

GE_GERICHTE ACST/11/2022 vom 7. Juli 2022

GE Cour de justice, 2022-07-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACST_11_2022

FR: GE_GERICHTE ACST/11/2022 du 7 juillet 2022

IT: GE_GERICHTE ACST/11/2022 del 7 luglio 2022

Erwägungen

E. 17

décembre 2007 (RMP - L 6 05.01) en vue de limiter le recours au travail temporaire dans les marchés publics de la construction. Constatant l'importance du travail temporaire dans ce secteur et notamment les risques élevés de santé et de sécurité pour les travailleurs temporaires, il souhaitait engager la réflexion en concertation avec les partenaires sociaux afin d'empêcher un recours illimité au travail temporaire. 3)

Par règlement du 28 juin 2017, publié dans la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (ci-après : FAO) du 4 juillet 2017, le Conseil d'État a modifié le RMP de la manière suivante : « Art. 2 let. m (nouvelle) Au sens du présent règlement, on entend par : m) entreprise exécutante : toute entreprise ou personne indépendante participant à l'exécution du marché, notamment en qualité d'adjudicataire, de sous-traitant ou d'entreprise pratiquant une forme de location de services au sens de l'article 27 de l'ordonnance fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, du 16 janvier 1991.

Art. 33 al. 2 (nouveau) 2 Pour les marchés de construction, les entreprises doivent justifier qu'elles disposent du nombre d'employés fixes nécessaires à la réalisation de la prestation en équivalence plein temps, le nombre d'employés annoncés aux assurances sociales faisant foi.

Art. 35A Travail temporaire (nouveau) 1 Sur les marchés de construction, le recours au travail temporaire est soumis aux règles prévues dans le présent article. Celles-ci s'appliquent à toute entreprise participant à l'exécution du marché. 2 Selon le nombre d'employés fixes sur le chantier concerné, le nombre de travailleurs temporaires admissibles par entreprise exécutante est établi comme suit : a) de 1 à 3 employés ou employés fixes, maximum 2 travailleuses ou travailleurs temporaires ; b) de 5 à 8 employés fixes, 3 travailleurs temporaires ; c) de 9 à 12 employés fixes, 4 travailleurs temporaires ; d) de 13 à 20 employés fixes, 5 travailleurs temporaires ; e) dès 21 employés fixes, 20 % de travailleurs temporaires, arrondis à l'unité supérieure. 3 Exceptionnellement, ces plafonds peuvent être dépassés pendant la durée nécessaire à la réalisation des travaux pour les motifs ci-après : a) poste de spécialiste ne faisant pas partie de l'effectif standard de l'entreprise ; b) travaux devant être exécutés impérativement pendant la période des vacances scolaires ; c) circonstances imprévues non imputables à l'entreprise ; dans ce cas, le dépassement du nombre de travailleurs temporaires ne peut excéder 100 % du plafond autorisé. 4 Les motifs de dérogation visés à l'alinéa 3 doivent faire l'objet d'une annonce formelle auprès de l'autorité adjudicatrice. Il est interdit de faire intervenir les travailleurs temporaires supplémentaires sur le chantier avant l'accomplissement de cette démarche. 5 L'autorité adjudicatrice peut en tout temps procéder à l'examen de la licéité d'un

dépassement des valeurs fixées à l'alinéa 2. Elle est tenue de procéder à cet examen sur demande des organes de contrôle des conditions de travail et de leur communiquer sa détermination. 6 Lorsque l'entreprise refuse de collaborer à l'établissement des faits ou lorsque l'autorité adjudicatrice constate que les conditions d'une dérogation ne sont pas

- 4/18 - A/1445/2022 réunies, elle ordonne à l'entreprise concernée de retirer immédiatement du chantier les travailleurs temporaires excédentaires et prononce l'amende visée à l'article 2, alinéa 1, lettre c, de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997. 7 Le montant de l'amende tient compte de l'importance du dépassement des valeurs fixées à l'alinéa 2 ainsi que des circonstances. Le défaut de l'annonce prévu à l'alinéa 4 constitue un facteur aggravant.

Art. 35B Mise à disposition occasionnelle de travailleurs (nouveau) 1 La mise à disposition occasionnelle de travailleurs au sens de l'article 27, alinéa 4, de l'ordonnance fédérale sur le service de l'emploi et la location de services, du 16 janvier 1991, est admise à condition que le personnel concerné ne provienne pas d'une entreprise ayant fait l'objet d'une sanction ou d'une mesure en vigueur visée à l'article 42, alinéa 1, lettre f, du présent règlement. 2 L'entreprise locataire a l'obligation de s'en assurer avant l'entrée en service du personnel mis à disposition. Elle peut consulter à cet effet la liste des entreprises en infraction aux conditions de travail en usage publiée sur le site Internet de l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail. 3 En cas de violation de cette obligation, l'autorité adjudicatrice ordonne à l'entreprise concernée de retirer immédiatement du chantier les travailleurs mis à disposition et prononce l'amende visée à l'article 2, alinéa 1, lettre c, de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997.

Art. 36 (nouvelle teneur) 1 Dans le cadre des marchés de construction adjugés à une entreprise générale, l'entrepreneur général se conforme aux exigences des articles 35, 35A et 35B et s'engage par écrit à exiger de ses prestataires qu'ils remplissent les conditions des articles 31 à 33. 2 L'entrepreneur général doit s'assurer, au moment de la soumission et pendant toute la durée des travaux, que ses prestataires respectent les règles instituées aux articles 35, 35A et 35B, notamment au moyen de contrôles réguliers. 3 En cas de violation des articles 35, 35A ou 35B par un de ses prestataires, l'autorité adjudicatrice prononce à l'encontre de l'entreprise générale l'amende visée à l'article 2, alinéa 1, lettre c, de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997 ». 4)

Par acte du 1er septembre 2017, enregistré sous cause n° A/3596/2017, notamment E_____ et F_____ ont interjeté recours auprès de la chambre constitutionnelle de la Cour de justice (ci-après : la chambre constitutionnelle) contre ladite modification du RMP, concluant principalement à l'annulation des art. 33 al. 2, 35A et 36 RMP. 5)

Après avoir, par décision du 2 octobre 2017, octroyé l'effet suspensif au recours (ACST/19/2017), la chambre constitutionnelle a, par arrêt du 12 décembre 2018 (ACST/28/2018), annulé les art. 33 al. 2 et 35A RMP, ainsi que la référence auxdits articles figurant à l'art. 36 RMP.

Les restrictions apportées par les dispositions litigieuses au recours au travail temporaire affectaient la liberté économique non seulement des entreprises soumissionnaires sur les marchés publics de la construction et des travailleurs à pouvoir y être engagés à titre intérimaire, mais aussi des agences de placement du personnel qui proposaient à des soumissionnaires de faire appel, pour la réalisation de marchés publics, à des travailleurs

temporaires.

- 5/18 - A/1445/2022

Compte tenu de la proportion élevée des marchés publics dans le domaine de la construction, à savoir près de 50 % dans le secteur des bâtiments et près de 90 % dans celui du génie civil, les restrictions induites par les dispositions litigieuses avaient un impact important sur tout un pan d'activité d'agences de location de personnel temporaire, de même que pour des entreprises soumissionnaires et des travailleurs intérimaires. Quand bien même elles ne constituaient pas une interdiction d'accès aux marchés publics de la construction, ni n'avaient le plein effet d'une telle interdiction, elles impliquaient potentiellement une sérieuse restriction auxdits marchés et, dès lors, une entrave suffisamment grave à la liberté économique pour que la légitimité de telles mesures doive reposer sur une loi formelle. Tel était en particulier le cas de l'art. 33 al. 2 RMP, non seulement s'agissant de l'obligation de remettre à l'autorité adjudicatrice au stade initial de l'appel d'offres tout renseignement sur l'effectif et la qualité du personnel, mais également pour le soumissionnaire d'avoir en fixe un effectif de travailleurs quantitativement et qualitativement suffisant pour réaliser le marché. Il en allait de même des restrictions résultant de l'art. 35A RMP, lors de l'exécution d'un marché adjudgé. Une gravité potentielle des mesures litigieuses devait d'autant plus être admise qu'elles avaient vocation à s'appliquer à l'ensemble des marchés de la construction, sans distinction par rapport à leur soumission aux traités internationaux ou aux marchés internes.

En tout état de cause, même à supposer que les dispositions litigieuses ne soient pas comprises comme des restrictions graves à la liberté économique, les critères d'aptitude devaient néanmoins être objectifs et vérifiables, ainsi que pertinents par rapport au marché, les objectifs poursuivis par le droit des marchés publics, rappelé à l'art. 1 al. 3 de l'accord intercantonal sur les marchés publics du 25 novembre 1994 (AIMP - L 6 05), devant être pris en compte. Si d'autres critères visant à atteindre des objectifs secondaires n'étaient pas inadmissibles, il n'en demeurait pas moins qu'ils devaient être prévus par la loi formelle pour être valables. Or, l'art. 33 al. 2 RMP instituait une exigence matérielle nouvelle, à savoir celle, pour les soumissionnaires, de pouvoir exécuter de tels marchés, pour le cas où ils leur seraient adjudgés, par le recours à leurs travailleurs permanents, donc sans devoir recourir à de la main-d'œuvre temporaire, sous peine d'exclusion de la procédure. Il s'agissait dès lors d'une norme primaire, devant le cas échéant avoir une assise dans une loi formelle, comme d'ailleurs l'art. 35A RMP. Une telle base légale ne pouvait se fonder sur l'art. 11 AIMP, qui ne délégait pas de compétence réglementaire aux exécutifs cantonaux, mais faisait référence aux prescriptions contenues essentiellement dans d'autres lois, les conventions collectives de travail (ci-après : CCT) et les contrats-types de travail ou, en leur absence, les prescriptions usuelles de la branche professionnelle en question. Enfin, les dispositions attaquées prêtaient aussi le flanc à la critique sous l'angle du principe de la légalité en tant que leur violation exposait les contrevenants à une amende administrative, la loi formelle devant prévoir non seulement le type et la quotité de l'amende, mais aussi la description du comportement délictueux.

- 6/18 - A/1445/2022 6)

Le 8 septembre 2021, le Conseil d'État a déposé auprès du Grand Conseil un projet de loi (ci-après : PL) n° 13'018 modifiant la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'AIMP du 12 juin 1997 (L-AIMP - L 6 05.0).

Selon l'exposé des motifs y relatif, des dispositions réglementaires renforçant, pour les marchés de construction, le critère de l'aptitude organisationnelle avaient été adoptées en 2017, à la suite du constat de l'excès de recours au travail temporaire, mais avaient été annulées par la chambre constitutionnelle au motif qu'elles ne reposaient pas sur une loi formelle. Le PL visait à compléter la L-AIMP en y intégrant une disposition portant spécifiquement sur l'aptitude des soumissionnaires à réaliser le marché, la possibilité de recourir au travail temporaire pour les marchés de construction et une clause pour le contrôle de la sous-traitance. En effet, lors d'un appel d'offres, l'autorité adjudicatrice définissait des critères d'aptitude pour l'évaluation de la capacité du soumissionnaire à réaliser le marché, la procédure ne devant pas être faussée par un recours trop important à la sous-traitance ou à la main-d'œuvre temporaire. Les nouvelles dispositions n'avaient pas pour but d'interdire le recours à la main-d'œuvre temporaire, mais de s'assurer que la plupart des ouvriers actifs sur un chantier soient employés de l'entreprise adjudicatrice, sélectionnée pour ses compétences et ses références. Ladite entreprise devait toutefois pouvoir compléter son effectif par des intérimaires si le déroulement des travaux l'exigeait, ce qui lui laissait une certaine flexibilité dans l'organisation de son travail.

La règle de l'art. 4 al. 5 du PL exigeait de la part du soumissionnaire, au moment du dépôt de l'offre, qu'il dispose du nombre d'employés nécessaires à la réalisation de la prestation, en respectant la limitation du travail temporaire, ce qui évitait la participation à l'appel d'offres d'entreprises de type « boîte à lettres » ne disposant pas de personnel fixe. Au moment de l'exécution de la prestation, différents principes encadraient la limitation du travail temporaire. Le PL fixait ainsi le pourcentage maximum d'employés temporaires par rapport aux employés fixes affectés à l'exécution du marché. Le taux de 20 %, fixé d'entente avec les partenaires sociaux de la construction, tenait compte des besoins de l'économie, tout en protégeant les travailleurs d'abus, et garantissait la proportionnalité de la limitation en autorisant le recours à la main-d'œuvre temporaire dans une mesure correspondant à la pratique des entreprises. Lorsqu'une entreprise affectait moins de vingt-et-un travailleurs sur un chantier, des quotas d'employés temporaires étaient fixés par rapport au nombre de travailleurs fixes actifs sur le chantier, une certaine souplesse étant laissée aux petites entreprises composant l'essentiel du secteur de la construction. Des dérogations pouvaient être prévues par voie réglementaire en fonction de la nature du marché ou de conditions particulières pouvant contraindre l'entreprise à recourir au travail temporaire dans une mesure excédant les limites fixées, par exemple en raison de circonstances imprévues non imputables à l'entreprise ou en raison de l'obligation de recours à des spécialistes. Le fait de fixer de telles règles dans la loi garantissait une densité normative suffisante de la base

- 7/18 - A/1445/2022 légale, ainsi que le respect du principe de proportionnalité, tout en laissant à l'exécutif une marge d'appréciation dans l'élaboration des dispositions réglementaires. 7)

Lors de la séance du 7 octobre 2021, le Grand Conseil a renvoyé sans débat le PL 13'018 à la commission des affaires communales, régionales et internationales (ci-après : la commission). 8)

Le 6 janvier 2022, la commission a rendu son rapport au sujet du PL 13'018, proposant son adoption.

Selon le Conseil d'État, il avait été observé que des entreprises répondaient à des appels d'offres sans être toujours en mesure de réaliser elles-mêmes les prestations, si bien qu'elles faisaient appel à de la main-d'œuvre temporaire ou à des sous-traitants, le taux de travailleurs temporaires devenant excessif dans certains chantiers, ce qui pouvait conduire à des distorsions de la concurrence. C'était la raison pour laquelle il avait été décidé de mettre une limite au nombre des travailleurs temporaires, à la suite des discussions menées par les partenaires sociaux. Des dérogations étaient néanmoins possibles, en particulier pendant les vacances scolaires, lorsque les effectifs étaient réduits.

Les représentants syndicaux ont expliqué que, depuis 2014, le travail temporaire avait « explosé » et était devenu un modèle d'affaires, en particulier depuis la pandémie, certains chantiers employant jusqu'à 80 % de travailleurs de ce type. Les travailleurs temporaires pouvaient être facilement licenciés, y compris en cas d'accident, ce qui se produisait fréquemment en fin de saison et les forçait alors à s'inscrire au chômage, si bien qu'ils perdaient, année après année, des cotisations et donc la possibilité d'obtenir une retraite anticipée. Les agences de placement ne formaient pas non plus suffisamment les travailleurs temporaires sous l'angle de la sécurité, ce qui n'était pas acceptable dans le cadre des marchés publics. Il s'agissait d'une précarisation du travail, dès lors que le travail temporaire ne constituait que rarement un choix et que les travaux les plus pénibles étaient réservés auxdits travailleurs. Les grandes entreprises avaient tendance à engager un nombre important de travailleurs temporaires, tandis que les petites, par exemple dans le ferrailage ou le jardinage, engageaient plutôt du personnel au noir.

Les représentants de F_____ ont indiqué que le travail temporaire était un complément au travail fixe et permettait aux entreprises de faire face à une surcharge de travail ou des absences pendant les vacances scolaires. Une enquête menée auprès des entreprises avait mis en évidence que celles qui recouraient moins au travail temporaire n'engageaient pas plus de travailleurs fixes, privilégiant les travailleurs indépendants, la sous-traitance, les contrats à durée déterminée, voire le travail au noir. La moyenne du recours au travail temporaire était de 18 % dans les entreprises et il ressortait de ladite enquête que 33 % des travailleurs temporaires avaient obtenu un poste fixe dans leur branche. Par ailleurs, le travail temporaire représentait 2,8 %

- 8/18 - A/1445/2022 de l'activité à Genève, dont 2,2 % dans le domaine de la construction. Il en résultait que la critique selon laquelle il existait un trop grand nombre de travailleurs temporaires sur les chantiers était « fallacieuse ». La réglementation proposée créait une inégalité de traitement supposée, puisqu'une grande entreprise pouvait plus facilement jongler entre ses collaborateurs fixes et temporaires pour soumissionner à un marché, contrairement à une petite structure. Le constat de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents (ci-après : Suva), selon lequel il avait été observé que les travailleurs temporaires étaient plus souvent confrontés à des risques que les collaborateurs fixes étant donné qu'ils étaient moins bien formés, était exact. Cela étant, des formations spécifiques sur la sécurité avaient été mises en place. Ce n'était toutefois pas la forme du travail qui impliquait un plus grand nombre d'accidents, mais le fait que le travailleur temporaire était nouveau dans l'entreprise.

Durant les discussions, les commissaires ont relevé qu'il était plutôt rare de voir un consensus entre les partenaires sociaux, ce qui rendait nécessaire le soutien à l'accord ainsi trouvé. 9)

À l'issue de la séance du 28 janvier 2022, le Grand Conseil a adopté la loi n° 13'018 en troisième débat dans son ensemble par septante-quatre oui et deux abstentions. Sa teneur est la suivante : « Art. 1 Modifications La loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997 (LAIMP – L 6 05.0), est modifiée comme suit :

Art. 2, al. 1, phrase introductive (nouvelle teneur), lettre d (nouvelle) 1 En cas de violation du droit des marchés publics, pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat, l'autorité adjudicatrice peut infliger les sanctions et/ou ordonner les mesures suivantes : d) le rétablissement d'une situation conforme au droit ; la mesure est immédiatement exécutoire.

Art. 4, al. 2 à 7 (nouveaux) 2 Il précise notamment les critères d'aptitude et peut, à cet égard, limiter le recours à la sous-traitance et, dans les marchés de construction, le recours au travail temporaire, conformément aux alinéas 3 à 7.

Sous-traitance 3 La sous-traitance nécessite l'accord de l'autorité adjudicatrice, qui en fixe les modalités. 4 La sous-traitance au deuxième degré est interdite, sauf si elle est justifiée par des raisons techniques ou organisationnelles. Limitation de la main-d'œuvre temporaire pour les marchés de construction 5 Pour les marchés de construction, les soumissionnaires doivent justifier dans leur offre qu'ils disposent du nombre d'employées ou employés nécessaires à la réalisation de la prestation, tenant compte des alinéas 6 et 7. 6

L'adjudicataire ne peut recourir sur un chantier à un nombre de travailleuses et travailleurs temporaires dépassant les valeurs limites suivantes : a) de 1 à 3 employées ou employés fixes, maximum 2 travailleuses ou travailleurs temporaires ; b) de 4 à 6 employées ou employés fixes, maximum 3 travailleuses ou travailleurs temporaires ; c) de 7 à 11 employées ou employés fixes, maximum 4 travailleuses ou travailleurs temporaires ;

- 9/18 - A/1445/2022 d) de 12 à 20 employées ou employés fixes, maximum 5 travailleuses ou travailleurs temporaires ; e) dès 21 employées ou employés fixes, maximum 20 % de travailleuses ou travailleurs temporaires (arrondis à l'unité supérieure). 7 Le Conseil d'État prévoit des exceptions pour les situations particulières.

Art. 2 Entrée en vigueur La présente loi entre en vigueur le lendemain de sa promulgation dans la Feuille d'avis officielle ». 10) La loi n° 13'018 a été publiée dans la FAO du 4 février 2022, le délai référendaire ayant expiré le 16 mars 2022 sans avoir été demandé. 11) Par arrêté du 23 mars 2022, publié dans la FAO du 25 mars 2022, le Conseil d'État a promulgué la loi n° 13'018 pour être exécutoire dans tout le canton dès le lendemain de sa publication. 12) Le 23 mars 2022 également, le Conseil d'État a adopté la modification suivante du RMP, publiée dans la FAO du 25 mars 2022 : « Art. 1 Modifications Le règlement sur la passation des marchés publics, du 17 décembre 2007 (RMP – L 6 05.01), est modifié comme suit :

Art. 2, lettre n (nouvelle) Au sens du présent règlement, on entend par : n) employées et employés fixes : employées et employés de l'entreprise dûment déclarés aux assurances sociales.

Art. 33, al. 1, lettre b (nouvelle teneur) 1 L'autorité adjudicatrice définit des critères d'aptitude conformément à l'article 24. Elle peut exiger des soumissionnaires des justificatifs attestant leur capacité sur les plans financier, économique, technique, organisationnel et du respect des composantes du développement durable, tels que : b)

déclaration indiquant l'effectif d'employées et employés fixes et le nombre d'apprenties et apprentis ;

Art. 35A Main-d'œuvre temporaire (nouveau)

Principes 1 Pour les marchés de construction, le recours à la main-d'œuvre temporaire est limité conformément à la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997, et au présent règlement. 2 En cas d'intervention de plusieurs entreprises pour la même prestation, en consortium ou en sous-traitance, le nombre d'employées et employés se calcule sur l'effectif total affecté à l'exécution de ladite prestation. 3 Le nombre d'employées et employés affectés à l'exécution du marché s'exprime en équivalent temps plein.

Situations particulières 4 Exceptionnellement, les valeurs limites fixées à l'article 4, alinéa 6, de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997, peuvent être dépassées pendant la durée nécessaire à la réalisation des travaux pour les motifs ci-après : a) poste de spécialiste ne faisant pas partie de l'effectif standard de l'entreprise ; b) travaux devant être exécutés impérativement pendant les vacances scolaires ; c) circonstances imprévues non imputables à l'entreprise ; dans ce cas, le dépassement du nombre de travailleuses et travailleurs temporaires ne peut excéder 100 % du plafond autorisé.

Procédure 5 Les situations particulières visées à l'alinéa 4 du présent article doivent faire l'objet

- 10/18 - A/1445/2022 d'une annonce formelle auprès de l'autorité adjudicatrice. Il est interdit de faire intervenir les travailleuses et travailleurs temporaires supplémentaires sur le chantier avant l'accomplissement de cette démarche. 6 L'autorité adjudicatrice peut en tout temps vérifier le respect des valeurs limites, respectivement si le dépassement des valeurs limites est justifié, conformément à l'alinéa 4 du présent article. Elle est tenue de procéder à cet examen sur demande des organes de contrôle des conditions de travail et de communiquer sa détermination auxdits organes. 7 Lorsque l'autorité adjudicatrice constate une infraction ou lorsque l'entreprise refuse de collaborer à l'établissement des faits, l'autorité adjudicatrice ordonne de retirer immédiatement du chantier les travailleuses et travailleurs temporaires excédentaires, en application de l'article 2, alinéa 1, lettre d, de la loi autorisant le Conseil d'État à adhérer à l'accord intercantonal sur les marchés publics, du 12 juin 1997, et prononce l'amende visée à l'article 2, alinéa 1, lettre c, de ladite loi. 8 Le montant de l'amende tient compte de l'importance du dépassement des valeurs limites ainsi que des autres circonstances. Le défaut de l'annonce prévue à l'alinéa 5 du présent article constitue un facteur aggravant.

Art. 2 Entrée en vigueur Le présent règlement entre en vigueur simultanément à la loi 13'018 ». 13) Par acte expédié le 9 mai 2022, A _____, B _____, C _____, D _____, E _____ et F _____ ont recouru auprès de la chambre constitutionnelle contre la loi n° 13'018, ainsi que contre la modification du RMP du 23 mars 2022, concluant, avec suite de frais et dépens, à l'annulation des art. 2 al. 1 1ère phrase introductive et 4 al. 2 à 7 L-AIMP et des art. 33 al. 1 let. b et 35A RMP.

Divers actes d'instruction étaient requis, en particulier l'audition de leurs représentants à même d'exposer les conséquences effectives des dispositions attaquées, la production de documents en mains du département, ainsi que la mise en œuvre d'une expertise visant à

déterminer l'impact de la nouvelle réglementation sur les marchés publics de la construction pour les petites, moyennes et grandes entreprises. Les requérantes demandaient au surplus à pouvoir s'exprimer et plaider en audience publique leur recours.

Elles disposaient de la qualité pour recourir. Les sociétés avaient une succursale à Genève et étaient actives dans le placement de personnel temporaire sur le marché de la construction, plaçant annuellement plusieurs centaines d'employés temporaires dans des marchés publics, comme l'indiquaient les attestations qu'elles produisaient. L'association faîtière avait vocation statutaire à défendre les intérêts de ses membres, étant elle aussi touchée par les dispositions litigieuses.

Le système de quotas par chantier favorisait les grandes entreprises au détriment des petites et moyennes, notamment pour les chantiers importants dans le domaine du génie civil. La nouvelle réglementation rendait plus difficile, en violation d'engagements internationaux, l'accès aux marchés considérés aux entreprises étrangères, en tant qu'elle contraignait ces dernières à engager un plus grand nombre de collaborateurs permanents et à assumer des frais de restauration et d'hébergement plus élevés, contrairement aux entreprises régionales ou au recours aux services de travailleurs temporaires.

- 11/18 - A/1445/2022

Les dispositions litigieuses violaient les droits fondamentaux, notamment la liberté économique, tant des travailleurs que des employeurs. Elles introduisaient des restrictions qui ne pouvaient être qualifiées de mesures de police, ni même de politique sociale, mais constituaient des mesures de politique économique, inconstitutionnelles déjà en tant que telles. Ces restrictions ne respectaient pas l'égalité de traitement entre concurrents, au détriment des petites et moyennes entreprises, des entreprises étrangères et de celles privilégiant, en toute légalité, le recours à la main-d'œuvre temporaire. Les dérogations admissibles étaient en outre inopérantes et ne permettaient pas à l'autorité de statuer à bref délai.

Les conditions de restriction des droits fondamentaux n'étaient pas réunies. En particulier, les mesures prévues ne remplissaient pas l'exigence d'une base légale ayant une densité normative suffisante, l'atteinte qu'elles portaient aux droits fondamentaux étant grave, d'autant plus au vu des amendes qui sanctionnaient leur violation. Les dispositions en cause étaient imprécises, l'art. 4 L-AIMP ne prévoyant aucune définition des termes « chantier », « personnel », « fixe » et « temporaire ». En outre, elles violaient le principe de la proportionnalité. Le système des quotas n'était pas apte à atteindre un but d'intérêt public, en particulier celui de la sécurité et de la santé au travail. Il n'était pas nécessaire pour assurer la protection des employés temporaires actifs sur les chantiers publics de la construction, d'autres mesures en lien avec la formation et la protection du personnel pouvant être mises en place, conformément à la législation applicable et les CCT, dont celle relative à la location de services du 29 mars 2016. De plus, le droit fédéral réglait de manière exhaustive la protection sociale des travailleurs et la location de services, aucune étude ou rapport n'ayant été effectué pour établir l'existence de situations abusives, ni aucune analyse n'avait été faite au sujet des conséquences de l'adoption de l'art. 4 L-AIMP.

Les dispositions attaquées étaient également contraires à l'AIMP, qui ne permettait pas au canton de Genève d'édicter seul des règles de droit matériel allant au-delà de dispositions d'exécution dudit concordat.

La réglementation adoptée violait aussi la loi fédérale sur le marché intérieur du 6 octobre 1995 (LMI - RS 943.02), ainsi que l'accord international sur les marchés publics du 15 avril 1994 (AMP ou Accords GATT/OMC – RS 0.632.231.422), puisque les entreprises étrangères qui faisaient appel aux travailleurs temporaires subissaient une discrimination indirecte par rapport aux entreprises locales recourant à du personnel fixe. À cela s'ajoutait que les dispositions litigieuses étaient contraires à l'accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP - RS 0.142.112.681), comme l'avait récemment jugé le Tribunal fédéral dans une affaire tessinoise, ainsi qu'à la directive 2014/24 UE qui n'admettait pas la prise en compte d'aspects sociaux comme critère d'adjudication. La nouvelle créait aussi une discrimination par rapport aux travailleurs frontaliers dans le secteur du travail temporaire, contraire à

- 12/18 - A/1445/2022 l'art. 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101).

L'octroi de l'effet suspensif se justifiait au regard du risque concret que les dispositions attaquées leur faisaient courir de voir leurs capacités fortement réduites de placer des travailleurs temporaires sur des chantiers soumis aux marchés publics dans le canton de Genève, et ce durant le temps de la procédure judiciaire. Référence était faite à la cause n° A/3596/2017, dans laquelle l'effet suspensif avait été octroyé au recours. 14) a. Le 2 juin 2022, le Grand Conseil a conclu au rejet de la demande d'effet suspensif.

Les chances de succès du recours n'étaient pas manifestes. Les recourantes fondaient leur argumentation sur deux arrêts, dont elles méconnaissaient toutefois la portée. La chambre constitutionnelle avait certes admis le recours dirigé contre la précédente modification du RMP du fait de son absence de base légale, ce qui n'était plus le cas, vu la modification de la L-AIMP. L'autre arrêt concernait le canton du Tessin et permettait de rejeter l'ensemble des griefs des recourantes, qui prétendaient que le législateur genevois ne pouvait pas adopter les dispositions litigieuses du seul fait qu'elles constituaient des mesures de politique économique. Tel n'était pas le cas, puisque les règles en cause avaient été adoptées pour renforcer les critères d'aptitude propres aux marchés publics tenant à l'organisation des soumissionnaires d'une part et pour des motifs de politique sociale à l'égard des travailleurs, d'autre part.

Dès lors, la seule question qui se posait avait trait à la validité des règles en cause sous l'angle des exigences d'intérêt public et de proportionnalité. L'intérêt public poursuivi consistait à renforcer la cohérence des décisions en matière d'attribution des marchés publics, afin que le pouvoir adjudicateur puisse s'assurer que la composition effective des équipes mises en œuvre correspondait à celle ayant fait les qualités de la candidature, tant s'agissant des cadres de l'entreprise que des fonctions subalternes, ce qui participait au demeurant aussi à l'utilisation parcimonieuse des deniers publics. D'ailleurs, d'autres cantons, comme le Valais et le Jura, prévoyaient d'introduire dans leur droit une réglementation similaire. Les autres buts poursuivis par les dispositions litigieuses relevaient de la politique sociale. Il avait en particulier été constaté que le recours à des employés temporaires dans le domaine considéré exposait les travailleurs à des risques sécuritaires significativement plus élevés sur les chantiers, en comparaison au personnel fixe, comme le démontraient les statistiques de la Suva, ce que n'avait pas non plus démenti F_____ lors de l'audition de ses représentants par la commission. Sur le long terme, le statut social des travailleurs temporaires s'avérait aussi plus fragile que celui du personnel

fixe, malgré les progrès réalisés dans les conditions-cadres propres aux emplois temporaires. La nécessité d'une intervention législative découlait de la prise de conscience de ces problèmes par les partenaires sociaux et de

- 13/18 - A/1445/2022 ce que le phénomène du travail temporaire était en augmentation ces dernières années, comme le mettaient en évidence les statistiques du bureau de contrôle chargé de veiller aux vérifications des conditions de travail sur les marchés genevois de la construction pour les années 2016 et 2017. Plusieurs contrôles sur le terrain avaient mis en évidence des pratiques abusives, comme un effectif de douze travailleurs temporaires pour un collaborateur de l'entreprise, voire même six travailleurs temporaires sans aucun collaborateur fixe.

Le principe de la proportionnalité avait été pris en compte à plusieurs égards. Ainsi, la limitation du nombre de travailleurs temporaires se rapportait aux effectifs engagés par une entreprise sur un chantier déterminé, et non à l'échelle de l'entreprise considérée dans son intégralité. Ensuite, les valeurs limites prescrites par l'art. 4 al. 6 L-AIMP par échelons de taille d'effectifs étaient fixées de manière progressive, en référence à l'effectif d'employés fixes prévus. Enfin, sur la base de l'art. 4 al. 7 L-AIMP, le RMP prévoyait des exceptions lorsque des travailleurs spécialisés devaient étoffer l'équipe de l'entreprise, durant certaines périodes de l'année. La réglementation contestée était par conséquent loin de supprimer toute possibilité de recours au travail temporaire dans les chantiers publics, mais seulement de contenir ce mode d'organisation dans une proportion raisonnable. L'impact de cette limitation devait être examiné à la lumière des proportions usuelles de travailleurs temporaires dans le domaine de la construction à Genève, tout au plus de

E. 18

mai 2020 consid. 5.1). Pour effectuer la pesée des intérêts en présence (arrêt du Tribunal fédéral 8C_239/2014 du 14 mai 2014 consid. 4.1), l'autorité de recours n'est pas tenue de procéder à des investigations supplémentaires, mais peut statuer sur la base des pièces en sa possession (ATF 145 I 73 consid. 7.2.3.2 ; 117 V 185 consid. 2b).

L'octroi de mesures provisionnelles – au nombre desquelles figure l'effet suspensif (Philippe WEISSENBARGER/Astrid HIRZEL, *Der Suspensiveffekt und andere vorsorgliche Massnahmen*, in Isabelle HÄNER/Bernhard WALDMANN [éd.], *Brennpunkte im Verwaltungsprozess*, 2013, 61-85, p. 63) – présuppose l'urgence, à savoir que le refus de les ordonner crée pour l'intéressé la menace d'un dommage difficile à réparer (ATF 130 II 149 consid. 2.2 ; 127 II 132 consid. 3 = RDAF 2002 I 405). Elles ne sauraient, en principe tout au moins, anticiper le jugement définitif, ni équivaloir à une condamnation provisoire sur le fond, pas plus qu'aboutir abusivement à rendre d'emblée illusoire la portée du procès au fond (ATF 119 V 503 consid. 3 ; ACST/9/2022 du 24 juin 2022 consid. 3b).

En matière de contrôle abstrait des normes, l'octroi de l'effet suspensif suppose en outre généralement que les chances de succès du recours apparaissent manifestes (Stéphane GRODECKI/Romain JORDAN, *Code annoté de procédure administrative genevoise*, 2017, n. 835 ss ; Claude-Emmanuel DUBEY, *La procédure de recours devant le Tribunal fédéral*, in François BELLANGER/Thierry TANQUEREL [éd.], *Le contentieux administratif*, 2013, 137-178, p. 167). 4)

En l'espèce, le recours est dirigé contre les art. 2 al. 1 1ère phrase introductive et 4 al. 2 à 7 L-AIMP, ainsi que contre les art. 33 al. 1 let. b et 35A RMP, à savoir des dispositions

respectivement d'une loi et d'un règlement cantonal, actes visés à l'art. 57 let. d LPA et à l'encontre desquels le recours n'a pas d'effet suspensif

- 16/18 - A/1445/2022 (art. 66 al. 2 LPA). Il convient donc d'examiner s'il y a lieu de l'octroyer, ce qui, en matière de contrôle abstrait des normes, suppose généralement que les chances de succès du recours soient manifestes.

S'il apparaît, certes, que les marchés publics de la construction représentent une part des marchés de la construction dans le canton de Genève qui, bien que non quantifiée précisément à teneur du dossier, n'apparaît a priori pas négligeable et que les dispositions contestées introduisent des restrictions nouvelles qui limitent le recours aux travailleurs temporaires dans ce secteur, ces éléments ne permettent pas, à eux seuls, de retenir un intérêt privé prépondérant des recourantes à l'absence d'exécution immédiate des dispositions en cause, sous peine d'anticiper le jugement à rendre et d'accorder aux recourantes leurs conclusions sur le fond. Les autorités intimées ont en particulier indiqué que, durant la procédure de recours, l'incidence de la nouvelle réglementation serait moindre, dès lors qu'elle ne s'appliquait pas aux chantiers en cours mais seulement à ceux n'ayant pas encore fait l'objet d'un appel d'offres. Il apparaît ainsi que la mise en œuvre concrète des dispositions litigieuses est soumise, dans les faits, à une forme de période transitoire, ce qui relativise la requête des recourantes et justifie dans la même mesure que lesdites dispositions puissent pouvoir s'appliquer immédiatement, sans attendre l'issue du recours. Par ailleurs, le fait que la réglementation en cause soit nouvelle, à savoir qu'elle régleme désormais le recours à la main-d'œuvre temporaire pour les marchés publics de la construction, ce qui n'était pas le cas jusqu'à présent, est sans pertinence et ne permet pas de dénier toute urgence à sa mise en vigueur immédiate, puisqu'admettre le contraire reviendrait à octroyer systématiquement l'effet suspensif au recours dirigé contre un nouvel acte normatif.

Sur la base d'un examen *prima facie*, il ne paraît pas non plus manifeste que les dispositions entreprises emporteraient une violation de la liberté économique. En premier lieu, il ne paraît pas évident qu'elles seraient contraires au principe de la légalité. D'une part, à la suite de l'ACST/28/2018, les dispositions figurant précédemment dans le RMP paraissent avoir été transposées dans une loi formelle, à savoir les art. 2 et 4 L-AIMP. D'autre part, l'on ne saurait voir d'emblée dans le fait d'utiliser des définitions générales plus ou moins vagues, dont l'interprétation est laissée à la pratique, une violation du principe de la légalité, au vu de la marge de manœuvre dont bénéficie le législateur formel et matériel et à laquelle la chambre de céans ne saurait substituer son appréciation, ce d'autant moins dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes. En deuxième lieu, la réglementation litigieuse ne semble pas poursuivre un but de politique économique – ce qui avait du reste déjà été relevé dans la décision sur effet suspensif dans la cause n° A/3596/2017 et qui ne permet a priori pas de retenir une violation du principe de la liberté économique –, mais notamment de politique sociale, étant précisé que la question de la qualification desdites restrictions comme mesures de police, propres à protéger la sécurité et la santé des travailleurs, pourra à ce stade rester indécise. Les mesures en cause apparaissent également et, surtout, avoir été adoptées pour renforcer les critères

- 17/18 - A/1445/2022 d'aptitude propres aux marchés publics tenant à l'organisation des soumissionnaires. Enfin, en troisième lieu, les dispositions en cause n'apparaissent pas non plus manifestement disproportionnées. Elles ne semblent ainsi à première vue pas interdire ou drastiquement limiter le recours aux travailleurs temporaires, dès lors qu'elles fixent des

valeurs limites et prévoient des exceptions pour certaines périodes ou si la nature des travaux l'exige, étant précisé qu'elles ne concernent pas l'ensemble du secteur de la construction, mais seulement celui des chantiers publics. Par ailleurs, il ne paraît pas non plus évident que la réglementation en cause ne serait pas en mesure de permettre aux autorités de s'assurer que la majorité des effectifs engagés par une entreprise adjudicatrice corresponde aux forces de travail ayant constitué l'expérience et les compétences de cette entreprise pour l'adjudication du marché. À cela s'ajoute que les représentants de l'une des recourantes entendus devant la commission ont confirmé l'exactitude des constats de la Suva en lien avec les risques d'accidents des travailleurs temporaires, que les seules formations dispensées, alléguées par les recourantes, n'apparaissent pas avoir réduits.

Toujours sur la base d'un examen *prima facie*, il ne paraît pas non plus manifeste que les dispositions entreprises seraient contraires au droit international et au droit supérieur, l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_661/2019 précité invoqué par les recourantes ne permettant pas d'asseoir leur point de vue, puisque ledit arrêt ne semble pas s'opposer à une réglementation cantonale du même ordre. Il sera encore précisé que d'autres cantons ont a priori suivi une voie similaire. Le fait que la législation fédérale en matière de marchés publics n'ait rien prévu à cet égard n'apparaît pas déterminant et ne présage pas de l'absence de nécessité d'une réglementation locale, fondée sur des spécificités cantonales.

Par ailleurs, le fait que dans la cause n° A/3596/2017 la chambre de céans ait statué dans un sens différent n'y change rien, étant précisé que, dans ladite cause, le Conseil d'État ne s'était alors pas opposé à l'octroi de l'effet suspensif au recours.

Par conséquent, les chances de succès du recours n'apparaissent pas, *prima facie*, à ce point manifestes qu'il se justifierait de déroger à la primauté donnée par le législateur à l'absence d'effet suspensif dans le cadre du contrôle abstrait des normes, ce qui conduit au rejet de la demande d'octroi de l'effet suspensif au recours. 5)

Le sort des frais de la procédure sera, quant à lui, réservé jusqu'à droit jugé au fond.

LA CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE refuse d'octroyer l'effet suspensif au recours ; réserve le sort des frais de la procédure jusqu'à droit jugé au fond ;

- 18/18 - A/1445/2022 dit que conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. La présente décision et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ; communique la présente décision, en copie, à Me Pierre-Yves Baumann, avocat des recourantes, au Grand Conseil et au Conseil d'État.

La juge :

Florence Krauskopf

Copie conforme de cette décision a été communiquée aux parties. Genève, le la greffière :

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