RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1154/2023-EXPLOI **ATA/971/2023**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 5 septembre 2023

1ère section

dans la cause

A_____ **recourante**

contre

DÉPARTEMENT DE L'ÉCONOMIE ET DE L'EMPLOI **intimé**

EN FAIT

A. **a.** B_____ est l'unique associé gérant de A_____ (ci-après : la société), sise au C_____, active dans les travaux de béton, de coffrages, de ferraillages et de démolition.

b. Par ordonnance pénale du 21 mars 2022, le Ministère public de Genève a condamné B_____ pour violation de l'art. 117 al. 1 de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005 (LEI - RS 142.20) à une peine pécuniaire de 80 jours-amende, à CHF 70.- l'unité, partiellement complémentaire à celle prononcée le 14 décembre 2020, et a renoncé à révoquer le sursis accordé le 12 octobre 2017.

Il lui a été reproché, en tant qu'associé gérant de la société, d'avoir employé 39 travailleurs étrangers qui ne disposaient d'aucune autorisation d'exercer une activité lucrative en Suisse, à tout le moins durant les mois d'août 2019 à septembre 2021. L'intéressé avait reconnu les faits, expliquant que tous ses employés étaient déclarés auprès des caisses de compensation compétentes. Il pensait que ces dernières vérifiaient l'existence d'une autorisation de travail et que cela ne lui incombait pas. Dans la fixation de la peine, il a été tenu compte de ses quatre précédentes condamnations, depuis le 4 septembre 2015, dont le 12 octobre 2017, pour violation des art. 87 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 (LAVS - RS 831.10) et 76 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP - RS 831.40), et le 14 décembre 2020 pour violation de l'art. 117 al. 1 LEI.

En l'absence d'opposition, cette ordonnance est devenue définitive et exécutoire.

B. **a.** Par courrier du 6 mai 2022, le service de police du commerce et de lutte contre le travail au noir du département de l'économie et de l'emploi (ci-après : le département) a informé la société qu'une procédure d'interdiction de marchés publics et de réduction des subventions avait été ouverte à son encontre.

b. Le 2 juin 2022, la société a relevé avoir toujours veillé à respecter ses obligations légales en matière d'assurances sociales, fiscales et salariales envers ses employés, et que l'emploi sans autorisation des travailleurs était une erreur. Elle avait considéré à tort qu'une attestation de l'office cantonal de la population et des migrations mentionnant l'attente d'une décision sur l'octroi ou la prolongation de l'autorisation de séjour était une autorisation valable de travailler. Une exclusion des marchés publics atteindrait gravement sa réputation et mettrait ainsi en péril l'emploi de ses collaborateurs.

La société a produit une attestation du 30 mai 2022 des caisses de compensation, au terme de laquelle elle était à jour dans le paiement de ses cotisations sociales, et une attestation du 6 juin 2022 d'une société d'assurances, selon laquelle elle bénéficiait d'une couverture d'indemnités journalières maladie pour son personnel.

c. Par décision du 16 mars 2023, le département a exclu la société des marchés publics aux niveaux communal, cantonal et fédéral, pour une durée de 24 mois, dit que cette décision déployait également ses effets à l'égard des entités sans personnalité juridique rattachées à la société, notamment ses succursales, et condamné l'entreprise à un émolument de CHF 450.-. Les infractions en cause étaient graves et justifiaient une sanction sévère. Vu le nombre de travailleurs concernés et la durée des emplois sans autorisation, elles revêtaient les caractères d'importance et de répétition. La société n'avait pas allégué d'éléments concrets attestant qu'elle serait touchée par les mesures de manière disproportionnée avec le but des mesures.

C. **a.** Par acte du 31 mars 2023, la société, soit pour elle son associé gérant, a interjeté recours à la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée. Il avait voulu bien faire et était de bonne foi, mais il avait été dépassé en raison de son incompétence en matière d'engagement de personnel étranger. Il avait désormais embauché deux personnes qualifiées pour être assisté et encadré. Il était conscient de la gravité des infractions commises et connaissait désormais les conditions requises pour l'engagement de main d'œuvre étrangère, ainsi que la procédure à respecter. Les sanctions étaient « légitimes et justifiées », mais il sollicitait l'indulgence des autorités et faisait recours pour sauver sa société qui ne pourrait pas se relever d'une telle situation.

b. Dans sa réponse du 27 juin 2023, l'autorité intimée a conclu au rejet du recours.

c. La recourante n'ayant pas répliqué dans le délai imparti, la cause a été gardée à juger.

EN DROIT

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).

2. Le litige porte sur le bien-fondé de la décision du 16 mars 2023 par laquelle le département a exclu la recourante des marchés publics aux niveaux communal, cantonal et fédéral, pour une durée de 24 mois.

3. Le 1er janvier 2008 est entrée en vigueur la loi fédérale concernant des mesures en matière de lutte contre le travail au noir du 17 juin 2005 (LTN - RS 822.41).

3.1 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).

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).

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.

Le prononcé d'une condamnation pénale (y compris sous la forme d'une ordonnance pénale au sens des art. 352ss CPP) 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).

S'agissant du caractère important ou répété du non-respect des obligations par l'employeur, 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 Schwarzarbeitnehmerinnen oder Schwarzarbeitnehmer 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 puni 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], Berne 2010, n. 11 ad art. 117 LEI ; ATA/194/2021 du 23 février 2021 consid. 6b).

3.4 Le principe de la proportionnalité, garanti par les art. 5 al. 2 et 36 al. 3 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), 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. En outre, il interdit toute limitation allant au-delà du but visé et exige un rapport raisonnable entre celui-ci et les intérêts publics ou privés compromis (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 ; ATF 136 IV 97 consid. 5.2.2 ; ATF 135 I 169 consid. 5.6).

3.5 Dans un premier arrêt de 2011, la chambre de céans a considéré que 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, ne relevait pas d'un non-respect important des obligations au sens de l'art. 13 LTN (ATA/758/2011 du 13 décembre 2011).

Dans un second arrêt prononcé en 2017, 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 18 mois n'était pas disproportionnée. Elle a également relevé que

quand bien même l'ordonnance pénale ne retenait pas le cas grave de l'art. 117 al. 1 LEI, cela n'empêcherait pas l'application de l'art. 13 LTN, car si la chambre administrative était liée par les faits retenus par l'ordonnance pénale, elle ne l'était pas pour les questions de droit (ATA/213/2017 du 21 février 2017 consid. 9e).

Dans une affaire jugée en 2021, la chambre de céans a constaté que la durée globale d'emploi de deux ressortissants étrangers s'élevait, pendant une période d'une année, à 17 mois et onze jours. Si cette durée rapprochait prima facie les agissements de la recourante de ceux examinés par l'ATA/758/2011, l'engagement successif de deux travailleurs ainsi que le temps écoulé entre les deux engagements réalisaient la condition de la répétition de l'art. 13 al. 1 LTN. En outre, la recourante, qui avait compris que le premier employé était dépourvu d'autorisation, avait mesuré le risque auquel son impéritie l'exposait et devait corriger sans attendre sa pratique. En ne le faisant pas et en embauchant un second travailleur sans autorisation, elle avait accru l'importance du non-respect de ses obligations au sens de l'art. 13 al. 1 LTN. Le département avait notamment exclu la société en cause des marchés publics aux niveaux communal, cantonal et fédéral, ainsi que de toutes les aides financières cantonales et communales, pour une durée de seize mois, sanction qui a été confirmée (ATA/142/2021 du 9 février 2021 du 9 février 2021).

Dans un autre arrêt de 2021 encore, la chambre administrative a retenu que les conditions du prononcé de sanctions au sens de l'art. 13 LTN n'étaient pas remplies et a annulé une décision excluant une société des marchés publics aux niveaux communal, cantonal et fédéral pour une durée de 24 mois. L'entreprise était aussi exclue de toutes aides financières cantonales et communales pour cette même durée. Malgré la gravité des infractions retenues dans l'ordonnance pénale à l'encontre de l'associé gérant, un seul cas de non-respect des obligations pouvait être retenu à l'encontre de la société et cette infraction portait sur une durée relativement courte, soit près de quatre mois jusqu'au dépôt d'une demande d'autorisation (ATA/194/2021 du 23 février 2021).

Plus récemment, la chambre de céans a constaté la réalisation de la condition du caractère important ou répété du non-respect des obligations découlant de la législation sur les étrangers sens de l'art. 13 LTN et confirmé la décision d'exclusion des marchés publics pour une durée de seize mois. Cette sanction ne paraissait pas disproportionnée eu égard à l'importance de la faute, soit l'engagement de trois travailleurs dépourvus d'autorisation, certes durant une période « d'à tout le moins » trois jours, selon les termes de l'ordonnance pénale, mais en présence d'antécédents judiciaires spécifiques : l'associé de la recourante n'avait pas hésité, moins d'un mois après une condamnation, à employer sur un chantier trois ressortissants démunis d'autorisation de séjour, « à tout le moins » durant trois jours (ATA/812/2022 du 17 août 2022).

4. En l'espèce, la condamnation de B_____ concerne des agissements perpétrés en sa qualité d'associé gérant de la recourante. Sa condamnation pénale est entrée en force, de sorte que la première condition de l'art. 13 al. 1 LTN est remplie.

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 sa condamnation 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. Que la recourante se soit acquittée des charges sociales de ses employés n'est 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 été condamnée pour avoir employé 39 travailleurs étrangers qui ne disposaient d'aucune autorisation de travail, pendant une période de deux ans. Nombreux de ces employés ont été au service de la recourante durant plus d'une année sans interruption, certains même pendant deux ans. Compte tenu de cette longue période globale d'emploi au noir et du nombre de personnes concernées, les infractions à la LEI sont non seulement importantes, mais également répétées.

Les conditions de l'art. 13 LTN étant réunies, l'autorité intimée était fondée à prononcer une sanction. La nature de cette dernière, propre à produire l'effet de prévention recherché par la loi, sera également confirmée, étant précisé que l'art. 13 al. 1 LTN ne prévoit pas de sanction alternative à l'exclusion des marchés publics et à la diminution des subventions. La durée de la sanction ne paraît pas disproportionnée eu égard à l'importance de la faute commise. À titre de comparaison, il sera rappelé qu'une exclusion de 18 mois a été prononcée dans le cas qui concernait l'emploi de treize personnes sans autorisation de travail pour une durée cumulée de presque quatre ans (ATA/213/2017).

L'autorité intimée n'a ainsi commis ni excès ni abus de son pouvoir d'appréciation en arrêtant la sanction à 24 mois.

Mal fondé, le recours sera rejeté.

5. Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge de la recourante (art. 87 al. 1 LPA). Aucune indemnité de procédure ne sera allouée à l'intimée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS

LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 31 mars 2023 par A_____ contre la décision du département de l'économie et de l'emploi du 16 mars 2023 ;

au fond :

le rejette ;

met un émolument de CHF 500.- à la charge de A_____ ;

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté 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. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à A_____ ainsi qu'au département de l'économie et de l'emploi, soit pour lui l'office cantonal de l'inspection et des relations du travail.

Siégeant : Valérie LAUBER, présidente, Florence KRAUSKOPF, Francine PAYOT ZEN-RUFFINEN, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :	la présidente siégeant :
C. MEYER	V. LAUBER

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le la greffière :