

30 ans de LPP: entre risques et
espoirs, un chemin imprévu

Prof. Dr Jacques-André Schneider

SCHNEIDER TROILLET

Thèmes

- Introduction
 - 30 ans: un long chemin vers une harmonisation organisationnelle
 - Le rôle de l'expert qui évolue
- L'imprévu:
 - ATF 141 V 71: la responsabilité de l'expert
 - Les plans 1^e OPP2, l'ATF 9C_486/2014 et l'attestation d'adéquation
- L'interpellation Parmelin
- Wie weiter?

Introduction

- 30 ans d'harmonisation organisationnelle
 - De la LPP 1985, loi cadre, à la LPP 2015, loi d'harmonisation organisationnelle
 - Comparer l'évolution de l'article 49 al. 2 LPP en 30 ans
 - Comparer l'évolution de l'article 53 al. 2 (expert) aux articles 52d et 52e LPP, des articles 37-41 aux articles 40-41a OPP2
 - Evolution «ordonnée»
 - Imprévu: l'expert répond-t-il de l'actif du bilan?
 - Le cadre légal bousculé en 2015 par le Fonds de garantie, la surveillance et par la jurisprudence

ATF 141 V 71: responsabilité expert

- L'expert devait, selon l'art. 53 LPP - en vigueur jusqu'en 2011 - déterminer périodiquement si l'institution de prévoyance offre en tout temps la garantie qu'elle peut remplir ses engagements (art. 53 al. 2 let. a LPP *anc.*).
- L'expert devait, par ailleurs, respecter les exigences d'indépendance et les directives des autorités de surveillance, conformément aux normes fixées par l'OPP 2.
- Les tâches principales de l'expert peuvent s'apprécier en fonction des normes de la Chambre suisse des experts en caisses de pensions (CSEP).

ATF 141 V 71: responsabilité expert

- Il existe une tension entre l'obligation de déterminer « *périodiquement* » si l'institution de prévoyance offre « *en tout temps* » la garantie qu'elle peut remplir ses engagements.
- En effet, un contrôle périodique ne garantit pas réellement que l'institution de prévoyance soit en mesure, en tout temps, de remplir ses engagements, dans la version de l'art. 53 LPP en vigueur jusqu'au 31 décembre 2011.
- Cette exigence de garantie « *en tout temps* » a été supprimée dans le cadre de l'art. 52e al. 1 let. a LPP, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2012, en raison du fait que l'institution de prévoyance peut se trouver temporairement en sous-couverture.

ATF 141 V 71: responsabilité expert

- Certes le contrat de mandat conclu entre l'expert et l'institution de prévoyance prévoyait expressément qu'une expertise actuarielle devait intervenir sur demande.
- Mais le Tribunal fédéral a considéré que le contrat prévoyait néanmoins, dans la mesure où il s'agissait d'un contrat de mandat de durée, que l'examen courant de la sécurité financière devait également être entrepris. Certes, l'évaluation des actifs du bilan ne relève pas en principe de l'expert (arrêt 9C_421/2009 du 29 septembre 2009).
- Cela ne veut pas dire, pour autant, que l'expert ne doit pas se préoccuper de l'actif du bilan.

■ ATF 141 V 71: responsabilité expert

- Il doit en effet contrôler le concept de placements et la structure des placements de capitaux en lien avec les échéances des engagements de prévoyance.
- En particulier, il doit vérifier l'existence et le montant d'une réserve de fluctuation de valeurs destinée à la sécurité de la stratégie de placements.
- Même si, en règle générale, il était prévu, à l'époque des faits, qu'une expertise technique devait s'effectuer tous les trois ans, l'expert devait – si l'occasion le justifiait – également agir de sa propre initiative (*sua sponte*) et sans en recevoir le mandat de l'institution de prévoyance.

■ **ATF 141 V 71: responsabilité expert**

- Dans le cas d'espèce, le concept de placements de la fondation collective prévoyait l'émission de garanties bancaires dont le contenu n'était pas clair pour l'expert.
- Il avait donc demandé par écrit la documentation concernant les contrats signés. Par contre, il n'a pas vérifié si la garantie bancaire existait effectivement et par qui elle avait été émise, sur quoi elle portait et si et comment elle était conçue.
- Or, la garantie bancaire devait couvrir les risques de placements et de volatilité et donc également le risque de la vieillesse. Avec une garantie d'un taux d'intérêt minimal, la fondation pouvait exclure le risque de ne pas être en mesure de fournir les prestations de vieillesse en cas de volatilité des marchés.

ATF 141 V 71: responsabilité expert

- Ainsi, lors de l'enregistrement de la fondation, l'expert aurait dû vérifier
 - non seulement si les prestations de risques décès et invalidité avaient été réassurées,
 - mais également si une garantie bancaire avait été émise, après l'enregistrement de la fondation, eu égard au fait que la fondation garantissait un taux d'intérêt pour l'épargne de 0.5% supérieur au taux d'intérêt minimal selon la LPP.
 - En effet, l'expert avait conseillé à l'institution de prévoyance de n'émettre aucune garantie du tout.

ATF 141 V 71: responsabilité expert

- La passivité de l'expert relève de la négligence grave et d'un comportement illicite, déjà lors de la phase de création de la fondation.
- Sa passivité concernant la garantie bancaire a permis la sortie d'autres moyens de la fondation.
- Peu importe, à cet égard, que les moyens de la fondation ont été détournés.
- Sa responsabilité pour le dommage intervenu en rapport avec l'absence de garantie est engagée.

ATF 9C_486/2014:

l'attestation d'adéquation

- Les plans offerts aux assurés en vertu de l'art. 1^e OPP 2 plans sont soumis aux principes fondamentaux de l'adéquation, de la collectivité, de l'égalité de traitement, de la planification ainsi que du principe d'assurance.
- En effet, une solution de prévoyance qui, d'emblée, n'envisage aucune collectivité et solidarité ne sert pas à la prévoyance professionnelle. ,
- En vertu du principe de la collectivité, une institution de prévoyance ne peut offrir des stratégies de placements qui, en pratique, conduisent à l'individualisation des avoirs de vieillesse des assurés (stratégie *ad personam*).
- Il n'y a pas lieu d'examiner quel nombre de stratégies – par plans de prévoyance ou offres de prévoyance – sont conformes à la loi. Les institutions de prévoyance ne peuvent présenter un tel choix de stratégies de placements que la collectivité, théoriquement envisageable, n'est plus réaliste en pratique. Il n'y a pas lieu, cependant, de trancher la question.

ATF 9C_486/2014:

l'attestation d'adéquation

- En revanche, la question posée est de savoir si la performance avantageuse des stratégies choisies dans le cadre de plans le OPP 2 peut conduire, exceptionnellement, à des prestations de prévoyance plus élevées que ce qui avait été planifié.
- Le principe de l'adéquation doit conduire à des adaptations des prestations en cas de bonnes performances à long terme. Certes, l'art. 1 al. 3 OPP 2 se fonde sur un modèle de calculs et non sur des calculs dans les cas individuels pour évaluer le respect du principe d'adéquation.
- Toutefois, dans le cadre de l'individualisation des stratégies de placements, il y a un lien direct entre les rendements et le niveau des prestations. Il ne suffit donc pas de vérifier l'adéquation à la lumière de la stratégie de placements la plus agressive, à savoir celle avec la part la plus grande en actions (40%).

ATF 9C_486/2014:

l'attestation d'adéquation

- En effet, il ne peut être admis généralement que les actions présentent une performance plus élevée que les placements en obligations, en immobilier ou d'autres valeurs. Un tel résultat dépend d'un nombre important de facteurs macro et micro économiques.
- Or, il peut être exigé d'une telle institution de prévoyance qu'elle émette un pronostic sur la performance future même si ce pronostic revêt une certaine incertitude. Ainsi, un pronostic de performance basé sur des modèles scientifiquement reconnus constitue l'information dont l'assuré a besoin lors de son choix d'une stratégie. L'institution de prévoyance a également besoin de tels pronostics pour informer les assurés individuellement sur les chances et les risques des stratégies de placements souhaitées.

ATF 9C_486/2014:

l'attestation d'adéquation

- Par ailleurs, la question de savoir jusqu'à quel point il y a lieu d'admettre, dans le cadre privilégié fiscalement du 2^{ème} pilier, une spéculation individuelle et dans quel cadre se justifierait d'offrir les solutions de prévoyance individualisées au maximum sous le toit de la prévoyance professionnelle peut rester ouverte.
- Même si la flexibilité dans les choix et les stratégies de placements, y compris dans le cadre de la révision de la loi sur le libre passage, va en augmentant, il n'en reste pas moins que les principes fondamentaux de la prévoyance professionnelle, en particulier le principe d'adéquation, doivent être respectés.
- Il n'est donc pas contraire à la loi d'exiger de l'expert qu'il atteste du principe de l'adéquation sur la base de pronostics de performances pour les stratégies de placements offertes à choix, en vertu de l'art. 1e OPP 2.

Interpellation Parmelin

- ATF 141 V 71, a suscité une interpellation du 11 juin 2015 du Conseiller national Guy Parmelin (n° 15.3555)
- Le conseiller national demande au Conseil fédéral de se prononcer sur les questions suivantes:
 - le rôle et la responsabilité de l'expert LPP quant au contrôle matériel de la fortune, en regard des attributions de l'organe de révision et de l'autorité de surveillance;
 - l'interpellation s'interroge également sur ce que recouvre le caractère « *permanent* » de la mission de l'expert
 - en particulier vis-à-vis de l'organe suprême de l'institution de prévoyance.
- Ne traite pas de l'attestation d'adéquation

Wie weiter?

- Discussions et questions
- Quelle appréciation de ce déplacement du regard de l'expert vers l'actif du bilan?
- Faut-il revoir la loi?

Etude Schneider Troillet

100, rue du Rhône

CH-1204 Genève

Téléphone : +41 22 818 30 00

E-Mail : info@schneider-troillet.ch

www.schneider-troillet.ch