

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/650/2023-EXPLOI

ATA/594/2024

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 14 mai 2024

2^{ème} section

dans la cause

A_____

représentée par Me Marc-Alec BRUTTIN, avocat

recourante

contre

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

représentée par Me Gabriel AUBERT, avocat

intimée

EN FAIT

- A. a.** La société A_____ (ci-après : A_____) est inscrite au registre du commerce du canton de Genève depuis le 26 janvier 2018. Elle a pour buts la création, l'achat, la vente, l'exploitation et la gestion de dancings, clubs privés, bars, restaurants, cafés-brasseries ou autres établissements similaires.

Elle exploite un cabaret-dancing à Genève.

b. Ce dernier a été fermé du 1^{er} janvier 2021 au 26 juin 2021, à la suite de l'arrêt d'application de l'ordonnance fédérale sur les mesures destinées à lutter contre l'épidémie de COVID-19 en situation particulière du 19 juin 2020 et sur les mesures de protection de la population, du 1^{er} novembre 2020.

- B. a.** A_____ et l'État de Genève, soit pour lui le département du développement économique, devenu le département de l'économie et de l'emploi (ci-après : le département), ont signé une convention d'octroi de contribution à fonds perdus.

b. Le 19 mars 2021, A_____ a déposé une demande pour cas de rigueur pour la période de fermeture du 1^{er} janvier 2021 au 26 juin 2021, en indiquant des coûts fixes 2020 provisoires de CHF 1'139'775.-, dont CHF 475'370.- de charges salariales.

c. Le 6 avril 2021, le département a octroyé à A_____ une aide financière de CHF 414'715.70, retenant des coûts fixes de CHF 711'942.-.

d. Le 28 octobre 2021, A_____ a déposé une nouvelle demande d'aide financière extraordinaire. Elle a présenté des coûts fixes définitifs 2020 de CHF 993'098.-, dont CHF 493'772.- de charges salariales.

e. Le 18 novembre 2021, le département a exposé à A_____ qu'en considérant désormais des coûts fixes de CHF 548'703.20 pour l'année 2020, et non plus de CHF 711'942.-, et un chiffre d'affaires (ci-après : CA) nul pendant la période de fermeture du 1^{er} janvier 2021 au 25 juin 2021, l'aide financière pour cette période s'élevait à CHF 264'580.20, soit un montant inférieur à celui qui avait été versé (CHF 414'715.70).

Il était donc en droit de prononcer une décision en restitution de la part d'indemnisation indûment perçue, soit CHF 150'135.50.-. Néanmoins, A_____ ayant accusé un recul du CA d'au moins 25% en 2020, celle-ci pouvait prétendre à une indemnisation à ce titre.

Le département a invité la société à notamment remplir le formulaire concerné en vue de déterminer dans quelle mesure elle pourrait bénéficier d'une aide financière complémentaire pour recul du CA durant la période du 1^{er} janvier 2021 au 30 juin 2021.

f. Le département a refusé d'octroyer à A_____ une aide financière complémentaire pour la période précitée, la société ayant déposé au préalable une demande en ce sens.

Toutefois, dans la mesure où elle pouvait bénéficier d'une aide financière pour le second semestre 2021, le département l'a une nouvelle fois invitée à remplir le formulaire concerné en vue d'évaluer son droit à une aide complémentaire pour ledit semestre.

g. Par décision du 19 juillet 2022, la direction générale du développement économique, de la recherche et de l'innovation (ci-après : DG DERI), rattachée au département, a indiqué à A_____ qu'elle ne pouvait prétendre à une aide financière pour le second semestre 2021 et lui a ordonné de rembourser la part d'indemnisation indûment perçue de CHF 150'135.50.

Les éléments de calculs retenus étaient les suivants :

- CA 2020 : CHF 958'348.- ;
- Coûts fixes 2020 : CHF 548'703.20 ;
- Coûts totaux 2020 : CHF 969'684.- ;
- Ratio de coûts variables : $(\text{CHF } 969'648 - 548'703.20) / 958'348 = 43.93\%$;
- CA 2021 (période du 1^{er} janvier au 26 juin 2021) : CHF 0.- ;
- Aide : $(548'703.20 / 365 \cdot 176 \text{ jours de fermeture}) - ([1 - 43.93\%] \cdot 0) = \text{CHF } 264'580.20$.

C. a. A_____ a formé réclamation contre cette décision, contestant le principe du remboursement.

b. Par décision du 24 janvier 2023, la DG DERI a rejeté la réclamation.

L'analyse financière relative à l'exercice comptable 2020 s'était portée dans un premier temps sur les états financiers 2020 provisoires fournis le 19 mars 2021. Ces chiffres différaient de ceux retenus pour le même exercice comptable, transmis au titre des états financiers définitifs 2020 le 28 octobre 2021. Le processus d'évaluation des demandes avait évolué depuis le début du programme, passant d'un examen de droit à l'aide fondé sur un principe déclaratif à une analyse approfondie s'appuyant sur les éléments comptables définitifs.

D. a. Par acte remis au guichet universel du Pouvoir judiciaire le 24 février 2023, A_____ a interjeté recours contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative), concluant à son annulation.

Le principe du remboursement était infondé à plusieurs titres. La participation financière n'avait pas été perçue indûment car elle avait été établie et fixée par le département. Seules pouvaient être perçues indûment les indemnités versées sur la

base des chiffres d'affaires 2018 et 2019 ainsi que les coûts totaux 2020 qui auraient été erronés. Or, tel n'était en l'occurrence pas le cas.

Dans sa décision du 6 avril 2021, le département avait retenu un montant de CHF 711'942.- à titre de coûts fixes pour l'année 2020. Il ne pouvait dès lors pas, sans explications pertinentes, retenir par la suite un montant de CHF 548'703.20.

La méthode de calcul ne ressortait ni de la loi applicable ni de son règlement.

b. Le département, soit pour lui la DG DERI, a conclu au rejet du recours.

Vu les nouveaux CA et les coûts totaux annoncés par A_____ dans sa demande du 28 octobre 2021, une aide pour fermeture était apparue plus favorable que l'aide pour recul du CA. Il convenait donc d'allouer une aide pour fermeture. Or, cette aide restait inférieure à celle déjà allouée. Dès lors, A_____ devait rembourser la différence.

Dans sa demande du 28 octobre 2021, A_____ avait communiqué des états financiers définitifs qui différaient des états financiers provisoires qui avaient accompagné sa demande du 19 mars 2021. Lorsqu'un administré déposait de nouvelles pièces à l'appui de sa demande, l'autorité en tenait compte dans l'examen du bien-fondé de la première décision rendue. Pour déterminer les coûts fixes, il avait fallu additionner les montants figurant dans les demandes, en ne retenant toutefois que 10% des charges salariales totales.

c. Dans sa réplique du 20 juin 2023, A_____ a requis la comparution personnelle des parties. Elle a relevé que seul le montant des coûts fixes définitifs était déterminant. Le montant retenu par le département à titre de coûts fixes définitifs pour l'année 2020 était erroné. En tenant compte des charges de l'exercice 2020, soit CHF 1'125'530.10 – telles qu'elles ressortaient de ses comptes définitifs adressés en annexe à la requête du 28 octobre 2021 –, auxquels s'ajoutaient les charges directes de CHF 76'860.97, les charges totales de l'exercice s'élevaient à CHF 1'202'391.07. Après déduction des salaires et charges sociales (CHF 493'772.96), les coûts fixes de l'exercice 2020 s'élevaient à CHF 706'860.- (CHF 120'2391.07 – CHF 493'772.96), auxquels s'ajoutaient 10% des salaires, soit un total de CHF 757'995.96. Dès lors, elle ne devait restituer aucun montant.

A_____ a produit une pièce nouvelle intitulée « comptes bilans et PP de A_____ définitifs adressés en annexe à la requête du 28 octobre 2021 », dont le contenu sera repris en tant que de besoin dans la partie en droit du présent arrêt.

E. a. Par arrêt du 21 août 2023 (ATA/868/2023), la chambre administrative a rejeté le recours.

L'audition d'un membre de A_____ n'était pas nécessaire et le principe du remboursement des montants perçus indûment était fondé.

Lors de sa demande du 28 octobre 2021, A_____ avait indiqué, dans le masque en ligne, des coûts fixes définitifs 2020 de CHF 993'098.-, dont CHF 493'772.- de charges salariales. Compte tenu de ces nouveaux chiffres, par rapport à ceux

présentés dans la demande du 19 mars 2021, le département avait, dans un premier temps, arrêté le montant des coûts fixes à prendre en compte à CHF 548'703.20, initialement fixé à CHF 711'942.- dans la décision du 6 avril 2021, par laquelle elle avait octroyé à A_____ une aide de CHF 414'715.70. Le montant retenu par le département au titre des coûts fixes définitifs 2020 pris en compte était correct. En effet, il avait déduit du montant de CHF 993'098.- un montant de CHF 444'394.80.- correspondant à 90% de CHF 493'772.-, les charges sociales patronales étant prises en compte sur la base d'une couverture forfaitaire correspondant à 10% des charges de personnel. Contrairement à ce que prétendait A_____, la loi applicable ne prévoyait pas la prise en compte de la totalité des salaires dans les coûts fixes. Dans un second temps, le département avait arrêté l'aide que la recourante aurait dû en réalité toucher à CHF 264'580.20, selon la méthode de calcul prévue expressément par la loi, soit après division du montant des coûts fixes (CHF 548'703.20) par 365 et multiplication du quotient obtenu (1503.3) par le nombre de jours de fermeture du cabaret-dancing en 2021, soit 176. Ce calcul était également correct. Dès lors, le département était fondé à réclamer à A_____ un montant de CHF 150'135.50 correspondant à la différence entre le montant qu'elle avait effectivement touché (CHF 414'715.70) et celui qu'elle aurait dû percevoir (CHF 264'580.20).

- F. a.** Par arrêt du 28 février 2024 (2C_520/2023), le Tribunal fédéral a admis le recours interjeté par A_____ contre l'ATA/868/2023 précité, l'a annulé et a renvoyé la cause à la chambre administrative pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Le grief de violation du droit d'être entendu, en tant qu'il portait sur le refus de la chambre administrative d'entendre A_____, était infondé. En revanche, celle-là ne s'était pas prononcée sur le montant de coûts fixes 2020 présenté par A_____ dans sa réplique du 20 juin 2023. Elle avait examiné la question des coûts fixes définitifs 2020 en se référant uniquement aux chiffres présentés par A_____ dans sa demande du 28 octobre 2021, mais sans expliquer pour quelle raison elle avait écarté les montants indiqués dans ladite réplique. La motivation, même implicite, de l'arrêt attaqué ne permettait pas au Tribunal fédéral d'examiner si, pour juger de l'obligation de rembourser, la Cour de justice s'était référée à bon droit aux chiffres communiqués par A_____ dans sa demande du 28 octobre 2021, ni pourquoi elle n'avait pas pris en compte les montants indiqués à l'appui de la réplique du 20 juin 2023, qui correspondaient aux données correctes selon A_____. Or, une motivation sur ce point était déterminante pour l'issue du litige.

- G. a.** Invitée par la chambre administrative à se déterminer sur l'arrêt du Tribunal fédéral, A_____ a persisté dans l'argumentation ressortant de sa réplique et l'a complétée.

L'aide avait été attribuée en fonction des CA 2018 et 2019 ainsi que du CA 2020, des coûts totaux et des coûts fixes arrêtés à CHF 711'942.-. Aucune explication n'était donnée sur le bien-fondé du montant de l'aide octroyée à hauteur de CHF 414'715.70.

- b. Le département a persisté dans ses conclusions.
- c. Sur ce, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

1. La recevabilité du recours a déjà été admise par arrêt de la chambre administrative du 21 août 2023 (ATA/868/2023). Il n'y a donc pas lieu d'y revenir.
2. En application du principe de l'autorité de l'arrêt de renvoi du Tribunal fédéral, l'autorité cantonale à laquelle la cause est renvoyée par celui-ci est tenue de fonder sa nouvelle décision sur les considérants de droit de l'arrêt du Tribunal fédéral. Elle est ainsi liée par ce qui a déjà été définitivement tranché par le Tribunal fédéral et par les constatations de fait qui n'ont pas été attaquées devant lui ou l'ont été sans succès. La motivation de l'arrêt de renvoi détermine dans quelle mesure la cour cantonale est liée à la première décision, décision de renvoi qui fixe aussi bien le cadre du nouvel état de fait que celui de la nouvelle motivation juridique (arrêt du Tribunal fédéral 6B_904/2020 du 7 septembre 2020 consid. 1.1 et les références citées).

En l'occurrence, le Tribunal fédéral a considéré que le grief de violation du droit d'être entendu, en tant qu'il portait sur le refus de la chambre administrative d'entendre la recourante, était infondé. En outre, il n'a pas examiné ni fait mention de la question du bien-fondé du principe de la restitution de l'aide octroyée, la recourante n'ayant pas contesté ce point dans son recours au Tribunal fédéral. Celle-ci ne le remet d'ailleurs plus en cause. Les deux aspects précités ne sont donc plus litigieux. Il n'y a dès lors pas lieu d'y revenir.

Le Tribunal fédéral a enfin enjoint à la chambre de céans de préciser les raisons pour lesquelles le montant des coûts fixes indiqués dans la réplique du 20 juin 2023 de la recourante ne pouvait pas être pris en compte. Le litige est donc circonscrit à l'examen de cette question.

3. La recourante conteste le montant des coûts fixes retenu dans la décision querellée.
3.1 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).

L'art. 12 de la loi Covid-19, dans sa teneur au 1^{er} avril 2021 applicable au cas d'espèce, prévoit les mesures pour les cas de rigueur destinées aux entreprises. 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 1^{er} octobre 2020, avaient leur siège dans le canton le 1^{er} 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 CA 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. 1^{bis}).

L'art. 12 al. 4 de la loi Covid-19 prévoit que le Conseil fédéral règle les détails dans une ordonnance.

3.2 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). Dans sa version du 1^{er} avril 2021, applicable en l'occurrence, son art. 3 prévoit que l'entreprise a fourni au canton les justificatifs suivants : elle s'est inscrite au registre du commerce avant le 1^{er} octobre 2020, ou, à défaut d'inscription au registre du commerce, a été créée avant le 1^{er} 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). Le chiffre d'affaires au sens de la présente ordonnance se réfère au compte individuel de l'entreprise requérante (al. 3).

3.3 Le 29 janvier 2021, le Grand Conseil genevois a adopté la loi 12863 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 1^{er} janvier 2021 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 chiffre d'affaire insuffisante et qui ne couvrent pas leurs coûts fixes dans les limites prévues à l'art. 12 (art. 1 al. 3).

Les aides financières consistent en une participation de l'État aux coûts fixes non couverts de certaines entreprises (art. 2 al. 1). Les aides financières octroyées en application des lois 12783, 12812, 12824, 12825, 12826 et 12833 demeurent acquises s'agissant du calcul des montants alloués pour l'année 2020, sous réserve d'un paiement indu découvert *a posteriori* (art. 2 al. 4). Les versements déjà effectués en application des lois 12802, 12803, 12807, 12808, 12809, 12810 et 12813 pour la période du 26 septembre 2020 au 31 décembre 2021 sont déduits de

l'aide apportée dans le cadre de la loi (art. 2 al. 5). L'aide financière n'est accordée que si les entreprises satisfont les critères d'éligibilité définis par la loi (art. 2 al. 7).

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 chiffre d'affaires a subi une baisse substantielle selon les dispositions de l'ordonnance Covid-19 (art. 3 al. 1 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 (art. 3 al. 1 let. c). L'aide financière demandée en raison de l'al. 1 let. b est réduite de l'aide financière éventuelle apportée durant la même période suite à une demande fondée sur l'al. 1 let. a (al. 3).

L'aide financière extraordinaire consiste en une participation à fonds perdu de l'État de Genève destinée à couvrir les coûts fixes de l'entreprise (art. 5 al. 1). Sont considérés comme coûts fixes les charges fixes incompressibles liées à l'activité, indispensables au maintien de cette dernière, notamment le loyer, les fluides, les assurances et les contrats de location liés à l'activité commerciale (art. 5 al. 2). La liste des coûts fixes pris en compte et le calcul du montant de la participation sont établis par le règlement (art. 5 al. 3).

L'indemnité est versée aux entreprises dont l'activité est interdite par décision des autorités fédérales ou cantonales (art. 7 et 8), dont le CA est inférieur à 60% du CA antérieur (art. 9 à 11 ; art. 5 al. 1 de l'ordonnance Covid-19), des aides pouvant être octroyées aux entreprises dont la baisse du CA se situe entre 25% et 40% du CA moyen antérieur (art. 12).

L'indemnité – versée aux établissements dont l'activité est interdite par décision des autorités fédérales ou cantonales – n'est accordée que durant la période pendant laquelle l'activité est totalement ou partiellement interdite suite à une décision des autorités fédérales ou cantonales (art. 8 al. 1). Son montant est déterminé par voie réglementaire, calculé au prorata du nombre de jours pendant lesquels l'activité est totalement ou partiellement interdite (art. 8 al. 2) et est en principe au plus de CHF 750'000.- et 20% du CA (art. 8 al. 3, 11 al. 2 et 12 al. 2).

Aux termes de l'art. 14 al. 1 aLAFE-2021, l'aide financière est accordée sur demande du bénéficiaire potentiel ou de son mandataire ; la demande est adressée au département sur la base d'un formulaire spécifique, accompagné notamment de toutes les pièces utiles attestant des coûts fixes du bénéficiaire.

Selon l'art. 15 aLAFE-2021, intitulé « obligation de renseigner », le bénéficiaire de l'aide et/ou son mandataire collaborent à l'instruction du dossier et renseignent régulièrement le département afin de lui présenter une image fidèle et transparente de l'évolution des charges du bénéficiaire (al. 1) ; le demandeur autorise en tout temps le contrôle du respect des conventions collectives ou usages applicables ainsi que le paiement effectif des charges sociales (al. 2) ; le département peut en tout temps effectuer des contrôles dans les locaux du bénéficiaire et y consulter les

livres, ou tout document utile, et être renseigné sur l'état de comptes bancaires ou postaux (al. 3).

La participation financière indûment perçue doit être restituée sur décision du département (16 al. 1 aLAFE-2021). Est indûment perçue la participation financière utilisée à d'autres fins que la couverture des coûts fixes tels que précisés à l'art. 5 aLAFE-2021.

3.4 Le 3 février 2021, le Conseil d'État a adopté le règlement d'application de la loi 12863 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 (aRAFE-2021).

L'aide financière est à fonds perdu (art. 4 al. 1 aRAFE-2021). Elle consiste en une participation de l'État de Genève destinée à endosser les coûts fixes non couverts de l'entreprise.

Selon l'art. 5 al. 1, les coûts fixes comprennent le loyer et les charges locatives (let. a), les fluides (let. b), les abonnements et engagements fixes (let. c), les assurances liées à l'activité commerciale (let. d), les frais administratifs (let. e), les frais de véhicules (let. f), les charges d'amortissement (let. g), les charges financières (let. h), les charges de leasing (let. i) et les charges sociales patronales sur une base forfaitaire (let. j).

Les charges sociales patronales sont prises en compte sur la base d'une couverture forfaitaire de 10% des charges de personnel, qui vise à couvrir notamment les cotisations de l'employeur à la prévoyance professionnelle, aux allocations familiales et à l'assurance-maternité (art. 5 al. 2 aRAFE-2021).

Peuvent prétendre à une aide financière les entreprises qui, en raison des mesures prises par la Confédération ou le canton de Genève pour endiguer l'épidémie de COVID-19, ont dû cesser totalement ou partiellement leur activité suite à la fermeture de leur établissement pour au moins 40 jours entre le 1^{er} novembre 2020 et le 30 juin 2021 (art. 8 al. 1 aRAFE-2021).

Le montant de l'indemnité correspond aux coûts fixes de l'entreprise en 2020, calculé au prorata du nombre de jours, à compter du 1^{er} janvier 2021, pendant lesquels l'activité est totalement ou partiellement interdite (art. 9 al. 1 aRAFE-2021). Est déduite du montant de l'indemnité accordée la part des coûts fixes couverts par le chiffre d'affaires éventuel, réalisé pendant la période de fermeture (vente à l'emporter, click and collect ; art. 9 al. 2 aRAFE-2021).

Selon l'art. 17 aRAFE-2021, l'entreprise demanderesse et le département signent une convention qui permet notamment au département d'obtenir des données sur l'entreprise nécessaires à l'étude des dossiers et à la gestion des aides auprès d'autres services fédéraux, cantonaux ou communaux. L'entreprise demanderesse collabore à l'instruction du dossier et renseigne régulièrement le département, afin de lui présenter une image fidèle et transparente de la marche de ses affaires (art. 20

aRAFE-2021). Les entreprises ayant bénéficié de l'octroi d'une aide s'engagent à faire parvenir au département, sur sa demande, durant les trois années qui suivent le versement de l'aide, la documentation permettant de vérifier que les conditions d'octroi ont été respectées (art. 23 aRAFE-2021).

Les montants indûment perçus, conformément à l'art. 16 aLAFE-2021, doivent être restitués (art. 24 al. 1 aRAFE-2021). Les entreprises doivent porter sans délai à la connaissance du département tout évènement qui rendrait exigible le remboursement de l'aide (art. 24 al. 2 aRAFE-2021).

3.5 Le 30 avril 2021, le Grand Conseil a adopté la loi 12938 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), qui a abrogé l'aLAFE-2021 (art. 23), tout en en reprenant le dispositif pour l'essentiel.

La participation financière indûment perçue doit être restituée sur décision du département (art. 17 al. 1 LAFE-2021). Est indûment perçue la participation financière utilisée à d'autres fins que la couverture des coûts fixes tels que précisés à l'art. 3 (art. 17 al. 2 LAFE-2021).

3.6 Le 5 mai 2021, le Conseil d'État a adopté le règlement d'application de la loi 12938 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), qui a abrogé l'aRAFE-2021 (art. 31), tout en en reprenant le dispositif pour l'essentiel, et a été modifié le 7 juillet 2021.

Le montant de l'indemnité correspond aux coûts fixes 2020 admis au sens de l'art. 7, dont la teneur correspond à celle de l'art. 5 aRAFE-2021, calculé à compter du 1^{er} janvier 2021 au prorata du nombre de jours pendant lesquels l'activité est totalement ou partiellement interdite (art. 9 al. 1 RAFE-2021).

L'entreprise demanderesse et le département signent une convention qui permet au département de se procurer des données sur l'entreprise concernée auprès d'autres offices de la Confédération et des cantons ou de communiquer à ces offices des données sur l'entreprise, dans la mesure où celles-ci sont nécessaires à l'examen des demandes, à la gestion des aides et à la lutte contre les abus (art. 22 RAFE-2021).

L'entreprise demanderesse collabore à l'instruction du dossier et renseigne régulièrement le département, afin de lui présenter une image fidèle et transparente de la marche de ses affaires (art. 25 RAFE-2021). En cas d'octroi d'une aide financière et versement d'un acompte, une décision rappelant les conditions et modalités d'octroi et de versement ainsi que les obligations du bénéficiaire est adressée aux entreprises (art. 27 al. 1 RAFE-2021). Les entreprises ayant bénéficié de l'octroi d'une aide s'engagent à faire parvenir au département, sur sa demande, durant l'exercice au cours duquel le versement de l'aide a été effectué et durant les

trois années qui suivent, la documentation permettant de vérifier que les conditions d'octroi ont été respectées (art. 28 RAFF-2021). Les entreprises doivent porter sans délai à la connaissance du département tout événement qui rendrait exigible le remboursement de l'aide (art. 29 al. 1 RAFF-2021). À défaut de réception par le département des états financiers au 30 juin 2021, les acomptes versés au sens des art. 12, al. 2 et 3, et 15, al. 2 et 3, doivent être restitués.

Les entreprises doivent porter sans délai à la connaissance du département tout événement qui rendrait exigible le remboursement de l'aide (art. 29 al. 1 RAFF-2021). Les montants indûment perçus, conformément à l'art. 17 LAFF-2021 doivent être restitués (art. 29 al. 3 RAFF-2021).

3.7 De manière générale, une révocation est possible aux conditions prévues dans la loi (ATF 134 II 1 consid. 4.1) ou, en l'absence de base légale, également lorsqu'un intérêt public particulièrement important l'impose (ATF 139 II 185 consid. 10.2.3 ; 137 I 69 consid. 2.3 ; 135 V 215 consid. 5.2 ; 127 II 306 consid. 7a). La révocation d'une décision pour inexécution d'une obligation ne requiert pas de base légale, si cette obligation est l'une des conditions objectives que la loi pose à l'octroi d'une prestation : il s'agit là de « rétablir » l'ordre légal (ATA/1042/2022 du 17 octobre 2022 consid. 2f). La répétition de l'indu (art. 63 al. 1 CO par analogie) fait partie des principes généraux du droit administratif et est applicable sans base légale expresse (ATF 141 II 447 consid. 8.5 ; 135 II 274 consid. 3.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_250/2010 du 26 août 2010 consid. 3.2 ; ATA/429/2024 du 26 mars 2024 consid. 9.3 et l'arrêt cité).

3.8 À teneur de l'art. 5 al. 3 Cst., les organes de l'État et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi. Cela implique notamment qu'ils s'abstiennent d'adopter un comportement contradictoire ou abusif (ATF 136 I 254 consid. 5.2).

3.9 En l'espèce, il convient au préalable de préciser que le fait qu'aucune explication n'ait été donnée sur le bien-fondé du montant de la première aide octroyée le 6 avril 2021 à hauteur de CHF 414'715.70 n'emporte aucune conséquence. En effet, d'une part, la recourante n'a pas contesté le montant de cette aide, qui a été octroyée sur la base de chiffres provisoires uniquement. D'autre part, comme on le verra ci-après, seul est déterminant le montant octroyé sur la base des comptes définitifs de l'entreprise, soit celui fixé dans la décision du 18 novembre 2021 et auquel la recourante a droit. Ainsi, tout montant, quel que soit son importance, octroyé en trop à la suite de la première aide et auquel la recourante n'avait pas le droit, doit être restitué. Il importe donc peu de savoir comment la première aide de CHF 414'715.70 a été calculée.

3.9.1 Lors de sa deuxième demande (28 octobre 2021), la recourante a indiqué, dans le masque en ligne, des coûts fixes définitifs 2020 de CHF 993'098.-, dont CHF 493'772.- de charges salariales. Le masque en ligne prévoyait exactement les mêmes rubriques que celles énumérées par la loi pour les coûts fixes, à savoir le montant du loyer et des charges locatives, des fluides, des abonnements et

engagements fixes, des assurances, des frais administratifs, des frais de véhicules, des charges d'amortissement, des charges financières, des charges de leasing et des charges sociales.

Dans un premier temps, et compte tenu de ces nouveaux chiffres, par rapport à ceux présentés par la recourante dans sa première demande du 19 mars 2021, l'intimée a arrêté le montant des coûts fixes à prendre en compte à CHF 548'703.20, initialement fixé à CHF 711'942.- dans la décision du 6 avril 2021, par laquelle elle avait octroyé à la recourante une aide provisoire de CHF 414'715.70.

Le montant retenu par l'intimée au titre des coûts fixes définitifs 2020 (CHF 548'703.20) est correct, contrairement à ce que prétend la recourante. En effet, conformément à l'art. 5 al. 1 aRAFE-2021, l'intimée a déduit du montant de CHF 993'098.- annoncé par la recourante un montant de CHF 444'394.80.- correspondant à 90% de CHF 493'772.-, les charges sociales patronales étant prises en compte sur la base d'une couverture forfaitaire correspondant à 10% des charges de personnel (art. 5 al. 2 aRAFE-2021).

Les contestations de l'intéressée relatives à ce calcul, soulevées pour la première fois dans sa réplique du 20 juin 2023, ne sont pas de nature à remettre en cause ce qui précède, dans la mesure où elles sont infondées. En premier lieu, ayant elle-même rempli, sur la base des comptes définitifs 2020 sur lesquels elle fonde pourtant sa nouvelle argumentation, le masque en ligne sur lequel l'intimée s'est basée pour le calcul des coûts fixes 2020, elle ne saurait se prévaloir aussi tardivement du fait que les chiffres qu'elle a elle-même annoncés seraient incomplets. Au demeurant, les montants indiqués dans le masque en ligne au titre des coûts fixes 2020 définis par la aLAFE-2021 et la LAFE-2021 correspondent à ceux qui figurent dans les comptes définitifs 2020 de la recourante produits en annexe de sa demande du 28 octobre 2021 (loyer et charges locatives : CHF 431'722.- dans le masque, soit CHF 210'722.- + CHF 220'950.- dans les comptes ; fluides [électricité dans les comptes] : CHF 9'739.- ; abonnements engagements fixes [redevances et licences dans les comptes] : CHF 4'440.- ; assurances : CHF 5'991.- ; frais administratifs [frais de bureau et administration dans les comptes] : CHF 14'449.- ; charges salariales [salaires et charges sociales dans les comptes] : CHF 493'772.96 ; frais de véhicules : 0 ; charges d'amortissement : CHF 6'549.- ; charges financières [intérêts et frais bancaires dans les comptes] : CHF 237.-), à l'exception des charges de *leasing* (CHF 26'199.-), que la recourante semble avoir surestimés dans sa demande à hauteur de CHF 6'158.31, les comptes 2020 faisant seulement état de frais de locaux pour un montant de CHF 15'564.04 et de frais de réparation et d'entretien pour un montant de CHF 4'476.65.-.

En deuxième lieu, comme l'admet la recourante, seuls les coûts fixes énumérés par la aLAFE-2021 et la LAFE-2021 sont déterminants. La loi ne prévoit en effet pas la prise en compte de toutes les charges issues des comptes, contrairement à ce que l'intéressée semble soutenir. Il n'est donc pas question de tenir compte du montant

de CHF 1'202'391.07 qu'elle a avancé à titre de charges, ce montant englobant, à hauteur de CHF 215'448.22, des postes sans rapport avec les coûts fixes admis par la aLAFE-2021 et la LAFE-2021, à savoir les charges directes (CHF 76'860.97), les frais divers du personnel (CHF 20'210.96), les commissions de tiers (CHF 6'000.-), les frais juridiques (CHF 9'990.-), de sécurité (CHF 4'865.19), de publicité (CHF 20'582.-), de conseil et développement (CHF 42'540.-), de voyages et déplacements (CHF 3'531.50), de représentation et clientèle (CHF 7'249.05), les droits, taxes autorisations et cotisations (CHF 7'942.14), la provision perte sur débiteurs (CHF 4'842.10), les frais de carte de crédit (CHF 10'217.94) ainsi que les impôts et taxes (CHF 616.-).

Enfin, la détermination des coûts fixes et le calcul du montant de l'indemnité présentés par la recourante dans sa réplique ne correspondent manifestement pas à ceux prescrits par la loi (art. 9 al. 1 aRAFE-2021 et 9 al. 1 RAFE-2021), celle-ci prévoyant l'addition des coûts fixes admis, lesquels sont ensuite divisés par 365 et multiplié par le nombre de jours de fermeture. Dès lors, contrairement à ce que prétend l'intéressée, qui présente une méthode de calcul ne reposant sur aucun fondement, il ne s'agit pas d'additionner toutes les charges aux charges directes, puis de déduire les charges sociales et enfin d'ajouter 10% des salaires.

3.9.2 Dans un second temps, l'intimée a arrêté l'aide que la recourante aurait dû en réalité percevoir à CHF 264'580.20, après division du montant des coûts fixes (CHF 548'703.20) par 365 et multiplication par le nombre de jours de fermeture du cabaret-dancing en 2021, soit 176. Ce calcul est également correct puisqu'il correspond à la méthode prescrite par les art. 9 al. 1 aRAFE 2021 et 9 al. 1 RAFE-2021. Dès lors, l'intimée était fondée à réclamer à la recourante un montant de CHF 150'135.50 correspondant à la différence entre le montant qu'elle a effectivement touché (CHF 414'715.70) et celui qu'elle aurait dû percevoir (CHF 264'580.20).

Il découle de ce qui précède que le recours est entièrement mal fondé et doit être rejeté.

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

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 24 février 2023 par A_____ contre la décision sur réclamation de la direction générale du développement économique, de la recherche et de l'innovation du 24 janvier 2023 ;

au fond :

le rejette ;

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

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 Marc-Alec BRUTTIN, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me Gabriel AUBERT, avocat de l'intimée.

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

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :

le président siégeant :

D. WERFFELI BASTIANELLI

C. MASCOTTO

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

