

GE_GERICHTE ATA/194/2021 vom 23. Februar 2021

GE Cour de justice, 2021-02-23, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_194_2021

FR: GE_GERICHTE ATA/194/2021 du 23 février 2021

IT: GE_GERICHTE ATA/194/2021 del 23 febbraio 2021

Regeste

Résumé: Admission d'un recours contre une décision d'exclusion des marchés publics au niveaux communal, cantonal et fédéral pour une durée de vingt-quatre mois et de toutes aides financières cantonales et communales pour la même durée en raison d'infractions à la LEI ayant justifié une sanction sévère, notamment en raison des antécédents pénaux de l'associé-gérant. En l'occurrence, seuls des agissements n'ayant pas le caractère grave exigé par l'art. 13 al. 1 LTN peuvent être attribués à l'employeur car accomplis par l'associé-gérant. En revanche, les antécédents de celui-ci, à l'époque où la Sàrl n'avait pas encore été constituée ne peuvent être pris en compte au titre de répétition du non-respect des obligations.

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 - LPA - E 5 10).

- 5/9 - A/3289/2020 2)

La recourante estime que les conditions d'application de l'art. 13 al. 1 LTN ne sont pas remplies. Les antécédents de M. C_____ ne pouvaient pas être pris en compte. 3)

L'art. 13 al. 1 LTN prévoit trois conditions cumulatives pour le prononcé d'une sanction d'exclusion des futurs marchés publics ou de diminution des aides financières : la condamnation entrée en force d'un employeur ; la cause de cette condamnation, qui doit se limiter au non-respect des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers ; et le caractère important ou répété du non-respect desdites obligations (conditions alternatives).

L'autorité cantonale compétente communique une copie de sa décision au SECO (art. 13 al. 2 LTN).

Le SECO établit une liste des employeurs faisant l'objet d'une décision entrée en force d'exclusion des marchés publics ou de diminution des aides financières. Cette liste est accessible au public (art. 13 al. 3 LTN). 4) a. S'agissant de la première condition de l'art. 13 al. 1 LTN, relative à la condamnation entrée en force, se pose la question de « l'employeur » visé que la LTN ne définit pas. Lorsque le travailleur au noir est au service d'une personne morale, la LTN ne précise pas si l'employeur visé est uniquement la personne morale ou la personne physique qui détient le contrôle de ladite personne morale.

Il a déjà été précisé par la chambre de céans qu'il était sans conséquence, quant à la qualité d'employeur au sens de l'art. 13 LTN d'une Sàrl, que l'associé gérant condamné pénalement en raison d'agissements intervenus pour le compte de l'entreprise n'était plus l'actuel associé gérant de la Sàrl (ATA/213/2017 du 21 février 2017 consid. 7 = BR/DC

4/2017, p. 262 N° 618). Cette interprétation de la notion d'employeur rejoint celle retenue par les juridictions vaudoises selon lesquelles la notion d'employeur au sens de la LTN est plus large que celle du droit des obligations et inclut l'employeur de fait (CDAP VD MPU.2018.0008 du 24 mai 2018 = BR/DC 2019 I p. 53 n. 122). Elle correspond également à celle retenue dans la doctrine qui précise que l'art. 13 al. 1 LTN serait largement inefficace s'il ne concernait que les personnes agissant pour le compte de l'entreprise et non directement celle-ci (Martin BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, 2020, p. 311).

b. En l'espèce, bien qu'il ne soit plus l'actuel associé gérant de la recourante, la condamnation de M. C_____ avait trait, en partie, à des agissements accomplis pour le compte de la recourante.

- 6/9 - A/3289/2020

Conformément à la jurisprudence susmentionnée, c'est ainsi bien la recourante qui est l'employeur au sens de l'art. 13 al. 1 LTN et non son ancien associé gérant. 5)

La recourante conteste que l'une ou l'autre des conditions alternatives de non-respect important ou répété de ses obligations au sens de l'art. 13 al. 1 LTN, soit remplie en l'espèce.

Force est de constater, s'agissant de la répétition des condamnations, qu'au moment du prononcé de la troisième ordonnance pénale à l'encontre de M. C_____, le 11 juillet 2019, laquelle a été prise en compte par l'autorité intimée pour justifier sa décision, l'intéressé était bien l'associé gérant de la recourante. Au moment des condamnations pénales de février et juin 2016, l'employeur, soit la recourante, n'existait en revanche pas, puisqu'elle n'a été créée qu'en octobre 2017.

Il n'est dès lors pas possible de considérer que la condition de répétition du non-respect des obligations, en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, serait remplie en l'espèce, seule la dernière infraction, réalisée dans le cadre de l'activité de M. C_____ pour le compte de la recourante pouvant être retenue au passif de l'employeur.

En conséquence, la condition du non-respect répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers n'est pas remplie. 6)

Il convient d'examiner si la deuxième condition alternative, soit un non-respect important des obligations est réalisée en l'espèce, ce que la recourante conteste.

a. Concernant le caractère important ou grave du non-respect, au sens de l'art. 13 al. 1 LTN (dans le texte en allemand et en italien : schwerwiegender Missachtung et inosservanza grave) le législateur n'a pas expressément précisé ce qu'il entendait par cas important, dans les travaux préparatoires. Le rapporteur de la commission du Conseil national a néanmoins indiqué, en fin de travaux parlementaires, qu'il n'était « pas question de couper l'intégralité de son revenu à quelqu'un qui aurait employé pendant quelques mois un employé au noir, sans transgresser gravement la législation » (intervention Recordon, BO 2005 N 699).

b. Dans l'interprétation de la notion de « non-respect important » de l'art. 13 al. 1 LTN, le Tribunal fédéral n'ayant pas encore eu à préciser cette notion, la chambre de céans se réfère notamment à la notion de « cas grave » au sens de l'art. 117 al. 1 LEI, lequel puni dans les

cas grave, d'une peine privative de liberté de trois ans au plus, ou d'une peine pécuniaire, quiconque a, notamment, employé

- 7/9 - A/3289/2020 intentionnellement un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse (ATA/213/2017 du 21 février 2017 consid. 9a ; ATA/758/2011 du 13 décembre 2011 consid. 6c ; Guerric RIEDLI, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STOECKLI, Droit des marchés publics, 2016, p. 334 n. 91 et 93).

Selon la doctrine, l'existence d'un cas grave au sens de l'art. 117 al. 1 LEI doit se juger à la lumière de l'ensemble des circonstances objectives et subjectives du cas ; il peut y avoir cas grave lorsque l'auteur emploie un grand nombre d'étrangers sans autorisation, lorsqu'il impose des conditions de travail inacceptables ou lorsqu'il profite d'une situation de gêne ou de dépendance pour contraindre l'étranger à travailler (Luzia VETTERLI/Gabriella D'ADDARIO DI PAOLO, in Martina CARONI/Thomas GÄCHTER/Daniela THURNHERR [éd.], Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer [AuG], 2010, n. 11 ad art. 117 LEI).

c. Lorsque le complexe de faits soumis au juge administratif a fait l'objet d'une procédure pénale, le juge administratif est en principe lié par le jugement pénal et ne peut s'en écarter que s'il est en mesure de fonder sa décision sur des constatations de faits inconnues du juge pénal ou que ce dernier n'a pas prises en considération, s'il existe des preuves nouvelles dont l'appréciation conduit à un autre résultat, si l'appréciation à laquelle s'est livré le juge pénal se heurte clairement aux faits constatés (ATF 139 II 95 consid. 3.2). La chambre de ceans a précisé à cet égard que si elle était liée par les faits retenus par l'ordonnance pénale, elle ne l'était pas pour les questions de droit et notamment celle de la qualification de « cas grave » (ATA/213/2017 du 21 février 2017 consid. 9e).

d. La chambre administrative a jugé qu'en employant treize personnes sans autorisation de travail pour une durée cumulée de presque quatre ans, une entreprise avait violé de manière grave les obligations prévues par la législation sur les étrangers. Compte tenu du nombre de personnes employées et de la durée d'emploi, une exclusion des marchés publics pour une période de dix-huit mois n'était pas disproportionnée (ATA/213/2017 du 21 février 2017). L'emploi au noir d'un seul travailleur pour une durée de moins de deux ans, sans autre transgression de la loi ou de la convention collective de travail, n'a pas été considéré comme étant un non-respect important des obligations au sens de l'art. 13 LTN (ATA/758/2011 du 13 décembre 2011). 7)

En l'espèce, il découle de la seule ordonnance pénale pertinente que la recourante a employé un travailleur ne disposant pas des autorisations nécessaires pour travailler en Suisse, à tout le moins du 23 octobre 2017 à mi-février 2018, date à laquelle une demande d'autorisation a été déposée. La même ordonnance, rendue pour mémoire à l'encontre de l'associé gérant d'alors, a retenu ses deux anciennes condamnations et une peine d'ensemble a été prononcée.

- 8/9 - A/3289/2020

Ainsi, malgré la gravité des infractions retenues dans l'ordonnance pénale à l'encontre de M. C _____, un seul cas de non-respect des obligations peut être retenu à l'encontre de la recourante et cette infraction porte sur une durée relativement courte. En conséquence, le non-respect ne saurait être qualifié d'important ou de grave au sens de l'art. 13 al. 1 LTN.

Il découle de ce qui précède que les conditions du prononcé de sanctions telle que prévues à l'art. 13 LTN ne sont pas remplies en l'espèce de sorte que la décision litigieuse devra être annulée. 8) a. Le recours sera admis et la décision du 17 septembre 2020 annulée.

b. Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Une indemnité de procédure de CHF 1'000.- à la charge de l'État de Genève, sera allouée à la recourante (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

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