



**Investment & Actuarial Consulting,  
Controlling and Research.**



**[www.ppcmetrics.ch](http://www.ppcmetrics.ch)**



## Legal Consulting

### **Arrêt du Tribunal fédéral 9C\_752/2015**

**Responsabilité de l'organe suprême d'une institution de prévoyance**

**Résumé et commentaire**

**PPCmetrics SA**

Dr. Alfred Bühler, Associé

Pascal Frei, CFA, Associé

Livius Schill, Legal Consultant

Nyon, le 7 mars 2017

## Situation de départ

---

- Fondation collective LPP «G.» fondée en 1994
- Rémunération garantie de 5% pour les contrats d'une durée de trois ans
- En raison du bilan intermédiaire en août 1998, l'autorité cantonale de surveillance requiert une expertise de la régularité de la gestion.
- Mai/avril 1999: Expertise de la fiduciaire «I.» montre une «réserve de couverture insuffisante»
- Ensuite: Autorité cantonale de surveillance requiert des rapports trimestriels et le développement de scénarios-catastrophe

Indices	Fin 1999	Fin 2000
Degré de couverture	104.7%	101.1%
Part d'actions	23.2%	33.9%
Nombre d'assurés	1'070	1'951

# Faits

## Evolution (1/2)

---

- 17 septembre 2001: Task-Force avec les 4 membres du conseil de fondation, l'experte en placement «K.», la fiduciaire «I.» et l'organe de contrôle
  - ➔ **Décision: Réorientation de la stratégie de placement des actions sur la base d'une expertise de l'experte en placement «K.» (max. 25% d'actions; placements collectifs)**
- 30 septembre 2001: Degré de couverture: 81.5%
- 16 novembre 2001: Conseil de fondation prend une décision de son propre chef:
  - Rejet de l'idée d'une liquidation
  - Assainissement de la fondation collective «G.» par ses propres moyens jusqu'en 2010
  - **Mesures d'assainissement:**
    - Transfert des placements en action de CHF 15.7 mio. (25% de la fortune totale) au Trader «L.» le 21 novembre 2001
    - Budgétisation: Trader «L.» promet une performance annuelle de 15% avec des risques pouvant quasiment être exclus
    - Aucune directives pour «L.», soit marge de manœuvre illimitée, c.-à-d. instructions et surveillance déficientes
  - L'experte en placement «K.» et l'avocat «M.» considèrent l'attente de rendement et le concept d'assainissement comme irréaliste.

# Faits

## Evolution (2/2)

---

- 30. juin 2002: Degré de couverture: 71%
- Avril 2003: L'OFAS ordonne la dissolution et la liquidation de la Fondation
- **Le Fonds de garantie LPP avance CHF 49.4 mio.**
- Octobre 2012: Action en justice et demande d'environ CHF 14 moi. (incl. intérêt) contre:
  - Les 4 membres du conseil de fondation (responsabilité solidaire)
  - Le gestionnaire de fortune de la Fondation collective «G.» (mandat depuis 1<sup>er</sup> juillet 1999)
  - L'organe de contrôle
- Septembre 2015: Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich rejette la plainte
- **Décembre 2016: Tribunal fédéral (Cour de droit social)**
  - **admet le recours du Fonds de garantie concernant la responsabilité des 4 membres du conseil de fondation**
  - **renvoie la plainte concernant le calcul et l'imputation du préjudice du conseil de fondation au tribunal de première instance**
  - rejette la plainte (responsabilité de l'organe de contrôle et gestionnaire de fortune) pour des raisons formelles (justification défectueuse)

# Considérations du Tribunal fédéral

## Constats préliminaires (1/2)

---

- Responsabilité selon art. 52 und 56a LPP:
  - Art. 52 LPP (Responsabilité des organes):
    - Ayant droit: Institution de prévoyance
    - Responsable: Personnes visées au para. 1, également les organes effectifs de la Fondation
      - ➡ Organes, c.-à-d. les 4 membres du conseil de fondation et l'organe de contrôle
  - Art. 56a LPP (Responsabilité du recours):
    - Ayant droit: Fonds de garantie LPP proportionnellement aux prestations garanties
    - Responsable: chacun, auquel l'insolvabilité de l'institution de prévoyance est imputable
      - ➡ Organes, gestionnaire de fortune
  - Conditions supplémentaires (art. 52 et art. 56a LPP):
    - Dommage
    - Violation d'une prescription juridique (notamment de la prévoyance professionnelle)
    - Culpabilité (négligence ou intention)
    - Causalité

# Considérations du Tribunal fédéral

## Constats préliminaires (2/2)

---

- Confirmation du principe de la **sécurité des placements et de la responsabilité de gestion de l'organe suprême en se basant sur:**
  - Art. 71 para. 1 LPP: «Les institutions de prévoyance administreront leur fortune de manière à garantir la sécurité des placements, un rendement raisonnable, une répartition appropriée des risques et la couverture des besoins prévisibles de liquidités.»
  - Art. 50 para. 1 OPP 2 (ancienne version): «L'institution de prévoyance doit choisir, gérer et contrôler soigneusement les placements qu'elle opère.»
  - Art. 50 para. 2 OPP 2 (ancienne version): «Lors du placement de sa fortune, elle doit veiller en premier lieu à assurer la sécurité de la réalisation des buts de prévoyance.»
- Référence au **règlement de placements de la fondation collective «G.»:**
  - «Il est inadmissible de réaliser une augmentation du rendement en prenant des risques supplémentaires qui compromettent substantiellement la probabilité de respecter les engagements promis.»

## 1. Reproche (1/3)

---

- **Activité de placement contraire aux devoirs** en raison du passage à une stratégie active et agressive (titres individuels) malgré **l'absence de capacité de risque**
- *Argumentation de l'instance précédente:*
  - Le règlement de placement autorise également des stratégies actives
  - **Augmentation du risque de placement n'était pas visible** parce que
    - une stratégie de placement passive peut également entraîner des risques considérables
    - la part des placements en actions n'a pas été augmentée
    - Les écarts avec les indices de marchés sont une caractéristique des stratégies actives
    - Le recours à des titres individuels au lieu de placements collectifs était la norme à cette époque
  - La fiduciaire «I.» n'a pas considérée l'atteinte du rendement élevé comme «impossible». Ainsi il est injustifié de reprocher aux membres du conseil de fondation d'avoir visé à réaliser une croissance agressive par une rémunération élevée des avoirs de vieillesse et à garantir le rendement théorique à l'aide d'une stratégie risquée.
  - Etant donné que la réserve de fluctuation était élevée au début 2000, une augmentation de la part des actions aurait été possible (!)
  - En 2001, la stratégie de placement ne devait pas être adaptée car à la fin de l'année 2000, une réserve de fluctuation de CHF 670'000.- était disponible (= 1.1 %).



## 1. Reproche (2/3)

---

- *Argumentation du Tribunal fédéral concernant le choix de la stratégie de placement en général:*
    - L'instance précédente a une «compréhension incorrecte» de la capacité de risque
    - «Capacité de risque et sécurité sont des termes correspondants.»
    - «La capacité de risque est la capacité à compenser les fluctuations de la fortune totale dues à l'évolution du marché sur la base de l'expérience passée et à disposer de moyens liquides resp. liquidables suffisants pour faire face aux engagements courants et futurs.»
    - L'évaluation de la capacité de risque doit se baser sur la **situation globale**.
    - **Réserves de fluctuation** sont un élément essentiel
    - Autres critères:
      - Croissance forte et effrénée du nombre d'assurés (dilution du degré de couverture)
      - Promesse d'intérêts élevés au passif du bilan
      - Mise en garde du SECO contre une chute possible des marchés actions
- ➔ **Le conseil de fondation n'a pas adapté la stratégie de placement, malgré la détérioration de la santé financière de la fondation, en violation grave des dispositions ci-dessus, bien que cela (p.ex. réduction de la part d'actions) «s'imposait presque impérativement». Dans ce cadre, il a violé ses tâches de gestion au sens de l'art. 49a OPP 2.**

## 1. Reproche (3/3)

---

- *Argumentation du Tribunal fédéral concernant la stratégie de placement active en particulier:*
  - Bien qu'une stratégie active n'était pas contraire aux dispositions légales, c'était le cas pour **l'instruction et la surveillance déficientes du gestionnaire de fortune**:
    - Pas de détermination du style de gestion actif
    - Pas d'indice de référence (benchmark)
    - Pas de limites de tolérance maximales de la gestion active («Tracking Error»)
  - ➡ Violation des devoirs de gestion du conseil de fondation (art. 49a OPP 2)
    - le gestionnaire de fortune s'écartait très fortement des indices de référence courants et prenait des risques actifs très importants
    - Etant donné la situation concrète de la fondation collective «G.», un portefeuille géré si activement devait être considéré comme problématique et, au plus tard au cours de l'année 2000, considéré comme incompatible avec le principe de la sécurité des placements.
  - ➡ «Des placements dans le cadre des limites OPP 2 sont autorisés dans la mesure où ils répondent aussi aux exigences de sécurité selon l'art. 71 LPP. **En d'autres termes, la capacité de risque d'une institution de prévoyance peut être dépassée malgré le respect des limites légales et réglementaires** (dans le cas où la stratégie n'a pas été définie selon la capacité de risque).»

## 2. Reproche

---

- **Achat des parts d'un fonds** représentant 19% de la fortune de la fondation avec un degré de couverture de 92.1%
  - Instance précédente (entre autres):
    - Pas une stratégie de placement risquée étant donné le développement ultérieur du cours (!)
  - *Argumentation du Tribunal fédéral:*
    - Décisif: Pas de capacité de risque, car le degré de couverture était de 92.1%
    - Dans une telle situation, les placements risqués devaient si possible être évités
    - Le développement ultérieur du cours est non pertinent. Le fonds présentait un risque actif élevé
      - Relativement peu de placements individuels (faible diversification)
      - Jusqu'à 33% de la fortune du fonds dans des titres d'un seul émetteur et des obligations d'entreprises en difficulté
      - Ventes à découvert dans le cadre de stratégies d'arbitrage
    - Achat de parts de fonds avec un risque actif beaucoup plus élevé que des produits indexés conservateurs pour un total d'environ 20% de la fortune de la fondation
- ➡ **Le conseil de fondation «a violé le principe de la sécurité des placements (art. 71 LPP).»**

## 3. Reproche

---

- **Décision plan de restructuration**, selon lequel env. 25% de la fortune sont confiés au trader «L.» qui promet un rendement annuel de 15%
  - Instance précédente (entre autres):
    - Bien qu'un rendement de 15% n'était pas usuel à l'époque, cet objectif n'était pas si extraordinaire au point qu'il faille le considérer comme hautement spéculatif (!)
  - *Argumentation du Tribunal fédéral:*
    - Peu importe si le placement était hautement spéculatif ou si un rendement de 15% était possible; l'élément essentiel était qu'il n'y avait pas de tolérance au risque avec un degré de couverture de 80% et avec 25% de la fortune totale confiée au trader «L.»
    - Le principe que des possibilités de rendement plus élevées vont de pair avec un risque accru a été souligné par l'expert en placement «K.» et était connu du conseil de fondation.
    - Compte tenu de cette situation, «le conseil de fondation était tenu d'évaluer soigneusement les risques des placements auprès de «L.», mais le conseil de fondation ne disposait d'aucun document qui suggérerait qu'un placement auprès de «L.» était sûr.
    - Le contrat de gestion de fortune ne contenait que quelques lignes et «pas les moindres spécifications (benchmark, tracking error), directives ou restrictions».
- ➔ **Le conseil de fondation a gravement violé l'obligation de sécurité (art. 71 LPP) et l'interdiction réglementaire de l'augmentation du rendement en prenant de risques supplémentaires.**

# Commentaire et conclusion (1/2)

---

- A plusieurs reprises, le Tribunal fédéral souligne le **devoir de gestion** (cf. «Prudent Men Rule») de l'**organe suprême**, notamment le **devoir de diligence**.
- Dans l'interprétation de l'arrêt du Tribunal fédéral, la **situation particulière** de l'institution de prévoyance concernée doit être appréciée. On peut supposer que la somme des manquements a conduit à l'arrêt.
- Nous partageons l'avis du Tribunal fédéral, que **la capacité de risque et la sécurité des placements sont les critères principaux pour évaluer le niveau acceptable du risque des placements**. L'augmentation du risque de placement pour atteindre le besoin de rendement ne doit pas se faire sans tenir compte de la capacité de risque.
- Les considérations du Tribunal fédéral ont eu lieu dans le **cadre juridique en vigueur à l'époque** soit avant l'entrée en vigueur des «Directives concernant des mesures destinées à résorber les découverts dans la prévoyance professionnelle» et de «l'Adaptation des rentes en cours» (Directive du Conseil fédéral 2004, Adaptation LPP 2005).

## Commentaire et conclusion (2/2)

---

- Aujourd'hui, la capacité de risque est également évaluée à l'aide des critères suivants:
  - Proportion du capital de prévoyance des retraités et son évaluation (taux d'intérêt technique, table de mortalité)
  - Mesures d'assainissement possibles et leurs effets (**capacité de risque structurelle**).
- Il n'est donc pas possible de comparer le cadre juridique et la pratique actuelle avec ceux prévalant à l'époque.
- Le Tribunal fédéral rappelle que non seulement la stratégie de placement **mais aussi sa mise en œuvre** doivent être adaptées à la capacité de risque d'une institution de prévoyance.
- Non seulement les placements de la fortune mais aussi les engagements de prévoyance sont soumis à des fluctuations permanentes et doivent donc être évalués régulièrement dans le cadre de la **gestion des actifs et des passifs**.

# Contact

---



Investment & Actuarial Consulting,  
Controlling and Research

## PPCmetrics AG

Badenerstrasse 6  
Postfach  
CH-8021 Zürich

Telefon +41 44 204 31 11  
Telefax +41 44 204 31 10  
E-Mail [ppcmetrics@ppcmetrics.ch](mailto:ppcmetrics@ppcmetrics.ch)

## PPCmetrics SA

23, route de St-Cergue  
CH-1260 Nyon

Téléphone +41 22 704 03 11  
Fax +41 22 704 03 10  
E-Mail [nyon@ppcmetrics.ch](mailto:nyon@ppcmetrics.ch)

Website [www.ppcmmetrics.ch](http://www.ppcmmetrics.ch)

Social Media 

PPCmetrics ([www.ppcmmetrics.ch](http://www.ppcmmetrics.ch)) est leader en Suisse dans le domaine du conseil en investissements, du conseil en placements stratégiques et dans le contrôle et suivi des portefeuilles. Nous sommes également experts en caisses de pensions. Nos clients sont des investisseurs institutionnels (caisse de pension, institution de prévoyance, fondation de prévoyance, institution de retraite professionnelle, assurance, assurance maladie, ONG et trésorerie) et des clients privés (investisseurs privés, family offices, fondations de famille ou UHNWI – Ultra High Net Worth Individuals). Nos prestations englobent le conseil en investissement et le conseil en placements ainsi que la définition de la stratégie de placement (étude de congruence actifs / passifs - ALM), l'analyse des portefeuilles, l'asset allocation, la rédaction de règlements de placement, le conseil juridique (legal consulting), le choix des gestionnaires de fortune (Asset Manager Selection), la mise en œuvre d'appels d'offres public, le contrôle des investissements (investment controlling), le conseil actuariel et toutes les activités d'expert en caisses de pensions.

Nous publions chaque année plus de 40 articles spécialisés sur des sujets variés.

Nos experts partagent leur savoir et leurs avis avec le public.

Nous organisons plusieurs conférences chaque année. Découvrez-nous en live.

PPCmetrics AG  
Investment & Actuarial Consulting,  
Controlling and Research.  
**En savoir plus**

