RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1846/2022-EXPLOI **ATA/1039/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 20 septembre 2023

2ème section

dans la cause

A_____ SA **recourante**
représentée par Me Jacques BONVIN, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE ET DE L'EMPLOI **intimé**
représenté par Me Gabriel AUBERT, avocat

EN FAIT

A. **a.** A_____ SA (ci-après : la société) est inscrite au registre du commerce du canton de Genève depuis le 23 décembre 1968. Elle a pour but l'achat, la vente, la possession, l'échange, la construction, la transformation, la location et l'exploitation d'immeubles, tant en Suisse qu'à l'étranger, la prise et l'administration de participations, tant en Suisse qu'à l'étranger, ainsi que l'exploitation et la gestion d'hôtels et de restaurants en Suisse et à l'étranger.

b. Le 17 décembre 2020, la société s'est, selon ses propres déclarations, vu octroyer une aide financière de CHF 250'000.- pour la période du 26 septembre au 31 décembre 2020.

c. Le 19 mai 2021, la société a formé une demande pour cas de rigueur, qu'elle a adressée au département de l'économie et de l'emploi (ci-après : DEE).

Son établissement avait été fermé au mois de novembre 2020 puis dès le 24 décembre 2020 par décision des autorités dans le cadre des mesures contre la pandémie de Covid-19. Son chiffre d'affaires était de CHF 15'918'249.- pour l'exercice 2018 et CHF 16'951'689.- pour l'exercice 2019. Elle souhaitait que le chiffre d'affaires pour l'exercice 2020, de CHF 5'026'648.-, soit pris en compte, et non le chiffre d'affaires des douze mois précédant la demande. Elle joignait les pièces comptables nécessaires.

d. Le 26 juillet 2021, sur la base des chiffres et des pièces fournis, le DEE a octroyé à la société une aide financière extraordinaire de CHF 2'602'080.-.

e. Le 29 octobre 2021, la société a adressé une nouvelle demande pour cas de rigueur au DEE.

Les chiffres d'affaires pour 2018 et 2019 étaient les mêmes que pour la demande précédente. Elle souhaitait que le chiffre d'affaires pris en compte soit celui des douze derniers mois précédant la demande, débutant en juin 2020, soit CHF 4'327'711.-.

f. Le 11 novembre 2021, le DEE a demandé à la société de lui confirmer la période pour laquelle elle souhaitait une aide complémentaire et de lui fournir les chiffres d'affaires pour mai et juin 2021.

g. Le 12 novembre 2021, la société a confirmé au DEE que la demande d'aide complémentaire concernait la période du premier semestre 2021. Les données comptables étaient fournies par courriel séparé.

h. Le 23 décembre 2021, le DEE a octroyé à la société une aide financière extraordinaire de CHF 433'552.-.

i. Le 1er février 2022, la société a élevé une réclamation contre cette décision.

Le montant octroyé aurait dû être de CHF 1'584'809,50. Le recul de son chiffre d'affaires pour les mois de janvier à juin 2021 était de CHF 6'339'237.50, soit 73.63 %. Le recul total du chiffre d'affaires, sur 18 mois, était de CHF 17'747'558.50. L'aide financière aurait dû être de 25 %, soit la part des coûts fixes forfaitaires, de cette somme, soit CHF 4'436'889.50. Déduction faite des aides déjà perçues, pour un total de CHF 2'852'000.-, le montant de CHF 1'584'809.50 lui était dû.

j. Par décision du 2 mai 2022, le DEE a rejeté la réclamation.

Le 19 mai 2021, la société avait déjà la possibilité de fournir des renseignements relatifs à une période différente de celle de l'année 2020. Quelle qu'ait pu être la période de douze mois sélectionnée pour le calcul du recul du chiffre d'affaires, la référence restait la moyenne des exercices 2018 et 2019. Le calcul s'opérait pas la comparaison de la période de douze mois indiquée avec cette moyenne. Le recul était multiplié par la part des coûts fixes forfaitaires pour déterminer l'aide. Une aide complémentaire issue d'un recul du chiffre d'affaires de la période de janvier à juin 2021 pouvait par ailleurs être octroyée, pour autant que les mois considérés ne figurent pas dans la période de base.

Une indemnisation pour une période de 18 mois allant du 1er janvier 2020 au 30 juin 2021 n'était pas compatible avec une demande visant une période différente de l'année 2020.

La demande du 29 octobre 2021 visait une indemnisation complémentaire pour le premier semestre 2021. Le DEE n'avait pu prendre en considération une nouvelle période de référence telle que visée dans la demande (juin 2020 à mai 2021) et avait basé son analyse du recul du chiffre d'affaires sur la même période de base que celle visée dans la demande initiale, soit 2020, année pour laquelle le chiffre d'affaires avait atteint CHF 5'021'750.-.

Par comparaison à la moyenne pluriannuelle 2018-2019, de CHF 16'428'160.-, le recul du chiffre d'affaires était de 69.43 %, soit inférieur à 70 %.

B. **a.** Par acte remis à la poste le 3 juin 2022, la société a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant à l'annulation des décisions des 23 décembre 2021 et 2 mai 2022, à ce qu'elles soient réformées en ce sens que l'aide financière totale accordée était d'au moins CHF 4'436'889.50, soit CHF 2'852'080.- pour la période de janvier à décembre 2020 et CHF 1'584'809.50 pour la période de janvier à juin 2021. Subsidiairement, l'aide financière totale

devait être de CHF 4'439.189.01, soit CHF 3'234'848.76 pour la période de mars 2020 à février 2021 et CHF 1'204'340.25 pour la période de mars 2021 à juin 2021. Plus subsidiairement, la cause devait être renvoyée au DEE pour nouvelle décision au sens des derniers chiffres.

Au moment de la demande du 19 mai 2021, elle ne connaissait pas encore ses états financiers au 31 mai et ne pouvait spéculer sur une autre période de référence que celle de janvier à décembre 2020. Le DEE lui avait demandé le 11 novembre 2021 de confirmer la période de janvier à juin 2021, sans préciser qu'une demande pouvait être fondée sur une période plus longue que douze mois calendaires et inclure le recul du chiffre d'affaires pour cette période.

Pour fixer l'aide financière complémentaire de CHF 433'552.-, le DEE avait tenu compte : du chiffre d'affaires moyen des mois de janvier à juin 2018 et janvier à juin 2019 ; du plafond ordinaire de l'aide financière de CHFR 3'286'993.- et non du plafond « cas de rigueur parmi les cas de rigueur », soit 20 % du chiffre d'affaires moyen 2018-2019 ; du fait qu'elle s'était déjà vu accorder une aide de CHF 2'852'080.-.

Or, elle avait subi un recul du chiffre d'affaires de 69,43 % durant l'année 2020, mais de plus de 70 % durant chaque période de douze mois prise entre le 1er février 2020 et le 30 juin 2021 par rapport au chiffre d'affaires moyen 2018-2019, avec un record de 78,73 % entre le 1er mars 2020 et le 28 février 2021. Le recul total de son chiffre d'affaires sur 18 mois était de CHF 17'747'558.-.

Elle pouvait choisir les mois pertinents pour le recul de son chiffre d'affaires qui servirait au calcul du plafond applicable. Dès lors qu'elle avait subi un recul de son chiffre d'affaires de plus de 70 % par rapport à la moyenne 2018-2019 durant chaque période de douze mois entre le 1er février 2010 et le 30 juin 2021, le plafond des cas de rigueur parmi les cas de rigueur devait lui être appliqué, ce qui entraînait une hausse de l'indemnité. Le recul de son chiffre d'affaires sur 18 mois de CHF 17'747'558.50 multiplié par les coûts forfaitaires de 25 % lui donnait droit à une indemnité de CHF 4'436'889.50.

La décision violait le principe de l'égalité de traitement, le DEE accordant le plafond plus élevé des cas de rigueur parmi les cas de rigueur aux entreprises ayant subi un recul de plus de 70 % de leur chiffre d'affaires et qui avaient indiqué une autre période de référence dans leur demande initiale.

La décision violait le principe de la bonne foi. Elle ne devait pas être pénalisée pour avoir de bonne foi demandé une aide cas de rigueur pour l'année 2020 suivie d'une demande complémentaire sans avoir elle-même cherché à optimiser l'aide à laquelle elle avait droit en spéculant sur la période pertinente.

La décision violait le principe de la bonne foi et son droit d'être entendue, le DEE n'ayant pas précisé dans sa demande du 11 novembre 2021 qu'une demande d'aide pouvait emporter un calcul du recul du chiffre d'affaires fondé sur une période plus longue que la période retenue initialement, ce qui l'avait conduite à recevoir une aide bien inférieure é celle à laquelle elle aurait eu droit.

La décision était contraire au principe de la proportionnalité. Le recul de son chiffre d'affaires avait été de 69,43 % en 2020 mais de plus de 70 % de février 2020 à janvier 2021. L'empêcher de percevoir l'entier des aides auxquelles elle avait droit (soit CHF 4'436'889.50 au moins au lieu de CHF 2'852'080.- + CHF 433'522.- reçus) simplement parce qu'elle avait procédé en deux fois aux démarches nécessaires était contraire à l'intérêt public et disproportionné. La différence entre l'aide à laquelle elle avait droit et l'aide reçue, soit CHF 1'150'000.- correspondait à une différence de son chiffre d'affaires de moins de 0,6 %. L'intérêt public et la proportionnalité dictaient d'augmenter l'aide accordée à une entreprise aussi durement touchée qu'elle.

b. Le 3 août 2022, le DEE a conclu au rejet du recours.

La recourante avait le choix entre deux méthodes : l'assiette fixe, qui lui permettait de demande une première indemnisation pour l'année 2020, par comparaison avec le chiffre d'affaires moyen des années 2018-2019, puis une seconde pour les six premiers mois de l'année 2021, par comparaison avec le chiffre d'affaires moyen des mêmes périodes en 2018 et 2019 ; l'assiette coulissante, qui lui permettait de choisir une période de douze mois, à comparer avec la moyenne des années 2018 et 2019, puis ajouter le recul du chiffre d'affaires pour les mois de janvier à juin 2021 s'ils n'étaient pas déjà compris dans le période de douze mois choisie, une double indemnisation n'étant pas possible. La première méthode permettait d'indemniser 18 mois, la seconde au plus douze, plus les mois restants en 2021. La seconde méthode permettait de choisir une période plus favorable en cas de fluctuation du chiffre d'affaires. Il n'était pas possible de choisir une méthode mixte. Dans tous les cas, le plafond de l'indemnisation était déterminé par le chiffre d'affaires moyen de 2018 et 2019.

Dans sa première demande, la recourante avait choisi la première méthode. Dans la seconde, elle avait choisi une période de douze mois débutant en juin 2020. Interpellée par le DEE, elle avait indiqué qu'elle demandait l'indemnisation complémentaire du premier semestre 2021. Sa demande ne pouvait ainsi être comprise que comme portant sur 2020 et les six premiers mois de 2021, soit le choix de l'assiette fixe. Elle avait été indemnisée pour ces 18 mois.

Le formulaire complété le 29 octobre 2021 montrait clairement que la demande d'aide pouvait être fondée sur une période de 18 mois au total. La question du DEE tendait à déterminer si elle demandait une aide complémentaire pour le

premier semestre 2021 s'ajoutant à l'aide pour l'année 2020. Sa réponse avait été claire et il n'incombait pas au DEE de reformuler les demandes des entreprises.

Une période coulissant de plus de douze mois ne pouvait être choisie. La référence aux chiffres d'affaires de périodes de douze mois commençant dès le mois de février 2020 était sans pertinence vu le choix opéré par la recourante. La recourante ne pouvait confondre les deux méthodes pour améliorer sa situation. Du moment que l'aide avait commencé en janvier 2020, elle ne pouvait prétendre dans sa seconde demande à une aide coulissante depuis juin 2020, sauf à renoncer à l'aide pour 2020, ce qu'elle n'avait pas fait.

c. Le 2 septembre 2022, la recourante a persisté dans ses conclusions.

Elle n'avait en aucun cas choisi la méthode fixe expressément. La présentation du système par l'intimé n'avait jamais été communiquée aux entreprises concernées. Sitôt qu'elle voyait son chiffre d'affaires sur une période de douze mois entre le 1er janvier 2020 et le 30 juin 2021 reculer de plus de 70 %, elle était considérée comme un cas de rigueur parmi les cas de rigueur et avait droit à une aide dans le plafond réservé à ces cas. Tel serait également le cas en appliquant la méthode de l'assiette fixe : elle serait également éligible au plafond des cas de rigueur parmi les cas de rigueur, dès lors que le recul de son chiffre d'affaires sur le premier semestre 2021 an comparaison avec le chiffre d'affaires moyen des premiers semestres 2018 et 2019 faisait apparaître une baisse de 73.63 %.

Elle pouvait demander que le montant global des aides soit adapté à sa situation réelle et soit conforme au droit. Elle n'avait pas de motif de contester les décisions précédentes vu l'absence d'informations données par l'intimé, et ne pouvait deviner que celui-ci appliquerait un plafond inexact. Elle n'avait pas à être pénalisée par l'ordre dans lequel elle avait demandé les aides. L'intimé ne lui avait jamais proposé de renoncer à l'aide perçue pour 2020 et cette possibilité n'était mentionnée nulle part.

Son grief d'inégalité de traitement visait les entreprises qui avaient obtenu des aides car elles avaient pu attendre avant de déposer leur demande et avaient pu bénéficier du plafond « cas de rigueur parmi les cas de rigueur » en application de l'interprétation erronée du droit faite par l'intimé.

Elle n'avait pas plus pu prévoir que l'intimé refuserait de lui appliquer ce plafond, ce qui violait le principe de la bonne foi. Elle lui reprochait d'avoir appliqué la loi de manière imprévisible et excessivement rigoriste, en invoquant notamment un prétendu choix valant renonciation à ses droits et en n'indiquant pas sur le formulaire une période encore non échue. Cette position n'était pas soutenable, a fortiori en l'absence d'informations détaillées de la part de l'État au sujet des formulaires.

Les conclusions subsidiaires ne portaient que sur une modification des modalités de calcul, à laquelle l'autorité de recours était en droit de procéder.

d. Le 6 septembre 2022, 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 porte sur le bien-fondé de la décision sur réclamation du DEE du 2 mai 2022 refusant de porter à CHF 1'584'809,50 l'aide financière extraordinaire de CHF 433'552.- octroyée le 23 décembre 2021 pour les six premiers mois de l'année 2021.

2.1 Selon l'art. 61 al. 1 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation (let. a) et pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (let. b) ; les juridictions administratives n'ont pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (al. 2).

2.2 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) qui prévoit, à son art. 12, des mesures destinées aux entreprises.

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 2020 ; ci-après : ordonnance Covid-19 - RS 951.262), modifiée à plusieurs reprises, qui prévoyait que la Confédération participait aux coûts et aux pertes que les mesures pour les cas de rigueur destinées aux entreprises occasionnaient à un canton (art. 1 al. 1). L'entreprise devait remplir un certain nombre d'exigences pour bénéficier du soutien financier (art. 2 et 3 ordonnance Covid-19).

2.3 Selon l'art. 5 al. 1 ordonnance Covid-19, l'entreprise doit établir que son chiffre d'affaires 2020 est inférieur à 60 % du chiffre d'affaires moyen des exercices 2018 et 2019 en raison des mesures ordonnées par les autorités aux fins de la lutte contre l'épidémie de COVID-19. Selon l'al. 1*bis*, dans sa teneur depuis le 1er avril 2021, en cas de recul du chiffre d'affaires enregistré entre janvier 2021 et juin 2021 en raison des mesures ordonnées par les autorités aux fins de la lutte

contre l'épidémie de COVID-19, l'entreprise peut calculer le recul de son chiffre d'affaires sur la base du chiffre d'affaires d'une période ultérieure de 12 mois au lieu du chiffre d'affaires de l'exercice 2020.

2.4 Selon l'art. 8b ordonnance Covid-19, la contribution non remboursable accordée à une entreprise dont le chiffre d'affaires est supérieur à CHF 5'000'000.- est calculée en multipliant le recul du chiffre d'affaires visé à l'art. 5 avec une part de coûts fixes forfaitaires (al. 1). Les entreprises qui ont enregistré un recul du chiffre d'affaires pendant plus de douze mois peuvent ajouter le recul du chiffre d'affaires pour les mois de janvier à juin 2021 si ceux-ci ne sont pas déjà pris en compte dans le calcul visé à l'art. 5 ; le recul du chiffre d'affaires est calculé par rapport au chiffre d'affaires moyen des périodes correspondantes pour les exercices 2018 et 2019 (al. 2). La part de coûts fixes forfaitaires est de (a) 8 % pour les agences de voyage, les commerces de gros et les commerces de véhicules automobiles, (b) 15 % pour les commerces de détail et (c) 25 % pour les autres entreprises (al. 3).

Selon l'art. 8*c* al. 1 ordonnance Covid-19, les contributions non remboursables accordées aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à CHF 5'000'000.- s'élèvent au maximum à 20 % du chiffre d'affaires moyen des exercices 2018 et 2019 et au maximum à CHF 5'000'000.- par entreprise. Elles peuvent être décidées et versées en plusieurs tranches. Selon l'al. 2, pour les entreprises visées à l'al. 1, les contributions non remboursables s'élèvent au maximum à 30 % du chiffre d'affaires annuel et au maximum à CHF 10'000'000.- si (a) le chiffre d'affaires de l'entreprise a reculé de plus de 70 % par rapport au chiffre d'affaires moyen des exercices 2018 et 2019, ou (b) depuis le 1er mars 2020, de nouveaux fonds propres ayant une incidence sur les liquidités sont apportés à l'entreprise sous forme d'espèces à hauteur d'au moins 40 % de la contribution dépassant CHF 5'000'000.-.

L'art. 8d ordonnance Covid-19 prévoit qu'une entreprise ne peut recevoir les aides prévues aux art. 8, 8*a* et 8*c* que dans les limites du plafond correspondant (al. 1). Si une entreprise reçoit des aides en vertu aussi bien de l'art. 8 que de l'art. 8a al. 1 ou 8c al. 1, celles-ci ne doivent pas dépasser au total 25 % du chiffre d'affaires moyen des exercices 2018 et 2019 ni CHF 15'000'000.- (al. 2). Si une entreprise reçoit des aides en vertu aussi bien de l'art. 8 que de l'art. 8*a*, al. 2, ou 8*c*, al. 2, celles-ci ne doivent pas dépasser au total 30 % du chiffre d'affaires moyen des exercices 2018 et 2019 ni CHF 15'000'000.- (al. 3).

2.5 Selon le commentaire de l'ordonnance Covid-19 du 31 mars 2021 (https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/65927.pdf; ci-après : le commentaire), en ce qui concerne l'art. 5, « étant donné que les mesures décidées par les autorités se poursuivent en 2021, il est possible qu'une entreprise qui a profité d'une saison d'hiver 2019-2020 normale et/ou d'une bonne saison estivale 2020 ne soit pas considérée comme un cas de rigueur au regard du chiffre

d'affaires réalisé en 2020, bien qu'elle subisse, en raison des fermetures et des restrictions décrétées à partir du 4e trimestre 2020, des pertes en 2021 justifiant la qualification de cas de rigueur. L'al. 1bis tient compte de cette situation en permettant à l'entreprise de calculer le recul de son chiffre d'affaires en se fondant non pas sur le chiffre d'affaires de l'année 2020, mais sur une période de douze mois postérieure, par exemple sur le chiffre d'affaires réalisé entre février 2020 et janvier 2021 ou entre avril 2020 et mars 2021. Pour justifier sa demande, une entreprise peut ainsi étendre le calcul de son chiffre d'affaires annuel moyen jusqu'au mois de juin 2021. » (p. 7).

À propos de l'art. 8b al. 2, « le recul du chiffre d'affaires est calculé selon l'art. 5 al. 1 ou 1bis. Il est d'abord calculé sur la base de 12 mois, soit sur la base d'une comparaison entre le chiffre d'affaires annuel de 2020 et le chiffre d'affaires moyen des exercices 2018 et 2019, soit, s'il est enregistré entre janvier et juin 2021, sur la base d'une comparaison entre le chiffre d'affaires des 12 derniers mois et celui des exercices 2018 et 2019. Les entreprises qui font valoir au total un recul de leur chiffre d'affaires pendant plus de 12 mois peuvent y ajouter le recul du chiffre d'affaires enregistré entre les mois de janvier et juin 2021 si ceux-ci ne sont pas déjà pris en compte dans le calcul des 12 premiers mois. Les entreprises peuvent ainsi faire valoir un recul du chiffre d'affaires pour une période allant jusqu'à 18 mois. Pour les mois venant s'ajouter aux douze premiers, le recul du chiffres d'affaires sera déterminé sur la base d'une comparaison avec le chiffre d'affaires réalisé lors des mois correspondants de l'exercice précédent de sorte que les effets des fluctuations saisonnières ne seront pas pris en compte (par ex. comparaison entre le chiffre d'affaires du 2e trimestre 2021 et celui du 2e trimestre des exercices 2018 et 2019). » (p. 11).

2.6 Une décision viole le principe de l'égalité de traitement garanti par l'art. 8 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances. Cela suppose que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante. La question de savoir si une distinction juridique repose sur un motif raisonnable peut recevoir une réponse différente selon les époques et suivant les conceptions, idéologies et situations du moment (ATF 145 I 73 consid. 5.1 ; 142 I 195 consid. 6.1 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_231/2021 du 3 mai 2021 consid. 5.1 ; 2C_538/2020 du 1er décembre 2020 consid. 3.2).

2.7 Le principe de la bonne foi entre administration et administré, exprimé aux art. 9 et 5 al. 3 Cst., exige que l'une et l'autre se comportent réciproquement de manière loyale (arrêts du Tribunal fédéral 6B_266/2020 du 27 mai 2020 ; 1C_173/2017 du 31 mars 2017 consid. 2.3 ; Jacques DUBEY, Droits fondamentaux, vol. 2, 2018, p. 642 n. 3454). En particulier, l'administration doit

s'abstenir de toute attitude propre à tromper l'administré et elle ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 138 I 49 consid. 8.3 ; 129 I 161 consid. 4 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_227/2015 du 31 mai 2016 consid. 7 ; ATA/843/2019 du 30 avril 2019 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2e éd., 2018, p. 203 n. 568 ; Jacques DUBEY/Jean-Baptiste ZUFFEREY, Droit administratif général, 2014, p. 254 n. 716 et 717 et p. 256 n. 726).

2.8 Le droit d'être entendu, consacré à l'art. 29 al. 2 Cst., comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, d'avoir accès au dossier, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influer sur la décision à rendre (ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_507/2021 du 13 juin 2022 consid. 3.1). L'art. 29 al. 2 Cst. n'implique pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1). Par ailleurs, lorsque l'autorité envisage de fonder sa décision sur une norme ou un motif juridique non évoqué dans la procédure antérieure et dont aucune des parties en présence ne s'est prévalue ni ne pouvait supputer la pertinence, elle doit donner au justiciable la possibilité de se déterminer à ce sujet (ATF 145 I 167 consid. 4.1 et la jurisprudence citée).

Le droit d'être entendu implique aussi pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Selon la jurisprudence, il suffit qu'elle mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 146 II 335 consid. 5.1 ; 143 III 65 consid. 5.2). L'autorité n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à l'examen des questions décisives pour l'issue du litige (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; 137 II 266 consid. 3.2 ; 136 I 229 consid. 5.2 ; 134 I 83 consid. 4.1). Elle ne doit, à plus forte raison, pas se prononcer sur tous les arguments (arrêt du Tribunal fédéral 2C_286/2022 du 6 octobre 2022 consid. 6.3 et les arrêts cités). La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_56/2019 du 14 octobre 2019 consid. 2.4.1 et les arrêts cités).

2.9.1 En l'espèce, il n'est pas contesté que le chiffre d'affaires de la recourante était de CHF 15'918'249.- pour l'exercice 2018 et CHF 16'951'689.- pour l'exercice 2019, soit un chiffre d'affaires moyen de CHF 16'434'969.- pour ces deux exercices, au sens des art. 5 al.1 et 8b al. 2 ordonnance Covid-19, ni que son

chiffre d'affaires pour l'exercice 2020, de CHF 5'026'648.-, était supérieur à CHF 5'000'000.- au sens de l'art. 8b ordonnance Covid-19.

Dans sa demande du 19 mai 2021, la recourante a indiqué qu'elle souhaitait que le chiffre d'affaires pour l'exercice 2020, de CHF 5'026'648.-, fût pris en compte, et non le chiffre d'affaires des douze mois précédant la demande.

Dans sa seconde demande, du 29 octobre 2021, elle a indiqué qu'elle souhaitait que le chiffre d'affaires pris en compte fût celui des douze derniers mois précédant la demande, débutant en juin 2020, soit CHF 4'327'711.-.

La recourante n'a pas critiqué la première décision du 26 juillet 2021, entrée en force, par laquelle le DEE lui a octroyé une aide financière extraordinaire de CHF 2'602'080.-.

Lorsque le DEE l'a interpellée sur « la période pour laquelle [elle] souhait[ait] une aide complémentaire », la recourante a indiqué que sa seconde demande « concern[ait] la période du premier semestre 2021 ».

C'est ainsi conformément aux art. 5 al. 1bis et 8b al. 2 ordonnance Covid-19 que l'intimé a compris que la première demande portait sur l'année 2020 et la seconde sur le premier semestre de l'année 2021 et a versé à la recourante une seconde aide financière calculée sur la baisse du chiffre d'affaires des six premiers mois de 2021 par rapport à la moyenne des six premiers mois de 2018 et des six premiers mois de 2019.

La recourante soutient qu'elle pourrait choisir la période de référence s'agissant de démontrer que son chiffre d'affaires avait reculé de plus de 70 % par rapport au chiffre d'affaires moyen des exercices 2018 et 2019, ce qui lui donnait droit à un pourcentage (30 % du chiffre d'affaires) et un plafond (CHF 10'000'000.-) d'indemnisation plus élevés conformément à l'art. 8*b* al. 2 let. a ordonnance Covid-19.

Elle ne saurait être suivie. Il ressort de la systématique de la loi que les plafonds applicables, régis par l'art. 8c ordonnance Covid-19, sont fonction du même recul du chiffre d'affaires invoqué à l'appui de l'indemnisation. Cette conclusion est logique s'agissant de déterminer l'ampleur du recul du chiffre d'affaires et de l'indemnisation qui en résulte. Le « chiffre d'affaires » des art. 8b et 8*c* ordonnance Covid-19 recouvre ainsi la même notion. D'ailleurs, l'art. 8b renvoie à l'art. 5, lequel envisage soit l'année 2020 soit une période de douze mois choisie entre janvier 2020 et juin 2021 pour l'établissement du même « chiffre d'affaires ». La lettre de l'art. 8*c* al. 2 let. a ordonnance Covid-19 mentionne en outre la même moyenne de référence des chiffres d'affaires 2018 et 2019. Aussi, et contrairement à ce que semble considérer la recourante, le calcul de la baisse du chiffre d'affaires fonde à la fois le droit à l'indemnisation (seuil < 60 % de la

moyenne 2018-2019 ; art. 5), le calcul de celle-ci (*in casu* 25 % du recul ; art. 8*b*) et les plafonds (max. 20 % du chiffre d'affaires ET CHF 5'000'000.- OU max. 30 % du chiffre d'affaires ET CHF 10'000'000.- ; art. 8*c*).

Le fait que l'administré doive choisir les douze mois pour l'indemnisation résulte de l'art. 5 ordonnance Covid-19 et est confirmé par le commentaire (pp. 7-8). Il a été vu que ce choix détermine également le calcul des plafonds. La recourante est ainsi liée par ses choix des périodes d'indemnisation. Les comparaisons qu'elle propose, soit « chaque période de 12 mois prise entre le 1er février 2020 et le 30 juin 2021 », ne sont pas prévues par la loi et ne peuvent être retenues pour établir le plafond.

Enfin, l'art. 8b al. 2 ordonnance Covid-19 n'est d'aucun secours à la recourante. Il permet uniquement à l'administré dont le chiffre d'affaires a continué de baisser en 2021 d'« ajouter le recul du chiffre d'affaires pour les mois de janvier à juin 2021 si ceux-ci ne sont pas déjà pris en compte dans le calcul visé à l'art. 5 ». Cette disposition permet, au mieux, d'ajouter comme en l'espèce les six premiers mois de 2021 aux douze mois de 2020 et d'obtenir une seconde indemnisation, mais non d'étendre la période à prendre en compte pour les plafonds, comme il sera vu plus loin.

2.9.2 Il convient encore de déterminer si les plafonds et les indemnisations ont été correctement calculés.

Selon les périodes qu'elle a choisies, la recourante a subi en 2020, comparé à la moyenne de 2018-2019, une baisse du chiffre d'affaires de 69.415 % ([1 – 5'026'648 / 16'434'969] · 100).

S'agissant des six premiers mois de 2021, comparé à la moyenne pour la même période en 2018 et 2019 ([8'418'273 + 8'799'582] / 2 = 8'608'927), son chiffre d'affaires de CHF 2'269'690.- a par contre enregistré une baisse de 73.64 % ([1 – 2'269'690 / 8'608'927] · 100).

Le recul du chiffre d'affaires en 2020 (16'434'969 – 5'026'648 = 11'408'321) lui donne droit à une aide de CHF 2'852'080.- (11'408'321 x 0.25), qui est inférieure aux plafonds de 20 % du chiffre d'affaires de CHF 3'286'993.80 (16'434'969 x 0.2) et de CHF 5'000'000.-. Déduction faite de l'aide financière de CHF 250'000.- octroyée le 17 décembre 2020, elle a droit à une aide (complémentaire) de CHF 2'602'080.-, laquelle lui a été octroyée le 26 juillet 2021.

La baisse du chiffre d'affaires pour les six premiers mois de 2021, de CHF 6'339'237.- (8'608'927 – 2'269'690) a valu à la recourante une aide complémentaire de CHF 433'552.-, soit une indemnisation de 25 % de la part des coûts fixes forfaitaires équivalant à CHF 1'584'809.25 (6'339'237 · 0.25), réduite

(approximativement) à la différence entre l'aide de CHF 2'852'080.- déjà perçue et le plafond de CHF 3'286'993.- (3'286'993 – 2'852'080 = 434'913).

Il a été vu plus haut que la recourante ne peut se prévaloir, pour le calcul des plafonds, d'une autre période que celle pour laquelle elle demande une indemnisation.

L'intimé a retenu l'exercice 2020 et une baisse de 69.415 % pour exclure les plafonds plus élevés de l'art. 8*c* al.2 let. a ordonnance Covid-19 pour l'ensemble de l'indemnisation.

Cette manière de procéder n'appelle pas de critiques.

L'art. 8*c* al. 2 let. a ordonnance Covid-19 se réfère en effet au chiffre d'affaires moyen de 2018 et 2019 et non au chiffre d'affaires moyen des périodes de ces deux années correspondant aux mois « additionnels » de 2021. Il vise donc une période comparée de douze mois, soit le chiffre d'affaires initialement choisi par l'administré en application de l'art. 5 ordonnance Covid-19, en l'espèce l'exercice 2020.

Les mois du premier semestre 2021 ne sauraient être pris en compte isolément ni additionnés aux douze mois précédents pour établir une baisse supérieure à 70 %. En effet, l'art. 8*c* al. 2 let. a ordonnance Covid-19 ne mentionne pas cette comparaison. L'art. 8*b* al. 2 ordonnance Covid-19 parle, certes, d'« ajouter » le recul du chiffre d'affaires. Toutefois, cette formulation ne peut être comprise comme portant sur le calcul des plafonds. En effet, s'il fallait additionner les reculs enregistrés en 2020 à ceux du premier semestre 2021, la somme ainsi obtenue ne pourrait être comparée qu'au chiffre d'affaires moyen de 2018-2019. Or, une telle comparaison serait biaisée, la seconde période étant forcément plus longue que la première, et aboutirait à des baisses le plus souvent supérieures à 70 % voire 100 %, privant la réglementation de son sens. De même, s'il fallait, contre le texte de l'ordonnance, appliquer rétroactivement le plafond obtenu au premier semestre 2021 à l'aide servie pour les douze mois précédents, cela entraînerait systématiquement des révisions de la première indemnisation, ce que la systématique de la réglementation ne prévoit pas.

Les exemples donnés par le commentaire (p. 12) confirment que l'addition des reculs de chiffres d'affaires des deux périodes successives ne sert qu'à établir l'indemnisation globale, pour déterminer notamment si elle reste dans les plafonds, et non les plafonds eux-mêmes, ces derniers étant toujours calculés sur le chiffre d'affaires moyen 2018-2019 et la période de douze mois choisie – étant cependant observé que l'exemple C, présentant un premier recul du chiffre d'affaires en 2020 de « – 15 millions » par rapport à un chiffre d'affaires moyen 2018-2019 de « 20 millions », soit une baisse de 75 %, retient curieusement des

plafonds de 20 % et CHF 5'000'000.-, sans que cela n'affecte toutefois l'issue du présent litige.

2.9.3 La recourante se plaint encore d'une violation du principe de l'égalité de traitement. Elle se limite toutefois à une allégation toute générale, selon laquelle des entreprises ayant indiqué une autre période de référence dans leur demande initiale auraient bénéficié des plafonds plus élevés. Elle ne donne aucun exemple concret, et surtout n'explique pas en quoi la situation d'une entreprise ayant choisi une autre période de référence que l'année 2020 serait comparable à la sienne, étant rappelé que l'art. 5 al. 1bis ordonnance Covid-19 a précisément pour objectif de permettre aux entreprises subissant des cycles saisonniers de choisir la période de douze mois dans la période s'étendant de janvier 2020 à juin 2021.

Le grief sera écarté.

2.9.4 La recourante se plaint d'une violation du principe de la bonne foi et de son droit d'être entendue. Or, elle a rempli la première demande de manière inéquivoque, et ne démontre pas que cocher une réponse aurait en l'espèce pu l'induire en erreur. Pour la seconde, elle a été interpellée par l'autorité et a pu préciser ses intentions. Elle ne démontre pas en quoi elle n'aurait pu s'exprimer ou faire valoir son point de vue, ni en quoi l'administration lui aurait fait des promesses ou laissé croire à des avantages. Pour le surplus, l'intimé n'avait pas, face à des demandes claires, respectivement clarifiées, à lui fournir de plus amples indications, étant rappelé que la règlementation pertinente lui était accessible, de même d'ailleurs que le commentaire du 31 mars 2021, lorsqu'elle a formé sa première demande.

2.9.5 La recourante était liée par le choix qu'elle a exprimé dans sa première demande du 19 mai 2021 et ne saurait rien tirer du fait qu'elle aurait formulé celle-ci « de bonne foi », soit en ne cherchant pas à optimiser l'aide financière à laquelle elle avait droit, étant rappelé que l'art. 5 al. 1bis ordonnance Covid-19 avait précisément pour objet de permettre aux administrés d'optimiser leur demande selon les fluctuations saisonnières de leur chiffre d'affaires.

Le grief sera écarté.

La recourante se plaint enfin de la violation du principe de proportionnalité. Elle perd de vue qu'elle n'a droit qu'aux aides relatives aux périodes qu'elle a choisies. L'intimé a appliqué la loi de manière prévisible et sans formalisme excessif, lui a octroyé les aides auxquelles son choix lui donnait droit, ne la privant d'aucun droit, de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner le caractère éventuellement disproportionné d'une restriction.

Pour le surplus, la référence à l'écart de 0.6% ne lui est d'aucun secours s'agissant de l'application stricte de la loi ayant notamment en vue l'égalité de traitement des administrés.

La décision attaquée apparaît ainsi en tous points conforme à la loi et ne consacre ni excès ni abus du pouvoir d'appréciation de l'intimé.

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

3. 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 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 3 juin 2022 par A_____ SA contre le la décision du département de l'économie et de l'emploi du 2 mai 2022 ;

au fond :

le rejette ;

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

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 Jacques BONVIN, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me Gabriel AUBERT, avocat du département de l'économie et de l'emploi.

Siégeant : Florence KRAUSKOPF, présidente, Jean-Marc VERNIORY, Claudio MASCOTTO, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	la présidente siégeant :
C. MARINHEIRO	F. KRAUSKOPF

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :