

Freizügigkeitseinrichtungen

Sinngemässe Anwendung der BVV 2-Anlagebestimmungen

Wie bei den Vorsorgeeinrichtungen steht auch bei Freizügigkeitseinrichtungen die Sicherheit der Vorsorgegelder im Vordergrund. Die Freizügigkeitseinrichtungen sind verpflichtet, die Risikofähigkeit jeder versicherten Person abzuklären.

IN KÜRZE

Der Anlagehorizont jedes einzelnen Versicherten ist nicht eruierbar. Erweiterungen der Anlagebegrenzungen gemäss BVV 2 dürften nur begrenzt möglich sein, weil es regelmässig an einer nachvollziehbaren Begründung fehlt.

Nach dem Konzept der beruflichen Vorsorge, das in den Art. 3 und 4 FZG zum Ausdruck kommt, muss der Vorsorge-schutz während der gesamten Aktivitätsdauer eines Versicherten aufrechterhalten bleiben.¹ Wird das Vorsorgeverhältnis eines Arbeitnehmers aufgelöst, ohne dass ein versichertes Risiko eingetreten ist, spricht man von einem Freizügigkeitsfall. Wenn die versicherte Person in eine neue Vorsorgeeinrichtung eintritt, ist die Austrittsleistung an die neue Vorsorgeeinrichtung zu überweisen. Erfolgt kein solcher Eintritt, muss der Vorsorge-schutz «in anderer Form» bei einer Freizügigkeitseinrichtung² erhalten bleiben. Freizügigkeitseinrichtungen gelten als Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen³ und der kantonalen Aufsicht unterstehen.⁴

In der Rechtsetzung werden die Vorsorgeeinrichtungen und die Freizügigkeitseinrichtungen regelmässig begrifflich unterschieden.⁵ Der wichtigste Unterschied liegt darin, dass der Vorsorgeschutz bei einer Vorsorgeeinrichtung kollektiv, bei einer Freizügigkeitseinrichtung hingegen individuell erfolgt. Im Rahmen der von Gesetzes wegen vorgesehenen Kontinuität setzt die Erhaltung des Vorsorgeschatzes «in anderer Form»

nichtsdestotrotz voraus, dass verschiedene Grundsätze und Bestimmungen des BVG und der BVV 2 auch für Freizügigkeitseinrichtungen zur Anwendung gelangen.

Die Sicherheit der Vorsorgegelder steht wie bei den Vorsorgeeinrichtungen auch bei Freizügigkeitseinrichtungen im Vordergrund. So ist zur Anlage der Gelder vorgeschrieben, dass diese entweder als Spareinlage bei einer dem Bankengesetz unterstellten Bank (Kontolösung) oder in der Form der anlagegebundenen Sparlösung angelegt werden dürfen (Wertschriftensparen).⁶ Für die Anlage in Wertschriften gelten die BVV 2-Bestimmungen sinngemäss.⁷

Anhand der Rechtsverhältnisse zwischen der Freizügigkeitseinrichtung und der versicherten Person stellt sich somit die Grundsatzfrage, wie in concreto die BVV 2-Anlagebestimmungen nur vergleichbar anzuwenden sind, insbesondere:

- auf welcher Ebene die Anwendung der Anlagebestimmungen erfolgen soll (auf kollektiver Ebene der gesamten Einrichtung oder auf der individuellen Ebene jedes einzelnen Versicherten),
- wer die Risikofähigkeit abklären soll und auf welcher Ebene,
- ob und inwiefern Anlageerweiterungen möglich sind.

Verhältnis zwischen der versicherten Person und der Freizügigkeitseinrichtung

Die Merkmale eines Freizügigkeitskontos sind in der Lehre und in der



Giovanni Volpe
Dott. iur.,

Senior Aufsichtsverantwortlicher,
BVG- und Stiftungsaufsicht
des Kantons Zürich (BVS)

¹ Vetter-Schreiber: Berufliche Vorsorge. 3. Auflage. Nr. 1 zu Art. 5 FZG.

² Freizügigkeitspolice werden von Versicherungen geführt und sind nicht Teil dieser Abhandlung.

³ Art. 61 Abs. 1 BVG in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 BVV 2.

⁴ Art. 1 und Art. 3 Abs. 2 lit. b BVV 1.

⁵ Vgl. etwa Art. 73 Abs. 1 lit. a BVG, Art. 271 Abs. 1 BVV 2.

⁶ Art. 19 und 19a FZV.

⁷ Art. 19a Abs. 2 FZV.

Rechtsprechung wie folgt zusammengefasst:

- Freizügigkeitskonten werden durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet und sind den Innominatverträgen zuzuordnen. Mangels eines Arbeitsverhältnisses handelt es sich um Stiftungen, zu denen die begünstigte Person in einer privatrechtlichen Vertragsbeziehung steht.⁸
- Mit dem Abschluss des Vertrags mit der Freizügigkeitseinrichtung und mit der entsprechenden Errichtung eines Freizügigkeitskontos gibt der Versicherte die kollektive Vorsorge zugunsten einer individuellen Vorsorge auf.⁹
- Die Freizügigkeitseinrichtungen unterstehen, im Unterschied zu den Vorsorgeeinrichtungen, nicht den Grundsätzen der Planmässigkeit, der Angemessenheit oder dem Kollektivitätsprinzip.¹⁰

Die «Erhaltung des Vorsorgeschutzes in anderer Form»¹¹ – die Weiterführung der kollektiven Vorsorge in Form einer individuellen Vorsorge – wird in der Verordnung wie folgt normiert: Wenn die Vorsorgegelder von der Freizügigkeitseinrichtung im eigenen Namen bei einer Bank angelegt werden, gelten sie im Sinne des Bankengesetzes als Spareinlagen der einzelnen Versicherten und nicht als kollektive Spareinlagen der gesamten Freizügigkeitseinrichtung.¹²

Dieser Grundsatz wird im Bankengesetz¹³ bestätigt, indem hier festgelegt wird, dass die Forderungen von Freizügigkeitsstiftungen nach dem Freizügigkeitsgesetz vom 17. Dezember 1993 als Einlagen der einzelnen Vorsorgenehmer und Versicherten gelten. Sie sind unabhängig von den übrigen Einlagen des einzelnen Versicherten bis zum Höchstbetrag privilegiert. Dies hat zur Folge, dass bei einem allfälligen Konkurs der Bank das Konkursprivileg (in maximalem Betrage von 100 000 Franken) pro

versicherte Person und nicht pro Einrichtung gilt. Konkret heisst das, dass die Freizügigkeitseinrichtungen selber keine klassische Bankentätigkeit ausüben dürfen und dass bei ihnen kollektive Anlagen und Risiken nicht zulässig sind.

Als Freizügigkeitskonten gelten besondere, ausschliesslich und unwiderruflich der Vorsorge dienende Verträge mit einer Stiftung, die die Voraussetzungen nach Art. 19 FZV erfüllen.¹⁴ Das Rechtsverhältnis zwischen der versicherten Person und der Freizügigkeitseinrichtung beruht auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Die versicherte Person kann selber entscheiden, mit welcher Freizügigkeitseinrichtung sie ein Vertragsverhältnis eingehen will. Sie kann jederzeit die Freizügigkeitseinrichtung wechseln¹⁵ oder innerhalb der gleichen Einrichtung eine andere Form der Anlage (reine Sparlösung oder Wertschriftensparen) wählen.

Im Gegensatz zu einer Vorsorgeeinrichtung, bei der die Vorsorgeverhältnisse im Rahmen eines Kollektivs festgelegt sind und die Destinatäre keine Freiheit haben, eine andere Vorsorgelösung (Vorsorgeanbieter) zu wählen, entstehen bei einer Freizügigkeitseinrichtung lediglich individuelle Vorsorgeverhältnisse, die jederzeit von der versicherten Person aufgelöst und andererseits neu abgeschlossen werden können. Falls die versicherte Person den Vertrag mit der Freizügigkeitseinrichtung kündigt, entspricht die Höhe ihres mitzunehmenden Vorsorgekapitals der eingebrachten Austrittsleistung mit Zins oder dem aktuellen Wert der Wertschriftenanlage.¹⁶

Im Rahmen der Erhaltung des Vorsorgeschutzes «in anderer Form» besteht somit keine rechtliche Basis, wonach die Anlage des Guthabens des einzelnen Versicherten mit derjenigen der anderen Versicherten abgestimmt werden muss. Vielmehr ist der Gesetzessystematik und dem Wortlaut der einzelnen Artikel zu entnehmen, dass es sich bei einer Freizügigkeitseinrichtung um eine individuelle Vorsorge handelt, die die Anlage der Gelder nicht kollektiv auf Stiftungsebene, sondern individuell pro Vertrag (Freizügigkeitskonto) auf Versicherten-

ebene umsetzt. Wird vom Versicherten die Möglichkeit des Wertschriftensparens gewählt (anlagegebundene Sparlösung), entspricht die Höhe des Vorsorgekapitals dem aktuellen Wert der Anlage, mit der Folge, dass jeder einzelne Versicherte das Risiko der Vermögensanlage selbst trägt.¹⁷ Allfällige Verluste, die aus der vom einzelnen Versicherten gewählten Anlagestrategie resultieren können, werden nicht solidarisch vom Kollektiv aller Versicherten getragen. Entsprechend werden auch allfällige Gewinne nur dem Guthaben des einzelnen Versicherten zugeschrieben.

Abklärung der Risikofähigkeit jedes einzelnen Versicherten

Neben der Normierung der Anwendbarkeit der BVV 2-Anlagebestimmungen legt die Bestimmung von Art. 19a Abs. 1 FZV einen weiteren Grundsatz fest: Beim Wertschriftensparen muss die versicherte Person ausdrücklich auf die jeweiligen Risiken hingewiesen werden. Es geht, wie in Abs. 2 von Art. 19a FZV präzisiert, um die Risikofähigkeit der versicherten Person und um die entsprechende Beurteilungspflicht.

Mit der Formulierung in der Passivform – «die versicherte Person muss hingewiesen werden» – wird unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass die Freizügigkeitseinrichtung den gesetzlichen Auftrag hat, beim Abschluss eines Anlagevertrags mit jeder versicherten Person die entsprechende Risikofähigkeit abzuklären. Ein Vertrag zwischen der Freizügigkeitseinrichtung und dem Versicherten (durch reglementarische Bestimmung oder individuelle Vereinbarung), wonach die Freizügigkeitseinrichtung auf die Abklärungspflicht verzichten dürfe und dies lediglich dem Versicherten überlassen würde, wäre somit rechtswidrig. Selbstverständlich kann die Freizügigkeitseinrichtung mit dieser Aufgabe fachkundige Dritte beauftragen. Sie muss aber die Regeln der Delegation beachten (Sorgfalt in der Auswahl, in der Instruktion und in der Überwachung). Der Beratungs- und Risikoaufklärungsprozess muss systematisch erfolgen und reglementarisch abgebildet sein.

⁸ Hans Michael Riemer: Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz. 2. Auflage. Seite 81.

⁹ BSV-Mitteilungen Nr. 10.

¹⁰ BGE 135 V 80 S. 87.

¹¹ Art. 4 FZG.

¹² Art. 19 Abs. 2 FZV.

¹³ Art. 37a Abs. 5 BankG.

¹⁴ Art. 10 Abs. 3 FZV.

¹⁵ Art. 12 Abs. 2 FZV.

¹⁶ Art. 13 Abs. 5 FZV.

¹⁷ Art. 13 Abs. 5 FZV und BSV-Mitteilungen Nr. 108.

Erweiterungsmöglichkeiten beim Wertschriftensparen

Mit dem Verweis auf die BVV 2-Bestimmungen (Art. 49–58) lässt der Gesetzgeber auch bei Freizügigkeitseinrichtungen die Erweiterungsmöglichkeiten gemäss Art. 50 Abs. 4 BVV 2 grundsätzlich zu. Er legt aber gleichzeitig fest, dass auch Freizügigkeitseinrichtungen die Erweiterung der Anlagemöglichkeiten nur vorsehen dürfen, falls sie die Grundsätze der Sicherheit und der angemessenen Risikoverteilung einhalten und die Erweiterung für den einzelnen Versicherten schlüssig darlegen können. Sowohl für Vorsorgeeinrichtungen als auch für Freizügigkeitseinrichtungen steht somit das Vorsichtsprinzip im Vordergrund. In Bezug auf dieses Vorsichtsprinzip hat das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 28. Dezember 2016¹⁸ festgehalten, dass die Vorsorgeeinrichtungen bei der Anlage ihres Vermögens in erster Linie darauf achten müssen, dass die Sicherheit der Erfüllung der Vorsorgezwecke gewährleistet ist.

Es stellt sich die Frage, was die Freizügigkeitseinrichtungen bei der Anlage des Vermögens besonders beachten müssen, damit die Sicherheit der Erfüllung ihrer Vorsorgezwecke gewährleistet ist.

Das FZG enthält keinen expliziten Zweckartikel. Freizügigkeitsleistungen sind aber juristisch gesehen Teil der beruflichen Vorsorge. Diese Vorsorge umfasst Massnahmen, die zusammen mit der AHV/IV «die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise erlauben». Die Besonderheit der Erhaltung des Vorsorgeschutzes «in anderer Form» liegt nämlich darin, dass das Freizügigkeitskonto, obwohl durch einen privatrechtlichen Vertrag begründet, nicht auf Freiwilligkeit beruht. Sobald eine versicherte Person in eine neue Vorsorgeeinrichtung eintritt, muss auch die Freizügigkeitseinrichtung das Vorsorgekapital für die Erhaltung des Vorsorgeschutzes der neuen Vorsorgeeinrichtung überweisen.¹⁹

Das Gesetz lässt zu, dass bei Freizügigkeitsstiftungen zwischen unterschiedlichen Anlagestrategien gewählt werden kann. Bei der Festlegung der möglichen Vermögensanlagen müssen jedoch die Freizügigkeitseinrichtungen beachten, dass es ihre erste Aufgabe ist, den Vorsorgeschutz und somit das Vorsorgekapital jedes einzelnen Versicherten soweit wie möglich zu «erhalten», damit die «Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung» weiterhin möglich bleibt.

Im Rahmen dieses gesetzlichen Konstruktes und in Bezug auf die obligatorische Abklärung der Risikofähigkeit des einzelnen Versicherten haben die Freizügigkeitseinrichtungen in erster Linie zu berücksichtigen, dass sie jederzeit verpflichtet sind, die Freizügigkeitsleistung an eine neue Vorsorgeeinrichtung zu überweisen. Die Hauptkonsequenz ist, dass die Freizügigkeitseinrichtungen nicht wirklich in der Lage sind, verlässliche Anlagehorizonte für den Versicherten zu definieren. Für Freizügigkeitseinrichtungen bedeutet die sinngemässe Anwendung der BVV 2-Anlagebestimmungen und des entsprechenden Vorsichtsprinzips, dass die Beurteilung der Risikofähigkeit insbesondere unter Beachtung der Tatsache erfolgen muss, dass der Anlagehorizont jedes einzelnen Versicherten nicht eruierbar ist und dass deswegen Erweiterungen der Anlagebegrenzungen gemäss BVV 2 mangels nachvollziehbarer Begründung nur begrenzt möglich sein dürften. Es ist unklar, wie die Eignung von absolut risikoreichen Anlagen (zum Beispiel mit einer Aktienquote von 100 Prozent) darzustellen beziehungsweise die entsprechend notwendige Erweiterung der Anlagebegrenzungen zu begründen wäre. |

¹⁸ Urteil 9C_752/2015.

¹⁹ Art. 4 Abs. 2^{bis} FZG.

WERBUNG

PUBLICITÉ

Leistungsfallmanagement

Zweitägiger Intensivkurs

Wir diskutieren und lösen Ihre Problemfälle

Die berufliche Vorsorge zeichnet sich durch eine bunte Vielfalt von Rechtsträgern und Durchführungsreglementen aus. Sich in dieser Vielfalt zurecht zu finden, stellt eine grosse Herausforderung dar. Dieser Workshop befasst sich ausschliesslich mit Fragen und Lösungsvorschlägen von Fällen aus der Praxis.

Infos und
Anmeldung unter
www.vps.ch

12. und 13. Mai 2020, Nottwil

Institutions de libre passage

Application par analogie des dispositions en matière de placement de l'OPP 2

À l'instar des institutions de prévoyance, la sécurité des capitaux de prévoyance est une priorité pour les institutions de libre passage.

Les institutions de libre passage sont tenues de déterminer la capacité de risque de toutes les personnes assurées.

EN BREF

L'horizon de placement de chaque assuré ne peut pas être déterminé. Les extensions aux limitations de placement selon l'OPP 2 ne doivent être possibles que de façon limitée, parce qu'il manque régulièrement une justification compréhensible.

D'après le concept de la prévoyance professionnelle qui s'exprime aux art. 3 et 4 LFLP, la protection de la prévoyance doit être maintenue pendant toute la durée d'activité d'un assuré.¹ Si la relation de prévoyance d'un salarié est résiliée sans qu'un risque assuré soit survenu, on parle de cas de libre passage. Si la personne assurée entre dans une nouvelle institution de prévoyance, la prestation de sortie doit être virée à la nouvelle institution de prévoyance. En l'absence d'une telle sortie, la protection de prévoyance doit être maintenue «sous une autre forme» dans une institution de libre passage². Les institutions de libre passage sont considérées comme des institutions dont le but est la prévoyance professionnelle³ et qui sont soumises à la surveillance cantonale.⁴

Dans la législation, les institutions de prévoyance et les institutions de libre passage sont régulièrement distinguées au plan conceptuel.⁵ La principale différence réside dans le fait que la protection de prévoyance d'une institution de prévoyance est collective, alors qu'elle est individuelle dans une institution de libre passage. Dans le cadre de la continuité prévue par la loi, le maintien de la couverture de prévoyance «sous une autre

forme» suppose néanmoins que différents principes et dispositions de la LPP et de l'OPP 2 s'appliquent également pour les institutions de libre passage.

La sécurité des capitaux de prévoyance est une priorité pour les institutions de libre passage comme pour les institutions de prévoyance. Ainsi, il est prescrit à propos du placement des capitaux que ceux-ci peuvent être placés soit sous forme de dépôt d'épargne auprès d'une banque soumise à la loi sur les banques (solution de compte), soit sous forme d'épargne liée à des placements (épargne-titres).⁶ Les dispositions de l'OPP 2 s'appliquent par analogie au placement en titres.⁷

En raison de la relation juridique entre l'institution de libre passage et la personne assurée, la question de principe qui se pose est donc de savoir comment les dispositions sur le placement de l'OPP 2 s'appliquent concrètement de manière uniquement comparable, notamment:

- à quel niveau les dispositions en matière de placement doivent s'appliquer (au niveau collectif de toute l'institution ou au niveau individuel de chaque assuré),
- qui doit déterminer la capacité de risque et à quel niveau,
- si et comment l'élargissement des placements est possible.

Relation entre la personne assurée et l'institution de libre passage

Les caractéristiques d'un compte de libre passage sont résumées ainsi dans la doctrine et dans la jurisprudence:

¹ Vetter-Schreiber: Berufliche Vorsorge. 3^e édition. N° 1 sur l'art. 5 LFLP.

² Les polices de libre passage sont gérées par les assurances et ne relèvent pas de cet article.

³ Art. 61 al. 1 LPP en relation avec l'art. 47 al. 1 OPP 2.

⁴ Art. 1 et art. 3 al. 2 let. b OPP 1.

⁵ Cf. p. ex. l'art. 73 al. 1 let. a LPP, art. 27i al. 1 OPP 2.

⁶ Art. 19 et 19a OLP.

⁷ Art. 19a al. 2 OLP.

- Les comptes de libre passage sont fondés sur un contrat de droit privé et relèvent des contrats innommés. Faute de relation de travail, il s'agit de fondations avec lesquelles le bénéficiaire entretient une relation contractuelle de droit privé.⁸
- En souscrivant le contrat avec l'institution de libre passage et avec la mise en place correspondante d'un compte de libre passage, l'assuré passe d'une prévoyance collective à une prévoyance individuelle.⁹
- À la différence des institutions de prévoyance, les institutions de libre passage ne sont pas soumises aux principes de la planification, de l'adéquation ou de la collectivité.¹⁰

Le «maintien de la prévoyance sous une autre forme»¹¹ – la poursuite de la prévoyance collective sous la forme d'une prévoyance individuelle – est normalisé comme suit dans l'ordonnance: si les capitaux de prévoyance de l'institution de libre passage sont placés en son nom auprès d'une banque, ils sont considérés comme des dépôts d'épargne de chacun des assurés et non comme des dépôts d'épargne collectifs de toute l'institution de libre passage, au sens de la loi sur les banques.¹²

Ce principe est confirmé dans la loi sur les banques,¹³ où il est stipulé que les créances des fondations de libre passage au sens de la loi du 17 décembre 1993 sur le libre passage sont considérées comme étant celles de chacun des preneurs de prévoyance ou assurés. Elles sont privilégiées, indépendamment des autres dépôts de chacun des assurés, à concurrence du montant maximal. Il s'ensuit que le privilège en cas de faillite (en montants maximaux de 100 000 francs) s'applique par personne assurée et non par institution en cas de faillite éventuelle de la banque. Concrètement, cela signifie que les institutions de libre passage ne sont pas elles-mêmes autorisées à exercer une

activité bancaire classique et que les placements et risques collectifs leurs sont interdits.

Par comptes de libre passage, on entend des contrats spéciaux qui sont affectés exclusivement et irrévocablement à la prévoyance et qui ont été conclus avec une fondation qui remplit les conditions fixées à l'art. 19 OLP.¹⁴ Le rapport juridique entre la personne assurée et l'institution de libre passage est fondé sur le principe de la liberté de contracter. La personne assurée peut elle-même décider avec quelle institution de libre passage elle entend conclure une relation contractuelle. Elle peut en tout temps changer d'institution de libre passage¹⁵ ou choisir une autre forme de placement dans la même institution (épargne pure ou épargne-titres).

Contrairement à une institution de prévoyance où les rapports de prévoyance sont définis dans le cadre d'un collectif et où les destinataires n'ont aucune liberté de choisir une autre solution de prévoyance (prestataire de prévoyance), une institution de libre passage connaît uniquement des rapports de prévoyance individuels que la personne assurée peut résilier en tout temps pour les conclure ailleurs. Si la personne assurée résilie le contrat avec l'institution de libre passage, le montant de son capital de prévoyance à emporter correspond à la prestation de sortie apportée, majorée des intérêts, ou à la valeur actuelle du placement en titres.¹⁶

Dans le cadre du maintien de la couverture de prévoyance «sous une autre forme», il n'y a donc pas de base légale selon laquelle le placement de l'avoir de chaque assuré doit être coordonné avec celui des autres assurés. La systématique de la loi et le texte des différents articles indiquent plutôt que l'institution de libre passage est une prévoyance individuelle qui ne place pas les capitaux collectivement au niveau de la fondation, mais individuellement par contrat (compte de libre passage) au niveau de l'assuré. Si l'assuré choisit la possibilité de l'épargne-titre (épargne liée à des placements), le montant du capital de prévoyance correspond à la valeur actuelle

du placement, avec pour conséquence que chaque assuré supporte lui-même le risque du placement de capitaux.¹⁷ Les pertes éventuelles susceptibles de résulter de la stratégie de placement choisie par l'assuré ne sont pas supportées solidairement par le collectif de tous les assurés. Par conséquent, les bénéfices éventuels ne sont également crédités que sur l'avoir de chaque assuré.

Clarification de la capacité de risque de chaque assuré

En plus de la normalisation de l'applicabilité des dispositions en matière de placement de l'OPP 2, la disposition de l'art. 19a al. 1 OLP définit un principe supplémentaire: en cas d'épargne-titre, la personne assurée doit être expressément avisée des risques correspondants. Ainsi que le précise l'art. 19a al. 2 OLP, il s'agit de la capacité de risque de la personne assurée et de l'obligation d'évaluation correspondante.

La formulation à la forme passive – «la personne informée doit être informée» – exprime indubitablement que l'institution de libre passage a le mandat légal de clarifier la capacité de risque de toute personne assurée lors de la conclusion d'un contrat de placement. Un contrat entre l'institution de libre passage et l'assuré (au moyen d'une disposition réglementaire ou d'une convention individuelle) selon lequel l'institution de libre passage serait autorisée à renoncer à l'obligation de clarification et où celle-ci serait de la seule responsabilité de l'assuré, serait donc illicite. L'institution de libre passage peut évidemment confier cette tâche à des tiers compétents. Elle doit cependant respecter les règles de la délégation (diligence lors de la sélection, de l'instruction et de la surveillance). Le processus de conseil et de clarification des risques doit être systématique et réglementaire.

Possibilités d'extension dans l'épargne-titres

En renvoyant aux dispositions de l'OPP 2 (art. 49-58), le législateur autorise cependant en principe les possibilités d'extension selon l'art. 50 al. 4 OPP 2, également pour les institutions de libre

⁸ Hans Michael Riemer: Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz. 2^e édition. Page 81.

⁹ Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 10.

¹⁰ ATF 135 V 80, p. 87.

¹¹ Art. 4 LFLP.

¹² Art. 19 al. 2 OLP.

¹³ Art. 37a al. 5 LB.

¹⁴ Art. 10 al. 3 OLP.

¹⁵ Art. 12 al. 2 OLP.

¹⁶ Art. 13 al. 5 OLP.

¹⁷ Art. 13 al. 5 OLP et Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 108.

passage. Mais il détermine parallèlement que les institutions de libre passage ne peuvent prévoir l'extension des possibilités de placement que si elles respectent les principes de la sécurité et de la répartition des risques appropriée et peuvent présenter l'extension de façon concluante pour chaque assuré. Le principe de prudence est donc une priorité pour les institutions de prévoyance comme pour les institutions de libre passage. Concernant ce principe de prudence, le Tribunal fédéral a retenu dans son arrêt du 28 décembre 2016¹⁸ que les institutions de prévoyance doivent avant tout veiller, lors du placement de leur fortune, à ce que la sécurité de réalisation des objectifs de prévoyance soit garantie.

La question qui se pose est de savoir ce à quoi les institutions de libre passage doivent être particulièrement attentives lors du placement de la fortune, pour que la sécurité de réalisation de leurs objectifs de prévoyance soit garantie.

La LFLP ne comporte pas d'article explicitement consacré au but. D'un point de vue juridique, les prestations de libre passage font cependant partie de la prévoyance professionnelle. Cette prévoyance inclut des mesures qui, conjointement

avec l'AVS/AI, «permettent de maintenir le niveau de vie antérieur de façon appropriée». La particularité du maintien de la couverture de prévoyance «sous une autre forme» réside en effet dans le fait que le compte de libre passage ne repose pas sur le volontariat, bien qu'il soit fondé sur un contrat de droit privé. Dès qu'une personne assurée entre dans une nouvelle institution de prévoyance, l'institution de libre passage doit également virer le capital de prévoyance pour le maintien de la couverture de prévoyance de la nouvelle institution de prévoyance.¹⁹

La loi autorise les fondations de libre passage à choisir entre différentes stratégies de placement. Lors de la définition des placements possibles, les institutions de libre passage doivent cependant noter que leur première mission consiste à «maintenir» autant que possible la couverture de prévoyance et donc le capital de prévoyance de chaque assuré, pour que le «maintien du niveau de vie antérieur» reste possible.

Dans le cadre de cette structure juridique et en référence à la clarification obligatoire de la capacité de risque de chaque assuré, les institutions de libre

passage doivent avant tout tenir compte du fait qu'elles sont en tout temps tenues de virer la prestation de libre passage à une nouvelle institution de prévoyance. La principale conséquence en est que les institutions de libre passage ne sont pas vraiment en mesure de définir des horizons de placement fiables pour l'assuré. Pour les institutions de libre passage, l'application par analogie des dispositions en matière de placement de l'OPP2 et du principe de prudence correspondant signifie que l'évaluation de la capacité de risque doit notamment être réalisée en tenant compte du fait que l'horizon de placement de chaque assuré ne peut pas être déterminé et que les extensions des limitations de placement selon l'OPP2 ne devraient être possibles que de manière limitée, faute de justification compréhensible. La manière dont l'adéquation de placements extrêmement risqués (par exemple avec une quote-part actions de 100%) devrait être représentée ou dont l'extension des limitations de placement requise en conséquence pourrait être justifiée est incertaine. |

Giovanni Volpe

¹⁸ Arrêt 9C_752/2015.

¹⁹ Art. 4 al. 2^{bis} LFLP.

WERBUNG

PUBLICITÉ

Pensionskassenführung für Stiftungsräte

Infos und
Anmeldung unter
www.vps.ch

Der Intensivkurs vermittelt Rechtsgrundlagen, Versicherungstechnik, Kapitalanlagen und Rechnungswesen in kompakter Form. Profitieren Sie als Workshopteilnehmer/in vom Erfahrungsaustausch, von der Aktualisierung des Wissensstands und der Festigung des theoretischen und praktischen Fachwissens.

Zweitägiger Einführungs-Workshop mit zahlreichen Case Studies

27. Februar und 5. März 2020, Luzern