

GE_GERICHTE ATA/813/2022 vom 17. August 2022

GE Cour de justice, 2022-08-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_813_2022

FR: GE_GERICHTE ATA/813/2022 du 17 août 2022

IT: GE_GERICHTE ATA/813/2022 del 17 agosto 2022

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

Le litige porte sur le bien-fondé de la décision du DEE du 30 mars 2022 fixant le montant de l'aide financière complémentaire « cas de rigueur » allouée sur la LAFE-2021. 3)

La recourante estime dans un premier grief que le CA retenu par le département, tel que ressortant des documents comptables fournis, serait erroné. Le département aurait dû prendre en considération un autre CA, hypothétique, reflétant l'activité de la société si des travaux n'avaient pas eu lieu, selon les diverses variantes calculées par sa fiduciaire.

a. Le 25 septembre 2020, l'Assemblée fédérale a adopté la loi Covid-19.

- 9/20 - A/1559/2022

À son art. 12, celle-ci prévoit des mesures destinées aux entreprises. Dans sa teneur antérieure au 19 décembre 2020, la disposition prévoyait que dans des cas de rigueur, la Confédération pouvait, à la demande d'un ou de plusieurs cantons, soutenir financièrement les entreprises particulièrement touchées par les conséquences de l'épidémie de Covid-19 en raison de la nature même de leur activité économique, en particulier les entreprises actives dans la chaîne de création de valeur du secteur événementiel, les forains, les prestataires du secteur des voyages ainsi que les entreprises touristiques pour autant que les cantons participent pour moitié au financement. Un cas de rigueur existe si le CA annuel est inférieur à 60 % de la moyenne pluriannuelle. La situation patrimoniale et la dotation en capital globales doivent être prises en considération (al. 1). 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. 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 loi Covid-19. La condition de la rentabilité et de la viabilité de l'entreprise bénéficiaire avant l'apparition du Covid-19 a, quant à elle, été reprise dans un nouvel al. 2bis.

La loi Covid-19 a été modifiée à de nombreuses reprises entre la session de printemps 2021 de l'Assemblée fédérale et la session d'hiver 2021 (RO 2021 no 153, RO 2021 no 354, RO 2021 no 762), sans que cette notion de moyenne pluriannuelle ne soit modifiée.

b. Le 25 novembre 2020, le Conseil fédéral a adopté l'ordonnance Covid-19.

Conformément aux principes généraux du droit intertemporel, lorsqu'un changement de droit intervient au cours d'une procédure administrative contentieuse ou non contentieuse, la question de savoir si le cas doit être tranché sous l'angle du nouveau ou de l'ancien droit se

pose. En l'absence de dispositions transitoires, s'il s'agit de tirer les conséquences juridiques d'un événement passé constituant le fondement de la naissance d'un droit ou d'une obligation, le droit applicable est celui en vigueur au moment dudit événement. Dès lors, en cas de changement de règles de droit, la législation applicable reste en principe celle qui était en vigueur lors de la réalisation de l'état de fait qui doit être apprécié juridiquement ou qui a des conséquences juridiques (ATA/918/2018 du 11 septembre 2018 ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2018, n. 403 ss).

Selon l'ordonnance Covid-19, dans sa version applicable au moment du dépôt de la demande le 22 avril 2021, soit celle du 1er avril 2021 jusqu'au 18 juin 2021, la Confédération participe aux coûts et aux pertes que les mesures pour les

- 10/20 - A/1559/2022 cas de rigueur destinées aux entreprises occasionnent à un canton (art. 1 al. 1) à certaines conditions.

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 (art. 2 al. 2).

L'ancien art. 3 prévoyait avant le 1er avril 2021, au nombre des exigences pour bénéficier du soutien financier, l'entreprise doit établir notamment qu'elle s'est inscrite au RC avant le 1er mars 2020, ou, à défaut d'inscription au RC, a été créée avant le 1er octobre 2020 (art. 3 al. 1 let. a), et a réalisé en 2018 et en 2019 un CA moyen d'au moins CHF 50'000.- (art. 3 al. 1 let. b). Si elle a commencé son activité commerciale le 1er janvier 2020 ou plus tard, ou si elle a été créée en 2018 ou en 2019 et présente ainsi un exercice d'une durée supérieure à une année civile, le CA moyen est celui qui a été réalisé entre le 1er janvier 2018 et le 29 février 2020, calculé sur douze mois (art. 3 al. 2).

Dès le 1er avril 2021, l'art. 3 a été modifié. Selon l'al. 1 let. a, l'entreprise doit s'être inscrite au RC avant le 1er octobre 2020, ou, à défaut d'inscription au registre du commerce, avoir été créée avant le 1er octobre 2020 et elle a réalisé pour les exercices 2018 et 2019 un CA moyen d'au moins 50'000 francs (let. b). Selon l'al. 2 par CA annuel moyen des exercices 2018 et 2019, on entend, (a) pour une entreprise qui a été créée entre le 31 décembre 2017 et le 29 février 2020, (1) le CA moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 29 février 2020, calculé sur douze mois, ou (2) le CA moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur douze mois, et (b) pour une entreprise qui a été créée entre le 1er mars 2020 et le 30 septembre 2020, le CA moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur douze mois.

L'entreprise doit également établir que son CA 2020 est 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).

Les entreprises qui ont enregistré un recul du CA pendant plus de douze mois peuvent ajouter le recul du CA pour les mois de janvier à juin 2021 si ceux-ci ne sont pas déjà pris en compte dans le calcul visé à l'art. 5 ; le recul du CA est calculé par rapport au CA moyen des périodes correspondantes pour les exercices 2018 et 2019 (art. 8b al. 2 ordonnance Covid-19).

c. Aux termes du commentaire de l'ordonnance Covid-19 établi le 18 juin 2021 par l'administration fédérale des finances (ci-après : commentaire AFF, accessible à l'adresse

<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/67163.pdf>, consulté le 11 août 2022), ladite ordonnance comportait une série de prescriptions

- 11/20 - A/1559/2022 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). 4) a. Au plan cantonal, le Grand Conseil a adopté le 29 janvier 2021 l'aLAFE-2021 qui avait 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'affaire insuffisante et qui ne couvrent pas leurs coûts fixes dans les limites prévues à l'art. 12 (art. 1 al. 3).

Peuvent prétendre à une aide les entreprises qui, en raison des mesures prises par la Confédération ou le canton pour endiguer l'épidémie de Covid-19, doivent cesser totalement ou partiellement leur activité selon les modalités précisées dans le règlement d'application (art. 3 al. 1 let. a), ou dont le CA a subi une baisse substantielle selon les dispositions de l'ordonnance Covid-19 (art. 3 al. 1 let. b). L'indemnité est notamment versée aux entreprises dont l'activité est interdite par décision des autorités fédérales ou cantonales (art. 7 et 8), dont le CA est inférieur à 60 % du CA antérieur (art. 9 à 11).

b. 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).

Selon l'art. 11 al. 1 aRAFE-2021, peuvent prétendre à une aide financière les entreprises qui peuvent démontrer que leur CA 2020 est inférieur à 60 % du CA moyen des exercices 2018 et 2019 en raison des mesures ordonnées par les autorités aux fins de lutter contre l'épidémie de COVID-19. Si l'entreprise a commencé son activité commerciale le 1er janvier 2020 ou plus tard, ou si elle a été créée en 2018 ou en 2019 et présente ainsi un exercice d'une durée supérieure à une année civile, le CA moyen visé à l'al. 1 est celui qui a été réalisé entre le 1er janvier 2018 et le 29 février 2020, calculé sur douze mois (art. 11 al. 2 aRAFE- 2021).

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

- 12/20 - A/1559/2022

Selon l'art. 3 al. 1, qui fixe le principe de l'indemnisation, 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 des dispositions de l'ordonnance Covid-19. L'activité réelle de l'entreprise est prise en compte dans la détermination de l'indemnité (art. 3 al. 3 LAFE-2021).

Les modalités concrètes pour les entreprises réalisant un CA supérieur à CHF 5'000'000.- sont prévues au chapitre II de la loi, plus spécifiquement aux art. 11 à 13 LAFE-2021, non modifiés par la loi 12'991 du 2 juillet 2021 ni par la loi 13'029 du 7 octobre 2021. Le titre du chapitre est « Entreprises dont le chiffre d'affaires moyen 2018-2019 est supérieur à 5 millions de francs ».

Selon l'art. 11 LAFE-2021, peuvent prétendre à une aide financière, les entreprises qui démontrent que leur CA, généré sur une période de douze mois comprise entre le 1er 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 cas de rigueur. Les documents justificatifs à fournir sont notamment les comptes annuels 2018, 2019 et 2020 (art. 24 al. 2 let. a LAFE-2021).

d. Le 5 mai 2021, le Conseil d'État a adopté le RAFE-2021.

Situé dans le chapitre II de la loi, intitulé « Entreprises avec un chiffre d'affaires moyen 2018-2019 supérieur à 5 millions de francs », l'art. 19 al. 1 RAFE-2021 prévoit que peuvent prétendre à une aide financière les entreprises qui démontrent que leur CA, généré sur une période de douze mois comprise entre le 1er janvier 2020 et le 30 juin 2021 est inférieure à 60 % du CA moyen déterminé selon les modalités prévues par l'art. 3 de l'ordonnance Covid-19 cas de rigueur. Le montant de l'indemnité correspond au recul du CA tel que prévu à l'art. 5 de l'ordonnance Covid-19, multiplié par une part de coûts fixes forfaitaires déterminée selon le domaine d'activité (art. 20 al. 1 RAFE-2021).

e. 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). 5) a. À teneur de l'art. 5 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), 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).

- 13/20 - A/1559/2022

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).

b. La loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de rechercher quelle est la véritable portée de la norme, en la dégagant de tous les éléments à considérer, soit notamment des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle, de son esprit, ainsi que des valeurs sur lesquelles elle repose, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions légales (interprétation systématique ; ATF 136 III 283 consid. 2.3.1 ; ATF 135 II 416 consid. 2.2). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation, mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme ; il ne se fonde sur la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (ATF 135 II 243 consid. 4.1 ; ATF 133 III 175 consid. 3.3.1).

L'interprétation de la loi peut conduire à la constatation d'une lacune. Une lacune authentique (ou proprement dite) suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point alors qu'il aurait dû le faire et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. En revanche, si le législateur a renoncé volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante ou objectivement insoutenable (ATA/317/2020 du 31 mars 2020 consid. 2d ; Thierry TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2ème éd., 2018, n. 440). D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle qui découle notamment du principe de la séparation des pouvoirs, de corriger les silences qualifiés et les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution (ATF 139 I 57 consid. 5.2 ; 138 II 1 consid. 4.2).

- 14/20 - A/1559/2022 Lorsqu'il apparaît que c'est à dessein que la loi ne régleme pas une situation donnée, ce silence qualifié doit en principe être respecté. Il n'y a alors pas de place pour un quelconque comblement de lacune (ATA/317/2020 précité consid. 2d ; Thierry TANQUEREL, op. cit., n. 441). 6) a. L'art. 12 al. 1 de la loi Covid-19, entrée en vigueur le 26 septembre 2020, devenu l'art. 1bis dès le 19 décembre 2020, mentionne expressément la référence à la « moyenne pluriannuelle ». Le message du Conseil fédéral du 12 août 2020 (FF 2020 6363) n'en fait pas mention et celui du 18 novembre 2020 (FF 2020 8505) se limite à indiquer que la teneur de l'art. 12 al. 1 est reprise dans le nouvel al. 1bis. La référence à la moyenne pluriannuelle du CA apparaît d'abord lors des débats au Conseil National en septembre 2020. Une période de référence est proposée et s'étend alors de 2017 à 2019 (BOCN 2020 1333). Elle réapparaît, sans plus mentionner de période, lors des débats au Conseil des États le 16 septembre 2020 (BOCE 2020 876). Le 21 septembre 2020, au Conseil des États, les débats portent également sur la rigueur du seuil de 60 % mais non sur la moyenne pluriannuelle ou son principe (BOCE 2020 951 s). La période de référence n'est plus évoquée. La conférence de conciliation propose le 23 septembre 2020 la formulation suivante « Un cas de rigueur existe si le CA annuel est inférieur à 60 % de la moyenne pluriannuelle » (BOCE 2020 1013 ; BOCN 2020 1764). Le rapporteur de majorité au Conseil National considère le même jour qu'il s'agit d'un critère suffisant (BOCN 2020 1765). Le texte est adopté par le plénum de chaque chambre le 25 septembre 2020, sans débat. Les travaux préparatoires montrent ainsi que lorsque le débat a porté sur la période de référence, une réduction de cette durée ou une extrapolation du CA n'ont été évoqués

que pour les entreprises créées durant celle-ci et non pour des entreprises déjà existantes.

b. Le texte de l'ordonnance Covid-19 est ainsi clair. Les exceptions à la prise en compte du CA de référence moyen des années 2018-2019 sont limitées aux entreprises fondées après le 31 décembre 2017. Ainsi pour une entreprise créée entre le 31 décembre 2017 et le 29 février 2020, soit avant la mise en œuvre des mesures de restriction, le CA moyen qui sert de référence est celui qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 29 février 2020, calculé sur 12 mois ; ou le CA moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur 12 mois. Le CA pris en considération est celui qui permet à l'entreprise de recevoir l'aide la plus importante (art. 3 al. 2 let. a de l'ordonnance Covid-19 cas de rigueur). Cette règle garantit que les entreprises qui ont été créées en 2018 ou 2019, mais qui n'ont réalisé des CA plus élevés qu'à partir de 2020, ne soient pas défavorisées par rapport à celles qui ont été créées après le 29 février 2020 et qui ont réalisé des CA en été 2020 (commentaire AFF p. 6).

Par comparaison, le législateur ne paraît pas avoir envisagé d'exception à la prise en compte du CA moyen de 2018 et 2019 pour les entreprises créées jusqu'au 31 décembre 2017. La différence de traitement entre cette règle stricte,

- 15/20 - A/1559/2022 d'une part, et la possibilité de modifier d'autre part la période de référence pour les entreprises créées dès 2020, peut trouver son fondement dans les effets des vagues successives de la pandémie, et justifier aussi bien l'extrapolation de CA même inférieurs à un an ou le glissement de l'exercice de référence pour tenir compte par exemple d'une saison d'hiver. L'extrapolation de CA durant la période de référence 2018-2019 ne se justifie quant à elle que si l'entreprise a été créée durant cette période.

c. À titre exemplatif, la chambre de céans a jugé dans un cas récent que l'ouverture d'un hôtel le 1er 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 économique de cette société, antérieur à la survenance de la pandémie, 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).

La chambre de céans a récemment refusé 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).

Dans un autre cas, concernant des travaux de rénovation d'un hôtel, elle a jugé que la loi ne comportait pas de lacune permettant de prétendre à l'extrapolation du CA réalisé durant le second semestre 2019 seulement au titre de la période de référence (ATA/86/2022 précité consid. 4c).

La chambre de céans a aussi jugé qu'une société inscrite au RC depuis 2012, qui avait entrepris l'exploitation d'un restaurant dès juillet 2020, changé sa raison sociale au 1er octobre 2020 et dont le CA moyen des exercices 2018 et 2019 était nul, réalisait la condition d'inscription au RC avant le 1er mars 2020, laissant ouverte la question de l'applicabilité de l'art. 3 al. 2 let. b de l'ordonnance Covid-19 entrée en vigueur le 1er avril 2021, soit après la décision litigieuse (ATA/1055/2021 du 12 octobre 2021 consid. 7).

d. À titre comparatif, la IIIe Cour administrative du Tribunal cantonal fribourgeois a rejeté le 30 juillet 2021 le recours d'un entrepreneur qui expliquait avoir choisi de réduire de

moitié son activité en 2018 et 2019, ce qui avait empêché son revenu annuel moyen d'atteindre le seuil de CHF 50'000.-, et observé que les exceptions prévues par la loi pour les entreprises créées entre le 31 décembre 2017 et le 29 février 2020, respectivement entre le 1er mars et le 30 septembre 2020 ne s'appliquaient pas (arrêt 603 2021 80 du 30 juillet 2021 consid. 3).

Dans un arrêt du 25 novembre 2021, la même IIIe Cour a jugé que l'autorité avait à bon droit écarté l'argument de l'exploitante d'une boulangerie-tea-room

- 16/20 - A/1559/2022 selon lequel d'importants travaux effectués dans la zone entre 2017 et 2019 avaient rendu son commerce inaccessible ou difficilement accessible et avaient notablement réduit son CA, de sorte qu'il fallait prendre en compte l'exercice 2016. Bien que l'argument fût compréhensible, les dispositions légales mentionnaient expressément le CA moyen des années 2018 et 2019, de sorte que les autorités ne pouvaient appliquer d'autres années de référence (arrêt 603 2021 78 du 25 novembre 2021 consid. 3.2). 7)

En l'espèce, la recourante n'a été créée ni en 2018 ni en 2019 mais en 2002, et n'a pas commencé son activité commerciale dès le 1er janvier 2020 mais en tout cas avant 2018, de sorte qu'elle ne remplit pas les conditions de l'exception prévue à l'art. 3 al. 2 ordonnance Covid-19 auquel renvoie l'art. 19 al. 1 RAFF- 2021, qui permet de calculer dans certains cas précis, pour des entreprises créées postérieurement au 31 décembre 2017, le CA moyen en comparaison sur une période d'activité réduite. L'art. 11 al. 1 aRAFF-2021 établissait déjà comme comparant le CA moyen des années 2018 et 2019.

La recourante fait valoir que l'interruption de son activité pour cause de travaux de rénovation et surélévation constituerait un cas particulier, qui devrait exclure de comptabiliser la période de fermeture dans l'exercice et conduire à l'annualisation du CA réalisé dès la réouverture.

La mesure de la baisse du CA par comparaison avec un exercice précédent pluriannuel trouve son fondement dans la loi Covid-19 et l'ordonnance Covid-19, lesquelles précisent qu'il s'agit du CA moyen des exercices 2018 et 2019. La base de comparaison est ainsi reprise à l'identique du droit fédéral, comme le relève l'intimé. L'argumentation selon laquelle les cantons conserveraient dans ce cadre un pouvoir d'appréciation tombe à faux, 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 (commentaire AFF, p. 3). On ne peut conclure, dans le cas d'espèce, que le législateur se serait abstenu de régler un point alors qu'il aurait dû le faire et qu'aucune solution ne se dégagerait du texte ou de l'interprétation de la loi (lacune proprement dite). Si la solution à laquelle aboutit l'application des normes tant fédérales que cantonales peut certes paraître insatisfaisante à la recourante, elle n'est toutefois ni arbitraire ni objectivement insoutenable, de sorte qu'il n'appartient pas au juge de combler ce silence qualifié.

La recourante fait grand cas des divers travaux parlementaires, qui auraient évoqué plusieurs variantes pluriannuelles à prendre en considération pour les entreprises. À cet égard il sera souligné qu'à rigueur de texte, prendre en considération 2018 et 2019 représente déjà le choix d'une moyenne « pluriannuelle », soit qui s'étend sur plusieurs années. Certes, les travaux parlementaires démontrent que plusieurs variantes ont été envisagées, sans être toutefois retenues, ce qui est le propre de l'élaboration des actes législatifs en

- 17/20 - A/1559/2022 Suisse. Si le législateur avait souhaité étendre ces années de référence, il aurait modifié de facto tant la loi que l'ordonnance Covid-19, ce qu'il n'a pas fait, nonobstant les éventuelles difficultés liées à l'application temporelle de telles modifications. L'argumentation de la recourante sur ce point ne peut être suivie.

Enfin, il ne peut, au vu de ce qui précède, être soutenu de bonne foi comme le fait la recourante que l'application littérale de la loi, qui ne prévoit aucune exception pour le calcul du CA moyen de référence pour les entreprises fondées avant le 31 décembre 2017, violerait le but et l'esprit de la règle, ainsi que le principe de la légalité.

Par conséquent, ce grief doit être écarté. 8)

Dans un second grief, la recourante se plaint d'une inégalité de traitement résultant de l'application stricte faite par le département. En particulier, elle estime que « sa situation est traitée de la même manière qu'une société qui aurait ouvert des hôtels en 2019 ou 2020, soit juste avant la crise sanitaire et qui aurait donc effectué un CA très bas », mais elle demande, à l'instar des sociétés nouvellement créées, que l'aide soit calculée sur une extrapolation du CA, selon des modalités (variantes 1 à 4) qu'elle a calculées.

a. Aux termes de l'art. 8 al. 1 Cst., tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Une décision ou un arrêté viole cette garantie 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. Il y a notamment inégalité de traitement lorsque l'État accorde un privilège ou une prestation à une personne, mais les dénie à une autre qui se trouve dans une situation comparable (ATF 140 I 201 consid. 6.5.1 et les références citées ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_223/2014 du 15 janvier 2015 consid. 4.5.1).

La protection de l'égalité (art. 8 Cst.) et celle contre l'arbitraire (art. 9 Cst.) sont étroitement liées. Une décision ou un arrêté est arbitraire lorsqu'il ne repose sur aucun motif sérieux et objectif ou n'a ni sens ni but (ATF 141 I 235 consid. 7.1 ; 136 II 120 consid. 3.3.2 ; 133 I 249 consid. 3.3 ; 131 I 1 consid. 4.2 ; 129 I 113 consid. 5.1). Selon le Tribunal fédéral, l'inégalité de traitement apparaît comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 141 I 235 consid. 7.1 ; 129 I 1 consid. 3 ; 127 I 185 consid. 5 ; 125 I 1 consid. 2b.aa).

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

- 18/20 - A/1559/2022 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. En l'espèce, la recourante n'expose pas pour quels motifs des travaux de rénovation et surélévation, dont on suppose qu'ils ont fait l'objet d'une planification financière attentive,

même s'ils entraînent momentanément la diminution ou même l'interruption des recettes, devraient être distingués d'autres choix entrepreneuriaux ou même de fluctuations économiques et faire l'objet d'un traitement particulier qui aurait échappé au législateur.

Ceux-ci s'inscrivent au contraire – à l'instar par exemple d'un sinistre, de difficultés de planification, d'approvisionnement, de financement ou d'exploitation, d'un changement de mode ou d'une baisse de fréquentation de la clientèle, ou encore de toute décision de modifier ou de réduire l'activité – dans la durée de la vie normale d'une entreprise et il n'apparaît pas arbitraire que la réglementation, qui répond à une situation particulière de pandémie et a choisi de prendre en compte les deux exercices les plus récents, n'en tienne pas compte. Contrairement aux affirmations de la recourante, le département ne « pénalise » pas les sociétés effectuant des travaux en appliquant la législation, qui ne tient pas compte de tels événements mais impose de prendre en considération, objectivement pour toutes les sociétés créées avant le 31 décembre 2017, les années 2018 et 2019 pour calculer le CA de référence. En outre, le financement des travaux et la perte ou la réduction momentanée du CA ne sauraient affecter en eux-mêmes la rentabilité ou la viabilité de l'entreprise, sous peine pour elle de ne plus remplir la condition figurant aujourd'hui à l'art. 12 al. 2bis loi Covid-19.

En particulier, le CA durant l'exercice de comparaison 2018-2019 n'a pas été, par principe, affecté par la pandémie. Ses éventuelles fluctuations durant cette période et leurs causes dépendent de la vie économique ordinaire des entreprises et des aléas de la conjoncture et sont ignorées par la réglementation tant fédérale que cantonale, qui ne fait pas de distinctions pour les entreprises créées avant le 31 décembre 2017.

Dès lors, la situation de la recourante ne se différencie pas sensiblement de celle de ses concurrents qui n'ont pas accompli de travaux durant la même période, de sorte qu'elle ne saurait reprocher à la décision ou à la réglementation sur laquelle celle-ci se fonde d'avoir traité de la même manière deux situations nécessitant un traitement distinct et omis de faire les distinctions qui s'imposaient vu les circonstances. Elle ne cite aucun cas concret qui aurait été traité différemment du sien alors que la situation ne l'imposait pas. L'analyse de la

- 19/20 - A/1559/2022 jurisprudence démontre au contraire que le département a traité les cas similaires à celui de la recourante de manière identique. Le grief de violation du principe d'égalité de traitement sera écarté.

La recourante ne saurait ainsi modifier la manière de calculer le CA de référence telle qu'elle est prévue par la loi et proposer comme elle le fait dans son recours quatre possibilités hypothétiques différentes de calcul, alors même que les comptes qu'elle produit à l'appui de sa demande indiquent des CA de CHF 9'679'417.- pour 2018 et CHF 3'809'328.- pour 2019, soit une moyenne de CHF 6'744'373.-. Cette moyenne bisannuelle reflète correctement, en l'espèce, l'évolution de l'activité économique effective de la recourante entre 2018 et 2019, marquée par des travaux de rénovation et surélévation d'un de ses hôtels entre mai et décembre 2019.

C'est ainsi conformément à la loi que l'aide complémentaire accordée par décision du 12 novembre 2021 a été calculée. Pour le surplus, mis à part la période à prendre en compte pour le CA de référence, la recourante ne conteste pas les chiffres retenus par le département, qui ressortent d'ailleurs de sa comptabilité, ni le mode de calcul de l'indemnité.

Mal fondé, le recours sera rejeté. 9)

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 1'500.- 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).

* * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.