne peut être une partie, ni un ayant-cause universel ou à titre universel d'une partie à la convention. La stipulation pour autrui a plusieurs effets. D'une part, elle fait naître en faveur du bénéficiaire un droit direct personnel contre le promettant. Appliqué au mécanisme des fonds de pension, ce principe permet aux affiliés et leurs bénéficiaires d'intenter une action directe contre le fonds de pension pour obliger ce dernier à honorer ses engagements de pension. Le contenu de ce recours sera déterminé par la convention entre l'entreprise d'affiliation et le fonds et principalement du point de savoir si ce dernier a pris des engagements de résultats ou de moyens. D'autre part, s'agissant des rapports entre le stipulant et le promettant, le contrat principal prend le même effet que tout contrat, le promettant s'engage envers le tiers bénéficiaire. Dans cette logique, l'entreprise d'affiliation pourrait donc agir contre le fonds et exiger de celui-ci qu'il exécute sa promesse envers les affiliés et leurs représentants. Inversement, le fonds pourrait se prévaloir du rapport contractuel qu'il entretient avec l'entreprise d'affiliation pour exiger de cette dernière qu'elle respecte son engagement de verser des cotisations suffisantes que pour lui permettre de tenir sa promesse envers les affiliés et leurs bénéficiaires. Enfin, s'agissant du rapport entre le tiers bénéficiaire et le stipulant, en vertu du célèbre et controversé principe d'acceptation du bénéfice du contrat, l'acceptation du tiers bénéficiaire n'est pas requise, l'acceptation n'ayant pas pour effet de faire naître le droit, mais uniquement d'enlever au promettant la faculté de révoquer la stipulation". En effet, l'article 1121 du Code Civil dispose que "celui qui a fait cette stipulation ne peut la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter". A contrario, l'article 1121 du code civil offre au stipulant une faculté de révocation, qui n'existe que tant que le tiers bénéficiaire n'a pas donné son accord à la stipulation. Ainsi si le bénéficiaire manifeste sa volonté d'accepter le bénéfice du contrat fait à son profit, il devient impossible pour le souscripteur

---

<sup>94</sup> P. VAN OMMESLAGHE, "*Droit des obligations*", volume I, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, p. 250 (1989-1990)

de le révoquer sans son accord.<sup>95</sup> Appliqué dans sa pureté au mécanisme des fonds de pension, ce principe pose problème. En effet, il impliquerait l'obtention de l'accord individuel de tous les affiliés en cas de modification des engagements de pension ou en cas de changement de fonds. Outre son manque de praticabilité, une telle solution semble peu correspondre à l'objectif de flexibilité de gestion des fonds de pension voulue par le législateur. Deux observations doivent, ici, être formulées. Primo, rappelons qu'en vertu de l'article 1121 du Code Civil, la stipulation pour autrui est une clause qui doit venir se greffer sur un contrat principal.<sup>96</sup> Dans le cas des fonds de pension, la stipulation au profit des affiliés peut s'analyser comme un accessoire de la convention existant entre le fonds et l'entreprise par laquelle cette dernière s'engage à verser au fonds des sommes permettant de financer les engagements de retraite. Une modification de cette convention, par exemple si l'entreprise réduit le montant de ses cotisations, entraînerait alors une adaptation de la stipulation, conformément au caractère accessoire de cette dernière (l'accessoire suit le principal). Secundo, l'article 5 de la LPC évoqué précédemment autorise l'employeur à procéder à la modification voire l'abrogation d'un régime de pension moyennant le respect des conditions étudiées précédemment et qui sont fonction du régime en cause. Ne faut-il pas voir là l'affirmation d'un principe dérogatoire au droit civil classique de la stipulation interdisant la révocation des stipulations acceptées par leurs bénéficiaires. Ce caractère dérogatoire est d'ailleurs précisé à l'article 34 de la LPC qui stipule qu'en cas de changement d'organisme de pension et/ou de transfert des réserves, l'employeur doit respecter certaines procédures qui, là où elles sont appliquées, remplacent l'accord individuel des affiliés. Par ailleurs, se pose également la question de savoir si les bénéficiaires disposent d'une action directe à l'encontre du stipulant. Dans la stipulation classique, le bénéficiaire ne dispose pas d'un recours direct vis-à-vis du stipulant. Il est considéré comme un tiers par rapport à la convention créatrice de la stipulation à son profit (qui s'assimile à une libéralité à son égard). La particularité ici réside dans le fait qu'il peut, par son acceptation, créer un lien de droit mais ce dernier n'est réalisé qu'à l'encontre du seul promettant, à l'exclusion donc du stipulant (sauf à se trouver dans un cas de tierce-complicité ouvrant, le cas échéant le droit à exercer une

---

<sup>95</sup> Cass., 13 janvier 1967, *Pas.*, 1967, I, 571.

<sup>96</sup> Les rédacteurs du code ont pensé à une donation avec charge. Une personne peut effectuer une donation d'un bien, où dans cette donation il est stipulé d'une charge qui peut être le service d'une rente, d'un tiers bénéficiaire.

action paulienne, une action oblique ou une action en responsabilité civile). Or, ce principe ne semble pas être de mise dans le mécanisme des fonds de pension qui impose à l'entreprise d'affiliation une garantie de rendement (article 24 de la LPC) envers les affiliés et leurs bénéficiaires et donc offre à ces derniers une voie légale, en plus de la voie légale issues de la loi sur les contrats de travail, pour faire respecter cette garantie si besoin est. Une limite complémentaire doit encore être évoquée. La stipulation pour autrui rend imparfaitement compte de la spécificité du régime des fonds de pension qui repose sur l'extériorisation des engagements de pension dans une entité autonome exclusivement destinée à cet effet et qui peut disposer, en son sein, de patrimoines distincts correspondant aux divers régimes de pension sur lesquelles elle possède les pouvoirs de gestion. Dans une stipulation classique, le bénéficiaire possède simplement un droit de créance de nature contractuelle qui oblige le promettant à honorer sa promesse. Par ailleurs, les biens cédés pour réaliser la promesse sont incorporés dans le patrimoine du promettant et constituent, à ce titre, le gage commun des créanciers de ce dernier.

- (iii) La relation triangulaire est-elle plutôt de nature fiduciaire en référence à l'institution de la fiducie-gestion qui pourrait en constituer le support ? Rappelons d'abord ce qu'est la fiducie-gestion et quels sont ses spécificités par rapport à d'autres techniques proches comme le mandat ou la stipulation pour autrui. En droit continental, on définit traditionnellement la fiducie comme étant selon Claude Witz « un acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendu titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de ce droit limité par une série d'obligations, parmi lesquelles figurent généralement celle de transférer le droit au bout d'une certaine période soit au fiduciaire, soit à un tiers bénéficiaire.<sup>97</sup> » Ou, selon Jacques Malherbe comme « l'acte juridique par lequel une personne appelée constituant ou fiduciaire transfère tout ou partie de son patrimoine à un tiers, appelé fiduciaire, qui le tenant séparé de son patrimoine personnel, agit dans un but déterminé et au profit d'un bénéficiaire, conformément à l'acte de fiducie. »<sup>98</sup> En Belgique, le contrat de fiducie n'est à ce jour organisé ni par la loi ni par les usages ou la coutume et ce, malgré l'intérêt que la doctrine témoigne l'égard de cette vieille institution

---

<sup>97</sup> C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Paris Economica, p.14 (1981). Voir aussi l'étude de M-F. DE POVER, *Trust-Fiducie- Administratiekantoor-Fondation du Liechtenstein*, Bruxelles, Larcier (2001)

<sup>98</sup> J. MALHERBE, « En quoi le droit belge s'oppose-t-il à l'utilisation de la fiducie étrangère ? » in *Découvrez les attraits comparatifs du trust, de la fiducie et de la fondation*, Conférence EFE, Bruxelles 2-3 octobre 1996, p.2 cité par M-F. DE POVER, op.cit, p.86



issue du droit romain.<sup>99</sup> Cette situation contraste avec celle d'autres pays voisins comme le Luxembourg et la France<sup>100</sup> qui ont récemment reconnu et réglementé la fiducie. Il n'y a pas lieu de s'attarder plus avant sur la raison de cette résistance que connaît la Belgique à l'encontre de cette technique (contrairement aux droits anglo-saxons qui pratiquent de longue date la technique du trust). Nous renvoyons pour cela le lecteur à la littérature existante. Mentionnons simplement que la fiducie entre en dissonance avec la conception traditionnelle de la propriété qui fonde notre droit civil ainsi qu'avec le *numerus clausus* des droits réels. Elle a également mauvaise presse à raison de la supposée opacité qu'elle entraînerait principalement en matière fiscale<sup>101</sup>. Cela dit, même si le droit belge ne connaît pas de régime organisé de la fiducie, rien n'interdit aux parties d'organiser un contrat qui en est proche en vertu de l'autonomie des volontés et moyennant le respect des règles impératives et d'ordre public.<sup>102</sup> Classiquement, la doctrine relève deux usages distincts de la technique fiduciaire : faciliter la constitution de sûretés ou permettre la gestion de biens pour le compte d'autrui. Seul le second usage, dénommé, fiducie-gestion (ou parfois fiducie-libéralité), retient ici notre attention. Même si les auteurs<sup>103</sup> divergent sur le modelage idéal qu'implique, de *lege ferenda*, la fiducie, ils s'accordent néanmoins sur un certain nombre de caractéristiques communes. La caractéristique essentielle du contrat de fiducie réside dans le transfert de propriété des actifs sous-jacents au profit du fiduciaire, mais grevé d'obligations de nature à restreindre l'étendue de ce droit. Le fiduciaire apparaît comme plein propriétaire à l'égard des tiers, mais, entre parties, son droit de propriété est limité en fonction des objectifs pour lequel le contrat a été conclu.

---

<sup>99</sup> Voir notamment P. A. FORIERS, « La fiducie en droit belge », in *Les opérations fiduciaires – Pratiques, validité, régime juridique dans plusieurs pays européens et dans le commerce international*, Feduci – LGDJ, Paris, pp.263- 305 (1985) ; J. HERBOTS & D. PHILIPPE (eds.), *Le Trust et la fiducie – Implications pratiques*, Bruxelles, Bruylant (1997).

100 Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la Fiducie parue au [JO n° 44 du 21 février 2007](#)

<sup>101</sup> Elle entraîne un risque de simulation : dès lors que le transfert de propriété au profit du fiduciaire est limité par une série d'obligations vidant la propriété de certains de ses attributs essentiels, le fiduciaire pourrait être qualifié de propriétaire simulé.

<sup>102</sup> La traditionnelle hostilité à l'égard de la propriété fiduciaire s'est légèrement estompée dans la foulée des travaux préparatoires à la législation du 18 juillet 1991 relative à la certification d'actions par une société fiduciaire belge. Voyez à ce sujet, A. HAELTERMAN, "*Le bureau d'administration belge*", RGF, 1991, p. 215; Discussion de l'avant-projet de loi déposé par W. DEMEESTER lors des travaux préparatoires de la loi du 18 juillet 1991, Doc. parl., Chambre, Session 1990-1991, 1107/3, p. 222; proposition de loi déposée par Messieurs DE CLERK, DUPRE et CANDRIES, Doc. parl. Chambre, Session 1994-1995, n° 748/1.

<sup>103</sup> Voir à ce sujet, M. STORME, « La confiance est bonne, mais un dual ownership est préférable – Onze éléments essentiels à prendre en considération lors de l'introduction d'une figure similaire au trust ou contrat fiduciaire en droit belge », in J. HERBOTS & D. PHILIPPE (eds.), *Le Trust et la fiducie – Implications pratiques*, Bruxelles, Bruylant, pp. 267-327 (1997).

Les biens fiduciaires échappent au recours des créanciers du fiduciaire (et aussi à celui des bénéficiaires). Ainsi, dans le cas de faillite du fiduciaire, les biens faisant l'objet de la fiducie sont intouchables par les créanciers de ce dernier. Toutefois, à raison, du principe de l'indivisibilité du patrimoine qui caractérise le droit belge, le patrimoine fiduciaire se fonde avec les autres biens du fiduciaire. A l'instar de ce qui est prévu dans la stipulation pour autrui, le bénéficiaire dispose d'un recours personnel de nature contractuelle à l'encontre du fiduciaire qui n'honore pas les objectifs de la fiducie. Il ne semble par contre pas disposer d'un droit direct à l'encontre du fiduciaire, car faute de régime légal spécifique, les auteurs s'accordent à dire que les droits des bénéficiaires doivent s'analyser comme étant ceux résultant d'une stipulation pour autrui qui a été acceptée par le bénéficiaire. A partir du moment de cette acceptation, le bénéficiaire dispose d'un recours direct contre le fiduciaire, un recours contre le fiduciaire ne pouvant ressortir que d'une action paulienne, d'une action oblique ou d'une action en responsabilité civile. Toutefois, la fiducie se distingue de la donation assortie d'une stipulation pour autrui en ce que le dépouillement du fiduciaire n'est pas irrévocable et que ce dernier n'a pas l'intention de gratifier le fiduciaire, partie au contrat, mais le bénéficiaire, dont l'acceptation est différée dans le temps. Elle s'en distingue également en ce qu'elle est une opération autonome et ne doit donc pas nécessairement s'appuyer sur un contrat principal dont elle serait l'accessoire. Le caractère vraiment *sui generis* de cette technique permettrait en outre de réaliser des montages sophistiqués en faisant échapper ces derniers aux règles juridiques impératives d'un contrat nommé voisin. A titre indicatif, la fiducie a souvent été citée comme étant l'institution la plus proche du trust qui, rappelons-le régit le mécanisme des fonds de pension en droit anglo-américain. Transposé au mécanisme des fonds de pension, on peut analyser la situation comme étant celle d'une fiducie légale par laquelle l'entreprise d'affiliation considérée comme fiduciaire transfère progressivement un patrimoine formé par des cotisations mensuelles au fonds, considéré comme fiduciaire, que ce dernier est chargé de gérer en vue de la réalisation d'engagements de retraite au profit de bénéficiaires déterminés et déterminables. En cas de dissolution du régime de pension une fois les engagements de pension exécutés, le contrat se dénouera par l'exécution d'une obligation de restituer le surplus des avoirs fiduciaires, dans les conditions prévues par le contrat (clause de retour), soit à l'entreprise, soit à un autre bénéficiaire (le fonds de vieillissement). A l'instar de la stipulation pour autrui, la fiducie telle qu'elle est classiquement définie par la doctrine, n'emporte pas de création d'un patrimoine d'affectation : le patrimoine fiduciaire se confond avec le patrimoine du fiduciaire. En matière de fonds de pension, ce danger est atténué par le fait que le

législateur oblige l'IRP à avoir pour seul objet social l'exécution des engagements de retraite et qu'au sein de cette dernière il permet une différenciation des patrimoines affectés à des régimes de retraite distincts et l'impose dans certains cas.

En l'absence de consigne de législateur sur la qualification juridique de l'opération constituant le support juridique de la relation triangulaire entre les parties intervenantes à un fonds de pension, il faut tenter d'en déterminer le caractère au moyen des règles appartenant aux opérations contractuelles nommées du droit civil. Si la relation entre le fonds et l'entreprise présente certaines des caractéristiques d'une relation de mandant à mandataire, le régime juridique légal des fonds de pension comporte toutefois certains traits originaux fortement dérogatoires au droit classique du mandat. La stipulation pour autrui constitue un cadre conceptuel plus adapté à la technique des fonds de pension. Dans ce cas, la relation entre l'entreprise et le fonds s'apparenterait –quoique de manière voir artificielle car il n'y a pas de volonté de gratifier le fonds – à une donation avec charge couplée avec une stipulation pour autrui au profit des affiliés et leurs bénéficiaires.

Cette solution rend toutefois imparfaitement compte du caractère original et *sui generis* de l'opération en cause. Pour pallier à cette insuffisance, nous avons convoqué la figure juridique de la fiducie-gestion qui présente, quant à elle, l'avantage de mieux rendre compte de la spécificité et de l'unicité de l'opération triangulaire qui est en jeu dans le mécanisme des fonds de pension. Cet avantage vaut toutefois sur un plan théorique seulement. En effet, la fiducie est une construction purement doctrinale qui ne fait pas l'objet d'une reconnaissance en droit belge. Le renvoi qui y est fait dans la pratique s'analyse tout au plus comme une modalisation contractuelle aux règles supplétives des contrats nommés existants (principalement le mandat et la stipulation pour autrui) rendue possible par le fait de la volonté des parties. En matière de fonds de pension, un doute est toutefois permis quant au point de savoir si le législateur ne s'appuie pas sur une forme de fiducie légale qu'il construirait indirectement pour les besoins spécifique du secteur des fonds de pension et autres IRP puisque, dans l'article 2, 3° de la loi relative au contrôle des IRP, le législateur y fait explicitement référence (il définit le régime de retraite comme étant « un contrat, un accord, un acte de fiducie ou des règles stipulant quelles prestations de retraite sont fournies et selon quelles modalités. »). Il s'agirait alors d'une fiducie légale très particulière dont la configuration *sui generis* est fonction de l'objectif de gestion des engagements de pension qui la sous-tend. En vertu de l'exigence d'extériorisation des engagements de pension, le régime organisé par le législateur emporte une réelle volonté d'investir le fonds de pension de la propriété des biens à gérer tant à l'égard des tiers que dans leurs rapports interne. L'exercice des droits de propriété est toutefois limité par une série d'obligations afin que cette dernière soit exclusivement affectée à la résiliation des engagements de pension au profit des affiliés et de leurs bénéficiaires. A raison de la nature et de la destination particulières des sommes en jeu (fournir des prestations

complémentaires de retraite) qui sont intimement liées au secteur de la protection sociale, le législateur est, en outre, intervenu à un double niveau. D'une part, il a organisé un régime de gouvernance spécifique des fonds de pension permettant de donner une assise solide à une administration complexe s'étendant sur une assez longue période pendant laquelle la situation de l'entreprise d'affiliation ou celle des affiliés peut se modifier (faillite, fusion, changement d'employeur, etc.). D'autre part, il a adopté diverses dispositions protectrices des affiliés et de leurs bénéficiaires dont certaines sont mise à charge de l'entreprise d'affiliation elle-même comme c'est le cas de la garantie de rendement. La nature 'fiduciaire' de la relation entre les différentes parties intervenantes à un régime de pension organisé via un fonds de pension a d'ailleurs été reconnue récemment par la Cour d'Appel de Bruxelles dans le cadre d'un contentieux fiscal où elle avalise les motifs d'une sentence arbitrale qui avait qualifié une convention entre parties à un régime de retraite via un fonds de pension de contrat de fiducie par lequel un constituant a transféré une partie de ses biens et droits à un fiduciaire à charge pour celui-ci d'agir dans un but déterminé au profit des bénéficiaires.<sup>104</sup>

#### IV. Conclusions

Dans la présente contribution, nous nous sommes attachés à exposer de manière critique la nature de la relation triangulaire qu'entretiennent les parties intervenantes à un régime de pension organisé par l'entremise d'un fonds de pension (l'entreprise d'affiliation, le fonds, les affiliés et leurs bénéficiaires) à la lumière de la réforme récente qui est intervenue à la faveur de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des IRP. Nous avons exposé les grandes lignes de cette réforme qui a pour objet d'établir l'organisation, le fonctionnement et la structure juridique et de gouvernance des fonds de pension. Un des traits marquant de ce régime tel que voulu par le législateur est l'établissement d'un cadre de gestion axé sur le principe de prudence qui est censé offrir aux gestionnaires des fonds la souplesse nécessaire pour optimiser au mieux leurs placements et répondre ainsi aux attentes des entreprises et des marchés financiers. Nous avons également évoqué les exigences protectrices des intérêts des affiliés issues de la loi relative aux pensions complémentaires.

A partir de cet exposé, nous avons mis en lumière la spécificité de la relation triangulaire qu'entretiennent les différentes parties prenantes à un fonds de pension. Nous avons tenté d'identifier certains des effets de cette relation, c'est-à-dire d'une part, les droits et obligations incombant à

<sup>104</sup> Bruxelles, le 14 septembre 2007, arrêt non publié, numéro de la cause : 2003/AR/2201.

chacune des parties prenantes relativement au respect des engagements de pension et d'autre part, la nature juridique de la propriété des actifs détenus dans le fonds. Nous avons également pointé certains problèmes non résolus par le législateur et donc en attente de clarification.

En l'absence d'indication légale claire quant à la qualification du mécanisme triangulation, nous avons alors testé l'aptitude des institutions classiques du droit civil que sont respectivement le mandat et la stipulation pour autrui à en rendre compte. Nous nous sommes également interrogés sur le point de savoir si on ne se trouvait pas en présence d'une opération de nature fiduciaire en référence à la fiducie qui pourrait en servir de support juridique.

En conclusion, les ambiguïtés persistantes couplées à l'insuffisance des cadres légaux traditionnels nous conduisent à souhaiter une intervention du législateur pour lever le voile sur la nature de la technique servant de support à cette relation triangulaire qui se rapproche le plus, nous semble-t-il, d'une formule de type fiducie-gestion. Connaissant toutefois les probables réticences du législateur à s'aventurer sur la terrain d'une formule qui ne fait pas (ou pas encore) l'objet d'une reconnaissance légale, nous souhaiterions à tout le moins que ce dernier éclaircisse quelques unes des questions problématiques évoquées précédemment, comme en témoignent nos interrogations sur les droits et recours dont disposent les intervenants pour faire respecter les engagements de pension, sur les opérations de modification des engagements de pension ainsi que sur la nature exacte de la propriété des actifs détenus dans les fonds de pension. Dans un contexte où la plupart des Etats européens disposent d'une législation adaptée aux opérations de nature fiduciaire, les autorités belges auraient tout intérêt à procéder de la sorte si elles veulent attirer à elles les fonds paneuropéens ou internationaux.