

La responsabilité des experts – arrêt du Tribunal fédéral

Des tâches supplémentaires aux experts?

Après que le Tribunal fédéral a déclaré, dans une série d'arrêts, des responsables de caisses de pensions solidairement responsables d'environ 33 millions de francs, se posent aux experts en caisses de pensions la question d'une éventuelle modification de leur responsabilité et des mesures nécessaires.

EN BREF

La compréhension des tâches de l'expert en caisses de pensions a évolué depuis l'introduction de la LPP. L'expert doit sans cesse se faire une idée de la sécurité financière de l'institution de prévoyance, en tenant compte non seulement du passif mais aussi de l'actif.

En décembre 2014, le Tribunal fédéral s'est exprimé, dans plusieurs arrêts, sur la responsabilité des responsables de l'institution de prévoyance (IP) First Swiss Pension.¹ Les membres du conseil de fondation, l'expert en caisses de pensions et l'organe de révision ont été déclarés solidairement responsables du dommage de 33 millions de francs subi par le fonds de garantie LPP. Le dommage correspondait à l'avance que le fonds de garantie LPP avait versée à la demande de l'institution de prévoyance. Le conseil de fondation avait mis en place un conglomérat de sociétés complexe après la création de l'IP, qui revêtait la forme d'une institution collective. Des sorties de capitaux illicites se sont produites à cette occasion.

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral a reproché à l'expert en matière de prévoyance professionnelle de ne pas avoir vérifié, dans le cadre de l'organisation des placements, la (prétendue) garantie bancaire censée garantir les capitaux de prévoyance et, plus particulièrement, la rémunération. Les détails de cette garantie bancaire auraient dû être contrôlés, parce que la couverture des risques et leur vérification constituent un élément de la sécurité financière. Au lieu de cela, l'expert a calculé, sans avoir de certitude sur le concept de placement, un taux de couverture (provisoire) et ainsi donné une vision erronée de la situation financière de l'IP. Sa passivité persistante concernant la garantie bancaire a créé, selon le Tribunal fédéral, les conditions de la

poursuite d'une sortie des capitaux de la fondation.² La (co)responsabilité de l'expert pour le concept de placement ne découle pas directement des dispositions légales. On se demandera donc si les tâches de l'expert en caisses de pensions vont au-delà de ce que prévoit la loi.

Tâches selon la loi

Les tâches des différents acteurs de la prévoyance professionnelle ont été révisées et précisées pour la dernière fois lors de la réforme structurelle.³ La responsabilité de l'équilibre financier de l'institution de prévoyance ainsi que le contrôle des placements et des engagements avaient alors été définis comme une tâche centrale de l'organe suprême.⁴ L'expert a, quant à lui, pour tâche d'examiner périodiquement, dans le cadre d'une expertise actuarielle, si l'IP offre la garantie qu'elle peut remplir ses engagements.⁵

Sur la base des résultats de son examen, l'expert soumet des recommandations à l'organe suprême de l'institution de prévoyance concernant notamment le taux d'intérêt technique et les autres bases techniques ainsi que les mesures à prendre en cas de découvert.⁶ Si l'organe suprême ne suit pas les recommandations de l'expert en matière de prévoyance professionnelle et qu'il s'avère que la sécurité de l'institution de pré-

¹ Cf. notamment les arrêts principaux ATF 141 V 112, 141 V 93, 141 V 51 et 141 V 71.

² Cf. l'ATF 141 V 71 pour une présentation détaillée des reproches à l'encontre de l'expert.

³ RO 2011 3393, FF 2007 5381.

⁴ Cf. l'art. 51a LPP.

⁵ Art. 52e al. 1 let. a LPP.

⁶ Art. 52e al. 2 LPP.

voyance est compromise, il est de la responsabilité de l'expert d'en informer l'autorité de surveillance.⁷ Il appartient ensuite à cette dernière d'intervenir auprès de l'organe suprême et de prendre les mesures nécessaires.

Coresponsabilité pour le concept de placement

Dans son arrêt, le Tribunal fédéral part du principe qu'il y a eu une évolution de l'activité d'audit de l'expert. Les 15 premières années ayant suivi l'entrée en vigueur de la LPP, l'expert s'est essentiellement concentré sur l'évaluation des engagements et donc sur le passif. Le changement des marchés des placements qu'on a connus au début 2000 a toutefois démontré «que la fonction de contrôle confiée à l'expert par le législateur exige une approche globale et dynamique de l'actif et du passif du bilan».⁸ Le Tribunal fédéral ne mentionne pas explicitement les obligations concrètes de l'expert lors du contrôle de l'actif. On peut cependant conclure des considérants que l'expert doit examiner le concept de placement en tant que tel en tenant compte de la structure des placements des capitaux et des échéances des engagements de prévoyance ou du moins en vérifier la plausibilité.

Le comité de la Chambre Suisse des experts en caisses de pensions (CSEP) recommande également un contrôle de plausibilité du concept de placements dans les recommandations aux experts en exercice qu'il a publiées en décembre 2015 en réaction à cet arrêt. Mais que cela signifie-t-il concrètement? Nous pensons qu'il est indispensable pour l'expert de connaître l'évolution de la fortune et des engagements sur une certaine période future. Le meilleur moyen d'accéder à ces informations consiste à procéder à une étude sur la gestion actif-passif (asset-liability management) montrant l'évolution possible du taux de couverture. Une solution plus simple, et donc aussi moins onéreuse, qui peut convenir tout particulièrement aux institutions de prévoyance relativement petites, consiste à déterminer les paramètres du risque de base objectifs et mesurables, par exemple le rendement théorique attendu des en-

gagements et à les comparer au rendement de la fortune attendu. C'est aussi l'un des indicateurs qui doivent être déterminés chaque année selon la proposition de révision de la DTA 5 récemment publiée par la CSEP.

Dans tous les cas et eu égard à l'arrêt en question, l'exercice scrupuleux de l'activité d'expert suppose à notre avis une connaissance plus approfondie des marchés de capitaux qu'on ne le pensait jusqu'à présent. Cependant, l'évaluation des actifs du bilan, y compris celle de leur qualité, demeure cependant une tâche exclusive de l'organe de révision.⁹

Mesures

L'extension de la compréhension des tâches requiert des mesures de la part de l'expert. Elle a aussi une influence sur la relation qu'il entretient avec l'institution de prévoyance qu'il doit contrôler. Dans l'arrêt en question, le Tribunal fédéral a qualifié la relation revêtant la forme du mandat (contrat de mandat) de rapport durable. Il ne suffit donc pas que l'expert établisse une expertise actuarielle au moins tous les trois ans. Il est au contraire tenu de se faire une vue d'ensemble de l'institution de prévoyance au moins une fois par an.

Toutefois, l'expert ne peut avoir une vue d'ensemble correcte que s'il dispose de la documentation appropriée et qu'il exige les documents nécessaires (comptes annuels, y compris rapport de l'organe de révision, procès-verbaux et documents des séances du conseil de fondation). Il devrait prêter une attention particulière aux contrats de réassurance et aux contrats avec d'autres garants éventuels (tels que les employeurs ou les banques), qui couvrent ou réassurent les risques de vieillesse, de décès et/ou d'invalidité. Ces mesures devraient lui permettre d'examiner la situation financière, au moins de manière générale, même les années où il n'établit pas d'expertise actuarielle. Une participation régulière de l'expert aux séances de l'organe suprême pourrait également constituer une mesure utile supplémentaire.

Une diligence particulière de l'expert est de mise notamment lorsque les situations suivantes se présentent: lors des créations d'institutions de prévoyance ou

de l'acceptation de nouveaux mandats, en présence de liens personnels, d'une structure inhabituelle des placements ou de placements inaccoutumés. Dans de tels cas, des vérifications supplémentaires s'imposent. L'expert a par ailleurs tout intérêt à adapter l'intensité des contrôles ainsi que leur niveau de détail si des indices laissent penser que l'IP ne serait plus en mesure d'assumer ses engagements financiers ou s'il remarque d'autres indices d'irrégularités.

L'extension des tâches de contrôle de l'expert décidée par le Tribunal fédéral requiert de l'institution de prévoyance une communication franche et transparente à son égard. Il ne faut pas oublier non plus qu'un contrôle plus intense occasionne aussi des frais supplémentaires. Dans des circonstances normales et si les structures de l'institution de prévoyance sont transparentes, ceux-ci devraient toutefois rester raisonnables.

Nécessité de mesures actives

Même si l'arrêt du Tribunal fédéral concerne une situation exceptionnelle, qui devrait fort heureusement être très rare dans la vie courante des caisses de pensions, il s'agit d'un arrêt principal. Les principes qui y sont énoncés s'appliqueront également à des faits ultérieurs de nature similaire. Est concernée notamment l'obligation de l'expert de s'assurer activement et de façon continue que les concepts (y compris le concept de placement) sont plausibles et efficaces. Si l'expert ne trouve pas réponse à ses questions ou s'il relève des incohérences, il ne lui suffit pas d'attirer l'attention de l'institution de prévoyance ou de son organe suprême. Il doit au contraire agir de son propre chef et, le cas échéant, en informer l'autorité de surveillance. L'inaction de l'expert peut en effet également constituer un non-respect des obligations et donc entraîner une responsabilité personnelle. |

Peter Zanella
Sarah Meier

⁷ Art. 52e al. 3 LPP.

⁸ ATF 141 V 71, consid. 6.1.4.

⁹ Art. 52c al. 1 let. b LPP.