

GE_GERICHTE A/3751/2024 vom 11. April 2025

GE Cour de justice, 2025-04-11, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_3751_2024

FR: GE_GERICHTE A/3751/2024 du 11 avril 2025

IT: GE_GERICHTE A/3751/2024 del 11 aprile 2025

Erwägungen

E. 1

Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ ■ E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10 ; art. 47 al. 1 de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 12 mars 2004 - LIRT - J 1 05).

E. 2

La recourante sollicite l'audition de son administrateur.

E. 2.1

Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé d'offrir des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il y soit donné suite (ATF 132 II 485 consid. 3.2 ; 127 I 54 consid. 2b). Ce droit ne s'étend qu'aux éléments pertinents pour l'issue du litige et n'empêche pas la juge de renoncer à l'administration de certaines preuves et de procéder à une appréciation anticipée de ces dernières, si elle acquiert la certitude que celles-ci ne l'amèneront pas à modifier son opinion ou si le fait à établir résulte déjà des constatations ressortant du dossier (ATF 138 III 374 consid. 4.3.2 ; 131 I 153 consid. 3). En outre, il n'implique pas le droit d'être entendu oralement (ATF 134 I 140 consid. 5.3 ; 130 II 425 consid. 2.1).

E. 2.2

En l'espèce, l'administrateur président de la recourante a pu exposer son point de vue tant devant la PCTN que devant la chambre de céans. La recourante n'explique pas quels éléments utiles autres que ceux déjà exposés l'audition de ce dernier permettrait d'apporter à la solution du litige. Il n'est, en particulier, pas contesté que la recourante a pris ses dispositions pour régulariser la situation et que la mesure litigieuse est susceptible d'avoir un impact sur son chiffre d'affaires. Pour le surplus, la chambre de céans dispose d'un dossier complet, lui permettant de statuer en connaissance de cause. Il ne sera donc pas fait droit à la demande d'audition.

E. 3

La recourante conteste que les conditions permettant de l'exclure des marchés publics soient remplies.

E. 3.1

Le 1^{er} janvier 2008 est entrée en vigueur la LTN. Dans son message, le Conseil fédéral a relevé que le travail au noir devait être combattu pour des raisons économiques, sociales, juridiques et éthiques ; la lutte contre ce phénomène passait par une politique de répression ;

il existait déjà de nombreux instruments législatifs susceptibles de favoriser cette lutte, mais il fallait les compléter avec la loi sur le travail au noir. Le projet de loi prévoyait une série de mesures pour accroître la répression trop lacunaire (Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale contre le travail au noir du 16 janvier 2002, FF 2002 3371, p. 3372). L'emploi clandestin de travailleurs étrangers, en violation des dispositions du droit des étrangers, était une forme de travail au noir (FF 2002 3371, p. 3374). Outre l'aggravation des sanctions pénales et administratives prévues par les diverses législations topiques, la LTN introduisait une nouvelle mesure répressive, tendant à l'exclusion des procédures d'adjudication des marchés publics (FF 2002 3371 p. 3403 et 3404).

E. 3.2

Selon l'art. 13 al. 1 LTN, en cas de condamnation entrée en force d'un employeur pour cause de non-respect important ou répété des obligations en matière d'annonce et d'autorisation prévues dans la législation sur les assurances sociales ou les étrangers, l'autorité cantonale compétente exclut l'employeur concerné des futurs marchés publics au niveau communal, cantonal et fédéral pour cinq ans au plus ; elle peut par ailleurs diminuer de manière appropriée, pour cinq ans au plus, les aides financières qui sont accordées à l'employeur concerné. Le message du Conseil fédéral relève à propos de cette disposition qu'il s'agit de pouvoir, en cas de violation grave des dispositions légales relatives au travail au noir, prononcer contre l'employeur une exclusion temporaire des procédures d'adjudication de marchés publics ; sont concernés les appels d'offres des collectivités publiques au sens strict, ainsi que ceux d'entreprises concessionnaires, telles que les CFF ou la Poste (FF 2002 3371, p. 3419). Il précise encore que la sanction porte exclusivement sur des adjudications à venir. Il ne serait pas possible (ni juridiquement ni pratiquement) de conférer un effet rétroactif à ce type de décision. Dès lors, tout marché attribué reste acquis à son adjudicataire (FF 2002 3371, p. 3420).

E. 3.3

L'art. 13 al. 1 LTN prévoit trois conditions 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.

E. 3.4

Le prononcé d'une condamnation pénale (y compris sous la forme d'une ordonnance pénale au sens des art. 352ss du code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 - CPP - RS 312.0) est la condition nécessaire de la sanction prévue par l'art. 13 al. 1 LTN. Les délits pénaux auxquels l'art. 13 LTN se réfère ne peuvent être que ceux qui visent spécifiquement les employeurs, notamment dans le cadre de la législation sur les étrangers (Guerric RIEDI, Les aspects sociaux des marchés publics, en particulier la protection des travailleurs, in Jean-Baptiste ZUFFEREY/Hubert STOECKLI, Droit des marchés publics, 2016, n. 86). La LTN ne contient pas de définition de la notion d'employeur. Lorsque le travail au noir intervient au sein d'une personne morale, elle n'indique pas si la notion d'employeur vise la personne morale ou la personne physique qui détient ou contrôle la personne morale en question. Le message de la loi se référant aux « entreprises sous le coup de l'exclusion des marchés publics » et comme, dans le domaine des marchés publics,

l'adjudicataire d'un marché public est en règle générale une entreprise, on doit admettre que le destinataire de la sanction d'exclusion prévue par l'art. 13 al. 1 LTN est en principe la personne morale. Cela explique qu'une exclusion des marchés publics prononcée à l'encontre d'une personne morale puisse reposer sur une condamnation pénale infligée au gérant de celle-ci. S'il suffisait d'écarter le gérant de la direction de la société, d'en créer une nouvelle identique dans ses buts et activités, d'en reprendre la clientèle, le carnet de commande et le personnel, pour échapper aux sanctions prévues par l'art. 13 al. 1 LTN, cette norme deviendrait inefficace et le but de la LTN serait détourné (Guerric RIEDI, op. cit., n. 88).

E. 3.5

Il ressort des travaux parlementaires que le non-respect des obligations est important par exemple en raison du montant ou du nombre de travailleuses et travailleurs au noir engagés (« sie sind zum Beispiel aufgrund des Betrages oder der angestellten Anzahl Schwarzarbeiterinnen oder Schwarzarbeiter schwerwiegend » ; BO 2005 N p. 696, intervention de Remo GYSIN). 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 punit dans les cas graves, d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, quiconque a, notamment, employé intentionnellement un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse (ATA/194/2021 du 23 février 2021 consid. 6b ; ATA/213/2017 du 21 février 2017 consid. 9a ; ATA/758/2011 du 13 décembre 2011 consid. 6c ; Guerric RIEDLI, op. cit., 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 ; ATA/194/2021 du 23 février 2021 consid. 6b).

E. 3.6

L'office cantonal de l'inspection et des relations du travail (ci-après : OCIRT), soit pour lui la PCTN, prononce les sanctions prévues par l'art. 13 LTN (art. 39D al. 1 LIRT et 77 al. a du règlement d'application de la loi sur l'inspection et les relations du travail du 23 février 2005 - RIRT - J 1 05.01).

E. 3.7

En l'espèce, les condamnations de B_____ concernent un comportement de sa part en sa qualité d'associé gérant, puis administrateur président, de la recourante. Ses condamnations pénales sont entrées en force, de sorte que la première condition de l'art. 13 al. 1 LTN est remplie, ce qui n'est pas contesté. En outre, l'intéressé a été condamné pour une infraction à l'art. 117 al. 1 LEI, lequel réprime l'emploi d'un étranger qui n'est pas autorisé à exercer une activité lucrative en Suisse. La cause de ses condamnations réside donc dans le non-respect d'une obligation en matière d'autorisation prévue dans la législation sur les étrangers. La deuxième condition de l'art. 13 al. 1 LTN est également remplie. Le fait que la

recourante se soit acquittée des charges sociales de ses employés n'est à cet égard pas pertinent, étant rappelé que la simple occupation d'un travailleur étranger sans respecter les devoirs d'annonce et d'autorisation imposés par la législation sur les étrangers suffit à retenir la qualification de travail au noir. La recourante a employé quatorze personnes qui ne disposaient d'aucune autorisation de travail, pendant une période cumulée de sept ans et trois mois et demi. Compte tenu de la durée de la période globale d'emploi et du nombre de personnes concernées, les infractions à la LEI apparaissent non seulement importantes, mais également répétées. Ainsi, c'est à raison que la PCTN a considéré que les conditions d'exclusion des marchés publics étaient remplies.

E. 4

La recourante dénonce une atteinte disproportionnée à sa liberté économique.

E. 4.1

Invocable tant par les personnes physiques que morales, la liberté économique (art. 27 Cst.) protège toute activité économique privée, exercée à titre professionnel et tendant à la production d'un gain ou d'un revenu (ATF 140 I 218 consid. 6.3 et les références).

E. 4.2

Le principe de la proportionnalité, garanti par les art. 5 al. 2 et 36 al. 3 Cst., exige qu'une mesure restrictive soit apte à produire les résultats escomptés et que ceux-ci ne puissent être atteints par une mesure moins incisive (ATF 126 I 219 consid. 2c et les références citées). Le principe de la proportionnalité se compose ainsi des règles d'aptitude – qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but fixé – de nécessité – qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, l'on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés – et de proportionnalité au sens étroit – qui met en balance les effets de la mesure choisie sur la situation de l'administré et le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public (ATF 140 I 218 consid. 6.7.1 ; 136 IV 97 consid. 5.2.2 ; 135 I 169 consid. 5.6). Selon la jurisprudence, ne sont pas disproportionnées : l'exclusion des marchés publics pour une période de 18 mois en raison de l'emploi de treize personnes pour une durée cumulée de presque quatre ans (ATA/213/2017 du 21 février 2017) ; l'exclusion pour une durée de seize mois en raison de l'emploi de deux personnes pour une période d'une année pour un total de 17 mois et 11 jours, dès lors que les engagements étaient successifs (ATA/142/2021 du 9 février 2021) ; l'exclusion pour une durée de seize mois en raison de l'emploi de trois travailleurs durant une période d'au moins trois jours mais en présence d'antécédents judiciaires spécifiques, soit une récidive peu après une première condamnation (ATA/812/2022 du 17 août 2022) ; l'exclusion pour une durée de 24 mois en raison de l'emploi de 39 travailleurs durant une période de deux ans (ATA/971/2023 du 5 septembre 2019) ; l'exclusion pour une durée de seize mois en raison de l'emploi de deux personnes pour un total de 13 mois et demi, et ce malgré l'absence d'antécédents, le paiement des charges sociales et l'écoulement du temps (ATA/930/2024 du 5 août 2024) ; l'exclusion pour une durée de dix mois pour l'engagement d'un seul travailleur dépourvu d'autorisation, pendant une période de dix mois, en l'absence d'antécédents et en s'acquittant du paiement des charges sociales (ATA/1187/2024 du 9 octobre 2024).

E. 4.3

En l'espèce, il est constant que l'exclusion des marchés publics porte atteinte à la liberté économique de la recourante. La restriction repose toutefois sur une base légale formelle (art. 13 al. 1 LTN). La nature de la sanction est en outre propre à produire l'effet de

prévention recherché par la loi, étant précisé que l'art. 13 al. 1 LTN ne prévoit pas de sanction alternative à l'exclusion des marchés publics, outre la diminution d'aides financières, hypothèse qui, à teneur du dossier, n'apparaît pas applicable in casu. La durée de la sanction ne contrevient, enfin, pas au principe de la proportionnalité eu égard à l'importance de la faute commise, à savoir l'engagement successif de quatorze travailleurs dépourvus d'autorisation, pendant une période cumulée de sept ans et trois mois et demi. À la lumière de la jurisprudence susmentionnée, en particulier l'ATA/21/2017, concernant l'emploi de treize travailleurs sans autorisation pour une durée cumulée de presque quatre ans, sanctionné par l'exclusion des marchés publics d'une durée de 18 mois, la mesure apparaît d'ailleurs plutôt clémente, et cela même en tenant compte de l'absence d'antécédent, du paiement des charges sociales et de la bonne collaboration de la société. La durée de la sanction reste, enfin, dans la partie inférieure de la durée maximale prévue par l'art. 13 al. 1 LTN qui est de cinq ans. En tant que la recourante se prévaut de sa méconnaissance de la loi, il sera relevé que cet argument a déjà été soulevé devant le MP, sans être retenu. L'administrateur de la société, lui-même étranger, devait savoir que des autorisations de travail étaient nécessaires pour les employés de sa société venant de pays tiers. Il lui appartenait ainsi d'effectuer les démarches nécessaires avant de les engager, ce qu'il n'a pas fait. Par ailleurs, s'il est louable pour la société d'avoir pris des mesures de réorganisation du personnel pour éviter de nouvelles infractions à la loi sur les étrangers, celles-ci ne permettent pas de minimiser les infractions commises et de faire apparaître la sanction entreprise comme disproportionnée. Quant à l'importance des marchés publics pour le chiffre d'affaires de la société, cet élément ne suffit pas à faire prévaloir l'intérêt privé de la société sur l'intérêt public important de lutte contre le travail au noir. La chambre de céans a, au demeurant, déjà rappelé que la mesure devait par nature exercer un effet punitif et que la recourante devait accepter de diversifier ou de réduire son activité en raison de la faute commise (ATA/1187/2024 du 9 octobre 2024 consid. 3.2). En conclusion, il apparaît que la PCTN n'a pas violé la loi ni commis un abus de son pouvoir d'appréciation en fixant à douze mois la sanction d'exclusion des marchés publics. Mal fondé, le recours sera rejeté.

E. 5

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante et aucune indemnité de procédure ne lui sera allouée (art. 87 LPA). * * * * *

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