

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/4182/2023-EXPLOI

ATA/603/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 14 mai 2024

1^{ère} section

dans la cause

A_____ SA

représentée par Me Olivier CAVADINI, avocat

recourante

contre

**DIRECTION GÉNÉRALE DU DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE, DE LA
RECHERCHE ET DE L'INNOVATION**

représentée par Me Stephan FRATINI, avocat

intimée

EN FAIT

A. a. A _____ SA, inscrite au registre du commerce du canton de Genève le _____ 2011, a pour but le commerce, la réparation, l'entretien et la location de motocyclettes et d'accessoires, la tenue d'un bar et d'un lieu de restauration, des services de barbier et de coiffeur, la tenue d'un atelier de tatouages et des services d'hôtellerie

b. Le 18 août 2021, la société a déposé une demande d'aide financière pour cas de rigueur au titre du recul de son chiffre d'affaires (ci-après : CA) 2020 à la suite de la pandémie de Covid-19.

Cette demande était accompagnée d'une « Convention d'octroi de contribution à fonds perdu », signée par la société. Celle-ci prévoyait que les entreprises ayant bénéficié d'une aide pour cas de rigueur et dont le chiffre d'affaires était supérieur à CHF 5'000'000.-, devaient restituer le bénéfice qu'elles avaient réalisé, à concurrence du montant de l'aide perçue (art. 5.4).

c. Par décision du 19 octobre 2021, le département de l'économie et de l'emploi (ci-après : DEE) a rejeté la demande. La société n'était pas éligible à l'aide, la condition que le recul du CA soit d'au moins 40% n'étant pas remplie.

d. Le 23 octobre 2021, la société a formé réclamation contre cette décision. Elle a invoqué un recul plus important que celui retenu par le DEE et a, pour la première fois, évoqué la fermeture de son entreprise entre mars et mi-juin 2020.

Par courriel du 2 mars 2022, elle a informé le DEE qu'elle avait aussi été fermée du 18 janvier au 28 février 2021.

e. Par décision du 5 avril 2022, le DEE a confirmé que la requérante n'était pas éligible à une aide au titre du recul de son CA 2020, lui a alloué une aide de CHF 218'136.- au titre de fermeture de son commerce du 18 janvier au 28 février 2021, la période de mars à mi-juin 2020 n'étant pas couverte par ce dispositif. La décision se fondait sur l'art. 8b al. 5 de 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 ou OMCR-20 ; RS 951.262), en raison de la fermeture de son commerce pendant 42 jours.

Cette décision n'ayant pas été contestée, la société a perçu la somme précitée.

B. a. Par courrier du 15 juillet 2022, le DEE a informé A _____ SA qu'il allait procéder à l'examen de son dossier sous l'angle de la participation conditionnelle aux bénéfices et qu'il pourrait solliciter des informations complémentaires.

b. Constatant l'existence d'un bénéfice pour 2021, le DEE a, par décision du 7 juin 2023, sollicité de la société la restitution de CHF 218'136.-.

Sur la base des résultats fiscaux 2020 et 2021, le DEE recalculait les résultats annuels sans tenir compte des aides pour cas de rigueur, puis la perte de l'exercice 2020 était reportée sur l'exercice 2021. Enfin, le montant de l'aide était additionné au résultat 2021. Si le résultat ainsi obtenu était positif, il était retenu au titre de participation au bénéfice, dont le remboursement était demandé, toutefois au maximum de l'aide totale perçue.

Selon le tableau contenu dans cette décision, A_____ SA avait réalisé une perte de CHF 1'782.- en 2020 et un bénéfice de CHF 94'837.- en 2021. Le résultat 2021 « ajusté », soit après déduction des postes relatifs aux aides « cas de rigueur » s'élevait à CHF 93'055.-. Le résultat 2021 « ajusté » avec le report de la perte 2020 « ajustée », se montait à CHF 91'273.- L'aide perçue en 2022 pour 2021 de CHF 218'136.- était excédentaire.

c. La société a formé réclamation contre cette décision le 6 juillet 2023. La base légale invoquée par le DEE, soit l'art. 12 al. 1^{septies} de la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de Covid-19 du 25 septembre 2020 (loi Covid-19 - RS 818.102), n'existait plus. Le montant réclamé était erroné. Seul le bénéfice réalisé pouvait être réclamé, non le montant de l'aide allouée.

d. Le 10 novembre 2023, le DEE a rejeté la réclamation, persistant dans son argumentation.

C. a. Par acte du 13 décembre 2023, A_____ SA a société a interjeté recours devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée.

Elle a conclu à son annulation. Subsidiairement, la cause devait être renvoyée au DEE pour qu'il arrête le montant à restituer à CHF 91'273.-.

La loi Covid-19 avait été violée, à l'instar des principes de l'égalité de traitement et de l'interdiction de l'arbitraire.

b. Le DEE a conclu au rejet du recours, reprenant la motivation déjà exposée dans ses décisions.

c. La société ayant renoncé à répliquer, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

d. Les arguments des parties seront repris dans la partie en droit du présent arrêt.

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. Dans un premier grief, la recourante reproche à l'autorité intimée de ne pas avoir appliqué correctement la loi Covid-19.

2.1 Le 25 septembre 2020, l'Assemblée fédérale a adopté la loi Covid-19, qui prévoit, à son art. 12, des mesures destinées aux entreprises.

Selon ladite disposition, la Confédération peut, à la demande d'un ou de plusieurs cantons, 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 qui ont été créées ou ont commencé leur activité commerciale avant le 1^{er} octobre 2020, avaient leur siège dans le canton à cette date, 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).

La Confédération verse aux cantons une participation financière à hauteur de 100% des mesures pour les cas de rigueur qu'ils destinent aux entreprises réalisant un CA annuel de plus de CHF 5'000'000.- (al. 1^{quater} let. b), le Conseil fédéral édictant, les concernant, des dispositions particulières (al. 1^{quinquies}).

2.2 L'art. 12 al. 1^{septies} loi Covid-19, applicable jusqu'au 31 décembre 2021, prévoyait que les entreprises ayant un chiffre d'affaires de plus de CHF 5'000'000.- qui, durant l'année où une contribution non remboursable leur était octroyée, réalisaient un bénéfice annuel imposable au sens des art. 58 à 67 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD - RS 642.11), le transféraient au canton compétent, ce toutefois au maximum à concurrence du montant de la contribution perçue. Le canton transférait 95 % des fonds reçus à la Confédération. Le Conseil fédéral réglait les modalités, notamment la prise en compte des pertes de l'année précédente et le mode d'inscription comptable.

Cet alinéa a été en vigueur du 20 mars 2021 au 31 décembre 2022.

Selon le message du Conseil fédéral relatif à une modification de la loi Covid-19 (cas de rigueur, assurance-chômage, accueil extra-familial pour enfants et acteurs culturels), à un arrêté fédéral concernant le financement des mesures pour les cas de rigueur prévues par la loi Covid-19 et à une modification de la loi sur l'assurance-chômage du 17 février 2021 (FF 2021 285), la Confédération assumait les coûts des mesures cantonales en faveur des grandes entreprises réalisant un CA de plus de CHF 5'000'000.-, dans le but de compenser leurs coûts non couverts, la responsabilité de la procédure revenant au canton dans lequel l'entreprise avait son siège le 1^{er} octobre 2020. Comme la Confédération finançait intégralement lesdites contributions, elle pouvait imposer aux cantons des règlements concernant les conditions d'éligibilité et le calcul des aides correspondantes aux fins d'éviter toute inégalité de traitement entre les entreprises (p. 20).

Dans l'esprit du législateur fédéral, le principe de la participation au bénéfice visait à éviter les situations de surindemnisation (Message, FF 2021 285, p. 22).

2.3 Le 25 novembre 2020, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance Covid-19, 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'art. 8^e ordonnance Covid-19, avait le titre « base déterminante pour la participation conditionnelle aux bénéfices pour les entreprises dont le chiffre d'affaires annuel est supérieur à 5 millions de francs ». Il prévoyait que « le bénéfice annuel imposable de 2021 avant compensation des pertes au sens des art. 58 à 67 de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct est déterminant pour calculer la participation conditionnelle aux bénéfices visée à l'art. 12 al. 1^{septies} de la loi Covid-19 du 25 septembre 2020. Seule une perte subie au cours de l'exercice 2020 déterminante sur le plan fiscal peut être déduite du bénéfice annuel imposable ». Cet article a été en vigueur du 1^{er} avril 2021 au 31 décembre 2021.

2.4 D'après la jurisprudence, afin d'assurer l'application uniforme de certaines dispositions légales, l'administration peut expliciter l'interprétation qu'elle leur donne dans des directives. Celles-ci n'ont pas force de loi et ne lient ni les administrés, ni les tribunaux, ni même l'administration. Elles ne dispensent pas cette dernière de se prononcer à la lumière des circonstances du cas d'espèce (ATF 145 II 2 consid. 4.3). Par ailleurs, elles ne peuvent sortir du cadre fixé par la norme supérieure qu'elles sont censées concrétiser. En d'autres termes, à défaut de lacune, elles ne peuvent prévoir autre chose que ce qui découle de la législation ou de la jurisprudence (ATF 148 V 144 consid. 3.1.3).

2.5 Selon les Commentaires de l'ordonnance Covid-19 cas de rigueur, état au 17 décembre 2021 (ci-après : le commentaire), l'art. 8^e prévoit que la participation aux bénéfices porte sur le bénéfice annuel imposable de 2021 avant compensation des pertes. Conformément au droit fiscal, si l'exercice ne correspond pas à l'année civile, le bénéfice annuel déterminant est celui de l'exercice qui se termine durant l'année civile 2021. Si dans ce cas et dans le cas de paiements effectués à compter de 2022, des contributions ne sont allouées et/ou versées qu'après le bouclage de l'exercice déterminant, elles doivent être ajoutées au résultat de l'exercice 2021 aux fins du calcul de la participation aux bénéfices.

3. Dans un premier grief, la recourante reproche au DEE d'avoir tenu compte du bénéfice de l'année 2021 alors que l'aide n'avait été versée qu'en 2022.

3.1 Les entreprises qui, en raison des mesures prises par la Confédération ou les cantons pour endiguer l'épidémie de Covid-19, doivent cesser leur activité pour un total d'au moins 40 jours entre le 1^{er} novembre 2020 et le 30 juin 2021 ne sont pas tenues de remplir les conditions d'octroi visées à l'art. 5 al. 1 et 1^{bis}, si leur chiffre d'affaires annuel moyen réalisé en 2018 et 2019 est supérieur à CHF 5'000'000.- (art. 5b loi Covid-19).

3.2 Conformément aux principes généraux du droit intertemporel, lorsqu'un changement de droit intervient au cours d'une procédure administrative contentieuse ou non contentieuse, la question de savoir si le cas doit être tranché sous l'angle du nouveau ou de l'ancien droit se pose. En l'absence de dispositions transitoires, s'il s'agit de tirer les conséquences juridiques d'un événement passé constituant le fondement de la naissance d'un droit ou d'une obligation, le droit applicable est celui en vigueur au moment dudit événement. Dès lors, en cas de changement de règles de droit, la législation applicable reste en principe celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATA/918/2018 du 11 septembre 2018 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, n. 403 ss).

3.3 En l'espèce, la demande déposée le 18 août 2021 concernait la fermeture pendant 42 jours au début de l'année 2021. Bien que perçue en 2022, l'aide allouée concernait en conséquence des faits qui s'étaient déroulés en 2021. La législation applicable restant en principe celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques, c'est à bon droit que l'autorité intimée a appliqué les dispositions légales en vigueur pour l'année 2021.

Le fait que lesdites dispositions ne soient plus en vigueur au moment de la décision est sans pertinence, d'une part compte tenu des principes généraux précités. D'autre part, le commentaire confirme que même si l'art. 12 de la loi Covid-19 cesse d'être en vigueur à la fin de 2022, l'exécution des dispositions reste régie, après 2022, par le droit qui fonde l'allocation des aides. Ce principe s'applique en particulier à la participation aux bénéficiaires (commentaire, état au 11 mars 2022, ad art. 23).

Les montants énoncés dans la décision ne sont pas contestés. La recourante considère toutefois que le DEE ne peut solliciter que la restitution de son bénéficiaire, non du montant alloué au titre d'aide. Elle ne peut être suivie. La société ayant fait un bénéficiaire « ajusté » de CHF 94'837.- en 2021, elle conserve son bénéficiaire mais est tenue de rembourser l'aide, excédentaire, de CHF 218'136.- sous peine de bénéficiaire d'une surindemnisation.

4. Dans un deuxième grief, la recourante invoque une violation du principe de l'égalité de traitement.

4.1 Une décision ou un arrêté 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'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou lorsqu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et lorsque ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. 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 146 II 56 consid. 9.1 ; 145 I 73 consid. 5.1).

4.2 La recourante soutient qu'elle serait traitée différemment d'une entreprise qui aurait perçu l'aide en 2021. Tel n'est toutefois pas le cas, puisque dans les deux situations, le DEE ajoute au résultat de l'année 2021, l'aide allouée pour celle-ci, indépendamment de l'année au cours de laquelle la décision y relative a été prise. Le résultat serait donc identique si la société avait perçu le montant de CHF 218'136.- en 2021.

Le grief n'est pas fondé.

- 5.** La recourante invoque une violation du principe de l'interdiction de l'arbitraire. Elle avait déployé de nombreux efforts pour réaliser un bénéfice pour l'exercice 2021, alors que d'autres entreprises s'étaient complu dans la réalisation de pertes, le système prévoyant une obligation de remboursement les y encourageant. Ce but, non voulu par le législateur, était arbitraire.

5.1 Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable (ATF 142 V 512 consid. 4.2). De plus, il ne suffit pas que les motifs de la décision attaquée soient insoutenables, encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATF 145 IV 154 consid. 1.1 ; 144 I 170 consid. 7.3).

5.2 En l'espèce, le but consistant à éviter la surindemnisation n'est pas insoutenable et ne heurte pas de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Comme précité, l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable.

- 6.** Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante, qui ne peut se voir allouer d'indemnité de procédure. Il n'y a pas lieu à l'allocation d'une indemnité de procédure en faveur de l'État, celui-ci disposant de son propre service juridique (art. 87 LPA).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE**

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 13 décembre 2023 par A_____ SA contre la décision de la direction générale du développement économique, de la recherche et de l'innovation du 10 novembre 2023 ;

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 Olivier CAVADINI, avocat du recourant, ainsi qu'à Me Stephan FRATINI, avocat de l'intimée.

Siégeant : Francine PAYOT ZEN-RUFFINEN, présidente, Florence KRAUSKOPF, Patrick CHENAUX, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :

C. MARINHEIRO

la présidente siégeant :

F. PAYOT ZEN-RUFFINEN

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

