

DR. IUR. HERMANN WALSER

AVOCAT

Membre de la
Fédération Suisse des Avocats
Inscrit au registre des avocats
8610 Uster, Paulstrasse 5
Tél. 044 211 44 71
Fax 044 211 44 78
e-mail hermannwalser@bluewin.ch

CSEP Suisse

Uster, le 9 octobre 2015

Responsabilité de l'expert à la lumière de l'arrêt rendu le 18 décembre 2014 par le Tribunal fédéral, 9C_248/2014 = BGE 141 V 71 ss.

Comme demandé par la CSEP, je prends ci-après position, dans le sens d'une analyse juridique, sur l'arrêt précité du Tribunal fédéral.

1. Il convient de se fonder sur l'état de fait suivant, fortement résumé, tel que présenté également dans la communication n° 102 de l'ASIP du 24 août 2015. Dans le cas d'une nouvelle fondation collective, un conglomérat complexe de sociétés a été créé pour assurer la gestion administrative ainsi que le placement et la gestion de fortune, conglomérat dans lequel la transparence nécessaire et la clarté à la fois faisaient défaut. La direction des affaires ainsi que l'administration de la fortune ont été externalisées à des sociétés dans lesquelles certains membres du Conseil de fondation fonctionnaient également comme administrateurs. Dans le cadre de ces structures complexes, différents transferts de fortune ont été réalisés entre la fondation collective, les sociétés mandatées et les membres du Conseil de fondation, aboutissant en définitive à des sorties de capitaux violant les règles du droit.

Le concept présenté de placement de la fortune auprès de banques agréées avec des garanties concernant la conservation de la substance et des intérêts n'était pas clair pour l'expert consulté, qui a ainsi prié la fondation de le documenter en lui soumettant des contrats concrets. Par la suite, l'expert n'a toutefois jamais reçu de tels documents, renonçant alors à effectuer d'autres démarches. Il n'a pas clarifié s'il existait en fait une garantie bancaire, par qui elle avait été donnée, à quoi elle se référait et comment elle était conçue. Cette garantie bancaire n'existait effectivement pas.

Aussi bien le Tribunal administratif du canton de Zoug (en tant que première instance) que le Tribunal fédéral reprochent à l'expert de n'avoir pas, sous l'aspect de l'organisation des placements, contrôlé la garantie bancaire (présumée) selon laquelle les capitaux de prévoyance et la rémunération en intérêts auraient dû être couverts (considérant 6). Les deux instances considèrent que la passivité de l'expert à ce sujet représente une négligence et un comportement fautif grave (considérant 7). Le Tribunal fédéral a confirmé l'obligation d'indemnisation par l'expert déjà constatée par l'instance inférieure et l'a condamné en responsabilité solidaire avec d'autres acteurs à des dommages et intérêts de quelque 9 millions de francs.

2. Dans l'appréciation des déclarations judiciaires, nous soulignons d'emblée qu'il s'agit d'un cas tout à fait particulier. L'organisation administrative complexe et opaque, les imbrications personnelles s'y associant et le placement de fortune tout de même inhabituel auprès des banques avec de prétendues

garanties bancaires devraient d'emblée éveiller les soupçons d'un expert et l'engager à une prudence particulière ainsi qu'à des clarifications supplémentaires. Il est en effet incompréhensible que l'expert ait renoncé à se faire présenter notamment le ou les contrats documentant la prétendue garantie bancaire, tout en devant constater que le concept n'était pas clair. On peut certes considérer que les conséquences du manquement sont sévères. Elles sont toutefois justifiables, voire compréhensibles en relevant dans cette omission et cette passivité une transgression des devoirs de l'expert, voire une négligence grave en l'espèce.

La portée de l'arrêt ne repose pas dans l'appréciation du comportement de l'expert dans ce cas concret, mais dans le fait que le Tribunal fédéral parvienne dans ses considérants à des constatations se référant de manière toute générale à l'activité et aux devoirs de l'expert, posant en partie des accents certes nouveaux, mais soulevant de nouvelles questions.

3. Dans les considérants 6.1.2, 6.1.3 et 6.1.5, le Tribunal fédéral se penche sur le caractère du rapport contractuel prévu dans un contrat de mandat ordinaire passé entre une institution de prévoyance et un expert en assurances de pension. Il part du raisonnement que le sens et la finalité de l'ancien art. 53, al. 2, let a LPP et de l'actuel art. 52e, al. 1, let. a LPP sont d'assurer en permanence le suivi de la sécurité financière de l'institution de prévoyance. C'est la raison pour laquelle il existe une relation durable entre l'institution de prévoyance et l'expert. Il ne suffit par conséquent pas que l'expert remette tous les trois ans au moins un rapport d'expertise ou une attestation d'expert sans plus se préoccuper du sort de l'institution de prévoyance jusqu'à la prochaine expertise ou attestation. Si des indices donnent à penser que l'institution de prévoyance ne pourrait pas honorer ses engagements dans de certaines circonstances, l'expert ne saurait rester inactif. Des contrôles supplémentaires autodéterminés sont conseillés dans de telles situations. L'expert ne saurait rester passif. A défaut, il pourrait devoir répondre d'un éventuel dommage.

Une autre approche ne pourrait être envisagée que si une mission toute particulière, ponctuelle était confiée à l'expert, par exemple dans le sens d'un second avis. Dans tous les autres cas, il convient de considérer une relation permanente en adoptant la position du Tribunal fédéral, ayant comme fond la surveillance courante de la sécurité financière de l'institution de prévoyance.

4. Dans son considérant 6.1.4., le Tribunal fédéral constate lui-même que l'expert s'est concentré durant les 15 premières années de la LPP dans une large mesure sur l'appréciation des engagements de l'institution de prévoyance et ainsi sur le côté passif du bilan. Les changements intervenus sur les marchés de placement début 2000 ont toutefois démontré que la fonction de contrôle déléguée à l'expert par le législateur exige une approche globale et dynamique de l'actif et du passif du bilan. Pour soutenir cette vue, le Tribunal se réfère à un article de Theo Keller dédié au rôle de l'expert au fil du temps, paru dans la PPS (Prévoyance Professionnelle Suisse) 9/2010, p. 34 ss. Des considérants du Tribunal fédéral, nous notons qu'il part du principe, en se fondant sur les réflexions précédemment expliquées, que l'expert doit vérifier le concept de placement de l'institution de prévoyance.

5. Le Tribunal fédéral ne s'étend pas sur les devoirs concrets de l'expert dans le contrôle dudit concept de placement. Il reste indéterminé sur ce point. La question qui se pose ici de la délimitation des devoirs de l'organe de révision et de l'expert n'est également pas soulevée. On peut toutefois affirmer ce qui suit :

- Dans le considérant 6.1.4., le Tribunal fédéral se réfère explicitement aux Principes et directives de la Chambre suisse des experts en caisses de pension (GR 2000). De l'avis du Tribunal, les GR 2000 précisent que l'expert doit prendre en considération les placements et la stratégie de placement d'une institution de prévoyance. Il doit veiller au rapport entre les placements de capitaux et les engagements respectifs. Il doit tenir compte en l'occurrence de la structure des placements de capitaux et des échéances résultant des engagements de prévoyance. Dans ses contrôles, il doit notamment intégrer l'existence et le montant de la réserve de fluctuation de valeur servant à la couverture de la stratégie de placement re-

tenue par l'institution de prévoyance. Ces devoirs revenant à l'expert de l'avis du Tribunal fédéral correspondent dans une très large mesure à ceux figurant sous ch. 3.1, 4.1 et 4.4 de la directive technique DTA 5. Mentionnons encore à titre complémentaire le ch. 4.5 de la DTA 5 prévoyant que l'expert conseille à l'organe suprême de l'institution de prévoyance, sur la base de ses constatations, d'éventuelles mesures à prendre. Si elles ne sont pas suivies et que la sécurité de l'institution de prévoyance semble menacée de la sorte, l'expert annonce cet état de fait à l'autorité de surveillance. Dans le présent cas jugé, l'expert n'aurait pas dû répondre du dommage s'il avait insisté sur la présentation de la garantie bancaire, annonçant ensuite à l'autorité de surveillance que cette prise de connaissance lui avait été refusée, ou s'il avait constaté lui-même à partir des documents présentés qu'il n'existait aucune garantie de ce genre.

- Le contrôle permettant de constater que le placement de fortune respecte les dispositions légales et réglementaires, notamment les dispositions du règlement de placement, relève selon l'art. 52c, al. 1, let. b LPP explicitement du devoir de l'organe de révision. En fait aussi partie l'appréciation de l'évaluation des actifs inscrits au bilan, de même que celle de la solvabilité des actions.

- Il serait toutefois intéressant de savoir comment le Tribunal fédéral apprécie les obligations de l'expert, constatant dans le cadre de son activité de contrôle – ou qui aurait dû constater en prêtant toute l'attention commandée par les circonstances –, que la solvabilité de certains éléments de fortune n'était pas (ou plus) donnée ou que des erreurs grossières d'évaluation existaient. L'expert peut-il faire ici confiance au rapport de l'organe de révision lorsque celui-ci n'émet pas de réserves, ou doit-il devenir actif en propre régie ? Je pars du principe que l'expert reprend de telles constatations dans son résultat d'examen selon les ch. 4.1 et 4.4 de la DTA 5 et qu'il procède selon le ch. 4.5, ceci jusqu'à l'annonce à l'autorité de surveillance lorsque la sécurité de l'institution de prévoyance lui paraît menacée.

6. Dans le considérant 6.2.2, le Tribunal fédéral note que la couverture des risques ou son contrôle représentent un aspect partiel de la sécurité financière à évaluer par l'expert en vertu de l'art. 52e, al. 1, let. a. Pour une fondation semi-autonome, il s'agit en premier lieu de la question du type et de l'étendue de la réassurance pour les risques décès et invalidité. Une garantie bancaire sert également de couverture des risques, de prime abord pour le risque de placement et de volatilité, en arrière-plan toutefois pour la couverture du risque vieillesse. En tant qu'opération de couverture, la garantie bancaire est un élément essentiel du concept de placement à contrôler en exclusivité par l'expert (voir également à ce sujet le considérant 6.2.3.2, al. 2).

On peut toutefois clairement conclure de ces constatations qu'il est du devoir de l'expert de prendre lui-même connaissance de tous les contrats servant à la réassurance complète ou partielle des risques vieillesse, décès et/ou invalidité. Ceci vaut aussi clairement pour les garanties bancaires couvrant une conservation de la substance et/ou une rémunération déterminée. Il ne suffit pas que l'institution de prévoyance se contente de mentionner que ces contrats ont été remis à l'autorité de surveillance. L'expert doit les consulter lui-même et les apprécier.

Dans son considérant 6.2.4, le Tribunal fédéral a explicitement laissé ouverte la question de savoir si l'expert aurait dû contrôler la solvabilité du garant en outre de l'existence de la garantie bancaire. Il est par conséquent à conseiller pour tous les contrats réassurant ou assurant des risques de jeter un regard sur la solvabilité de l'assureur ou du garant et de prendre des mesures selon ch. 4.5 de la DTA 5 en cas de doutes.

7. Autres recommandations issues de l'arrêt :

- Pour les institutions de prévoyance bien organisées et gérées, l'arrêt n'amène que peu de nouveautés en matière d'activité de l'expert, si cette activité est exécutée selon les dispositions de la DTA 5. Selon l'art. 52c, al. 1, let. b LPP, il appartient en soi à l'organe de révision de contrôler si l'organisation et la

direction des affaires respectent les dispositions légales et réglementaires. Toutefois, l'expert a certainement intérêt à jeter un regard sur l'organisation et la gestion des institutions de prévoyance qu'il suit, notamment en ce qui concerne l'indépendance des acteurs déterminants et d'éventuels groupements d'intérêt. Une prudence particulière s'impose en présence d'imbrications de personnes opérant dans le Conseil de fondation, l'administration technique et la gestion de fortune. Ceci s'applique notamment lors de la prise en charge de nouveaux mandats et, encore d'autant plus, lorsqu'il s'agit d'institutions de prévoyance fraîchement créées.

- Afin de satisfaire au rapport permanent existant normalement entre l'institution de prévoyance et l'expert, il est probablement indispensable que l'expert consulte régulièrement les rapports de gestion, les comptes annuels et les rapports de l'organe de révision et les dissèque également attentivement afin d'identifier d'éventuels problèmes. Dans les institutions de prévoyance bien organisées et gérées, il devrait normalement suffire de visualiser et de contrôler ces documents une fois par année. Il est également conseillé d'exiger de la part des institutions de prévoyance la remise des documents prévus pour les séances du conseil de fondation et les procès-verbaux de telles séances.

- Il convient d'examiner s'il ne serait pas avisé, voire exigé, eu égard aux exigences de la norme RPC 26, que l'expert calcule chaque année la réserve mathématique, qui serait ensuite reprise dans les comptes annuels.

- Dans le contrôle du concept de placement, il est conseillé de clarifier si la stratégie de placement et la politique de placement sont professionnelles et si elles ont été élaborées en tenant compte des considérations principales de rendement et de risques. Il s'agit également de veiller à ce que l'institution de prévoyance contrôle régulièrement sa situation financière et sa structure des risques sous forme d'analyse ALM professionnelle.

- Comme évoqué plus haut, la question est ouverte de savoir dans quelle mesure l'expert doit procéder à l'examen du concept de placement. Sa vraisemblance doit être certainement considérée en se fondant sur l'activité de contrôle selon les ch. 3.2, 4.1 et 4.4 de la DTA 5. Une prudence particulière est toutefois requise lorsque des placements de fortune inhabituels ou une structure de placement sortant de l'ordinaire sont constatés.

- Aucune assertion selon le ch. 4.1 de la DTA 5 sur la sécurité financière d'une institution de prévoyance ne devrait être faite sans qu'il existe un rapport de révision sur les comptes annuels concernés.

- Il conviendrait encore d'examiner dans quelle mesure il pourrait être pertinent d'apporter des réserves concernant l'exactitude et l'intégralité de données établies par des tiers dans les propres rapports de l'expert.

- Il pourrait être pertinent d'examiner, eu égard au rapport qualifié de permanent par le Tribunal fédéral entre les experts et les institutions de prévoyance, si la Chambre devait élaborer des modèles de contrats pour différents types de mandats possibles afin de prévenir des cas de responsabilité de manière optimale.

- Enfin, une assurance de responsabilité civile professionnelle adéquate et suffisante est à conseiller. Il s'agirait de clarifier s'il serait possible à la Chambre d'élaborer avec le concours d'une compagnie d'assurance un contrat-cadre à des conditions si possibles avantageuses et une couverture si possible maximale en faveur de ses membres.

Avec mes meilleures salutations

Hermann Walser