

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/536/2022-EXPLOI

ATA/505/2022

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 16 mai 2022

1^{ère} section

dans la cause

A_____

représentée par Me Michael Lavergnat, avocat

contre

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE ET DE L'EMPLOI

représenté par Me David Hofmann, avocat

EN FAIT

1) A_____ (ci-après : la société) est inscrite au registre du commerce (ci-après : RC) du canton de Genève, où elle a son siège, depuis 1991. Elle a pour but statutaire l'exploitation d'établissements publics et de loisirs, l'importation, l'exportation, la représentation, la distribution et le commerce de biens mobiliers de consommation, en particulier de produits alimentaires, l'organisation, la production et la promotion de spectacles ainsi que des services dans le domaine de la gestion d'entreprises, l'acquisition, la vente et l'exploitation de brevets et licences, la recherche, la création et l'exploitation de nouvelles technologies, la prise de participations dans toutes entreprises visant un but analogue ainsi que le placement privé, la société pouvant exercer son activité tant à l'étranger qu'en Suisse.

2) Le 10 février 2021, la société a déposé auprès du département du développement économique, devenu depuis lors le département de l'économie et de l'emploi (ci-après : le département), au moyen d'une déclaration en ligne, une demande d'aide pour cas de rigueur.

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

Dans la fenêtre « description des activités commerciales avant la survenue du Covid (vente de biens et services) » elle indiquait : « Important (sic), exportation, distribution et commerce de vins, champagnes et spiritueux principalement en Suisse auprès des hôtels-restaurants-bars-discothèques et à l'étranger auprès des grossistes de la restauration ».

Elle mentionnait également le chiffre d'affaires (ci-après : CA) réalisé lors des trois derniers exercices, à savoir CHF 24'300'351.- en 2018, CHF 24'738'239.- en 2019 et CHF 14'680'657.- en 2020, ainsi que le montant des coûts totaux en 2020, de CHF 16'735'029.-.

3) Le 18 mars 2021, le département a informé la société que sa demande satisfaisait aux conditions requises pour bénéficier de la mesure d'aide financière extraordinaire destinée aux entreprises particulièrement touchées par la crise économique ou directement par les mesures de lutte contre l'épidémie de Covid-19, lui octroyant un montant de CHF 750'000.- au vu des informations comptables

transmises. Dès lors qu'il s'agissait du montant d'aide maximum, elle pourrait prétendre à une aide complémentaire.

- 4) Le 10 mai 2021, la société a déposé auprès du département une nouvelle déclaration en ligne en vue d'obtenir une aide pour cas de rigueur.

Parmi les secteurs d'activité indiqués, elle avait sélectionné « commerce de gros » et mentionné « Importation, exportation, distribution et commerce de biens mobiliers de consommation, en particulier de produits alimentaires » dans le champs « description des activités commerciales avant la survenue du Covid ».

Pour 2018 et 2019, le CA était identique à celui figurant dans sa première demande. Pour 2020, il était de CHF 14'671'668.- et, pour les quatre premiers mois de l'exercice 2021, de CHF 889'444.- en janvier (contre CHF 2'926'586.- en 2019 et CHF 1'696'800.- en 2018), de CHF 725'155.- en février (contre CHF 1'154'819.- en 2019 et CHF 2'196'138.- en 2018), de CHF 2'047'908.- en mars (contre CHF 2'144'642.- en 2019 et CHF 2'373'924.- en 2018) et de CHF 1'225'301.- en avril (contre CHF 2'334'477.- en 2019 et CHF 850'573.- en 2018). En outre, pour 2020, le montant définitif des coûts totaux globaux était de CHF 16'796'515.-.

- 5) Par décision du 14 juillet 2021, le département a octroyé à la société une aide financière extraordinaire complémentaire de CHF 272'825.60, sur la base d'un CA de CHF 24'232'192.- pour 2018, de CHF 24'677'040.- pour 2019, de CHF 14'620'467.- pour 2020 et de CHF 4'887'809.- pour les mois de janvier à avril 2021.

- 6) Le 11 août 2021, la société a élevé réclamation contre cette décision, demandant à ce que la part de coûts fixes forfaitaires correspondant à la catégorie « autres commerces de détail », en non « commerce de gros », soit utilisée.

C'était par inadvertance qu'elle avait sélectionné le champs « commerce de gros » dans le formulaire en ligne alors que son activité ressortissait en réalité à la catégorie « autres commerces de détail ».

Les chiffres communiqués à l'appui de sa première demande étant provisoires, ils ne correspondaient pas aux comptes audités définitifs pour l'année 2020, qui laissaient apparaître un CA de CHF 14'620'468.20 et des coûts fixes de CHF 2'478'210.-, incluant en particulier les loyers relatifs à ses lieux de stockage par CHF 423'399.-, soit un taux de 16,95 %. Les charges du personnel étaient calculées au taux forfaitaire de 10 %. Pendant cette période, le CA avait diminué de 40 %, alors que seuls 17,5 % de la masse salariale avait pu être mise en « réduction de l'horaire de travail ».

- 7) Le 13 août 2021, la société a précisé que son activité entrait dans la catégorie « autres » plutôt que dans celle de « commerce de détail », s'étant

rendue compte, lors de l'examen du dossier, qu'elle agissait en tant que fournisseur intragroupe de vins, de champagne, de spiritueux, de vaisselle ou encore de nourriture pour une cinquantaine de ses points de vente dans toute la Suisse.

- 8) a. Le 15 septembre 2021, la société a encore indiqué que la formule de demande en ligne n'était accompagnée d'aucune explication et que les collaborateurs de la ligne téléphonique dédiée n'avaient pas été en mesure de répondre à ses interrogations. Dès lors, face à une liste qui ne s'appliquait pas à son commerce, elle avait sélectionné la première catégorie, à savoir celle de « commerce de gros ». Elle avait toutefois découvert, à l'aide des informations ultérieurement disponibles et du calcul de prise en charge des coûts fixes non couverts suite à la chute du CA, que son choix ne correspondait pas à son but d'activité, lequel ne s'apparentait pas au commerce de gros ni au commerce de détail. En effet, le catalogue de ses activités était bien plus large, puisqu'elle vendait du vin, du champagne, des spiritueux, de l'huile d'olive et du vinaigre, du café et du sucre, de la verrerie et de la vaisselle, des produits de nettoyage, des emballages, des prestations de service, de logistique et d'assurance. Elle disposait en particulier de produits diversifiés, au nombre de près de sept mille références, allant d'une valeur de CHF 0.37 à CHF 450'000.-. Elle organisait également des salons, des dégustations, des dîners et d'autres événements et disposait de plus de trois mille six cents clients, allant du particulier au professionnel, en passant par des restaurateurs, des cavistes, des hôteliers, des cliniques ou encore des collectionneurs, et ce au moyen de multiples canaux, allant de la vente en ligne, à l'emporter, en « intragroupe », en « pop-up store », aux enchères ou lors de différents événements. Au vu de ces éléments, la catégorie « toutes autres entreprises » semblait la plus adéquate.
- b. Elle a produit des exemples de factures adressées à ses clients.
- 9) Par courriel du 24 novembre 2021, le département a demandé à la société de produire la ventilation détaillée du poste « commerce de détail » pour les années 2018, 2019 et 2020, une liste des dix clients réguliers ayant effectué les plus grands volumes d'achats pour les mêmes années, une description exhaustive de sa clientèle indiquant le pourcentage du volume de vente, réparti par typologie de clients et en comparaison au volume total des ventes relatives au « commerce de détail », ainsi qu'une argumentation circonstanciée et documentée par toutes pièces utiles à l'appui de sa prétention de changement de catégorie, soit de « commerce de gros » à « autres entreprises ».
- 10) a. Le 30 novembre 2021, la société lui a répondu que la réclamation portait sur la modification du secteur d'activité, qui devait passer de celui de « commerce de gros » à celui de « commerce de détail », étant précisé qu'il n'était pas cohérent qu'elle entre dans la catégorie « autres ». À sa connaissance, le droit suisse ne prévoyait aucune définition des notions de grossiste et de détaillant, qui étaient

d'autant plus floues avec l'apparition du commerce en ligne. Il en résultait qu'une analyse du CA par client ou du nombre de ventes par client n'était pas un critère pertinent la concernant. Au regard de son activité principale dans le commerce de vins et de spiritueux haut de gamme, s'adressant à une clientèle très exigeante, elle n'entrait pas dans la catégorie des grossistes, au sens usuel du terme, sous peine de conduire à une sous-indemnisation manifeste. Entre 2019 et 2020, la structure des coûts avait été affectée non seulement par la situation sanitaire, mais aussi par une évolution du marché et des activités qui avait entraîné, à chiffres d'affaires constants, une augmentation de ses coûts fixes. Ainsi, un classement dans la catégorie « commerce de détail », avec une indemnisation à hauteur de 15 % de la perte de CA, se justifiait.

b. Elle a produit :

- la ventilation détaillée du CA, exprimé en « CHF » :

	2020	2019	2018
Total CA	14'620'468	24'677'039	24'232'191
Ventes cavistes, détaillants, revendeurs	5'054'902	8'501'144	10'429'230
Ventes coopératives de consommateurs	3'757'755	7'325'258	5'060'671
Ventes intragroupe	1'711'817	2'636'679	2'523'128
Ventes online	1'388'731	586'061	434'907
Ventes particuliers	740'323	1'987'167	4'254'162
Ventes maisons d'enchères	670'978	1'249'164	310'732
Ventes domaines viticoles	480'630	882'941	72'681
Ventes clients corporate	420'051	687'221	552'729
Ventes hôtellerie, restauration, cafés	381'359	589'012	504'501
Autres ventes et prestations	13'922	232'392	89'450

- la liste des dix plus gros clients, exprimée en nombre de commandes :

	2020		
=====	388		
=====	143		
=====	137		
=====	121		
=====	104		
=====	63		
=====	58		
=====	55		
=====	52		
=====	47		
		2019	
=====		401	
=====		130	
=====		90	
=====		88	
=====		73	
=====		71	
=====		71	
=====		69	
=====		49	
=====		45	
			2018
=====			281
=====			280
=====			109
=====			63
=====			56

=====			54
=====			47
=====			46
=====			41
=====			41

- la typologie de sa clientèle, exprimée en pourcentage du CA total :

	2020	2019	2018
Total CA	14'620'468	24'677'039	24'232'191
Professionnels-cavistes	43 %	44 %	45 %
Collectionneurs	26 %	30 %	21 %
Particuliers	15 %	10 %	19 %
Restaurants-hôtels-cliniques	14 %	13 %	12 %
Clients entreprises	3 %	3 %	2 %

- 11) a. Par décision du 19 janvier 2022, le département a rejeté la réclamation de la société, les activités inhérentes à son entreprise relevant du secteur lié au commerce de gros, pour lequel le taux forfaitaire applicable était de 8 %.

Afin de permettre une exécution rapide par les cantons, des parts de coûts fixes forfaitaires étaient appliquées dans le calcul des aides pour cas de rigueur s'agissant des entreprises ayant un CA de référence supérieur à CHF 5'000'000.-. Si le droit comptable ne prévoyait pas de définition explicite permettant de qualifier un CA comme relevant du commerce de gros ou du commerce de détail, il n'en demeurait pas moins que l'analyse de son modèle économique permettait d'identifier les caractéristiques propres d'un grossiste, à savoir des achats en gros en vue d'une revente. Ainsi, tout CA réalisé auprès d'un intermédiaire ayant pour finalité une future revente était attribuée à la catégorie « commerce de gros ». À l'inverse, une revente directement destinée à la consommation était attribuée à la catégorie « commerce de détail ». Il en résultait que l'élément principal permettant d'établir le secteur d'activité duquel elle relevait avait trait à la typologie des clients ayant recours à ses services ainsi que leur volume respectif en pourcentage du CA. Il ressortait des tableaux qu'elle avait produits, en particulier de la « ventilation détaillée du CA », que la part attribuable au commerce de gros en 2018, 2019 et 2020 était de respectivement 78 %, 85,85 % et 82,47 %. Par ailleurs, il ressortait de la « liste des dix plus gros clients » que l'entier de ses plus grosses commandes était attribuable à des entreprises. Dès lors que son activité principale relevait du « commerce de gros », elle devait être attribuée à cette dernière catégorie, en vue d'éviter une sur-indemnisation.

- b. Étaient annexés notamment :

- un tableau relatif à la ventilation détaillée du CA, exprimée en « CHF » :

	2020	%	2019	%	2018	%
Total CA	14'620'468		24'677'039		24'232'191	
Commerce de gros						
Ventes cavistes, détaillants, revendeurs	5'054'902	34,57	8'501'144	34,45	10'429'230	43,04
Ventes coopératives de consommations	3'757'755	25,70	7'325'258	29,00	5'060'671	20,88
Ventes intragroupe	1'711'817	11,71	2'636'679	10,68	2'523'128	10,41
Ventes maisons	670'978	4,59	1'249'164	5,06	310'732	1,28

d'enchères						
Ventes domaines viticoles	480'630	3,29	882'941	3,58	72'681	0,30
Ventes hôtellerie, restauration, cafés	381'359	2,61	589'012	2,39	504'501	2,08
Total	12'057'441	82,47	21'184'198	85,85	18'900'943	78,00
Commerce de détail						
Ventes en ligne	1'388'731	9,50	586'061	2,37	434'907	1,79
Ventes clients corporate	420'051	2,87	687'221	2,78	552'729	2,28
Ventes particuliers	740'323	5,06	1'987'167	8,05	4'254'162	17,56
Autres ventes et prestations	13'922	0,10	232'392	0,94	89'450	0,37
Total	2'563'027	17,53	3'492'841	14,15	5'331'248	22,00

- tableau relatif à la typologie de la clientèle, exprimée en pourcentage du CA total :

	2020	2019	2018	3 ans
Total CA	14'620'468	24'677'039	24'232'191	21'176'566
Professionnels-cavistes	43 %	44 %	45 %	44 %
Restaurants-hôtels-cliniques	14 %	13 %	12 %	13 %
Clients entreprises	3 %	3 %	2 %	3 %
Total commerce de gros	60 %	60 %	59 %	60 %
Collectionneurs	26 %	30 %	21 %	26 %
Particuliers	15 %	10 %	19 %	15 %
Total commerce de détail	41 %	40 %	40 %	40 %

12) Par acte du 15 février 2022, la société a recouru auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre cette décision, concluant préalablement à la production du dossier et des directives internes relatives aux catégories d'entreprises, et principalement à son annulation et au renvoi de la cause au département pour nouvelle décision au sens des considérants.

En classant son activité dans le commerce de gros, le département avait sous-évalué ses coûts fixes, si bien qu'elle avait reçu une aide largement inférieure au montant auquel elle pouvait légitimement prétendre et qui ne couvrait pas plus de 49 % de la perte subie.

Son droit d'être entendue avait été violé, dès lors que le département avait « proclamé », sans fondement ni explication, que tout CA réalisé auprès d'un intermédiaire ayant pour finalité une future revente était attribué au « commerce de gros », ce qui paraissait d'autant plus discutable qu'elle n'était pas en mesure de connaître le sort de la marchandise livrée.

La décision litigieuse consacrait un abus du pouvoir d'appréciation, le département ne s'étant fondé sur aucune assise juridique ou économique lui permettant de retenir que son activité était celle d'un grossiste. Ce faisant, le département n'avait pas tenu compte des réalités de l'activité qu'elle déployait dans l'événementiel, dans le commerce en ligne et au sein du groupe ainsi que dans le commerce de détail, avec la vente de produits en petite quantité et des coûts fixes importants, en présence de produits haut de gamme et d'une clientèle exigeante. La classification litigieuse, arbitraire, ne reflétait pas non plus la

structure des coûts fixes, lesquels avaient été attribués forfaitairement au taux de 8 % alors qu'ils atteignaient le taux de 16,95 % selon ses comptes audités. Bien qu'alléguant vouloir réduire le temps de traitement des demandes en procédant de manière forfaitaire, le département lui avait néanmoins demandé de produire une multitude de données comptables et statistiques, ce qui avait occasionné un surcroît de travail, alors qu'il lui suffisait de lire ses comptes et prendre les coûts fixes y figurant puis, au regard de son activité atypique et inclassable, la considérer comme une autre entreprise et réduire le taux forfaitaire à 15 % ou 16 %. Il aurait également été envisageable de la classer en fonction du taux forfaitaire le plus pertinent, sans s'arrêter à la terminologie utilisée, ce d'autant plus en l'absence de définition ayant trait au « commerce de gros » et au « commerce de détail ». Eu égard à la nature de son activité et de sa part de coûts fixes, elle devait par conséquent être classée dans la catégorie « commerce de détail », sous peine d'une sous-indemnisation, comme celle résultant de la décision litigieuse, contrairement au but de l'aide à accorder aux entreprises en difficulté.

Le département avait également commis une inégalité de traitement, puisque la définition adoptée conduisait à un fractionnement des acteurs économiques et à une distorsion de la concurrence par rapports aux autres entreprises actives dans le même domaine, lesquelles bénéficiaient du statut de détaillant et percevaient une indemnité supérieure à la sienne. La décision litigieuse conduisait en outre à une sous-indemnisation particulièrement importante, qui la fragilisait au lieu de l'aider. Elle avait aussi pour effet de favoriser les entreprises de commerce en ligne, qui avaient accusé des pertes moindres et dont les coûts fixes étaient peu importants.

Les dispositions légales applicables n'avaient pas été correctement interprétées, alors même qu'elles n'étaient pas claires et faisaient appel à des catégories indéterminées, non définies par l'ordre juridique suisse et dépourvues de pertinence au vu de l'évolution du commerce et de l'émergence du commerce en ligne. Le département s'était ainsi, à tort, uniquement focalisé sur l'intitulé des catégories, sans chercher à savoir si elles correspondaient ou non à la réalité en termes d'activité et de structure des coûts.

- 13) Le 11 mars 2022, le département a conclu au rejet du recours.

Les conclusions de la société n'étaient pas claires et n'étaient pas non plus chiffrées s'agissant du taux de coûts fixes forfaitaires qui lui serait applicable.

Dès lors que la société avait compris, tant dans sa réclamation que dans son recours, que la problématique avait trait à la catégorie d'entreprise concernée, son droit d'être entendue n'avait pas été violé, étant précisé qu'elle avait à plusieurs reprises complété sa réclamation.

Sous le couvert d'un abus du pouvoir d'appréciation, la société se plaignait en réalité d'une violation du principe de la légalité, la question étant de savoir à quelle catégorie son activité ressortissait. Alors même qu'elle avait annoncé qu'elle relevait du « commerce de gros » dans ses deux demandes, elle avait allégué, le 11 août 2021 seulement, qu'elle avait fait ce choix par inadvertance. L'analyse de son modèle économique permettait toutefois d'identifier les caractéristiques d'un grossiste, à savoir des achats en gros en vue d'une revente. Dans ce cadre, tout CA réalisé auprès d'un intermédiaire qui avait pour finalité une future revente avait été attribué à ladite catégorie, ce qui était indiqué dans la décision, sur la base des ventes aux cavistes, aux coopératives de consommation, à l'intragroupe, aux maisons de vente aux enchères, aux domaines viticoles ainsi qu'à l'hôtellerie, à la restauration et aux cafés, étant précisé que la totalité des plus grosses commandes étaient attribuables à des entreprises. À l'inverse, les ventes en ligne, aux clients d'entreprise et aux particuliers étaient attribuées au commerce de détail. La société ne remettait en outre pas en cause ladite attribution aux catégories « gros » et « détail » effectuée sur la base des CA qu'elle avait présentés.

En se plaignant de la prise en charge des coûts de manière forfaitaire au taux de 8 %, et non de manière effective au taux de 16,95 %, la société perdait de vue que le but de ladite aide n'était pas de procéder à un examen détaillé des documents comptables, ce qui ressortait de la volonté du législateur fédéral, lequel n'avait laissé aucune marge de manœuvre aux cantons, étant précisé que les documents dont la production avait été requise avaient servi à vérifier, à sa demande, la catégorie dans laquelle elle se trouvait. Il ne s'agissait pas non plus de procéder à une inversion des règles, comme semblait y prétendre la société, en supprimant les catégories retenues par le droit fédéral pour en fixer une nouvelle, unique avec un taux de 25 %, et réduire ledit pourcentage jusqu'au taux réel, en faisant fi du schématisme pourtant voulu par le droit fédéral.

La société ne pouvait comparer sa situation à celle des grands commerces de détail et supermarchés, qui n'offraient pas les mêmes prestations, ni se comparer aux commerces en ligne, dont les coûts fixes, comme elle l'indiquait, différaient des siens. Elle ne pouvait pas davantage se prévaloir de l'égalité de traitement entre concurrents, à défaut d'explication sur ses concurrents directs. À cela s'ajoutait qu'elle ne rendait pas même vraisemblable qu'une autre entreprise similaire à la sienne aurait été classée dans la catégorie « commerce de détail » ou « autre ».

Enfin, contrairement à ses affirmations, les notions de « commerce de gros » et « commerce de détail » étaient interprétables et relevaient du langage courant, s'agissant de concepts économiques, juridiques et statistiques connus.

- 14) Dans sa réplique du 13 avril 2022, la société a persisté dans son recours.

Le recours était recevable, contrairement à ce que semblait prétendre le département sans prendre de conclusion spécifique sur ce point. Il n'existait ainsi aucune obligation légale de chiffrer des conclusions et l'autorité judiciaire ne pouvait en tout état de cause pas substituer son appréciation à celle du département, mais reconnaître qu'elle relevait de la catégorie des « autres entreprises » et réduire le taux forfaitaire ou lui appliquer le taux idoine.

Aucune définition ni exemple n'avait été donné pour illustrer les différentes catégories d'activité, dont aucune ne représentait de manière satisfaisante ses particularités et spécificités. Il était en outre faux de prétendre qu'elle ne contestait pas la répartition de la part de son CA attribuable au commerce de gros, dès lors qu'elle n'était pas en mesure de déterminer la part y relative eu égard au caractère atypique de son activité.

Le département ne parvenait toujours pas à définir la notion de « commerce de gros », ne tranchant pas le point de savoir s'il fallait prendre en compte le critère de la quantité ou celui de la finalité. De plus, il n'avait pas non plus produit les documents demandés, à savoir les directives internes permettant d'attribuer une entreprise à l'une ou l'autre catégorie visée, si bien qu'elle persistait à les requérir.

Il n'appartenait pas au département de catégoriser les entreprises sur la base de considérations abstraites, en vertu de critères invérifiables et non quantifiables, ce d'autant moins qu'un vendeur ne pouvait connaître la finalité d'une vente et notamment savoir si l'acheteur était un consommateur final ou un revendeur. De plus, dans leur commentaire du 18 juin 2021, les autorités fédérales contredisaient les assertions du département, puisqu'il y était question d'un principe de coûts fixes forfaitaires de 25 %, des taux inférieurs étant prévus pour les branches dont les coûts fixes étaient particulièrement bas, à savoir notamment les commerces de gros, ce qui n'était pas son cas. Il s'imposait par conséquent de retenir la catégorie « autres entreprises » la concernant, dès lors qu'elle œuvrait dans le monde du luxe et officiait régulièrement avec de très petites quantités, voire à l'unité. En tout état de cause, il était justifié de retenir la catégorie « commerce de détail » qui s'approchait approximativement de sa structure de coûts fixes.

- 15) Sur quoi, la cause a été gardée à juger, ce dont les parties ont été informées.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10). Il respecte également les réquisits des art. 64 al. 1 et 65 al. 1 et 2 LPA, dès lors que la recourante, qui conteste le secteur

d'activité qui lui a été attribué et, de ce fait, le taux de coûts fixe retenu, a conclu à l'annulation de la décision entreprise et au renvoi de la cause à l'autorité intimée pour nouvelle décision au sens des considérants, et n'avait donc pas à chiffrer ses conclusions.

2) La recourante requiert la production des directives internes du département concernant les catégories d'entreprises.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit d'obtenir qu'il soit donné suite aux offres de preuves des parties, à condition qu'elles soient pertinentes et de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_762/2021 du 1^{er} mars 2022 consid. 4.1). Il n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de se forger une conviction et que, procédant de manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient pas l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1).

b. En l'espèce, la décision litigieuse expose les éléments sur lesquels le département s'est fondé pour retenir une activité dans le secteur du commerce de gros, en particulier les documents remis par la recourante, à savoir que tout CA réalisé auprès d'un intermédiaire ayant pour finalité une future revente était attribuée à la catégorie « commerce de gros ». Pour autant qu'elles existent, la production d'éventuelles directives administratives n'apporteraient aucun élément supplémentaire au dossier, si bien qu'il n'y a pas lieu de faire droit à la requête de la recourante.

3) Selon elle, la décision litigieuse ne comporterait pas de motivation suffisante.

a. Le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) implique, en particulier, pour l'autorité l'obligation de motiver sa décision. Il suffit qu'elle mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de sa portée et l'attaquer en connaissance de cause (ATF 143 III 65 consid. 5.2). La motivation peut être implicite et résulter des différents considérants de la décision (ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_586/2021 du 20 avril 2022 consid. 2.1).

b. En l'espèce, il ressort de la décision litigieuse que l'autorité intimée a expliqué la manière par laquelle elle avait procédé et a indiqué, sur la base des éléments chiffrés par la recourante, qu'elle a retranscrits sous la forme de tableaux annexés à ladite décision, les raisons pour lesquelles elle avait retenu une activité

dans le secteur du « commerce de gros », conduisant à l'application du taux forfaitaire de 8 %, que l'intéressée avait du reste déjà contesté dans sa réclamation. Dans ce cadre, la recourante a écrit à plusieurs reprises à l'autorité intimée pour lui indiquer que son activité relevait d'un autre secteur, comme elle l'a au demeurant fait dans son recours, au moyen d'une motivation circonstanciée. Elle a, par conséquent, compris pour quelles raisons l'autorité intimée avait retenu que son activité ressortissait à celle du commerce de gros, si bien que le grief doit être écarté.

- 4) Le litige a pour objet le bien-fondé de la décision de l'autorité intimée du 19 janvier 2022 appliquant à la recourante, en raison de son activité relevant du « commerce de gros », un taux forfaitaire de 8 % pour l'aide financière extraordinaire complémentaire dans le contexte de la crise du Covid-19.
- 5) Selon l'art. 61 LPA, le recours peut être formé pour violation du droit, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (al. 1 let. a), ainsi que pour constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (al. 1 let. b). Les juridictions administratives n'ont toutefois pas compétence pour apprécier l'opportunité de la décision attaquée, sauf exception prévue par la loi (al. 2), non réalisée en l'espèce.

Il n'en résulte toutefois pas que l'autorité est libre d'agir comme bon lui semble (ATA/1300/2021 du 30 novembre 2021 consid. 6). Il y a abus du pouvoir d'appréciation lorsque l'autorité, tout en restant dans les limites du pouvoir d'appréciation qui est le sien, se fonde sur des considérations qui manquent de pertinence et sont étrangères au but visé par les dispositions légales applicables, ou viole des principes généraux de droit tels que l'interdiction de l'arbitraire et de l'inégalité de traitement, le principe de la bonne foi et le principe de la proportionnalité (ATF 137 V 71 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_37/2020 du 7 septembre 2020 consid. 5.1).

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

Le principe de la légalité exige donc que les autorités n'agissent que dans le cadre fixé par la loi (ATF 147 I 1 consid. 4.3.1). Il implique qu'un acte étatique se fonde sur une base légale matérielle qui est suffisamment précise et qui a été adoptée par l'organe compétent (ATF 141 II 169 consid. 3.1). L'exigence de la densité normative n'est pas absolue, car on ne saurait ordonner au législateur de renoncer totalement à recourir à des notions générales, comportant une part

nécessaire d'interprétation. Cela tient à la nature générale et abstraite inhérente à toute règle de droit et à la nécessité qui en découle de laisser aux autorités d'application une certaine marge de manœuvre lors de la concrétisation de la norme. Pour déterminer quel degré de précision on est en droit d'exiger de la loi, il faut tenir compte du cercle de ses destinataires et de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux (ATF 140 I 381 consid. 4.4 et les références citées ; ATA/358/2022 du 5 avril 2022 consid. 5b).

- 7) a. Une décision ou un arrêté viole le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'il établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou qu'il omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 142 I 195 consid. 6.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_178/2022 du 16 mars 2022 consid. 5.1).

Le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique, déduit des art. 27 et 94 Cst., prohibe les mesures qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique (ATF 145 I 183 consid. 4.1.1). On entend par concurrents directs les membres de la même branche économique qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins. L'égalité de traitement entre concurrents directs n'est pas absolue et autorise des différences, à condition que celles-ci reposent sur une base légale, qu'elles répondent à des critères objectifs, soient proportionnées et résultent du système lui-même ; il est seulement exigé que les inégalités ainsi instaurées soient réduites au minimum nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi (ATF 143 II 598 consid. 5.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_244/2021 du 8 juillet 2021 consid. 3.1).

b. Une décision est arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. lorsqu'elle est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. L'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable. De plus, il ne suffit pas que les motifs de la décision attaquée soient insoutenables, encore faut-il que cette dernière soit arbitraire dans son résultat (ATF 144 I 170 consid. 7.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_397/2021 du 7 février 2022 consid. 2.1.2).

- 8) 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 1^{er} 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. 1^{bis}). 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. 1^{quater}), le Conseil fédéral édictant, les concernant, des dispositions particulières (al. 1^{quinquies}). Le soutien n'est accordé que si les entreprises étaient rentables ou viables avant le début de la crise du Covid-19 et à condition qu'elles n'aient pas déjà bénéficié d'autres aides financières de la Confédération, qui n'incluent pas les indemnités en cas de réduction de l'horaire de travail (ci-après : RHT), les allocations pour perte de gains et les crédits (al. 2^{bis}). 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 1^{er} 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. 1^{bis} 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 1^{er} 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 1^{er} 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 1^{er} 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 bénéficiaires, 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).

- 9) 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.

L'art. 3 LAFE-2021 règle les principes d'indemnisation et prévoit que l'aide financière extraordinaire consiste en une participation à fonds perdu de l'État de Genève destinée à couvrir les coûts fixes non couverts de l'entreprise en application de l'ordonnance Covid-19 (al. 1), les coûts fixes considérés et les modalités de leur prise en compte dans le calcul du montant de la participation accordée par l'État étant précisés par voie réglementaire (al. 2).

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

L'indemnité maximale par entreprise et pour l'année 2021 ne dépasse pas la somme totale de CHF 5'000'000.- et 20 % du CA conformément à l'art. 8c al. 1 ordonnance Covid-19 ou CHF 10'000'000.- et 30 % du CA en cas de recul du CA de 70 % par rapport au CA moyen des exercices 2018-2019 ou si de nouveaux fonds propres ont été apportés depuis le 1^{er} mars 2020 (art. 13 al. 1 et 2 LFAE-2021).

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

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

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

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

- 10) a. En l'espèce, la recourante soutient qu'en retenant, sans fondement légal, une activité relevant du secteur du commerce de gros, l'autorité intimée aurait abusé de son pouvoir d'appréciation, créé une inégalité de traitement et une distorsion de la concurrence, et procédé à une interprétation erronée de l'ordonnance Covid-19, ce dernier grief se recoupant avec celui en lien avec l'abus du pouvoir d'appréciation.

Il n'est pas contesté que la recourante, entreprise réalisant un CA supérieur à CHF 5'000'000.-, a déposé auprès de l'autorité intimée à deux reprises, à savoir le 10 février puis le 10 mai 2021, une demande en ligne en vue d'obtenir une aide financière pour cas de rigueur et que, dans ce cadre, elle a sélectionné, parmi les possibilités offertes, le secteur d'activité « commerce de gros », indiquant au surplus dans sa première demande « Important (sic), exportation, distribution et commerce de vins, champagnes et spiritueux principalement en Suisse auprès des hôtels-restaurants-bars-discothèques et à l'étranger auprès des grossistes de la restauration ». Sur la base des indications ainsi fournies, le département lui a accordé une première aide le 18 mars 2021, non contestée, puis une aide complémentaire le 14 juillet 2021, retenant un taux forfaitaire de 8 % correspondant, selon le droit fédéral, lequel a été repris par le droit cantonal, au secteur du « commerce de gros ». Il ressort en effet de l'art. 8b al. 3 let. a ordonnance Covid-19 que la contribution non remboursable pour les entreprises dont le CA est supérieur à CHF 5'000'000.-, telle que prévue à l'art. 12 al. 1^{quater} loi Covid-19, est calculée en multipliant le recul du CA avec une part de coûts fixes forfaitaire, fixée à 8 % pour les agences de voyage, les commerces de gros et les commerces de véhicules automobiles.

b. La recourante prétend que ses activités ne relèveraient pas du commerce de gros. Elle perd toutefois de vue qu'à deux reprises, elle a expressément fait le choix de ce secteur d'activité et n'a pas saisi, dans la déclaration en ligne, « commerce de détail » ou « autres entreprises » comme elle le requiert à présent, ni n'a indiqué une telle activité ou une interrogation au sujet du secteur la concernant dans la fenêtre « description des activités commerciales avant la survenue du Covid (vente de biens et services) ». Elle ne saurait ainsi être suivie lorsqu'elle affirme qu'elle aurait procédé de la sorte par inadvertance.

À la suite de sa réclamation du 11 août 2021, l'autorité intimée lui a demandé de produire un certain nombre d'éléments chiffrés, ce qu'elle a fait par courrier du 30 novembre 2021, versant au dossier la ventilation détaillée du CA, la liste de ses dix plus gros clients, ainsi que la typographie de sa clientèle. Sur cette base, l'autorité intimée a retenu que, pour les années 2018 à 2020, respectivement 78 %, 85,85 % et 82,47 % de son CA avaient trait au commerce de gros, au vu des ventes réalisées au profit des cavistes, des détaillants, des revendeurs, des coopératives de consommation, de l'intragroupe, des maisons d'enchères, des domaines viticoles, de l'hôtellerie, de la restauration et des cafés, contre respectivement 22 %, 14,15 % et 17,53 % du même CA attribuables au commerce de détail, en fonction des ventes effectuées en ligne, aux clients « corporate », aux particuliers et autres. En lien avec la typologie de la clientèle, l'autorité intimée a en outre déterminé que, pour les mêmes années, respectivement 59 %, 60 % et 60 % du CA relevaient du commerce de gros (professionnels, cavistes, restaurants, hôtels, cliniques, clients entreprises), le solde relevant du commerce de détail (collectionneurs et particuliers). Elle a également relevé que l'entier de ses plus grosses commandes étaient attribuables à des entreprises.

Un tel procédé correspond à la nomenclature des activités économiques établie par l'office fédéral de la statistique (ci-après : OFS), dérivée de la nomenclature statistique des activités économiques dans la Communauté européenne, qui opère une distinction entre le commerce de gros et le commerce de détail en fonction du type de client principal. Le commerce de gros y est ainsi défini comme consistant en la revente d'articles et de produits à des détaillants, d'entreprise à entreprise, à des usagers industriels et commerciaux, à des collectivités et à des utilisateurs professionnels ou à d'autres grossistes ou à des intermédiaires qui achètent ces articles et produits pour le compte de détaillants, des usagers, des collectivités ou pour les leur vendre. La vente au détail est, quant à elle, définie comme la revente au public de biens essentiellement destinés à la consommation des particuliers ou des ménages, par des magasins, des grands magasins, des comptoirs et des kiosques, des maisons de vente par correspondance, des colporteurs et des marchands ambulants, des coopératives de consommateurs, des maisons de vente aux enchères, la plupart des détaillants prenant possession des marchandises qu'ils vendent, mais certains agissant en tant qu'intermédiaires pour un commerçant principal et vendant en consignation ou sur

la base de commissions (OFS, Nomenclature générale des activités économique, notes explicatives, Neuchâtel 2008, p. 129). Dans ce cadre, la recourante ne saurait arguer qu'elle serait dans l'ignorance de la destination des produits mis en vente, puisqu'elle connaît ses clients, comme l'indiquent les documents qu'elle a transmis à l'autorité intimée dans le cadre de sa réclamation.

Dès lors, au regard des éléments en sa possession, l'autorité intimée pouvait, sans excès ni abus de son pouvoir d'appréciation, considérer que l'activité de la recourante était bien celle relevant du commerce de gros, conformément à ses déclarations initiales, étant donné la part prépondérante de son CA en résultant et de la typologie de ses clients, et ce en application de l'art. 8b al. 5 ordonnance Covid-19, qui prévoit l'application d'une part uniforme de coûts fixes pour les entreprises ayant des activités dans plusieurs domaines en fonction de celui dans lequel la plus grande part du CA annuel a été générée. La recourante ne prétend du reste pas que ses domaines d'activités seraient clairement délimités au moyen d'une comptabilité pour permettre de bénéficier de la part de coûts fixes correspondant au secteur concerné et n'a pas non plus fait de demande dans ce sens (art. 8b al. 5 ordonnance Covid-19).

C'est par conséquent à juste titre que l'autorité intimée a appliqué le taux de 8 % correspondant au commerce de gros à l'activité de la recourante.

c. Celle-ci conteste le caractère forfaitaire des coûts fixes, arguant que le taux de 16,95 % devait être retenu la concernant, à tout le moins un taux correspondant à la réalité de son activité.

Ce faisant, elle perd de vue que le caractère forfaitaire des coûts fixes découle directement du droit fédéral, que le canton se doit d'appliquer, et qui ne laisse à l'autorité intimée aucune marge d'appréciation, comme le rappelle l'art. 12 al. 1 et 2 LFAE-2021. En effet, dans la mesure où les mesures d'aide aux entreprises dont le CA annuel dépasse CHF 5'000'000.- sont intégralement financées par la Confédération, celle-ci a établi des prescriptions contraignantes que les cantons devaient reprendre, sans y déroger, en particulier afin qu'une réglementation uniforme s'applique à l'ensemble du pays. En fait partie le caractère forfaitaire des parts de coûts fixes, qui permet une certaine schématisation, en supprimant la nécessité de faire une distinction par branche. Dans ce cadre, la recourante ne saurait se retrancher en particulier derrière ses charges en personnel, dès lors que la formule applicable pour le calcul des contributions destinées aux entreprises est déjà basée sur le fait que les charges de personnel non couvertes découlant du recul du CA sont compensées par les allocations pour perte de gain et les indemnités en cas de RHT.

L'autorité intimée n'avait ainsi pas à prendre en compte le taux de 16,95% de coûts fixes, comme le prétend la recourante, pas plus qu'elle n'avait à prendre en compte un autre taux. En effet, si le commentaire de l'ordonnance Covid-19 de

l’AFF fait référence à une part de coûts fixes forfaitaires de 25 % en moyenne applicable par branche, il mentionne également que des taux inférieurs, conformément à l’art. 8b al. 3 ordonnance Covid-19, étaient prévus pour les branches dont les coûts fixes étaient particulièrement bas, à l’instar du commerce de gros, qui correspond à l’activité principale de la recourante, conformément à ce qui précède. La recourante n’apporte du reste aucun élément permettant de s’en écarter.

C’est également en vain que la recourante allègue qu’en lui demandant de produire une multitude de documents, l’autorité intimée aurait procédé de manière à entraver l’application du droit fédéral, qui vise à simplifier les procédures d’octroi de l’aide pour cas de rigueur. Elle perd en particulier de vue qu’après avoir, à deux reprises, indiqué que son activité relevait du commerce de gros, elle a, dans sa réclamation, indiqué que tel n’était pas le cas et qu’elle devait être considérée comme relevant tantôt du secteur du commerce de détail, tantôt de celui des autres entreprises. Afin d’instruire sa réclamation, l’autorité intimée se devait ainsi d’être en possession d’un certain nombre de documents, étant précisé que la recourante a elle-même complété sa réclamation à plusieurs reprises. Elle ne reproche du reste pas à l’autorité intimée de ne pas avoir statué avec célérité, ce qui ne ressort pas non plus du dossier.

En outre, comme indiqué ci-dessus, l’autorité intimée n’avait pas, sur la base des documents fournis, à appliquer un autre taux que celui forfaitairement prévu pour le type d’activité de la recourante, sous peine de contrevenir au droit fédéral et de créer des inégalités de traitement entre les entreprises, non seulement au sein du canton, mais également par rapport aux entreprises sises dans les autres cantons, ce que le législateur fédéral visait précisément à éviter.

d. La recourante prétend enfin que l’autorité intimée aurait commis une inégalité de traitement par rapport à d’autres entreprises, créant une distorsion de la concurrence. Elle n’apporte toutefois aucun élément permettant de l’établir, se limitant à des considérations d’ordre général, tout en soutenant que sa situation serait atypique, à savoir non comparable avec celles des autres sociétés. Par ailleurs, sa situation n’est pas comparable à celle des commerces de détail, au regard de ses activités de grossiste, pas plus qu’elle n’est semblable à celle des commerces en ligne, comme elle l’indique d’ailleurs en précisant que les coûts fixes de ces derniers seraient différents des siens. Ce grief sera dès lors également écarté.

e. Il s’ensuit qu’en appliquant à la recourante un taux de coûts forfaitaires de 8 % correspondant à une activité de commerce de gros, l’autorité intimée a correctement appliqué le droit fédéral et cantonal pertinent, sans commettre d’abus de son pouvoir d’appréciation ni d’inégalité de traitement. Ce faisant, elle a abouti à un montant de CHF 272'825.60 à accorder à la recourante, les éléments retenus pour le calcul du CA n’étant au demeurant pas contestés et reposent sur

l'art. 8b ordonnance Covid-19 et le droit cantonal d'exécution. La recourante s'est ainsi vu accorder un montant total de CHF 1'022'825.60, eu égard de la somme de CHF 750'000.- allouée le 18 mars 2021.

Entièrement mal fondé, le recours sera par conséquent rejeté.

- 11) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- sera mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne lui sera accordée, pas plus qu'au département, qui dispose de son propre service juridique (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 15 février 2022 par A_____ contre la décision du département de l'économie et de l'emploi du 19 janvier 2022 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 1'500.- à la charge d' 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 Michael Lavergnat, avocat de la recourante, ainsi qu'à Me David Hofmann, avocat du département de l'économie et de l'emploi.

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

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :

P. Hugi

la présidente siégeant :

F. Payot Zen-Ruffinen

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :