



DOMINIQUE CHRISTIN, Avocats,  
MAXENCE CARRON, Avocat-stagiaire  
BianchiSchwald Sàrl

## Respecter les limites de l'OPP2 ne suffit pas.

Les personnes chargées d'administrer ou de gérer une institution de prévoyance répondent du dommage qu'ils lui causent intentionnellement ou par négligence (art. 51 al. 2 LPP). Or, il apparaît très difficile – en ces temps de taux d'intérêts bas – d'assurer des rendements suffisants, d'où la tentation d'augmenter l'exposition des institutions à des placements plus rentables à court terme mais aussi plus risqués.

Un arrêt récent du Tribunal fédéral a rappelé les risques auxquels les organes d'institutions de prévoyance s'exposent dans des périodes de crise boursière (ATF 143 V 19). Il concerne une fondation collective LPP créée dans les années 1990, laquelle promettait une rémunération garantie des avoirs de vieillesse plus élevée que le taux d'intérêt minimum fixé par le Conseil fédéral. Elle devait pour cela bien évidemment atteindre des rendements élevés.

De 1999 à 2001 (période de l'éclatement de la bulle internet), son taux de couverture était passé de 105% à 81%, nécessitant des mesures d'assainissement décidées par le conseil de fondation, avant sa mise en liquidation en 2003. Lors de ce sauvetage, 50 millions furent avancés par le fonds de garantie LPP pour assurer les prestations légales, lequel s'est ensuite retourné entre autres contre les membres du conseil de fondation de l'époque.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a rappelé que les institutions de prévoyance doivent administrer 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. 71 al. 1 LPP et art. 50 OPP2). La gestion et la surveillance d'une telle institution repose donc sur les concepts de sécurité (Sicherheit) et de capacité de risque de celle-ci (Risikofähigkeit), concepts qui doivent être concrétisés dans le règlement de fondation ainsi que dans la gestion pratique des avoirs. Ils s'imposent dans tous les cas et ce même si la stratégie d'investissement respecte dans le cas concret les catégories et limites de placement autorisées définies à l'avance dans les ordonnances applicables (voir les art. 54 ss OPP2). Ils exigent, dans une vision d'ensemble, que l'institution concernée ait la capacité d'anticiper et de compenser les variations du marché tout en fournissant les prestations requises légalement. Ils s'expriment notamment dans le taux de couverture et priment le principe de la garantie d'une rentabilité suffisante de l'institution.

Dans notre cas, le Tribunal fédéral, au contraire de l'instance précédente, a vertement critiqué la stratégie de placement et les mesures de sauvetage mises en place par le conseil de fondation. Un rapport d'expertise soulignait en effet dès 1999 l'absence de réserves de fluctuation suffisantes et une stratégie d'investissement beaucoup trop portée sur les placements en actions (suisses et étrangères). Au contraire, les circonstances imposaient une gestion plus conservatrice, compte tenu du fait que l'institution était dans une phase de consolidation, le nombre de ses cotisants ayant plus que doublé en un an. Il était alors de la responsabilité du conseil de fondation, soit d'assurer des réserves de fluctuation suffisantes, soit de

modifier l'exposition de la fondation. Le conseil ne pouvait en particulier pas compter sur le fait que ces réserves allaient se créer progressivement avec les gains réalisés dans un marché boursier en hausse depuis quelques années (ces situations étant souvent suivies de phases longues de baisse).

Le Tribunal fédéral a enfin critiqué un plan d'assainissement décidé par le conseil consistant à confier à un tiers la gestion du portefeuille d'actions de l'institution, tiers qui promettait un rendement de 15% par un système d'investissement automatisé (stop loss system). Notre Haute cour a rappelé la vieille règle selon laquelle il n'y a point de rendement sans risque. Dans ces circonstances, il existe une obligation de diligence particulière du conseil de fondation de délimiter les risques et de les compenser, sans se contenter de la promesse d'un tiers-gestionnaire.

Cet arrêt du Tribunal fédéral rappelle utilement que ce sont bien les concepts de sécurité et de capacité de risque qui fondent la gestion et la surveillance des institutions de prévoyance en Suisse. Les stratégies de placement et les rendements promis aux assurés doivent respecter ces principes, gages de la solidité de notre système de prévoyance par capitalisation et de la confiance du marché et des assurés dans celui-ci. Milice ne signifie pas amateurisme: les institutions de prévoyance, dont les conseils de fondation sont souvent composés de personnes non versées dans les techniques de la prévoyance, doivent s'adjointre les services d'experts nécessaires à cet égard et respecter leurs recommandations. ■