

BGE 143 V 208

# Bedeutung für das Recht der Anlagestiftungen

Das Bundesgericht hat sich zur Frage der gesetzlichen Grundlage von Art. 32 Abs. 1 der Verordnung über die Anlagestiftungen klar geäußert.

## IN KÜRZE

Das Bundesgericht stellte fest, dass der Wortlaut von Art. 53k lit. c und d BVG offen sei. Der Gesetzestext gebe lediglich vor, dass der Verordnungsgeber Bestimmungen über die Organisation und die Anlage zu erlassen habe.

Im Urteil 9C\_304/2016 vom 23. Mai 2017 setzte sich das Bundesgericht mit der Frage nach der Gesetzeskonformität von Art. 32 Abs. 1 der Verordnung vom 10. und 22. Juni 2011 über die Anlagestiftungen<sup>1</sup> auseinander.<sup>2</sup> Der dem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt war die Strukturierung mehrerer Gesellschaften unter dem Dach einer Gruppe, und dies unter der Mitwirkung von vier Anlagestiftungen.

## Ausgangslage

Diese vier Anlagestiftungen waren von der Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge (OAK) angewiesen worden, ihre Gruppenstruktur anzupassen und ihre Beteiligungen verordnungskonform zu gestalten. Zur Begründung führte die OAK an, dass die Anlagestiftungen ihre Beteiligungen an der betroffenen Aktiengesellschaft im Anlagevermögen hielten und dass keine der vier Stiftungen eine Kapital- und Stimmenmehrheit beziehungsweise das Alleineigentum an dieser Aktiengesellschaft halte. Die ASV sehe nicht vor, dass Management-Gesellschaften im Anlagevermögen gehalten werden dürften. Selbst wenn die Beteiligungen der Stiftungen an der betroffenen Aktiengesellschaft in das Stammvermögen verschoben würden, wäre das von der Gruppe aufgesetzte Geschäftsmodell mit der ASV nicht vereinbar.<sup>3</sup>



**Dr. Aline Kratz-Ulmer**

Rechtsanwältin bei Hubatka Müller Vetter  
Rechtsanwälte in Zürich

## Gesetzeskonformität von Art. 32 Abs. 1 ASV

Zusammenfassend führte das Bundesgericht im vorliegenden Urteil aus, wenn dem Bundesrat – also dem Verordnungsgeber (in concreto das BSV) – durch die gesetzliche Delegation für die Regelung auf Verordnungsstufe ein sehr weiter Ermessensspielraum eingeräumt werde, sei dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Gericht verbindlich.<sup>4</sup> In einem solchen Fall dürfe das Gericht bei der Überprüfung einer Verordnungsbestimmung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Verordnungsgebers setzen. Bezüglich der Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trage der Verordnungsgeber die Verantwortung. Es sei nicht Aufgabe des Gerichts, sich zur wirtschaftlichen oder politischen Sachgerechtigkeit dieser Massnahme zu äussern.<sup>5</sup>

Das Gericht stellte fest, dass der Wortlaut von Art. 53k lit. c und d BVG offen sei. Der Gesetzestext gebe lediglich vor, dass der Verordnungsgeber Bestimmungen über die Organisation und die Anlage zu erlassen habe, ohne Leitplanken auf dem Erlass-Weg vorzugeben.<sup>6</sup>

## Schier endloser Delegationsrahmen

Aus den Ausführungen ist also zu folgern, dass bei Art. 53k lit. c und d BVG angesetzt werden sollte. Auf die Argumente der Beschwerdeführerinnen hin, dem Gesetzgeber sei es darum gegangen, den bestehenden Anlagestiftungen im

<sup>1</sup> ASV; SR 831.403.2.

<sup>2</sup> BGE 143 V 208, S. 208 ff.

<sup>3</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. März 2016, S. 2, E.C.; BGE 143 V 208 S. 208 f., E.A und 3.3.

<sup>4</sup> BGE 143 V 208, S. 212, E.4.3; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. März 2016, S. 10, E.4.5.

<sup>5</sup> BGE 143 V 208, S. 212, E.4.3

<sup>6</sup> Vgl. BGE 143 V 208, S. 212, E.5.1.

BVG eine gesetzliche Grundlage zu verschaffen, eine unabhängige Aufsichtsbehörde zu schaffen und die gelebte Praxis strukturell beizubehalten, führte das Bundesgericht aus, dass keine eindeutigen Anhaltspunkte vorlägen, die darauf hinweisen würden, dass der Gesetzgeber die Anlagestiftungen strukturell nicht habe antasten wollen.<sup>7</sup>

Das Gericht begründet dies wie folgt: Wenn der Gesetzgeber die gelebten Strukturen unverändert im Gesetz hätte bewahren wollen, wie er dies im Art. 53i Abs. 3 BVG auch mit dem Einanlegerfonds (das heisst Einanleger-Anlagegruppe) getan habe, so hätte er dies leicht im Gesetztext festhalten können. Dies habe der Gesetzgeber jedoch gerade nicht getan, sondern vielmehr eine im Wortlaut klare und im Inhalt nicht weiter einschränkende Delegationsnorm erlassen, die keinen Raum für eine widersprechende Auslegung bietet.

<sup>7</sup> BGE 143 V 208, S. 212 ff., E.5.1 und 5.3.

Abschliessend hält das Gericht fest, dass den Gesetzesmaterialien demzufolge keine entscheidende Rolle zukomme.<sup>8</sup> Selbst wenn dem aber so sei, weist das Gericht darauf hin, dass die Gesetzesmaterialien zwar als Anhaltspunkt dienen, jedoch für das Gericht nicht eindeutig genug gewesen seien.

#### Ergebnis

Das Gericht gesteht ein, dass der Verordnungsgeber ein hohes Mass an Regulierung eingeführt und damit renditestarke Anlagestiftungen eingeengt habe. Daraus allein lässt sich nach Ansicht des Gerichts allerdings nicht ableiten, dass der Verordnungsgeber über die ihm übertragene Kompetenz hinausgegangen sei. Es sei und bleibe Tatsache, dass der Gesetzgeber einen widerspruchsfreien und schier endlosen Delegationsrahmen abgesteckt habe, den er hätte einschränken müssen.

<sup>8</sup> BGE 143 V 208, S. 215, E.5.3.

Es wäre daher begrüssenswert, wenn der Gesetzgeber den dem Verordnungsgeber zugewiesenen Delegationsrahmen nochmals hinterfragen würde, damit sich ähnliche Urteile in Zukunft vermeiden lassen. |

#### Revision der ASV

Zurzeit wird die Verordnung über die Anlagestiftungen (ASV) bereits nach sieben Jahren revidiert. Die geplante Verordnungsänderung bezweckt – nebst der Stärkung der Anlegerversammlung – die Anlagemöglichkeiten und die Flexibilität der Anlagestiftungen durch mehrere Massnahmen zu erweitern.\* Dies könnte als Eingeständnis seitens des Verordnungsgebers gedeutet werden, dass sich dieser beim Erlass der ASV, und dies wohl auch bei gewissen Bestimmungen zu Strukturen, zu restriktiv verhalten hat.

\* Medienmitteilung des Bundesrats vom 14. September 2018, abrufbar unter: «Mehr Flexibilität für Anlagestiftungen».

WERBUNG

PUBLICITÉ

DER PARTNER FÜR  
AUTONOME  
PENSIONSKASSEN

 **ECOVOR**

GESCHÄFTSFÜHRUNG  
VORSORGEVERWALTUNG  
RECHNUNGSWESEN  
BERATUNG UND SCHULUNG  
STELLVERTRETUNG

STIFTUNGSGRÜNDUNGEN  
STIFTUNGSFUSIONEN  
STIFTUNGSLIQUIDATIONEN

[ecovor.ch](https://ecovor.ch)

ATF 143 V 208

# Importance pour le droit des fondations de placement

Le Tribunal fédéral a clairement exposé sa position concernant la base légale de l'art. 32 al. 1 de l'ordonnance sur les fondations de placement.

EN BREF

Le Tribunal fédéral a constaté que le choix des termes de l'art. 53k let. c et d LPP était très ouvert. Le texte de loi précise simplement que le régulateur doit édicter des prescriptions sur l'organisation et le placement.

Dans son arrêt 9C\_304/2016 du 23 mai 2017, le Tribunal fédéral s'est penché sur la question<sup>1</sup> de la conformité à la loi de l'art. 32 al. 1 de l'ordonnance sur les fondations de placement<sup>2</sup> des 10 et 22 juin 2011. Le fait sur lequel porte l'arrêt était la structuration de plusieurs sociétés sous le faite d'un groupe avec la participation de quatre fondations de placement.

## Situation initiale

La Commission de haute surveillance de la prévoyance professionnelle (CHS) avait ordonné aux quatre fondations de placement en question d'adapter la structuration de leur groupe et de donner à leurs participations une forme conforme à l'ordonnance au motif que les fondations de placement détenaient leurs participations dans la société anonyme concernée dans leur fortune et qu'aucune des quatre fondations ne possédait une majorité de capital et de voix, ni n'était propriétaire unique de cette société anonyme. Elle avait allégué que l'OFPP ne prévoyait pas la possibilité de détenir des sociétés de gestion dans la fortune. Et que même si les participations des fondations dans la société anonyme concernée étaient transférées dans la fortune de base, le modèle commercial choisi par le groupe ne serait pas compatible avec l'OFPP.<sup>3</sup>

## Conformité de l'art. 32 al. 1 OFPP

En résumé, le Tribunal fédéral a exposé dans l'arrêt visé que si une très vaste

marge discrétionnaire était accordée au Conseil fédéral – en l'occurrence le régulateur (in concreto l'OFPP) – par la délégation légale de la réglementation au niveau de l'ordonnance, le Tribunal était tenu de respecter cette latitude aux termes de l'art. 190 cst.<sup>4</sup> Et que dans un tel cas, le Tribunal ne pouvait pas substituer sa propre discrétion à celle du régulateur lors de la vérification d'une disposition réglementaire. Concernant l'adéquation de la mesure ordonnée, il a renvoyé la responsabilité au régulateur, estimant que ce n'était pas à lui de se prononcer au sujet de la pertinence économique ou politique de cette mesure.<sup>5</sup>

Le Tribunal a constaté que le libellé de l'art. 53k let. c et d LPP était ouvert. Que le texte de loi prescrivait simplement que le régulateur devait édicter des dispositions sur l'organisation et le placement, sans imposer de limites par voie d'ordonnance.<sup>6</sup>

## Un cadre de délégation pratiquement illimité

De ce qui précède, il ressort donc que c'est par l'art. 53k let. c et d LPP qu'il faudrait commencer. Aux plaignants qui arguaient que le législateur avait voulu créer une base légale dans la LPP pour les fondations de placement existantes, créer une autorité de surveillance indépendante et maintenir les structures vécues dans la pratique, le Tribunal fédéral a opposé qu'il n'existait pas d'indication claire confirmant que le législateur

<sup>1</sup> ATF 143 V 208, p. 208 ff.

<sup>2</sup> OFPP; RS 831.403.2.

<sup>3</sup> Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 16 mars 2016, p. 2, consid.C; ATF 143 V 208, p. 208 s., consid.A et 3.3.

<sup>4</sup> ATF 143 V 208, p. 212, consid.4.3; cf. aussi arrêt du Tribunal administratif fédéral du 16 mars 2016, p. 10, consid.4.5.

<sup>5</sup> ATF 143 V 208, p. 212, consid.4.3.

<sup>6</sup> Cf. ATF 143 V 208, p. 212, consid.5.1.

n'avait pas voulu toucher aux structures des fondations de placement.<sup>7</sup>

Son raisonnement: Si le législateur avait effectivement souhaité préserver les structures vécues telles quelles dans la loi, comme il l'avait fait à l'art. 53i al. 3 LPP

<sup>7</sup> ATF 143 V 208, p. 212 ff., E.5.1 et 5.3.

### Révision de l'OFPP

L'ordonnance sur les fondations de placement (OFPP) est actuellement en révision après seulement sept ans. La modification prévue de l'ordonnance a pour but de renforcer l'assemblée des investisseurs, mais aussi d'élargir les possibilités de placement et la marge de manœuvre des fondations de placement au moyen de différentes mesures.\* On pourrait y voir la concession du régulateur qu'il a été trop restrictif dans le libellé de l'OFPP et sans doute aussi de certaines dispositions concernant les structures.

\* Communiqué de presse du Conseil fédéral du 14 septembre 2018, téléchargeable sous le titre: «Davantage de flexibilité pour les fondations de placement».

pour le fonds de placement à un seul investisseur (c'est-à-dire le groupe de placement constitué d'un seul investisseur), il aurait pu aisément le faire dans le texte de loi. Or le législateur n'en a rien fait, mais a émis une norme de délégation clairement libellée et sans contenu restrictif, qui n'offre pas de marge d'interprétation contraire.

En considération de quoi le Tribunal conclut que les travaux préparatoires ne jouent pas un rôle déterminant.<sup>8</sup> Et que même si cela devait être le cas, ces travaux préparatoires auraient pu donner des repères, mais n'étaient pas assez évidents pour le Tribunal.

### Conclusion

Le Tribunal concède que le régulateur est allé loin dans sa réglementation et a ainsi restreint la liberté de fondations de placement à forte rentabilité. Selon lui, ce seul fait ne permet cependant pas de conclure que le régulateur a dépassé les compétences dont il a été investi. Car d'après le Tribunal, le fait reste que le lé-

<sup>8</sup> ATF 143 V 208, p. 215, E.5.3.

gislateur a défini un cadre de délégation cohérent et presque infini qu'il aurait dû restreindre.

Il serait souhaitable, dans le cas d'espèce, que le législateur revienne encore une fois sur le cadre de délégation assigné au régulateur afin que des arrêts similaires puissent être évités à l'avenir. |

Aline Kratz-Ulmer

WERBUNG

PUBLICITÉ

# Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen

## Aktuelle Fragen

In der beruflichen Vorsorge gewinnen die Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen eine immer grössere Bedeutung. Als Player im Markt mit zahlreichen Firmenanschlüssen, müssen sie sich mit ganz anderen Fragen befassen, als eine Firmenpensionskasse. Diese Tagung ist auf Fragestellungen von Vorsorgeeinrichtungen mehrerer Arbeitgeber ausgerichtet.

**Donnerstag, 23. Mai 2019, Zürich Flughafen**

**NEU**

Infos und  
Anmeldung unter  
[www.vps.ch](http://www.vps.ch)