

GE_GERICHTE ACST/3/2023 vom 16. Februar 2023

GE Cour de justice, 2023-02-16, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACST_3_2023

FR: GE_GERICHTE ACST/3/2023 du 16 février 2023

IT: GE_GERICHTE ACST/3/2023 del 16 febbraio 2023

Erwägungen

E. 23

mars 2022, et ce en l'absence de cas d'application (ACST/25/2022 du 22 décembre 2022 consid. 1b ; ACST/22/2022 du 9 décembre 2022 consid. 1b).

Il a, au surplus, été interjeté dans le délai légal à compter respectivement de la promulgation de ladite loi et de la publication de la modification du RMP dans la FAO du 25 mars 2022 (art. 62 al. 1 let. d et al. 3 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10) et satisfait également aux réquisits de forme et de contenu prévus aux art. 64 al. 1 et 65 al. 1 et 3 LPA, sous réserve de ce qui suit s'agissant de l'art. 2 al. 1 phrase introductive et 4 al. 3 et 4 L-AIMP. 2) a. A qualité pour recourir toute personne touchée directement par une loi constitutionnelle, une loi, un règlement du Conseil d'État ou une décision et a un intérêt personnel digne de protection à ce que l'acte soit annulé ou modifié (art. 60 al. 1 let. b LPA). L'art. 60 al. 1 let. b LPA formule de la même manière la qualité pour recourir contre un acte normatif et en matière de recours ordinaire. Cette disposition ouvre ainsi largement la qualité pour recourir, tout en évitant l'action populaire, dès lors que le recourant doit démontrer qu'il est susceptible de tomber sous le coup de la loi constitutionnelle, de la loi ou du règlement attaqué (ACST/25/2022 précité consid. 2a).

Lorsque le recours est dirigé contre un acte normatif, la qualité pour recourir est conçue de manière plus souple et il n'est pas exigé que le recourant soit particulièrement atteint par l'acte entrepris. Ainsi, toute personne dont les intérêts sont effectivement touchés directement par l'acte attaqué ou pourront l'être un jour a qualité pour recourir ; une simple atteinte virtuelle suffit, à condition toutefois qu'il existe un minimum de vraisemblance que le recourant puisse un jour se voir appliquer les dispositions contestées (ATF 147 I 308 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_357/2021 du 19 mai 2022 consid. 2.2). La qualité pour recourir suppose en outre un intérêt actuel à obtenir l'annulation de l'acte entrepris, cet intérêt devant exister tant au moment du dépôt du recours qu'au moment où l'arrêt est rendu (ATF 147 I 478 consid. 2.2).

b. Une association ayant la personnalité juridique est habilitée à recourir en son nom propre lorsqu'elle est intéressée elle-même à l'issue de la procédure.

- 21/43 -

A/1445/2022

De même, sans être touchée dans ses intérêts dignes de protection, cette possibilité lui est reconnue pour autant qu'elle ait pour but statutaire la défense des intérêts de ses membres, que ces intérêts soient communs à la majorité ou au moins à un grand nombre d'entre eux et que chacun de ceux-ci ait qualité pour s'en prévaloir à titre individuel (ATF 145 V 128 consid. 2.2 ; ACST/25/2022 précité consid. 2b). En revanche, elle ne peut prendre fait et

cause pour l'un de ses membres ou pour une minorité d'entre eux (arrêt du Tribunal fédéral 1C_499/2020 du

E. 24

septembre 2020 consid. 2).

c. En l'espèce, la chambre de céans, saisie du recours dans la cause n° A/3596/2017 interjeté contre la précédente modification du RMP par F_____, E_____ et deux sociétés actives dans le domaine de la location de services, a considéré, dans l'ACST/28/2018 précité consid. 3a, que ces trois dernières sociétés étaient susceptibles d'être affectées par des restrictions posées au recours au travail temporaire dans les marchés publics de la construction dans le canton de Genève et qu'elles étaient exposées, du fait de la portée des dispositions adoptées, à voir leurs activités se restreindre ou ne pas se développer et, partant, à subir une entrave à leur liberté économique et un préjudice de nature économique potentiellement important ; elles se trouvaient ainsi dans un rapport suffisamment étroit, spécial et digne d'être pris en considération avec l'objet du litige et étaient à l'évidence touchées par les normes considérées plus que la généralité des administrés. Il y a dès lors lieu, dans la présente cause, d'admettre la qualité pour recourir de E_____ ainsi que celle d'A_____, B_____, C_____ et D_____, sociétés actives dans la location de services, étant précisé que l'art. 2 let. m RMP soumet explicitement aux dispositions régissant les marchés publics notamment les entreprises pratiquant une forme de location de services au sens de l'art. 27 de l'ordonnance sur le service de l'emploi et la location de services du 16 janvier 1991 (OSE - RS 823.111), donc en particulier le travail temporaire, en les incluant dans la notion d'entreprises exécutantes, soit d'entreprise ou de personne indépendante « participant à l'exécution du marché ».

La situation se présente différemment pour F_____, qui n'est pas touchée personnellement dans une mesure suffisante par les dispositions litigieuses pour pouvoir les attaquer elle-même à un tel titre. Se pose toutefois la question de savoir si les conditions d'un recours corporatif sont remplies la concernant. Dans l'arrêt précité, la chambre de céans a laissé cette question ouverte, dès lors que la qualité pour recourir était reconnue à ses consorts, à savoir E_____ et les deux autres sociétés (ACST/28/2018 précité consid. 3b). Tel sera également le cas dans la présente cause, pour les mêmes motifs, la qualité pour recourir d'A_____, B_____, C_____, D_____ et E_____ ayant été admise. 3)

Les recourantes sollicitent préalablement la tenue d'une audience de plaidoiries orales conforme « aux exigences fondées sur l'art. 6 CEDH ».

- 22/43 -

A/1445/2022

a. L'art. 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101) donne à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Saisi dans ce cadre d'une demande de débats publics, le juge doit en principe y donner suite. Il peut cependant s'en abstenir dans les cas prévus par l'art. 6 § 1, 2ème phr. CEDH, lorsque la demande est abusive, chicanière ou dilatoire, lorsqu'il apparaît clairement que le recours est infondé, irrecevable ou, au contraire, manifestement

bien-fondé ou encore lorsque l'objet du litige porte sur des questions hautement techniques (ATF 141 I 97 consid. 5.1 ; 136 I 279 consid. 1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_433/2021 du 5 juillet 2022 consid. 2.4.1). L'obligation de tenir une audience publique n'est par ailleurs pas absolue. Il peut y être renoncé dans les affaires ne soulevant pas de question de crédibilité ou ne suscitant pas de controverse sur les faits qui auraient requis une audience, et pour lesquelles les tribunaux peuvent se prononcer de manière équitable et raisonnable sur la base des conclusions présentées par les parties et d'autres pièces (ATF 140 I 68 consid. 9.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_433/2021 précité consid. 2.4.1 ; ACEDH Mutu et Pechstein c. Suisse du 2 octobre 2018, req. 40575/10 et 67474/10, § 177 ; Jussila c. Suède du 23 novembre 2006, req. 73053/01, § 43). Une telle renonciation est ainsi admissible lorsque la cause peut être jugée exclusivement sur la base du dossier et des écritures des parties, notamment lorsque l'issue du litige ne dépend pas d'une appréciation des preuves ou d'impressions personnelles, mais uniquement de questions de droit (ATF 147 I 153 consid. 3.5.1 et la jurisprudence citée).

b. En l'espèce, il ne se justifie pas d'accéder à la requête des recourantes visant à la tenue d'une audience de plaidoiries orales. En effet, pour autant que l'on se trouve face à une contestation sur des droits et obligations de nature civile, ce qui n'est pas évident, les questions à trancher sont exclusivement de nature juridique, s'agissant d'un contrôle abstrait de conformité au droit supérieur de dispositions légales et réglementaires cantonales, et relativement techniques. Les recourantes ont au surplus pu s'exprimer dans leurs écritures sur tous les aspects contestés, répondre aux arguments des autorités intimées et produire toutes les pièces qu'elles estimaient utiles pour étayer leur point de vue. À cela s'ajoute que les représentants de F_____ ont été auditionnés par la commission parlementaire et ont pu faire valoir leurs arguments et leur point de vue au sujet du PL 13'018 modifiant la L-AIMP. La présente cause ne nécessite ainsi pas la tenue de débats publics, si bien qu'il ne sera pas fait droit à la demande des recourantes. 4)

Les recourantes sollicitent diverses mesures d'instruction, à savoir l'audition de leurs représentants, la production d'un certain nombre de documents et la mise en œuvre d'une expertise.

- 23/43 -

A/1445/2022

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., le droit d'être entendu comprend notamment le droit, pour l'intéressé, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves, à condition qu'elles soient pertinentes et de nature à influencer sur la décision à rendre (ATF 145 I 73 consid. 7.2.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_8/2022 du 5 décembre 2022 consid. 2.2). Il ne comprend en principe pas le droit d'être entendu oralement ni celui d'obtenir l'audition de témoins (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_392/2022 du 26 octobre 2022 consid. 4.2). Le droit d'être entendu n'empêche pas l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de se forger une conviction et que, procédant de manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient pas l'amener à modifier son opinion (ATF 145 I 167 consid. 4.1).

b. En l'espèce, il n'y a pas lieu de faire droit à la requête des recourantes. Outre le fait qu'elles ne disposent d'aucun droit à l'audition de leurs représentants, elles ont pu, comme précédemment exposé, faire valoir leur point de vue à plusieurs reprises par écrit et se

déterminer sur les écritures des intimés. Les pièces dont elles requièrent la production n'apparaissent pas non plus utiles pour trancher le litige, le dossier contenant un certain nombre de documents, produits par les parties, permettant de discerner les éléments ayant guidé les intimés pour l'élaboration des normes attaquées. Les intimés ont du reste fourni des indications concernant la manière par laquelle les dispositions entreprises seraient appliquées et les recourantes ont versé au dossier des éléments statistiques établis sous l'égide de F_____ concernant le travail temporaire. Enfin, pour les mêmes motifs, il ne se justifie pas d'ordonner une expertise visant à déterminer l'impact de la nouvelle réglementation sur les marchés publics de la construction ou tendant à analyser les abus du fait du recours au travail temporaire. 5)

À l'instar du Tribunal fédéral, la chambre constitutionnelle, lorsqu'elle se prononce dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes, s'impose une certaine retenue et n'annule les dispositions attaquées que si elles ne se prêtent à aucune interprétation conforme au droit ou si, en raison des circonstances, leur teneur fait craindre avec une certaine vraisemblance qu'elles soient interprétées ou appliquées de façon contraire au droit supérieur. Pour en juger, il lui faut notamment tenir compte de la portée de l'atteinte aux droits en cause, de la possibilité d'obtenir ultérieurement, par un contrôle concret de la norme, une protection juridique suffisante et des circonstances dans lesquelles ladite norme serait appliquée. Le juge constitutionnel doit prendre en compte dans son analyse la vraisemblance d'une application conforme – ou non – au droit supérieur. Les explications de l'autorité sur la manière dont elle applique ou envisage d'appliquer la disposition mise en cause doivent également être prises en considération. Si une réglementation de portée générale apparaît comme défendable au regard du droit supérieur dans des situations normales, telles que le

- 24/43 -

A/1445/2022

législateur pouvait les prévoir, l'éventualité que, dans certains cas, elle puisse se révéler inconstitutionnelle ne saurait en principe justifier une intervention du juge au stade du contrôle abstrait (ATF 148 I 198 consid. 2.2 ; 147 I 308 consid. 3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_983/2020 du 15 juin 2022 consid. 3.1 ; ACST/25/2022 précité consid. 3 et les références citées). 6)

Les recourantes contestent les art. 2 al. 1 phrase introductive et 4 al. 2 à 7 L-AIMP ainsi que les art. 33 al. 1 let. b et 35A RMP.

a. L'art. 2 al. 1 phrase introductive L-AIMP permet à l'autorité adjudicatrice d'infliger ou d'ordonner, en cas de violation du droit des marchés publics pendant la procédure d'adjudication ou l'exécution du contrat, des sanctions et des mesures énumérées aux let. a à d, en particulier le rétablissement d'une situation conforme au droit (art. 2 al. 1 let. d L-AIMP), mesure qui n'était pas prévue par l'ancienne teneur de l'art. 2 al. 1 L-AIMP et à l'encontre de laquelle les recourantes ne prennent aucune conclusion formelle en annulation, puisqu'elles se limitent à demander l'annulation de l'art. 2 al. 1 phrase introductive L-AIMP, sans égard aux sanctions et mesures visées. Cette disposition reprend au demeurant le contenu de la précédente version de la L-AIMP. Étant donné que la chambre de céans est liée par les conclusions du recours (art. 69 al. 1 LPA), elle ne saurait examiner la conformité au droit de l'art. 2 al. 1 let. d L-AIMP, étant précisé que l'art. 2 al. 1 phrase introductive L-AIMP reprend le contenu de l'ancienne teneur de cette disposition et que le recours ne contient aucun grief spécifique à son égard, en contradiction avec les

réquisits de l'art. 65 al. 3 LPA.

L'art. 4 L-AIMP, dont l'ancienne teneur donnait déjà la compétence au Conseil d'État d'édicter les dispositions d'exécution de l'AIMP, lui délègue désormais celle de préciser notamment les critères d'aptitude, lui permettant, à cet égard, de limiter le recours à la sous-traitance et, dans les marchés publics de construction, le recours au travail temporaire (art. 4 al. 2 L-AIMP). S'agissant de la sous-traitance, la nouvelle ne modifie pas l'art. 35 RMP qui y est consacrée, lequel prévoit déjà, à l'instar de l'art. 4 al. 4 L-AIMP, l'interdiction de la sous-traitance au deuxième degré (art. 35 al. 6 RMP), mais pas l'accord de l'autorité adjudicatrice (art. 4 al. 3 L-AIMP). Cela étant, les recourantes, bien que concluant à l'annulation de l'art. 4 al. 3 et 4 L-AIMP et assistées d'un avocat, n'émettent, dans leurs écritures, aucun grief à leur encontre, ce qui n'est pas admissible dans le cadre d'un contrôle abstrait des normes (art. 65 al. 3 LPA).

b. Seules seront dès lors examinées du point de vue de leur conformité au droit les dispositions en matière de travailleurs temporaires contestées, à savoir l'art. 4 al. 5 à 7 L-AIMP et les art. 33 al. 1 let. b et 35A RMP.

Pour les marchés publics de construction, l'art. 4 al. 5 L-AIMP pose l'exigence que les entreprises soumissionnaires justifient dans leur offre qu'elles disposent du nombre d'employés – exprimé en équivalent temps plein (art. 35A

- 25/43 -

A/1445/2022

al. 3 RMP) – nécessaires à la réalisation de la prestation, en tenant compte des valeurs limites de travailleurs temporaires fixées à l'art. 4 al. 6 L-AIMP. Ainsi, pour être admises à soumissionner – dans quelque procédure que ce soit, à savoir ouverte, sélective, sur invitation ou de gré à gré (art. 11 ss RMP) –, les entreprises doivent avoir les ressources humaines internes pour pouvoir réaliser le marché objet de la soumission, autrement dit limiter le recours à des travailleurs temporaires pour exécuter le marché considéré. S'il n'interdit pas le recours à des travailleurs temporaires, le critère d'aptitude qu'énonce la disposition considérée, selon l'intitulé de l'art. 4 al. 2 L-AIMP et de l'art. 33 al. 1 let. b RMP, lequel figure dans le chapitre III consacré aux « conditions pour être admis à soumissionner », n'en implique pas moins qu'une entreprise soumissionnaire ne remplissant pas cette condition doit être disqualifiée d'emblée, exclue de la procédure pour le marché en question, dans la première phase d'une procédure sélective ou, en cas de procédure ouverte, avant l'examen de son offre au regard des critères d'adjudication, comme le prévoit l'art. 42 al. 1 let. b RMP.

L'art. 4 al. 6 L-AIMP, auquel se réfère l'art. 35A RMP, lequel est inséré dans le chapitre IV consacré aux offres et précédant celui traitant de l'adjudication, restreint le recours au travail temporaire, par référence au nombre d'employés permanents de l'adjudicataire affectés à la réalisation du marché, par paliers dégressifs fixés d'abord en nombres absolus puis en un pourcentage maximal de 20 %. L'art. 4 al. 7 L-AIMP réserve toutefois des situations particulières, concrétisées à l'art. 35A al. 4 RMP, permettant le dépassement de ces plafonds, à annoncer formellement à l'autorité adjudicatrice avant l'intervention des travailleurs surnuméraires (art. 35A al. 5 RMP). L'art. 35A RMP attribue la compétence à l'autorité adjudicatrice, en termes de pouvoir et de devoir, de contrôler le respect des quotas admissibles de travailleurs temporaires sur les chantiers (al. 6) ainsi que, le cas échéant, de

prendre des mesures et de prononcer des amendes administratives (al. 7).

Bien qu'insérées au sein des dispositions applicables à tous les marchés publics des cantons, des communes et des autres organes assumant des tâches cantonales ou communales (art. 1 al. 1, 1^{ère} phr. AIMP), les normes contestées visent les seuls marchés publics de construction desdites collectivités publiques, et non pas les marchés de services et de fournitures, que ces marchés de la construction soient soumis ou non aux traités internationaux, à savoir tant ceux qui atteignent les valeurs seuils fixées notamment par ou en application de l'AMP et de l'accord CH-UE que les marchés internes n'atteignant pas lesdites limites, régis par l'AIMP, la L-AIMP et le RMP. 7)

Les recourantes soutiennent que les dispositions litigieuses violeraient la liberté économique, garantie tant par l'art. 27 Cst. que par l'art. 35 Cst-GE.

a. La liberté économique comprend notamment le libre choix de la profession, le libre accès à une activité économique lucrative privée et son libre exercice.

- 26/43 -

A/1445/2022

Elle protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu, et peut être invoquée tant par les personnes physiques que par les personnes morales (ATF 143 II 598 consid. 5.1). Elle a une fonction institutionnelle, en tant qu'elle exprime, conjointement avec d'autres dispositions constitutionnelles (notamment l'art. 94 Cst.), le choix du constituant en faveur d'un système économique libéral, fondé sur la libre entreprise et la concurrence, et une fonction individuelle, en tant qu'elle assure une protection contre les mesures étatiques restreignant la liberté d'exercer toute activité économique privée, exercée aux fins de production d'un gain ou d'un revenu, à titre principal ou accessoire, dépendant ou indépendant (ATF 143 II 598 consid. 5.1). Ces deux aspects, institutionnel et individuel, sont étroitement liés (ATF 148 II 121 consid. 7.2).

b. La liberté économique comprend le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique. Selon ce principe, déduit des art. 27 et 94 Cst., sont prohibées les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique. On entend par concurrents directs les membres de la même branche économique qui s'adressent avec les mêmes offres au même public pour satisfaire les mêmes besoins (ATF 148 II 121 consid. 7.1 et les références citées). L'égalité de traitement entre concurrents directs n'est pas absolue et autorise des différences, à condition que celles-ci reposent sur une base légale, qu'elles répondent à des critères objectifs, soient proportionnées et résultent du système lui-même ; il est seulement exigé que les inégalités ainsi instaurées soient réduites au minimum nécessaire pour atteindre le but d'intérêt public poursuivi (ATF 143 I 37 consid. 8.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_772/2017 du 13 mai 2019 consid. 3.1.1 et les références citées). Sous l'angle de l'égalité de traitement, les art. 27 et 94 Cst. garantissent aux concurrents directs une protection plus étendue que celle offerte par l'art. 8 Cst. (arrêt du Tribunal fédéral 2C_772/2017 précité consid. 3.1.2).

c. À l'instar de toutes les libertés, la liberté économique individuelle peut être restreinte aux conditions de l'art. 36 Cst. Ces restrictions doivent ainsi reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public et respecter le principe de proportionnalité (art. 36 al. 1 à 3

Cst. ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_139/2021 du 12 juillet 2021 consid. 4.1 et les références citées). L'art. 43 Cst-GE est rédigé de manière similaire.

d. En l'espèce, comme l'a précédemment relevé la chambre de céans (ACST/28/2018 précité consid. 6c et 6d), se déduit de la liberté économique, pour des employeurs, le droit de recourir à de la main-d'œuvre temporaire ou à des employés fixes, et pour des travailleurs celui de mettre en œuvre leur force de travail par le biais d'engagements intérimaires ou fixes, ainsi que, pour des agences de placement de personnel, celui d'être actives dans le domaine du travail

- 27/43 -

A/1445/2022

temporaire et/ou fixe. Les marchés publics n'étant pas soustraits du champ d'application de la liberté économique, les restrictions apportées au recours au travail temporaire par les normes litigieuses affectent 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 de personnel qui, à l'instar des sociétés recourantes, proposent à des soumissionnaires de faire appel, pour la réalisation de marchés publics, à des travailleurs temporaires. Les dispositions litigieuses emportent dès lors une ingérence dans la liberté économique, dont la justification sera examinée ci-dessous. 8)

Les recourantes soutiennent d'abord que les dispositions litigieuses ne seraient pas conformes au principe de la légalité, grief qui se confond avec l'examen de la première des conditions de restriction aux libertés liée à la base légale et prévue à l'art. 36 al. 1 Cst.

a. En effet, le principe de la légalité s'impose notamment dans le domaine des droits fondamentaux. Les restrictions graves à une liberté nécessitent une réglementation expresse dans une loi au sens formel (art. 36 al. 1 Cst. ; ATF 143 I 310 consid. 3.3.1). Lorsque la restriction d'un droit fondamental n'est pas grave, la base légale sur laquelle elle se fonde ne doit pas nécessairement être prévue par une loi, mais peut se trouver dans des actes de rang inférieur ou dans une clause générale (ATF 131 I 333 consid. 4). Savoir si une restriction à un droit fondamental est grave s'apprécie en fonction de critères objectifs (ATF 139 I 280 consid. 5.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_427/2020 du 25 mars 2021 consid. 7.2.1).

La base légale requise, matérielle ou formelle, doit avoir un degré de précision suffisant pour que son application soit prévisible. L'exigence de la densité normative n'est pas absolue, car on ne saurait ordonner au législateur de renoncer totalement à recourir à des notions générales, comportant une part nécessaire d'interprétation. Cela tient à la nature générale et abstraite inhérente à toute règle de droit et à la nécessité qui en découle de laisser aux autorités d'application une certaine marge de manœuvre lors de la concrétisation de la norme. Pour déterminer quel degré de précision on est en droit d'exiger de la loi, il faut tenir compte du cercle de ses destinataires et de la gravité des atteintes qu'elle autorise aux droits fondamentaux (ATF 147 I 393 consid. 5.1.1 ; ACST/13/2022 du 14 octobre 2022 consid. 11b).

b. Le principe de la légalité s'applique de façon plus générale à l'activité de l'État régi par le droit (art. 5 al. 1 Cst.). En droit constitutionnel genevois, le principe de la légalité se trouve ancré, dès les premières dispositions de la Cst-GE, par l'affirmation que les

structures et l'autorité de l'État sont fondées sur le principe de la séparation des pouvoirs (art. 2 al. 2 Cst-GE) et par l'exigence que l'activité publique se fonde sur le droit (art. 9 al. 2 Cst-GE).

- 28/43 -

A/1445/2022

Le principe de la séparation des pouvoirs impose en particulier le respect des compétences établies par la constitution et prohibe à un organe de l'État d'empiéter sur les compétences d'un autre organe. Il interdit ainsi au pouvoir exécutif d'édicter des dispositions qui devraient figurer dans une loi, si ce n'est dans le cadre d'une délégation valablement conférée par le législateur (ATF 142 I 26 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_38/2021 du 3 mars 2021 consid. 3.2.1). Les règlements d'exécution doivent dès lors se limiter à préciser certaines dispositions légales au moyen de normes secondaires, à en combler le cas échéant les véritables lacunes et à fixer si nécessaire des points de procédure (ATF 139 II 460 consid. 2.2 ; arrêt du Tribunal fédéral 8C_660/2021 du

E. 28

mai 2021 consid. 4.2) – ou du versement de l'indemnité en cas d'intempéries, dont les travailleurs temporaires ne peuvent pas bénéficier, une absence d'intégration au sein de l'entreprise de mission ou encore le caractère stigmatisant dans la durée de ce type d'engagement. Par ailleurs, il ressort également des travaux en commission parlementaire que le PL permettait d'œuvrer en faveur de la formation d'apprentis, conformément d'ailleurs à l'art. 33 al. 1 let. b RMP, ce que le recours à un nombre illimité de travailleurs temporaires ne peut pas garantir. Les justifications fournies, au demeurant étayées par les constats des partenaires sociaux, au fait des réalités du terrain, dénotent des préoccupations de protection de la santé et de politique sociale et ne poursuivent pas la finalité d'influencer la libre concurrence, de sorte que les dispositions litigieuses s'avèrent conformes au principe de la liberté économique et constituent un intérêt public admissible sous l'angle des restrictions à la liberté économique sous l'angle individuel.

La restriction est par conséquent également admissible sous l'angle de l'art. 36 al. 2 Cst. 10) Les recourantes contestent la proportionnalité de la limitation du recours au travail temporaire sur les marchés publics de construction.

a. Pour être conforme au principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst.), une restriction d'un droit fondamental doit être apte à atteindre le but visé, lequel ne peut pas être obtenu par une mesure moins incisive ; il faut en outre qu'il existe un rapport raisonnable entre les effets de la mesure sur la situation de la personne visée et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 147 I 393 consid. 5 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_762/2021 du 13 avril 2022 consid. 6.1).

b. En l'espèce, les recourantes soutiennent que les mesures en cause ne permettraient pas d'atteindre leur cible et conduiraient les entreprises à se tourner vers d'autres formes de travail flexibles, avec une protection sociale moindre et des contrôles limités. Outre le fait que ces arguments relèvent de suppositions et sont exorbitantes au litige, les dispositions contestées, en limitant, par le biais de nombres absolus ou d'un certain pourcentage, le travail temporaire sur les marchés publics de construction, permettent d'atteindre les buts d'intérêt public susvisés, non seulement du point de vue du droit des marchés publics, en garantissant que les prestations correspondent à celles ayant conduit à la sélection

A/1445/2022

de l'entreprise en cause, mais aussi du point de vue de la lutte contre les conséquences sanitaires et sociales négatives résultant d'un recours illimité au travail temporaire, notamment en réduisant les accidents de travail. Contrairement aux allégués des recourantes, un déplacement du problème de la main-d'œuvre temporaire vers le secteur privé, du fait que des entreprises actives sur des mandats publics et privés engageraient les travailleurs temporaires plutôt pour l'exécution des commandes privées au détriment des marchés publics pour satisfaire aux quotas fixés, ne permet pas de démontrer l'inaptitude des dispositions en cause, qui n'ont vocation à s'appliquer qu'aux marchés publics de construction, et non pas à l'ensemble du domaine de la construction. En matière de marchés publics, les nouvelles mesures produisent à l'évidence des effets utiles aux objectifs visés.

Les recourantes contestent la nécessité de la nouvelle, étant donné que la sécurité au travail et les conditions sociales des travailleurs temporaires seraient suffisamment protégées par les dispositions des lois et des CCT, notamment au niveau des formations mises en place. Il ressort toutefois des indications des partenaires sociaux, du dossier de l'USS et des données de la Suva que lesdites formations, si elles ont certes permis une certaine amélioration de la situation, n'ont pas endigué les risques d'accidents de manière significative. Les représentants de F_____ n'ont du reste pas dit autre chose devant la commission parlementaire en indiquant que ce n'était pas la forme du travail qui impliquait un plus grand nombre d'accidents, mais le fait que les travailleurs temporaires soient nouveaux dans l'entreprise, ce qui est bien le cas en l'occurrence des travailleurs concernés et qui constitue un facteur de risque d'accident. Par ailleurs, en affirmant que les dispositions litigieuses auraient le cas échéant pu faire l'objet d'un critère social pondéré intégré dans l'appel d'offres, les recourantes leur reprochent de constituer un critère d'aptitude, et non d'adjudication. Une telle approche n'atteindrait toutefois pas les objectifs visés et permettrait à une entreprise soumissionnaire, par le biais de la pondération des différents critères d'adjudication, de se voir adjuger le marché malgré un nombre de travailleurs temporaires supérieur aux exigences fixées par l'autorité adjudicatrice.

S'agissant de la proportionnalité au sens étroit, contrairement à ce que semblent alléguer les recourantes, la réglementation litigieuse ne prévoit pas une interdiction du travail temporaire dans les marchés publics de construction, seul domaine dans lequel elle s'applique au demeurant, mais sa limitation sur un chantier selon des paliers progressifs en fonction des employés fixes y étant affectés, puis selon un pourcentage, de 20 %, dès vingt et un employés fixes. Ces paliers et ce pourcentage ont été fixés en concertation avec les partenaires sociaux, en fonction des constats relevés en pratique. En les critiquant, les recourantes se limitent en outre à opposer leur appréciation à celle du législateur, qui dispose dans ce cadre d'une marge de manœuvre étendue, sans démontrer en quoi ils ne seraient pas adéquats ou seraient déraisonnables. L'on ne voit du reste pas en quoi

A/1445/2022

les petites entreprises seraient défavorisées par rapport aux plus grandes, étant donné le ratio élevé de travailleurs temporaires qu'elles peuvent affecter à l'exécution d'un chantier, pouvant aller jusqu'à 66 % (art. 4 al. 6 let. a L-AIMP). L'art. 4 al. 7 L-AIMP réserve des

exceptions à ces valeurs limites dans des situations particulières, qui ont été concrétisées par l'art. 35A al. 4 RMP, et qui peuvent ainsi être dépassées pour les postes de spécialistes ne faisant pas partie de l'effectif standard de l'entreprise, pour les travaux devant être impérativement exécutés pendant les vacances scolaires ou dans des circonstances imprévues, non imputables à l'entreprise. Par ailleurs, contrairement à ce que soutiennent les recourantes, lesdites exceptions bénéficient d'une procédure de mise en œuvre facilitée, requérant une simple annonce formelle auprès de l'autorité adjudicatrice avant l'intervention des travailleurs surnuméraires (art. 35A al. 5 RMP). À cela s'ajoute que, contrairement à la modification du RMP précédemment annulée par la chambre de céans, la réglementation litigieuse ne prévoit plus que le soumissionnaire doit disposer déjà lors du dépôt de son offre de l'effectif d'employés fixes suffisant pour exécuter le marché, ce qui relativise également la restriction à la liberté économique des entreprises concernées.

Il résulte de ce qui précède que les dispositions attaquées respectent le principe de la proportionnalité dans ses différents aspects et constituent ainsi des restrictions admissibles à la liberté économique des recourantes, étant précisé qu'elles n'opèrent pas non plus d'inégalité de traitement ni ne s'avèrent discriminatoires, dès lors qu'elles s'appliquent indistinctement à toute entreprise souhaitant soumissionner à un marché public de construction dans le canton. De ce point de vue également, elles n'emportent pas d'inégalité entre concurrents. Elles ne s'avèrent au demeurant pas non plus arbitraires ni contraires au principe de la bonne foi, grief que les recourantes ne motivent d'ailleurs pas. 11) Invoquant la primauté du droit fédéral (art. 49 al. 1 Cst.), les recourantes soutiennent que les dispositions entreprises ne seraient pas du ressort du canton, étant donné l'exhaustivité de la législation fédérale en matière de protection des travailleurs.

a. Garanti à l'art. 49 al. 1 Cst., le principe de la primauté du droit fédéral fait obstacle à l'adoption ou à l'application de règles cantonales qui éludent des prescriptions de droit fédéral ou qui en contredisent le sens ou l'esprit, notamment par leur but ou par les moyens qu'elles mettent en œuvre, ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral a réglementées de façon exhaustive (ATF 148 II 121 consid. 8.1). Cependant, même si la législation fédérale est considérée comme exhaustive dans un domaine donné, une loi cantonale peut subsister dans le même domaine en particulier si elle poursuit un autre but que celui recherché par le droit fédéral. En outre, même si, en raison du caractère exhaustif de la législation fédérale, le canton ne peut plus légiférer dans une matière, il n'est pas toujours privé de toute possibilité d'action. Ce n'est que

- 36/43 -

A/1445/2022

lorsque la législation fédérale exclut toute réglementation dans un domaine particulier que le canton perd toute compétence pour adopter des dispositions complétives, quand bien même celles-ci ne contrediraient pas le droit fédéral ou seraient même en accord avec celui-ci (ATF 148 I 198 consid. 3.4).

b. La répartition des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de droit du travail résulte de l'art. 110 Cst. pour le droit public et de l'art. 122 Cst. pour le droit civil. En vertu de l'art. 122 al. 1 Cst., la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération. En adoptant, en particulier, le CC et la loi fédérale du

E. 30

mars 1911 complétant le Code civil suisse (CO - RS 220), le législateur fédéral a entendu codifier l'ensemble du droit privé. Sous réserve des compétences que le droit privé fédéral a expressément laissées aux cantons (art. 5 CC), le volet du droit privé fédéral relatif au droit du travail est donc exhaustivement réglementé par le droit fédéral.

Conformément à l'art. 110 al. 1 let. a, b et c Cst., la Confédération peut légiférer sur la protection des travailleurs, sur les rapports entre employeurs et travailleurs ainsi que sur le service de placement. En la matière, la Confédération dispose de compétences concurrentes non limitées aux principes. Elle a fait usage de ses compétences en adoptant la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce du 13 mars 1964 (LTr - RS 822.11), qui contient, notamment, des dispositions sur la protection de la santé (art. 6 LTr). D'après la jurisprudence, avec l'adoption de la LTr et des ordonnances y afférentes, la Confédération a élaboré une réglementation très étendue concernant la protection générale des travailleurs (ATF 148 I 198 consid. 3.5.2 et 3.6), qui est exhaustive. La LTr n'empêche cependant pas l'adoption de mesures qui, sans avoir pour but principal de protéger les travailleurs, ont accessoirement un effet protecteur puisque, d'une part, l'art. 71 let. c LTr réserve les prescriptions cantonales et communales de police, notamment celles qui concernent la police des constructions, la police du feu, la police sanitaire et la police des eaux, ainsi que le repos dominical et les heures d'ouverture de certaines entreprises et que, d'autre part, elle ne fait pas obstacle à l'adoption de certaines mesures de politique sociale, et ce même si elles ne sont pas expressément couvertes par l'art. 71 let. c LTr, dont la formulation est exemplative (ATF 143 I 403 consid. 7.5.2 et les références citées).

La Confédération a également fait usage de la compétence notamment de l'art. 110 al. 1 Cst. en édictant la LSE, qui régit la location de services, à savoir les relations tripartites entre un employeur (bailleur), une entreprise locataire et un travailleur (ATF 148 II 203 consid. 3.3.2). La LSE impose des exigences spécifiques aux bailleurs de services, en les soumettant à un régime d'autorisation obligatoire (art. 12 s. LSE) et en énonçant diverses obligations du bailleur de services (art. 14 ss LSE), conditions exhaustivement fixées par la loi.

- 37/43 -

A/1445/2022

c. En l'espèce, les dispositions querellées n'ont pas pour but de régir les relations de travail ni de réglementer la location de services, pas plus que de renforcer la protection conférée par la LTr ou la LSE relatives à la protection des travailleurs et aux conditions de travail, mais de limiter, sur les marchés publics cantonaux de construction, le recours au travail temporaire. Il s'agit, d'une part, de permettre la mise en œuvre du droit des marchés publics au plan cantonal, en s'assurant que les qualités ayant valu à l'entreprise d'être sélectionnée se retrouvent lors de l'exécution du marché, par la présence des équipes qui font l'expérience et l'organisation de l'entreprise et qui ont l'habitude de collaborer, ce qui participe du reste à l'utilisation efficiente des deniers publics. D'autre part, la réglementation litigieuse vise à endiguer les conséquences sociales et sanitaires négatives liées à un recours illimité au travail temporaire, en forte augmentation en particulier dans le domaine de la construction, au vu des risques accrus d'accidents sur les chantiers des travailleurs temporaires et de leur statut précaire sur le long terme, conformément aux constats des partenaires sociaux, ce qui relève de la politique sociale. Dans ce cadre, les

mesures consacrées par les dispositions litigieuses s'insèrent dans la législation protectrice de droit public que les cantons demeurent en principe autorisés à adopter, en dépit des dispositions de droit civil fédéral relatives au travail ainsi qu'en complément aux mesures de droit public que consacre en particulier la LTr. Il sera en outre relevé que même si de telles prescriptions, comme celle du cas d'espèce, peuvent indirectement déployer un effet protecteur pour les travailleurs, la jurisprudence admet néanmoins un tel effet dans la mesure où ces règles poursuivent un autre objectif principal que celui visé par la LTr (ATF 143 I 403 consid. 7.5.4 et les références citées). Tel est le cas des dispositions litigieuses, dont les objectifs dépassent le but de protection des seuls travailleurs et s'insèrent dans un cadre plus large, tenant à la mise en œuvre du droit des marchés publics, à la sécurité sur les chantiers et à l'accroissement du bien-être des travailleurs qui œuvrent sur les chantiers publics de construction.

À cela s'ajoute que les cantons sont compétents pour réglementer la passation de leurs propres marchés (art. 3 Cst. ; ATF 130 I 156 consid. 2.6), sous réserve du respect des accords internationaux notamment. Sur la base de l'AIMP, les cantons signataires, dont Genève, doivent édicter des dispositions en la matière, en particulier en prévoyant des critères d'aptitude (art. 3 et 13 let. d AIMP), afin de garantir la mise en œuvre des objectifs du droit des marchés publics, ce que les intimés ont fait en édictant les dispositions litigieuses régissant les conditions d'accès à leurs marchés publics de construction. Dans ce cadre, en soutenant que le canton ne disposerait d'aucune compétence expresse pour légiférer, les recourantes perdent de vue le système de répartition des compétences institué par l'art. 3 Cst., selon lequel les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Cst. et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération. Le grief tombe dès lors à faux.

- 38/43 -

A/1445/2022

Ainsi, au vu de leur finalité, les dispositions de la L-AIMP et du RMP entreprises ne contreviennent pas au droit fédéral sous l'angle de l'art. 49 al. 1 Cst. 12) Selon les recourantes, la réglementation contestée serait contraire au droit des marchés publics, qui n'autoriserait pas les intimés à édicter des critères d'aptitude « étrangers au marché ».

a. Les critères d'adjudication (ou d'attribution) se rapportent directement à la prestation elle-même et indiquent au soumissionnaire comment l'offre économiquement la plus avantageuse sera évaluée et choisie. Ils doivent être distingués des critères d'aptitude (ou de qualification) qui visent à évaluer les capacités financières, économiques, techniques et organisationnelles des candidats afin de s'assurer que le soumissionnaire dispose des capacités suffisantes afin de réaliser le marché (ATF 140 I 285 consid. 5.1 et les références citées). Les entreprises soumissionnaires qui ne remplissent pas l'un des critères d'aptitude posés voient leur offre exclue, alors que la non-réalisation d'un critère d'adjudication n'est pas éliminatoire mais peut être compensée par une pondération avec d'autres critères d'adjudication (ATF 141 II 353 consid. 7.1).

b. La jurisprudence n'exclut pas le recours à des critères étrangers au marché (ou critères secondaires), comme des critères sociaux ou environnementaux, pour autant qu'ils soient prévus par une disposition légale (ATF 140 I 285 consid. 7.1). Le Tribunal fédéral n'a en particulier pas interdit la prise en compte du critère des apprentis, qui était expressément prévu par le droit cantonal en cause (ATF 129 I 313 consid. 8 et 9). Il a en outre récemment

précisé que le législateur cantonal avait la possibilité de restreindre l'emploi de personnel temporaire dans le cadre de marchés publics, pour autant que de telles restrictions, bien que potentiellement indirectement discriminatoires, soient conformes au droit national et international et à la jurisprudence pertinente, en particulier qu'elles soient fondées sur des raisons impérieuses d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi, ces intérêts pouvant être fondés sur des critères d'aptitude ou être de nature sociale. Dans ce cadre, pour garantir une prestation de qualité, la loi pouvait prévoir que la partie contractante exige de l'entreprise soumissionnaire qu'elle soit stable en termes de personnel ou du soumissionnaire retenu que la plupart des travailleurs employés pour l'exécution du contrat, même dans des fonctions subalternes, soient déjà employés par l'entreprise et non pas recrutés à cette fin (arrêt du Tribunal fédéral 2C_661/2019 précité consid. 5.2).

Sur le plan européen, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : CJUE) reconnaît également que des critères d'adjudication de nature sociale ou environnementale puissent être pris en compte, même s'ils n'ont qu'un lien indirect avec le marché (arrêt de la CJUE C-368/10 du 10 mai 2012, Commission européenne contre Pays-Bas, ch. 63 ss et 82 ss). La directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés

- 39/43 -

A/1445/2022

publics, qui abroge la directive 2004/18/CE sur les marchés publics (JO L 94 du 28 mars 2014 p. 65), renforce du reste cette conception lorsqu'elle souligne l'importance de garantir les exigences applicables dans les domaines environnemental, social et du travail, qui n'ont pas forcément de lien avec le marché, par exemple l'emploi de chômeurs de longue durée. Par ailleurs, l'accord CH-UE ne prévoit pas de disposition supplémentaire au sujet des critères d'aptitude et d'adjudication, se référant à l'offre économiquement la plus avantageuse seulement (art. 4 § 1 let. e accord CH-UE).

c. La loi fédérale sur les marchés publics du 21 juin 2019 (LMP - RS 172.056.1) prévoit que les critères d'aptitude doivent être objectivement nécessaires et vérifiables pour le marché en cause (art. 27 al. 1 LMP). Lesdits critères peuvent concerner en particulier les capacités professionnelles, financières, économiques, techniques et organisationnelles des soumissionnaires ainsi que leur expérience (art. 27 al. 2 LMP). L'art. 29 LMP contient une liste de critères d'adjudication qui, outre le prix et la qualité de la prestation, ont trait notamment au développement durable (al. 1) ou à la mesure dans laquelle les soumissionnaires offrent des places de formation professionnelle initiale, des places de travail pour les travailleurs âgés ou une réinsertion pour les chômeurs de longue durée (al. 2), soit des critères qui n'ont plus forcément de lien direct avec le marché. Au titre des principes généraux, l'art. 12 al. 1 et 3 LMP prévoit en outre que les marchés publics portant sur des prestations à exécuter en Suisse ne sont adjugés qu'à des soumissionnaires qui respectent notamment les dispositions relatives à la protection des travailleurs et de l'environnement.

d. Pour les marchés cantonaux, l'art. 13 AIMP laisse aux cantons le soin d'édicter les dispositions d'exécution nécessaires pour garantir, entre autres, une procédure d'examen de l'aptitude des soumissionnaires selon des critères objectifs et vérifiables (let. d) ainsi que des critères d'attribution propres à adjuger le marché à l'offre économiquement la plus avantageuse (let. f). Certains principes doivent être respectés par toutes les entreprises qui

soumissionnent. Tel est le cas du respect des dispositions relatives à la protection des travailleurs, aux conditions de travail et de l'égalité de traitement entre femmes et hommes (art. 11 let. e et f AIMP), indépendamment du lien entre ces exigences et l'aptitude de l'entreprise à réaliser le marché (ATF 140 I 285 consid. 5.1 et les références citées). L'AIMP, n'exclut pas la possibilité pour les cantons de prévoir certains critères de nature environnementale ou sociale qui n'ont qu'un lien indirect avec le marché (ATF 140 I 285 consid. 7.3).

L'AIMP révisé le 15 novembre 2019 (ci-après : AIMP 2019), auquel le canton de Genève n'a, en l'état, pas adhéré, reprend en substance les dispositions de la LMP. L'art. 27 al. 1 et 2 AIMP 2019 prévoit ainsi que les critères d'aptitude doivent être objectivement nécessaires et vérifiables pour le marché concerné et peuvent porter en particulier sur les capacités professionnelles, financières,

- 40/43 -

A/1445/2022

économiques, techniques et organisationnelles des soumissionnaires ainsi que leur expérience, cette énumération n'étant pas exhaustive.

e. En l'espèce, contrairement à ce que soutiennent les recourantes, les dispositions litigieuses ne prévoient pas des exigences visant à atteindre des objectifs secondaires étrangers aux marchés de construction. En effet, par la limitation du recours au travail temporaire, elles visent à permettre l'appréciation des aptitudes professionnelles des entreprises soumissionnaires, notamment sur la base de la qualité de l'organisation mise en place, aux fins de l'exécution du marché et se trouvent dès lors en rapport avec la prestation à accomplir, et ce conformément à l'objectif poursuivi par le droit des marchés publics, qui est en particulier de permettre une utilisation parcimonieuse des deniers publics (art. 1 al. 3 let. d AIMP). Le fait qu'elles visent par ce biais également un but de politique sociale et sanitaire n'y change rien, dès lors que les exigences qu'elles prévoient se fondent sur une base légale formelle, à savoir l'art. 4 L-AIMP issu de la loi 13'018, disposition qui répond aux exigences du principe de la légalité. Comme précédemment relevé, la réglementation litigieuse poursuit aussi un intérêt public admissible et respecte le principe de la proportionnalité. Elle est dès lors conforme au droit des marchés publics. Il n'est en outre pas déterminant que les récentes révisions de la LMP et de l'AIMP 2019 ne prévoient pas une réglementation similaire ni ne traitent de la question du travail temporaire ou encore que le rapport du 17 août 2022 en réponse à l'intervention parlementaire n° 19.4213 « sanctions au lieu d'exécution des travaux » n'en fasse pas mention. En effet, ces éléments ne signifient pas que la limitation du travail temporaire dans les marchés publics de construction ne pourrait pas faire l'objet d'une disposition du droit cantonal, ce que le Tribunal fédéral a expressément admis. Le grief sera par conséquent également écarté. 13) Les recourantes prétendent que les dispositions litigieuses seraient contraires à la LMI.

a. La LMI s'applique à tous les marchés publics cantonaux et communaux, indépendamment des valeurs seuils et des types de marchés, garantissant un accès libre et non discriminatoire à l'ensemble du marché suisse à tout acteur économique ayant son siège ou son établissement en Suisse (art. 1 et 2 LMI). L'art. 5 al. 1 LMI, qui concerne spécifiquement le droit des marchés publics, dispose notamment que les marchés publics des cantons et des communes sont régis par le droit cantonal ou intercantonal, ces dispositions, et les décisions fondées sur elles, ne devant pas discriminer les personnes

ayant leur siège ou leur établissement en Suisse de manière contraire à l'art. 3 LMI. Selon l'art. 3 al. 1 LMI, la liberté d'accès au marché ne peut être refusée à des offreurs externes. Les restrictions doivent prendre la forme de charges ou de conditions et ne sont autorisées que si elles s'appliquent de la même façon aux offreurs locaux (let. a),

- 41/43 -

A/1445/2022

sont indispensables à la préservation d'intérêts publics prépondérants (let. b), répondent au principe de la proportionnalité (let. c).

b. En l'espèce, il ressort des développements qui précèdent que les dispositions attaquées limitant le recours au travail temporaire sur les marchés publics de construction, conformes au droit des marchés publics, s'appliquent sans distinction à tous les soumissionnaires de ces marchés, indépendamment du lieu de leur siège ou de leur établissement en Suisse, tant locaux qu'externes, et n'ont aucune vocation protectionniste. Elles poursuivent en outre des intérêts publics admissibles et sont conformes au principe de la proportionnalité. L'on ne saurait dès lors y voir des mesures contraires à la LMI. En outre, contrairement à ce que semblent affirmer les recourantes, les dispositions contestées n'interdisent pas le recours au travail temporaire, mais le limitent, de sorte que les soumissionnaires externes peuvent, dans le respect des quotas fixés, continuer à faire appel à des travailleurs temporaires habitant « sur place », ce qui limite le potentiel désavantage allégué par les recourantes du fait du coût du « détachement » d'employés fixes par les entreprises extérieures au canton. Il sera en outre rappelé qu'en tout état de cause, l'art. 12 al. 2 LSE n'autorise pas la location en Suisse de services de personnel recruté à l'étranger. Les dispositions litigieuses ne sont dès lors pas contraires à la LMI. 14) Enfin, selon les recourantes, la réglementation entreprise contreviendrait à l'ALCP en tant qu'elle viserait à favoriser les entreprises locales, comme l'aurait précédemment jugé le Tribunal fédéral dans la cause 2C_661/2019 précitée.

a. L'art. 2 ALCP prévoit que les ressortissants d'une partie contractante qui séjournent légalement sur le territoire d'une autre partie contractante ne doivent pas, dans l'application et conformément aux dispositions des annexes I, II et III de cet accord, être discriminés en raison de leur nationalité. Cette règle prohibe non seulement les discriminations ostensibles fondées sur la nationalité (discriminations directes), mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat (discriminations indirectes). À moins qu'elle ne soit objectivement justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi, une disposition de droit national doit être considérée comme indirectement discriminatoire dès lors qu'elle est susceptible, par sa nature même, d'affecter davantage les ressortissants d'autres États parties que les ressortissants nationaux et qu'elle risque, par conséquent, de défavoriser plus particulièrement les premiers. Il en est ainsi d'une condition qui peut être plus facilement remplie par les travailleurs nationaux que par les travailleurs migrants (ATF 137 II 242 consid. 3.2.1 ; arrêt du Tribunal fédéral 2C_661/2019 précité consid. 5.1 et les références citées).

b. En l'espèce, contrairement à ce que soutiennent les recourantes, les dispositions limitant le recours au travail temporaire pour les marchés publics de construction, outre le fait qu'elles n'ont pas de vocation protectionniste, ne

- 42/43 -

A/1445/2022

contiennent aucune discrimination, directe ou indirecte, en raison de la nationalité, dès lors qu'elles s'appliquent à l'ensemble des soumissionnaires, indépendamment de leur origine et de leur siège, et l'on peine à discerner – les recourantes ne l'expliquent pas – en quoi les travailleurs temporaires frontaliers seraient plus touchés que les travailleurs temporaires nationaux. Les recourantes ne peuvent pas non plus être suivies lorsqu'elles se réfèrent à l'arrêt précité du Tribunal fédéral, qui concernait une réglementation cantonale donnant la priorité aux entreprises suisses et tendant à exclure les sous-traitants et travailleurs temporaires domiciliés à l'étranger. Dans le même arrêt, comme précédemment mentionné, le Tribunal fédéral a au demeurant relevé que des mesures fondées sur des raisons impérieuses d'intérêt public et proportionnées à l'objectif poursuivi, comme en l'espèce, ne violaient pas l'ALCP, même si elles pouvaient, dans une certaine mesure, avoir un effet indirectement discriminatoire (arrêt du Tribunal fédéral 2C_661/2019 précité consid. 5.2).

Entièrement mal fondé, le recours sera par conséquent rejeté, dans la mesure de sa recevabilité. 15) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 3'000.-, qui comprend la décision sur effet suspensif, sera mis à la charge solidaire des recourantes, qui succombent (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure de leur sera allouée, pas plus qu'aux intimés (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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