

Organisationsverantwortung

Delegationsfehler rächen sich

Die Redewendung «Vertrauen ist gut, Kontrolle besser» gilt auch für das oberste Organ, das Aufgaben delegiert. Was heisst das konkret? Wie kann es sich entlasten, wenn eine mit der Aufgabe betraute Stelle einen Fehler begeht und der Vorsorgeeinrichtung dadurch ein Schaden entsteht?

Für die vielfältigen Aufgaben, die eine Vorsorgeeinrichtung zu bewältigen hat – strategische Entscheidungen, Vermögensanlage, technische und kaufmännische Buchführung sowie weitere operative Belange – drängt sich eine arbeitsteilige Organisation auf. Der Gesetzgeber geht von ihr aus, schreibt sie aber nicht zwingend vor.

Er überlässt die Organisationsverantwortung dem obersten Organ und greift nur punktuell ein. So hat er dem obersten Organ zwingend die Zuständigkeit für die zentralen Führungsaufgaben gemäss Art. 51a Abs. 2 BVG zugewiesen. Sie dürfen dem obersten Organ nicht entzogen werden und es ist ihm untersagt, sie abzugeben. Weiter hat der Gesetzgeber Mindestanforderungen definiert, die Personen und Institutionen erfüllen müssen, die das oberste Organ mit der Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung oder ihrer Vermögensanlage betraut¹ und sie den Vorschriften über Integrität und Loyalität unterstellt.²

Grundlagen und gültige Delegation

Im Rahmen seiner Organisationsverantwortung hat das oberste Organ die nötigen reglementarischen Bestimmungen zu erlassen³ und zu beleben. Dabei erfolgreiche Delegationen sollen nicht nur die Zuständigkeit für verschiedene Aufgaben übertragen, sondern auch die Verantwortung für deren korrekte Ausführung und Erledigung. Das oberste Organ

will sich ja nicht nur von der Arbeit entlasten, sondern vor allem auch von einer allfälligen Haftung für eine fehlerhafte Ausführung. Eine fehlerhafte Delegation wirkt sich haftungsrechtlich gleich aus wie eine unterbliebene: Zuständigkeit und Verantwortung für die korrekte Erfüllung der Aufgabe verbleiben beim obersten Organ.

Einen Fall versäumter Delegation entschied das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich.⁴ Die Vorsorgeeinrichtung hatte Invaliditätsfälle zwar rückversichert, es aber in einem Fall versäumt, diesen rechtzeitig der Versicherungsgesellschaft zu melden. Im Umfang der teilweise verjährten und daher nicht rückvergüteten Leistungen erlitt die Vorsorgeeinrichtung einen Schaden. Das oberste Organ hatte zudem keinen Beschluss gefasst, der die Verwaltungsgesellschaft mit umfassenden Geschäftsführungsaufgaben betraut hätte. Zuständigkeit und Verantwortung für die Versicherungsmeldung, eine typisch operative Aufgabe, waren daher beim obersten Organ verblieben. Es haftete für den Fehler der unterlassenen Meldung und den dadurch entstandenen Schaden.

Auswahl und Instruktion

Eine saubere Delegation beginnt mit der sorgfältigen Auswahl des Delegationsempfängers. Wie detailliert ein Anforderungsprofil auszugestalten, ob eine Ausschreibung vorzunehmen und zur Unterstützung eine unabhängige Drittperson beizuziehen ist, hängt von der zu



Kurt C. Schweizer
Dr., LL.M.,
Rechtsanwalt Meilen

¹ Art. 48f BW 2.

² Art. 48g BW 2.

³ Art. 50 BVG sowie für Vermögensanlage, Art. 49a BVV 2.

⁴ Urteil vom 30. September 2021 (BV.2018.00 016).

besetzenden Stelle ab. Auf jeden Fall ist der Selektionsprozess so zu strukturieren, dass er eine fehlende Übereinstimmung der Kompetenzen eines Bewerbers mit dem Anforderungsprofil mit ausreichender Sicherheit aufdeckt.⁵

Verbreitet ist, für die Verwaltungsaufgaben eine bekannte Gesellschaft zu wählen, die zudem den Geschäftsführer stellt. Das delegierende Organ vertraut darauf, dass ein «Big Name» im Schadenfall einem Vorwurf entgegenstehen würde, es habe einen ungeeigneten Leistungserbringer gewählt. Diese Annahme greift aber nur, wenn nicht bereits während des Auswahlverfahrens wegen einer bekannten hohen Fluktuation oder aus anderen Gründen Zweifel hätten aufkommen sollen, ob die Gesellschaft für diese Aufgabe ein Team abstellen kann, das Kontinuität und Qualität gewährleistet.

Schon in der Selektionsphase kann es für die Mitglieder eines obersten Organs trotz Schulung schwierig sein, die Angaben und Auskünfte zu überprüfen, die sie von fachlich oft überlegenen Kandidaten erhalten. Dasselbe kann für das zweite Kriterium der sauberen Delegation gelten, für die sorgfältige Instruktion.

Verwaltungsgesellschaften streben standardisierte Abläufe an und bevorzugen von ihnen verfasste Verträge, die allenfalls nur unter «Besondere Bestimmungen» oder dergleichen auf die individuellen Besonderheiten der Vorsorgeeinrichtung eingehen. Spitz formuliert, instruiert der Leistungserbringer sich selbst, wenn das oberste Organ einen solchen Vertrag übernimmt, ohne den darin enthaltenen Aufgabenkatalog sorgfältig überprüft und auf nötigen Ergänzungen oder Präzisierungen bestanden zu haben. Je nach Tragweite der Delegation ist das oberste Organ auch für die Instruktionsphase auf Unterstützung durch eine unabhängige Fachperson angewiesen.

Überwachung

Die sorgfältigste Auswahl und Instruktion sind nutzlos, wenn dem obersten

Organ mangels geeigneter Überwachungsmassnahmen schädigende Handlungen oder Unterlassungen des Delegationsempfängers entgehen.

Ein Beispiel aus der Rechtsprechung⁶: Über mehrere Jahre begangene Veruntreuungen der im Zahlungsverkehr Einzelunterschrift führenden Buchhalterin blieben lange unentdeckt. Die Mitglieder des Überwachungsausschusses hatten im Vertrauen auf die langjährige Zusammenarbeit auf Kontrollen verzichtet. Zudem hatten es die Mitglieder des obersten Organs unterlassen, sich vom Ausschuss Bericht über erfolgte Kontrollen erstatten zu lassen. Sowohl die Mitglieder des Ausschusses als auch diejenigen des obersten Organs hatten ihre Überwachungsaufgabe vernachlässigt und hafteten deshalb.

Grundlage der Überwachung ist ein internes Kontrollsystem (IKS),⁷ dessen Angemessenheit die Revisionsstelle zu prüfen und bestätigen hat.⁸ Regelmässig schreibt es als eine seiner Präventionsmassnahmen das Vier-Augen-Prinzip vor. Beachtung verdient sodann, dass eine Verwaltungsgesellschaft für die an sie delegierten Aufgaben ihr eigenes IKS anwendet. Dessen Angemessenheit hat sich das oberste Organ im Auswahlprozess und danach regelmässig bestätigen zu lassen.

Das IKS allein ist kein Garant für eine korrekte Aufgabenerfüllung. Zu kontrollieren bleibt, ob es gelebt und eingehalten wird. Das IKS kann die spontane, aktive Kontrolle in angemessenen Intervallen⁹ nicht ersetzen. Im eigenen Interesse dokumentiert das delegierende Organ solche Kontrollen des Delegationsempfängers. Von Kommissionen und Ausschüssen hat das oberste Organ regelmässige Berichterstattungen zu verlangen. Hält sich ein delegierendes Organ an die rechtlichen Schranken und diesen Sorgfaltsmassstab, hat es intakte Chancen, dass es sich im Schadenfall von einer Haftung entlasten kann. |

TAKE AWAYS

- Das oberste Organ kann sich nur mit sauberer Delegation entlasten, wenn eine mit der Erledigung betraute Stelle der Vorsorgeeinrichtung einen Schaden verursacht.
- Eine Delegation bedarf zuerst einmal einer ausreichenden reglementarischen Grundlage und eines gültigen Delegationsbeschlusses.
- Grundlage der Überwachung bildet ein angemessenes internes Kontrollsystem (IKS), doch braucht es regelmässige zusätzliche, dokumentierte Kontrollen.

⁵ Siehe auch Artikel «Delegationen – Wahrnehmung der Gesamtverantwortung», in: Schweizer Personalvorsorge 12/2007, S. 81 ff., und dort zitierte Belegstellen (abrufbar unter <https://bit.ly/3REU0Lt>).

⁶ Bundesgericht, Urteil 9C_786/2103 vom 18. Dezember 2014.

⁷ Art. 50 Abs. 1 lit. d BVG.

⁸ Art. 35 Abs. 2 BVV 2.

⁹ 9C_786/2013 (zit. Fn 6), Erw. 6.3: mindestens einmal pro Jahr.

Responsabilité organisationnelle

La revanche des erreurs de délégation

L'expression «faire confiance, c'est bien; contrôler, c'est mieux» vaut également pour l'organe suprême qui délègue des tâches. Qu'est-ce que cela signifie concrètement? Comment peut-il se dédouaner lorsqu'une instance chargée d'une tâche commet une erreur, causant ainsi un préjudice à l'institution de prévoyance?

Une organisation fondée sur la division du travail s'impose au vu des tâches variées – décisions stratégiques, placement de la fortune, comptabilité technique et commerciale et autres questions opérationnelles – qui incombent à une institution de prévoyance. Le législateur se base sur une telle organisation, sans toutefois la prescrire de manière contraignante.

Il laisse la responsabilité de l'organisation à l'organe suprême et n'intervient que de façon ponctuelle. Ainsi, il a obligatoirement attribué à l'organe suprême la compétence pour les tâches de gestion centrales visées à l'art. 51a al. 2 LPP. L'organe suprême ne peut pas en être privé et il lui est interdit de les déléguer. Le législateur a en outre défini des exigences minimales que les personnes et les institutions auxquelles l'organe suprême confie la gestion de l'institution de prévoyance ou de ses placements¹ doivent remplir et les a assujetties aux prescriptions relatives à l'intégrité et à la loyauté.²

Bases et délégation valable

Dans le cadre de sa responsabilité organisationnelle, l'organe suprême doit édicter³ et animer les dispositions réglementaires nécessaires. Les délégations accordées dans ce cadre doivent non seulement transférer la compétence pour les différentes tâches, mais aussi la responsabilité pour leur exécution et mise en œuvre correcte. En effet, l'organe su-

prême ne veut pas uniquement se décharger du travail, mais aussi et surtout d'une responsabilité éventuelle pour une exécution défailante. En termes de responsabilité, une délégation erronée a les mêmes effets qu'une absence de délégation: la compétence et la responsabilité pour l'exécution correcte de la tâche incombent toujours à l'organe suprême.

Le tribunal des assurances sociales du canton de Zurich a statué sur un cas de délégation manquée.⁴ L'institution de prévoyance avait certes réassuré des cas d'invalidité, mais avait omis dans un cas de le signaler en temps utile à la société d'assurance. L'institution de prévoyance a subi un préjudice à hauteur des prestations partiellement prescrites et donc non remboursées. Par ailleurs, l'organe suprême n'avait pas pris de décision qui aurait doté la société de gestion de tâches de gestion complètes. Aussi l'organe suprême a-t-il conservé la compétence et la responsabilité pour l'annonce à l'assurance, une tâche typiquement opérationnelle. L'erreur de l'omission de l'annonce et le préjudice qui en a résulté étaient donc de sa responsabilité.

Choix et instruction

Une délégation correcte commence par le choix avisé du délégataire. Le niveau de détail du profil d'exigences, la nécessité d'un appel d'offres et le recours à un tiers indépendant à des fins d'assistance dépendent de la fonction à pourvoir. Le processus de sélection doit en

¹ Art. 48f OPP 2.

² Art. 48g OPP 2.

³ Art. 50 LPP ainsi que pour le placement de la fortune: art. 49a OPP 2.

⁴ Jugement du 30 septembre 2021 (BV.2018.00 016).

TAKE AWAYS

- L'organe suprême ne peut se dédouaner qu'au moyen d'une délégation correcte, si une instance de l'institution de prévoyance chargée de l'exécution occasionne un préjudice.
- Une délégation a d'abord besoin d'une base réglementaire suffisante et d'une décision de délégation valable.
- La surveillance se base sur un système de contrôle interne (SCI) approprié, mais des contrôles supplémentaires documentés et réguliers sont nécessaires.

tous cas être structuré de manière à ce qu'il détecte avec une certitude suffisante l'absence de conformité entre les compétences d'un candidat et le profil d'exigences.⁵

Il est courant de choisir une société connue pour les tâches de gestion, celle-ci fournissant en outre le directeur. L'organe déléguant se fie au fait qu'un «Big Name» permettrait, en cas de sinistre, de s'opposer au reproche d'avoir choisi un prestataire inapproprié. Or, cette hypothèse ne prend que si des doutes n'avaient pas déjà dû apparaître pendant la procédure de sélection, à cause d'une fluctuation élevée connue ou pour d'autres raisons, que la société est en mesure de constituer pour cette tâche une équipe garantissant la continuité et la qualité.

Dès la phase de sélection et malgré la formation, il peut être difficile pour les membres d'un organe suprême de vérifier les indications et les renseignements qu'ils reçoivent de candidats qui leurs sont souvent supérieurs d'un point de vue technique. Il peut en être de même du deuxième critère de la délégation correcte, à savoir l'instruction minutieuse.

Les sociétés de gestion visent des procédures standardisées et privilégient les contrats qu'elles ont rédigés, qui n'abordent éventuellement les spécificités individuelles de l'institution de prévoyance que dans les «dispositions parti-

culières» ou dans des rubriques similaires. Pour le formuler de manière piquante, le prestataire s'instruit lui-même lorsque l'organe suprême reprend un tel contrat, sans avoir soigneusement examiné le catalogue des tâches qui y figure et avoir insisté pour que soient intégrés les compléments ou précisions nécessaires. Selon la portée de la délégation, l'organe suprême a également besoin du soutien d'un spécialiste indépendant pour la phase d'instruction.

Surveillance

La sélection et l'instruction les plus minutieuses sont inutiles si l'organe suprême ne détecte pas les actes ou les omissions dommageables du délégataire, faute de mécanismes de surveillance adaptés.

Un exemple issu de la jurisprudence:⁶ les abus de confiance commis pendant plusieurs années par la comptable au bénéfice d'une signature individuelle pour le trafic des paiements sont longtemps restés dissimulés. En raison de leur confiance fondée sur une collaboration de longue date, les membres de la commission de surveillance avaient renoncé aux contrôles. Par ailleurs, les membres de l'organe suprême avaient omis de demander à la commission de leur rendre compte des contrôles effectués. Tant les membres de la commission que ceux de l'organe suprême avaient négligé leur tâche de surveillance et leur responsabilité a donc été engagée.

La surveillance se base sur un système de contrôle interne (SCI),⁷ dont le caractère approprié doit être vérifié et confirmé par l'organe de contrôle.⁸ Il prescrit régulièrement le principe de la double vérification parmi ses mesures de prévention. Il faut ensuite prêter attention au fait qu'une société de gestion applique son propre SCI aux tâches qui lui ont été déléguées. L'organe suprême doit demander confirmation de son caractère approprié durant le processus de sélection et de façon régulière par la suite.

Le SCI ne garantit pas à lui seul une exécution correcte des tâches. Il faut encore contrôler qu'il est bien appliqué et respecté. Le SCI ne peut pas remplacer un contrôle actif à une fréquence appropriée.⁹ L'organe déléguant documente de tels contrôles du délégataire dans son propre intérêt. L'organe suprême doit régulièrement exiger des rapports des commissions et comités. Lorsqu'un organe suprême s'en tient aux limites légales et à ces critères de diligence, il a toutes les chances d'être dégagé de toute responsabilité en cas de sinistre. |

Kurt C. Schweizer

⁵ Voir aussi l'article «Délégations – exercice de la responsabilité globale», in: *Prévoyance Professionnelle Suisse* 12/2007, p. 81 ss, et les références qui y sont citées (consultable sur <https://bit.ly/3REUOLt>).

⁶ Tribunal, fédéral, arrêt 9C_786/2103 du 18 décembre 2014.

⁷ Art. 50 al. 1 let. d LPP.

⁸ Art. 35 al. 2 OPP 2.

⁹ 9C_786/2013 (cit. note de bas de page 6), consid. 6.3: au moins une fois par an.