

Assurance-responsabilité pour conseils de fondation

# Les contrats d'assurance sont négociables

En tant que conseil de fondation, on est amené à prendre des décisions et on a l'obligation d'encourir certains risques. Les conseils de fondation éprouvent le besoin légitime de se protéger de manière adéquate. Mais avant de conclure une assurance, il convient de clarifier certains points afin que la couverture d'assurance soit bien celle que l'on attendait si un dommage devait survenir.

## EN BREF

Une assurance responsabilité adéquate répond au besoin de protection légitime qu'éprouvent les conseils de fondation. La couverture accordée varie considérablement d'assureur en assureur.

Le maniement de la fortune de prévoyance qu'il s'agit de gérer dans l'intérêt des assurés est une activité aux nombreuses responsabilités. Assumer ses responsabilités signifie aussi agir de façon irréprochable pour éviter tout dommage. Si un dommage se produit néanmoins, les conseils de fondation répondent solidairement et de façon illimitée avec leur fortune privée pour un dommage qui a été causé intentionnellement ou par négligence.

Concernant les obligations du conseil de fondation, font foi la LPP et l'OPP 2, ainsi que les obligations liées au placement de fortune. Concernant la responsabilité des membres individuels d'un conseil de fondation, aucune différence n'est faite entre les représentants des travailleurs et ceux de l'employeur.

## Risques assurés

En transférant le risque – celui des conseils de fondation ou celui de l'employeur – à un assureur, on s'évite de longues procédures onéreuses d'attribution de la responsabilité et on prévient les risques de crédit en cas de recours subrogatoire. Les gagnants d'une telle solution sont les destinataires, les conseils de fondation et l'employeur.

Dans les groupes qui ont la responsabilité de plans de prévoyance et d'institutions de prévoyance de leurs sociétés-filles dans le pays d'origine et à l'étranger, c'est souvent l'employeur qui se glisse dans le rôle du preneur d'assurance. Dans les entreprises avec une seule institution de prévoyance, il peut être plus avantageux,

dans l'optique du conseil de fondation, que chacun soit un preneur d'assurance individuel.

Les assurances responsabilité que l'on trouve actuellement sur le marché couvrent les risques de l'institution de prévoyance liés à la responsabilité professionnelle, de même que ceux des conseils de fondation découlant de leur responsabilité d'organe. L'étendue de la couverture englobe:

- l'indemnisation en cas de demandes de réparation justifiées en relation avec l'administration, la gestion ou le contrôle de l'institution de prévoyance;
- la défense contre des prétentions non justifiées;
- le remboursement des frais de procédures de droit pénal ou administratif et de tous autres frais stipulés dans le contrat d'assurance;
- en option, l'assurance de dommages liés à la perte de confiance couvre le risque de détournement.

Alors, tout baigne? Oui, à moins que la couverture d'assurance ainsi promise ne soit que très restreinte à cause d'une définition restrictive des termes, d'exclusions et d'autres conditions et modalités contractuelles sibyllines.

## Le devoir de diligence du conseil de fondation à la conclusion de son assurance

La plupart des institutions de prévoyance constituent sans doute un gros risque de professionnel expérimenté selon la définition de la LCA. Elles bénéficient

d'une liberté contractuelle très étendue, raison pour laquelle le principe romain du *caveat emptor*<sup>1</sup> joue un rôle crucial. Pour autant que le conseil de fondation ait admis la nécessité critique de conclure une assurance, il ne pourra sans doute se soustraire à l'obligation de diligence et devra concevoir cette couverture de manière exhaustive et juridiquement sûre. L'objectif est de libeller une couverture admettant une interprétation large en faveur des assurés tout en étant applicable sans restrictions en cas de besoin.

Ci-après, nous allons examiner certaines dispositions épineuses que l'on trouve dans les conditions générales de vente des assureurs et que le conseil de fondation devrait vérifier. Le marché de l'assurance tend aujourd'hui à être favorable à l'acheteur et les contrats d'assurance sont donc négociables. Les preneurs d'assurance avec un profil de risque avantageux devraient en profiter.

<sup>1</sup> Que l'acheteur soit vigilant.

### Une assurance pour éviter les litiges

Si la fondation demande réparation à un conseil de fondation, ce dernier peut se retourner contre son employeur dans certaines circonstances. Dans la pratique, il arrive fréquemment que l'employeur essuie l'arbitrage sans attendre qu'un tribunal ne se prononce sur les responsabilités afin de protéger son conseil de fondation contre une demande pour dommages et intérêts. Une caisse de pensions avec une assise financière solide constitue après tout un atout compétitif dans un marché où l'on s'arrache les spécialistes. Cependant, l'entreprise de l'employeur pourra seulement faire preuve de générosité si elle en possède les moyens. Sinon, il ne reste que la fortune privée du conseil de fondation pour essayer de se dédommager.

C'est aussi vrai dans l'autre sens pour l'employeur qui, en cas de faute grave ou intentionnelle, aimerait s'en prendre à son conseil de fondation. A quoi sert une demande pour dommages et intérêts parfaitement justifiée si le conseil de fondation responsable n'a pas les moyens de payer?

Il faut donc une solution plus simple pour déterminer qui, entre le conseil de fondation et l'employeur, devra finalement assumer les coûts d'un dommage infligé à une institution de prévoyance soutenue par l'employeur par le conseil de fondation dans l'exercice de ses activités.

### Couverture de base et élargissements de la couverture

La couverture de base est généralement formulée de manière suffisamment vaste. Il est toutefois conseillé d'étudier à fond la définition des termes qui y sont compris afin de bien comprendre la nature de la couverture.

Il est par exemple préférable de définir un vaste cercle d'assurés. Certains assureurs incluent la société de l'employeur, y compris tous les salariés, ainsi que les aides externes ayant une activité liée à la prévoyance de l'entreprise.

La couverture de base peut être élargie par des clauses complémentaires dont le nombre ne cesse d'augmenter. Les élargissements de la couverture énumérés ci-après font désormais partie de la norme dans les CGV de pratiquement tous les prestataires:

- protection juridique de défense pénale,
- coûts d'une procédure d'enquête,
- frais juridiques préventifs,
- renonciation à exception en cas de négligence grave,
- protection juridique pour les conseils de fondation,
- délai de déclaration tardive du sinistre.

Cependant, il ne suffit pas qu'un élargissement de la couverture figure dans le contrat, la couverture effective dépendra en effet de la manière dont les conditions ont été formulées et là-dessus, il existe des divergences énormes de prestataire en prestataire.

La quantité n'est pas toujours un signe de qualité: les différents groupes d'ayants droits se sentiront peut-être rassurés s'il y en a «un peu pour tout le monde», mais certains élargissements sont vraiment sans importance et un monceau de détails peut noyer le poisson.

### Exclusions

Pour l'assuré, la règle d'or est: moins il y a d'exclusions et mieux cela vaut. Dans le cas idéal, un conseil de fondation définit les scénarios possibles d'un dommage, puis y applique les exclusions de l'assurance pour voir ce que cela représente. Les conséquences d'exclusions qui manquent de clarté ou sont trop vaguement formulées devraient être discutées avec l'assureur avant de conclure le contrat.

Il y a par exemple des assureurs qui excluent toute prétention en relation avec une dépréciation ou une perte de change. Cette exclusion peut sérieusement préjudicier la couverture dans un cas concret. Certains prestataires accordent au moins les frais de défense en justice. D'autres renoncent entièrement à cette exclusion. Mais attention: à la place d'une exclusion explicite, un assureur peut aussi choisir une définition très restrictive des termes. C'est ainsi que la définition du «dommage pécuniaire assuré» peut exclure la dépréciation de placements.

### Obligations

Les obligations englobent le devoir d'information de l'assuré (par exemple en cas d'augmentations du risque) et le comportement en cas de dommage.

En cas de formulation restrictive de la couverture accordée, l'assuré va sans doute déclarer toute modification du risque dans son propre intérêt afin de pouvoir étendre la couverture de manière adéquate. L'assureur est alors libre de décider jusqu'où il est prêt à élargir la couverture et pour quel montant de prime.

En cas d'assurance tous risques, un catalogue détaillé de tout ce qui est réputé représenter une «augmentation du danger» peut restreindre après-coup la couverture accordée. Pour l'assuré, une police qui ne cite pas en détail les événements à signaler et n'en dresse pas de longue liste exhaustive est donc nettement plus avantageuse. Ainsi, un découvert de l'institution de prévoyance durant l'année en cours ou l'intervention de l'autorité de surveillance ne devraient pas compter comme «augmentation du danger.»

Mais il y a pire que l'obligation de devoir signaler un événement précis: par exemple la formule stipulant qu'à compter de la date de survenue de l'événement, tout comportement fautif du conseil de fondation ne sera plus couvert. Un assureur a ainsi réglé l'intervention de l'autorité de surveillance. Au sens figuré, on peut dire que cela consiste à fermer le parapluie avant qu'il ne se mette à pleuvoir. **I**

**Gregory Walker**