

A photograph of four business professionals in a modern office hallway. On the left, a woman in a white blazer and dark top is talking to a man in a dark suit and red tie. To his right, another woman in a grey suit is talking to a man in a dark suit. They are all smiling and appear to be in a positive conversation. The hallway has large windows on the left side, offering a view of a cityscape. The ceiling is white with recessed lighting.

Pension Services

La responsabilité du Conseil de Fondation

Francine Oberson

Responsable Gérances & Admin. Suisse romande

Genève, le 15 novembre 2024

Agenda - réassurance

- 1. Cadre légal**
- 2. Les personnes responsables**
- 3. Les conditions matérielles de la responsabilité**
- 4. La responsabilité en générale et la sous-traitance**
- 5. La responsabilité pénale**
- 6. Cas pratique**

Le Conseil de Fondation

Aperçu des tâches (art. 51a LPP):

Organe suprême de l'institution de prévoyance :

- Assure la direction générale
- Veille à l'exécution de ses tâches légales
- Détermine les objectifs et principes stratégiques ainsi que les moyens permettant de les mettre en œuvre
- Définit l'organisation de l'institution de prévoyance
- Veille à sa stabilité financière
- Surveille la gestion



Les tâches intransmissibles et inaliénables du Conseil de Fondation

Définition du système de financement	Déf. des prestations, des plans et de la répartition des fonds libres	Ediction et modification de règlements	Etablissement et approbation des comptes annuels
Définition du taux technique et des bases techniques	Définition de l'organisation	Organisation de la comptabilité	Garantie de l'information des assurés
Garantie de la formation initiale et continue de ses membres	Nomination et révocation des personnes chargées de la gestion	Nomination et révocation de l'expert et de l'organe de révision	Décision concernant la réassurance
Définition des objectifs et principes de la stratégie financière, de l'exécution du processus de placement et de surveillance	Contrôle de la concordance entre la fortune et les engagements	Définition des conditions de rachats	Pour les IP publiques: rapports avec les employeurs

Cadre légal de la responsabilité

- Art. 52 al. 1 LPP: Les personnes *chargées d'administrer ou de gérer l'institution de prévoyance* et les experts en matière de prévoyance professionnelle *répondent du dommage* qu'ils lui causent intentionnellement ou par négligence.
- Art. 52 al. 5 LPP: *l'art. 755 CO s'applique par analogie à la responsabilité de l'organe de révision.*
- Valable pour la partie obligatoire, sur-obligatoire et hors-obligatoire (art. 49 al. 2 ch. 8 LPP et 89a al. 6 ch. 6 CC)



Les personnes responsables en première ligne

- Toutes les personnes chargées d'administrer ou de gérer l'institution de prévoyance, soit :
 - Les membres du Conseil de fondation
 - Le gestionnaire administratif, technique et comptable
 - Les personnes qui de par leur activité influencent les décisions du Conseil de fondation (même si elles ne font pas partie des organes de la Fondation)
 - Etc.
- L'expert en matière de prévoyance professionnelle
- L'organe de révision

Les personnes responsables en deuxième ligne

- L'une des tâches du Fonds de garantie est la couverture des prestations légales et réglementaires en cas d'insolvabilité d'une Fondation de prévoyance
- Art. 56a al. 1 LPP: *Le fonds de garantie peut, vis-à-vis des personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance ou de la caisse de pensions affiliée, participer aux prétentions de l'institution au moment du versement des prestations garanties et jusqu'à concurrence de celles-ci.*
- Lorsque le Fonds de garantie doit intervenir, toutes les personnes responsables de l'insolvabilité sont touchées : autorité de surveillance, Haute autorité de surveillance, employeur, divers consultants, réassureur, ...

Les 4 conditions matérielles de la responsabilité

1. **Acte illicite** : violation d'une disposition de la prévoyance professionnelle ou d'un contrat

Exemple : selon l'art. 50 al. 1 OPP 2, l'institution de prévoyance doit choisir, gérer et contrôler soigneusement les placements qu'elle opère, si elle ne le fait pas, il peut y avoir un acte illicite

2. **Existence d'un dommage patrimonial** : diminution de la fortune de la Fondation / augmentation non-réalisée. Exemples :

- détournement
- achat d'un immeuble surévalué
- omission d'exercer un recours contre un tiers responsable

Les 4 conditions matérielles de la responsabilité

3. Existence d'une faute (intentionnelle ou par négligence) – même légère

- Le tribunal examine la faute (même légère) en tenant compte des règles de prudence que doit appliquer une personne consciencieuse : devoir de diligence et devoir de fidélité
- La **diligence** requise s'apprécie au regard de critères objectifs et correspond à ce qu'un homme consciencieux et raisonnable, appartenant au même cercle que le responsable, tiendrait pour exigible dans des circonstances identiques (ATF 139 V 176 consid. 8.3) :
 - Un conseil de fondation consciencieux a la **capacité d'évaluer les risques de ses actes** et **consulte** en temps utile un expert, par exemple l'organe de révision, l'expert en prévoyance professionnelle ou un spécialiste en placement
 - Avant de prendre une décision, le membre du conseil de fondation doit s'assurer qu'il dispose d'informations suffisantes et qu'elles sont disponibles sous une forme compréhensible
 - Il participe personnellement aux réunions du conseil de fondation et contribue activement à la prise de décision
- Le devoir de **fidélité** peut être défini comme l'obligation qui impose à son débiteur de favoriser les intérêts d'un tiers bénéficiaire, le cas échéant en faisant passer ses propres intérêts après ceux dudit bénéficiaire

Les 4 conditions matérielles de la responsabilité

4. Lien de causalité (naturelle et adéquate)

- Relation de cause à effet entre l'événement et le résultat
- Causalité naturelle: sans l'événement, le dommage ne se serait pas produit du tout ou il ne serait pas survenu de la même manière
- La causalité est adéquate si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, le fait considéré était propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, la survenance de ce résultat paraissant de façon générale favorisée par une telle circonstance

La responsabilité en général

- Seuls les lésés peuvent faire valoir leur droit
- La Fondation doit être dans l'incapacité de payer les prestations réglementaires
- La non-participation aux séances, l'abstention lors des décisions, le manque d'expérience ou le manque de connaissance ne diminuent pas la responsabilité. En cas de compétence incomplète, le Conseil doit s'entourer de spécialistes (consultant en placement, expert, organe de contrôle, etc.)
- Chacun répond de l'entier du dommage vis-à-vis des tiers, possibilité ensuite de se retourner contre l'un des membres
- Le tribunal ne fait pas de différence entre les représentants de l'employeur et les représentants des assurés
- Les membres répondent du dommage avec leur propre fortune ou si elle existe avec l'assurance RC du Conseil

Le mandat de sous-traitance

- Il est possible si cela est prévu par le règlement et autorisé dans le cadre de l'art. 51a LPP
- La responsabilité du Conseil de Fondation est limitée à ¹:
 - la sélection du mandataire
 - à l'instruction claire du mandataire
 - à la surveillance du mandataire
- La surveillance est primordiale ; en cas d'absence de contrôle adéquat, par exemple du gestionnaire de fortune, le conseil de fondation est entièrement responsable des erreurs commises par ce dernier
- Le principe au niveau de la surveillance est que plus le sous-traitant est qualifié, moins le contrôle se doit d'être être important
- Plus les connaissances du conseil de fondation sont faibles, plus le suivi doit être fort (contrôle de gestion, reporting, signature collective, séparation des fonctions, etc.)

¹ MONNARD SÉCHAUD, p. 279 ; TRIGO TRINDADE, Fondations de prévoyance et responsabilité : développements récents, *in* Institutions de prévoyance : devoirs et responsabilité civile, 2006, p. 151 ; GULLO, p. 59 ss

Le mandat de sous-traitance

- Toutefois, le conseil de fondation ne peut pas déléguer toutes ses tâches
- Le législateur a prévu que certaines tâches seraient inaliénables, dont notamment celle de définir les objectifs et principes en matière d'administration de la fortune, d'exécution du processus de placement et de surveillance de ce processus
- La stratégie de placement étant une tâche intransmissible, la responsabilité qui en découle doit être supportée par le conseil de fondation dans son ensemble
- Ainsi, quand bien même seule la mise en œuvre de la stratégie de placement est transférée, il ne s'agit pas d'une délégation de tâches et de responsabilités au sens traditionnel du terme, mais simplement d'une mesure de nature organisationnelle qui sert à assurer une activité efficace du conseil (cf. ATF 141 V 51 consid. 6.2.3)

La responsabilité pénale

Arrêts ou amende de Fr. 10'000 au plus

- violation de l'obligation de renseigner
- renseignements inexacts/refus d'en donner
- refus d'un contrôle/contrôle rendu impossible
- refus de remplir les formules/remplit de manière inexacte

La responsabilité pénale

Emprisonnement max. 6 mois ou amende max. Fr. 30'000

- obtenir une prestation grâce à des indications fausses ou incomplètes
- ne pas payer des cotisations, grâce des indications fausses ou incomplètes
- déduire des cotisations du salaire d'un travailleur sans les transférer
- ne pas garder le secret ou en abuser
- enfreindre les obligations (organe de révision/expert)
- mener des affaires non autorisées pour son propre compte, contrevenir à l'obligation de déclarer ou desservir grossièrement les intérêts de l'institution de prévoyance
- ne pas communiquer les avantages financiers et les rétrocessions reçues ou les aura gardés pour lui

La responsabilité pénale

Cas particulier de la nouvelle loi sur la protection des données

- Historique : GDPR
- En Suisse :
 - Max CHF 250'000
 - Personne privée

LE TEMPS

• 17 avril 2017

L'avertissement du Tribunal fédéral aux caisses de pension

Le Tribunal fédéral s'est penché sur 44 cas d'insolvabilité de caisses de pension, à l'image de celle de Provitass. Le message est limpide. Les responsables des caisses de pension seraient bien avisés de soigner la procédure de leurs décisions d'investissement



Le cas du Fonds de prévoyance du Home médicalisé de la Sarine

(Arrêts du TF 9C_496/2022, 9C_503/2022, 9C_504/2022 et 9C_505/2022 du 18 juin 2024)

- Dès 1999, le Fonds s'ouvre aux autres services médicosociaux du district de la Sarine ainsi qu'à d'autres employeurs du canton de Fribourg
- En 2003, le Fonds décide de recourir aux services d'un gestionnaire de fortune indépendant et administrateur unique d'une société anonyme. Il est le beau-fils de l'ancien directeur du Home médicalisé de la Sarine et à ce moment-là secrétaire hors conseil de la Fondation
- En 2005, le Fonds confie un mandat d'expert financier à la société anonyme du gestionnaire de fortune
- De fin 2007 à fin 2008, le degré de couverture de la Fondation est passé de 98 % à 81 %
- Le gestionnaire de fortune propose au Fonds de reprendre les titres Lehman Brothers en faillite, ce qu'il ne fera finalement pas
- En 2009, le fonds donne à la société anonyme du gestionnaire de fortune un contrat de placement discrétionnaire pour gérer "*en toute indépendance et sans autres instructions, à l'exception des instructions particulières et permanentes convenues, sur une base discrétionnaire*" un portefeuille d'une valeur initiale de CHF 40'372'013.-, en contrepartie d'une rémunération correspondant à 50 % de la performance réalisée à partir de 10 % de performance nette

Le cas du Fonds de prévoyance du Home médicalisé de la Sarine

(Arrêts du TF 9C_496/2022, 9C_503/2022, 9C_504/2022 et 9C_505/2022 du 18 juin 2024)

- En 2014, la perte des titres est établie et le degré de couverture est de 9.83 % (découvert de CHF 57'419'905,83)
- En 2014, l'Autorité bernoise de surveillance révoque avec effet immédiat tous les membres du conseil de fondation et nomme un commissaire chargé de l'administration de la Fondation
- En 2015, l'Autorité de surveillance met la Fondation en liquidation
- En 2015, le Fonds de garantie décide d'intervenir pour indemniser les assurés et payer les rentes des pensionnés
- 2019, le Fonds de garantie LPP introduit une action contre les membres du Conseil, du réviseur et de l'expert

Le cas du Fonds de prévoyance du Home médicalisé de la Sarine

(Arrêts du TF 9C_496/2022, 9C_503/2022, 9C_504/2022 et 9C_505/2022 du 18 juin 2024)

La responsabilité du Conseil de Fondation :

- L'acte illicite :

- La conclusion du **contrat de placement discrétionnaire** est en contradiction avec les principes de la sécurité des placements et de la répartition appropriée des risques
- Le conseil a autorisé le gestionnaire de fortune à investir **dans ses propres produits financiers** qui étaient effectués à l'étranger, ce qui engendrait un conflit d'intérêts manifeste
- Un honoraire basé uniquement sur le résultat avait été convenu. Cette situation ne pouvait qu'inciter le gestionnaire de fortune à prendre des **risques inappropriés** dans sa gestion de la fortune
- La **stratégie de placement** n'était pas établie en amont par le conseil de fondation, mais seulement en aval par le gestionnaire de fortune. « *Améliorer le rendement des placements pour améliorer le degré de couverture* » ne constitue pas une stratégie de placement
- Une **autre institution** de prévoyance placée dans une situation similaire s'est montrée plus prudente en soumettant l'affaire à des experts qui lui ont finalement déconseillé ce type de mandat

Le cas du Fonds de prévoyance du Home médicalisé de la Sarine

(Arrêts du TF 9C_496/2022, 9C_503/2022, 9C_504/2022 et 9C_505/2022 du 18 juin 2024)

La responsabilité du Conseil de Fondation :

- L'acte illicite :
 - Confiance inappropriée et conflit d'intérêt :
 - le choix du gestionnaire de fortune alors qu'il était le beau-fils de l'ancien secrétaire hors conseil de la Fondation
 - le conseiller en placement s'est lui-même proposé comme futur gestionnaire de fortune de la Fondation
 - le conseil de fondation n'a pas demandé une offre comparative
 - Violation des devoirs de contrôle et de surveillance en matière de placements : le conseil s'est contenté de prendre connaissance des quelques documents et informations fournis le gestionnaire de fortune sans jamais exiger la production de documents

Le cas du Fonds de prévoyance du Home médicalisé de la Sarine

(Arrêts du TF 9C_496/2022, 9C_503/2022, 9C_504/2022 et 9C_505/2022 du 18 juin 2024)

La responsabilité du Conseil de Fondation :

- La faute:
 - Violation des devoirs de diligence et de fidélité (agir dans l'intérêt de la Fondation)
 - Violation des devoirs particuliers en matière de placements
 - La négligence a été qualifiée de grave à cause de la passivité du Conseil
 - Le fait que les membres du Conseil n'ait pas été condamné pénalement ne signifie pas qu'aucune faute n'a été commise mais uniquement qu'il n'y a pas eu d'infraction commise intentionnellement par le conseil de fondation susceptible d'engager sa responsabilité pénale
- Le lien de causalité :
 - Si le Conseil avait correctement contrôlé et surveillé son gestionnaire de fortune, étudié avec la prudence nécessaire les documents dont il disposait et exigé des documents et informations supplémentaires, le dommage aurait, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, pu être évité avec une probabilité confinant à la certitude

Le cas du Fonds de prévoyance du Home médicalisé de la Sarine

(Arrêts du TF 9C_496/2022, 9C_503/2022, 9C_504/2022 et 9C_505/2022 du 18 juin 2024)

Décision du Tribunal fédéral:

- Les membres du Conseil doivent payer solidairement au Fonds de garantie LPP env. CHF 20 millions avec intérêts à 5% l'an (dont env. CHF 15 millions solidairement avec l'organe de révision)

Prenez contact avec nous!

Francine Oberson

Responsable Gérances & Administrations
Suisse romande
Master of Science (MSc)

Téléphone +41 58 311 22 27

francine.oberson@slps.ch

Swiss Life Pension Services

Genève

Av. de Morgines 10
Case postale 564
1213 Petit-Lancy 1

Lausanne

Av. de Rumine 13
1001 Lausanne

Tél : 0800 00 25 25
pension.services@slps.ch
www.slps.ch

*Nous permettons à chacun
de vivre selon ses propres choix.*