

# VD\_OMNI GE.2023.0038 vom 1. November 2023

VD Tribunal cantonal, 2023-11-01, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd\\_omni\\_GE.2023.0038](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2023.0038)

FR: VD\_OMNI GE.2023.0038 du 1 novembre 2023

IT: VD\_OMNI GE.2023.0038 del 1 novembre 2023

## Regeste

A. \_\_\_\_\_/Service de la promotion de l'économie et de l'innovation | Aide financière pour les entreprises, destinée à lutter contre les effets de la crise du Covid-19 dans les cas de rigueur. Confirmation de la décision sur réclamation du SPEI qui révoque les précédentes décisions d'octroi d'une aide à fond perdu en faveur de l'entreprise recourante et réclame à cette dernière la restitution des montants d'aide alloués indûment. L'entreprise recourante ne remplit pas une des conditions d'éligibilité à l'aide aux cas de rigueur dans la mesure où elle ne peut pas être considérée comme rentable ou viable avant le début de la crise du Covid-19, dès lors qu'elle se trouvait dans un état de surendettement au 31.12.2019 (consid. 3). L'aide litigieuse s'apparente à une subvention, l'Arrêté Covid-19 cas de rigueur renvoyant expressément aux dispositions de la LSubv s'agissant de la révocation des aides. Le SPEI a fait une application de ces dispositions conforme au droit en révoquant les décisions d'octroi de l'aide et en demandant la restitution totale des montants concernés (consid. 4).

## Erwägungen

### E. 1

Sous le titre "Voies de droit", l'art. 16 al. 4 de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur renvoie aux dispositions de la loi cantonale du 28 octobre 2008 sur la procédure administrative (LPA-VD; BLV 173.36). La décision sur réclamation attaquée, qui concerne des prestations d'aide financière 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 LPA ■ VD. Bénéficiaire des prestations disposant d'un intérêt digne de protection à la réforme de la décision attaquée, la recourante a qualité pour recourir (art. 75 let. a LPA-VD, applicable par renvoi de l'art. 99 LPA-VD). Déposé dans le délai légal de l'art. 95 LPA-VD, l'acte de recours satisfait pour le surplus aux exigences formelles prévues par la loi (art. 79 et 99 LPA-VD). Il y a donc lieu d'entrer en matière sur le fond.

### E. 2

Est considérée comme rentable ou viable en vertu de l'article 6, alinéa 1, lettre a, l'entreprise qui remplit les conditions suivantes et en atteste: a. elle n'était pas surendettée entre le 1 er janvier 2019 et le 31 décembre 2019, après prise en compte d'éventuelles postpositions de dettes au 31 décembre 2019; b. elle ne fait pas l'objet d'une procédure de faillite, d'une procédure concordataire ou d'une liquidation au moment du dépôt de la demande. Sont exceptées les procédures de sursis concordataires où l'assemblée des créanciers a accepté le concordat; c. elle ne faisait pas l'objet, au 15 mars 2020, d'une procédure de poursuite en cours relative à des cotisations sociales; d. elle peut présenter une preuve de sa viabilité montrant de manière crédible que son financement peut être assuré au moyen de la mesure pour les cas de rigueur; e. elle est à jour s'agissant de sa situation fiscale au 15 mars 2020,

notamment s'agissant du respect des délais de dépôt de ses déclarations fiscales, du respect de ses plans de paiements, du paiement de ses impôts et des retenues de l'impôt à la source de ses employés." Le texte de l'art. 6 de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur est pour l'essentiel le même. Cette disposition précise encore à la let. f de son al. 2, dans sa teneur en vigueur depuis le 19 mai 2021, qu'est considérée comme viable et rentable, l'entreprise qui, au 31 décembre 2019, n'était pas surendettée ou en situation d'insolvabilité au sens de l'art. 903 du Code des obligations du 30 mars 1911 (CO; RS 220), ou démontre avoir pris les mesures nécessaires, au sens de l'art. 725 al. 2 CO, de l'art. 903 al. 2 et 3 CO ou de l'art. 84 a al. 1, 2 et 3 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC; RS 210). d) En vertu de l'art. 1 al. 3 de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur, il n'existe aucun droit à l'obtention du soutien financier prévu par le dit arrêté. La situation est la même que d'après l'art. 2 al. 1 de la loi vaudoise du 22 février 2005 sur les subventions (LSubv; BLV 610.15), selon lequel il n'existe pas de droit à l'octroi de la subvention. Or, en relation avec l'art. 2 al. 1 LSubv, la jurisprudence considère que la subvention peut le cas échéant être refusée en dépit du fait que les conditions légales de son octroi sont réalisées (cf. CDAP, arrêt GE.2017.0118 du 16 janvier 2018 consid. 2c). Dans tous les cas, les dispositions précitées laissent un pouvoir d'appréciation à l'autorité compétente pour l'octroi des subventions, pouvoir que l'autorité de recours se doit de respecter (CDAP GE.2021.0191 du 5 avril 2022 consid. 3b; GE.2021.0062 du 22 juin 2021 consid. 1c et 2c).

### **E. 3**

En l'espèce, l'autorité intimée retient que la recourante ne remplit pas une des conditions d'éligibilité à l'aide aux cas de rigueur dans le cadre du COVID-19, dans la mesure où elle ne peut pas être considérée comme rentable ou viable avant le début de la crise de COVID-19 au sens de l'art. 6 al. 1 let. a et al. 2 let. f de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur, dès lors qu'elle se trouvait en état de surendettement au 31 décembre 2019. a) Ni l'arrêté COVID-19 cas de rigueur, ni le Décret COVID-19 cas de rigueur ne définissent la notion de "surendettement". L'art. 6 al. 2 let. f de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur renvoie quant à lui à plusieurs dispositions du Code des obligations et du Code civil, traitant de l'insolvabilité et du surendettement. Dans un tel cas de figure, en l'absence d'une définition autonome du surendettement, il convient de s'inspirer du droit civil fédéral. Il ne s'agit toutefois que de droit cantonal supplétif (cf. Tribunal fédéral [TF], arrêt 2C\_662/2013 du 2 décembre 2013 consid. 2.4; CDAP GE.2022.0096 du 16 février 2023 consid. 4a). En vertu de l'art. 725 al. 2 CO (dans sa version en vigueur au moment du dépôt des demandes d'aide financière par la recourante ainsi que des décisions d'octroi rendues initialement par l'autorité intimée), applicable par analogie à la société à responsabilité limitée (cf. art. 820 al. 1 CO), s'il existe des raisons sérieuses d'admettre que la société est surendettée, un bilan intermédiaire est dressé et soumis à la vérification d'un réviseur agréé; s'il résulte de ce bilan que les dettes sociales ne sont couvertes ni lorsque les biens sont estimés à leur valeur d'exploitation, ni lorsqu'ils le sont à leur valeur de liquidation, le conseil d'administration en avise le tribunal, à moins que des créanciers de la société n'acceptent que leur créance soit placée à un rang inférieur à celui de toutes les autres créances de la société dans la mesure de cette insuffisance de l'actif. En pratique, pour déterminer s'il existe des "raisons sérieuses" d'admettre un surendettement, le conseil d'administration ne doit pas seulement se fonder sur le bilan, mais aussi tenir compte d'autres signaux d'alarmes liés à l'évolution de l'activité de la société, tels que l'existence de pertes continues ou l'état des fonds propres (ATF 132 III 564 consid. 5.1; TF 4A\_133/2021 du 26 octobre 2021 consid. 7.2.1). L'administrateur, dès qu'il a des raisons sérieuses d'admettre le surendettement, doit encore, avant d'avertir le

juge, faire établir des bilans intermédiaires (dans lesquels les biens sont évalués à leur valeur d'exploitation, puis de liquidation) et soumettre ces bilans à la vérification d'un organe de révision (Peter/Cavadini, in Commentaire romand, Code des obligations, Vol. II, 2 e éd. 2017, n os 37 ss ad art. 725 CO et les auteurs cités). La détermination de la valeur de liquidation permettra de faire émerger d'éventuelles réserves latentes, lesquelles ne sont pas prises en compte dans le calcul de la valeur d'exploitation (TF 4A\_214/2015 du 8 septembre 2015 consid. 3.2.2 et les auteurs cités). Exceptionnellement, il peut être renoncé à un avis immédiat au juge, si des mesures tendant à un assainissement concret et dont les perspectives de succès apparaissent comme sérieuses sont prises aussitôt (ATF 132 III 564 consid. 5.1; TF 4A\_188/2022 du 20 septembre 2022 consid. 5.1; 4A\_133/2021 précité consid. 7.2.1; CDAP GE.2022.0096 précité consid. 4a). b) aa) En l'occurrence, l'autorité intimée expose dans sa réponse au recours qu'il ressort des états financiers de la société pour les années 2018 à 2020 produits par la recourante que l'entreprise présentait, le 31 décembre 2018, à l'actif de son bilan un découvert de 75'773 fr. 69, correspondant à la différence entre une perte reportée négative de 80'989 fr. 59 et un résultat de l'exercice positif de 5'215 fr. 90. Le 31 décembre 2019, la recourante présentait à l'actif de son bilan un découvert de 72'530 fr. 90, correspondant à la différence entre une perte reportée négative de 75'773 fr. 69 et un résultat de l'exercice positif de 3'242 fr. 79. L'autorité intimée observe qu'il est inhabituel de comptabiliser à l'actif du bilan, sous la forme d'un découvert, la perte reportée et le résultat de l'exercice car, selon les normes comptables reconnues, ces éléments font partie des capitaux propres de la société et doivent à ce titre être reportés au passif du bilan en déduction du capital social (de 20'000 fr. dans le cas présent). Enfin, le 31 décembre 2020, la recourante présentait au passif de son bilan un total de capitaux négatif de 107'907 fr. 70 (20'000 fr. - 72'530 fr. 90 - 55'376 fr. 80), avec un résultat reporté négatif de 72'530 fr. 90 et un résultat de l'exercice négatif de 55'376 fr. 80. Au chiffre 8 de l'annexe des états financiers 2020, il était dès lors mentionné que " la société est actuellement en situation de surendettement en regard des dispositions du Code des obligations ". Cela étant, l'autorité intimée relève que la recourante était déjà en situation de surendettement au 31 décembre 2018 et au 31 décembre 2019. En effet, pour l'année 2018, le total de ses actifs, par 36'043 fr. 11 (16'343 fr. 11 + 8'620 fr. + 11'080 fr.), ne couvrait plus les capitaux étrangers, qui s'élevaient à 91'816 fr. 80. S'agissant de l'exercice 2019, le total des actifs de la recourante, par 38'090 fr. 66 (18'390 fr. 66 + 8'620 fr. + 11'080 fr.), ne couvrait pas les capitaux étrangers, qui s'élevaient à 90'621 fr. 56. L'autorité intimée considère dès lors que, au vu de l'ampleur de la différence entre les montants des actifs et des capitaux étrangers concernés, l'état de surendettement de l'entreprise paraît manifeste. Ce constat doit être confirmé. La recourante ne conteste pas expressément les résultats des calculs présentés ci-dessus, effectués sur la base des chiffres figurant dans ses propres pièces comptables, qu'elle a produites dans le cadre de ses demandes d'aide successives. Conformément au contenu desdites pièces et arithmétiquement corrects, ces calculs échappent à la critique. En principe, il conviendrait d'estimer les biens de la société également à leur valeur de liquidation pour déterminer si les dettes sociales ne sont pas couvertes aussi dans cette hypothèse. En l'espèce, un tel bilan n'a pas été établi. Il n'est toutefois pas nécessaire d'y procéder, dans la mesure où il apparaît que la recourante ne soutient pas qu'elle ne se trouverait plus en état de surendettement dans le cas où les biens de la société seraient estimés à leur valeur de liquidation plutôt que d'exploitation. Il sied dès lors de retenir que l'état de surendettement de l'entreprise paraît manifeste sur la base des valeurs d'exploitation déjà en 2018 au moins, et qu'il a en outre perduré à tout le moins jusqu'au 31 décembre 2020. bb) Dans l'hypothèse

d'un surendettement effectif au 31 décembre 2019, il ressort de la seconde partie de l'art. 6 al. 2 let. f de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur que l'entreprise doit démontrer avoir pris les mesures nécessaires, au sens de l'art. 725 al. 2 CO, de l'art. 903 al. 2 et 3 CO ou de l'art. 84 al. 1, 2 et 3 CC. Dans le cadre de l'art. 725 al. 2 CO, applicable à la société anonyme, ces mesures correspondent essentiellement à l'établissement de convention(s) de postposition de créance(s) à concurrence d'un montant permettant de couvrir l'insuffisance de l'actif par rapport aux capitaux étrangers ressortant du bilan. Il n'existe pas d'autre possibilité; de simples cautions, garanties ou éventuelles déclarations de patronage sont insuffisantes (Peter/Cavadini, op. cit., n os 50 ss ad art. 725 CO et les auteurs cités). En l'occurrence, la recourante ne tente pas de démontrer (ni même n'allègue) qu'elle aurait pris les mesures nécessaires pour remédier à l'état de surendettement dans lequel elle se trouvait au 31 décembre 2019, conformément à l'art. 6 al. 2 let. f de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur. Dans ces conditions, l'autorité intimée était fondée à retenir que la recourante ne répond pas aux conditions d'éligibilité à l'aide aux cas de rigueur prévues par les art. 6 al. 1 let. a et al. 2 let. a du Décret COVID-19 cas de rigueur et 6 al. 1 let. a et al. 2 let. f de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur. c) Cela étant, la décision attaquée est conforme aux dispositions légales applicables et l'autorité intimée n'a pas abusé ou excédé son pouvoir d'appréciation (cf. consid. 2d ci-dessus) en considérant que l'octroi à la recourante d'une aide pour cas de rigueur aurait initialement dû être refusé sur la base de sa situation financière.

#### **E. 4**

L'autorité intimée a révoqué sa décision du 17 septembre 2021 (n° CDR-9047) accordant à la recourante une aide à fonds perdu d'un montant de 22'819 fr. pour la période du 1<sup>er</sup> avril 2020 au 31 mars 2021, et sa décision du 30 novembre 2021 (n° CDR-9935) accordant à la recourante une aide à fonds perdu complémentaire d'un montant de 8'353 fr. pour la période du 1<sup>er</sup> avril 2021 au 30 juin 2021. Elle a demandé en outre à la recourante la restitution d'un montant de 16'922 fr. correspondant au montant total des aides octroyées, soit 31'172 fr., moins l'indemnité de fermeture de 14'250 fr. que l'intéressée peut conserver. a) L'art. 17 al. 3 de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur renvoie expressément aux dispositions de la LSubv s'agissant du suivi, du contrôle et de la révocation des aides. Il convient ainsi de retenir que l'aide litigieuse s'apparente à une subvention. La LSubv est applicable à toutes les subventions octroyées directement ou indirectement par l'Etat (art. 1 al. 2 LSubv). Selon l'art. 13 al. 1 LSubv, une subvention peut être octroyée ou révoquée par une décision ou par une convention. Sous le titre marginal " révocation des subventions ", l'art. 29 LSubv régit la suppression ou la réduction des subventions. L'al. 1 de cette disposition prévoit ainsi que l'autorité supprime ou réduit la subvention ou en exige la restitution totale ou partielle, notamment lorsque celle-ci a été accordée indûment, que ce soit sur la base de déclarations inexactes ou incomplètes ou en violation du droit (let. d). Selon la jurisprudence de la Cour de céans, l'art. 29 al. 1 LSubv ne confère pas une simple faculté à l'autorité. Il l'oblige à prendre une des quatre mesures prévues: supprimer la subvention, réduire celle-ci, en exiger la restitution totale ou en exiger la restitution partielle (CDAP GE.2021.0017 du 29 septembre 2021 consid. 4; GE.2015.0067 du 24 décembre 2015 consid. 2b; GE.2012.0213 du 12 avril 2013 consid. 2d et les arrêts citées). Lorsque l'octroi de la subvention a cessé plusieurs mois avant la décision – comme c'est le cas en l'espèce – les deux premières mesures n'entrent pas en ligne de compte. Reste le choix entre la restitution totale ou partielle. S'agissant d'un cas de versement illégal de subvention, la restitution doit correspondre à la durée de l'illégalité. Lorsque l'illégalité est initiale, la restitution doit être totale. Si en revanche, le versement de la subvention devient illégal en raison d'un

changement de droit, alors la restitution doit être partielle (CDAP GE.2016.0122 du 25 avril 2017 consid. 3f; GE.2007.0197 du 20 juin 2008 consid. 6c). Enfin, l'art. 31 al. 1 LSubv mentionne les conditions dans lesquelles il peut être fait renonciation à la restitution. Aux termes de cette disposition, l'autorité compétente peut renoncer totalement ou partiellement au remboursement de la subvention lorsque: le bénéficiaire a pris, sur la base de la décision d'octroi de la subvention, des mesures importantes qui ne peuvent être annulées sans entraîner des pertes financières difficiles à supporter (let. a), il était difficile au bénéficiaire de déceler la violation du droit sur lequel la demande de subvention se fondait ou (let. b) la constatation inexacte ou incomplète des faits ne lui est pas imputable (let. c). Cette disposition vise à protéger le bénéficiaire de bonne foi des conséquences d'une restitution. Selon les travaux préparatoires, les conditions énoncées à l'al. 1 sont cumulatives (Exposés des motifs et projet de loi de la LSubv, BGC, février 2005, p. 7412). Vu la présence du terme "ou" à la fin de la let. b, les deux conditions mentionnées sous la lettre b et c ne peuvent être qu'alternatives, contrairement aux conditions correspondantes de l'art. 30 al. 2 let. c et d de la loi fédérale sur les subventions (RS 616.1; arrêt du Tribunal administratif fédéral du 12 septembre 2007 dans la cause A-3193/2006, consid. 3.3). En revanche, il faut, au regard des travaux préparatoires et des règles ordinaires de protection de la bonne foi, interpréter l'art. 31 al. 1 LSubv dans le sens que la condition mentionnée sous la let. a doit dans tous les cas être remplie, cumulativement à la condition visée sous la let. b ou à celle visée sous la let. c (CDAP GE.2009.0108 du 11 novembre 2010 consid. 3; GE.2009.0181 du 15 juin 2010 consid. 4). b) En l'espèce, comme on l'a vu au consid. 3b ci-dessus, la recourante ne répond pas aux conditions d'éligibilité à l'aide aux cas de rigueur, de sorte que les subventions accordées l'ont été indûment en violation du droit, ce qui justifie la révocation des décisions d'octroi correspondantes en application de l'art. 29 al. 1 let. d LSubv. L'illégalité étant initiale dès l'octroi des subventions en cause, seule une restitution totale des montants versés peut être envisagée. L'autorité intimée n'a donc pas fait preuve d'arbitraire en réclamant la restitution d'un montant de 16'922 fr. (31'172 fr. - 14'250 fr.) à la recourante. S'agissant d'une renonciation à la restitution au sens de l'art. 31 al. 1 LSubv, il y a lieu d'écarter cette éventualité, dans la mesure où la recourante n'établit pas ■ ni même n'allègue ■ avoir pris sur la base des décisions d'octroi des subventions des mesures importantes qui ne peuvent être annulées sans entraîner des pertes financières difficiles à supporter (art. 31 al. 1 let. a LSubv). Il s'ensuit que la décision par laquelle l'autorité intimée a révoqué les décisions d'octroi des subventions et demandé la restitution totale des montants concernés est conforme au droit.

## **E. 5**

a) Au vu de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'examiner au surplus si les autres motifs retenus par l'autorité intimée pour révoquer l'aide aux cas de rigueur dans le cadre du COVID-19 accordée à la recourante (savoir une violation de l'art. 4 al. 1 de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur dans la mesure où il n'existerait pas de lien de causalité entre la diminution du chiffre d'affaires de l'entreprise depuis 2020 et les mesures de lutte contre l'épidémie de COVID-19, ainsi qu'une violation des art. 1 al. 1bis et 8bis al. 2 de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur dans la mesure où la cessation des activités de l'entreprise planifiée en mars 2023 contreviendrait au but poursuivi par l'aide pour cas de rigueur) sont également fondés. b) S'agissant par ailleurs de la demande déposée par la recourante le 2 février 2022 tendant à l'octroi d'une aide aux cas de rigueur complémentaire pour la période du 2<sup>ème</sup> semestre de l'année 2021, il convient de relever que l'art. 4d de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur (en vigueur depuis le 6 juillet 2022) prévoit à son al. 2 que, pour être éligible

à une telle aide complémentaire, l'entreprise qui la requiert doit avoir déposé une première demande d'aide sur une période de 12 mois ayant fait l'objet d'une décision positive du SPEI. Or, en l'espèce, dans la mesure où les deux précédentes décisions qui avaient accordé à la recourante une aide pour cas de rigueur au sens de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur ont été révoquées, cette condition n'est plus remplie, de sorte que le rejet par l'autorité intimée de la demande de la recourante du 2 février 2022 échappe à la critique.

#### **E. 6**

Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours et à la confirmation de la décision sur réclamation attaquée. La recourante, qui succombe, doit supporter les frais de justice, arrêtés à 800 francs (art. 49 al. 1, 91 et 99 LPA-VD; art. 4 al. 1 du tarif du 28 avril 2015 des frais judiciaires et des dépens en matière administrative [TFJDA; BLV 173.36.5.1]), étant précisé que la règle de l'art. 16 al. 3 de l'arrêté COVID-19 cas de rigueur prévoyant la gratuité de la procédure ne s'applique pas à la procédure devant le Tribunal cantonal. Il n'y a pas lieu pour le reste d'allouer de dépens (art. 55 al. 1 a contrario, 91 et 99 LPA-VD).

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