

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2747/2022-EXPLOI

ATA/1270/2022

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 16 décembre 2022

2^{ème} section

dans la cause

A_____

représentée par Me Gilles Robert-Nicoud, avocat

contre

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

représentée par Me Gabriel Aubert, avocat

EN FAIT

- 1) A_____ a été inscrite au registre du commerce du canton de Genève le 21 mars 1991. Elle a pour but l'installation et l'exploitation de centres sportifs et de loisirs.

La société indique avoir exploité un bowling à Meyrin jusqu'en mai 2018. En août 2018, elle avait entamé la construction d'un nouveau centre de loisirs, qui avait ouvert ses portes le 15 avril 2019 dans le centre commercial B_____.

- 2) Le 21 avril 2021, elle a requis une aide financière extraordinaire complémentaire. Elle a soutenu que le chiffre d'affaires (ci-après : CA) de référence devait être ceux des années 2018 et 2019, qui devaient être annualisés, de sorte qu'il s'élevait à CHF 3'693'968.-. Ce calcul se justifiait du fait que le centre de loisirs à B_____ constituait une nouvelle entreprise créée entre le 31 décembre 2017 et le 29 février 2020.

- 3) Par décision du 9 décembre 2021, le département de l'économie et de l'emploi (ci-après : DEE) a refusé toute aide financière extraordinaire complémentaire.

Le plafond cumulé des aides financières extraordinaires pour 2020 et le premier semestre de 2021 ne pouvait dépasser 20 % du CA moyen de 2018 et 2019, le plafond de CHF 1'000'000.- ou le montant des coûts fixes allant du 1^{er} janvier au 30 juin 2021.

L'entreprise ne remplissait pas ces conditions.

- 4) Dans sa réclamation, la société a notamment contesté le CA de référence. Il convenait de tenir compte du CA réalisé jusqu'à fin 2018 et celui réalisé dès le 25 avril 2019, puis de les annualiser. Il en ressortait un CA de référence de CHF 3'693'968.-, de sorte qu'elle remplissait les conditions d'octroi de l'aide, les aides accordées ne dépassant pas le plafond fixé.

- 5) Le 30 juin 2022, le DEE a rejeté la réclamation.

La demande d'aide financière extraordinaire du 12 avril 2021 avait mentionné pour les années 2018 et 2019 un CA de CHF 3'693'968.- pour chaque année. Il semblait que la requérante ait uniquement tenu compte du CA réalisé depuis avril 2019 qu'elle avait annualisé. Or, la société était restée inchangée en 2018 et 2019. Elle avait pendant cette période uniquement changé son siège et déplacé le centre de loisirs qu'elle exploitait. Ce dernier ne constituait pas une nouvelle entreprise. Il était exploité par la même société.

La société avait réalisé en 2018 un CA de CHF 906'424.- et en 2019 un CA de CHF 2'486'997.-, de sorte que le CA de référence était de CHF 1'696'711.- [(CHF 906'424 + CHF 2'486'997.-) : 2]. Ayant bénéficié d'une aide de CHF 339'342.10, ce qui correspondait au plafond de 20 % du CA de référence, elle ne pouvait plus prétendre à un complément d'aide. La décision était donc fondée.

Pour la période postérieure à sa demande, la société pouvait néanmoins bénéficier d'une aide, les plafonds ayant été haussés.

- 6) Par acte du 30 août 2022, A_____ a recouru contre cette décision. Elle a conclu à ce que le CA de référence pour l'aide soit calculé à compter du 25 avril 2019, date d'ouverture du centre de loisirs B_____, jusqu'au 29 février 2020 et s'élève à CHF 3'693'968.-, que compte tenu du recul de son CA, le « plafond » applicable soit de 30 % de son CA, mais au plus de CHF 1'500'000.-. Subsidiairement, la décision devait être annulée et le dossier renvoyé au DEE pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

Le CA de 2018 concernait une autre société ; il n'était pas pertinent. Il convenait de tenir compte du CA de 2019 et de 2020, de CHF 2'414'109.- (huit mois en 2019) et CHF 664'198.- (deux mois en 2020), qui devaient être annualisés, de sorte que le CA de référence était de CHF 3'693'968.-. Elle indiquait avoir perçu, au titre des différentes aides de l'État pendant les deux ans, un montant total de CHF 468'947.-.

- 7) Le DEE a conclu au rejet du recours.
- 8) Dans sa réplique, la recourante a relevé qu'il ne fallait pas confondre la forme juridique d'une société avec l'entreprise. En l'occurrence, une nouvelle entreprise avait été créée en 2019, soit le centre de loisirs B_____. Il ne pouvait être tenu compte de l'activité du bowling de Meyrin, qui n'existait plus. Il convenait de faire preuve « d'un minimum de bon sens ». Une nouvelle entreprise ayant été créée en 2019, les dispositions relatives aux entreprises créées en 2019 trouvaient application.
- 9) 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 et 63 al. 1 let. b de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2) Est litigieuse la détermination du CA de référence dans le cadre du programme d'aide financière extraordinaire accordée aux entreprises.

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).

À son art. 12, celle-ci prévoit des mesures destinées aux entreprises. 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 (al. 2). Pour les cas de rigueur, elle peut octroyer des contributions à fonds perdu aux entreprises concernées (al. 3). Le Conseil fédéral règle les détails dans une ordonnance (al. 4). Dès le 19 décembre 2020, la comparaison avec le CA pluriannuel pour la détermination du cas de rigueur a été reprise dans un nouvel al. 1bis de l'art. 12 de la Loi Covid-19. La condition de la rentabilité et de la viabilité de l'entreprise bénéficiaire avant l'apparition du Covid-19 a aussi été reprise dans un nouvel al. 2bis.

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

Selon l'ordonnance Covid-19, dans sa version applicable en l'occurrence, 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). L'entreprise a la forme juridique d'une entreprise individuelle, d'une société de personnes ou d'une personne morale ayant son siège en Suisse (art. 2 al. 1) et elle a un numéro d'identification des entreprises (ci-après : IDE ; art. 2 al. 2).

Au nombre des exigences pour bénéficier du soutien financier, l'entreprise doit établir notamment qu'elle s'est inscrite au RC avant le 1^{er} mars 2020, ou, à défaut d'inscription au RC, a été créée avant le 1^{er} 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 1^{er} 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 1^{er} janvier 2018 et le 29 février 2020, calculé sur douze mois (art. 3 al. 2).

c. Dès le 1^{er} avril 2021, l'art. 3 a été refondu. Selon l'al. 1 let. a, l'entreprise doit s'être inscrite au RC avant le 1^{er} octobre 2020, ou, à défaut d'inscription au registre du commerce, avoir été créée avant le 1^{er} 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 1^{er} 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.

d. 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 chiffre d'affaires 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 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).

e. Le 3 février 2021, le Conseil d'État a adopté le règlement d'application de l'aLAFE-2021 (ci-après : aRAFE-2021).

Sont bénéficiaires de l'aide les entreprises qui répondent aux exigences de l'ordonnance Covid-19 définies dans ses sections 1 et 2 (art. 3 al. 1). Les entreprises qui ne répondent pas aux exigences relatives au recul du chiffre d'affaires définies à l'art. 5 de cette ordonnance, et dont la baisse de CA enregistrée se situe entre 25 % et 40 %, peuvent bénéficier de l'indemnisation cantonale, conformément à l'art. 14 de la loi, pour autant qu'elles répondent aux autres exigences définies dans les sections 1 et 2 de l'ordonnance (art. 3 al. 2).

f. 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), qui a abrogé l'aLAFE-2021 (art. 23), tout en reprenant le dispositif pour l'essentiel.

Selon l'art. 9 al. 1, l'État de Genève peut octroyer sans participation financière de la Confédération des aides en faveur des entreprises : (a) dont la baisse de chiffre d'affaires enregistrée se situe entre 25 % et 40 % du CA moyen des exercices 2018 et 2019, ou (b) créées depuis mars 2020 ou créées avant mars 2020 mais dont les activités commerciales n'ont débuté qu'après le 1^{er} mars 2020 ; dans ce cas, l'indemnisation est calculée sur la base du chiffre d'affaires moyen de l'entreprise pendant les mois durant lesquels elle a pu mener son activité commerciale.

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 1^{er} 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 chiffre d'affaires comme prévu à l'art. 8a de l'ordonnance Covid-19 (art. 10 al. 1). Le Conseil d'État a élevé, le 2 février 2022, ces plafonds à CHF 1'500'000.- et 30% du CA de référence.

g. Le 5 mai 2021, le Conseil d'État 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.

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 chiffre d'affaires 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 1^{er} mars 2020.

Selon l'art. 14 du règlement, peuvent prétendre à une aide financière les entreprises qui peuvent démontrer que la baisse de leur chiffre d'affaires 2020 se situe entre 40 % et 60 % du chiffre moyen entre les exercices 2018 et 2019 en raison des mesures ordonnées par les autorités en lien avec la pandémie (al. 1). Si l'entreprise a été créée en 2018 ou en 2019, le chiffre d'affaires à prendre en compte est celui réalisé entre le 1^{er} janvier 2018 et le 29 février 2020, calculé sur douze mois (al. 2).

h. Dans un arrêt récent (ATA/813/2022 du 17 août 2022 consid. 6b), la chambre administrative, se penchant sur le texte de l'ordonnance Covid-19, est arrivée à la conclusion que celui-ci était 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. Le législateur n'a pas envisagé d'exception à la prise en compte du CA moyen de 2018 et 2019 pour les entreprises créées jusqu'au 31 décembre 2017. L'extrapolation du CA durant la période de référence 2018-2019 ne se justifie que si l'entreprise a été créée durant cette période.

L'ouverture d'un hôtel le 1^{er} mars 2019 pour développer son activité par une entreprise inscrite au RC depuis 2002, qui exploitait déjà en mars 2019 deux autres établissements, résultait d'un choix de cette société que le législateur tant fédéral que cantonal n'avait pas entendu prendre en compte dans l'octroi des aides Covid-19. Cette expansion n'était pas comparable à la création d'une nouvelle entreprise (ATA/501/2022 du 11 mai 2022). Il n'y avait pas non plus lieu d'extrapoler le CA à la reprise de l'activité dans le cas de l'exploitation d'un restaurant interrompue par des travaux (ATA/154/2022 du 10 février 2022 consid. 3b).

Les cantons ne conservent pas dans le cadre de la détermination du CA de référence un pouvoir d'appréciation, dès lors que la loi a strictement repris le droit fédéral sur ce point, afin qu'une réglementation uniforme s'applique à ce type de sociétés dans l'ensemble du pays. Même si la solution à laquelle aboutit l'application des normes tant fédérales que cantonales peut paraître insatisfaisante dans un cas particulier, elle n'est toutefois ni arbitraire ni objectivement insoutenable, de sorte qu'il n'appartient pas au juge de combler cet éventuel silence qualifié (ATA/1050/2022 du 18 octobre 2022).

i. La chambre administrative a, dans un arrêt ATA/79/2022 du 25 janvier 2022, confirmé que l'art. 3 al. 2 du règlement d'application de la loi 12'938 du 5 mai 2021, qui renvoie expressément aux sections 1 et 2 de l'ordonnance Covid-19, entend par la « création d'entreprise » sa date d'inscription au RC. Cette approche a été confirmée à plusieurs reprises (ATA/861/2022 du 26 août 2022 ; ATA/798/2022 du 9 août 2022).

j. Un canton est tenu, lorsqu'il octroie des subventions, de se conformer aux principes généraux régissant toute activité administrative, soit notamment le respect de la légalité, de l'égalité de traitement, de la proportionnalité et de la bonne foi ainsi que l'interdiction de l'arbitraire (ATF 138 II 91 consid. 4.2.5 ; 136 II 43 consid. 3.2 ; 131 II 306 consid. 3.1.2).

3) En l'espèce, il ressort du RC que la recourante a été inscrite à celui-ci le 21 mars 1991. Comme cela vient d'être exposé, seule la date d'inscription au RC est déterminante pour établir la date de la création de l'entreprise au sens des dispositions précitées d'aide aux entreprises. Cette approche est, en particulier,

conforme au texte de l'art. 3 al. 1 let. a de l'ordonnance Covid-19 cas de rigueur. Contrairement à ce que souhaiterait la recourante, il n'y a pas lieu de dissocier sa forme juridique de son activité commerciale. Le texte de la disposition est clair ; pour déterminer la date de création d'une entreprise, il s'attache exclusivement – comme le retient la jurisprudence constante de la chambre de céans – à celle de son inscription au RC.

Le fait que le siège social ou le lieu d'exploitation de la recourante aient changé au cours de la vie de la société demeure sans influence sur la date de la création de la société. De telles modifications ne sont pas de nature à remettre en cause la date de la création de la recourante. D'ailleurs, si tel avait été leur souhait, rien n'empêchait ses animateurs de créer une nouvelle société en 2019. En outre, le but de la société n'a pas été modifié en 2019 : celle-ci a continué à se destiner à l'installation et l'exploitation de centres sportifs et de loisirs. En 2019, elle a élargi son activité, mais n'a pas pour autant abandonné son but initial.

Dans ces circonstances, seul devait être pris en compte le CA moyen effectivement réalisé en 2018 et 2019. Il n'est pas contesté que celui-ci s'est monté à CHF 1'696'711.-.

Ainsi, compte tenu de sa création en 1991, l'aide financière dont la recourante pouvait bénéficier ne pouvait excéder 20 % de son CA de référence, soit CHF 393'942.20 (20 % de CHF 1'696'711.-). Or, comme cela ressort de la décision querellée, non contestée sur ce point, la recourante ayant pendant la période concernée déjà perçu une aide totalisant CHF 339'342.10, elle ne pouvait prétendre à une aide complémentaire.

Partant, le refus de celle-ci par le DEE ne viole pas la loi ni ne consacre un abus de son pouvoir d'appréciation.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

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

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 30 août 2022 par A_____ contre la décision de la direction générale du développement économique, de la recherche et de l'innovation du 30 juin 2022 ;

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 de la recourante, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Me Gilles Robert-Nicoud, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me Gabriel Aubert, avocat de direction générale du développement économique, de la recherche et de l'innovation.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mmes Krauskopf et McGregor, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :

N. Deschamps

le président siégeant :

C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :

