RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/716/2021 **ATAS/310/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre des assurances sociales

Arrêt du 31 mars 2022

En la cause

Fondation de prévoyance en faveur du personnel des Transports publics genevois, à GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Steve ALDER	demanderesse

contre

État de Genève, soit pour lui le Conseil d'État, sis rue de l'Hôtel-de-Ville 2, GENÈVE, comparant avec élection de domicile en l'étude de Maître Anne TROILLET	défendeur

Siégeant : Valérie MONTANI, Présidente; Blaise PAGAN, Catherine TAPPONNIER, Philippe KNUPFER et Fabienne MICHON RIEBEN, Juges ; Christine WEBER-FUX et Yda ARCE, Juges assesseures

EN FAIT

A. **a.** La Fondation de prévoyance en faveur du personnel des Transports publics genevois (TPG - ci-après : la fondation ou la demanderesse) est une fondation de droit public jouant le rôle d'institution de prévoyance professionnelle en faveur du personnel des TPG, ainsi que du personnel des autres employeurs affiliés.

b. Au 31 décembre 2016 le taux de couverture des engagements de la fondation était de 62.1% ; au 31 décembre 2017, ce taux était de 65.1%. Afin d'accroitre le taux de couverture, vu notamment les exigences fédérales en la matière, le Conseil d'État a, en date du 23 mai 2018, proposé une révision de la loi concernant la fondation du 29 novembre 2013 (ci-après : LFPTPG – B 4 50) qui prévoyait notamment le passage au principe de la primauté des cotisations et une recapitalisation assurée par les TPG au moyen d'un apport à fonds perdus, apport qui aurait immédiatement été reversé aux TPG par la fondation sous la forme d'un prêt remboursable sur trente-trois à quarante ans, le remboursement dudit prêt étant en outre garanti par l'État de Genève (ci-après : l'État ou le défendeur).

B. **a.** Durant l'examen du projet par la Commission des finances du Grand Conseil, le Conseil d'État a modifié celui-ci en conservant la solution d'un apport à fonds perdus avec prêt remboursable, mais en substituant l'État aux TPG. En contrepartie, ceux-ci devaient voir le montant de leur subvention étatique annuelle réduite du montant correspondant à celui du remboursement du prêt par l'État. La solution retenue était ainsi neutre sur le plan financier par rapport au projet initial mais la dette aurait été inscrite aux comptes de l'État, et non aux comptes des TPG.

b. En date du 19 juin 2019, la Commission des finances a finalement adopté par huit voix contre sept une modification du projet initial retenant la solution d'un prêt par l'État mais sans report sur la subvention annuelle versée aux TPG. En date du 30 août 2019, cette version du projet a été adoptée au vote d'ensemble par le Grand Conseil par cinquante-cinq contre trente-deux voix, après un bref débat.

c. En date du 20 mars 2020, l'État a refusé de valider le montant de la recapitalisation de CHF 117'976'753.65 suggéré par la fondation, au motif que celui-ci était calculé sur la base d'un taux d'intérêt technique de 2% au lieu des 2.25% expressément mentionnés dans la loi. Le montant correct s'élevait, de l'avis de l'État, à CHF 98'193'927.05.

d. En date du 31 décembre 2019, les autorités chinoises ont rendu publique l'existence d'une épidémie de pneumonie virale d'origine inconnue, apparue dans la ville de Wuhan. Le 5 janvier 2020, l'agence France-Presse a envoyé une dépêche intitulée « mystérieuse pandémie en Chine ». Le 7 janvier 2020, le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies a fait pour la première fois état de ladite pneumonie virale. Le 20 janvier 2020, les autorités chinoises ont annoncé que le virus concerné était transmissible entre humains. Le 30 janvier

2020, l'Organisation mondiale de la santé (ci-après l'OMS) a qualifié l'épidémie d'urgence de santé publique.

e. Le premier cas confirmé de Covid-19 en Suisse date du 25 février 2020. Le 16 mars 2020, le Conseil fédéral, réuni en urgence, a proclamé l'état de situation extraordinaire et a ordonné le semi-confinement de l'ensemble de la population suisse, et en particulier la fermeture de tous les commerces non-essentiels.

f. En date du 27 avril 2020, le Conseil de fondation de la demanderesse, réuni par visioconférence, a décidé d'approuver un nouveau règlement sur les passifs actuariels avec effet rétroactif au 31 décembre 2019. Il a en outre validé la constitution d'une provision technique pour risques spéciaux d'un montant de CHF 25'000'000.-.

g. Le rapport de gestion 2019 de la fondation, qui porte sur l'exercice comptable se terminant au 31 décembre 2019, a été adopté lors de la même séance, soit en date du 27 avril 2020. Le bilan au 31 décembre 2019 inclut au passif la provision technique d'un montant de CHF 25'000'000.- susmentionnée.

h. Par rapport daté également du 27 avril 2020, l'organe de révision de la fondation a attesté que les comptes 2019 de celle-ci respectaient les exigences légales et statutaires.

i. Le 8 mai 2020, les experts en matière de prévoyance professionnelle en charge de la fondation ont attesté que les dispositions règlementaires de nature actuarielle relatives aux prestations et au financement étaient conformes aux prescriptions légales. Cela valait en particulier pour les provisions techniques constituées « à la fin 2019 ». L'attestation desdits experts précise que la provision pour risques spéciaux d'un montant de CHF 25'000'000.- a été constituée par le Comité de la fondation en raison de l'impact de la situation sanitaire sur l'état financier de ladite fondation.

j. Sur question des Conseillers d'État Nathalie FONTANET et Serge DAL BUSCO du 4 juin 2020, la fondation a, par courrier du 17 juin 2020, précisé que la provision pour risques spéciaux d'un montant de CHF 25'000'000.- avait été constituée pour faire face à l'impact probable à court, moyen et long terme de la pandémie de Covid-19 sur son financement structurel. L'expert en matière de prévoyance professionnelle a soutenu cette position par courrier du 2 juillet 2020. La fondation risquait de se retrouver en situation d'assainissement au 31 décembre 2020 si l'État ne versait pas la somme de CHF 20'000'000.-, correspondant à 80% de la provision susmentionnée, afin de recapitaliser la fondation. Cette position a été reprise et détaillée dans un courrier du 9 décembre 2020 adressé au Conseil de fondation.

k. Après avoir encore requis des pièces complémentaires par courrier du 27 juillet 2020, le Conseil d'État a pris formellement position sur le montant de la somme due à la fondation aux fins de sa recapitalisation et a considéré que celle-ci était de CHF 98'193'927.05, la provision pour risques spéciaux d'un montant de

CHF 25'000'000.- ne devant pas être prise en compte. Sur cette base, une convention de prêt fondée sur l'art. 36B LFPTPG a été conclue le 17 décembre 2020. Les parties sont toutefois convenues qu'elle pourrait être révisée pour y inclure le montant de CHF 20'000'000.- litigieux en cas de décision judiciaire en ce sens.

C. **a.** Par mémoire du 26 février 2021, la fondation a ouvert action à l'encontre de l'État de Genève devant la chambre des assurances sociales de la Cour de justice en concluant à la condamnation de l'État à lui payer un complément de CHF 20'000'000.- au titre de sa recapitalisation.

b. Par mémoire du 26 avril 2021, l'État a répondu à la demande et a conclu au déboutement de la fondation.

c. Par courrier du 29 avril 2021, la chambre de céans a requis des parties qu'elles se déterminent sur la question de sa compétence pour trancher le litige.

d. Par courriers respectivement des 25 et 26 mai 2021, la demanderesse et le défendeur ont répondu que, de leur opinion, la chambre de céans était compétente pour trancher le litige.

e. Au cours des mois d'août et de septembre 2021, la chambre de céans a procédé à un échange de vue avec la Chambre administrative de la Cour de justice, laquelle a estimé que la première était compétente.

f. Par courrier du 2 novembre 2021, la chambre de céans a encore interrogé l'Autorité cantonale de surveillance des fondations et des institutions de prévoyance sur la question de l'autorité compétente pour trancher le litige. Par courrier du 20 janvier 2022, celle-ci a répondu qu'elle considérait que la chambre de céans était compétente.

g. Le même jour, la chambre de céans a encore requis des parties qu'elles se déterminent sur des questions comptables susceptibles d'avoir un impact sur le résultat de la cause, ce qu'elles ont fait en date du 10 février 2022.

EN DROIT

1.

1.1 Conformément à l'art. 134 al. 1 let. b de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05), la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité (art. 331 à 331e du Code des obligations [CO - RS 220]; art. 52, 56a, al. 1, et art. 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 [LPP - RS 831.40]; art. 142a du Code civil [CC - RS 210]).

L'art. 73 al. 1 LPP ne vise en particulier que les litiges opposant les personnes susmentionnées et ayant trait à la relation de prévoyance trouvant son fondement

dans le droit de la prévoyance professionnelle, soit notamment les litiges qui portent sur des prestations d'assurance, des prestations de libre passage et des cotisations (ATF 141 V 170 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_695/2019 du 14 septembre 2020 consid. 2.1 ; Marc HÜRZELER/Jürg BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, in : Sécurité sociale Ulrich Meyer éd., 3ème éd. 2016, n. 251 et 254).

1.2 En l'occurrence, le litige ne porte pas sur des questions spécifiques de la prévoyance professionnelle et concerne l'État de Genève, partie qui n'est pas visée par les dispositions précitées, de sorte que la question de la compétence de la chambre de céans se pose.

1.3 Selon l'art. 50 al. 1 LFPTPG, en cas de contestation concernant l'application de la présente loi ou de la réglementation de la fondation, la personne assurée, l'employeur, la fondation ou tout autre ayant droit peut ouvrir action auprès de la chambre des assurances sociales de la Cour de justice, sous réserve des objets relevant de la compétence de l'autorité de surveillance.

L'introduction des art. 36A, 36B et 36C LFPTPG le 1er janvier 2020, prévoyant les conditions d'une recapitalisation, a, par le truchement de l'art. 50 LFPTPG, attribué ainsi à la chambre de céans la compétence de trancher un conflit qui n'a qu'indirectement à voir avec le droit de la prévoyance professionnelle. La chambre administrative ayant par ailleurs estimé qu'elle n'était pas compétente pour trancher le litige, tout comme l'autorité de surveillance des fondations et institutions de prévoyance, la chambre de céans admettra sa compétence.

2. Dans le canton de Genève, la procédure en matière d'action relevant du droit de la prévoyance professionnelle est régie par la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (LPA – E 5 10) et plus particulièrement par les art. 89A et suivants (ATAS/1320/2021 du 16 décembre 2021 consid. 3 ; ATAS/677/2021 du 24 juin 2021 consid. 2c). Il convient d'appliquer le même principe aux actions prévues par l'art. 50 LFPTPG.

En l'espèce, la demande réalisée sous forme d'action respecte la forme prévue à l'art. 89B LPA, de sorte qu'elle est recevable.

3. Le présent litige a pour objet le calcul selon l'art. 36A al. 2 LFPTPG du versement extraordinaire prévu par l'al. 1 de la même norme. Celle-ci est entrée en vigueur au 1er janvier 2020 et a la teneur suivante :

« *Art. 36A Versement extraordinaire*

1 L'Etat de Genève effectue un versement afin de recapitaliser la Fondation. Le versement s'élève au montant permettant à la Fondation d'atteindre un degré de couverture de 75% et de constituer une réserve de fluctuation de valeur partielle équivalente à 5% de degré de couverture.

2 Le montant prévu à l'alinéa 1 est calculé sur la base des comptes audités de la Fondation au 31 décembre qui précède l'entrée en vigueur de la

modification du 30 août 2019, en prenant en compte les engagements envers les membres actifs et les membres pensionnés calculés au taux d'intérêt technique de 2,25%.

3 Le versement est effectué au plus tard le 31 décembre suivant l'entrée en vigueur de la modification du 30 août 2019. »

3.1 Selon la demanderesse, il ressort de l'interprétation de la norme susmentionnée que l'État ne dispose d'aucune marge de manœuvre pour s'écarter des comptes 2019 validés par l'organe de révision. Par ailleurs, même s'il faut reconnaitre que l'État n'est lié par les comptes 2019 que dans la mesure où ceux-ci sont conformes aux normes comptables, tel est en l'espèce le cas. En conséquence, la provision technique pour risques spéciaux d'un montant de CHF 25'000'000.- inscrite aux comptes 2019 doit être prise en compte pour calculer le versement dû par l'État de Genève à la fondation sur la base de l'art. 36A al. 1 LFPTPG.

3.2 Selon le défendeur, l'interprétation de l'art. 36A LFPTPG autorise l'État à revoir librement les comptes 2019 de la demanderesse. Or, la provision technique d'un montant de CHF 25'000'000.- inscrite aux comptes 2019 constitue en réalité une réserve de fluctuation de valeur déguisée, alors même qu'un montant de recapitalisation a déjà été versé à ce titre à la demanderesse. La provision litigieuse ne respecte en outre pas le règlement sur les passifs actuariels adopté par le conseil de fondation le 27 avril 2020. À titre subsidiaire, le défendeur invoque encore l'abus de droit de la part de la demanderesse au vu des circonstances du cas d'espèce.

4. Il convient en premier lieu d'examiner si les comptes 2019 de la fondation lient strictement l'État comme le prétend la demanderesse.

4.1 Une norme de droit suisse doit être interprétée en premier lieu sur la base de sa lettre (interprétation littérale). Si celle-ci n'est pas absolument claire, soit si plusieurs interprétations de son texte sont possibles ou lorsque l'application d'autres méthodes d'interprétations font apparaître des éléments significatifs qui laissent penser que le vrai sens de la norme en cause diffère de celui de sa lettre claire, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions, de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté de son auteur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique) (ATF 147 III 475 consid. 2.3.3.1 ; ATF 147 V 377 consid. 4.1 ; ATF 147 V 342 consid. 5.5.4.1).

4.2 L'art. 36A al. 2 LFPTPG fait référence à des comptes « audités ». Selon la définition du Larousse, un audit est une procédure consistant à s'assurer du caractère complet, sincère et régulier des comptes d'une entreprise, à s'en porter garant auprès des divers partenaires intéressés de la firme et, plus généralement, à porter un jugement sur la qualité et la rigueur de sa gestion

(https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/audit/6414; consulté pour la dernière fois le 31 mars 2022).

4.3 Ainsi, selon la lettre claire de l'art. 36A al. 2 LFPTPG, les comptes pertinents de la fondation lient l'État, mais uniquement dans la mesure où ils respectent le cadre légal encadrant l'établissement de ces comptes, à savoir le droit comptable applicable aux institutions de prévoyance régies par la LPP. On ne saurait donc se contenter de reprendre tels quels les comptes 2019 de la fondation pour calculer le versement dû par l'État sur la base de l'art. 36A al. 1 LFPTPG. Il s'impose au contraire d'examiner si ces comptes ont été établis conformément aux règles applicables.

5. À la lecture des positions respectives des parties, il apparait que le seul élément des comptes 2019 sur lequel leurs opinions divergent est une provision technique d'un montant de CHF 25'000'000.- introduite le 27 avril 2020 dans les comptes 2019. Il convient donc d'analyser si la prise en compte de cette provision dans les comptes 2019 de la demanderesse est conforme au droit.

5.1 Le Tribunal fédéral a récemment précisé que le résultat d'un contrôle par l'autorité de surveillance ne lie pas le juge chargé de statuer sur un litige concret (arrêt du Tribunal fédéral 9C_346/2017 du 14 novembre 2017 consid. 5.3.2). Il en va donc de même de l'opinion d'un simple organe de révision ou expert LPP privé.

5.2 La provision litigieuse se rapporte à l'année comptable 2019, ce sont donc les règles comptables applicables aux comptes des institutions de prévoyance pour l'année 2019 qui sont déterminantes.

5.2.1 Selon l'art. 65a al. 5 LPP, le Conseil fédéral édicte des dispositions concernant la manière dont la transparence doit être appliquée, et en particulier des prescriptions comptables.

L'art. 47 de l'ordonnance sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 18 avril 1984 (OPP 2 – RS 831.441.1) est intitulé « tenue régulière de la comptabilité » ; dans sa version en vigueur jusqu'au 31 décembre 2019, il a la teneur suivante :

1 Les institutions de prévoyance et les autres institutions actives dans le domaine de la prévoyance professionnelle telles que les institutions de libre passage, les institutions pour des formes reconnues de prévoyance au sens de l'art. 82 LPP, les fondations de placement, l'institution supplétive et le fonds de garantie, sont responsables de l'établissement des comptes annuels. Les comptes annuels se composent du bilan, du compte d'exploitation et de l'annexe. Ils contiennent les chiffres de l'exercice précédent.

2 Les institutions de prévoyance doivent établir et structurer leurs comptes annuels conformément aux recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26 dans leur version du 1er janvier 2014. Ces recommandations s'appliquent par

analogie aux autres institutions actives dans le domaine de la prévoyance professionnelle.

3 L'annexe contient des informations et des explications complémentaires concernant le placement de la fortune, le financement et les divers postes du bilan et du compte d'exploitation. Les événements postérieurs à la date du bilan sont pris en considération dans la mesure où ils influencent de manière importante l'appréciation de la situation dans laquelle se trouve l'institution de prévoyance.

4 Sont en outre applicables les art. 957 à 964 du code des obligations relatifs à la comptabilité commerciale.

Les règles comptables applicables en l'espèce sont ainsi celles ressortant des Swiss GAAP RPC 26 2014, complétées par les règles générales des art. 957 à 964 CO (BRECHBÜHL/Lara FRETZ, Commentaire LPP/LFLP, 2ème éd. 2020, n. 26 ad. 65a LPP).

S'agissant de l'évaluation des postes du bilan d'une institution de prévoyance, l'art. 48 OPP 2 prévoit que les actifs et les passifs sont évalués conformément aux recommandations comptables Swiss GAAP RPC 26. Selon les ch. 3 et 4 Swiss GAAP RPC 26, l'évaluation des passifs et des actifs se fait à la date du bilan. Cette règle correspond à celle de l'art. 959 al. 1 CO. Par ailleurs, les chiffres 4 et 13 Swiss GAAP RPC 26 précisent que les passifs doivent être évalués selon des principes reconnus et des bases techniques généralement admises.

5.2.2 Selon l'art. 960e al. 1et 2 CO, les dettes sont comptabilisées à leur valeur nominale (al 1). Lorsque, en raison d'événements passés, il faut s'attendre à une perte d'avantages économiques pour l'entreprise lors d'exercices futurs, il y a lieu de constituer des provisions à charge du compte de résultat à hauteur du montant vraisemblablement nécessaire (al. 2). La question de savoir quel est le degré de probabilité de survenance d'un évènement, et notamment s'il faut reprendre la règle du 50,01% de la norme IAS/IFRS 37 « Provisions, passifs éventuels et actifs éventuels » (ci-après : IAS 37) ou s'il faut admettre une marge d'appréciation de 40-60%, ou même 25-75% de probabilité, est débattue dans la doctrine helvétique (Thomas STENZ, Rechnungslegung nach Obligationenrecht, 2ème éd. 2019, n. 25 à 30 ; Henri TORRIONE/Aurélien BARAKAT, Commentaire romand CO-II, 2ème éd. 2017, n. 12 ad. 960e CO Markus R. NEUHAUS/Stefan HAAG, Basler Kommentar OR-II, 5ème éd. 2016, n. 12 ad. 360e CO ; voir également : arrêt du Tribunal fédéral 6B_496/2012, 6B_503/2012 du 18 avril 2013 consid. 9.6). En revanche, il est clair que l'évènement fondant le risque d'engagements futurs doit être survenu au plus tard au jour de la clôture de la période comptable concernée (Thomas STENZ, Rechnungslegung nach Obligationenrecht, 2ème éd. 2019, n. 16 et 17 ; Lorenz LIPP Handkommentar zum Schweizer Privatrecht OR, 3ème éd. 2016, n. 18 ad. 960e CO ; dans le même sens : arrêt du Tribunal cantonal Fribourgeois n. 604 2020 73, 604 2020 74 du 19 avril 2021 consid. 2.2 ; Henri

TORRIONE/Aurélien BARAKAT, Commentaire romand CO-II, 2ème éd. 2017, n. 10 ad. 960e CO ; dans le même sens pour l'art. 29 al. 1 LIFD : ATF 147 II 209 consid. 4.1.1). Le message relatif à la révision du droit comptable ne contient aucun élément laissant penser que le texte légal ne reflète pas la volonté du législateur (FF 2008 1407, p. 1533). Il en va de même du dépliant final des travaux parlementaires où l'on constate que le projet du Conseil fédéral n'a, sur ce point, pas suscité de débats particuliers (cf. objet parlementaire n. 08.011, projet 2, dépliant session d'hiver 2011 CE/CN, disponible à l'adresse internet suivante : https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2008/20080011/SN2-7%20F.pdf; consulté pour la dernière fois le 31 mars 2022).

Le fait que seul un évènement passé puisse fonder une provision se retrouve notamment dans le standard international que constitue la norme IAS 37, et qui est notamment utilisé par les États de l'Union européenne. La règle IAS 37.14 précise ainsi que l'évènement fondant une obligation doit être survenu dans le passé. Cette norme est une des normes comptables reconnues par la Suisse selon l'art. 1 al. 1 de l'Ordonnance sur les normes comptables reconnues (ONCR – RS 221.432).

Enfin, le fait que seul un évènement survenu dans la période comptable donnée puisse fonder une provision devant ou pouvant être comptabilisée dans les comptes relatifs à cette période ressort déjà de la nature de passif d'une provision, en ce sens que, tout comme pour une « dette » (au sens de l'art. 960e al. 1 CO), l'évènement susceptible de fonder l'engagement doit dans tous les cas être certain, c'est-à-dire passé. C'est uniquement la probabilité qu'un engagement résulte de cet évènement passé qui distingue la « dette » (probabilité de quasi-certitude) de la provision (probabilité de vraisemblance).

Aucun élément contenu dans la norme GAAP RPC 26 n'indique que celle-ci ait entendu s'écarter de ces principes fondamentaux en matière de comptabilisation de provisions au bilan. Au contraire, le principe fondamental de la norme Swiss GAAP RPC 26 est la représentation fidèle de la situation financière (ch. 2 Swiss GAAP RPC 26 ; voir également : Hans-Ulrich STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2ème éd. 2012, n. 1755). Les institutions de prévoyance LPP sont donc soumises à des règles plus strictes que le droit comptable général qui permet entre autres la constitution de réserves latentes, alors qu'elles sont proscrites par la norme Swiss GAAP RPC 26 (BRECHBÜHL/Lara FRETZ, Commentaire LPP/LFLP, 2ème éd. 2020, n. 26 ad. 65a LPP). Par ailleurs, l'art. 960e al. 1 CO trouve directement application aux bilans des institutions de prévoyance réalisés antérieurement au 1er octobre 2020, ce qui est le cas en l'espèce, vu l'absence de règle plus spéciales dans les Swiss GAAP RPC 26.

Les évènements survenus après la date de clôture du bilan (mais avant la date d'adoption de celui-ci par l'organe compétent) peuvent être intégrés dans le rapport de gestion relatif à une année donnée, mais uniquement par le biais d'une mention dans l'annexe aux comptes (cf. art. 47 al. 3 OPP 2 ; art. 959c al. 2 ch. 13

CO ; Peter BÖCKLI, Neue OR-Rechnungslegung, in : L'expert-comptable suisse (ECS) 11/12 821, 2012, n. 3.4.2.2). Cette mention poursuit un but de transparence s'agissant d'évènements susceptibles d'avoir un impact positif ou négatif important sur l'activité économique de l'entité concernée, et donc sur l'exercice en cours au moment de l'adoption des comptes de l'année précédente et, potentiellement, sur les exercices à venir (dans le même sens : Henri TORRIONE/Aurélien BARAKAT, Commentaire rodmand CO-II, 2ème éd. 2017, n. 24 ad. art. 959c CO ; Markus NEUHAUS/Rodolfo GERBER, Basler Kommentar OR-II, 5ème éd. 2016, n. 69 et 71 ad. art. 959c CO ; pour des exemples voir : Franz KESSLER/Dieter PFAFF, Rechnungslegung nach Obligationenrecht, 2ème éd. 2019, n. 90 ad. art. 959c CO). Cette mention ne concerne pas les évènements ayant lieu avant la date de clôture du bilan, puisque ceux-ci doivent être mentionnés dans les comptes eux-mêmes (Franz KESSLER/Dieter PFAFF, Rechnungslegung nach Obligationenrecht, 2ème éd. 2019, n. 91 ad. art. 959c CO ; Markus NEUHAUS/Rodolfo GERBER, Basler Komementar OR-II, 5ème éd. 2016, n. 70 ad. art. 959c CO ; Lorenz LIPP, CHK GmbH, Genossenschaft, Handelsregister und Wertpapiere – Bucheffektengesetz, 3ème éd. 2016, n. 87 ad. 959c CO ; Stephan DEKKER, OFK Aktienrecht Kommentar, 2016, n. 81 ad. art. 959c CO). Le fait que les évènements survenus postérieurement à la date de clôture du bilan doivent être mentionnés dans l'annexe aux comptes selon l'art. 47 al. 3 OPP 2, faute de pouvoir être mentionnés dans le bilan et le compte de résultat, confirme donc que seuls des évènements survenus avant ladite date sont susceptibles de fonder une provision inscrite au bilan d'une année donnée.

5.3

5.3.1 En l'espèce, la demanderesse a précisé que la provision litigieuse d'un montant de CHF 25'000'000.- avait été décidée le 20 avril 2020 et validée le 27 avril 2020 par le « Comité de gestion » de la fondation, soit le Conseil de fondation. Le procès-verbal de la séance dudit conseil qui s'est tenue à cette date permet de constater que c'est également à cette occasion qu'ont été approuvés les comptes 2019 de la demanderesse, et qu'a été approuvé un nouveau règlement sur les passifs actuariels avec une entrée en vigueur rétroactive au 31 décembre 2019, règlement sur lequel se fonde la provision litigieuse.

Par courrier du 17 juin 2020, la demanderesse a précisé que la provision litigieuse avait été constituée *« en raison de l'impact probable à court, moyen et long termes de la crise sanitaire « COVID 19 » sur le financement structurel de la Fondation »*. Ce motif a également été avancé dans le courrier du 2 juillet 2020 de l'expert en matière de prévoyance professionnelle de la demanderesse, qui précise :

> *« Lors du bouclement de l'exercice 2019, le Comité de la fondation a décidé, suite à nos différentes discussions lors du bouclement, de constituer une provision pour risques spéciaux en raison de l'impact potentiel à court-terme de la situation sanitaire actuelle sur le financement structurel de la Fondation.*

Le montant de cette provision de 25 millions de francs se justifie par l'impact en termes projectifs de la situation sanitaire sur la Fondation. »

Cette raison d'être de la provision litigieuse se retrouve par ailleurs déjà dans l'attestation de l'expert en matière de prévoyance professionnelle datée du 20 avril 2020.

5.3.2 Il est notoire que ce n'est que le 5 janvier 2020 que l'agence France-Presse a pour la première fois publié une dépêche relative à l'apparition du SARS-CoV-2 et que le Centre européen de prévention et de contrôle des maladies a fait pour la première fois état d'une mystérieuse pneumonie virale en Chine le 7 janvier 2020. Ce n'est par ailleurs que le 30 janvier 2020 que l'OMS a déclaré l'urgence de santé publique et que le 25 février 2020 que le premier cas de maladie Covid-19 a été recensé en Suisse (cf. https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-78233.html; consulté pour la dernière fois le 31 mars 2022).

Si la proclamation de l'état de situation extraordinaire et l'instauration d'un semi-confinement par le Conseil fédéral le 16 mars 2020 pourrait théoriquement être de nature à pouvoir déclencher la constitution d'une telle provision, tel n'est en revanche clairement pas le cas des évènements antérieurs à la proclamation de l'urgence de santé publique par l'OMS le 30 janvier 2020. En effet, l'évènement, respectivement le risque susceptible de justifier la création de ladite provision n'est pas l'apparition du virus SARS-CoV-2, ni même le fait qu'il soit transmissible entre humains, mais bien la survenance d'une pandémie mondiale affectant la Suisse.

Il est ainsi dans tous les cas manifeste que la connaissance par la demanderesse du risque susceptible de fonder la provision d'un montant de CHF 25'000'000.- est postérieure au 31 décembre 2019 et qu'à cette époque le risque de pandémie mondiale était, au vu des informations accessibles à la demanderesse, nettement inférieur à 25%.

5.3.3 Partant, une provision liée à la pandémie de SARS-CoV-2 ne pouvait être inscrite aux comptes 2019 de la fondation. Elle aurait dû figurer pour la première fois dans les comptes 2020 de cette dernière.

Les arguments du réviseur de la demanderesse ne sont pas de nature à contredire ce qui précède. En effet, le fait que les calculs des montants à enregistrer pour la période comptable allant du 1er janvier au 31 décembre 2019 soient réalisés après cette date ne change rien au fait que les évènements auxquels ces calculs se rapportent doivent avoir lieu au plus tard à ce moment, comme cela ressort clairement tant des ch. 3 et 4 des Swiss GAAP RPC 26, que de l'art. 959 al. 1 CO. Le moment de la clôture des comptes 2019 de la demanderesse est le 31 décembre 2019 à minuit. Tout évènement postérieur à cet instant, comme en particulier la pandémie de SARS-CoV-2, ne pouvait donc être inclus dans le bilan mais devait, le cas échéant, être porté à l'annexe aux comptes, comme cela a été le cas en l'espèce.

La question de savoir si la constitution d'une provision postérieurement à la date de clôture du bilan, mais avant l'approbation des comptes, est autorisée lorsque l'évènement la fondant est survenu avant la clôture du bilan, comme le prétend le réviseur de la demanderesse, n'est pas déterminante dans le cas d'espèce, puis que l'évènement déterminant, à savoir l'apparition d'une pandémie mondiale, est postérieur au 31 décembre 2019.

5.3.4 Il apparait en outre que le règlement sur les passifs actuariels de la demanderesse du 27 avril 2020, entré en vigueur rétroactivement au 31 décembre 2019 prévoit à son art. 2 al. 4 qu'on entend par provision technique *« tout montant porté au passif du bilan de la Fondation pour faire face à un engagement certain ou probable qui a un impact sur son équilibre financier et qui résulte d'évènements connus à la date du bilan. »*

Dès lors que l'existence de la pandémie mondiale de SARS-CoV-2 est postérieure à la date du bilan de la fondation, c'est également en violation de son propre règlement que la provision liée à ladite pandémie a été introduite dans les comptes 2019 de la demanderesse.

5.4 Il ressort de ce qui précède que c'est à tort que la provision technique d'un montant de CHF 25'000'000.- a été portée aux comptes 2019 de la fondation. C'est donc à juste titre que le Conseil d'État a refusé d'en tenir compte dans le calcul du versement dû à la demanderesse sur la base de l'art. 36A al. 1 LFPTPG. La demande de celle-ci est par conséquent mal-fondée.

La question de savoir si la provision litigieuse devait être intégrée à la réserve de fluctuation de valeur équivalant à 5% de degré de couverture si sa constitution était admise peut dès lors rester ouverte, tout comme celle de savoir si la demanderesse a commis un abus de droit.

6. Au vu de ce qui précède, la demande de la fondation doit être rejetée. La demanderesse ne contestant pas d'élément du calcul réalisé par le Conseil d'État autre que l'absence de prise en compte de la provision litigieuse, il est donc établi que le montant dû par l'État à la demanderesse s'élève à CHF 98'193'927.- comme prévu dans la convention de prêt du 17 décembre 2020.

7. Selon la jurisprudence, l'art. 73 al. 2 LPP exclut l'octroi de dépens à une organisation chargée de tâches de droit public obtenant gain de cause, sauf en cas de témérité ou de légèreté (ATF 126 V 143 consid. 4b ; ATAS/1205/2021 du 25 novembre 2021 consid. 10). Il se justifie d'appliquer cette norme par analogie à la présente action fondée sur l'art. 50 al. 1 LFPTPG. La conclusion en indemnité du Conseil d'État est partant rejetée.

Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 89h al. 1 LPA).

PAR CES MOTIFS,
LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

Conformément à l'art. 133 al. 2 LOJ

À la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. La rejette.
3. Dit que la procédure est gratuite.
4. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral, du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Adriana MALANGA	Valérie MONTANI

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le