

Congrès SDRCA 2019 - Bienne

Questions actuelles : prévoyance professionnelle

Plan de l'exposé

- \ Clause bénéficiaire
- \ Réserve de santé / réticence
- \ Prestation préalable
- \ Conseil de fondation

1. Clause bénéficiaire

– Arrêt du Tribunal fédéral 9C_118/2018 du 9 octobre 2018 = ATF 144 V 327

- L'art. 20a LPP offre la possibilité aux institutions de prévoyance de prévoir dans leur règlement une liste de bénéficiaires venant s'ajouter à ceux imposés par la loi (art. 19, 19a et 20 LPP)

Clause bénéficiaire

- Les institutions de prévoyance sont libres de faire usage ou non de cette possibilité
- Elles sont également libres dans la détermination des bénéficiaires, sous réserve du respect des catégories de personnes favorisées et de la cascade instituée par l'art. 20a LPP

Clause bénéficiaire

- Les institutions de prévoyance sont ainsi libres:
 - de ne pas adopter l'ensemble de la cascade (mais uniquement les lettres a et b par exemple)
 - de réduire le cercle des bénéficiaires tel que prévu par la loi
 - d'accorder ou non aux assurés la possibilité de désigner une personne favorisée parmi celles déterminées selon lettre a, b ou c (à défaut d'indication, partage par parts égales)

Clause bénéficiaire

- Peut être favorisée, entre autres, la personne ayant formé une communauté de vie avec le défunt au moins cinq ans immédiatement avant le décès et ce de manière ininterrompue
- Une disposition réglementaire prévoyance qu'une communauté de vie de trois ans est suffisante pour fonder la qualité de bénéficiaire du partenaire de vie est contraire au droit fédéral

Clause bénéficiaire

- La prestation en capital de Fr. 117'970.- doit dès lors être versée à l'épouse, séparée de l'assuré, et non à la concubine
- Question ouverte: Le fait qu'un assuré puisse désigner comme bénéficiaire une concubine plutôt que l'épouse (même séparée) est-il conforme au droit de la prévoyance professionnelle ?

2. Réserve de santé / réticence

- Arrêt du Tribunal fédéral 9C_139/2018 du 20 septembre 2018 = ATF 144 V 376

2. Réserve de santé / réticence

A. Faits

A, né en 1957, est engagée par C dès le 22.11.2010
Par écrit du 11.09.2013, l'IP résilie le contrat de prévoyance surobligatoire de A, au motif que cette dernière n'a pas indiqué avoir été en incapacité de travail pendant plusieurs mois en 2010 déjà et être suivie médicalement pour une dépression (réticence)

2. Réserve de santé / réticence

Par décision du 05.05.2016, l'AI lui accorde une rente entière d'invalidité à compter du 01.02.2013 (taux d'invalidité : 72%)

Aucun accord sur le montant des prestations dues par l'institution de prévoyance n'ayant été trouvé, l'assuré porte la cause devant le Tribunal des assurances sociales du canton de Bâle-Ville, puis au TF

2. Réserve de santé / réticence

B. Aspects juridiques

- Réticence incontestée : l'assurée a droit à une rente entière de la PP obligatoire, mais à aucune prestation d'invalidité de la PP surobligatoire

2. Réserve de santé / réticence

- Dans le domaine surobligatoire, l'IP ne peut pas – en cas de réticence – faire de réserve de santé rétroactive
- Elle peut uniquement se départir du contrat de prévoyance (ATF 130 V 9)

2. Réserve de santé / réticence

- La résiliation ne peut concerner que la part de capital surobligatoire nouvellement financée et non pas celle de la prestation de sortie de l'ancienne IP
- L'art. 14 al. 1 LFLP prévoit que la prévoyance rachetée au moyen de la prestation de sortie apportée ne peut être réduite par une nouvelle réserve pour raisons de santé

2. Réserve de santé / réticence

- Il n'est pas possible de déroger réglementairement à cette règle puisque, légalement, la protection de la prévoyance existant au moment de l'entrée dans l'IP doit être maintenue

2. Réserve de santé / réticence

- Remarque: les juges fédéraux semblent confondre les conséquences d'une «réticence» avec celles d'une «réserve de santé»: on ne voit pas pour quelle raison un assuré ayant commis une «réticence» devrait être traité de la même manière qu'un assuré qui a répondu correctement aux questions posées

2. Réserve de santé / réticence

- Questions ouvertes:
 - Si le contrat de prévoyance (surobligatoire) a été «résilié» pour réticence, l'institution de prévoyance peut-elle continuer de facturer des primes identiques, alors que les prestations assurées sont différentes ?

2. Réserve de santé / réticence

- Questions ouvertes:
 - Dans quelle mesure l'employeur (seul débiteur de la totalité des primes – art. 66 al. 1 LPP) doit-il supporter les conséquences de la réticence commise par son employé ?

3. Prestation préalable

- Arrêt du Tribunal fédéral 9C_108/2018 du 30 janvier 2019 = ATF 145 V 18

3. Prestation préalable

A. Faits

A a été assuré en prévoyance professionnelle auprès de Swiss life du 1^{er} mai 1995 au 22 octobre 2004

Du 1^{er} novembre 2004 au 31 octobre 2006, A a perçu des IJ de l'assurance-chômage et était affilié à la fondation supplétive LPP

3. Prestation préalable

Le 20 avril 2007, A s'inscrit à l'AI, qui lui accordera une demi rente à partir du 1^{er} mars 2007 (décision du 19 juin 2009)

Le 25 juin 2009, Swiss life a refusé de lui verser des prestations

Par lettre du 8 avril 2011, la Fondation supplétive lui accorde une demi rente d'invalidité à titre d'avance, à partir du 29 décembre 2010

3. Prestation préalable

Le 29 décembre 2015, la Fondation supplétive LPP ouvre action contre Swiss life, conduisant au remboursement des prestations versées à A depuis le 29 décembre 2010 sur la base de l'obligation instaurée par l'art. 26 al. 4 LPP et majorées d'un intérêt de 5% de depuis l'introduction de l'action

Le Tribunal des assurances sociales du canton de Zurich a donné partiellement raison à la Fondation supplétive LPP, en ordonnant le remboursement, mais sans intérêt

3. Prestation préalable

La Fondation supplétive dépose un recours en matière de droit public contre cette décision, concluant à une annulation partielle de cette dernière et au paiement, par Swiss life, d'un intérêt moratoire de 5% en sus du remboursement des prestations versées à titre d'avance

3. Prestation préalable

B. Aspects juridiques

- En droit privé : obligation générale de payer des intérêts moratoires dès que le débiteur est en demeure (104 CO)
- En droit administratif : des intérêts sont dus dès que le débiteur est en défaut de paiement, sauf disposition contraire de la loi

3. Prestation préalable

- En droit des assurances sociales : avant l'entrée en vigueur de la LPGA, la jurisprudence refusait catégoriquement l'obligation de payer des intérêts moratoires si elle n'était pas prévue par la loi

3. Prestation préalable

- L'art. 26 LPGA a rendu obligatoire le paiement d'intérêts moratoires, sauf exceptions
- La jurisprudence en a conclu que, pour les cas qui ne sont pas mentionnés dans la loi, il n'existe pas d'obligation de payer des intérêts moratoires
- Le taux d'intérêt moratoire est fixé à 5% par année (art. 7 al. 1 OPGA)

3. Prestation préalable

- En principe, la LPGA n'est pas applicable à la prévoyance professionnelle.
- Dans le cadre de la prévoyance professionnelle, en cas d'absence de base statutaire, les intérêts moratoires sur les prestations et les cotisations sont autorisés sur la base de l'art. 104 CO. En raison de la base contractuelle de la relation d'assurance, les dispositions générales du CO sont applicables et l'octroi d'intérêts moratoires a toujours été la règle

3. Prestation préalable

- L'art. 26 al. 4 LPP offre un droit de recours direct ; ainsi, il n'est même pas nécessaire que l'institution qui verse une avance de prestations se soit vue céder les droits de la personne assurée pour pouvoir faire valoir un droit de recours contre l'institution tenue de verser les prestations
- Au vu de ce droit légal direct, une relation contractuelle entre l'institution ayant presté et l'institution tenue de verser les prestations doit être niée

3. Prestation préalable

- Ainsi, le principe selon lequel, dans le cadre de la prévoyance professionnelle et en l'absence de base statutaire, des intérêts moratoires sur les prestations et les cotisations sont autorisés sur la base de l'art. 104 CO n'est **pas applicable dans le contexte de l'art. 26 al. 4 LPP**

3. Prestation préalable

- Remarque: l'institution supplétive, souvent appelée à verser des prestations préalables, a tenté, à juste titre, d'exiger des intérêts moratoires de 5%, taux relativement élevé, au vu de l'absence de risque et des rendements actuels des placements financiers

4. Conseil de fondation

– Généralités

Art. 51 al. 1 LPP

- Salariés et employeurs ont le droit de désigner le même nombre de représentants dans l'organe suprême de l'institution de prévoyance
- Principe de la gestion paritaire, notamment de la fortune (art. 51 al. 2 lit. c LPP)

4. Conseil de fondation

Art. 51a LPP

- L'organe suprême de l'institution de prévoyance en assure la direction générale, veille à l'exécution de ses tâches légales et en détermine les objectifs et principes stratégiques ainsi que les moyens permettant de les mettre en oeuvre.
- Il définit l'organisation de l'institution de prévoyance, veille à sa stabilité financière et en surveille la gestion

4. Conseil de fondation

Art. 51a LPP

- Les tâches de l'organe suprême (souvent appelé le «conseil de fondation») définies à l'art. 51a sont inaliénables et intransmissibles (art. 51a al. 2 LPP)

4. Conseil de fondation

Art. 65 LPP

- Les institutions de prévoyance doivent offrir en tout temps la garantie qu'elles peuvent remplir leurs engagements (art. 65 al. 1 LPP)
- Elles règlent leur système de cotisations et leur financement de telle manière que les prestations prévues par la LPP puissent être fournies dès qu'elles sont exigibles (art. 65 al. 2 LPP)

4. Conseil de fondation

Art. 71 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. 71 al. 1 LPP)

4. Conseil de fondation

Art. 71 LPP et 49a OPP2

- L'organe suprême est responsable de la gestion des placements. Il définit, surveille et pilote de manière compréhensible la gestion de la fortune en tenant compte des rendements et des risques (art. 49a al. 1 OPP2)

4. Conseil de fondation

Art. 52 LPP

- Les personnes chargées d'administrer ou de gérer l'institution de prévoyance et les experts en matière de prévoyance professionnelle répondent du dommage qu'ils lui causent intentionnellement ou par négligence (art. 52 al. 1 LPP).

4. Conseil de fondation

Art. 52 LPP

- L'art. 52 LPP est une norme spéciale de responsabilité en matière de prévoyance professionnelle applicable à la responsabilité du Conseil de fondation et de ses membres

4. Conseil de fondation

Art. 52 LPP

- Lorsque les exigences légales, contractuelle, issues de l'acte de fondation ou des règlements, de directives etc. ne sont pas respectées, la responsabilité du Conseil de fondation et de ses membres peut être engagée

4. Conseil de fondation

Conditions d'application

- Dommage
- Illicéité
- Faute
- Lien de causalité

4. Conseil de fondation

Arrêt du Tribunal fédéral 9C_263/2014 du 18 décembre 2014 = ATF 141 V 51

La responsabilité du conseil de fondation immédiatement engagée au moment de la constitution du statut d'organe exige que le membre du conseil de fondation se fasse, avant son entrée en fonction, une image suffisamment complète de l'institution

4. Conseil de fondation

Le devoir de diligence ne se détermine pas selon les connaissances particulières des membres, mais selon des critères objectifs

Implication pleine et entière dans la gestion comme s'il s'agissait de valeurs personnelles

La responsabilité intransmissible pour la stratégie de placement (art. 51a LPP) incombe au conseil de fondation dans son ensemble

4. Conseil de fondation

- Le Tribunal fédéral a condamné les membres du conseils de fondation, les experts et les réviseurs à rembourser, solidairement entre-eux, la somme totale réclamée de Fr. 33 MIO
- Création par le Conseil de fondation d'un consortium complexe de sociétés qui manquait de clarté et de transparence
- Délégation de tâches très importantes à des sociétés anonymes (gestion du patrimoine)

4. Conseil de fondation

- Certains membres du conseil de fondation étaient également membre des conseils d'administration des sociétés auxquelles des tâches ont été déléguées Le devoir de diligence ne se détermine pas selon les connaissances particulières des membres, mais selon des critères objectifs
 - Des membres ont été condamnés sous l'angle pénal

4. Conseil de fondation

Question ouverte: Responsabilité solidaire

La responsabilité solidaire implique une responsabilité de chacun des membres du Conseil de fondation pour l'entier du dommage

Du point de vue de l'institution de prévoyance qui subit un dommage, la réparation de celui-ci pourrait être exigée de la part d'un seul membre du Conseil de fondation

A cet égard, le Tribunal fédéral a laissé la question de l'application par analogie de l'art. 759 al. 1 CO (solidarité différenciée – ATF 141 V 51 consid. 9.2).

4. Conseil de fondation

Question ouverte: Responsabilité solidaire

En cas de désaccord entre plusieurs membres du Conseil de fondation, cela devrait être mentionné au procès-verbal par mesure de prudence

Quid si un membre du conseil de fondation est trop prudent?

4. Conseil de fondation

Arrêt du Tribunal fédéral 9C_752/2015 du 28 décembre 2016 = ATF 143 V 19

Responsabilité du conseil de fondation en matière de placement de la fortune

Des placements dans le cadre des limites de l'OPP 2 ne sont pas admissibles en soi, mais seulement dans la mesure où ils satisfont aux exigences générales de sécurité de l'**art. 71 LPP**.

4. Conseil de fondation

La capacité de risque d'une institution de prévoyance peut aussi être dépassée lorsque les limites légales et réglementaires sont respectées

Exemple: un mandat de gestion d'actifs est confié sans qu'une comparaison (*benchmark*) des rendements promis ait été effectuée au préalable

4. Conseil de fondation

Question ouverte: un membre de l'organe suprême doit-il privilégier un actif respectant les critères ESG (respect de l'environnement, du social et de la gouvernance) avec un faible rendement ou un portefeuille contenant des actions de sociétés polluantes, mais avec un meilleur rendement? Sous l'angle juridique? En opportunité?

4. Conseil de fondation

Remarque: le niveau de la rémunération des membres du conseil de fondation ne doit-il véritablement pas être prise en considération dans l'examen de la responsabilité?

Une assurance responsabilité civile pour membres du conseil de fondation est-elle encore utile?

Merci de votre attention

Guy Longchamp, docteur en droit, avocat
Chargé d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

021 882 25 21
glo@avocatsconseils.ch