Externalisation

Externaliser sous surveillance

Les conseils de fondation peuvent bien entendu prendre certaines libertés dans la gestion de leur institution de prévoyance, mais doivent assumer l'entière responsabilité de leurs actes. L'organe de surveillance est aussi chargé de surveiller la répartition des tâches dans les caisses de pensions. C'est la raison pour laquelle les décisions d'externaliser des services sont suivies de près.

La LPP et ses dispositions d'exécution prévoient une répartition précise des tâches. A cet égard, la responsabilité incombe en premier lieu à l'organe suprême d'une institution de prévoyance (en général le conseil de fondation). L'art. 51a LPP précise par exemple que le conseil de fondation assure la direction générale et surveille la gestion de l'institution de prévoyance.

Cela implique que certaines tâches peuvent être déléguées sans que la distinction soit faite entre interne et externe. Le même article de loi contient une longue liste de tâches intransmissibles et inaliénables, ce qui exclut leur externalisation. Mais cela ne signifie pas forcément qu'un conseil de fondation ne peut recourir au soutien de prestataires (internes ou externes) pour l'exécution de ces tâches. La responsabilité de sélectionner, d'instruire et de surveiller avec soin les prestataires lui incombe néanmoins entièrement.[1]

Organe de révision et expert: des prestataires externes

Le législateur mentionne explicitement deux prestataires externes qu'il décrit comme organes de contrôle de l'institution de prévoyance: il s'agit de l'expert en prévoyance professionnelle et de l'organe de révision. Les tâches et exigences imposées à ces deux organes sont également détaillées dans la loi. Compte tenu de l'exigence d'indépendance, il est évident pour l'organe de révision comme pour l'expert qu'il doit s'agir de «vrais» organes de contrôle (prestataires) externes.

Ce principe est parfaitement clair en ce qui concerne les organes de révision, ne serait-ce qu'en raison de l'autorisation requise par l'Autorité fédérale de surveillance en matière de révision. En revanche, pour ce qui est de la fonction d'expert, il n'était pas encore tout à fait incontesté jusqu'à une période récente. On peut notamment penser aux fondations collectives de grande taille pour lesquelles le cabinet d'experts concerné gère sa propre assurance LPP et fait donc partie des entreprises affiliées. Entretemps, un jugement a été rendu pour ce cas de figure. Le tribunal a clairement conclu que l'exercice du mandat d'expert n'est pas compatible avec la «qualité d'assuré» en tant qu'entreprise affiliée.[2]

Les experts comme gérants

Il existe un autre point problématique dans le rapport de l'institution de prévoyance avec l'activité d'expert: la gestion des affaires par le même cabinet d'experts que celui qui exerce le mandat d'expert en prévoyance professionnelle. Cette situation se rencontre assez souvent dans la pratique. Dans ses directives D-03/2013, la CHS PP estime que l'administration purement technique dans le cadre d'un mandat d'expert pour la même institution de prévoyance ne pose pas de problème et peut donc être tolérée, ce qui exclut des interventions de l'organe de surveillance. Sur un plan prudentiel, on constatera seulement que ces directives n'indiquent pas clairement où s'arrête l'administration purement technique et à quel moment elle se recoupe avec l'activité d'expert. On peut notamment penser à l'évaluation des cas d'invalidité partielle et des calculs de surindemnisation, ou encore aux liquidations partielles qui sont réglées de façon «autonome» par l'organe de direction.

EN BREF

La tendance à l'externalisation des services n'échappe pas à l'œil vigilant des autorités de surveillance. Les règlements sont soumis à un examen attentif, notamment en cas de changements structurels.

L'externalisation comme norme

Les services dans le domaine de la gestion de fortune et des prestations d'assurance sont de loin les plus fréquemment externalisés. Dans le cas des prestations d'assurance, l'institution de prévoyance choisit une réassurance totale ou partielle par le biais d'un assureur-vie et se dé-

[1] ATF 9C_786/2013 du 18 décembre 2014, consid. 6.3. et ATF 9C_619/2015 du 13 novembre 2015, consid. 5.2. ainsi que Lucrezia Glanzmann-Tarnutzer, «Neuere Rechtsprechung zur BVG-Haftung» in PJA 12/2017, p. 1461 ss.

[2] Arrêt du Tribunal administratif fédéral du 10 juillet 2017, A-4357/2015.

charge ainsi du risque principal.[3] Ces externalisations jouent un rôle pour la surveillance prudentielle. L'autorité contrôle ainsi l'externalisation dans le cadre de l'examen annuel du rapport de l'institution. Un rapport actuariel est périodiquement exigé et s'accompagne du contrôle d'un découvert éventuel ainsi que des règlements sur les prestations et les provisions. En cas de changements au sein de l'institution de prévoyance, l'autorité de surveillance doit également savoir s'il existe une réassurance et de quel type de couverture il s'agit.[4] Selon le cas de figure, l'autorité de surveillance demande le contrat de réassurance pour ses dossiers. Il n'y a toutefois nulle obligation d'accepter.[5] S'agissant de la cohérence (complète) entre les prestations de réassurance et les promesses de prestation de l'institution de prévoyance, l'autorité de surveillance sollicite une confirmation en ce sens de l'expert en prévoyance professionnelle.

L'externalisation de la gestion de fortune et en particulier de la gestion des biens immobiliers en détention directe est devenue la norme dans de nombreuses institutions de prévoyance. Dans son rapport annuel destiné aux autorités de surveillance, l'institution de prévoyance doit fournir des explications sur les règles relatives à l'organisation des placements en annexe aux comptes annuels.[6] Bien qu'elle soit généralement externalisée, la gestion de la fortune est également possible en interne.[7]

Dans la pratique, les institutions de prévoyance forment des commissions de placement (en tant qu'organe interne) qui définissent la stratégie de placement en détail mais peuvent aussi sélectionner des titres, surveiller les gérants de fortunes mandatés et éventuellement les présélectionner à l'attention de l'ensemble du conseil de fondation. Les gérants de fortune rendent généralement compte à la commission de placement, laquelle informe le conseil de fondation. L'autorité de surveillance examine l'activité de placement d'une institution de prévoyance dans le cadre du rapport annuel et du contrôle des règlements de placement, qui renseignent sur l'organisation de l'administration de la fortune ainsi que sur l'activité de placement proprement dite.

Problématiques liées à la surveillance prudentielle

Les questions de surveillance prudentielle découlent d'éventuels conflits d'intérêts ou se posent en relation avec des engagements contractuels et des frais d'intermédiation excessifs.[8] A cet égard, la condition préalable est que l'externalisation soit en elle-même conforme à la loi. En vertu de l'art. 35 al. 3 OPP 2, l'autorité de surveillance part du principe que ces faits sont d'abord examinés par l'organe de révision;[9] elle intervient en cas de modifications correspondantes dans le rapport d'audit de l'organe de révision ou d'infractions manifestes qui sont portées à sa connaissance, i.e. qu'elle peut identifier sur la base des documents à sa disposition.[10] Le premier interlocuteur de l'autorité de surveillance est toujours l'organe suprême de l'institution de prévoyance. En cas de soupçon, l'autorité de surveillance sollicitera une prise de position fondée de cet organe, éventuellement complétée par une évaluation de l'organe de révision compétent. Si l'on est effectivement en présence d'une infraction au regard du droit, l'autorité de surveillance dispose de toutes les possibilités d'intervention prévues par l'art. 62a LPP.

En pratique, les autorités de surveillance ont généralement dû intervenir dans le cadre des mandats de gestion de fortune lorsqu'il y avait conflit d'intérêts[11] ou si un engagement excessif de l'institution de prévoyance[12] était prévu.

Rappelons enfin que les institutions de prévoyance conduisent leurs affaires de manière autonome et sous leur responsabilité propre. Elles connaissent donc également les critères requis pour pouvoir procéder à des externalisations et doivent en tenir compte dans le choix de prestataires externes. L'autorité de surveillance intervient uniquement en cas d'infraction à la loi.

Christina Ruggli-Wüest

---

3 En fonction du modèle choisi, l'institution de prévoyance est entièrement réassurée ou semi-autonome. L'externalisation peut avoir lieu selon le modèle stop-loss ou excess-of-loss.

4 Notamment en cas de fusion, de liquidation totale ou de restructuration d'une institution de prévoyance, par exemple transformation en fondation collective, liquidation partielle, scission etc.; certains contrats de réassurance prévoient ainsi qu'en cas de liquidation de l'institution de prévoyance, les effectifs de rentes réassurés reviennent à l'institution de prévoyance concernée.

5 Il y a généralement une prise de connaissance.

6 Art. 47 al. 3 OPP 2, SWISS GAAP RPC 26 ch. 9 VI et ch. 18 ss, en particulier VI.

7 Pour l'habilitation des gestionnaires de fortune, voir aussi les Directives CHS D-01/2014 du 20 février 2014/état au 23 mars 2017.

8 On entend par là aussi bien les rémunérations des courtiers que celles découlant de la gestion de fortune/l'activité de placement (y compris la gestion de biens immobiliers). Pour les rétrocessions, voir l'arrêt du Tribunal fédéral concernant les délais de prescription de dix ans (ATF 4A_508/2016 du 16 juin 2017).

9 RA 40 établit que l'externalisation doit être contrôlée.

10 Dans la pratique, il s'agit de dénonciations ou de recours à l'autorité de surveillance qui sont transmis par des conseillers de fondation ou des assurés; ce peut être aussi la réaction d'un prestataire tiers non pris en compte.

11 Un soupçon peut naître lorsque en cas de publication de rémunérations excessivement élevées ou de double fonction (une personne siège au conseil de fondation tout en exerçant une fonction dirigeante ou en jouant le rôle de courtier pour la gestion de la fortune).

12 La gestion devant être prise en charge par une entreprise nommément désignée dans un acte de fondation est problématique; un changement d'attribution requiert alors une modification de l'acte de fondation. De telles formulations ne sont plus acceptées par les autorités de surveillance dans le cadre des nouvelles fondations. Quant aux institutions de prévoyance existantes, elles sont incitées à adapter leur acte de fondation.