RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/534/2022-EXPLOI **ATA/666/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 24 juin 2022

1ère section

dans la cause

A_____ SA
représentée par Me Philippe Juvet, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE ET DE L'EMPLOI
représenté par Me David Hofmann, avocat

EN FAIT

1) A_____ SA (ci-après : A_____ SA ou la société) est une société active, selon le registre du commerce genevois (ci-après : le RC), dans « l'organisation de séjours linguistiques et activités s'y rapportant ».

Selon son site internet, elle organise des programmes de séjours linguistiques pour jeunes et adultes, sélectionne des écoles de langues pour des séjours linguistiques pendant les vacances scolaires, offre des programmes d'année scolaire à l'étranger, propose des formules d'immersion universitaire et des cours chez le professeur.

2) Le 14 décembre 2020, A_____ SA a déposé auprès du département du développement économique, devenu le département l'économie et de l'emploi (ci-après : DEE ou le département) une demande d'aide pour cas de rigueur, au moyen d'une déclaration en ligne.

Elle a sélectionné comme activité le secteur « agences de voyages », parmi les catégories « commerce de détail », « agences de voyages et voyagistes », « activités artistiques et de divertissement », « sport et divertissement », « hébergement », « gastronomie », « placement de main-d'œuvre », « transports terrestres », « entreposage et autres services pour le transport », « commerce de véhicules automobiles », « industrie et production industrielle », « bâtiment », « artisanat » et « autres entreprises de services ».

Elle mentionnait les chiffres d'affaires (ci-après : CA) réalisés lors des trois derniers exercices, à savoir en 2018 CHF 6'625'448.-, en 2019 CHF 6'301'217.-, et en 2020 CHF 1'459'507.-, ainsi que les coûts totaux en 2020 de CHF 1'931'653.-.

3) Le 16 décembre 2020, le directeur d'A_____ SA s'est adressé à la conseillère d'État en charge du département. Il estimait que l'interprétation cantonale faite par ledit département des possibilités d'aide excluait de facto les agences de séjours linguistiques.

4) Le 21 décembre 2020, cette dernière lui a répondu qu'elle avait demandé à ses services d'examiner les possibilités « d'intégrer les sociétés actives dans l'organisation de séjours linguistiques dans le dispositif de soutien actuel ».

5) Après plusieurs échanges avec le département, une demande finale a été déposée par A_____ SA le 22 janvier 2021.

6) Cette demande a été refusée le 29 janvier 2021, au motif que la société ne participait pas à un fonds de garantie suisse pour les agences de voyages. Toutefois, comme les critères d'éligibilité avaient été assouplis, diverses

modifications légales devaient encore intervenir au plan cantonal. La société était invitée à compléter le formulaire ad hoc disponible à partir du 3 février 2021.

7) Par courriel du 4 février 2021, A_____ SA a demandé à Monsieur B_____, secrétaire général adjoint chargé des questions économiques du département, de bien vouloir analyser sa demande de révision de la décision de refus du 29 janvier 2021. En effet, comme elle organisait uniquement des séjours linguistiques, elle n'était pas soumise à l'obligation d'être membre d'un fonds de garantie suisse. Ce refus était en contradiction avec la règlementation légale.

8) Par courriel du même jour, M. B_____ lui a indiqué qu'il allait demander « à l'équipe de réévaluer le dossier ».

9) La demande d'aide a ainsi directement été reformulée le 4 février 2021 par le DEE, qui a maintenu le choix « agences de voyages » dans la case « secteur d'activité » du formulaire en ligne.

10) Le 8 février 2021, le département a informé la société que sa demande satisfaisait aux conditions requises pour bénéficier de la mesure d'aide financière extraordinaire destinée aux entreprises particulièrement touchées par la crise économique ou directement par les mesures de lutte contre l'épidémie de Covid-19, lui octroyant, après calcul, un montant de CHF 250'000.- fondé sur la loi n° 12'810 du 4 décembre 2020. Il s'agissait d'une aide destinée à atténuer les pertes subies en raison de la situation sanitaire et de ses conséquences économiques.

En raison des modifications fédérales apportées à l'ordonnance Covid-19 par le Conseil fédéral, un nouveau formulaire devait être complété afin que le département puisse examiner son droit à un complément d'indemnité selon le nouveau droit.

11) À une date qui ne ressort pas du dossier, la société a déposé une nouvelle demande auprès du département au moyen du formulaire en ligne en vue d'obtenir une aide pour cas de rigueur.

12) Le 16 mars 2021, le DEE a accordé une aide financière à A_____ SA de CHF 134'779.- sur la base des documents transmis, fondée sur la loi n° 12'863 du 29 janvier 2021 et son règlement d'application. Ce montant tenait compte d'un chiffre d'affaires de CHF 1'636'847.-, de coûts totaux de CHF 2'021'626.- et de coûts fixes de CHF 601'814.40, ainsi que du montant de l'aide extraordinaire déjà versé de CHF 250'000.- sur la base de l'ancien dispositif cantonal pour « cas de rigueur ».

13) Le 12 avril 2021, A_____ SA a déposé une nouvelle demande d'aide financière auprès du DEE, indiquant, sous « secteur d'activité », « autres entreprises de services ».

14) Le 24 juin 2021, A_____ SA a réactualisé sa demande du 12 avril 2021, sans y apporter de modifications.

15) Par décision du DEE du 26 juillet 2021, fondée sur la loi n° 12'938 du 5 mai 2021, une aide financière extraordinaire de CHF 88'636.- a été accordée à A_____ SA. La demande satisfaisait aux conditions requises pour bénéficier de l'indemnisation précitée.

Le département a retenu comme chiffre d'affaires CHF 6'618'498.- en 2018, CHF 6'398'315.- pour 2019 et CHF 1'212'023.- pour 2020. Selon le règlement d'application de la loi n° 12'938 du 5 mai 2021, l'indemnisation pour les entreprises réalisant un chiffre d'affaires supérieur à CHF 5'000'000.- consistait en une aide financière correspondant au recul de chiffre d'affaires calculé sur une part de coûts fixes forfaitaires déterminée selon le domaine d'activité.

16) Le 28 juillet 2021, A_____ SA a élevé réclamation à l'encontre de la décision précitée, demandant à se voir octroyer une aide équivalente à l'aide apportée aux sociétés de services. La part de coûts fixes forfaitaires correspondant à la catégorie « autres commerces de détail », et non « agences de voyages », devait être utilisée.

Le contexte était difficile, les écoles de langues à Malte ayant été fermées à mi-juillet, alors que ce pays était le seul à être resté ouvert pour des séjours linguistiques en anglais. Son activité n'était pas équivalente à celle d'une agence de voyages. Ce secteur avait été indiqué sur le premier formulaire car à défaut, en février 2021, il n'existait pas d'autres possibilités de recevoir une aide. Tant dans la demande du 12 avril que dans celle du 24 juin 2021, le secteur d'activité « autres entreprises de services » avait été sélectionné. La marge de la société se situait aux alentours de 23 % et non de 8 % comme les agences de voyages. Elle était accréditée par le département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (ci-après : DIP) en qualité d'organisme de formation. Son but statutaire différait clairement de ceux des agences de voyages.

17) Le 18 octobre 2021, A_____ SA a transmis à la conseillère d'État en charge du DEE et au délégué du développement économique un mémorandum visant à présenter les éléments juridiques, économiques et comptables établissant « de façon irréfragable » que son activité ne relevait pas de celle d'une agence de voyages mais uniquement de l'organisation de séjours linguistiques à travers le monde.

Ses statuts ne couvraient pas les activités d'une agence de voyages et elle n'était pas soumise à l'obligation de souscrire une assurance spécifique auprès du Fonds de garantie.

Contrairement aux agences de voyages qui avaient dû fermer durant la pandémie en raison des exigences sanitaires, de l'annulation des vols et de la fermeture des hôtels, elle n'avait pu maintenir ses séjours linguistiques qu'en raison de la fermeture de 87 % des écoles partenaires dans le monde.

Au plan comptable, son taux de marge contributive s'élevait à 21 % pour 2019. La répartition de son chiffre d'affaires reposait à plus de 98 % sur la vente des séjours linguistiques, la vente de billets d'avion ne s'élevant qu'à 0,62 % en 2019 et 0,69 % en 2020. Elle ne réalisait aucune marge sur l'hébergement des étudiants. Elle avait recours à un personnel spécialisé et hautement qualifié pour assurer à ses clients une réponse complète à leurs demandes, ce qui avait un coût. Ses charges de personnel s'élevaient donc à 14 %, alors qu'elles étaient de 7 à 10 % au sein des agences de voyages.

Elle a joint des extraits du registre du commerce concernant des agences de voyages, qui démontraient que leur but statutaire différait de celui des séjours linguistiques.

18) Par décision du 14 janvier 2022, le département a rejeté la réclamation d'A_____ SA et confirmé sa décision du 26 juillet 2021. L'analyse du secteur d'activité de l'entreprise avait été définie sur la base des états financiers 2018 et 2019, lesquels ne souffraient pas de l'influence de l'épidémie de Covid-19 et étaient représentatifs de l'activité économique de la société.

Le département était conscient que le produit final proposé n'était pas identique à celui proposé par une agence de voyages traditionnelle, axée sur le tourisme de loisirs. Cela étant, le modèle économique et la structure de coûts de la société correspondaient à ceux d'une agence de voyages. En effet, au travers des comptes annuels, le modèle d'affaires reposait sur d'importantes quantités d'achats (écoles, avions et hébergement) en vue d'une revente sous forme combinée de type séjour linguistique. De surcroît, les coûts d'achat de marchandises étaient prépondérants dans la structure de coûts.

Les sociétés de services, contrairement à A_____ SA, ne supportaient pas les risques inhérents aux transactions. Or, conformément aux normes comptables internationales (IFRS) et aux Swiss GAAP, une entreprise agissant pour son propre compte enregistrait en produits le prix du bien ou du service vendu, tandis qu'une entreprise mandataire ne comptabilisait que sa commission. L'analyse des états financiers fournis dans le cadre de la demande démontrait que l'entreprise s'identifiait davantage au premier cas de figure. Elle acquérait la propriété d'un produit intermédiaire qu'elle revendait sous la forme d'un produit sur mesure. Cette pratique était similaire à celle d'une agence de voyages, ce qui confortait l'analyse du modèle économique.

19) Par acte déposé au greffe universel du pouvoir judiciaire le 14 février 2022, A_____ SA a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant à son annulation, au constat qu'elle remplissait les conditions d'une « autre entreprise », et au renvoi de la cause au département pour nouvelle décision, avec l'injonction de retenir une part de coûts fixes forfaitaires de 25 % dans le calcul de la contribution qui devait lui être accordée.

Elle organisait des séjours linguistiques et proposait aussi des programmes à effectuer en ligne, sans déplacements. Ses activités avaient été impactées en raison de la fermeture des écoles partenaires, et non par « les mesures sanitaires prises à travers le monde, les restrictions du trafic aérien, et la fermeture des hôtels ». L'impact du Covid-19 était ainsi différent pour elle par rapport aux agences de voyages. N'étant pas soumise à la loi fédérale sur les voyages à forfait du 18 juin 1993 (LVF - RS 944.3), elle n'était pas assimilable juridiquement à une agence de voyages.

Comptablement, la situation était similaire. Son taux de marge brute s'élevait à 21 % en 2019, tandis que celui d'une agence de voyages oscillait entre 6 et 8 %. Elle ne réalisait aucune marge sur les frais de scolarité, les voyages et l'hébergement des étudiants mais percevait une rémunération grâce aux commissions versées par les écoles de langues sur les cours. Elle ne facturait des frais de dossier qu'aux étudiants inscrits pour le programme « C_____ et D_____ », soit environ 25 % de son chiffre d'affaires total en 2019. Elle employait un personnel particulièrement qualifié et spécialisé pour assurer un service circonstancié aux étudiants et à leurs parents, s'élevant à environ 14 % en 2019, alors que ce chiffre s'élevait de 7 à 10 % pour les agences de voyages.

Elle n'effectuait aucune revente de séjours linguistiques et les « produits intermédiaires » figurant dans sa comptabilité étaient en réalité des rétrocessions de séjours scolaires déjà organisés et préétablis par les écoles elles-mêmes. Elle avait des coûts fixes importants, soit des frais de personnel, des frais de représentation, de locaux, de véhicules ou encore pour le site internet. Elle ne pouvait modifier les produits offerts par les écoles, et n'acquérait pas la propriété du produit intermédiaire. Elle servait seulement d'intermédiaire entre l'école de langues et l'étudiant. Elle facturait le montant brut d'écolage prévu directement par l'école et n'était rémunérée que par la commission. Elle n'avait donc pas le contrôle du bien ou du service vendu et ne pouvait donc être considérée comme agissant pour son propre compte. Retenir des coûts fixes de 8 % était contraire à la ratio legis. En effet, ses services étaient plus coûteux que ceux d'une agence de voyages traditionnelle.

20) Le département a conclu le 15 mars 2022 au rejet du recours d'A_____ SA.

Le recours concernait le taux forfaitaire des coûts fixes à prendre en considération, de 8 ou de 25 %. La recourante se plaignait d'une mauvaise application de l'art. 8b al. 3 let. a ou c de l'ordonnance fédérale Covid-19 cas de rigueur 2020, dans sa teneur au 26 juillet 2021.

Or, l'absence de mention du terme « agence de voyages » dans ses statuts n'était pas déterminante. Malgré l'existence de programmes en ligne, ses activités principales relevaient de l'organisation de voyages pour apprendre une langue ou améliorer ses connaissances linguistiques, soit une agence de voyages « améliorée ».

C'était bien en raison des mesures sanitaires que les séjours linguistiques qu'elle organisait n'avaient pas pu avoir lieu et non uniquement en raison des fermetures des écoles partenaires. Le fait qu'elle ne soit pas soumise à la LVF n'avait pas d'impact au plan administratif et il n'appartenait de toute manière pas à la chambre administrative de se prononcer sur cette question.

Au plan comptable, il ressortait des comptes pertes et profits 2017 et 2018 produits qu'A_____ SA achetait et vendait des produits pour son propre compte. Il n'y avait pas une unique rubrique rétrocessions qui composerait ses seules recettes, mais des revenus payés par les étudiants, dont A_____ SA déduisait les charges payées à des tiers.

Le simple fait qu'A_____ SA ait eu des charges de personnel en 2018 d'environ CHF 1'000'000.- ou qu'elle ait des « autres coûts importants » ne suffisait pas à la distinguer d'une agence de voyages. Contrairement à ses explications, les « coûts d'achats de marchandises », soit les écolages, étaient prépondérants car ils représentaient des frais de CHF 5'132'276.01 sur CHF 6'625'448.33, soit 77,46 % du CA.

A_____ SA avait une relation directe avec les étudiants, car ces derniers ne payaient pas l'école directement. Elle n'était donc pas simplement un intermédiaire entre les écoles et les étudiants et qui serait payée uniquement par commissions ou rétrocessions, ce qui ressortait également de l'analyse des comptes. La rubrique « commission sur cours » représentait CHF 650'793.46 en 2019, mais le chiffre d'affaires total était de CHF 6'301'217.64 la même année, ce qui indiquait qu'il y avait d'autres recettes.

A_____ SA ne critiquait ni ne contestait les éléments retenus par le département pour le calcul, lequel était donc correct.

21) Dans sa réplique du 27 avril 2022, A_____ SA a ajouté que le principe de la légalité avait été violé, dès lors qu'aucune base légale ne prévoyait le fait que les organisateurs de séjours linguistiques « [étaient] des agences de voyages ».

Le principe de l'égalité de traitement avait de même été violé. En 2020, sur les 6'913 semaines de séjours linguistiques vendues, 4'445 constituaient des séjours en « D_____ ». Ces séjours s'intégraient dans la maturité avec mention bilingue, et le DIP en organisait en Irlande et à Lucerne, en ayant recours à des organismes spécialisés dont elle faisait partie. Ainsi, la présentation des paysages touristiques figurant sur son site internet était une réponse commerciale, pour se distinguer de la concurrence, mais ne faisait en rien état de l'existence d'une agence de voyages.

Son chiffre d'affaires était constitué des facturations à ses clients des frais d'écolages et des commissions. Mais le seul résultat de la société était comptabilisé au compte de charges et ne s'intégrait pas au chiffre d'affaires. A_____ SA était un agent de séjours linguistiques et donc un intermédiaire entre les écoles et les étudiants. Il arrivait d'ailleurs que les étudiants concluent ensuite directement d'autres séjours avec les écoles, mais ces dernières continuaient à lui verser la commission « reconnaissant ainsi sa qualité d'agent ».

22) Le 28 avril 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). Il respecte également les réquisits des art. 64 al. 1 et 65 al. 1 et 2 LPA, dès lors que la recourante, qui conteste le secteur d'activité qui lui a été attribué et, de ce fait, le taux de coûts fixes retenu, a conclu à l'annulation de la décision entreprise et au renvoi de la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision au sens des considérants.

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

Il n'en résulte toutefois pas que l'autorité est libre d'agir comme bon lui semble (ATA/1300/2021 du 30 novembre 2021 consid. 6). Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux de droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de

l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_37/2020 du 7 septembre 2020 consid. 5.1).

3) À teneur de l'art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit est la base et la limite de l'activité de l'État. Le principe de la légalité se compose de deux éléments : le principe de la suprématie de la loi et le principe de l'exigence de la base légale. Le premier signifie que l'autorité doit respecter l'ensemble des normes juridiques ainsi que la hiérarchie des normes. Le second implique que l'autorité ne peut agir que si la loi le lui permet, son action devant avoir un fondement dans une loi (ATA/43/2022 du 18 janvier 2022 consid. 5).

Le principe de la légalité exige donc que les autorités n'agissent que dans le cadre fixé par la loi (ATF 147 I 1 consid. 4.3.1). Il implique qu'un acte étatique se fonde sur une base légale matérielle qui est suffisamment précise et qui a été adoptée par l'organe compétent (ATF 141 II 169 consid. 3.1). L'exigence de la densité normative n'est pas absolue, car on ne saurait ordonner au législateur de renoncer totalement à recourir à des notions générales, comportant une part nécessaire d'interprétation. Cela tient à la nature générale et abstraite inhérente à toute règle de droit et à la nécessité qui en découle de laisser aux autorités d'application une certaine marge de manœuvre lors de la concrétisation de la norme. Pour déterminer quel degré de précision on est en droit d'exiger de la loi, il faut tenir compte du cercle de ses destinataires et de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux (ATF 140 I 381 consid. 4.4 et les références citées ; ATA/358/2022 du 5 avril 2022 consid. 5b).

4) Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. Lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou qu'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 ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 142 I 195 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_178/2022 du 16 mars 2022 consid. 5.1).

Le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique, déduit des art. 27 et 94 Cst., prohibe les mesures qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique (ATF 145 I 183 consid. 4.1.1). On entend par concurrents directs les membres de la même branche économique qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins. L'égalité de traitement entre concurrents directs n'est pas absolue et autorise des différences, à condition que celles-ci reposent sur une base légale, qu'elles répondent à des

critères objectifs, soient proportionnées et résultent du système lui-même ; il est seulement exigé que les inégalités ainsi instaurées soient réduites au minimum nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi (ATF 143 II 598 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_244/2021 du 8 juillet 2021 consid. 3.1).

5) a. Le 25 septembre 2020, l'Assemblée fédérale a adopté la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de Covid-19 (loi Covid-19 - RS 818.102) 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 1er 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). Il y a cas de rigueur si le CA annuel de l'entreprise est inférieur à 60 % de la moyenne pluriannuelle, la situation patrimoniale et la dotation en capital globales devant 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 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. 1quater), le Conseil fédéral édictant, les concernant, des dispositions particulières (al. 1quinquies). Le soutien n'est accordé que si les entreprises étaient rentables ou viables avant le début de la crise du Covid-19 et à condition qu'elles n'aient pas déjà bénéficié d'autres aides financières de la Confédération, qui n'incluent pas les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT), les allocations pour perte de gains et les crédits (al. 2bis). Le Conseil fédéral règle les détails dans une ordonnance (al. 4).

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 1er 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).

La loi Covid-19 a été modifiée à de nombreuses reprises entre la session de printemps 2021 de l'Assemblée fédérale et la session d'hiver 2021 (RO 2021 n° 153, RO2021 n° 354, RO 2021 n° 762).

b. 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) et établir que son CA 2020 était inférieur à 60 % du CA moyen des exercices 2018 et 2019 en raison des mesures ordonnées par les autorités aux fins de la lutte contre l'épidémie (art. 5 al. 1 ordonnance Covid-19). En cas de recul du CA enregistré entre janvier 2021 et juin 2021 en raison des mesures sanitaires, l'entreprise pouvait calculer le recul de son CA sur la base du CA des douze derniers mois au lieu du CA de l'exercice 2020 (art. 5 al. 1bis ordonnance Covid-19). Elle devait confirmer que le recul du CA entraînait à la fin de l'année une part des coûts fixes non couverts menaçant sa viabilité (art. 5a ordonnance Covid-19).

S'agissant des exigences relatives à la forme des mesures pour les cas de rigueur, l'art. 8b ordonnance Covid-19, dans sa teneur en vigueur à compter du 1er avril 2021, avait trait au calcul des contributions non remboursables pour les entreprises dont le CA était supérieur à CHF 5'000'000.-. Ladite contribution était calculée en multipliant le recul du CA visé à l'art. 5 avec une part de coûts fixes forfaitaires (al. 1). Les entreprises ayant enregistré un recul du CA pendant plus de douze mois pouvaient ajouter le recul du CA pour les mois de janvier à juin 2021 si ceux-ci n'étaient pas déjà compris dans le calcul visé à l'art. 5 ; le recul du CA était calculé par rapport au CA moyen des périodes correspondantes pour les exercices 2018 et 2019 (al. 2). La part des coûts fixes forfaitaires était de (al. 3) : 8 % pour les agences de voyages, les commerces de gros et les commerces de véhicules automobiles (let. a) ; 15 % pour les commerces de détail (let. b) ; 25 % pour les autres entreprises (let. c). Les cantons pouvaient fixer des parts de coûts fixes plus faibles s'ils constataient que les parts de coûts fixes forfaitaires susvisés occasionnaient une surindemnisation (al. 4).

L'art. 8c ordonnance Covid-19 prévoyait notamment que les contributions non remboursables accordées aux entreprises dont le CA annuel était supérieur à CHF 5'000'000.- s'élevaient au maximum à 20 % du CA moyen des exercices 2018 et 2019 et au maximum à CHF 5'000'000.- par entreprise (précédemment à

CHF 750'000.- selon l'art. 8 al. 2 ordonnance Covid-19 dans sa teneur antérieure au 1er avril 2021) ; elles pouvaient être décidées et versées en plusieurs tranches (al. 1). Les contributions non remboursables s'élèvent au maximum à 30 % du CA annuel et au maximum à CHF 10'000'000.- si (al. 2) : le CA de l'entreprise avait reculé de plus de 70 % par rapport au CA moyen des exercices 2018 et 2019 (let. a), ou, depuis le 1er mars 2020, de nouveaux fonds propres étaient apportés à l'entreprise sous forme d'espèces à hauteur d'au moins 40 % de la contribution dépassant CHF 5'000'000.- (let. b).

c. Aux termes du commentaire de l'ordonnance Covid-19 établi le 18 juin 2021 par l'administration fédérale des finances (ci-après : AFF), ladite ordonnance comportait une série de prescriptions contraignantes concernant les conditions d'éligibilité, le calcul des contributions, les plafonds applicables, les prestations propres, la participation aux bénéfices, les justificatifs et le traitement des prêts, cautionnements et garanties s'agissant des entreprises dont le CA annuel dépassait CHF 5'000'000.-, que le cantons devaient reprendre sans y déroger, afin qu'une réglementation uniforme s'applique dans l'ensemble du pays (p. 3).

Dès lors que l'art. 8b al. 1 ordonnance Covid-19 régissait de manière uniforme le calcul des contributions qui leur étaient destinées, tous les cantons devaient appliquer la formule « contribution = recul du CA * part de coûts fixes forfaitaires ». Cette dernière était basée sur le fait que les charges de personnel non couvertes découlant du recul du CA étaient déjà compensées par les allocations pour perte de gain et les indemnités en cas de RHT, et que les coûts variables disparaissaient. Par conséquent, la contribution pour les cas de rigueur devait être calculée en fonction des coûts fixes non couverts qui résultaient du recul du CA. Pour permettre une exécution rapide par les cantons et faciliter l'exécution de la réglementation à leur niveau, des parts de coûts fixes forfaitaires devaient être utilisées, dès lors qu'une vérification des coûts fixes effectifs de chaque entreprise basée sur les comptes de résultats des exercices précédents entraînerait un surcroît de travail considérable, et donc des retards, et risquerait en outre de créer des inégalités de traitement entre les entreprises (p. 12 s).

Le fait de se fonder sur des parts de coûts fixes forfaitaires supprimait la nécessité de faire une distinction par branche. Plus le nombre de catégories était élevé, plus l'attribution et la délimitation étaient complexes dans la pratique. Les mesures pour les cas de rigueur visaient à ce que les entreprises concernées obtiennent rapidement les contributions dont elles avaient besoin et nécessitaient, par conséquent, un certain degré de schématisation. L'ordonnance Covid-19 définissait ainsi des parts de coûts fixes forfaitaires pour chaque domaine d'activité, sur la base des parts de coûts fixes moyens par branche, une part de coûts fixes forfaitaires de 25 % en moyenne étant appliquée par branche. Des taux inférieurs étaient toutefois prévus pour les branches dont les coûts fixes étaient particulièrement bas, comme les agences de voyages, le commerce de gros et de

véhicules automobile (8 %), les autres commerces de détail (15 %) et toutes les autres entreprises (25 % ; p. 12).

Dans le cas des entreprises qui déposaient une demande d'aide pour les cas de rigueur dans des domaines d'activité soumis à des taux forfaitaires différents, l'attribution se faisait en fonction du domaine principal. Par conséquent, une entreprise requérante était soumise en principe à un taux forfaitaire unique. Si une entreprise ne sollicitait des aides au titre des cas de rigueur que pour des secteurs particuliers de son activité, la part de coûts fixes forfaitaires correspondant au secteur concerné s'appliquait (p. 14).

6) Au plan cantonal genevois, le Grand Conseil a adopté plusieurs lois sectorielles, qui concernaient notamment le secteur des agences de voyages, visé par la loi n° 12'807. Les bénéficiaires de la loi étaient prévus à son art. 3, qui précisait que la loi s'adressait aux entreprises du secteur des agences de voyages particulièrement touchées par les conséquences de l'épidémie de Covid-19 en raison même de leur activité économique.

Le 4 décembre 2020, le Grand Conseil a adopté la loi n° 12'810, sur l'aide financières extraordinaire de l'État destinée aux entreprises visées par les lois 12'802, 12'803, 12'807, 12'808, 12'809 et 12'813, soit notamment le secteur des agences de voyages (loi 12'807).

7) a. Ces deux lois ont été mises en œuvre par deux règlements du Conseil d'État du 9 décembre 2020, aux titres presque identiques, dont l'art. 9 concerne le secteur du voyage au sens large.

Selon l'art. 9 du règlement d'application des lois cantonales sur l'aide financière extraordinaire de l'État destinée aux cas de rigueur définis par la loi fédérale Covid-19 du 25 septembre 2020 (ci-après : le règlement) du 25 septembre 2020, l'aide financière est destinée aux entreprises dites agences de voyages, soit des entreprises organisatrices et/ou détaillantes de voyages. L'octroi de l'aide financière est conditionné à la participation de l'entreprise à un fonds de garantie suisse pour les agences de voyages.

Selon l'art. 9 du règlement d'application de la loi 12'810 sur l'aide financière extraordinaire de l'État destinée aux entreprises visées par les lois 12'802, 12'803, 12'807, 12'808, 12'809 et 12'813 du 4 décembre 2020, l'aide financière est destinée aux entreprises dites agences de voyages, soit des entreprises organisatrices et/ou détaillantes de voyages. L'octroi de l'aide financière est conditionné à la participation de l'entreprise à un fonds de garantie suisse pour les agences de voyages. Ce règlement a été complété le 20 janvier 2021 avec un art. 9 al. 3 qui précise que les sociétés qui organisent des séjours linguistiques à l'étranger sont considérées comme des agences de voyages. Elles ne sont pas soumises à l'obligation de participation à un fonds de garantie.

À ce sujet, le Conseil d'État a précisé dans son communiqué de presse du même jour qu'il avait procédé à des adaptations pour mieux définir le périmètre des bénéficiaires : il s'agissait d'un assouplissement des critères relatifs au secteur des forains ou encore de « considérer les organisateurs de séjours linguistiques à l'étranger comme des agences de voyages » (https://www.ge.ch/document/point-presse-du-conseil-etat-du-20-janvier-2021, consulté le 15 juin 2022).

Le Conseil d'État a adopté, le 29 janvier 2021, la loi 12'863 relative aux aides financières extraordinaires de l'État destinées aux entreprises particulièrement touchées par la crise économique ou directement par les mesures de lutte contre l'épidémie de coronavirus pour l'année 2021 (ci-après : aLAFE 2021), complétée par son règlement d'application du 3 février 2021 (ci-après : aRAFE-2021), dont le but était notamment de limiter les conséquences économiques de la lutte contre l'épidémie pour les entreprises sises dans le canton, conformément à la loi et à l'ordonnance Covid-19 (art. 1 al. 1 aLAFE 2021).

Elle visait à mettre fin aux différentes lois sectorielles adoptées en 2020, à des fins de cohérence (Exposé des motifs du Conseil d'État du 20 janvier 2021 sur le PL 12'863 p. 15 et 27).

b. Ladite loi a été abrogée par la loi 12'938 relative aux aides financières extraordinaires de l'État destinées aux entreprises particulièrement touchées par la crise économique ou directement par les mesures de lutte contre l'épidémie de coronavirus pour l'année 2021 (ci-après : LAFE-2021), adoptée par le Grand Conseil le 30 avril 2021.

L'art. 3 LAFE-2021 règle les principes d'indemnisation et prévoit que 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 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'État étant précisés par voie réglementaire (al. 2).

Pour les entreprises dont le CA moyen 2018-2019 est supérieur à CHF 5'000'000.- selon l'art. 8b al. 1 ordonnance Covid-19 (art. 11 LAFE-2021), l'indemnisation consiste en une participation à fonds perdus de l'État de Genève, entièrement compensée par la Confédération, aux coûts fixes non couverts en raison du recul du CA durant l'exercice 2020, cas échéant 2021 pour les mois de janvier à juin, l'indemnité étant calculée sur la base de parts de coûts fixes forfaitaires, conformément à l'ordonnance Covid-19 (art. 12 al. 1 et 2 LAFE-2021).

L'indemnité maximale par entreprise et pour l'année 2021 ne dépasse pas la somme totale de CHF 5'000'000.- et 20 % du CA conformément à l'art. 8c

al. 1 ordonnance Covid-19 ou CHF 10'000'000.- et 30 % du CA en cas de recul du CA de 70 % par rapport au CA moyen des exercices 2018-2019 ou si de nouveaux fonds propres ont été apportés depuis le 1er mars 2020 (art. 13 al. 1 et 2 LAFE-2021).

Ces dispositions n'ont pas subi de modification par les lois ultérieurement adoptées par le Grand Conseil.

c. Le 5 mai 2021, le Conseil d'État a adopté le règlement d'application de LAFE-2021 (ci-après : RAFE-2021), qui prévoit notamment que peuvent prétendre à une aide financière les entreprises qui démontrent que leur CA, généré sur une période de douze mois comprise entre le 1er janvier 2020 et le 30 juin 2021, est inférieur à 60 % du CA moyen déterminé selon les modalités prévues par l'art. 3 de l'ordonnance Covid-19 (art. 19 al. 1 RAFE-2021).

Selon l'art. 20 RAFE-2021, le montant de l'indemnité correspond au recul du CA tel que prévu par l'art. 5 ordonnance Covid-19, multiplié par une part de coûts fixes forfaitaires déterminée selon le domaine d'activité (al. 1). Conformément à l'art. 8b al. 3 ordonnance Covid-19, la part de coûts fixes forfaitaires appliquée au recul du CA est de (al. 3) : 8 % pour les agences de voyages, les commerces de gros et les commerces de véhicules automobiles (let. a) ; 15 % pour les commerces de détail (let. b) ; 25 % pour les autres entreprises (let. c). Le département peut fixer une part de coûts fixes forfaitaires plus faible s'il constate que les taux susvisés occasionnent une surindemnisation (al. 4).

Ces dispositions n'ont pas non plus subi de modification lors des différentes révisions du RAFE-2021.

8) En l'espèce, la recourante estime devoir être indemnisée pour le secteur « autres entreprises » et non « agences de voyages », et se voir ainsi reconnaître des coûts fixes de 25 % et non de 8 %, ouvrant la porte à une indemnisation plus élevée que celle qu'elle a obtenue. Elle ne formule en revanche aucune critique et ne prend aucune conclusion sur les montants retenus par le DEE.

La recourante estime que plusieurs éléments la distingueraient d'une agence de voyages. Or, il ressort du règlement du Conseil d'État du 9 décembre 2020, modifié le 21 janvier 2021, que les sociétés organisant des séjours linguistiques à l'étranger étaient assimilées, au plan administratif, pour le principe de l'octroi des aides Covid-19, à des agences de voyages, dans le cadre du traitement de leurs dossiers d'indemnisation. Certes, ce règlement a perdu de son importance, au vu de l'entrée en vigueur de la loi no 12'863, puis de la loi no 12'938, qui ont mis fin aux différentes lois sectorielles. Toutefois, il s'agit d'un indice fort justifiant dans ce cadre de traiter les agences organisant des séjours linguistiques comme des agences de voyages, au vu de la similitude de leurs activités et modèle économique. Ainsi, s'il n'est donc pas contesté qu'elles ne sont pas, au sens strict

ou juridique du terme, des agences de voyages, elles y ont été assimilées au regard des coûts fixes qui leur sont appliqués. Dans ce contexte, les arguments des charges de personnel élevées, de ses statuts, qui la différencieraient d'une agence de voyages « classique », de sa mission réelle, d'organisation de séjours linguistiques, et de l'impact factuel de la pandémie sur son activité, à savoir que seule la fermeture des écoles l'aurait empêchée de l'exercer, ne suffisent pas à démontrer qu'elle devrait être assimilée à une autre entreprise de services et non au secteur « agences de voyages ».

Au plan comptable, la recourante ne peut être suivie quand elle estime n'avoir qu'un rôle d'intermédiaire, et n'être rémunérée que par le biais des commissions. Au contraire, il ressort des documents produits (bilans, comptes de pertes et profits, factures) que la recourante achète et revend des produits pour son propre compte et que la commission sur cours ne représente pas sa seule recette. Elle indique que 98 % de son chiffre d'affaires repose d'ailleurs sur la vente de séjours linguistiques. Contrairement à ses explications, dans sa comptabilité se trouvent notamment des revenus intitulés « prog. Etudiants adultes », « hébergement prog. Etu.Adultes » et « vente de billets d'avions ». En outre, contrairement à un courtier qui mettrait uniquement en relation vendeur et acheteur, A_____ SA entretient une relation contractuelle directe avec les étudiants, qui la paient, tandis que les écoles partenaires lui facturent les cours et l'hébergement directement. Il ne ressort d'ailleurs pas de ses conditions générales que la société ne serait qu'un intermédiaire qui n'aurait pas de relations contractuelle avec l'étudiant. Même si elle ne peut modifier, selon ses explications, les produits vendus, à savoir les séjours linguistiques, elle dispose effectivement du contrôle du bien qu'elle vend et supporte les risques liés à ce dernier.

Elle soutient organiser des séjours à l'étranger pour ses étudiants, ainsi que leur logement et leurs voyages, sans faire de marge sur ces éléments. Le fait qu'elle ne réclame pas de commission sur l'hébergement ou sur le voyage mais uniquement sur l'écolage n'est toutefois pas un motif suffisant pour modifier la catégorie à laquelle elle a été rattachée. L'argument lié aux voyages à forfait, non détaillé par la recourante, n'est pas déterminant non plus, étant précisé qu'il n'est pas contesté qu'elle n'est pas juridiquement une agence de voyages mais qu'elle a été rattachée, au plan administratif, à cette catégorie pour les cas d'indemnisation, étant très proche, par ses activités et son modèle économique, de ce secteur.

Le caractère forfaitaire des parts de coûts fixes impose une certaine schématisation, en supprimant la nécessité de faire une distinction par branche. Dans ce cadre, la recourante ne saurait se retrancher en particulier derrière ses charges en personnel, dès lors que la formule applicable pour le calcul des contributions destinées aux entreprises est déjà basée sur le fait que les charges de

personnel non couvertes découlant du recul du CA sont compensées par les allocations pour perte de gain et les indemnités en cas de RHT.

Dès lors, au regard des éléments en sa possession, l'autorité intimée pouvait, sans excès ni abus de son pouvoir d'appréciation, ni commettre une violation du principe d'égalité de traitement, considérer que l'activité de la recourante était assimilable à celle d'une agence de voyages, étant donné la part prépondérante de son CA en résultant, et des caractéristiques de ses activités. Dès lors, c'est le taux fixe de 8 % qui est applicable selon les normes légales.

Ce faisant, elle a abouti à un montant de CHF 88'636.- à accorder à la recourante, sur la base d'un calcul non contesté et reposant sur l'art. 8b de l'ordonnance Covid-19 et le droit cantonal d'exécution. La recourante s'est ainsi vu accorder un montant total de CHF 473'515.-, eu égard de la somme de CHF 250'000.- allouée le 8 février 2021 et de CHF 134'779.- le 16 mars 2021.

Au regard de ce qui précède, le recours de la société doit être rejeté.

9) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne lui sera accordée, pas plus qu'au département, qui dispose de son propre service juridique (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 14 février 2022 par A_____ SA contre la décision sur réclamation du département de l'économie et de l'emploi du 14 janvier 2022 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- à la charge d'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 Philippe Juvet, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me David Hofmann, avocat du département de l'économie et de l'emploi.

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

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	la présidente siégeant :
C. Meyer	F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :