

Assurance en responsabilité civile

Un choix de long terme

Conclure une assurance responsabilité civile couvrant le gérant et les membres du Conseil de fondation tient de la précaution élémentaire. A quels éléments faut-il être attentif lors de la négociation d'une assurance en responsabilité civile? Réponses avec Bernard Perritaz, responsable de Kessler pour la Suisse romande, membre du comité de direction.



«Il faut surtout se préoccuper de bien négocier les clauses de la police d'assurance.»

Bernard Perritaz

Conseillez-vous systématiquement aux Conseils de fondation de conclure une assurance en responsabilité civile pour leurs membres?

Oui, d'autant que la discussion préalable à la conclusion d'un tel contrat – couvrant généralement aussi le gérant – offre une bonne occasion d'analyser le fonctionnement des organes dirigeants de la caisse de pension, ses processus de décisions et les modes de contrôle. En prenant conscience de l'étendue de sa responsabilité, un Conseil de fondation peut améliorer son fonctionnement.

Les récentes décisions du Tribunal fédéral ont-elles surpris?

Elles peuvent être considérées comme surprenantes par leur sévérité envers les membres de Conseils de fondation dont le devoir de surveillance a été réaffirmé, même lorsqu'ils sont confrontés à des malversations commises par des tiers. D'où un besoin accru de couverture de ces personnes par une assurance bien adaptée. Il serait tout de même regrettable qu'un sentiment d'insécurité juridique amène certains à renoncer à devenir membre d'un Conseil de fondation.

De telles assurances ne vont-elles pas renchérir les coûts supportés par le 2^{ème} pilier?

Les caisses de pension gèrent désormais quelque 900 milliards de francs et le 2^{ème} pilier reste une assurance sociale ayant la responsabilité de servir des rentes. Ceci explique sans doute la sévérité du Tribunal fédéral pour sanctionner de la négligence dans l'accomplissement des tâches d'un Conseil de fondation. En ce qui

concerne la responsabilité civile, les primes restent modestes: généralement entre 5000 et 15 000 francs, un montant pouvant aller jusqu'à 50 000 francs n'étant demandé qu'à de très grandes caisses de pensions. L'éventuelle responsabilité pénale d'un Conseil de fondation n'est pas assurée, pas plus qu'une faute intentionnelle de ses membres. Il s'agit de couvrir les dommages économiques qui pourraient résulter pour la caisse de pension, ou pour le Fonds de garantie, d'une violation de l'obligation de diligence que l'on peut attendre d'une personne censée. Les cas où une caisse de pension a effectivement subi des dommages de ce fait sont rarissimes. Dans les faits, l'assurance couvre surtout les frais de défense d'assurés arguant de leur non responsabilité.

Existe-t-il sur le marché des assurances spécifiquement conçues pour couvrir les organes dirigeants d'une institution de prévoyance?

Certaines compagnies proposent effectivement des produits ad hoc couvrant les dommages économiques pour les institutions de prévoyance professionnelle: des polices d'assurance dites PTL pour Pension Trustee Liability. Mais d'autres assurances dites D&O pour Directors and Officers Liability Insurance entrent également en ligne de compte. Il est aussi possible de prévoir une couverture du risque de fraude. Cinq ou six assureurs offrent actuellement en Suisse des contrats adaptés aux besoins des caisses de pension. Il faut surtout se préoccuper de bien négocier les clauses de la police d'assurance.

Quels sont les éléments clés auxquels il faut être attentif ?

Il faut surtout avoir à l'esprit que le choix d'une assurance responsabilité civile en faveur des organes dirigeants d'une caisse de pension est un choix de long terme. En effet, pour que la compagnie d'assurance accepte de prendre en charge le dommage économique ou de payer les frais de défense des assurés, il faut que la découverte du sinistre ait lieu pendant la période de couverture mais également que la connaissance des faits ayant conduit à la survenue de ce sinistre soit apparue après la première date de conclusion de la police (période de continuité). Une caisse de pension a donc intérêt à

conclure une assurance de ce type et à la garder longtemps. Cette police d'assurance couvre les dirigeants actuels de l'institution de prévoyance, ainsi que ses dirigeants passés et futurs. La réflexion préalable sur la qualité de la couverture mérite donc d'être approfondie.

Comment définiriez-vous une bonne couverture ?

Il convient de s'intéresser à l'attitude générale de la compagnie d'assurance en cas de sinistre, puis de veiller à la flexibilité du contrat pour qu'il puisse s'adapter à l'évolution de la caisse de pension. Il faut également être attentif aux détails des exclusions. En ce qui concerne la

couverture des frais de défense, le for juridique est également important, de même que la liberté de choix de l'avocat. Autres éléments essentiels: le délai accepté par la compagnie pour la notification du cas et les modalités y relatives. Par ailleurs, les assurances couvrant la responsabilité personnelle des membres du conseil de fondation ne doivent pas prévoir de franchise. En revanche, il est courant de prévoir une franchise pour la fondation elle-même. A noter que les sommes assurées restent de toutes façons modestes: entre 1 et 25 millions de francs. De fait, ce type d'assurance couvre surtout les frais de défense qui pourraient être encourus par des membres des organes dirigeants d'une institution de prévoyance accusés d'avoir manqué à leur devoir de diligence. Prendre une assurance couvrant la responsabilité civile des membres du Conseil de fondation et du gérant dans le cadre de l'exercice de leur fonction au service de l'institution de prévoyance est de plus en plus courant: 75% de nos clients ont conclu une police de ce type. **I**

Interview: Geneviève Brunet

Jurisprudence du Tribunal fédéral

La jurisprudence récente s'est montrée sévère envers des organes dirigeants lorsque ceux-ci ont, par une mauvaise organisation due à la négligence, favorisé des actes pénaux. Elle a ainsi rappelé leur large responsabilité, inscrite dans la LPP mais dont certains n'ont pris conscience qu'au vu des décisions du Tribunal fédéral.

«Les personnes chargées de l'administration, de la gestion et du contrôle de l'institution de prévoyance répondent du dommage qu'elles lui causent, intentionnellement ou par négligence», stipule l'art. 52 al. 1 de la LPP. Cette responsabilité d'un membre de Conseil de fondation est d'autant plus importante que la loi ne prévoit pas de l'amoindrir en cas de non-participation aux séances ou de passivité lors de décisions critiques. Alors même que les tâches incessibles du Conseil de fondation, selon l'art. 51a de la LPP, sont nombreuses. En outre, en cas de perte financière pour la caisse, tous les membres du Conseil de fondation – dans la mesure où leur responsabilité est reconnue – répondent, en principe solidairement, du préjudice causé durant la période de fonction et chacun est indéfiniment responsable sur la totalité de sa fortune personnelle.

Le risque financier encouru par les membres des organes dirigeants n'a rien de théorique lorsque, par exemple, des actes pénaux tels que gestion déloyale ou abus de confiance sont commis par des tiers au détriment de la fortune de prévoyance en raison d'une négligence grave organisationnelle et dans la surveillance. Et pour cause: si une caisse de pension subit un dommage dû à une faute de négligence et devient insolvable, le Fonds de garantie doit intervenir pour permettre le maintien des prestations; mais il pourra se retourner ensuite contre les membres du Conseil de fondation avec des recherches en responsabilité. Une

démarche prévue par l'art. 56a LPP qui précise que le fonds de garantie peut, vis-à-vis des personnes responsables de l'insolvabilité de l'institution de prévoyance, participer aux prétentions de l'institution.

«Deux décisions récentes du Tribunal fédéral ont confirmé que des membres d'un Conseil de fondation devaient couvrir le préjudice subi en raison d'une négligence grave qui a facilité des actes de gestion déloyale et d'abus de confiance par des tiers», rappelle Jacques-André Schneider, professeur à l'Université de Lausanne, avocat, associé de Schneider Troillet.

Le premier coup de semonce est lié à la faillite du Fonds de pensions First Swiss. «Cette fondation collective a bénéficié de versements du Fonds de garantie LPP pour un montant excédant 30 millions d'euros. Ce dernier a ensuite fait valoir des prétentions en responsabilité envers les organes de la Fondation collective: membres du Conseil de fondation, expert et organe de révision». Et à Jacques-André Schneider de préciser que «les arrêts du Tribunal fédéral du 18 décembre 2014 ont confirmé les décisions du Tribunal administratif du canton de Zoug qui avaient retenu tant la responsabilité des membres du Conseil de fondation que le fait qu'ils étaient solidairement responsables du dommage.»

Autre jugement sévère: «L'arrêt du Tribunal fédéral du 23 mars 2015 portant sur le cas de la comptable d'une fondation qui disposait de la signature individuelle et avait détourné quelque 450 000 francs de primes devant être versées par l'institution de prévoyance à l'assureur qui la couvrait. La responsabilité des membres du Conseil de fondation a été retenue pour défaut de vigilance, l'organe de révision ayant assorti son rapport de réserves deux années de suite.»

Le numéro de février 2016 de «Prévoyance Professionnelle Suisse» vous fournira de plus amples informations sur la responsabilité.

Haftung bei Fahrlässigkeit

Eine gute Versicherung für die Mitglieder des Stiftungsrats

Die Haftpflicht von Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern im Stiftungsrat einer Pensionskasse geht ebenso weit wie jene des Vermögensverwalters. Eine gute Versicherung ist deshalb unerlässlich.

Nach Art. 52 Abs. 1 BVG gilt: «Alle mit der Verwaltung oder Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen sowie die Experten für berufliche Vorsorge sind für den Schaden verantwortlich, den sie ihr absichtlich oder fahrlässig zufügen.» Diese Haftpflicht eines Stiftungsratsmitglieds geht umso weiter, als das Gesetz sie bei Nicht-Teilnahme an Sitzungen oder Enthaltung bei wichtigen Entscheidungen nicht mindert. Die unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Stiftungsrats sind gemäss Art. 51a BVG überaus zahlreich: Festlegung des Vorsorgeplans und Genehmigung von Änderungen, Festlegung des Finanzierungssystems, Genehmigung der Geschäftsrechnung, Festlegung der Verzinsung und des technischen Zinssatzes, Erstausbildung und Weiterbildung der Mitglieder, Entscheidung über die Rückdeckung des Invaliditäts- und Todesfallrisikos, Festlegung und Überwachung der Vermögensverwaltungsstrategie.

Darüber hinaus haften im Falle finanzieller Verluste alle Mitglieder des Stiftungsrats prinzipiell solidarisch für den während der Amtsdauer entstandenen Schaden. Zudem haftet jedes Mitglied unbeschränkt mit seinem Privatvermögen.

Bei grober Fahrlässigkeit in der Organisation und Überwachung ist das finanzielle Risiko der Mitglieder von leitenden Organen alles andere als theoretisch. Kommt eine Pensionskasse infolge von Nachlässigkeit zu Schaden und wird sie zahlungsunfähig, springt der Sicherheitsfonds ein, um die Leistungen aufrechtzuerhalten. Er kann dann aber Rückgriff nehmen auf den Stiftungsrat und Schadenansprüche geltend machen. Dieses

Vorgehen stützt sich auf Art. 56a BVG, wonach der Sicherheitsfonds gegenüber Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung ein Verschulden trifft, in die Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung eintreten kann. Professor Jacques-André Schneider von der Universität Lausanne, Rechtsanwalt und Partner von Schneider Troillet, weist darauf hin, dass «die beiden Bundesgerichtsentscheide vom 18. Dezember 2014 und 23. März 2015 bestätigen, dass die Mitglieder eines Stiftungsrats für den Schaden infolge einer groben Fahrlässigkeit, die eine ungetreue Geschäftsführung und Vertrauensmissbrauch durch Dritte begünstigte, aufkommen müssen.»

Vor diesem Hintergrund ist es unerlässlich, eine gute Haftpflichtversicherung auszuhandeln. Bernard Perritaz, für die Westschweiz zuständiges Mitglied der Geschäftsleitung von Kessler & Co AG, unterstreicht, dass «die dem Abschluss eines solchen Vertrags vorangehende Diskussion eine gute Gelegenheit für die Abklärung der Funktionsweise der leitenden Organe bietet». Er weist darauf hin, dass eine Haftpflichtversicherung für die leitenden Organe einen langfristigen Entscheid bedeute. «Damit das Versicherungsunternehmen nämlich zustimmt, den wirtschaftlichen Schaden oder die Kosten für die Verteidigung der Versicherten zu übernehmen, muss die Aufdeckung des Schadenfalls während der Deckungsperiode erfolgen. Zudem muss die Erkenntnis, dass ein Schadenfall vorliegen könnte, ebenfalls in diese Deckungsperiode fallen.» Heute bieten fünf oder sechs Versicherungsunternehmen in der Schweiz Verträge für Pensionskassen an: einerseits Ad-hoc-Policen,

sogenannte PTL (Pension Trustee Liability) und andererseits die erweiterte Versicherung für die Organe der Vorsorgeeinrichtung, sogenannte D&O (Directors and Officers Liability Insurance). «Die Qualität der gebotenen Absicherung hängt immer von den Vertragsklauseln ab», bemerkt der Experte. Verschiedene Punkte bedürfen besonderer Aufmerksamkeit, unter anderem «die generelle Haltung des Unternehmens im Schadenfall und die vertragliche Flexibilität, wenn es um die Anpassung an die Entwicklung der Pensionskasse geht». Wichtig sind auch die «Einzelheiten über die Ausschlussbedingungen». Bei der Abdeckung von Anwalts- und Gerichtskosten sind auch der Gerichtsstand und die freie Anwaltswahl zu beachten. «Weitere entscheidende Punkte: die vom Unternehmen eingeräumte Frist für die Meldung des Schadenfalls und die damit zusammenhängenden Modalitäten. Auch dürfen Versicherungen zur Abdeckung der persönlichen Haftpflicht der Stiftungsratsmitglieder keinen Selbstbehalt verlangen.» Es ist jedoch üblich, für die Stiftung selbst einen Selbstbehalt vorzusehen. |

Geneviève Brunet

Mehr zum Thema Verantwortlichkeit und Haftung lesen Sie in der Februarausgabe 2016 der «Schweizer Personalvorsorge».