

Date de dépôt : 5 février 2025

Rapport du Conseil d'Etat

au Grand Conseil sur la motion de Yvan Zweifel, Jean-Marc Guinchard, François Baertschi, Jacques Béné, Vincent Canonica, Sophie Demaurex, Francine de Planta, Romain de Sainte Marie, Lionel Dugerdil, Pierre Eckert, Leonard Ferati, Julien Nicolet-dit-Félix, André Pfeffer, Ana Roch, Vincent Subilia pour que les aides COVID ne se retournent pas contre les entreprises qui en ont bénéficié

En date du 3 octobre 2024, le Grand Conseil a renvoyé au Conseil d'Etat une motion qui a la teneur suivante :

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève considérant :

- *la proposition de résolution R 1030 intitulée « pour un remboursement équitable des aides COVID (Résolution du Grand Conseil genevois à l'Assemblée fédérale exerçant le droit d'initiative cantonale) »;*
- *les aides aux entreprises considérées comme des cas de rigueur;*
- *que ces aides, déterminées sur la base des coûts d'exploitation incompressibles, avaient pour but de soutenir les entreprises dans leurs charges opérationnelles;*
- *que ces aides devaient correspondre aux coûts d'exploitation incompressibles des entreprises impactées par les mesures sanitaires;*
- *que d'après la loi COVID-19, applicable jusqu'au 31 décembre 2022, les entreprises ayant réalisé un bénéfice doivent le transférer au canton compétent, à concurrence du montant de la contribution perçue;*

- *qu'il existe une forme d'inégalité de traitement entre les entreprises ayant un chiffre d'affaires inférieur à 5 millions de francs, qui ne sont pas tenues de rembourser les aides reçues, et les autres;*
- *que l'intention du législateur était de limiter l'obligation de rembourser à la période d'indemnisation;*
- *que l'exigence du remboursement pose problème pour les sociétés qui auraient réalisé un bénéfice imposable compte tenu de revenus comptables extraordinaires, mais non monétaires, et dont l'activité opérationnelle serait en perte;*
- *que l'obligation de rembourser tout ou partie des aides reçues, alors qu'aucune liquidité supplémentaire n'a été encaissée suite à ces revenus extraordinaires comptables, conduirait ces entreprises à devoir s'endetter à nouveau et donc à se retrouver à nouveau dans la situation des articles 725 et suivants du code des obligations suisse;*
- *que la loi COVID-19 ne permet pas de trouver une issue favorable;*
- *qu'il existe une dérogation sur la base de l'art. 29, al. 1, phr. 2, LSu, qui permettrait de réduire le montant à restituer;*
- *que la même question se pose au niveau fédéral avec une motion Gapany, qui traite toutefois des cas des sociétés de personnes et non pas des sociétés de capitaux, et une motion Amaudruz;*
- *que, d'après les départements consultés, en dépit de 100 recours devant les tribunaux, seules 2, voire 3 entreprises seraient concernées par des cas d'abandon de créance;*
- *vouloir éviter de voter un objet parlementaire qui peut se justifier, mais ne concerne que très peu d'entreprises,*

invite le Conseil d'Etat

- *à ne pas pénaliser les entreprises bénéficiaires des aides COVID étatiques, dont le bénéfice comptable est dû à des revenus non monétaires, notamment du fait d'abandons de créances de tiers;*
- *à trouver une solution pour éviter que ces entreprises ne se retrouvent dans la situation des articles 725 et suivants du code des obligations suisse, parce qu'elles devraient restituer tout ou partie des aides COVID reçues;*
- *à envisager, parmi ces solutions, la réouverture des taxations et, le cas échéant, leur révision sur la base de l'article 55 LPFisc, au motif qu'un remboursement des aides aurait un impact significatif sur les comptes et*

que ce fait important, connu et reconnu par les autorités, n'étant pas inscrit dans les comptes de l'entreprise, fausse matériellement ceux-ci;

- *à autoriser, le cas échéant, des taxations sur des périodes fiscales correspondant à la période d'indemnisation.*

RÉPONSE DU CONSEIL D'ÉTAT

Principe de la participation au bénéfice

Selon le dispositif prévu par la loi fédérale sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l'épidémie de COVID-19, du 25 septembre 2020 (loi COVID-19; RS 818.102), l'indemnisation pour cas de rigueur des entreprises ayant un chiffre d'affaires de plus de 5 millions de francs comprend 2 étapes, à savoir, dans un premier temps, une indemnisation sur une base forfaitaire (baisse du chiffre d'affaires multipliée par un pourcentage représentant la part de coûts fixes forfaitaire et fixé par l'ordonnance en fonction du secteur économique), puis, dans un second temps, la prise en considération de la participation au bénéfice réalisé durant l'année de la demande d'aide pour cas de rigueur.

L'article 12, alinéa 1^{septies}, de la loi COVID-19 stipulait en effet que ces entreprises qui, durant l'année où une aide pour cas de rigueur leur est octroyée, réalisent un bénéfice annuel imposable au sens des articles 58 à 67 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct, du 14 décembre 1990 (LIFD; RS 642.11), doivent le rétrocéder au canton, ce, toutefois, au maximum à concurrence du montant de la contribution perçue. Les modalités pour déterminer le montant de la restitution sont définies à l'article 8e de l'ordonnance fédérale concernant les mesures pour les cas de rigueur destinées aux entreprises en lien avec l'épidémie de COVID-19, du 25 novembre 2020 (OMCR 2020; RS 951.262).

Ces dernières prévoient que le bénéfice fiscal de l'exercice 2021, après comptabilisation des aides perçues et report de l'éventuelle perte de l'exercice 2020, soit utilisé pour calculer le montant à restituer.

Motions fédérales

Le Parlement fédéral a été saisi de 2 motions fédérales relatives à la participation au bénéfice. La première (Mo. 23.4422) demandait que l'obligation de remboursement des aides pour cas de rigueur COVID-19 soit corrélée à la période d'indemnisation, en d'autres termes que le calcul de la participation au bénéfice se fasse sur la période allant du 1^{er} janvier 2020 au 30 juin 2021 (période d'indemnisation). La seconde (Mo. 23.4423) visait à ce que les bénéfices purement comptables, notamment liés aux abandons de créances de tiers, soient exclus de la participation au bénéfice.

Le Conseil fédéral a proposé de rejeter ces 2 motions, qu'il estimait être contraires au cadre légal en vigueur. La motionnaire a retiré la première et le Conseil national a rejeté la seconde en juin 2024. Ces 2 motions sont donc liquidées.

Une troisième motion fédérale, la motion Gapany (Mo. 23.3842) « Un bénéfice de liquidation n'a pas à être assimilé à une sortie de liquidités interdite par le système d'aides pour les cas de rigueur », a pour sa part été adoptée par les 2 chambres fédérales, contre l'avis du Conseil fédéral. Cette motion ne traite toutefois pas de la question de la participation au bénéfice, mais des restrictions d'utilisation, qui interdisent la distribution de dividendes durant une certaine période après l'octroi de l'aide pour cas de rigueur, et concerne uniquement les entreprises individuelles.

Analyse des possibilités de mise en œuvre de la motion 3038

Sous l'angle des dispositions cas de rigueur

Une exclusion de la prise en compte des produits non-monétaires (notamment des abandons de créances) n'est pas soutenable sous l'angle des dispositions cas de rigueur, les textes légaux en vigueur étant en effet très clairs à ce sujet et ne permettant aucune interprétation ni exception.

Par ailleurs, si une telle exception avait été possible, une exclusion des produits non-monétaires de la participation au bénéfice devrait induire, dans un souci de symétrie entre les produits et les charges, une réflexion sur l'exclusion des charges purement comptables, telles que les amortissements ou les provisions. Or, de telles charges peuvent être assez importantes et, partant, leur exclusion pourrait influencer notablement la participation au bénéfice en défaveur de l'entreprise.

Se poserait aussi la question de la sécurité du droit, pour les entreprises qui se trouveraient face à un résultat plus défavorable avec les nouvelles règles.

Sous l'angle des dispositions fiscales

Une décision de taxation entrée en force peut être modifiée uniquement en présence de faits nouveaux.

Ainsi, une décision peut être révisée en faveur du contribuable, notamment lorsque des faits importants ou des preuves concluantes sont découverts (art. 55, al. 1, de la loi de procédure fiscale, du 4 octobre 2001 (LPFisc; rs/GE D 3 17), et art. 147, al. 1 LIFD). Toutefois, la révision est exclue lorsque le requérant invoque des motifs qu'il aurait déjà pu faire valoir au cours de la procédure ordinaire, s'il avait fait preuve de toute la diligence

qui pouvait raisonnablement être exigée de lui (art. 55, al. 2 LPFisc et 147, al. 2 LIFD).

Or, les motifs invoqués, notamment celui de la non-comptabilisation du remboursement des aides au titre de participation au bénéfice (au travers d'une provision par exemple), auraient pu l'être pendant la procédure de taxation. En effet, les conditions de la participation conditionnelle au bénéfice étaient connues des entreprises au moment du bouclage des comptes 2021.

Par ailleurs, même si les taxations des entreprises concernées pouvaient être rouvertes, le problème ne serait pas résolu, pour les motifs suivants :

- d'une part, il doit être relevé qu'une telle charge, quand bien même elle pourrait être déductible sous l'angle fiscal, n'aurait eu aucune incidence sur le calcul de la participation au bénéfice. En effet, la comptabilisation du montant à rembourser au titre de la participation au bénéfice n'est pas en mesure de libérer l'entreprise de son obligation de restitution, dès lors que l'inscription dans les comptes équivaut précisément à une reconnaissance du bien-fondé de la dette;
- d'autre part, la scission rétroactive de la période fiscale 2021 en deux, aux fins de faire correspondre les périodes fiscales à la période d'indemnisation, serait très certainement contraire aux dispositions statutaires des sociétés et cette mesure, ne correspondant à aucune réalité économique, aurait pour seul objectif de contourner la législation fédérale en matière d'indemnisation pour cas de rigueur. Ainsi, même si l'administration fiscale cantonale (AFC) devait retenir que les conditions de révision sont remplies dans ces situations et devait admettre rétroactivement la scission de l'exercice 2021 sans justification économique, ce qui contribuerait de fait à réduire artificiellement la participation au bénéfice, le canton de Genève serait amené à justifier cette pratique auprès du Secrétariat d'Etat à l'économie (SECO). En effet, l'indemnisation des entreprises soumises à la participation au bénéfice, à savoir les entreprises ayant un chiffre d'affaires supérieur à 5 millions de francs, est entièrement financée par la Confédération, et les cantons font régulièrement l'objet de contrôles par des sociétés mandatées par cette dernière. Or, si la Confédération estime que le canton de Genève a décidé de réduire artificiellement la participation au bénéfice de certaines entreprises, ces opérations seront à la seule charge du canton.

***Sous l'angle de la loi fédérale sur les aides financières et les indemnités,
du 5 octobre 1990 (LSu; RS 616.1)***

La référence faite à l'article 29, alinéa 1, phrase 2 LSu, qui permettrait de déroger à l'article 12, alinéa 1^{septies} loi Covid-19 en autorisant une réduction des montants à restituer, s'inscrit dans la prolongation de la motion fédérale Gapany susmentionnée; elle concerne les restrictions d'utilisation, et non pas la participation au bénéfice. En effet, cette disposition ne s'applique qu'en cas d'aliénation ou de désaffectation d'un bien, et cette condition n'est pas pertinente dans le cadre de la participation au bénéfice.

Conclusion

Bien que particulièrement conscient des enjeux liés aux problématiques soulevées par la motion 3038 pour la survie des entreprises concernées, importante tant pour les emplois qui en dépendent que pour le tissu économique du canton en général, le Conseil d'Etat ne dispose toutefois, au vu du cadre légal clair, du rejet de la motion fédérale portant sur le même objet et de la position soutenue par le Conseil fédéral, d'aucune marge de manœuvre pour interpréter et prévoir des exceptions aux dispositions fédérales, sauf à considérer qu'une base légale cantonale avec un budget dédié soit élaborée.

Au bénéfice de ces explications, le Conseil d'Etat vous invite à prendre acte du présent rapport.

AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :

Michèle RIGHETTI-EL ZAYADI

La présidente :

Nathalie FONTANET