RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3315/2022-EXPLOI **ATA/1036/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 septembre 2023

2ème section

dans la cause

A_____ SA **recourante**
représentée par Me Stéphane GRODECKI, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE ET DE L'EMPLOI **intimé**
représenté par Me Stephan FRATINI, avocat

EN FAIT

A. **a.** A_____ SA, précédemment B_____SA (ci-après : la société), société ayant son siège à Genève, a pour but de gérer et d'exploiter des établissements de jour et de nuit tels que des cafés, restaurants, night-clubs, bars, dancings, cabarets ou d'autres établissements ou installations visant à offrir à la clientèle des boissons, des mets et des spectacles. Cette société a été inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève le _____ janvier 2012, initialement sous le numéro d'identification d'entreprise (ci-après : IDE) CH-1_____, remplacé par le numéro CHE-2_____ le _____ décembre 2013.

b. Le _____ juin 2020, C_____a été inscrite comme administratrice unique avec signature individuelle, les précédents administrateur président et administrateur ayant été radiés à la même date.

c. Le 21 juillet 2020, le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir a délivré à D_____ une autorisation d'exploiter un établissement de catégorie dancing à l'enseigne E_____, propriété de la société.

d. Le _____ octobre 2020, les statuts de la société ont été modifiés, ce qui a été inscrit au registre du commerce le _____ octobre 2020, date à laquelle a également été inscrite son actuelle raison sociale.

e. Le 14 novembre 2021, F_____ SA et C_____ont conclu une convention de cession d'actions par laquelle la première a vendu la totalité de ses actions à la seconde.

La propriété des actions vendues était transférée à la cessionnaire au jour de la signature de la convention (art. 3.1). La cession des risques et des profits concernant les actions avait lieu à titre rétroactif au 1er janvier 2020 (art. 3.2).

B. **a.** Le 16 février 2021, la société a formé auprès du département de l'économie et de l'emploi (ci-après : DEE) une demande pour cas de rigueur dans le cadre de la crise sanitaire liée à la Covid-19, demande qui a fait l'objet d'un refus par décision du 5 mars 2021.

b. La chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) a confirmé sur recours ce refus (ATA/1055/2021 du 12 octobre 2021). La société avait été créée en 2012 et n'avait pas réalisé un chiffre d'affaires moyen d'au moins CHF 50'000.- en 2018 et 2019. Même à retenir un début d'activité en juillet 2020, elle n'avait pas réalisé de chiffre d'affaires jusqu'alors, et notamment pas jusqu'au 1er mars 2020. La réglementation entrée en vigueur le 1er avril 2020 n'était pas applicable à sa demande, même si elle pourrait être applicable à une demande formée après le 1er avril et jusqu'au 31 octobre 2021.

C. **a.** Le 28 octobre 2021, la société a formulé une nouvelle demande pour cas de rigueur auprès du DEE dans le cadre de la crise sanitaire liée au Covid-19. La personne responsable était C_____. La date d'inscription au registre du commerce ou, à défaut, de création de l'entreprise correspondait au _____ janvier 2012. Elle souhaitait faire état d'une date de début d'activités commerciales de l'entreprise en lieu et place de la date de création. Le siège de la société était ouvert et actif dans le canton de Genève le _____ octobre 2020. Ses activités commerciales avant la survenue de la crise sanitaire correspondaient à l'exploitation d'un restaurant et d'un dancing depuis juillet 2020. Le montant de son chiffre d'affaires en 2018 et en 2019 était nul. Son chiffre d'affaire s'élevait à CHF 711'515.- en 2020.

À l'appui de sa demande, elle a notamment produit ses comptes 2018, 2019 et 2020.

b. Par décision du 3 mai 2022, la direction générale du développement économique, de la recherche et de l'innovation (ci-après : DG-DERI), rattachée au DEE, a refusé d'accorder l'aide financière extraordinaire sollicitée.

La société était inscrite au registre du commerce depuis le _____ janvier 2012 sous l'IDE CHE-2_____. Or, cet IDE, en lien avec la raison sociale B_____SA, avait commencé son activité avant le __mars 2020. L'autorisation d'exploiter délivrée le 21 juillet 2020 attestait le changement d'exploitant et non le début d'activité commerciale de l'enseigne A_____/E_____. Les chiffres d'affaires en 2018, 2019 et 2020 s'élevaient à CHF 3'681.-, CHF 9'642.- et CHF 701'499.-, de sorte que le chiffre d'affaires moyen des exercices 2018 et 2019 n'était pas d'au moins CHF 50'000.-.

D. **a.** Le 2 juin 2022, la société a élevé réclamation contre cette décision, concluant à son annulation et à ce qu'il soit fait droit à sa demande pour cas de rigueur.

Les actuels propriétaires de la société, qui avait lancé l'exploitation en juillet 2020, avaient racheté un manteau d'actions. Auparavant, la société était dormante, comme le démontrait le chiffre d'affaires nul en 2018 et 2019. La date d'inscription au registre du commerce en 2012 ne pouvait être retenue pour l'examen du cas de rigueur. L'opération faite en 2020 correspondait à la création d'une nouvelle société, comme l'avait retenu à juste titre l'administration fiscale cantonale (ci-après : AFC-GE), ce qui liait l'administration en vertu du principe de la bonne foi.

b. Par décision du 6 septembre 2022, le DEE a rejeté la réclamation.

La notion de création d'entreprise en matière de cas de rigueur renvoyait à la notion de droit civil. Seule la date d'inscription au registre du commerce était déterminante pour établir la date de création de l'entreprise au sens des

dispositions d'aide aux entreprises. Même à admettre l'application de la jurisprudence fiscale citée à l'appui de la réclamation à la notion civile, la condition de création de l'entreprise avant le 1er octobre 2020 ne serait pas réalisée, puisque la cession avait eu lieu au jour de signature de la convention, soit le 11 novembre 2020.

E. **a.** Par acte du 7 octobre 2022, la société a recouru auprès de la chambre administrative contre cette décision, concluant à son audition, à l'annulation de la décision attaquée et au versement d'une aide financière pour l'année 2021.

L'entreprise avait été économiquement créée en juillet 2020 et il était faux de retenir 2012 comme date de création. Il était également faux de retenir le _____ novembre 2020 comme date de création, la convention prévoyant elle-même que la date de cession remontait au _____ janvier 2020. Le texte légal ne mentionnait pas le critère du RC pour déterminer si une entreprise avait été créée en 2020 afin de prendre en compte le chiffre d'affaire moyen entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur douze mois. La lettre de l'ordonnance applicable n'imposait ainsi pas la prise en compte de ce critère pour une entreprise créée en 2020 comme elle. Cette interprétation s'imposait également en application du principe de la bonne foi, vu la position de l'AFC-GE. Elle était éligible à une prestation financière, car elle avait été inscrite au RC avant le 1er octobre 2020 et, créée entre le 1er mars et le 30 septembre 2020, son chiffre d'affaires déterminant pour le calcul de son aide se montant à CHF 765'983.-.

À l'appui de son recours, elle a notamment produit une attestation du 23 septembre 2022 dans laquelle C_____attestait avoir effectivement repris la société le _____ juin 2020, reprise qui n'avait été formalisée que plus tard, par convention du _____ novembre 2021, ainsi qu'une attestation du _____ septembre 2022 de F_____ SA confirmant que la remise d'activité à C_____ avait été effectuée le _____ juin 2020 et que les actions de la société avaient été transférées par la suite.

b. Par réponse du 24 novembre 2022, le DEE a conclu au rejet du recours.

Pour les entreprises inscrites au RC, la date de création correspondait à la date d'inscription audit registre, soit en l'occurrence 2012. La société avait commencé ses activités commerciales en 2012 et son but demeurait inchangé depuis 2012. Au demeurant, l'établissement à l'enseigne E_____ n'avait pas été créé en 2020 puisqu'il était déjà exploité par des tiers depuis 2018. La société ne pouvait remettre en cause cette interprétation en se référant à la réalité économique, d'autant plus qu'elle avait entre-temps fait marche arrière vis-à-vis de l'AFC-GE. Le DEE et l'AFC-GE étaient des autorités différentes chargées d'appliquer des lois différentes.

À l'appui de sa réponse, le DEE a notamment versé à la procédure un article publié sur le site G_____ en novembre 2018 consacré à E_____, nouvelle adresse à Genève.

c. Le 12 janvier 2023, la société a persisté dans ses conclusions et sollicité une audience publique de plaidoiries.

d. Sur ce, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

1. Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 19 al. 2 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 - LAFE-2021 ; art. 27 al. 5 du règlement d'application de la LAFE-2021 - RAFE-2021 ; 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. La recourante sollicite son audition et une audience de plaidoiries publique.

2.1 Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes, de prendre connaissance du dossier, 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 142 III 48 consid. 4.1.1 ; 140 I 285 consid. 6.3.1). Le droit de faire administrer des preuves n'empêche cependant pas le juge de renoncer à l'administration de certaines preuves offertes et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, en particulier s'il acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 145 I 167 consid. 4.1. ; 140 I 285 consid. 6.3.1). Le droit d'être entendu n'implique pas une audition personnelle de l'intéressé, celui-ci devant simplement disposer d'une occasion de se déterminer sur les éléments propres à influer sur l'issue de la cause (art. 41 LPA ; ATF 140 I 68 consid. 9.6 ; arrêts du Tribunal fédéral 1C_83/2019 du 29 janvier 2020 consid. 3.2 ; 2C_236/2019 du 4 juillet 2019 consid. 5.2 ; ATA/484/2020 du 19 mai 2020 consid. 2a et les arrêts cités).

2.2 L'art. 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) donne à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et

dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Il peut être renoncé à une audience publique dans les cas prévus par l'art. 6 § 1 2e phr. CEDH, lorsque la demande est abusive, chicanière, ou dilatoire, lorsqu'il apparaît clairement que le recours est infondé, irrecevable ou, au contraire, manifestement bien-fondé ou encore lorsque l'objet du litige porte sur des questions hautement techniques (ATF 141 I 97 consid. 5.1 ; 136 I 279 consid. 1 ; 134 I 331 consid. 2.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 8D_5/2019 du 4 juin 2020 consid. 3.2.2).

La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : CourEDH) a également rappelé que l'art. 6 CEDH, en dehors des limitations expressément prévues par cette disposition, n'exige pas nécessairement la tenue d'une audience dans toutes les procédures. Cela est notamment le cas pour les affaires ne soulevant pas de question de crédibilité ou ne suscitant pas de controverse sur les faits qui auraient requis une audience, et pour lesquelles les tribunaux peuvent se prononcer de manière équitable et raisonnable sur la base des conclusions présentées par les parties et d'autres pièces. Partant, on ne saurait conclure, même dans l'hypothèse d'une juridiction investie de la plénitude de juridiction, que la disposition conventionnelle implique toujours le droit à une audience publique, indépendamment de la nature des questions à trancher. D'autres considérations, dont le droit à un jugement dans un délai raisonnable et la nécessité en découlant d'un traitement rapide des affaires inscrites au rôle, entrent en ligne de compte pour déterminer si des débats publics sont nécessaires. La CourEDH a ainsi déjà considéré que des procédures consacrées exclusivement à des points de droit ou hautement techniques pouvaient remplir les conditions de l'art. 6 CEDH même en l'absence de débats publics (ACEDH Mutu et Pechstein c. Suisse du 2 octobre 2018, req. no 40575/10, § 177 ; arrêt du Tribunal fédéral 8D_5/2019 précité consid. 3.2.2).

2.3 En l'espèce, la recourante, qui ne dispose pas de droit à être entendue oralement, a pu exposer son point de vue par écrit tant devant l'autorité intimée, dans le cadre de la procédure de réclamation, que devant la chambre administrative, ceci dans son acte de recours puis à nouveau après avoir pris connaissance de la réponse de l'autorité intimée. Elle a par ailleurs pu produire les pièces à l'appui de sa position. Par ailleurs, le litige ne soulève pas de question de crédibilité ni ne suscite de controverse sur les faits qui rendraient nécessaire une audience, portant au contraire principalement sur des questions de droit, sur lesquelles la chambre de céans est à même de se prononcer sur la base des écritures des parties et des pièces produites.

Dans ces circonstances, il ne sera pas donné suite aux demandes de comparution personnelle et d'audience publique de plaidoiries de la recourante.

3. Le litige porte sur la conformité au droit de la décision de l'autorité intimée du 6 septembre 2022 confirmant sur réclamation le refus d'octroi d'une aide financière extraordinaire à la recourante dans le contexte de la pandémie de Covid-19.

4. **4.1** 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), entrée en vigueur le 26 septembre 2020.

Son art. 12, consacré aux « Mesures pour les cas de rigueur destinées aux entreprises », a été modifié lors des sessions de l'Assemblée fédérale des 18 décembre 2020 et 19 mars 2021. Le 17 décembre 2021, sa durée de validité a été prolongée au 31 décembre 2022.

En vertu de cette disposition (dans sa teneur en vigueur du 20 mars 2021 au 31 décembre 2022), à la demande d'un ou de plusieurs cantons, la Confédération peut soutenir les mesures de ces cantons pour les cas de rigueur destinées aux entreprises individuelles, aux sociétés de personnes ou aux personnes morales ayant leur siège en Suisse (entreprises) qui ont été créées ou ont commencé leur activité commerciale avant le 1er octobre 2020, avaient leur siège dans le canton le 1er octobre 2020, sont particulièrement touchées par les conséquences de l'épidémie de Covid-19 en raison de la nature même de leur activité économique et constituent un cas de rigueur, en particulier les entreprises actives dans la chaîne de création de valeur du secteur événementiel, les forains, les prestataires du secteur des voyages, de la restauration et de l'hôtellerie ainsi que les entreprises touristiques (al. 1). Il y a cas de rigueur au sens de l'al. 1 si le chiffre d'affaires annuel de l'entreprise est inférieur à 60% de la moyenne pluriannuelle. La situation patrimoniale et la dotation en capital globales doivent être prises en considération, ainsi que la part des coûts fixes non couverts (al. 1bis). La Confédération verse aux cantons une participation financière à hauteur de 70% des mesures pour les cas de rigueur visées à l'al. 1 qu'ils destinent aux entreprises réalisant un chiffre d'affaires annuel de 5 millions de francs au plus (al. 1quater let. a). Le soutien de la Confédération n'est accordé que si les entreprises étaient rentables ou viables avant l'apparition du Covid-19 et à condition qu'elles n'aient pas droit à d'autres aides financières de la Confédération au titre de la Covid-19. Ces dernières n'incluent pas les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail, les allocations pour perte de gain et les crédits visés par l'ordonnance du 25 mars 2020 sur l'octroi de crédits et de cautionnements solidaires à la suite du coronavirus (ordonnance sur les cautionnements solidaires liés au Covid-19 - OCaS-COVID-19 - RS 951.261) et par la loi fédérale sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus (loi sur les cautionnements solidaires liés au Covid-19 - LCaS-COVID-19 ; al. 2bis). Le Conseil fédéral règle les détails dans une ordonnance ; il prend en considération les entreprises qui ont

réalisé en moyenne un chiffre d'affaires de CHF 50'000.- au moins au cours des années 2018 et 2019 (al. 4).

4.2 Selon l'ordonnance concernant les mesures pour les cas de rigueur destinées aux entreprises en lien avec l'épidémie de Covid-19 du 25 novembre 2020 (ordonnance Covid-19 - RS 951.262), dans sa teneur depuis le 1er avril 2021, en vertu de l'art. 12 de la loi Covid-19 et dans la limite du crédit d'engagement approuvé par l'Assemblée fédérale, la Confédération participe aux coûts et aux pertes que les mesures pour les cas de rigueur destinées aux entreprises occasionnent à un canton à certaines conditions, dont celle que les entreprises bénéficiant du soutien du canton répondent aux exigences visées à la section 2 (art. 1 al. 1 let. a ordonnance Covid-19).

La section 2 ordonnance Covid-19 traite des exigences relatives aux entreprises et comprend notamment les art. 2 et 3. Selon l'art. 2, 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 (al. 1). Elle a un numéro d'IDE (al. 2). L'entreprise a fourni au canton les justificatifs suivants : elle s'est inscrite au registre du commerce avant le 1er octobre 2020, ou, à défaut d'inscription au registre du commerce, a été créée avant le 1er octobre 2020 (let. a), elle a réalisé pour les exercices 2018 et 2019 un chiffre d'affaires moyen d'au moins CHF 50'000.- (let. b), elle paie la plus grande partie de ses charges salariales en Suisse (let. c ; art. 3 al. 1 ordonnance Covid-19). Par chiffre d'affaires annuel moyen au sens de l'al. 1 let. b, on entend : pour une entreprise qui a été créée entre le 31 décembre 2017 et le 29 février 2020, le chiffre d'affaires moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 29 février 2020, calculé sur douze mois (ch. 1), ou le chiffre d'affaires moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur douze mois (ch. 2 ; let. a), pour une entreprise qui a été créée entre le 1er mars 2020 et le 30 septembre 2020, le chiffre d'affaires moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur douze mois (let. b ; art. 3 al. 2 ordonnance Covid-19). Le chiffre d'affaires au sens de l'ordonnance Covid-19 se réfère au compte individuel de l'entreprise requérante (al. 3).

Avant le 1er avril 2021, l'art. 3 ordonnance Covid-19 avait la teneur suivante : l'entreprise a fourni au canton les preuves suivantes : elle s'est inscrite au registre du commerce avant le 1er mars 2020, ou, à défaut d'inscription au registre du commerce, a été créée avant le 1er mars 2020 (let. a) ; elle a réalisé pour les exercices 2018 et 2019 un chiffre d'affaires moyen d'au moins CHF 50'000.- (let. b) ; elle paie la plus grande partie de ses charges salariales en Suisse (let. c ; al. 1) ; si l'entreprise 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 chiffre d'affaires moyen

visé à l'al. 1 let. b est celui qui a été réalisé entre le 1er janvier 2018 et le 29 février 2020, calculé sur douze mois (al. 2).

L'entreprise a prouvé au canton 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 (art. 5 al. 1 ordonnance Covid-19). 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 (art. 5 al. 2 ordonnance Covid-19).

4.3 Le 30 avril 2021, le Grand Conseil a adopté la LAFE-2021, qui a abrogé l'ancienne 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 du 29 janvier 2021 (ci-après : aLAFE-2021).

Selon son art. 1, la LAFE-2021 a pour but de limiter les conséquences économiques de la lutte contre l'épidémie de Covid-19 pour les entreprises sises dans le canton de Genève (al. 1), d'en atténuer les pertes subies par les entreprises dont les activités ont été interdites ou réduites en raison de la nature même de leurs activités, entre le 1er janvier et le 31 décembre 2021 (al. 2) et de soutenir par des aides cantonales certaines entreprises qui ne remplissent 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 (al. 3).

Conformément à l'art. 3 LAFE-2021, l'aide financière extraordinaire consiste en une participation à fonds perdu de l'État de Genève destinée à couvrir les coûts fixes non couverts de l'entreprise, en application des dispositions de l'ordonnance Covid-19 (al. 1). Les coûts fixes considérés et les modalités de leur prise en compte dans le calcul du montant de la participation accordée par l'Etat sont précisés par voie réglementaire (al. 2). L'activité réelle de l'entreprise est prise en compte dans la détermination de l'indemnité (al. 3).

À teneur de l'art. 4 al. 1 LAFE-2021, 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 dispositions de l'ordonnance Covid-19 (let. a), ou dont le chiffre d'affaires a subi une baisse substantielle selon les dispositions de l'ordonnance Covid-19 (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 (indemnisation cantonale ; let. c).

En vertu de l'art. 8 al. 1 LAFE-2021, l'indemnité n'est accordée que si le chiffre d'affaires annuel de l'entreprise est inférieur à 60% de son chiffre d'affaires moyen des exercices 2018 et 2019.

Selon l'art. 9 LAFE-2021, relatif à l'indemnisation cantonale, l'État de Genève peut octroyer sans participation financière de la Confédération des aides en faveur des entreprises dont la baisse de chiffre d'affaires enregistrée se situe entre 25% et 40% du chiffre d'affaires moyen des exercices 2018 et 2019 (let. a) ou créées depuis mars 2020 ou 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 (let. b ; al. 1). 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 (al. 2). Les critères permettant de déterminer le début de l'activité commerciale sont déterminés par voie réglementaire (al. 3).

4.4 Le 5 mai 2021, le Conseil d'État a adopté le RAFE-2021.

Selon l'art. 3 RAFE-2021, sont bénéficiaires de l'aide les entreprises qui répondent aux exigences de l'ordonnance Covid-19, définies dans ses sections 1 et 2 (al. 1). Les entreprises qui ne satisfont pas aux exigences relatives au recul du chiffre d'affaires définies à l'art. 5 ordonnance Covid-19, tout en répondant aux autres conditions de ses sections 1 et 2, peuvent bénéficier de l'indemnisation cantonale conformément à l'art. 9 al. 1 let. a LAFE-2021 si la baisse de leur chiffre d'affaires se situe entre 25% et 40% (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 LAFE-2021 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 (al. 3).

L'art. 11 RAFE-2021 précise que peuvent prétendre à une aide financière, les entreprises qui démontrent que leur chiffre d'affaires, généré sur une période de douze mois comprise entre le 1er janvier 2020 et le 30 juin 2021, est inférieur à 60% du chiffre d'affaires moyen déterminé selon les modalités prévues par l'art. 3 ordonnance Covid-19.

Selon l'art. 14 RAFE-2021, 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).

Peuvent prétendre aux aides financières prévues aux sections 1 et 2 du présent chapitre et à la sous-section 1 de la présente section les entreprises 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, et qui remplissent les conditions prévues à l'art. 3 al. 3 (art. 17 RAFE-2021).

4.5 Le 18 juin 2021, l'Administration fédérale des finances (ci-après ; AFF) a publié des commentaires de l'ordonnance covid-19 (ci-après : commentaires ; disponibles sur https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/67163.pdf, consulté le 5 septembre 2023).

L'art. 3 al. 1 de l'ordonnance Covid-19 fixe les conditions relatives à la date de création et au chiffre d'affaires qu'une entreprise doit respecter afin que la Confédération participe aux coûts des mesures cantonales pour les cas de rigueur : seules seront soutenues les entreprises qui existaient déjà avant la deuxième vague de l'épidémie de Covid-19 en octobre 2020 (let. a ; AFF, commentaires, § 1 ad art. 3). Si la forme juridique d'une entreprise a changé après le 1er octobre 2020, une participation fédérale aux contributions cantonales pour les cas de rigueur est néanmoins possible. Dans ce cas, le principe de la prééminence de la substance sur la forme s'applique. À titre d'exemple, on peut supposer qu'une entreprise individuelle non inscrite au registre du commerce s'est transformée en société à responsabilité limitée lors de l'hiver 2020. L'inscription au registre du commerce est donc postérieure au 1er octobre 2020, mais dans les faits la société existait déjà depuis un certain temps. Dans ce cas, la date de création de l'entreprise individuelle peut servir de base. Le changement de nature juridique ne doit être pris en compte que s'il existe une intention d'abus (par exemple si une société récemment créée est transférée à une société anonyme existant depuis longtemps ; AFF, commentaires, § 2 ad art. 3). Le principe de la prééminence de la substance sur la forme est lié à l'entreprise. Un changement d'affermataire dans un restaurant ou un changement de locataire dans une boutique ne remplissent donc pas les conditions au sens de ce principe ; dans le cas contraire, l'État risquerait de verser les contributions à double pour une seule et même exploitation (AFF, commentaires, § 4 ad art. 3). Le chiffre d'affaires minimum étant de CHF 50'000.-, les propriétaires de très petites entreprises qui ne pouvaient subvenir que partiellement à leurs besoins grâce aux bénéfices de celles-ci avant la pandémie sont exclus des aides destinées aux cas de rigueur (let. b). C'est le chiffre d'affaires moyen de 2018 et 2019 qui sert de référence, c'est-à-dire les chiffres d'affaires réalisés avant le début de l'épidémie de Covid-19 (AFF, commentaires, § 5 ad art. 3).

L'al. 2 règle la façon dont il faut calculer le chiffre d'affaires des entreprises qui ont été fondées après le 31 décembre 2017 et dont le chiffre d'affaires ne comprend ainsi pas deux années entières avant le début de l'épidémie. Pour une entreprise qui a été créée entre le 31 décembre 2017 et le 29 février 2020 (c'est-à-dire avant la mise en œuvre en Suisse de mesures de restriction de l'activité économique en vue de protéger la santé), le chiffre d'affaires 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 chiffre d'affaires moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur douze mois. Le chiffre d'affaires pris en considération est celui qui permet à l'entreprise de recevoir l'aide la plus importante (let. a). Cette règle garantit que les entreprises qui ont été créées en 2018 ou 2019, mais qui n'ont réalisé des chiffres d'affaires 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 chiffres d'affaires en été 2020. Pour une entreprise qui a été créée entre le 1er mars 2020 et le 30 septembre 2020, le chiffre d'affaires moyen qui sert de référence est celui qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur douze mois (let. b ; AFF, commentaires, § 7 ad art. 3).

4.6 La chambre administrative a déjà eu l'occasion de constater qu'il ressortait des travaux préparatoires de la loi Covid-19 que lorsque le débat avait porté sur la période de référence, une réduction de cette durée ou une extrapolation du chiffre d'affaires n'avaient été évoqués que pour les entreprises créées durant celle-ci. Elle a notamment relevé le texte de l'ordonnance Covid-19 était clair et que les exceptions à la prise en compte du chiffre d'affaires de référence moyen des années 2018-2019 étaient 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 chiffre d'affaires 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 chiffre d'affaires moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur douze mois. Le chiffre d'affaires pris en considération est celui qui permet à l'entreprise de recevoir l'aide la plus importante (art. 3 al. 2 let. a ordonnance Covid-19). Cette règle garantit que les entreprises créées en 2018 ou 2019, mais qui n'ont réalisé des chiffres d'affaires 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 chiffres d'affaires en été 2020. L'extrapolation du chiffre d'affaires durant la période de référence 2018-2019 ne se justifie que si l'entreprise a été créée durant cette période (ATA/543/2023 du 23 mai 2023 consid. 3.5.1 et les références citées).

4.7 La chambre administrative a confirmé à maintes reprises que la « création d'entreprise » correspond à la date de son inscription au registre du commerce (ATA/543/2023 précité consid. 3.5.1 ; ATA/1270/2022 du 16 décembre 2022

consid. 2i et 3 ; ATA/861/2022 du 26 août 2022 consid. 3h, 3i et 4 ; ATA/813/2022 du 17 août 2022 consid. 6 et 7 ; ATA/798/2022 du 9 août 2022 consid. 4 et 5 ; ATA/501/2022 du 11 mai 2022 consid. 8b ; ATA/79/2022 du 25 janvier 2022 consid. 4).

Ainsi la chambre administrative a-t-elle retenu comme date de création l'inscription au RC d'une société en 2015. Le transfert d'activité et la fusion par absorption survenus en 2018 résultaient d'un choix entrepreneurial et ressortissaient à la vie économique ordinaire des entreprises. Le changement de raison sociale et de but pour déployer ses activités dans un autre domaine n'avaient aucune incidence sur la date de réation (ATA/543/2023 précité consid. 4, contre lequel un recours auprès du Tribunal fédéral est pendant).

En relation avec une société inscrite au registre du commerce en 1991, la chambre administrative a souligné que le fait que le siège social ou le lieu d'exploitation ait changé au cours de la vie de la société était sans influence sur la date de création de la société, d'autant plus que le but de cette dernière n'avait pas été changé, même si l'activité s'était élargie. Par conséquent, seul devait être pris en compte le chiffre d'affaires moyen effectivement réalisé en 2018 et 2019 (ATA/1270/2022 précité consid. 3).

Dans le cas d’une société inscrite depuis 1996 et dont les statuts, la raison sociale et le but avaient été modifiés au printemps 2019, la chambre administrative a retenu qu’il convenait de tenir compte de la date d'inscription au RC et non de la date de la modification de son activité, même si celle-ci avait drastiquement changé (passage de l'exploitation d'un garage automobile à celle d'un restaurant). Le cas d'espèce ne constituait pas une exception à la règle stricte de la prise en compte du chiffre d’affaires moyen pour les années 2018 et 2019, compte tenu de la date de création de l'entreprise antérieure au 31 décembre 2017 (ATA/1106/2022 du 2 novembre 2022 consid. 7). Cet arrêt a été confirmé par le Tribunal fédéral, qui a retenu que la chambre administrative pouvait considérer que seule la recourante était une entreprise au sens de l'art. 2 ordonnance Covid-19, et non l'établissement qu'elle exploitait, et qu'elle avait été constituée au moment de son inscription au registre du commerce en 1996, même si son activité avait ensuite été modifiée. Aucune disposition cantonale permettrait de s'affranchir du critère de la « création de l'entreprise » au sens précité pour déterminer la méthode de calcul du chiffre d'affaires moyen déterminant et de retenir d'autres critères en fonction des particularités du cas d'espèce (arrêt du Tribunal fédéral 2C_996/2022 du 23 mai 2023 consid. 3.7).

De même, seule était déterminante la date d'inscription en 2009 d'une société, indépendamment du changement de certains membres de son conseil d'administration et de l'actionnariat ainsi que de la modification de la raison sociale, de sorte que le chiffre d'affaires moyen de 2018 et 2019 devait être pris en considération (ATA/861/2022 précité consid. 4).

Il n'y avait pas non plus lieu d'extrapoler le chiffre d'affaires à la reprise de l'activité dans le cas d'une interruption d'exploitation due à des travaux (ATA/154/2022 du 10 février 2022 consid. 3b ; ATA/86/2022 du 1er février 2022 consid. 4a).

4.8 En l'espèce, la recourante a été inscrite au registre du commerce le _____ janvier 2012, sous le numéro d'IDE CH-1_____, remplacé par le numéro CHE-2_____ le _____ décembre 2013.

Conformément aux dispositions légales et à la jurisprudence susmentionnée, c'est donc à ce moment-là qu'elle a été créée. La recourante n'est donc pas une société fondée en 2020 comme elle l'affirme.

Le fait qu'il y ait eu des changements au sein de son conseil d'administration en juin 2020, qu'une autorisation d'exploiter ait été délivrée pour son établissement E_____ en juillet 2020 – étant relevé que selon l'article produit par l'autorité intimée, l'établissement existait déjà en 2018 –, que ses statuts et sa raison sociale aient été modifiés en octobre 2020 – étant précisé que son but n'a, lui, pas été modifié – et que les actions aient été cédées par convention du _____ novembre 2021, soit que l'actionnariat ait changé, n'ont aucune influence sur la date de la création de la recourante. Ces éléments ne permettent pas, conformément à la jurisprudence susmentionnée, de s'écarter de la règle stricte concernant la prise en compte du chiffre d'affaires moyen pour les années 2018 et 2019, puisque la date de création est antérieure au 31 décembre 2017. D'ailleurs, si tel avait été le souhait de l'administratrice et actionnaire de la recourante, rien ne l'empêchait de créer une nouvelle société en 2020. La reprise du manteau d'actions plutôt que la fondation d'une nouvelle société résulte en effet d'un choix entrepreneurial.

La recourante ne remplit donc pas les conditions de l'exception prévue à l'art. 3 al. 2 ordonnance Covid-19 auquel renvoie le RAFE-2021, qui permet de calculer dans certains cas précis, pour des entreprises créées postérieurement au 31 décembre 2017, le chiffre d'affaires moyen en comparaison sur une période d'activité réduite.

Par conséquent, l'autorité intimée était fondée à retenir que la recourante avait été fondée avant le 31 décembre 2017 et n'avait pas réalisé un chiffre d'affaires moyen d'au moins CHF 50'0000.- en 2018 et 2019, de sorte qu'elle ne pouvait obtenir l'octroi d'une aide pour cas de rigueur. Le grief de violation de l'art. 3 ordonnance Covid-19 sera écarté.

5. La recourante se prévaut du principe de la bonne foi.

5.1 Ancré à l'art. 9 Cst. et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, le principe de la bonne foi exige que l'administration et les administrés se comportent réciproquement de manière loyale (arrêt du Tribunal fédéral 2C_596/2022 du

8 novembre 2022 consid. 8.1 ; ATA/175/2023 du 28 février 2023 consid. 4b ; Jacques DUBEY, Droits fondamentaux, vol. 2, 2018, p. 642 n. 3454). En particulier, l'administration doit s'abstenir de tout comportement propre à tromper l'administré et ne saurait tirer aucun avantage des conséquences d'une incorrection ou insuffisance de sa part (ATF 138 I 49 consid. 8.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_596/2022 du 8 novembre 2022 consid. 8.1 ; ATA/349/2023 du 4 avril 2023 consid. 3.2.3). Par ailleurs, la jurisprudence a tiré du principe de la bonne foi et de l'interdiction du formalisme excessif le devoir qui s'impose à l'administration, dans certaines circonstances, d'informer d'office le justiciable qui commet ou s'apprête à commettre un vice de procédure, à condition que celui-ci soit aisément reconnaissable et qu'il puisse être réparé à temps, le cas échéant dans un bref délai (ATF 125 I 166 consid. 3a ; arrêt du Tribunal fédéral 9C_354/2022 du 26 septembre 2022 consid. 3.1 ; ATA/220/2022 du 1er mars 2022 consid. 5). Enfin, le principe de la bonne foi comprend notamment l'interdiction des comportements contradictoires (ATF 143 IV 117 consid. 3.2 ; 136 I 254 consid. 5.2).

5.2 En l'espèce, la recourante se prévaut d'une jurisprudence en matière fiscale que l'AFC-GE lui aurait appliquée pour affirmer que l'autorité intimée aurait dû retenir, en vertu du principe de la bonne foi, qu'elle avait été créée en 2020.

Toutefois, non seulement les actes de l'AFC-GE ne lient pas l'autorité intimée, mais ces deux autorités sont compétentes dans des domaines différents et sont chargées d'appliquer des lois différentes, qui visent des buts différents et auxquelles une jurisprudence différente est applicable.

La recourante ne peut donc se prévaloir d'une jurisprudence en matière fiscale et du comportement de l'AFC-GE dans le cadre de sa taxation pour remettre en cause, en soulevant une violation du principe de la bonne foi, la date de sa création et le chiffre d'affaires déterminant retenus par l'autorité intimée de manière conforme aux dispositions et à la jurisprudence applicables en matière d'aide pour cas de rigueur.

Le grief de violation du principe de la bonne foi sera par conséquent écarté.

Dans ces circonstances, la décision attaquée est conforme au droit et le recours à son encontre, entièrement mal fondé, sera rejeté.

6. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA) et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 7 octobre 2022 par A_____ SA contre la décision du département de l'économie et de l'emploi du 6 septembre 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 Stéphane GRODECKI, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me Stephan FRATINI, 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 :
S. CROCI TORTI	F. KRAUSKOPF

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :