RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1761/2022-EXPLOI **ATA/1106/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 2 novembre 2022

1ère section

dans la cause

A_____
représentée par Me Guillaume Etier, avocat

contre

DIRECTION GÉNÉRALE DU DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE, DE LA RECHERCHE ET DE L'INNOVATION
représentée par Me Chris Monney, avocat

EN FAIT

1) A_____ (ci-après : A_____) est une société anonyme inscrite au registre du commerce genevois sous le numéro d'identification (ci-après : IDE) 1_____, dont le but est « toute activité de restauration hôtelière, la vente à l'emporter et l'importation de produits italiens ».

Elle exploite le restaurant à l'enseigne « B_____» à Genève.

Madame C_____ en est l'administratrice et Monsieur D_____ en est le directeur, tous deux au bénéfice de la signature individuelle.

2) Sous l'IDE précité était précédemment inscrite au registre du commerce, depuis le 1er novembre 1996, la société E_____ (ci-après : E_____) dont le but était « achats, ventes, courtages de véhicules et accessoires automobiles ; prestations de services dans le domaine de l'automobile, comportant notamment l'organisation de manifestations, l'édition et la publication de journaux, magazines et supports publicitaires ».

Cette société exploitait un garage automobiles à Genève.

3) Au début de l'année 2019, M. D_____, exploitant du restaurant précité, a acheté le manteau d'actions qui constituait E_____, puis modifié la raison sociale et le but de la société. De nouveaux statuts ont été adoptés le 7 mars 2019 et la nouvelle raison sociale a été inscrite au registre du commerce le 21 mars 2019.

4) Le 17 juin 2021, M. D_____ a formé pour A_____, auprès du département de l'économie et de l'emploi (ci-après : DEE ou le département), une demande d'aide financière pour cas de rigueur en raison de la crise sanitaire liée à l'épidémie de Covid-19.

L'IDE indiqué dans le formulaire était 1_____.

5) Le 24 juin 2021, l'entreprise a conclu une convention d'octroi de contribution à fonds perdus (ci-après : la convention) avec le département.

6) Le 4 août 2021, A_____ s'est vu octroyer une aide financière de CHF 100'282.90.

7) Le 27 août 2021, M. D_____ a formé pour «C_____ » (sic), une demande d'aide financière pour cas de rigueur lié à la crise sanitaire.

L'IDE indiqué dans le formulaire était également 1_____.

8) Le même jour, les représentants d'A_____ ont signé une nouvelle convention d'octroi de contribution à fonds perdus (ci-après : la seconde convention).

9) Le 10 janvier 2022, le DEE a constaté que le montant de l'aide financière auquel avait droit A_____ était inférieur au montant des indemnités qui lui avaient été versées à hauteur de CHF 100'282.90 et lui a demandé la restitution de la part indûment perçue, soit CHF 33'699.60.

À la lumière des derniers éléments comptables, l'aide financière allouée pour la période de fermeture du 1er janvier au 30 mai 2021 s'élevait à CHF 66'583.30.

10) Le 10 février 2022, A_____ a formé réclamation contre cette décision.

À la suite de sa première demande, elle avait obtenu une aide financière de CHF 100'282.90 pour l'année 2020. La seconde demande avait été déposée pour obtenir une aide financière complémentaire, relative à l'exercice 2021. Le département avait attribué à chacune des deux demandes précitées un numéro de référence différent. La demande en restitution du 10 janvier 2022 portait celui lié à la demande complémentaire. Le département semblait avoir confondu les deux dossiers en sollicitant le remboursement d'une aide pour l'année 2021, qui n'avait pas encore été versée.

11) Le 28 avril 2022, le département, soit pour lui la direction générale du développement économique, de la recherche et de l'innovation (ci-après : DG DERI), a rejeté la réclamation et confirmé la décision du 10 janvier 2022.

Les deux demandes déposées les 17 juin et 27 août 2021, qui avaient donné lieu à une aide cas de rigueur pour perte économique de CHF 100'282.90, respectivement à une aide cas de rigueur pour fermeture de CHF 66'583.30, concernaient des périodes d'indemnisation différentes.

Dans le cadre de la première demande déposée par A_____, celle-ci avait mentionné comme date de sa création le 21 mars 2019. Bien qu'elle avait été visée par une décision administrative de fermeture, le département s'était fondé sur le principe déclaratif – soit un examen du droit à l'aide basé sur les chiffres indiqués dans le formulaire de demande – et avait appliqué le calcul relatif au cas de rigueur économique, alors plus favorable à la situation de la société.

Le processus d'évaluation des demandes avait toutefois évolué depuis le début du dispositif, passant du principe déclaratif à une analyse approfondie s'appuyant sur les éléments comptables transmis à l'appui de la requête. En cas de divergence entre les chiffres mentionnés dans le formulaire et les éléments comptables précités, l'examen du cas était basé sur ces derniers, seuls habilités à faire foi.

En l'occurrence, la seconde demande avait été déposée au nom d'une autre société, liée toutefois au même IDE que A_____. Procédant alors à une analyse approfondie, le département avait constaté que cette dernière, portant l'IDE 1_____, était inscrite au registre du commerce depuis le 1er novembre 1996. La date du 21 mars 2019 ne pouvait ainsi pas être retenue au titre de date de création de la société.

Par conséquent, le chiffre d'affaires (ci-après : CA) moyen des exercices 2018 et 2019 de la société conduisait à retenir un CA de référence de CHF 540'562.50 et, sur la base de ce dernier, le calcul du taux de perte économique subi par l'entreprise en 2020 conduisait à un résultat de 0.91 %, obtenu de la manière suivante :

(CA 2018 + CA 2019) / 2	= CA de référence
(160 + 1'080'965) / 2	= 540'562.50

1 - (CA 2020 / CA de référence)	= pourcentage de recul du CA en 2020
1 – (535'613 / 540'562.50	= 0.91 %

Ainsi, le recul du CA 2020, en comparaison avec la moyenne pour 2018 et 2019, n'atteignait pas le seuil d'éligibilité de 25 % permettant d'envisager une indemnisation pour perte économique pour 2020 et 2021

L'indemnité pour fermeture, consistant en une aide financière à fonds perdus correspondant aux coûts fixes de l'entreprise en 2020, était calculée au prorata du nombre de jours, à partir du 1er janvier 2021, durant lesquels l'activité était totalement ou partiellement interdite. Était déduite de ce montant la part des coûts fixes couverts par le CA réalisé pendant la période de fermeture. En l'occurrence et à l'appui des informations comptables fournies avec la demande du 27 août 2021, le calcul conduisant à un montant de CHF 66'583.30 se décomposait de la manière suivante :

Bilan et compte de résultat 2020	
CA 2020	CHF 535'613.-
Coûts totaux (CT) 2020	CHF 660'095.-

Coûts fixes (CF) 2020	CHF 180'240.40
CA 2021 (du 1er janvier au 30 mai)	CHF 71'930.-

Calcul du montant de l'indemnité cas de rigueur fermeture	
Ratio de coûts variables (ratio CV)	= (CT – CF) / CA 2020
(660'095.- - 180'240.40.-) / 535'613.-	= 0.895897971 (89.59 %)
Aide théorique avec considération du CA 2021	
(CF 2020 / 365 * nb de jours fermés) - (1 – ratio CV) * CA 2021	
(180'240.40 / 365 * 150) – 7'487.91	= 66'583.32

12) Le 30 mai 2022, A_____ a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée concluant à son annulation, à ce qu'il soit dit qu'elle n'était pas tenue à restitution de la part d'aide perçue le 10 janvier 2022 (sic), à ce qu'il soit constaté que le montant de l'aide pour cas de rigueur en sa faveur pour l'exercice 2020 exclusivement s'élevait à CHF 124'482.-, à ce qu'il soit constaté que le département restait donc lui devoir la somme de CHF 24'199.10 au titre d'aide cas de rigueur 2020, à ce que le département soit condamné à lui verser ce montant, à ce qu'il soit constaté que le montant de l'aide cas de rigueur en sa faveur pour l'exercice 2021 exclusivement s'élevait à CHF 66'585.30 et à ce que le département soit condamné à lui verser cette somme.

L'intimé avait abusé de son pouvoir d'appréciation et constaté de manière inexacte les faits pertinents.

Quand bien même la société avait continué d'exister sous le même IDE après le rachat opéré par M. D_____, son activité commerciale avait drastiquement changé à partir de l'année 2019. E_____ ne déployait alors plus d'activité commerciale, ce que reflétait le chiffre d'affaires réalisé par le concessionnaire automobile en 2018, soit CHF 160.-. M. D_____, qui exploitait le restaurant La Cantinella, depuis de nombreuses année à la même adresse, avait réalisé, pour l'exercice 2018, un chiffre d'affaires de l'ordre de CHF 833'763.12. En devenant un restaurant, la société avait réalisé en 2019 un chiffre d'affaires de CHF 1'080'965.-, similaire à celui que le restaurant réalisait les années précédentes. À considérer qu'il s'agirait stricto sensu de la même société, ce que le département avait retenu de manière erronée, l'augmentation du chiffre d'affaires

aurait été de 675'000 %. Le département n'avait ainsi pas compris, à tout le moins pas pris en considération, que l'activité commerciale du restaurant avait toujours été la même et que seule sa structure juridique avait changé.

À l'appui de sa requête du 17 juin 2021, A_____ avait fourni tous les renseignements requis concernant la comptabilité du restaurant, notamment ses chiffres d'affaires 2019 et 2020. Elle avait répondu par la négative à la question « Souhaitez-vous renseigner (sic) une date de début d'activités commerciales de l'entreprise en lieu et place de la date de création ? », n'imaginant pas que cette information serait cruciale pour la suite du traitement du dossier. Dans le cadre de sa demande complémentaire du 27 août 2021, portant sur l'exercice 2021 et en particulier sur la période du 1er janvier au 30 mai 2021, elle avait également produit l'ensemble de la documentation requise, soit notamment les bilans et comptes de résultats 2019 et 2020 pour l'activité concernée.

La décision attaquée précisait à juste titre que les deux demandes concernaient des périodes d'indemnisation différentes.

La méthode de calcul appliquée par la DG DERI, retenant une date de création de l'entreprise le 1er novembre 1996, ne tenait pas compte du fait que le chiffre d'affaires de la société pour l'exercice 2018 ne se rapportait pas à son activité réelle et actuelle, soit la restauration. Le montant de CHF 160.- ne pouvait ainsi pas être pris en considération.

Sauf à faire preuve d'arbitraire, seules deux approches pouvaient être envisagées : soit il fallait considérer que le restaurant n'était exploité que depuis mars 2019 sous sa nouvelle raison sociale, auquel cas le chiffre d'affaires du concessionnaire automobile ne pouvait pas être pris en considération ; soit il fallait retenir que le restaurant, malgré son changement de structure juridique, était exploité depuis bien plus longtemps, auquel cas ses comptes antérieurs devaient être pris en considération. Dans la première hypothèse, le chiffre d'affaires 2020 de la société avait reculé de 49.5 % et, dans la seconde, de 44.1 %. Dans tous les cas, elle aurait dû percevoir pour l'exercice 2020 une aide de CHF 124'482.- (CHF 660'095.- - CHF 535'613.-). Les calculs relatifs à l'aide pour fermeture pour l'année 2021 n'étaient en revanche pas contestés, les montants retenus étant corrects.

Le département avait vraisemblablement confondu les deux demandes d'aide et les périodes d'indemnisation visées, omettant de constater que l'activité commerciale précédente de l'entreprise n'avait aucun lien avec l'actuelle.

13) Le 8 juillet 2022, la DG DERI a conclu au rejet du recours.

La seconde demande du 27 août 2021 avait annulé et remplacé celle du 17 juin 2021, dès lors que ces deux demandes n'étaient pas soumises aux mêmes

versions de l'ordonnance fédérale concernant les mesures pour les cas de rigueur destinées aux entreprises en lien avec l'épidémie de Covid-19.

Relevant que les deux demandes avaient été formées sous des raisons sociales différentes, mais avec le même IDE, le département avait procédé à une analyse approfondie du dossier. Il avait ainsi constaté que la recourante était inscrite au registre du commerce depuis le 1er novembre 1996 et non le 21 mars 2019, comme mentionné dans les formulaires. Dans ces circonstances, une aide pour fermeture était préférable à une aide pour perte économique, la condition d'un recul du chiffre d'affaires minimum de 25 % en 2020 par rapport à la moyenne de 2018 et 2019 n'étant pas réalisée. Le calcul pour l'aide en cas de fermeture avait été effectué sur la base des chiffres fournis par la recourante et avait donné lieu à une aide financière à hauteur de CHF 66'585.30, soit un montant inférieur à celui qui avait été alloué précédemment.

Le département avait cherché à savoir qui exploitait le restaurant B_____ avant la recourante et si le chiffre d'affaires 2018 de l'établissement – indiqué pour la première fois au stade du recours – correspondait à son traitement fiscal. Il s'était avéré que le restaurant était auparavant exploité par une société en nom collectif aujourd'hui radiée du registre du commerce vaudois suite à une faillite le 1er avril 2019. À teneur des documents transmis par l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE), notamment le bilan et le compte de pertes et profits de la société vaudoise pour l'année 2018, les chiffres étaient différents de ceux figurant sur le bilan et le compte de pertes et profits du restaurant produits par la recourante.

Les identités juridiques de la recourante et de la société qui exploitait précédemment le restaurant étaient parfaitement distinctes l'une de l'autre et le transfert d'activité de l'une à l'autre en 2019 n'était pas pertinent. La chambre administrative avait récemment considéré qu'il fallait prendre en considération la date de la création de la société concernée, à savoir son inscription au registre du commerce au bénéfice d'un IDE et non pas d'une éventuelle date de reprise des activités, quand bien même l'entreprise aurait été inactive durant plusieurs années. Le législateur avait souhaité indemniser les entreprises pour les pertes subies en comparaison avec 2018 et 2019. Il n'avait jamais été question de comparer la situation économique d'une société pendant la pandémie avec celle d'une autre société avant la pandémie, celles-ci n'étant pas comparables.

En l'occurrence, les chiffres du restaurant, en particulier son chiffre d'affaires pour l'année 2018, étaient rattachés non pas à la recourante, mais à la société vaudoise avant sa mise en faillite. Les associés de cette dernière ne pouvaient pas d'un côté tirer profit d'un transfert d'activité à la recourante constituée en société anonyme tout en tentant de se prévaloir d'un autre côté du chiffre d'affaires réalisé par une société en nom collectif qu'ils avaient « laissée partir en faillite ».

La recourante errait en reprochant au département d'avoir confondu les demandes d'aide et les périodes d'indemnisation visées. Non seulement elle n'était pas éligible à une aide pour perte économique, mais cette dernière n'était pas cumulable avec une aide pour fermeture, ce qui ressortait de la loi. Les faits pertinents avaient ainsi été correctement constatés. Outre le fait que les chiffres 2018 du restaurant ne pouvaient pas être pris en considération dans le cadre d'une éventuelle aide pour perte économique, ceux-ci ne correspondaient en tous les cas pas aux chiffres que l'intimé s'était procurés auprès de l'AFC-GE. Or, en concluant les conventions, la recourante s'était engagée à fournir des informations exactes et complètes. Il lui appartenait ainsi d'expliquer les raisons des divergences constatées.

14) Le 8 août 2022, A_____ a répliqué.

Au moment de remplir les formulaires de demandes d'aides, les représentants de la recourante n'étaient pas rompus aux subtilités du droit des sociétés, raison pour laquelle ils avaient indiqué le 21 mars 2019 comme date de début de l'activité de restauration sous la nouvelle raison sociale. Bien que l'IDE existait depuis le 1er novembre 1996, il était contesté qu'il s'agissait de la même société « au sens strict ».

Il était également contesté que la seconde demande d'aide conduisait à l'annulation et au remplacement de la première, vu sa complémentarité puisque la première portait sur une période différente. Il n'était ainsi pas question de cumuler les deux types d'indemnisation, mais de demander l'aide relative à deux périodes distinctes.

Le département se bornait à refuser de considérer la réalité économique des deux raisons sociales exploitées successivement par la recourante : l'une vendant des voitures alors que l'autre servait des pizzas.

S'agissant des différences entre les chiffres transmis par l'AFC-GE et ceux produits à l'appui de ses demandes, il convenait de préciser que la société qui exploitait précédemment le restaurant B_____ exploitait également un autre restaurant à Genève à l'enseigne « F_____ », ce qui ressortait des documents produits par l'intimé dont les chiffres indiqués couvraient les deux établissements. La Citadella avait toutefois rencontré des difficultés financières ayant conduit à sa fermeture. C'était ensuite de ces difficultés que M. D_____ avait décidé de se départir de la société en nom collectif tout en conservant B_____ qui générait de bons résultats et de l'exploiter sous une société anonyme par le rachat d'un manteau d'actions.

15) Sur quoi, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2) Le litige a pour objet le bien-fondé de la décision du DEE du 28 avril 2022 demandant à A_____ la restitution de la part d'indemnisation qu'elle aurait indûment perçue, correspondant à la différence entre l'aide financière extraordinaire initialement allouée et l'aide à laquelle elle pouvait prétendre en raison de la fermeture de l'établissement concerné dans le contexte de la crise du Covid-19.

3) a. Le 25 septembre 2020, l'Assemblée fédérale a adopté la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de Covid-19 (Loi Covid-19 - RS 818.102).

À son art. 12, celle-ci prévoit des mesures destinées aux entreprises. Dans sa teneur antérieure au 19 décembre 2020, la disposition prévoit que dans des cas de rigueur, la Confédération peut, à la demande d'un ou de plusieurs cantons, soutenir financièrement les entreprises particulièrement touchées par les conséquences de l'épidémie de Covid-19 en raison de la nature même de leur activité économique, en particulier les entreprises actives dans la chaîne de création de valeur du secteur événementiel, les forains, les prestataires du secteur des voyages ainsi que les entreprises touristiques pour autant que les cantons participent pour moitié au financement. Un cas de rigueur existe si le chiffre d'affaires annuel est inférieur à 60 % de la moyenne pluriannuelle. La situation patrimoniale et la dotation en capital globales doivent être prises en considération (al. 1). Le soutien n'est accordé que si les entreprises étaient rentables ou viables avant le début de la crise du Covid-19 et à condition qu'elles n'aient pas déjà bénéficié d'autres aides financières de la Confédération. Ces aides financières n'incluent pas les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, les allocations pour perte de gains et les crédits selon l'ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au Covid-19 du 25 mars 2020 (al. 2). Pour les cas de rigueur, elle peut octroyer des contributions à fonds perdu aux entreprises concernées (al. 3). Le Conseil fédéral règle les détails dans une ordonnance (al. 4). Dès le 19 décembre 2020, la comparaison avec le CA pluriannuel pour la détermination du cas de rigueur a été reprise dans un nouvel al. 1bis de l'art. 12 de la Loi Covid-19. La condition de la rentabilité et de la viabilité de l'entreprise bénéficiaire avant l'apparition du Covid-19 a, quant à elle, été reprise dans un nouvel al. 2bis.

Le 25 novembre 2020, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance concernant les mesures pour les cas de rigueur destinées aux entreprises en lien avec

l'épidémie de Covid-19 (Ordonnance Covid-19 cas de rigueur ; ci-après : l'ordonnance
Covid-19 ; RS 951.262).

Selon l'ordonnance Covid-19, dans sa version applicable en l'occurrence, la Confédération participe aux coûts et aux pertes que les mesures pour les cas de rigueur destinées aux entreprises occasionnent à un canton (art. 1 al. 1). L'entreprise a la forme juridique d'une entreprise individuelle, d'une société de personnes ou d'une personne morale ayant son siège en Suisse (art. 2 al. 1) et elle a un numéro d'identification des entreprises (IDE ; art. 2 al. 2).

Au nombre des exigences pour bénéficier du soutien financier, l'entreprise doit établir notamment qu'elle s'est inscrite au RC avant le 1er mars 2020, ou, à défaut d'inscription au RC, a été créée avant le 1er mars 2020 (art. 3 al. 1 let. a), et a réalisé en 2018 et en 2019 un CA moyen d'au moins CHF 50'000.- (art. 3 al. 1 let. b). Si elle a commencé son activité commerciale le 1er janvier 2020 ou plus tard, ou si elle a été créée en 2018 ou en 2019 et présente ainsi un exercice d'une durée supérieure à une année civile, le CA moyen est celui qui a été réalisé entre le 1er janvier 2018 et le 29 février 2020, calculé sur douze mois (art. 3 al. 2).

b. Dès le 1er avril 2021, l'art. 3 a été refondu. Selon l'al. 1 let. a, l'entreprise doit s'être inscrite au RC avant le 1er octobre 2020, ou, à défaut d'inscription au registre du commerce, avoir été créée avant le 1er octobre 2020. Selon l'al. 2, par CA annuel moyen des exercices 2018 et 2019, on entend, (a) pour une entreprise qui a été créée entre le 31 décembre 2017 et le 29 février 2020, (1) le CA moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 29 février 2020, calculé sur douze mois, ou (2) le CA moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur douze mois, et (b) pour une entreprise qui a été créée entre le 1er mars 2020 et le 30 septembre 2020, le CA moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur douze mois.

c. Le 29 janvier 2021, le Grand Conseil a adopté la loi 12'863 relative aux aides financières extraordinaires de l'État destinées aux entreprises particulièrement touchées par la crise économique ou directement par les mesures de lutte contre l'épidémie de coronavirus pour l'année 2021 (ci-après : aLAFE-2021).

La loi a pour but de limiter les conséquences économiques de la lutte contre l'épidémie de coronavirus (Covid-19) pour les entreprises sises dans le canton de Genève conformément à la loi et à l'ordonnance Covid-19 (art. 1 al. 1), en atténuant les pertes subies par les entreprises dont les activités avaient été interdites ou réduites en raison même de leur nature entre le 1er janvier et le 31 décembre 2021 (art. 1 al. 2), et en soutenant par des aides cantonales certaines entreprises ne remplissant pas les critères de l'ordonnance Covid-19 en raison

d'une perte de chiffre d'affaires insuffisante et qui ne couvrent pas leurs coûts fixes dans les limites prévues à l'art. 12 (art. 1 al. 3).

d. Le 3 février 2021, le Conseil d'État a adopté le règlement d'application de l'aLAFE-2021 (ci-après : aRAFE-2021).

Sont bénéficiaires de l'aide les entreprises qui répondent aux exigences de l'ordonnance Covid-19 définies dans ses sections 1 et 2 (art. 3 al. 1). Les entreprises qui ne répondent pas aux exigences relatives au recul du chiffre d'affaires définies à l'art. 5 de cette ordonnance, et dont la baisse de CA enregistrée se situe entre 25 % et 40 %, peuvent bénéficier de l'indemnisation cantonale, conformément à l'art. 14 de la loi, pour autant qu'elles répondent aux autres exigences définies dans les sections 1 et 2 de l'ordonnance (art. 3 al. 2).

e. Le 30 avril 2021, le Grand Conseil a adopté la loi 12'938 relative aux aides financières extraordinaires de l'État destinées aux entreprises particulièrement touchées par la crise économique ou directement par les mesures de lutte contre l'épidémie de coronavirus pour l'année 2021 (ci-après : LAFE-2021), qui a abrogé l'aLAFE-2021 (art. 23), tout en en reprenant le dispositif pour l'essentiel.

Peuvent prétendre à une aide les entreprises qui, en raison des mesures prises par la Confédération ou le canton pour endiguer l'épidémie de Covid-19, doivent cesser totalement ou partiellement leur activité selon les modalités précisées dans le règlement d'application (art. 4 al. 1 let. a), ou dont le chiffre d'affaires a subi une baisse substantielle selon les dispositions de l'ordonnance Covid-19 (art. 4 al. 1 let. b) ou dont la baisse de chiffre d'affaires enregistrée se situe entre 25 % et 40 % et qui ne couvrent pas leurs coûts fixes (art. 4 al. 1 let. c).

L'art. 4 al. 3 précise que l'aide financière demandée en raison de l'art. 4 al. 1, let. b ou c, sera réduite de l'aide financière éventuelle apportée, durant la même période, suite à une demande fondée sur l'art. 4 al. 1, let. a. Il en découle que l'indemnisation en cas de fermeture d'un établissement n'est pas cumulable avec une aide pour perte économique.

Selon l'art. 9 al. 1, l'État de Genève peut octroyer sans participation financière de la Confédération des aides en faveur des entreprises : (a) dont la baisse de chiffre d'affaires enregistrée se situe entre 25 % et 40 % du CA moyen des exercices 2018 et 2019, ou (b) créées depuis mars 2020 ou créées avant mars 2020 mais dont les activités commerciales n'ont débuté qu'après le 1er mars 2020 ; dans ce cas, l'indemnisation est calculée sur la base du chiffre d'affaires moyen de l'entreprise pendant les mois durant lesquels elle a pu mener son activité commerciale.

L'indemnisation cantonale comble la différence entre l'éventuelle indemnisation calculée selon les critères de l'ordonnance Covid-19 et l'indemnité

calculée selon les critères de l'al. 1 (art. 9 al. 2). Les critères permettant de déterminer le début de l'activité commerciale sont déterminés par voie réglementaire (art. 9 al. 3).

L'indemnité maximale par entreprise et pour la période du 1er janvier 2020 au 30 juin 2021 est déterminée par voie réglementaire, mais elle ne dépasse pas la somme totale de CHF 1'000'000.- et 20 % du chiffre d'affaires comme prévu à l'art. 8a de l'ordonnance Covid-19 (art. 10 al. 1).

f. Le 5 mai 2021, le Conseil d'État a adopté le règlement d'application de la loi 12'938 relative aux aides financières extraordinaires de l'État destinées aux entreprises particulièrement touchées par la crise économique ou directement par les mesures de lutte contre l'épidémie de coronavirus, pour l'année 2021 (ci-après : RAFE-2021), modifié le 7 juillet 2021.

Selon l'art. 3 al. 2, sont également bénéficiaires de l'aide considérée, pour autant qu'elles répondent aux autres exigences définies dans les sections 1 et 2 de l'ordonnance Covid-19, les entreprises : (a) qui ne répondent pas aux exigences des art. 3 al. 1 let. b et 5 de l'ordonnance Covid-19 en vertu des modalités de détermination du chiffre d'affaires annuel moyen visées par l'art. 3 de ladite ordonnance, mais y répondent en vertu des modalités de l'art. 9 al. 1 let. b de la loi, et (b) qui ont été créées depuis mars 2020, ou avant mars 2020, mais dont les activités commerciales n'ont débuté qu'après le 1er mars 2020.

Selon l'art. 14 du règlement, peuvent prétendre à une aide financière les entreprises qui peuvent démontrer que la baisse de leur chiffre d'affaires 2020 se situe entre 40 % et 60 % du chiffre moyen entre les exercices 2018 et 2019 en raison des mesures ordonnées par les autorités en lien avec la pandémie (al. 1). Si l'entreprise a été créée en 2018 ou en 2019, le chiffre d'affaires à prendre en compte est celui réalisé entre le 1er janvier 2018 et le 29 février 2020, calculé sur douze mois (al. 2).

g. La participation financière indûment perçue doit être restituée sur décision du département (art. 16 al. 1 aLAFE-2021 et 17 al. 1 LAFE-2021).

4) Le texte de l'ordonnance Covid-19 est clair. Les exceptions à la prise en compte du CA de référence moyen des années 2018-2019 sont limitées aux entreprises fondées après le 31 décembre 2017. Ainsi, pour une entreprise créée entre le 31 décembre 2017 et le 29 février 2020, soit avant la mise en œuvre des mesures de restriction, le CA moyen qui sert de référence est celui qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 29 février 2020, calculé sur douze mois ; ou le CA moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur douze mois. Le CA pris en considération est celui qui permet à l'entreprise de recevoir l'aide la plus importante (art. 3 al. 2 let. a de l'ordonnance Covid-19 cas de rigueur). Cette règle garantit que les entreprises qui ont été créées

en 2018 ou 2019, mais qui n'ont réalisé des CA plus élevés qu'à partir de 2020, ne soient pas défavorisées par rapport à celles qui ont été créées après le 29 février 2020 et qui ont réalisé des CA en été 2020 (commentaire de l'administration fédérale des finances de l'ordonnance Covid-19 cas de rigueur du 18 juin 2021 p. 6 ; ci-après : commentaire ; accessible à l'adresse https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/67163.pdf).

Par comparaison, le législateur ne paraît pas avoir envisagé d'exception à la prise en compte du CA moyen de 2018 et 2019 pour les entreprises créées jusqu'au 31 décembre 2017. La différence de traitement entre cette règle stricte, d'une part, et la possibilité de modifier d'autre part la période de référence pour les entreprises créées dès 2020, peut trouver son fondement dans les effets des vagues successives de la pandémie et justifier aussi bien l'extrapolation de CA même inférieurs à un an ou le glissement de l'exercice de référence pour tenir compte par exemple d'une saison d'hiver. L'extrapolation de CA durant la période de référence 2018-2019 ne se justifie quant à elle que si l'entreprise a été créée durant cette période (ATA 813/2022 du 17 août 2022 ; ATA/86/2022 du 1er février 2022).

5) Un canton est tenu, lorsqu'il octroie des subventions, de se conformer aux principes généraux régissant toute activité administrative, soit notamment le respect de la légalité, de l'égalité de traitement, de la proportionnalité et de la bonne foi ainsi que l'interdiction de l'arbitraire (ATF 138 II 91 consid. 4.2.5 ; 136 II 43 consid. 3.2 ; 131 II 306 consid. 3.1.2).

La protection de l'égalité (art. 8 Cst.) et celle contre l'arbitraire (art. 9 Cst.) sont étroitement liées. Une décision ou un arrêté est arbitraire lorsqu'il ne repose sur aucun motif sérieux et objectif ou n'a ni sens ni but (ATF 141 I 235 consid. 7.1 ; 136 II 120 consid. 3.3.2 ; 133 I 249 consid. 3.3). Selon le Tribunal fédéral, l'inégalité de traitement apparaît comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 141 I 235 consid. 7.1 ; 129 I 1 consid. 3 ; 127 I 185 consid. 5 ; 125 I 1 consid. 2b.aa).

6) Dans le cadre des aides Covid, la chambre de céans a eu l'occasion de se pencher sur l'évolution de l'activité économique de l'entreprise et l'établissement de ses CA en vue de déterminer le droit à une aide.

Une société inscrite au RC depuis 2012, qui avait entrepris l'exploitation d'un restaurant dès le mois de juillet 2020, avait changé sa raison sociale au 1er octobre 2020 et dont le CA moyen des exercices 2018 et 2019 était nul, réalise la condition d'inscription au RC avant le 1er mars 2020, la question de l'applicabilité de l'art. 3 al. 2 let. b de l'ordonnance Covid cas de rigueur entré en vigueur le 1er

avril 2021, soit après la décision litigieuse, demeurant ouverte (ATA/1055/2021 du 12 octobre 2021 consid. 7).

L'art. 3 al. 2 du règlement d'application de la loi 12'938, qui renvoie expressément aux sections 1 et 2 de l'ordonnance Covid-19, entend par la « création d'entreprise » sa date d'inscription au RC. La règlementation fédérale n'entend pas couvrir le cas d'anciennes entreprises qui entament de nouvelles activités en février 2020. Le principe d'égalité de traitement n'est pas violé par un traitement distinct de faits distincts à savoir le début d'activité et la reprise d'activité d'une société. De même, la création d'une société et la reprise d'activité après plusieurs années de cessation d'activité n'est juridiquement pas identique. Un traitement différencié entre les deux situations ne viole pas le principe de l'égalité de traitement. (ATA/79/2022 du 25 janvier 2022 consid. 8b et 8c).

La loi ne comporte pas de lacune permettant de prétendre à l'extrapolation du CA réalisé durant le second semestre 2019 au titre de la période de référence (ATA/86/2022 précité consid. 4c).

L'ouverture d'un hôtel le 1er mars 2019, en vue de développer son activité, par une entreprise inscrite au RC depuis 2002, qui exploitait déjà en mars 2019 deux autres établissements, résulte d'un choix économique de cette société que le législateur tant fédéral que cantonal n'a pas entendu prendre en compte dans l'octroi des aides Covid-19. Cette expansion n'est pas comparable à la création d'une nouvelle entreprise (ATA/501/2022 du 11 mai 2022 consid. 8).

7) En l'espèce, le département intimé a donné suite à la première requête de la recourante sur la base des renseignements et chiffres communiqués dans le formulaire de demande, lui octroyant dans un premier temps une aide financière de CHF 100'282.90. Cette première décision retenait au titre de date de création de la société le 21 mai 2019, telle que mentionnée dans ledit formulaire.

La recourante a, deux mois plus tard, déposé une seconde demande d'aide, au nom d'une autre société qui n'est au demeurant pas inscrite en tant que telle au registre du commerce, mais mentionnant le même numéro IDE que dans la première demande. Dans ce contexte, le département a, à juste titre, procédé à une analyse approfondie de la situation de l'entreprise et constaté que celle-ci, portant l'IDE 1_____, avait été inscrite au registre du commerce le 1er novembre 1996.

Conformément au droit et à la jurisprudence précitée, l'intimé a constaté que la date qui devait être retenue au titre de création de l'entreprise était celle de l'inscription au registre du commerce et non celle à laquelle son activité avait été modifiée. La prise en compte de la moyenne pluriannuelle du CA de la société pour les exercices 2018 et 2019 conduisait alors à un recul du CA de 0,91 % en 2020, soit un taux inférieur à 25 %. Dans la mesure où la recourante n'était en conséquence pas éligible à l'octroi d'une aide pour perte économique,

contrairement à ce qui avait été retenu initialement sur la base d'un examen succinct de la situation, seule une aide cas de rigueur pour fermeture à hauteur de CHF 66'583.32, non cumulable avec la précédente, pouvait lui être allouée.

Il n'est pas contesté que la société est inscrite sous l'IDE 1_____ depuis 1996 et qu'il ne s'agit pas d'une entreprise nouvellement créée. Le fait que la raison sociale, les statuts et le but de la recourante aient été modifiés au printemps 2019 et que l'exploitation du restaurant lui ait été transférée à cette même période résulte d'un choix économique de la société et ne permet pas de remettre en cause ce qui précède ni de s'écarter de la jurisprudence en la matière, dès lors que le législateur n'a pas voulu prendre en considération ce cas de figure dans le cadre de l'octroi d'aides liées à la crise sanitaire. Le fait que l'activité de la recourante, qui exploitait un garage automobile, ait drastiquement changé pour devenir un restaurant – lequel existait déjà depuis plusieurs années – n'est pas non plus pertinent et ne constitue pas une exception à la règle stricte selon laquelle la prise en compte du CA moyen pour les années 2018 et 2019 n'est en l'occurrence pas possible, compte tenu de la date de création de l'entreprise antérieure au 31 décembre 2017.

Pour le surplus, la recourante ne conteste pas le mode de calcul de l'indemnité pour fermeture opéré par le département, ni le montant de CHF 66'583.32.

En conséquence, le département n'a pas mésusé de son pouvoir d'appréciation ni violé la loi en se fondant sur les faits pertinents pour considérer que la recourante ne réalisait pas les conditions lui permettant de se voir allouer une aide financière pour cas de rigueur économique et en lui demandant la restitution du montant de CHF 33'699.60 correspondant à la part d'indemnisation indûment perçue.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

8) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à cette dernière, ni au département qui, bien que plaidant par un avocat, dispose d'un service juridique (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/1738/2019 du 3 décembre 2019).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 30 mai 2022 par A_____ contre la décision de la Direction générale du développement économique, de la recherche et de l'innovation du 28 avril 2022 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 500.- à la charge de A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; 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, 1000 Lausanne 14, 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 ;

communique le présent arrêt à Me Guillaume Etier, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me Chris Monney, avocat de la Direction générale du développement économique, de la recherche et de l'innovation.

Siégeant : Mme Payot Zen-Ruffinen, présidente, Mmes Krauskopf et Lauber, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	la présidente siégeant :
P. Hugi	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :