RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/777/2022-EXPLOI **ATA/690/2022**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 29 juin 2022

1ère section

dans la cause

A_____

contre

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE ET DE L'EMPLOI
représenté par Me Gabriel Aubert, avocat

EN FAIT

1) La société A_____ (ci-après : A_____) est inscrite au registre du commerce du canton de Genève (ci-après : RC) depuis le 21 janvier 2013.

Elle a pour but la gestion administrative et commerciale de marques, franchises et brevets dans le secteur de la haute horlogerie et de la joaillerie, notamment des conseils ainsi que de l'assistance juridique, administrative et commerciale.

2) a. Le 30 décembre 2020, A_____ a formé auprès du département du développement économique, devenu depuis lors le département de l'économie et de l'emploi (ci-après : DEE), une demande d'aide financière extraordinaire destinée aux commerces de détail et activités de proximité (loi 12'812) contraints à la fermeture dans le cadre de la crise sanitaire du coronavirus (COVID-19).

b. Par décision du 26 février 2021, CHF 9'311.83 lui ont été alloués.

3) Par décision du 20 décembre 2021, une aide financière extraordinaire complémentaire, pour la période du 1er janvier au 30 juin 2021 de CHF 116'861.70 lui a été octroyée.

Elle se fondait sur un chiffre d'affaires (ci-après : CA), soit le total des produits duquel étaient déduites les éventuelles aides « cas de rigueur » comptabilisées de CHF 359'046.91. Elle retenait des coûts totaux de CHF 475'908.65 et des coûts fixes de CHF 275'849.-.

4) A_____ a formé réclamation contre cette décision par un courrier reçu par le DEE le 21 janvier 2022.

CHF 61'835.- avaient été déduits à tort du montant des charges, le diminuant de CHF 537'743.55 à 475'908.55.

Le montant contesté se composait de CHF 52'523.15 d'indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT) et des CHF 9'311.83 précédemment perçus conformément à la loi 12'812.

5) Par décision du 2 mars 2022, le DEE a rejeté la réclamation.

Les RHT avaient été retenues en amont du calcul de l'aide, dès lors qu'elles visaient à réduire les charges encourues et étaient imposables. Elles avaient donc été comptabilisées au titre de charges négatives, soit en déduction des coûts totaux.

Le calcul applicable aux charges de la société en 2021 se décomposait comme suit : total des charges d'exploitation : CHF 537'743.55 sous imputation des indemnités RHT reçues (CHF 52'523.15) et des « indemnités pour les charges incompressibles reçues » (CHF 9'311.85), soit un total de CHF 475'908.55.

La décision était maintenue.

6) Par acte du 9 mars 2022, A_____ a interjeté recours devant la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative). Elle a conclu à ce que la décision sur opposition soit reconsidérée.

Elle produisait des extraits de la loi 12'863 selon laquelle les indemnités RHT ne devaient pas être déduites de l'aide due aux termes de ladite loi.

7) Le DEE a conclu au rejet du recours.

La loi 12'938 avait délégué au Conseil d'État le soin d'énumérer les coûts fixes à prendre en considération. Conformément à l'art. 5 du règlement édicté par le Conseil d'État, les coûts fixes ne comprenaient pas les salaires. En revanche, les cotisations sociales représentaient un coût, de sorte qu'elles avaient été incluses dans la liste.

Selon la loi 12'938, les aides financières sollicitées participaient aux coûts fixes non couverts de l'entreprise. Économiquement, le salaire ne représentait pas des coûts, encore moins des coûts fixes, de surcroît « non couverts », puisqu'ils étaient remplacés par les indemnités RHT représentant 80 % du salaire, les salariés bénéficiaires renonçant, de par la loi, aux 20 % supplémentaires. En revanche, les cotisations sociales constituaient des coûts fixes, puisqu'elles n'étaient pas prises en charge par l'assurance en cas de RHT et que l'employeur en restait redevable.

Selon une disposition expresse de la loi 12'938, les indemnités RHT n'étaient pas déduites des aides. La recourante avait comptabilisé les indemnités RHT en produits extraordinaires. Elle aurait aussi pu le faire en déduction des charges effectives. Il n'était toutefois pas justifié d'indemniser l'entreprise pour des coûts qu'elle n'avait pas supportés. Il était donc nécessaire que l'administration déduise les indemnités RHT, sauf à pratiquer une surindemnisation, interdite par la législation genevoise.

Pour le surplus le système genevois était pleinement compatible avec le droit fédéral.

8) A_____ n'a pas souhaité répliquer dans le délai qui lui avait été imparti.

9) Le 7 juin 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).

2) Le litige porte sur le bien-fondé de la décision du DEE du 2 mars 2022 fixant le montant de l'aide financière complémentaire « cas de rigueur » versé par l'État de Genève à la recourante pour le premier semestre 2021 à CHF 116'861.70.

3) 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 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).

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 voyage, 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). Une part uniforme de coûts fixes s'appliquait aux entreprises qui avaient des activités dans plusieurs des domaines visés à l'al. 3 et se fondait sur le domaine d'activité dans

lequel la plus grande part du CA annuel au sens de l'art. 3 al. 2 avait été générée ; si une entreprise déposait une demande en vertu de l'art. 2a, à savoir une entreprise dont les domaines d'activité étaient clairement délimités au moyen d'une comptabilité, la part de coûts fixes correspondant au secteur concerné s'appliquait (al. 5).

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 les 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 voyage, 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).

4) a. Au plan cantonal genevois, le Grand Conseil 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).

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.

Selon l'art. 2 LAFE-2021, les aides financières prévues par la LAFE-2021 consistent en une participation de l'État de Genève aux coûts fixes non couverts de certaines entreprises (al. 1 1ère phrase). Une éventuelle subvention monétaire générale d'une collectivité publique est déduite de l'aide financière apportée dans le cadre de la LAFE-2021 (al. 2). Les RHT, notamment, ne sont pas déduits de l'aide apportée dans le cadre de la LAFE-2021 (al. 3).

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).

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 liste, en son art. 7, les coûts fixes qui peuvent être admis en vertu de l'art. 4 al. 2 de la LAFE-2021, à savoir : a) loyer et charges locatives (p. ex. chauffage, parkings) ; b) fluides (p. ex. électricité, eau) ; c) abonnements et engagements fixes (p. ex. télécom, Internet, licences, maintenance, frais de publicité ne pouvant être annulés) ; d) assurances liées à l'activité commerciale ; e) frais administratifs (p. ex. honoraires fiduciaires) ; f) frais de véhicules (p. ex. frais d'entretien, frais de leasing); g) charges d'amortissement ; h) charges financières (p. ex. intérêts bancaires, frais bancaires) ; i) charges de leasing ; j) charges sociales patronales, sur une base forfaitaire (al. 1). Les charges sociales patronales sont prises en compte sur la base d'une couverture forfaitaire correspondant à 10% des charges de personnel, qui vise à couvrir notamment les cotisations de l'employeur à la prévoyance professionnelle, aux allocations familiales et l'assurance-maternité (art. 7 al. 2 RAFE-2021).

Ces dispositions n'ont pas non plus subi de modification.

5) En l'espèce, la recourante conteste la diminution de ses charges, opérée par l'autorité intimée, à hauteur de CHF 61'835.-, considérant que les montants de CHF 52'523.15 perçus au titre de RHT et de CHF 9'311.85 reçus en février 2021 comme aide aux commerces de proximité (loi 12'812), devaient être inclus dans les charges.

Or, la loi 12'938 définit ce qui doit être considéré comme charges fixes. Les RHT et les montants perçus en application de la loi 12'812 n'en font pas partie.

De surcroît, ces montants ne peuvent être considérés comme des charges, la société les ayant perçus et non acquittés.

La recourante qui fonde son raisonnement sur l'art. 2 al. 3 LAFE-2021, en fait une lecture erronée. Une déduction « de l'aide apportée par la loi 12'938 », reviendrait en l'espèce à imputer le montant de CHF 116'861.70, ce que le législateur a précisément voulu éviter.

Enfin, la recourante ne conteste pas que le système genevois est conforme à l'art. 12 al. 1bis de la Loi-Covid-19.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

6) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'000.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée au département qui, bien que plaidant par un avocat, dispose d'un service juridique (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/1738/2019 du 3 décembre 2019).

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 9 mars 2022 par A_____ contre la décision du département de l'économie et de l'emploi du 2 mars 2022 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'000.- 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 A_____ ainsi qu'à Me Gabriel Aubert, 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 :

P. Hugi F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :