

VD_OMNI GE.2022.0024 vom 9. September 2022

VD Tribunal cantonal, 2022-09-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2022.0024

FR: VD_OMNI GE.2022.0024 du 9 septembre 2022

IT: VD_OMNI GE.2022.0024 del 9 settembre 2022

Regeste

A. _____/Service de la promotion de l'économie et de l'innovation | Pas de violation de l'obligation de motiver ni de l'obligation de statuer dans un délai raisonnable, compte tenu du contexte (demande d'aide aux cas de rigueur covid). La réclamation datait du 22 juin 2021 et la décision sur réclamation a été rendue le 11 janvier 2022 (consid.2). Modifications successives de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur en cours d'instance. L'autorité intimée a appliqué le droit applicable au moment elle a statué, a priori plus avantageux pour les entreprises. Dès lors que la recourante n'a dans aucun cas droit à une aide, quelle que soit la version de l'arrêté appliquée, il n'y a pas lieu de déterminer si l'autorité intimée a à juste titre appliqué l'arrêté dans sa version en vigueur au moment où elle a statué (consid.3). Le texte de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur est clair. Il détermine la manière de calculer le chiffre d'affaires moyen de référence et ne prévoit pas que ce calcul pourrait se fonder sur un chiffre d'affaires hypothétique. Ce mode de calcul apparaît également justifié à la lumière de l'objectif visé par l'arrêté COVID-19 cas de rigueur qui est de soutenir les entreprises se trouvant dans un cas de rigueur, mais pas de leur permettre de compenser l'entier du chiffre d'affaires qu'elles auraient pu espérer réaliser dans une conjoncture économique favorable (consid.4 et 5)

Erwägungen

E. 1

La décision attaquée, qui concerne une subvention et qui n'est pas susceptible de recours devant une autre autorité, peut faire l'objet d'un recours de droit administratif au sens des art. 92 ss de la loi du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36; cf. art. 16 al. 4 de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur). Le présent recours, déposé dans le délai légal (art. 95 LPA-VD) et formé par le requérant de la subvention disposant d'un intérêt digne de protection à la réforme de la décision attaquée (cf. art. 75 let. a LPA-VD), est recevable. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

E. 2

de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst.; RS 101) impose à l'autorité de motiver ses décisions, afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer son droit de recours à bon escient. Pour satisfaire à cette exigence, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. Elle n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, peuvent être tenus pour pertinents (ATF 142 II 154 consid. 4.2 et les références). Dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé la décision de l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté même si la motivation présentée est erronée. La motivation peut d'ailleurs être implicite et résulter des différents considérants de la décision

(ATF 141 V 557 consid. 3.2.1 et les références). La décision attaquée est certes sommairement motivée; elle contient toutefois les calculs relatifs à la fixation de l'indemnité. Cela étant, même si une violation du droit d'être entendu devait être reconnue, elle n'est pas de nature à entraîner l'annulation de la décision contestée. En effet, la recourante a pu valablement contester la décision attaquée devant l'autorité de céans qui dispose de tous les éléments pour se prononcer en connaissance de cause. En outre, dans ses observations circonstanciées produites durant la présente procédure de recours, l'autorité intimée a largement développé et explicité son mode de calcul. Pour sa part, la recourante a été invitée à se déterminer sur les explications complémentaires de l'autorité intimée. Partant, la guérison du vice par la voie du recours ne provoque aucun désavantage à la recourante. Il n'y a dès lors pas lieu de lui renvoyer l'affaire pour qu'elle rende une nouvelle décision motivée. c) Aux termes de l'art. 29 al. 1 Cst., toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Pour déterminer la durée du délai raisonnable, il y a lieu de se fonder sur des éléments objectifs, notamment le degré de complexité de l'affaire, l'enjeu que revêt le litige pour l'intéressé ainsi que le comportement de ce dernier et des autorités compétentes (ATF 144 II 486 consid. 3.2 et les références). Il appartient au justiciable d'entreprendre ce qui est en son pouvoir pour que l'autorité fasse diligence, que ce soit en l'invitant à accélérer la procédure ou en recourant, le cas échéant, pour retard injustifié (ATF 130 I 312 consid. 5.2; arrêt TF 2C_89/2014 du 26 novembre 2014 consid. 5.1). En l'espèce, la réclamation déposée par la recourante contre la décision initiale datait du 22 juin 2021 et la décision sur réclamation a été rendue le 11 janvier 2022. Si on comprend qu'un délai d'un peu plus de six mois paraisse long à la recourante, il n'apparaît pas excessif dans le présent contexte, au vu du nombre de demandes d'aides déposées pour cas de rigueur. Par ailleurs, la recourante n'a pas non plus contacté l'autorité intimée en faisant état d'une urgence particulière, qui aurait distingué son cas de celui des autres entreprises qui attendaient un soutien de l'Etat. Il n'y a ainsi pas lieu de considérer que l'autorité intimée a tardé à statuer en violation de ses obligations constitutionnelles.

E. 3

L'arrêté COVID-19 cas de rigueur ayant été modifié à diverses reprises, comme il sera exposé au considérant 4 ci-après, il convient d'examiner quelle est la version applicable dans le cas d'espèce. a) Lorsque le droit matériel change en cours d'instance, la question est de savoir quelles sont les règles de droit applicables. En premier lieu, il convient de tenir compte des éventuelles règles de droit intertemporel contenues dans l'acte normatif considéré; en l'absence de telles règles, il y a lieu de se référer aux principes généraux. Selon un principe général de droit intertemporel, les dispositions légales applicables à une contestation sont celles en vigueur au moment où se sont produits les faits juridiquement déterminants pour trancher celle-ci (ATF 146 V 364 consid. 7.1; 140 V 41 consid. 6.3.1; Moor/Flückiger/Martenet, Droit administratif, vol. I, 3 e éd., Berne 2012, p. 184 ss). Ainsi lorsqu'un fait donne naissance à une prétention à une indemnité au bénéfice de l'administré, on applique le droit en vigueur au moment où ce fait s'est produit (Moor/Flückiger/Martenet, op. cit., p. 185). Il en va de même dans le cas de comportements qui doivent faire l'objet d'une sanction, sauf si le nouveau droit est plus favorable pour l'administré (Moor/Flückiger/Martenet, op. cit., p. 185-186). En revanche, lorsqu'il est question de délivrer une autorisation et que le changement de droit intervient en cours de procédure administrative, c'est-à-dire après son ouverture d'office (ou sur requête), mais avant le prononcé d'une décision, il est admis que l'autorité de première instance doit fonder

sa décision sur le nouveau droit (Moor/Flückiger/Martenet, op. cit., p. 187; Jacques Dubey / Jean-Baptiste Zufferey, Droit administratif général, Bâle 2014, p. 132).

Moor/Flückiger/Martenet soulignent que, si on prenait comme date déterminante la date du dépôt des requêtes, il pourrait se trouver que des décisions prises le même jour appliquent deux droits différents suivant le jour où chacune des requêtes a été déposée, ce qui poserait des problèmes d'égalité de traitement. Lorsque le droit est modifié alors qu'une décision administrative fait l'objet d'un recours, la légalité de l'acte administratif doit en principe, en l'absence d'une disposition légale transitoire, être examinée selon le droit en vigueur au moment où il a été rendu. Un changement de loi intervenu au cours d'une procédure de recours devant un tribunal administratif n'a donc en général pas à être pris en considération, sous réserve des situations particulières liées notamment à l'intérêt public (cf. ATF 144 II 326 consid. 2.1.1; ATAF C-6783/2009 du 22 février 2011 consid. 5.2; Dubey/Zufferey, op. cit., p. 132). b) En matière de subventions fédérales, les demandes d'aides ou d'indemnités sont appréciées en application du droit en vigueur au moment de la demande lorsque la prestation est allouée avant l'exécution de la tâche; par contre l'autorité statue en application du droit en vigueur au début de l'exécution de la tâche, lorsque la prestation est allouée ultérieurement (cf. art. 36 al. 1 de la loi fédérale du 5 octobre 1990 sur les aides financières et les indemnités [RS 616.1; loi sur les subventions, LSu]). Selon l'art. 36 al. 1 sur les subventions du 22 février 2005 (LSubv; BLV 610.15), "[d] ès son entrée en vigueur, la présente loi est applicable à toutes les demandes de subventions, y compris celles qui sont déjà en cours et n'ont pas encore fait l'objet d'une décision ou d'une convention ". Cela étant, le soutien aux entreprises dont il est ici question, qui consiste en une aide individuelle, n'est pas une subvention fédérale et n'est pas non plus directement visé par la loi sur les subventions (cf. art. 8 al. 1 let. c LSubv, qui précise que ne sont pas considérées comme des subventions au sens de la LSubv les contributions pécuniaires ou avantages économiques accordés à des bénéficiaires externes à l'Etat qui n'impliquent pas l'accomplissement d'une tâche d'intérêt public par ceux-ci). L'art. 17 de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur renvoie toutefois expressément aux dispositions de cette loi, s'agissant du suivi et du contrôle des aides (cf. art. 17 arrêté). Il convient ainsi de retenir que l'aide litigieuse s'apparente à une subvention. Il n'en demeure pas moins que l'art. 36 al. 1 Subv ne renseigne pas sur la version de l'arrêté à appliquer. Quant à l'art. 20 al. 1 de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur, dans sa teneur initiale, il dispose que celui-ci entre en vigueur le 2 décembre 2020 et échoit le 30 juin 2021. Depuis la modification de l'arrêté en vigueur à partir du 19 mai 2021, l'échéance a été étendue au 31 décembre 2021. Toutefois, selon l'art. 20 al. 2, les demandes d'aide pendantes au 30 juin 2021 (respectivement au 31 décembre 2021 depuis le 19 mai 2021) restent soumises aux dispositions " du présent arrêté jusqu'à l'issue de la procédure ". Le Tribunal de céans a mentionné que cette disposition transitoire donnait à penser que c'était le droit en vigueur lors du dépôt de la demande qui s'appliquait (cf. arrêt GE.2021.0191 du 5 avril 2022, puis GE.2021.0096 du 17 août 2022), mais sans trancher la question. En l'absence d'autres éléments, il n'apparaît pas évident que le Conseil d'Etat ait voulu soustraire les demandes d'indemnisation pendantes aux conditions d'octroi plus généreuses qu'il promulguait, sachant que le but de ces réformes successives était d'étendre le cercle des bénéficiaires des mesures de soutien, en comblant les lacunes d'indemnisation constatées au fur et à mesure de l'évolution de la pandémie. On peut aussi se demander si l'art. 20 al. 2 de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur n'avait pas seulement pour but de préciser que l'arrêté restait applicable, même une fois arrivé à échéance. Il n'est toutefois pas nécessaire de trancher définitivement la question dans le présent arrêt, comme on le verra

ci-après. Dans le cas d'espèce, la réglementation en vigueur du 20 janvier 2021 au 18 mai 2021 correspond à celle prévalant lors du dépôt de la demande de la recourante du 7 mai 2021, mais pas à celle prévalant aux dates des décisions initiale du 22 juin 2021 et sur réclamation du 11 janvier 2022, toutes deux postérieures à la modification législative du 19 mai 2021. Lorsqu'elle a rendu la décision du 22 juin 2021, puis la décision sur réclamation du 11 janvier 2022, l'autorité intimée a appliqué le droit applicable du 19 mai au 6 juillet 2021; elle s'est ainsi écartée du droit applicable au moment où la requête avait été déposée. L'application de ces règles a eu pour conséquence qu'elle a envisagé le second établissement de la recourante comme une entreprise indépendante, ce qui n'aurait pas été possible si elle avait appliqué l'ancien droit qui ne reconnaissait pas les entreprises créées après le 1^{er} mars 2020. L'application de ces nouvelles règles s'était révélée avantageuse pour la recourante pour ce qui concernait le calcul de l'indemnité relative à l'année 2020 (cf. décision du 16 juin 2021, entrée en force). En revanche, l'application de ces règles plus généreuses ne s'est pas révélée favorable (ni défavorable d'ailleurs) pour la recourante pour le premier trimestre 2021, celle-ci n'ayant dans aucun cas droit à une aide, quelle que soit la version de l'arrêté appliquée. Au vu de cet état de fait, il n'y a pas lieu de déterminer si l'autorité intimée a à juste titre appliqué l'arrêté dans sa version en vigueur du 19 mai au 6 juillet 2021 ou si elle aurait dû appliquer la réglementation antérieure, moins large. L'incidence pratique de la réponse à cette question serait en effet nulle. Quant au Tribunal de céans, autorité de recours, il appliquera le droit sur la base duquel l'autorité intimée a statué, à savoir le droit en vigueur du 19 mai au 3 juillet 2021.

E. 4

Le litige porte en l'occurrence sur le montant de l'aide à fonds perdu allouée à la recourante dans le cadre des mesures économiques destinées à lutter contre les effets du COVID-19 par un soutien aux cas de rigueur. Il convient en premier lieu d'exposer les bases légales de ce système et leur évolution dans le temps. a) En lien avec l'épidémie de COVID-19, la Confédération a adopté des bases légales prévoyant la possibilité de soutenir des mesures cantonales de soutien financier aux entreprises particulièrement touchées par les conséquences de l'épidémie de COVID-19 en raison de la nature même de leur activité économique, notamment celles actives dans le secteur de la restauration ("cas de rigueur"; cf. art. 12 de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19 [Loi COVID-19; RS 818.102] et ordonnance fédérale du 25 novembre 2020 concernant les mesures pour les cas de rigueur destinées aux entreprises en lien avec l'épidémie de COVID-19 [OMCR 2020; RS 951.262]). Le droit fédéral ne faisait que définir les conditions auxquelles la Confédération participerait aux mesures cantonales pour les cas de rigueur. Les cantons restaient libres de déterminer s'il fallait prendre des mesures pour les cas de rigueur et, cas échéant, sous quelle forme (cf. rapport explicatif de l'ordonnance du Conseil fédéral, p. 2; disponible sur <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home.html> > Travail > Pandémie de COVID-19 > Mesures pour les cas de rigueur > 25.11.2020 Coronavirus: Le Conseil fédéral adopte l'ordonnance sur les cas de rigueur COVID-19). Initialement, au nombre des exigences pour bénéficier d'un soutien financier, l'entreprise devait établir notamment qu'elle s'était inscrite au registre du commerce avant le 1^{er} mars 2020, ou, à défaut d'inscription au registre du commerce, avait été créée avant le 1^{er} mars 2020 (art. 3 al. 1 let. a OMCR 2020), et avait réalisé en 2018 et en 2019 un chiffre d'affaires moyen d'au moins 50'000 fr. (art. 3 al. 1 let. b OMCR 2020). Dès le 1^{er} avril 2021, l'art. 3 OMCR 2020 a été refondu. Selon l'al. 1 let. a, l'entreprise doit s'être inscrite au registre du commerce avant le 1^{er}

octobre 2020, ou, à défaut d'inscription au registre du commerce, avoir été créée avant le 1^{er} octobre 2020. Selon l'al. 2, par chiffre d'affaires 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 chiffre d'affaires moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 29 février 2020, calculé sur douze mois, ou (2) le chiffre d'affaires moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur douze mois, et (b) pour une entreprise qui a été créée entre le 1^{er} mars 2020 et le 30 septembre 2020, le chiffre d'affaires moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur douze mois. Le chiffre d'affaires pris en considération est celui qui permet à l'entreprise de recevoir l'aide la plus importante (art. 3 al. 2 let. a OMCR 2020). Cette règle garantit que les entreprises qui ont été créées en 2018 ou 2019, mais qui n'ont réalisé des chiffres d'affaires 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 chiffres d'affaires en été 2020 (commentaire de l'ordonnance révisée, p. 6; accessible à l'adresse <https://www.seco.admin.ch/seco/fr/home.html> > Travail > Pandémie de COVID-19 > Mesures pour les cas de rigueur > 31.03.2021 Coronavirus: le Conseil fédéral modifie l'ordonnance sur les cas de rigueur et l'ordonnance sur les pertes de gain). L'art. 3 OMCR 2020 a été en vigueur jusqu'au 31 décembre 2021. b) Sur le plan cantonal, l'aide pour cas de rigueur est régie par le décret du Grand Conseil du 15 décembre 2020 sur les mesures économiques destinées à lutter contre les effets du coronavirus (COVID-19) par un soutien aux entreprises, dans des cas de rigueur (ci-après: Décret cas de rigueur; BLV 900.05.151220.5). Ce décret a repris la teneur de l'arrêté du Conseil d'Etat du 2 décembre 2020 sur les mesures économiques destinées à lutter contre les effets du coronavirus (COVID-19) par un soutien aux entreprises. L'art. 21 Décret cas de rigueur dispose que le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution du décret, qu'il en publiera le texte et le mettra en vigueur, par voie d'arrêté. L'art. 19 Décret cas de rigueur confère au Conseil d'Etat la compétence d'adapter le dispositif afin de tenir compte d'une éventuelle modification du droit fédéral et pour augmenter l'enveloppe financière dédiée aux cas de rigueur (al. 1); il lui permet également d'adapter si nécessaire le dispositif d'aide afin notamment de réduire les effets de seuil découlant du droit fédéral (al. 2). Par la suite, le Conseil d'Etat a modifié à plusieurs reprises l'arrêté COVID-19 cas de rigueur. Dans leur version en vigueur au 20 janvier 2021 au 18 mai 2021, les art. 4 et 4a de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur définissent de la façon suivante le cas de rigueur: " Art. 4 Définition d'un cas de rigueur 1 Se trouve dans un cas de rigueur l'entreprise dont la marche des affaires a été atteinte par les mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19 dans les proportions indiquées à l'alinéa 2. 2 Un cas de rigueur existe si, en raison des mesures ordonnées par les autorités aux fins de la lutte contre la pandémie COVID-19, la perte de chiffre d'affaires de l'entreprise durant l'année 2020 représente plus de 40% du chiffre d'affaires de référence au sens de l'article 5, alinéa 1, lettre b du présent arrêté. 2bis En cas de recul du chiffre d'affaires enregistré entre les mois de janvier 2021 et de juin 2021 en raison des mesures ordonnées par les autorités aux fins de la lutte contre l'épidémie de COVID-19, l'entreprise peut calculer le recul de son chiffre d'affaires sur la base du chiffre d'affaires des 12 derniers mois au lieu du chiffre d'affaires de l'exercice 2020. 3 Le chiffre d'affaires déterminant pour la perte de chiffre d'affaires est calculé sur la base de la valeur des biens vendus et des services fournis durant l'année civile 2020, respectivement durant les 12 mois concernés en cas d'application de l'alinéa 2bis. Art.4a Dérogation en faveur des entreprises fermées par les autorités 1 Les entreprises qui, en raison des mesures prises par la Confédération ou les

cantons pour endiguer l'épidémie de COVID-19, doivent cesser leur activité pour au moins 40 jours entre le 1^{er} novembre 2020 et le 30 juin 2021 ne sont pas tenues de démontrer une perte de chiffre d'affaires durant l'année 2020, ni durant les mois de janvier 2021 à juin 2021. Elles ne sont également pas tenues de remplir les conditions d'octroi fixées à l'article 6, alinéa 1, lettre b. 2 Si une entreprise exploite plusieurs établissements, ceux qui sont concernés par la cessation d'activité doivent avoir généré au moins 50% du chiffre d'affaires de l'entreprise calculé conformément à l'article 9 alinéa 3bis. L'article 4b s'applique par analogie." L'art. 5, dans sa version en vigueur du 20 janvier 2021 au 18 mai 2021, précise les conditions de calcul du chiffre d'affaires de référence: " Art. 5 – Date de création, siège et chiffre d'affaires de référence 1 L'entreprise doit remplir les conditions suivantes et en attester: a. elle a été inscrite au registre du commerce avant le 1^{er} mars 2020 ou, en cas de défaut de cette inscription, a été créée avant le 1^{er} mars 2020; b. elle a réalisé en 2018 et en 2019 un chiffre d'affaires moyen d'au moins 50'000 francs (ci-après: chiffre d'affaires de référence); c. elle a son siège et sa direction effective dans le canton de Vaud ou y exerce ses activités économiques auxquelles sont liées la plus grande partie de ses salariés. 2 Elle dispose d'un numéro d'identification d'entreprise (IDE) actif. 3 Si l'entreprise a commencé son activité commerciale le 1^{er} janvier 2020 ou plus tard, ou si elle a été créée en 2018 ou en 2019 et présente ainsi un exercice d'une durée supérieure à une année civile, le chiffre d'affaires moyen visé à l'article 5, alinéa 1, lettre b, est celui qui a été réalisé entre le 1^{er} janvier 2018 et le 29 février 2020, calculé sur douze mois." L'art. 9 al. 3bis, dans sa version en vigueur au 20 janvier 2021 au 18 mai 2021, précise le calcul du soutien financier: " 3bis Les entreprises réalisant un chiffre d'affaires de référence de plus de 50'000 francs peuvent se voir allouer un soutien financier correspondant à la prise en charge partielle des charges d'exploitation de l'entreprise reconnues selon l'article 10, à hauteur d'un pourcentage équivalent à la perte de chiffre d'affaires 2020, respectivement des 12 derniers mois selon l'article 4, alinéa 2bis ; le soutien prend principalement la forme d'une aide à fonds perdu. Celle-ci peut être complétée par un cautionnement jusqu'à concurrence du plafond maximal de l'article 11, alinéa 2." Le 19 mai 2021, le Conseil d'Etat a adopté un nouvel arrêté modifiant celui du 2 décembre 2020. L'art. 4a n'a pas été modifié, Les art. 4, 5 et 9 al. 3 ont fait l'objet des amendements suivants: " Art. 4 – Sans changement 1 Sans changement. 2 Un cas de rigueur existe si, en raison des mesures ordonnées par les autorités aux fins de la lutte contre la pandémie COVID-19, la perte de chiffre d'affaires de l'entreprise durant l'année 2020 représente plus de 40% du chiffre d'affaires de référence au sens de l'article 5, alinéa 1, lettre b et alinéa 3 du présent arrêté. 2bis Sans changement. 2ter Lorsque la perte de chiffre d'affaires reconnue selon l'alinéa 2bis du présent article se poursuit durant les deux premiers trimestres 2021, celle-ci se calcule en comparant le chiffre d'affaires réalisé durant le trimestre 2021 concerné au quart du chiffre d'affaires annuel moyen de référence au sens de l'article 5 alinéa 1 lettre b ou alinéa 3. La présente disposition s'applique par analogie à l'article 4a. 3 Le chiffre d'affaires déterminant pour la perte de chiffre d'affaires est calculé sur la base de la valeur des biens vendus et des services fournis durant l'année civile 2020, respectivement durant les 12 mois concernés en cas d'application de l'alinéa 2bis. Il se réfère au compte individuel de l'entreprise requérante. Art. 5 – Sans changement 1 Sans changement: a. elle a été inscrite au registre du commerce avant le 1^{er} octobre 2020 ou, en cas de défaut de cette inscription, a été créée avant le 1^{er} octobre 2020; b. elle a réalisé en 2018 et en 2019 un chiffre d'affaire annuel moyen d'au moins 50'000 francs (ci-après: chiffre d'affaires de référence); c. elle a son siège dans le canton de Vaud au 1^{er} octobre 2020; d. elle exerce son activité commerciale en Suisse et depuis la Suisse ou y emploie du

personnel auquel est lié la plus grande partie de ses charges salariales. 2 Elle dispose d'un numéro d'identification d'entreprise (IDE) actif au moment du dépôt de la demande. 3 Par chiffre d'affaires annuel moyen au sens de l'alinéa 1 lettre b, on entend: a. Pour une entreprise créée ou qui a commencé son activité commerciale entre le 31 décembre 2017 et le 31 août 2019, le plus élevé entre: 1. le chiffre d'affaires moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise ou le début de l'activité commerciale et le 29 février 2020, calculé sur 12 mois; 2. le chiffre d'affaires moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise ou le début de l'activité commerciale et le 31 décembre 2020, calculé sur 12 mois. b. Pour une entreprise créée ou qui a commencé son activité commerciale entre le 1^{er} septembre 2019 et le 29 février 2020, le plus élevé entre: 1. le chiffre d'affaires réalisé lors du trimestre 2019 ou 2020 qui a généré le plus gros chiffre d'affaires, extrapolé sur 12 mois; ou 2. le chiffre d'affaires selon les calculés indiqués à la let. a. c. Pour une entreprise créée ou qui a commencé son activité commerciale entre le 1^{er} mars 2020 et le 30 septembre 2020: 1. le chiffre d'affaires moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur 12 mois. Art. 9 – Sans changement 3bis Les entreprises réalisant un chiffre d'affaires de référence compris entre 50'000 francs au moins et 5 millions de francs au plus peuvent se voir allouer un soutien financier correspondant à la prise en charge partielle des charges d'exploitation de l'entreprise reconnues selon l'article 10, à hauteur d'un pourcentage équivalent à la perte de chiffre d'affaires selon l'article 4; le soutien prend la forme d'une aide à fonds perdu, subsidiairement d'un cautionnement." c) Le Tribunal de céans n'a pas encore eu à trancher de cas concernant les modalités de calcul du chiffre d'affaires déterminant. Les tribunaux d'autres cantons se sont prononcés sur le chiffre d'affaires déterminant, en relevant qu'il n'y avait pas lieu de s'écarter du chiffre d'affaires de référence prescrit par le droit fédéral et mis en oeuvre au niveau cantonal. Dans le cas de l'exploitation d'un restaurant interrompue par des travaux en 2018 et 2019, ce qui avait entraîné une baisse de son chiffre d'affaires, la Chambre administrative genevoise a refusé d'extrapoler le chiffre d'affaires réalisé à la reprise de l'activité (ATA/154/2022 du 10 février 2022 consid. 3b). Dans une précédente espèce très semblable, elle avait jugé que la loi ne comportait pas de lacune permettant de prétendre à l'extrapolation du chiffre d'affaires réalisé durant le second semestre 2019 au titre de la période de référence (ATA/86/2022 du 1^{er} février 2022 consid. 4c). La III^e 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 50'000 fr. La Cour a en particulier 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 1^{er} mars et le 30 septembre 2020 ne s'appliquaient pas par analogie (arrêt 603 2021 80 du 30 juillet 2021 consid. 3). Dans un arrêt du 25 novembre 2021, la même III^e Cour a jugé que l'autorité avait à bon droit écarté l'argument de l'exploitante d'une boulangerie-tea-room 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 chiffre d'affaires, de sorte qu'il fallait prendre en compte l'exercice 2016. Bien qu'admettant que l'argument fût compréhensible, la Cour a relevé que les dispositions légales mentionnaient expressément le chiffre d'affaires moyen des années 2018 et 2019, de sorte que les autorités ne pouvaient retenir d'autres années de référence (arrêt 603 2021 78 du 25 novembre 2021 consid. 3.2).

E. 5

a) En l'occurrence, la recourante ne conteste qu'à un seul égard le calcul de l'autorité intimée, à savoir en ce qui concerne le montant de 993'996 fr. retenu au titre de chiffre d'affaires annuel moyen. Pour le reste, l'essentiel de son argumentation vise les bases sur lesquelles se fonde le calcul de l'autorité intimée. Elle estime que l'autorité intimée n'aurait pas dû se fonder sur les art. 4 et 5 de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur pour définir le chiffre d'affaires moyen de référence, mais aurait dû se référer à un chiffre d'affaires prévisionnel. Elle conteste que l'on puisse renoncer à l'indemniser au motif que son chiffre d'affaires pour le premier trimestre 2021 n'aurait pas reculé. De manière générale, elle soutient que ses établissements ont bien subi des pertes en 2021 dues aux restrictions imposées par les autorités en faisant valoir implicitement que ces pertes devraient être indemnisées. En relation avec ces griefs, le tribunal relèvera que le texte de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur est clair. Il détermine la manière de calculer le chiffre d'affaires moyen de référence et ne prévoit pas que ce calcul pourrait se fonder sur un chiffre d'affaires hypothétique. En cela, l'arrêté COVID-19 cas de rigueur suit les critères fixés par le droit fédéral et le Décret cas de rigueur (cf. dans ce sens arrêt de la Cour constitutionnelle CCST.2021.0006 du 1 er juillet 2022 consid. 2c). La recourante ne soutient par ailleurs pas que ce mode de calcul violerait des principes constitutionnels. Certes, d'autres modes de calcul auraient pu être envisagés. Toutefois, comme le modèle choisi par l'arrêté COVID-19 cas de rigueur est conforme à la loi et à la Constitution, il n'y a pas lieu de le remettre en question. Ce mode de calcul apparaît également justifié à la lumière de l'objectif visé par l'arrêté COVID-19 cas de rigueur qui est – comme son titre même l'indique – de soutenir les entreprises se trouvant dans un cas de rigueur, mais pas de leur permettre de compenser l'entier du chiffre d'affaires qu'elles auraient pu espérer réaliser selon des prévisions optimistes dans une conjoncture économique favorable. La Cour constitutionnelle a relevé ce qui suit à ce propos dans son arrêt CCST.2021.0006 du 1 er juillet 2022 consid. 2c: "(...) la situation des entreprises nouvellement créées est fondamentalement et objectivement différente de celle d'entreprises anciennes. On ne peut en effet poser comme postulat de départ que toute nouvelle entreprise va se développer dans des proportions connues au moment de sa création ou peu de temps après celle-ci, et qu'ainsi un chiffre d'affaires peut être prévu, le succès d'une entreprise n'étant en soi pas certain. Des projections ou des "business plan" restent en effet des hypothèses de travail et ne reflètent pas forcément la marche future effective de toute nouvelle entreprise. L'arrêté attaqué et ses modifications subséquentes ont au demeurant prévu de prendre en compte le chiffre d'affaires moyen calculé sur douze mois, ou le chiffre d'affaires trimestriel le plus élevé ou encore pour les entreprises créées entre le 1 er octobre 2020 et le 31 mars 2021, le chiffre d'affaires mensuel le plus élevé réalisé entre le début de l'activité et le 30 juin 2021. Le Conseil d'Etat a ainsi pris en compte dans une certaine mesure les particularités des entreprises nouvellement créées. On ne saurait ainsi considérer que le principe de l'égalité de traitement est violé par la prise en compte du chiffre d'affaires de référence même si l'impact de cette manière de calculer les aides est plus important pour les entreprises créées en 2019 ou 2020. Par ailleurs, même si le système adopté n'est pas satisfaisant pour les jeunes entreprises, un système n'est pas arbitraire du seul fait que d'autres mesures auraient pu être prévues; enfin, il n'appartient pas à la Cour constitutionnelle de faire œuvre de législateur et de se prononcer sur d'autres systèmes". Ces réflexions sont également valables pour les entreprises qui, comme la recourante, ont ouvert un nouvel établissement en 2020. Pour ce qui concerne ensuite le montant de 993'996 fr. retenu au titre chiffre d'affaires annuel moyen pour l'année 2020, que la recourante indique ne pas comprendre, les explications

fournies par l'autorité intimée en date du 6 mai 2022 sont claires et complètes. Il convient de les reproduire ci-après: " 1. Le calcul du chiffre d'affaires annuel moyen pour le premier établissement de la recourante, créé le 18 février 2019 Selon l'art. 5 al. 1 let. b de l'arrêté cantonal du 2 décembre 2020, dans sa version au 19 mai 2021, l'entreprise doit avoir réalisé en 2018 et 2019 un chiffre d'affaires annuel moyen d'au moins 50'000 francs (ci-après chiffre d'affaires de référence). L'art. 5 al. 3 let. a de l'arrêté cantonal du 2 décembre 2020, précise que par chiffre d'affaires annuel moyen au sens de l'al. 1 let. b, on entend, pour une entreprise créée ou qui a commencé son activité commerciale entre le 31 décembre 2017 et le 31 août 2019, le plus élevé entre: - le chiffre d'affaires moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise ou le début de l'activité commerciale et le 29 février 2020, calculé sur 12 mois (ch. 1); - le chiffre d'affaires moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise ou le début de l'activité commerciale et le 31 décembre 2020, calculé sur 12 mois (ch. 2). Ainsi, il convient de comparer les méthodes de calcul ressortant de l'art. 5 al. 1 let. b [recte al. 3 let. a] ch. 1 et ch. 2 de l'arrêté précité afin de déterminer, pour le premier établissement de la recourante, créé le 18 février 2019, son chiffre d'affaires le plus élevé. a. La méthode de calcul de l'art. 5 al. 3 let. b [recte let. a] ch. 1 de l'arrêté cantonal du 2 décembre 2020 Le nombre de jours écoulés entre le 18 février 2019 – date du début d'activité commerciale – et le 29 février 2020 est de 377 jours. Le chiffre d'affaires annoncé par la recourante, tel qu'il ressort du formulaire charges d'exploitation, est de CHF 511'304.- (pour le détail de la méthode de calcul, cf. point 1.aa. ci-après). Partant, le chiffre d'affaires moyen de référence de l'établissement, calculé sur 12 mois, s'élève, selon la méthode de calcul de l'art. 5 al. 1 let. b [recte al. 3 let. a] ch. 1 de l'arrêté précité, à CHF 495'029.- (CHF 511'304.- / 377 jours x 365 jours). aa. Méthode de calcul du chiffre d'affaires pour la période du 18 février 2019 au 29 février 2020 Le chiffre d'affaires pour l'année 2019 ressortant du document intitulé « Compte d'exploitation pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2019 » est de CHF 401'400.30; le chiffre d'affaires pour les mois de janvier et février 2020 ressortant du tableau Excel intitulé « Tableau des chiffres d'affaire[s] mensuel[s] avec et sans COVID » est de CHF 109'905.- (CHF 52'366.90 + CHF 57'538.10). Partant, le chiffre d'affaires annuel moyen, annoncé par la recourante, pour la période considérée s'élève à CHF 511'305.30 (CHF 401'400.30 + CHF 109'905.-). A titre informatif, le SPEI relève que la recourante a vraisemblablement arrondi chaque montant en ne tenant pas compte des chiffres après la virgule ce qui explique la différence de CHF 1.30 entre le montant obtenu par le SPEI de CHF 511'305.30 et le montant déclaré de CHF 511'304.-. Le Service souligne également que la recourante, pour calculer son chiffre d'affaires annuel moyen, n'a pas tenu compte, pour l'exercice 2019, de la participation nourriture de CHF 20'200.- et du montant de la TVA de CHF 15'616.65. Eu égard à ce qui précède, le chiffre d'affaires 2019 de la recourante aurait dû être de CHF 405'983.65 (CHF 401'400.30 + CHF 20'200.- - CHF 15'616.65) en lieu et place de CHF 401'400.30. De surcroît, la TVA n'a pas été déduite du chiffre d'affaires, pour les mois de janvier et février 2020, qui s'élève à CHF 109'905.- (CHF 52'366.90 + CHF 57'538.10). En déduisant un taux de TVA de 3.7%, le montant obtenu aurait été de CHF 105'838.50 (CHF 109'905.- - (CHF 109'905 x 3.7%)). Toutefois, le Service n'a pas tenu compte des erreurs précitées dans la mesure où elles n'ont pas d'influence sur le résultat final. En effet, si les calculs avaient été effectués correctement, le chiffre d'affaires de référence pour la période considérée aurait été de CHF 495'530.-((CHF 105'838.50 + CHF 405'983.65) / 377 x 365) en lieu et place de CHF 495'029.-. Ce montant demeure inférieur au chiffre d'affaires de référence calculé selon la méthode fixée par l'art. 5 al. 3 let. b [recte let. a] ch. 2 de l'arrêté cantonal du 2

décembre 2020 qui s'élève CHF 497'375.- (cf. lettre b ci-dessous). Comme il sera relevé dans la démonstration qui va suivre, c'est ce dernier montant qui a été retenu pour le premier établissement de la recourante, créé le 18 février 2019.

b. La méthode de calcul de l'art. 5 al. 3 let. b [recte let. a] ch. 2 de l'arrêté cantonal du 2 décembre 2020 Le nombre de jours écoulés entre le 18 février 2019 – date du début d'activité commerciale – et le 31 décembre 2020 est de 683 jours. Le chiffre d'affaires pour cette période est de CHF 928'162.- (pour le détail de la méthode de calcul, cf. point 1.bb. ci-après). Partant, le chiffre d'affaires moyen de référence sur 12 mois s'élève, selon la méthode de calcul de l'art. 5 al. 3 let. b [recte let. a] ch. 2 de l'arrêté cantonal précité, à CHF 497'375.- (CHF 928'162.- / 683 jours x 365 jours).

bb. Méthode de calcul du chiffre d'affaires pour la période du 18 février 2019 au 31 décembre 2020 Le chiffre d'affaires pour l'année 2019 ressortant du document intitulé « Compte d'exploitation pour la période du 1 er janvier au 31 décembre 2019 » est de CHF 405'983.65. Ce montant prend en compte, sous déduction de la TVA de CHF 15'616.65, le chiffre d'affaires annuel moyen de CHF 401'400.30 plus la participation nourriture de CHF 20'200.-. Le chiffre d'affaires 2020 ressortant du tableau Excel intitulé « Tableau des chiffres d'affaire[s] mensuel[s] avec et sans COVID » s'élève, s'agissant du premier établissement de la recourante, soit celui ayant débuté son activité commerciale le 18 février 2019, à CHF 542'240.90.-. Il convient de déduire la TVA du montant susmentionné de CHF 542'240.90. Afin de déterminer le taux de TVA 2020, le SPEI s'est référé au montant de la TVA ayant été déduit du chiffre d'affaires 2019 et se trouvant dans le document intitulé « Compte d'exploitation pour la période du 1 er janvier au 31 décembre 2019 ». Il ressort du document précité qu'un montant de CHF 15'616.65 a été déduit au titre de la TVA sur le chiffre d'affaires de CHF 401'400.30 et la participation nourriture de CHF 20'200.-. Partant, le taux moyen de TVA s'élève à 3.7% (CHF 15'616.65 / (CHF 401'400.30 + CHF 20'200.-)). Dès lors, le montant du chiffre d'affaires 2020, hors TVA, pour la période considérée s'élève à CHF 522'178.- (CHF 542'240.90 – (CHF 542'240.90 x 3.7%)). Le chiffre d'affaires annuel moyen, arrondi à l'unité supérieure, pour l'entier de la période s'élève ainsi à CHF 928'162.- (CHF 405'983.65 + CHF 522'178.-). Ainsi, selon les méthodes ressortant de l'art. 5 al. 3 let. a ch. 1 et 2 de l'arrêté cantonal du 2 décembre 2020, dans sa version au 19 mai 2021, les chiffres d'affaires de la recourante s'élèvent respectivement à CHF 495'029.- et à CHF 497'375.-. Partant, dans la mesure où elle permet d'obtenir le chiffre d'affaires annuel moyen le plus élevé, la méthode la plus avantageuse pour le premier établissement de la recourante créé le 18 février 2019 est celle fixée à l'art. 5 al. 3 let. a ch. 2 de l'arrêté cantonal du 2 décembre 2020.

2. Le calcul du chiffre d'affaires annuel moyen pour le deuxième établissement de la recourante, créé le 24 septembre 2020 Selon l'art. 5 al. 1 let. b de l'arrêté cantonal du 2 décembre 2020, dans sa version au 19 mai 2021, l'entreprise doit avoir réalisé en 2018 et 2019 un chiffre d'affaires annuel moyen d'au moins 50'000 francs (ci-après chiffre d'affaires de références). L'art. 5 al. 3 let. c de l'arrêté cantonal du 2 décembre 2020, précise que par chiffre d'affaires annuel moyen au sens de l'al. 1 let. b, on entend, pour une entreprise créée ou qui a commencé son activité commerciale entre le 1 er mars 2020 et le 30 septembre 2020, le chiffre d'affaires moyen qui a été réalisé entre la création de l'entreprise et le 31 décembre 2020, calculé sur 12 mois.

a. La méthode de calcul de l'art. 5 al. 3 let. c de l'arrêté cantonal du 2 décembre 2020 En l'espèce, le nombre de jours écoulés entre le 24 septembre 2020 – date du début d'activité commerciale de l'établissement – et le 31 décembre 2020 est de 99 jours. Le chiffre d'affaires pour cette période est de CHF 134'700.- (pour le détail de la méthode de calcul, cf. point 2.a. ci-après). Partant, le chiffre d'affaires moyen de référence sur 12 mois

s'élève à CHF 496'621.- (CHF 134'700.- / 99 jours x 365 jours). aa. Méthode de calcul du chiffre d'affaires pour la période du 24 septembre 2020 au 31 décembre 2020 Le chiffre d'affaires 2020 ressortant du tableau Excel intitulé « Tableau des chiffres d'affaire[s] mensuel[s] avec et sans COVID » s'élève à CHF 138'342.- s'agissant de son deuxième établissement. Il convient de déduire la TVA du montant susmentionné de CHF 138'342.-. Il ressort des documents relatifs au décompte TVA pour les premier et deuxième semestres 2020 que le montant total de la TVA s'est élevé respectivement à CHF 6'993.- s'agissant du premier semestre et à CHF 11'181.- s'agissant du deuxième semestre 2020. Ce montant a été déduit d'un chiffre d'affaires TTC de CHF 242'213.- s'agissant du premier semestre et de CHF 454'143.- s'agissant du deuxième semestre. Partant, le taux de la TVA s'élève à 2.61% ((CHF 6'993.- + CHF 11'181.-) / (CHF 242'213.- + CHF 454'143.)). Partant, le montant du chiffre d'affaires, hors TVA, pour la période considérée s'élève à CHF 134'700.- (CHF 138'342.- - (CHF 138'342.- x 2.61%)). 3. Conclusion Eu égard à ce qui précède, le chiffre d'affaires annuel moyen de référence retenu pour les deux établissements et ressortant de la décision du 16 juin 2021 no CDR-668 s'élève à CHF 993'996.- (CHF 497'375.- + CHF 496'621.-). Pour le reste, le Service se réfère aux explications figurant dans la réponse au recours datée du 17 mars 2020, soit notamment qu'en application de l'art. 4 al. 2ter de l'arrêté cantonal du 2 décembre 2020, le montant susmentionné a été divisé par 4 afin d'obtenir un chiffre d'affaires de référence trimestriel reconnu de CHF 248'499.- (CHF 993'996.- / 4) tel qu'il ressort de la décision no CDR-10373." Ces développements permettent de comprendre le calcul effectué par l'autorité intimée. Ils ne prêtent pas le flanc à la critique et doivent être confirmés. Il découle de la comparaison entre le chiffre d'affaires de référence trimestriel reconnu et le chiffre d'affaires trimestriel annoncé pour le 1^{er} trimestre 2021 que la recourante n'a pas subi de perte de chiffre d'affaires au sens de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur pour la période considérée. b) Même en tenant compte du chiffre d'affaires prévisionnel avancé par la recourante, au lieu du chiffre d'affaires de référence, l'hypothèse du cas de rigueur tel que défini par l'art. 4 al. 2 de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur ne serait pas réalisée. En effet, selon cette disposition, un cas de rigueur existe si, en raison des mesures ordonnées par les autorités aux fins de la lutte contre la pandémie COVID-19, la perte de chiffre d'affaires de l'entreprise représente plus de 40% du chiffre d'affaires (de référence). Si l'on retient le chiffre d'affaires prévisionnel au titre de chiffre d'affaires de référence, à savoir 315'000 fr. par trimestre, et qu'on le compare au chiffre d'affaires réalisé durant le 1^{er} trimestre 2021, soit 259'704 fr., on constate que la perte est inférieure à 40%. Il n'y aurait ainsi pas non plus de cas rigueur au sens de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur.

E. 6

Au vu de ce qui précède, il convient de constater que l'autorité intimée n'a pas violé le droit, ni commis un quelconque excès ou abus de son pouvoir d'appréciation, en refusant l'octroi d'une indemnité pour cas de rigueur à la recourante. Il s'ensuit que le recours doit être rejeté et la décision attaquée confirmée. Il sera statué sans frais, ni dépens (cf. art. 16 al. 3 arrêté COVID-19 cas de rigueur).