RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/539/2023-EXPLOI **ATA/793/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 18 juillet 2023

2ème section

dans la cause

A_____ **recourante**
représentée par Me Fabrice COLUCCIA, avocat

contre

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

EN FAIT

A. **a.** A_____ est inscrite au registre du commerce depuis le 4 juillet 2019. Elle a pour but la fourniture de services dans le domaine de la gastronomie, l'exploitation de restaurants, de boulangeries, de confiseries ou d'entreprises semblables ainsi que la fabrication et le commerce de produits alimentaires et de boissons.

b. À la suite de l'autorisation du service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir d'exploiter l'établissement à l'enseigne « B_____ », propriété de A_____, le restaurant a ouvert ses portes le 20 août 2020.

c. Par décision du 23 juin 2021, le département de l'économie et de l'emploi (ci-après : DEE) lui a accordé une aide de CHF 18'010.70 pour la période du 1er janvier au 30 mai 2021, au titre de la loi sur l'aide financière extraordinaire de l'État destinée aux entreprises en complément aux cas de rigueur définis par la loi fédérale Covid-19 du 25 septembre 2020. L'aide, déterminée sur la base de coûts fixes annuels de CHF 78'278.50, était calculée en fonction du nombre de jours pendant lesquels l'activité avait été interdite durant la période en question.

d. À la suite de la demande d'aide complémentaire 2021 du 16 février 2022 de la société, indiquant un chiffre d'affaires (ci-après : CA) de CHF 35'504.- pour la période précitée et des coûts totaux de CHF 74'638.-, le DEE a octroyé une aide de CHF 32'419.20. Les nouveaux plafonds applicables étaient de CHF 1'500'000.- et 30% du chiffre d'affaires moyen des exercices 2018 et 2019.

e. Procédant au contrôle du dossier de A_____, le DEE a constaté que celle-ci ne pouvait pas bénéficier du relèvement du plafond, de sorte qu'il lui a réclamé, par décision du 20 septembre 2022, le remboursement de l'aide complémentaire.

f. Il a confirmé cette décision, le 12 janvier 2023, à la suite de la réclamation formée par la société.

B. **a.** Par acte expédié le 15 février 2023 à la chambre administrative de la Cour de justice, A_____ a contesté cette décision, dont elle a demandé l'annulation ainsi que de la décision rendue sur réclamation. Subsidiairement, le dossier devait être renvoyé au département pour nouvelle décision.

Le dispositif d'aide mis en place par le Grand Conseil prévoyait une aide pour les sociétés dont l'activité avait débuté après le mois de mars 2020. Le CA moyen devait être déterminé sur la base des mois d'activité commerciale. L'aide était plafonnée à CHF 1'500'000.- et à 30 % du CA annuel. Il ne pouvait y avoir de référence aux années 2018 et 2019 pour les sociétés actives depuis le 1er mars 2020 seulement. L'art. 9 al. 1 let. b de la loi 12'938 comportait ainsi une lacune

proprement dite, que la juge devait combler. Le législateur avait voulu aider les entreprises en élargissant le plafond d'indemnisation à 30 % du CA. Il convenait donc de lui octroyer une aide à concurrence de ce montant.

b. Le DEE a conclu au rejet du recours.

c. Dans sa réplique, la recourante a fait valoir que le DEE confondait les dispositions applicables, le réhaussement du plafond de l'aide octroyée concernant également les entreprises créées après le mois de mars 2020. La loi cantonale, octroyant l'aide cantonale, n'était pas claire. Le plafond à 30 % valait-il pour toutes les entreprises créées genevoises ou seulement pour celles actives en 2018 et 2019 ? Le renvoi à l'ordonnance Covid-19 n'avait pas lieu d'être, dès lors que le législateur cantonal avait souhaité aider les entreprises qui n'entraient pas dans le dispositif fédéral d'aide.

d. Sur ce, 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 ; art. 19 al. 1 et 2 de la loi 12'938).

2. La recourante conteste que le plafonnement de l'aide opéré par le DEE soit conforme à la loi.

2.1 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).

2.2 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 ; RS 951.262 ; ci-après : l'ordonnance Covid-19).

Selon l'ordonnance Covid-19, la Confédération participe aux coûts et aux pertes que les mesures pour les cas de rigueur destinées aux entreprises occasionnent à un canton (art. 1 al. 1). Au nombre des exigences pour bénéficier du soutien financier, l'entreprise doit établir notamment qu'elle s'est inscrite au RC avant le 1er mars 2020, ou, à défaut d'inscription au RC, a été créée avant le 1er mars 2020 (art. 3 al. 1 let. a), et a réalisé en 2018 et en 2019 un CA moyen d'au moins CHF 50'000.- (art. 3 al. 1 let. b). Si elle a commencé son activité commerciale le 1er janvier 2020 ou plus tard, ou si elle a été créée en 2018 ou en 2019 et présente

ainsi un exercice d'une durée supérieure à une année civile, le CA moyen est celui qui a été réalisé entre le 1er janvier 2018 et le 29 février 2020, calculé sur douze mois (art. 3 al. 2).

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

Par CA annuel moyen au sens de l'al. 1 let. b, on entend: a. pour une entreprise qui a été créée entre le 31 décembre 2017 et le 29 février 2020 : (1) le CA moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 29 février 2020, calculé sur 12 mois, ou (2) le CA moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur 12 mois (art. 3 al. 2).

Selon l'art. 8a Ordonnance Covid-19, les contributions non remboursables accordées aux entreprises dont le CA annuel atteint CHF 5 millions au plus s'élèvent au maximum à 20 % du CA moyen des exercices 2018 et 2019 et au maximum à CHF 1 million par entreprise. Elles peuvent être décidées et versées en plusieurs étapes (al. 1). Pour les entreprises visées à l'al. 1, les contributions non remboursables s'élèvent au maximum à 30 % du CA annuel et au maximum à CHF 1,5 million, si le CA de l'entreprise a reculé de plus de 70 % par rapport au CA moyen des exercices 2018 et 2019 (al. 2).

2.4 Le texte de l'ordonnance Covid-19 est clair. Les exceptions à la prise en compte du CA de référence moyen des années 2018-2019 sont limitées aux entreprises fondées après le 31 décembre 2017. Ainsi, pour une entreprise créée entre le 31 décembre 2017 et le 29 février 2020, soit avant la mise en œuvre des mesures de restriction, le CA moyen qui sert de référence est celui qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 29 février 2020, calculé sur douze mois ; ou le CA moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur douze mois. Le CA pris en considération est celui qui permet à l'entreprise de recevoir l'aide la plus importante (art. 3 al. 2 let. a de l'ordonnance Covid-19). Cette règle garantit que les entreprises qui ont été créées en 2018 ou 2019, mais qui n'ont réalisé des CA plus élevés qu'à partir de 2020, ne soient pas défavorisées par rapport à celles qui ont été créées après le 29 février 2020 et qui ont réalisé des CA en été 2020 (commentaire de l'administration fédérale des finances de l'ordonnance Covid-19 cas de rigueur du 18 juin 2021 p. 6 ; ci-après :

commentaire ; accessible à l'adresse https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/67163.pdf ; ATA/231/2023 du 8 mars 2023 consid. 3.1.8).

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

La loi a pour but de limiter les conséquences économiques de la lutte contre l'épidémie de coronavirus (Covid-19) pour les entreprises sises dans le canton de Genève conformément à la loi et à l'ordonnance Covid-19 (art. 1 al. 1), en atténuant les pertes subies par les entreprises dont les activités avaient été interdites ou réduites en raison même de leur nature entre le 1er janvier et le 31 décembre 2021 (art. 1 al. 2), et en soutenant par des aides cantonales certaines entreprises ne remplissant pas les critères de l'ordonnance Covid-19 en raison d'une perte de CA insuffisante et qui ne couvrent pas leurs coûts fixes dans les limites prévues à l'art. 12 (art. 1 al. 3).

Peuvent prétendre à une aide les entreprises qui, en raison des mesures prises par la Confédération ou le canton pour endiguer l'épidémie de Covid-19, doivent cesser totalement ou partiellement leur activité selon les modalités précisées dans le règlement d'application (art. 3 al. 1 let. a), ou dont le CA a subi une baisse substantielle selon les dispositions de l'ordonnance Covid-19 (art. 3 al. 1 let. b) ou dont la baisse de CA enregistrée se situe entre 25 % et 40 % et qui ne couvrent pas leurs coûts fixes (art. 3 al. 1 let. c).

2.6 Le 30 avril 2021, le Grand Conseil a adopté la loi 12'938 relative aux aides financières extraordinaires de l'État destinées aux entreprises particulièrement touchées par la crise économique ou directement par les mesures de lutte contre l'épidémie de coronavirus pour l'année 2021 (ci-après : LAFE-2021), dont la version applicable au cas d'espèce est entrée en vigueur le 2 juillet 2021 (loi 12'991 modifiant partiellement 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 : loi 12'991).

L'indemnité à raison de la baisse du CA n'est accordée que si le CA annuel de l'entreprise est inférieur à 60 % de son CA moyen des exercices 2018 et 2019 (art. 8 al. 1). L'indemnité maximale par entreprise et pour la période du 1er janvier 2020 au 30 juin 2021 est déterminée par voie réglementaire, mais elle ne dépasse pas la somme totale de CHF 1'000'000.- et 20 % du CA comme prévu à l'art. 8a al. 1 de l'ordonnance Covid-19 (art. 8 al. 2). Si le CA de l'entreprise a reculé de plus de 70 % par rapport au CA moyen des exercices 2018 et 2019, les plafonds de l'indemnité sont portés à CHF 1'500'000.- et 30 % du chiffre d'affaires annuel comme prévu à l'art. 8a al. 2 de l'ordonnance Covid-19 (art. 8 al. 3).

La loi prévoit encore une indemnisation cantonale spécifique sans participation financière de la Confédération en faveur des entreprises (a) dont la baisse de CA enregistrée se situe entre 25 % et 40 % du CA moyen des exercices 2018 et 2019, (b) créées depuis mars 2020 ou créées avant mars 2020 mais dont les activités commerciales n'ont débuté qu'après le 1er mars 2020. Dans ce cas, l'indemnisation est calculée sur la base du CA moyen de l'entreprise pendant les mois durant lesquels elle a pu mener son activité commerciale (art. 9 al. 1). L'indemnisation cantonale comble la différence entre l'éventuelle indemnisation calculée selon les critères de l'ordonnance fédérale Covid-19 et l'indemnité calculée selon les critères de l'al. 1 (art. 9 al. 2). Les critères permettant de déterminer le début de l'activité commerciale sont déterminés par voie réglementaire (art. 9 al. 3).

L'indemnité maximale par entreprise et pour la période du 1er janvier 2020 au 30 juin 2021 est déterminée par voie réglementaire, mais elle ne dépasse pas la somme totale de CHF 1'000'000.- et 20 % du CA comme prévu à l'art. 8a al. 1, de l'ordonnance Covid-19 (art. 10 al. 1). Pour les entreprises visées à l'art. 9 al. 1 let. b, dont le CA a reculé de plus de 70 % par rapport au CA moyen des exercices 2018 et 2019, les plafonds de l'indemnité sont portés à CHF 1'500'000.- et 30 % du CA annuel comme prévu à l'art. 8a al. 2 de l'ordonnance Covid-19 (art. 10. al. 2).

2.7 Le 3 février 2021, le Conseil d'État a adopté le règlement d'application de l'aLAFE-2021 (ci-après : aRAFE-2021). Le 5 mai 2021, il a adopté le règlement d'application de la loi 12'938 relative aux aides financières extraordinaires de l'État destinées aux entreprises particulièrement touchées par la crise économique ou directement par les mesures de lutte contre l'épidémie de coronavirus, pour l'année 2021 (ci-après : RAFE-2021), modifié le 7 juillet 2021, version applicable in casu.

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

Selon l'art. 8 RAFE-2021, peuvent prétendre à une aide financière les entreprises qui, suite à une décision de fermeture prise par les autorités fédérales ou cantonales pour endiguer l'épidémie de Covid-19, ont dû cesser totalement ou partiellement leurs activités pendant au moins 40 jours entre le 1er novembre 2020 et le 30 juin 2021 (al. 1). Ces entreprises ne sont pas tenues de remplir les

conditions d'octroi d'un soutien financier visées aux art. 4 al. 1 let. b, 5 al. 1 et 1bis et 5a de l'ordonnance Covid-19 cas de rigueur (al. 2).

Selon l'art. 9 RAFE-2021, le montant de l'indemnité correspond aux coûts fixes 2020 admis au sens de l'art. 7, calculé à compter du 1er janvier 2021 au prorata du nombre de jours pendant lesquels l'activité est totalement ou partiellement interdite (al. 1). Les art. 10 RAFE-2021 fixent des limites aux indemnisations. L'aide est plafonnée à CHF 1'000'000.- et 20% du CA moyen (al. 1) ou à CHF 1'500'00.- et 30% dudit chiffre, pour les entreprises dont ce chiffre a reculé de plus de 70% par rapport au CA moyen des exercices 2018-2019 (al. 2).

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

2.9 En l'espèce, il n'est pas contesté que la recourante, bien que créée en 2019, n'a déployé une activité commerciale qu'à partir du mois d'août 2020. Elle entre ainsi dans la catégorie des entreprises créées avant le 1er mars 2020, mais ayant débuté une activité qu'après cette date (art. 3 al. 2 let. b RAFE-2021). Le CA déterminant pour elle est donc celui, annualisé, réalisé entre le 20 août et le 31 décembre 2020, ce qui n'est pas non plus contesté. La recourante ne conteste pas non plus les chiffres en tant que tels que l'autorité intimée a retenus ni qu'en cas d'aide perçue indûment, celle-ci doit être remboursée.

Son grief est limité à la question de savoir si le plafonnement de l'aide retenu par le DEE lui est opposable. Il ressort de la lecture conjointe de l'art. 10 al. 1 et 2 RAFE que le plafonnement de l'aide était de CHF 100'000.- et 20 % du CA, conformément à l'art. 8a al. 1 ordonnance COVID-19. Une exception était prévue pour les entreprises dont le CA avait reculé de plus de 70% par rapport au CA moyen des exercices 2018-2019 ; dans ce cas, les plafonds de l'indemnité étaient portés à CHF 1'500'000.- et 30 % du CA, tel que défini à l'art. 8a al. 2 ordonnance COVID-19.

Cette réglementation reprend les limites des aides fixées dans la loi cantonale. En effet, l'art. 8 al. 2 LAFE-2021 prévoit que l'indemnité maximale par entreprise, pour la période du 1er janvier 2020 au 31 décembre 2021, est déterminée par voie réglementaire, mais elle ne dépasse pas la somme totale de CHF 1'000'000.- et 20 % du CA comme prévu à l'art. 8a al. 1 ordonnance COVID-19. Pour les entreprises, dont le CA avait reculé de plus de 70 % par rapport au CA moyen des exercices 2018 et 2019, les plafonds de l'indemnité étaient portés à CHF 1'500'000.- et 30 % du CA annuel comme prévu à l'art. 8a al. 2 ordonnance COVID-19 (art. 8 al. 3 LAFE-2021).

Il ressort de ce qui précède que le législateur cantonal a clairement voulu limité son aide à CHF 1'000'000.- et 20 % du CA tel que défini par l'art. 8a ordonnance COVID-19 et ne l'étendre à CHF 1'500'000.- et 30 % du chiffre d'affaires qu'aux

entreprises ayant subi une baisse de 70 % de leur CA par rapport au CA moyen réalisé en 2018 et 2019.

N'étant devenue active qu'en août 2020, la recourante ne peut se réclamer des dispositions applicables aux entreprises ayant déployé une activité en 2018 et 2019. En tant qu'elle fait valoir que le législateur avait prévu un régime spécial pour les entreprises créées avant le 1er mars 2020 mais devenues actives qu'après cette date, il faut relever que la réglementation particulière vise pour ces entreprises à déterminer la manière de calculer le CA déterminant. L'art. 9 al. 1 let. b LAFE-2021 indique que pour ces cas, l'indemnisation est calculée sur la base du CA moyen de l'entreprise pendant les mois durant lesquels elle a pu mener son activité commerciale. Le montant de l'aide suit cependant la limite fixée à l'art. 8 al. 2 LAFE-2021, reprise à l'art. 10 al. 1 RAFE-2021.

Il n'apparaît pas, à la lecture de la loi cantonale, que le législateur se serait abstenu de régler un point alors qu'il aurait dû le faire et qu'aucune solution ne se dégagerait du texte ou de l'interprétation de la loi.

Au vu de ce qui précède, le DEE n'a pas violé la loi en retenant, lors du contrôle auquel il a procédé, que la recourante ne pouvait bénéficier de l'aide financière extraordinaire complémentaire versée en 2022 et lui a réclamé le remboursement de l'aide de CHF 32'419.20.- octroyée à tort le 25 mars 2022.

Entièrement mal fondé, le recours sera rejeté.

3. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (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 15 février 2023 par A_____ contre la décision du département de l'économie et de l'emploi du 12 janvier 2023 ;

au fond :

le rejette ;

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

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

dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Fabrice COLUCCIA, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me Stephan FRATINI, avocat du département de l'économie et de l'emploi.

Siégeant : Eleanor McGREGOR, présidente, Florence KRAUSKOPF, Claudio MASCOTTO, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	la présidente siégeant :
N. DESCHAMPS	E. McGREGOR

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :