

Sorgfaltspflichten von Vorsorgeeinrichtungen

# Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit

Nimmt eine bislang als Arbeitnehmerin versicherte Person eine selbständige Erwerbstätigkeit auf, so führt dies zum Ausscheiden aus dem BVG-Obligatorium, sofern die selbständige Erwerbstätigkeit nicht bloss nebenberuflich ausgeübt wird. Vielfach sieht sich die Vorsorgeeinrichtung mit einem Barauszahlungsgesuch der bislang bei ihr versicherten Person konfrontiert. Worauf muss die Vorsorgeeinrichtung achten?

## IN KÜRZE

Liegt noch keine AHV-Beitragsverfügung vor, sind von der gesuchstellenden Person Unterlagen einzureichen, zum Beleg, dass sie eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen will oder bereits aufgenommen hat. Die Zustimmung des Ehegatten muss für den gesamten Betrag der Barauszahlung erfolgen.

Als Grundsatz gilt, dass die Vorsorgeeinrichtung gegenüber der versicherten Person oder deren (ehemaligem) Ehegatten beziehungsweise eingetragenen Partner/in bereits für leichte Fahrlässigkeit aufgrund einer Verletzung des Vorsorgevertrags (Art. 97 OR) haftet. Es kann mithin bereits eine leichte Unsorgfalt der Vorsorgeeinrichtung zu erheblichen finanziellen Konsequenzen führen.

Das Bundesgericht erachtet es als Sorgfaltswidrigkeit, wenn vom Sorgfaltsmassstab abgewichen wird, den eine gewissenhafte und sachkundige Einrichtung der beruflichen Vorsorge unter mit dem konkreten Fall vergleichbaren Umständen bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben beachten würde.<sup>1</sup>

Die Prüfung hat verschiedene Aspekte abzudecken, insbesondere:

– Wird tatsächlich eine selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen? Besteht keine weitere Unterstellung unter das BVG-Obligatorium?

Bei einem Gesuch um Barauszahlung:

– Ist die austretende Person verheiratet oder lebt sie in eingetragener Partnerschaft?

Falls ja:

– Liegt die rechtsgültige Zustimmung des Ehegatten/eingetragenen Partners vor?

– Umfasst die Zustimmung die gesamte Austrittsleistung?

Bei Auszahlung an Dritte:

– Sind diese gehörig bevollmächtigt, den Auszahlungsbetrag entgegenzunehmen?

## Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit

*Anlehnung an die AHV und eigene Vorkehren*

Damit eine bislang versicherte Person aus der obligatorischen beruflichen Vorsorge entlassen werden kann, bedarf es des Nachweises, dass sie keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgeht oder fortan eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt. Bei der Beurteilung des Versicherungsstatus lehnt sich die Vorsorgeeinrichtung üblicherweise an das AHV-Statut an, wenngleich dieses für sie nicht formell verbindlich ist.<sup>2</sup> Die Sorgfaltspflicht verlangt somit zumindest, dass sich die Vorsorgeeinrichtung die AHV-rechtliche Statusverfügung von der versicherten Person beibringen lässt, bevor sie diese als Selbständigerwerbende anerkennt. Das Bundesgericht hat festgestellt, dass die vom Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) aufgestellten Regeln massgebend sind.<sup>3</sup>

Daraus folgt Folgendes: Die Einrichtung der beruflichen Vorsorge – also nicht nur die Vorsorgeeinrichtung im engeren Sinne, sondern ebenso Freizü-

### Marc Hürzeler

Prof. Dr. iur., Sozialversicherungsfachmann mit eidg. FA, Ordinarius für Sozialversicherungsrecht an der Universität Luzern



### Franziska Bur Bürgin

Advokatin und dipl. Steuerexpertin, Ludwig + Partner AG, Basel



<sup>1</sup> Vgl. BGer 9C\_109/2016 vom 29. Juni 2016, E. 2.3 m.w.H.

<sup>2</sup> Vgl. BGE 115 Ib 37 E. 4.

<sup>3</sup> Vgl. BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 137, Rz 904.

gigkeitseinrichtungen – darf sich auf die Qualifizierung der Gegenstand der Prüfung bildenden Tätigkeit als selbständige Erwerbstätigkeit durch die AHV abstützen. Sie hat aber eigenständig zu prüfen, ob diese Tätigkeit im Haupterwerb oder lediglich im Nebenerwerb ausgeübt wird.<sup>4</sup> Liegt noch keine AHV-Beitragsverfügung vor, sind von der gesuchstellenden Person Unterlagen einzureichen, zum Beleg, dass sie tatsächlich eine selbständige Erwerbstätigkeit aufnehmen will oder bereits aufgenommen hat. Hierzu dienen zum Beispiel der Mietvertrag für Geschäftsräumlichkeiten, Arbeitsverträge mit Mitarbeitenden, bereits vorhandene Verträge mit Kunden, ein Businessplan, Werbeunterlagen etc.<sup>5</sup>

#### *Falsche Zahlungsadresse führt nicht (automatisch) zur Doppelzahlungspflicht*

Offen gelassen hat die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung, ob auch dann eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, wenn die gesuchstellende Person eine leitende Funktion in einer AG oder GmbH wahrnimmt und alleinig oder mehrheitlich am Gesellschaftskapital beteiligt ist.<sup>6</sup> Hinsichtlich des Risikos einer Sorgfaltspflichtverletzung der Vorsorgeeinrichtung hat das Bundesgericht in diesem Zusammenhang aber auch festgestellt, dass die Zahlung der Austrittsleistung an die versicherte Person statt an eine neue Vorsorgeeinrichtung nur eine Überweisung an die falsche Zahlungsadresse, nicht aber an die falsche Person bildet. Dies hat zur Konsequenz, dass die versicherte Person keinen Anspruch mehr gegen die Vorsorgeeinrichtung hat, wenn sie selbst die falsche Zahlung veranlasst und die Austrittsleistung bereits erhalten hat. Das heisst, sie kann weder für sich noch für die neue Vorsorgeeinrichtung die Zahlung ein zweites Mal verlangen. In diesem Fall kann also auch eine zu Unrecht erfolgte Barauszahlung für die Vorsorgeeinrichtung befreiende Wirkung haben.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Dies ist insbesondere im Zusammenhang mit der Regelung von Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV 2 wichtig.

<sup>5</sup> Vgl. BGer 9C\_109/2016 vom 29. Juni 2016, E. 4.2.

<sup>6</sup> Vgl. BGer 9C\_109/2016 vom 29. Juni 2016, E. 4.3.

<sup>7</sup> Vgl. BGer 9C\_109/2016 vom 29. Juni 2016, E. 4.1.

Diese Rechtsprechung ist zu begrüssen, da sie Missbräuchen zulasten von Vorsorgeeinrichtungen entgegenwirkt. Dennoch kann sich die Vorsorgeeinrichtung aber grundsätzlich nur auf die Einhaltung ihrer Sorgfaltspflichten berufen, wenn sie die vorgenannten Kriterien beachtet.

### **Besondere Sorgfaltspflichten bei Barauszahlungen**

#### *Massgeblichkeit der konkreten Umstände des Einzelfalls*

Wird eine Barauszahlung der Austrittsleistung bei Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit verlangt, so ist seitens der Vorsorgeeinrichtung grosse Aufmerksamkeit geboten. Ist die gesuchstellende Person verheiratet oder lebt sie in einer eingetragenen Partnerschaft, so setzt die Barauszahlung die schriftliche Zustimmung des Ehegatten beziehungsweise der eingetragenen Partnerin voraus (Art. 5 Abs. 2 FZG). Die Rechtsprechung hat klargestellt, dass das Mass der von der Vorsorgeeinrichtung aufzuwendenden Aufmerksamkeit bei der Prüfung, ob die Zustimmung des Ehegatten rechtsgültig erfolgt ist, von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängt. Grundsätzlich muss die Sorgfalt umso höher sein, je weniger die Vorsorgeeinrichtung die gesuchstellende Person und deren Familienverhältnisse kennt. Um Schadenersatzfolgen zu vermeiden, sollte daher nicht darauf verzichtet werden, dass vom Versicherten eine beglaubigte unterschriebene Zustimmung des Ehegatten beigebracht werden muss. Als ungenügendes Vorgehen seitens der Vorsorgeeinrichtung erachtete das Bundesgericht hinsichtlich der Echtheit der Unterschrift namentlich das blosses Vergleichen des Barauszahlungsformulars mit der Unterschrift der Ehegattin auf einer Kopie des Reisepasses.<sup>8</sup>

Die Zustimmung des Ehegatten muss für den gesamten Betrag der Barauszahlung erfolgen. Besondere Vorsicht ist für die Vorsorgeeinrichtung deshalb geboten, wenn die Zustimmung unter Bedingungen und Einschränkungen erfolgt. Muss nämlich die Vorsorgeeinrichtung

<sup>8</sup> Vgl. BGer 9C\_153/2010 vom 1. September 2010, E. 4.

bei der erforderlichen Sorgfalt merken, dass die schriftliche Zustimmung des Ehegatten nicht unmissverständlich, vorbehalt- und bedingungslos erfolgt, verletzt sie ihre Sorgfaltspflicht, wenn sie ungeachtet dessen die Barauszahlung vornimmt.<sup>9</sup>

#### *Besondere Aufmerksamkeit bei geschiedenen Versicherten*

Besondere Aufmerksamkeit ist seitens der Vorsorge- oder Freizügigkeitseinrichtung auch bei Versicherten aufzuwenden, die zwar bereits geschieden sind, bei welchen aber der Vorsorgeausgleich noch nicht vollzogen wurde. Das Bundesgericht hat hier allerdings bislang noch festgehalten, dass eine Überprüfung des Zivilstands und der Angaben auf dem Antragsformular genügt, nicht aber weitergehende Nachforschungen zu allen denkbaren Problemsituationen, die sich im Zusammenhang mit der Auszahlung allenfalls ergeben könnten, angestellt werden müssen. So verlangte das Bundesgericht insbesondere nicht, bei geschiedenen Versicherten das Scheidungsurteil einzuverlangen und den Vollzug eines darin angeordneten Vorsorgeausgleichs zu überprüfen.<sup>10</sup>

#### *Achtung:*

##### *Elektronische Aktenaufbewahrung*

Das Bundesgericht hat entschieden, dass die Vorsorgeeinrichtung das Risiko für die Leistungserbringung an einen unberechtigten Dritten trägt. Daran ändert nichts, dass die Vorsorgeeinrichtungen aufgrund von Art. 27i BVV 2 befugt sind, ihre Akten elektronisch aufzubewahren. Werden also die Dokumente mit den Originalunterschriften eingescannt, nimmt die Vorsorgeeinrichtung in Kauf, dass ihr bei Vernichtung der Originale der Echtheitsbeweis misslingt.<sup>11</sup> Diese Rechtslage kann für die Vorsorgeeinrichtungen zusätzliche Gefahren im Zusammenhang mit ihrer Sorgfaltspflicht bei Barauszahlungen mit sich bringen. |

<sup>9</sup> Vgl. hierzu BGer 9C\_862/2012 vom 11. Juli 2013, E. 3.2.

<sup>10</sup> Vgl. BGE 135 V 425 E. 6.6.3.

<sup>11</sup> Vgl. BGer 9C\_634/2014 vom 31. August 2015.



Obligations de diligence des institutions de prévoyance

# Démarrage d'une activité lucrative indépendante

Si une personne jusqu'à présent assurée comme salarié-e démarre une activité lucrative indépendante, elle sort du régime obligatoire LPP, pour autant que l'activité lucrative indépendante ne soit pas juste exercée à titre accessoire. L'institution de prévoyance est souvent confrontée à une demande de versement en espèces de la personne qu'elle assurait jusqu'à présent. Quels sont les aspects auxquels l'institution de prévoyance doit être attentive?

## EN BREF

Lorsqu'il n'existe pas encore de décision de cotisations de l'AVS, la personne assurée doit remettre des documents afin de prouver qu'elle démarre une activité lucrative indépendante ou l'a déjà démarrée. Le conjoint doit approuver l'intégralité du montant du versement en espèces.

L'institution de prévoyance répond envers la personne assurée ou son (ancien) conjoint ou partenaire enregistré de toute négligence, même minime, résultant d'une violation du contrat de prévoyance (art. 97 CO). Un léger manquement au devoir de diligence de l'institution de prévoyance peut déjà avoir de lourdes conséquences financières.

Le Tribunal fédéral estime que tout écart par rapport à la diligence dont une institution de prévoyance professionnelle consciencieuse et qualifiée doit faire preuve dans l'exercice des tâches qui lui ont été confiées, dans des circonstances comparables au cas concret, est contraire au devoir de diligence.<sup>1</sup>

Le contrôle doit couvrir différents aspects, notamment:

- Une activité lucrative indépendante a-t-elle vraiment démarré? N'existe-t-il aucun autre assujettissement au régime obligatoire LPP?

Dans le cas d'une demande de versement en espèces:

- La personne sortante est-elle mariée ou vit-elle en partenariat enregistré?

Si oui:

- Le conjoint/partenaire enregistré a-t-il donné son accord valable?
- L'approbation englobe-t-elle la totalité de la prestation de sortie?

En cas de versement à des tiers:

- ceux-ci sont-ils dûment mandatés pour recevoir le montant du versement?

## Démarrage d'une activité lucrative indépendante

### Référence à l'AVS et propres précautions

Pour qu'une personne précédemment assurée puisse être libérée de la prévoyance professionnelle obligatoire, la preuve doit être apportée qu'elle n'exerce plus aucune activité lucrative ou qu'elle exerce désormais une activité lucrative indépendante. Lors de l'appréciation du statut d'assurance, l'institution de prévoyance se réfère habituellement au statut AVS, même si celui-ci n'est pas formellement contraignant pour elle.<sup>2</sup> Le devoir de diligence requiert donc au minimum que l'institution de prévoyance demande à la personne assurée de produire la décision de l'AVS sur son statut, avant de la reconnaître en tant qu'indépendant-e. Le Tribunal fédéral a constaté que les règles établies par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) étaient déterminantes.<sup>3</sup>

Il s'ensuit que l'institution de prévoyance professionnelle (donc pas seulement l'institution de prévoyance au sens strict, mais aussi les institutions de libre

<sup>1</sup> Cf. l'arrêt du TF 9C\_109/2016 du 29 juin 2016, consid. 2.3, avec de nombreux commentaires.

<sup>2</sup> Cf. ATF 115 Ib 37, consid. 4.

<sup>3</sup> Cf. OFAS, Bulletin de la prévoyance professionnelle n° 137, Cm 904.

passage) peut s'appuyer sur la qualification de l'activité examinée comme indépendante par l'AVS. Elle doit toutefois vérifier elle-même si cette activité est exercée à titre principal ou seulement accessoire.<sup>4</sup> Lorsqu'il n'existe pas encore de décision de cotisations de l'AVS, l'assuré doit remettre des documents afin de prouver qu'il démarre effectivement une activité lucrative indépendante ou l'a déjà démarrée. Il peut s'agir, par exemple, d'un contrat de location pour des locaux commerciaux, de contrats de travail avec des employés, de contrats existants avec des clients, d'un business plan, de matériel publicitaire, etc.<sup>5</sup>

*Une adresse de paiement erronée n'entraîne pas (automatiquement) l'obligation de payer deux fois*

La récente jurisprudence du Tribunal fédéral n'a pas répondu à la question de savoir s'il y a activité lucrative indépendante même lorsque l'assuré-e exerce une fonction dirigeante dans une SA ou une s.à.r.l. et détient une participation exclusive ou majoritaire dans le capital de la société.<sup>6</sup> En ce qui concerne le risque de violation de l'obligation de diligence par l'institution de prévoyance, le Tribunal fédéral a également constaté à ce propos que le paiement de la prestation de sortie à la personne assurée et non à la nouvelle institution de prévoyance ne constituait qu'un virement à la mauvaise adresse de paiement et non à la mauvaise personne. Il s'ensuit que la personne assurée n'a plus aucune prétention à l'encontre de l'institution de prévoyance si elle est elle-même à l'origine du paiement erroné et a déjà reçu la prestation de sortie. Autrement dit, elle ne peut pas exiger le paiement une deuxième fois, ni pour elle-même ni pour la nouvelle institution de prévoyance. Dans ce cas, un versement en espèces effectué à tort peut donc également avoir un effet libératoire pour l'institution de prévoyance.<sup>7</sup> Cette jurisprudence doit être saluée, car elle remé-

die aux abus à la charge des institutions de prévoyance. L'institution de prévoyance ne peut néanmoins invoquer le respect de ses obligations de diligence que si elle respecte les critères précités.

**Obligations de diligence particulières en cas de versements en espèces**

*Caractère déterminant des circonstances concrètes du cas particulier*

Lorsqu'un versement en espèces de la prestation de sortie est exigé lors du démarrage d'une activité lucrative indépendante, l'institution de prévoyance doit être extrêmement vigilante. Si l'assuré est marié ou s'il vit en partenariat enregistré, le versement en espèces requiert l'approbation écrite du conjoint ou du partenaire enregistré (art. 5 al. 2 LFLP). La jurisprudence a déterminé que la vigilance dont l'institution de prévoyance doit faire preuve lors du contrôle visant à déterminer que l'approbation du conjoint a été dûment accordée dépend des circonstances concrètes du cas particulier. La diligence doit en principe être d'autant plus grande que l'institution de prévoyance connaît peu l'assuré et sa situation familiale. Pour éviter toute conséquence en matière de dédommagement, il ne faudrait donc pas renoncer à demander à l'assuré la fourniture d'une approbation signée et authentifiée du conjoint. Le Tribunal fédéral estime que la seule comparaison du formulaire de versement en espèces avec la signature du conjoint sur une copie du passeport ne constitue pas une précaution suffisante de l'institution de prévoyance concernant l'authenticité de la signature.<sup>8</sup>

Le conjoint doit approuver l'intégralité du montant du versement en espèces. Une prudence particulière est de mise pour l'institution de prévoyance en cas d'approbation conditionnelle et restrictive. Si l'institution qui fait preuve de la diligence requise constate en effet que l'approbation écrite du conjoint n'est pas inconditionnelle, sans équivoque et sans réserves, elle enfreint son obligation de diligence en procédant malgré tout au versement en espèces.<sup>9</sup>

*Attention particulière concernant les assurés divorcés*

L'institution de prévoyance ou de libre passage doit également être particulièrement attentive lorsque les assurés sont certes déjà divorcés, mais que le partage de la prévoyance professionnelle n'a pas encore été réalisé. Jusqu'à présent, le Tribunal fédéral a cependant encore retenu qu'une vérification de l'état civil et des informations sur le formulaire de demande suffisait et qu'il n'était pas nécessaire d'effectuer de plus amples recherches sur toutes les situations problématiques imaginables susceptibles de se produire en relation avec le versement. Ainsi, le Tribunal fédéral n'a notamment pas exigé de l'institution de prévoyance qu'elle réclame le jugement de divorce des assurés divorcés et qu'elle contrôle l'exécution du partage de la prévoyance professionnelle ordonné dans ledit jugement.<sup>10</sup>

*Attention: conservation électronique du dossier*

Le Tribunal fédéral a décidé que l'institution de prévoyance supportait le risque afférent à la fourniture de la prestation à un tiers non autorisé. Le fait que les institutions de prévoyance soient autorisées à conserver leurs dossiers sous forme électronique en vertu de l'art. 27i OPP 2 n'y change rien. Lorsque les documents comportant les signatures originales sont numérisés, l'institution de prévoyance accepte donc le fait qu'elle ne pourra pas apporter la preuve de l'authenticité en cas de destruction des originaux.<sup>11</sup> Pour les institutions de prévoyance, cette situation juridique peut comporter des risques supplémentaires en relation avec leur obligation de diligence en cas de versements en espèces. |

**Marc Hürzeler  
Franziska Bur Bürgin**

<sup>4</sup> C'est particulièrement important en relation avec la réglementation de l'art. 1j al. 1 let. c OPP 2.

<sup>5</sup> Cf. l'arrêt du TF 9C\_109/2016 du 29 juin 2016, consid. 4.2.

<sup>6</sup> Cf. l'arrêt du TF 9C\_109/2016 du 29 juin 2016, consid. 4.3.

<sup>7</sup> Cf. l'arrêt du TF 9C\_109/2016 du 29 juin 2016, consid. 4.1.

<sup>8</sup> Cf. l'arrêt du TF 9C\_153/2010 du 1<sup>er</sup> septembre 2010, consid. 4.

<sup>9</sup> Cf. à ce sujet l'arrêt du TF 9C\_862/2012 du 11 juillet 2013, consid. 3.2.

<sup>10</sup> Cf. ATF 135 V 425, consid. 6.6.3.

<sup>11</sup> Cf. l'arrêt du TF 9C\_634/2014 du 31 août 2015.